

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

Rodrigo Eidelvein do Canto

**A VULNERABILIDADE DOS CONSUMIDORES NO COMÉRCIO
ELETRÔNICO E A RECONSTRUÇÃO DA CONFIANÇA NA ATUALIZAÇÃO
DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR**

PORTO ALEGRE

2014

Rodrigo Eidelvein do Canto

**A VULNERABILIDADE DOS CONSUMIDORES NO COMÉRCIO
ELETRÔNICO E A RECONSTRUÇÃO DA CONFIANÇA NA ATUALIZAÇÃO
DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR**

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito, com ênfase em Direito Privado, pelo Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Orientadora: Professora Doutora
Claudia Lima Marques

PORTO ALEGRE

2014

RODRIGO EIDELVEIN DO CANTO

**A VULNERABILIDADE DOS CONSUMIDORES NO COMÉRCIO
ELETRÔNICO E A RECONSTRUÇÃO DA CONFIANÇA NA ATUALIZAÇÃO
DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR**

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito, com ênfase em Direito Privado, pelo Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Porto Alegre, 28 de agosto de 2014.

Banca Examinadora:

Professor Doutor Bruno Nubens Barbosa Miragem

Professora Doutora Clarissa Costa de Lima

Professora Doutora Rosangela Lunardelli Cavallazzi

AGRADECIMENTOS

Depois de dois anos realizando este estudo, muitos contribuíram, de alguma forma, para o desenvolvimento desta dissertação, sendo ela fruto da soma de vivências e relações. Por ter a certeza de que a menção nominal de algumas pessoas não abarcará a totalidade daqueles que mereceriam meus agradecimentos, peço desculpas aos que não estão citados expressamente e faço o pedido de que também se sintam homenageados, porquanto fizeram parte disso.

Agradeço, inicialmente, à Professora Dra. Claudia Lima Marques pela confiança em mim depositada, pela orientação firme e segura, pelas oportunidades que me foram proporcionadas ao longo desse período de convivência e pelos valiosos ensinamentos que muito contribuíram para o desenvolvimento deste trabalho.

Ao Dr. Marcelo Roberto Ribeiro, pelo constante incentivo e apoio no aprofundamento de meus estudos, bem como pela generosidade e compreensão nos momentos em que tive de me afastar momentaneamente do funcionalismo público. Também agradeço aos meus colegas do Ministério Público, aqui homenageado na pessoa do amigo Daniel Henrique Saldanha Cavalcante, por tornarem os momentos difíceis dessa jornada um pouco mais leves.

Aos amigos Mariano Teixeira Borghetti e José Leonardo Lussani da Silva, pela valorosa contribuição que recebi para minha pesquisa com as discussões e os materiais bibliográficos e, sobretudo, pela disponibilidade e pelo permanente apoio nos momentos decisivos.

Aos meus pais, Jorge Luiz Lopes do Canto e Irma Elizabeth Eidelvein do Canto, pelo amor irrestrito, pelo amparo essencial para me manter centrado nos meus objetivos, e, principalmente, por terem me dado o maior presente que já poderia ter recebido: meu querido irmão Diego Eidelvein do Canto, a quem devo muito pela paciência e pelas muitas contribuições para a concretização desta dissertação.

À Jéssica Alves Barbisan, minha amada companheira, sem a qual não seria possível manter a persistência e o entusiasmo até o fim, agradeço-lhe pelo carinho, conforto e compreensão nos momentos de ausência exigidos pelos estudos.

RESUMO

O presente trabalho analisa as relações de consumo no âmbito do comércio eletrônico a partir dos princípios da confiança e vulnerabilidade. Aborda o contexto contemporâneo no qual está inserido o comércio eletrônico e de seus reflexos no agravamento da vulnerabilidade e no abalo da confiança dos consumidores. Expõe, brevemente, as transformações ocorridas na tecnologia, na sociedade, na cultura, na economia e no Estado de Direito, com o intento de demonstrar que o comércio eletrônico emerge de um momento conturbado. Discorre sobre a vulnerabilidade inerente à relação de consumo e o seu agravamento com a nova situação promovida pelo avanço tecnológico. Aponta que a reconstrução da confiança dos consumidores é o caminho a ser seguido para adaptar o direito consumerista aos novos desafios propostos pelo comércio eletrônico. Ressalta a importância do diálogo das fontes para reconstruir a confiança dos consumidores, preencher as lacunas legislativas e assegurar que o direito não se torne um sistema autônomo da realidade. Examina a regulamentação do comércio eletrônico na ONU, na OECD, na União Europeia e nos países do MERCOSUL, como evidência da necessidade de fortalecer o direito do consumidor por intermédio de um tratamento legislativo especializado. Conclui, com base no Projeto de Lei do Senado n. 281/2012, que a atualização pontual do Código de Defesa do Consumidor brasileiro é a maneira mais adequada de reconstruir a confiança do consumidor e reforçar o princípio da vulnerabilidade.

Palavras-chave: Direito do Consumidor. Comércio Eletrônico. Contrato Eletrônico. Princípio da Confiança. Princípio da Vulnerabilidade. Proteção do Consumidor.

ABSTRACT

The present work analyses, from the perspective of trust and vulnerability, the consume relations in the scope of electronic commerce. It addresses the contemporary context in which electronic commerce is inserted and its repercussions in the worsening of consumer's vulnerability and in the shake of their trust. It briefly shows the changes that happened in technology, society, culture, economy and state of law, to shows that electronic commerce raises from a troubled time. It talks of the inherent vulnerability of consume relations and its worsening due to the new scenario promoted by technological progress. It points that rebuilding of consumer's trust is the path to be followed in order to adjust consumer law to the new challenges proposed by electronic commerce. It highlights the importance of dialogue between sources to rebuild consumer's trust, to fill in the law blanks and to ensure that the law do not becomes a system departed from reality. It examines electronic commerce regulation in the UN, in the OECD, in the European Union and in the countries of MERCOSUR, as an evidence of the need to strengthen consumer law through a specialized legislative handling. Based on the Senate bill n. 281/2012, it concludes that punctual updates in Brazilian consumer protection code is the most suitable way of rebuilding consumer's trust and reinforcing the principle of vulnerability.

Keywords: Consumer Law. Electronic Commerce. Electronic Contract. Principle of Trust. Principle of Vulnerability. Consumer Protection.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	9
2 VIRTUALIZAÇÃO DO REAL: O AGRAVAMENTO DA VULNERABILIDADE E O ABALO DA CONFIANÇA DO CONSUMIDOR NA CONTEMPORANEIDADE.....	16
2.1 CONTEXTUALIZAÇÃO DO COMÉRCIO ELETRÔNICO NA CONTEMPORANEIDADE.....	23
2.1.1 Da modernidade à pós-modernidade.....	26
2.1.2 As transformações do Estado de Direito à luz de paradigmas pós- modernos.....	34
2.2 A VULNERABILIDADE DE SITUAÇÃO GERADA PELO AMBIENTE VIRTUAL E OS DESAFIOS ENFRENTADOS PELO DIREITO DO CONSUMIDOR	50
2.2.1 A vulnerabilidade de relação e a proteção do consumidor como consequência da pós-modernidade.....	56
2.2.2 A vulnerabilidade de situação: o agravamento da vulnerabilidade do consumidor decorrente da nova situação promovida pelo avanço tecnológico.....	77
3 A OCUPAÇÃO DO ESPAÇO VIRTUAL PELOS CONSUMIDORES: INSTRUMENTOS PARA A RECONSTRUÇÃO DA CONFIANÇA COMO APRIMORAMENTO DO PRINCÍPIO INSTITUIDOR DO DIREITO DO CONSUMIDOR.....	96

3.1 O PRINCÍPIO DA CONFIANÇA COMO DIRETRIZ PARA OS NEGÓCIOS JURÍDICOS DE CONSUMO NO COMÉRCIO ELETRÔNICO	98
3.1.1 A tutela do cidadão no caminho da confiança e o direito do consumidor perante o comércio eletrônico	104
3.1.2 O esforço hermenêutico como instrumento supridor das lacunas legislativas e garantidor do aprimoramento da proteção do consumidor no comércio eletrônico.....	120
3.2 O TRATAMENTO LEGISLATIVO ESPECIALIZADO COMO REFORÇO DA CONFIANÇA DOS CONSUMIDORES	144
3.2.1 O fortalecimento do arcabouço legal por intermédio de um tratamento legislativo especializado: o exemplo das legislações comparadas.....	150
3.2.2 O esforço brasileiro na atualização do Código de Defesa do Consumidor como aprimoramento do princípio instituidor das relações de consumo e instrumento de reconstrução da confiança.....	170
4. CONCLUSÃO	199
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	206

1 INTRODUÇÃO

Em tempos modernos, falava-se sobre energia, máquina, produção de bens materiais e fábrica. No minuto seguinte, como uma onda de calor oriunda de uma explosão (nuclear¹) que cruzou o globo terrestre, os temas passaram a ser informação, tecnologia da computação, serviços e consumo. E a economia mundial desmaterializa-se e interconecta-se numa lógica binária de zeros e uns, voltando-se para a informação² e para o mercado de consumo massificado individualizado³.

É o surgimento da sociedade da informação⁴ promovendo avanços tecnológicos espetaculares e invadindo o cotidiano de todos com a saturação de informações, entretenimento e serviços. E o principal deflagrador dessa era pós-industrial⁵, diferentemente das grandes máquinas responsáveis

¹ Trata-se de referência à bomba atômica lançada no final da Segunda Guerra Mundial, o que Santos propõe ser o fim simbólico da modernidade, consoante se verifica no trecho a seguir: “Simbolicamente o pós-modernismo nasceu às 8 horas e 15 minutos do dia 6 de agosto de 1945, quando a bomba atômica fez boooooom sobre Hiroshima. Ali a modernidade – equivalente à civilização industrial – encerrou seu capítulo no livro da História, ao superar seu poder criador pela sua força destruidora”. SANTOS, Jair Ferreira dos. *O que é Pós-Moderno*. São Paulo: Brasiliense, 2004, p. 20.

² Alstyne e Bulkley analisam a influência da informação para a produtividade no mercado, trazendo também o conceito sobre um novo sujeito originado pela informática, o *Homo computicus*. ALSTYNE, Marshall Van; BULKLEY, Nathaniel. Why information should influence productivity. In: CASTELLS, Manuel (ed.). *The network society: A cross-cultural perspective*. Massachusetts: Edward Elgar, 2004. p. 145-173.

³ MARQUES, Claudia 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. 60-61.

⁴ O Ministério da Ciência e Tecnologia lançou no ano de 2000 o “Livro Verde da Sociedade da Informação no Brasil”, no qual consta: “O conhecimento, tornou-se, hoje mais do que no passado, um dos principais fatores de superação de desigualdades, de agregação de valor, criação de emprego qualificado e de propagação do bem-estar. A nova situação tem reflexos no sistema econômico e política. A soberania e a autonomia dos países passam mundialmente por uma nova leitura, e sua manutenção – que é essencial – depende nitidamente do conhecimento, da educação e do desenvolvimento científico e tecnológico. [...] O advento da Sociedade da Informação é o fundamento de novas formas de organização e de produção em escala mundial, redefinindo a inserção dos países na sociedade internacional e no sistema econômico mundial. Tem também, como consequência, o surgimento de novas demandas dirigidas ao Poder Público no que respeita ao seu próprio funcionamento”. TAKASHI, Tadao (org.). *Sociedade da informação no Brasil*. Livro verde. Brasília: Ministério da Ciência e Tecnologia, 2000, p. v.

⁵ Veja BELL, Daniel. *The coming of post-industrial society: A venture in social forecasting*. 3. ed. New York: Basic Books, 1999.

pela revolução industrial, foram os *chips*⁶, que serão integrados em um microprocessador do tamanho de um confete⁷.

O crescimento meteórico do número de internautas⁸ reflete uma das principais características da pós-modernidade⁹, a compressão do espaço-tempo e a aceleração dos processos globais¹⁰, “de forma que se sente que o mundo é menor e as distâncias mais curtas, que os eventos em um determinado lugar têm um impacto imediato sobre pessoas e lugares situados a uma grande distância”¹¹.

A contemporaneidade rompeu com as barreiras espaciais da vida social, acabando com o domínio das relações face-a-face e abrindo espaço para uma relação entre “ausentes”¹². Da mesma forma, culturas locais são penetradas e moldadas instantaneamente por influências estrangeiras “invisíveis” àqueles que convivem no mundo *off-line*. O ciberespaço proporcionou mudanças profundas na forma como as pessoas se comunicam, gerando expectativas de

⁶ Ceruzzi explica que o *chip* foi o principal responsável por desencadear o rápido desenvolvimento da tecnologia computacional: “After a decade of slow but steady progress in transistor development, a breakthrough occurred in the early 1960s: simultaneously inventors in Texas and California devised a way of placing multiple transistors and other devices on a single chip of silicon. That led rapidly to circuits that could store ever-increasing amounts of data—the storage component of computing. The integrated circuit (IC) was a breakthrough, but it was also part of a long evolutionary process of miniaturization of electronic circuits. Well before the invention of the transistor, manufacturers of hearing aids sought ways to make their products small and light enough to be worn on the body and even concealed if possible”. CERUZZI, Paul E. *Computing: a concise history*. London: The MIT Press, 2012, p. 81.

⁷ Sobre o processo de desenvolvimento do *chip* e a sua miniaturização, veja as informações prestadas pela *Intel* em “From Sand to Silicon – the Making of a Chip”: <<http://newsroom.intel.com/docs/DOC-2476>>. Acesso em: 26 nov. 14.

⁸ Calcula-se que, em 2013, cerca de 34,3% da população mundial já acessava à internet, o que corresponde a quase 2,5 bilhões de usuários conectados em todo o mundo. Esses números são mais impressionantes se considerarmos que houve um crescimento de 566,4% em apenas doze anos, pois, em 31 de dezembro de 2000, existiam cerca de 360 milhões de usuários. Dados retirados da página *Internet World Stats*: <<http://www.internetworldstats.com/stats.htm>>. Acesso em: 26 nov. 14.

⁹ Sobre os reflexos da pós-modernidade no direito, veja JAYME, Erik. *Identité culturelle et intégration : le droit internationale privé postmoderne. Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, Kluwer, Doordrecht, 1995. vol. 2, p. 9 e ss.

¹⁰ Explica Lorenzetti que: “Uma das características atuais é a de aceleração do tempo histórico. Já se comparou o tempo que vai desde o descobrimento de uma tecnologia até a sua massiva difusão, com os seguintes resultados aproximados: 112 anos para a fotografia, 56 para o telefone, 35 para o rádio, 15 para o radar, 12 para a televisão, cinco para o transistor, três para o circuito integrado”. LORENZETTI, Ricardo Luís. *Comércio eletrônico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 32.

¹¹ HALL, Stuart. *A identidade cultural na pós-modernidade*. 11. ed.. Rio de Janeiro: DP&A, 2006, p. 69

¹² MARQUES, Claudia 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. 60-61.

ser um “paraíso democrático”¹³. Smith assevera que a internet é o coração da terceira revolução industrial, “forçando companhias a reinventarem a si mesmas e a maneira como fazem negócios”¹⁴. A criação de novos mercados e as melhorias na eficiência impulsionaram ganhos significativos na produtividade mundial¹⁵.

Frente a criação de um novo ambiente virtualizado, Barlow¹⁶, em sua Declaração da Independência do Ciberespaço, afirmou, em 1996, quando a internet estava recém se estruturando nos moldes que hoje nos é familiar, que o Estado e suas definições legais não eram bem-vindos em um espaço que coexistiam “*everywhere and nowhere*”, habitado por identidades sem corpos e organizado numa civilização virtual que pulverizava-se pelo planeta.

Apesar dessa concepção anárquica autogerenciada da internet estar em parte superada, é inegável que o ambiente virtual metamorfoseou as relações de consumo, demandando um movimento intenso dos aparatos legiferantes nacionais e internacionais para albergar essa nova situação oriunda do desenvolvimento tecnológico¹⁷.

¹³ LORENZETTI, Ricardo Luís. *Comércio eletrônico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 22-23.

¹⁴ SMITH, Bradford L. The Third Industrial Revolution: Policymaking for the Internet. *The Columbia Science and Technology Law Review*, v. 3, 04 nov. 2001. Disponível em: <<http://www.stlr.org/cite.cgi?volume=3&article=1>>. Acesso em: 26 nov. 14.

¹⁵ Veja ALSTYNE, Marshall Van; BULKLEY, Nathaniel. Why information should influence productivity. In: CASTELLS, Manuel (ed.). *The network society: A cross-cultural perspective*. Massachusetts: Edward Elgar, 2004. p. 145-173.

¹⁶ BARLOW, John Perry. A declaration of the Independence of cyberspace. 1996. Disponível em: <http://w2.eff.org/Misc/Publications/John_Perry_Barlow/barlow_0296.declaration.txt>. Acesso em: 26 nov. 14.

¹⁷ Marques assevera que: “A importante pergunta que se coloca é se este meio eletrônico realmente aumentou o poder decisório do consumidor/cibernauta. A resposta é novamente pós-moderna, dúbia (*claroscuro*, em espanhol), porque a Internet traz uma aparência de liberdade, com o fim das discriminações que conhecemos (de cor, sexo, religião etc.) e o fim dos limites do mundo real (fronteiras, línguas diferentes, riscos de viagens etc.), mas a vulnerabilidade do consumidor aumenta. Como usuário da *net*, sua capacidade de controle fica diminuída, é guiado por *links* e conexões, em transações ambigualmente coordenadas, recebe as informações que desejam lhe fornecer, tem poucas possibilidades de identificar simulações e ‘jogos’, de proteger sua privacidade e autoria, de impor sua linguagem. Se tem uma ampla capacidade de escolher, sua informação é reduzida (extremo déficit informacional), a complexidade das transações aumenta, sua privacidade diminui, sua segurança e confiança parecem desintegrarem-se em uma ambiguidade básica: pseudo-soberania do indivíduo/sofisticação do controle!”. MARQUES, Claudia 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. 71-72.

Diante disso, a internet, como fenômeno catalizador dos efeitos da globalização¹⁸, trouxe para o direito do consumidor inúmeras dificuldades, porquanto esses elementos tecnológicos se incorporaram à massificação do mercado de consumo, dos contratos de adesão e das dificuldades de dar adequada proteção àqueles situados no lado mais fraco da relação consumidor/fornecedor¹⁹.

Vivemos uma fase do consumo personalizado, calcado na sedução do indivíduo pela intensificação do real, criando um hiper-real, um real mais real e mais interessante que a própria realidade. Segundo Santos:

O ambiente pós-moderno significa basicamente isso: entre nós e o mundo estão os meios tecnológicos de comunicação, ou seja, de simulação. Eles não nos informam sobre o mundo; eles o refazem à sua maneira, hiper-realizam o mundo, transformando-o num espetáculo. Uma reportagem a cores sobre os retirantes no Nordeste deve primeiro nos seduzir e fascinar para depois nos indignar. Caso contrário, mudamos de canal. Não reagimos fora do espetáculo²⁰.

Bittar complementa:

A pós-modernidade é estranhamente polimorfa, plural e multifacetada. Entre o novo (hoje) e o velho (ontem), entre o insondável do futuro (amanhã), está-se diante de um jogo de incertezas, pois se vivem os três tempos a um só tempo (passado, presente e futuro, não necessariamente nesta ordem). A sensação do expectador não é outra senão a de estar dentro de uma sala de espelhos, sem saber definir ao certo o que é real e o que é ilusório, o que é palpável e o que é imaginário. Nela, praticamente, tudo é

¹⁸ Sobre a globalização Bonavides aponta: “A globalização é ainda um jogo sem regras; uma partida disputada sem arbitragem, onde só os gigantes, os grandes quadros da economia mundial, auferem as maiores vantagens e padecem os menores sacrifícios. [...] Sabem perfeitamente, na antevéspera de profundas transformações, que, mais uma vez, a alternativa *liberdade* ou *escravidão* – por onde sempre passa e circula a história da Humanidade – assume a mais singular dimensão de todas as épocas, ou seja, já não envolve unicamente o indivíduo, a classe, o grupo social, a Nação ou a federação de Estados – senão os povos todos, conjuntamente, universalmente, sem distinção de poder e tamanho. Por isso, agora só é possível compreender o ser humano se projetado em sua concretude universal. [...] O futuro que vai nascer se prende à instauração da globalização política, cujo dilema será, duma parte, a continuidade do modelo opressor, doutra, a eleição da via alternativa do bem comum, na esteira de uma democracia direta e global”. BONAVIDES, Paulo. *Do país constitucional ao país neocolonial: A derrubada da Constituição e a recolonização pelo golpe de Estado Constitucional*. São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p. 139-141.

¹⁹ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 113.

²⁰ SANTOS, Jair Ferreira dos. *O que é Pós-Moderno*. São Paulo: Brasiliense, 2004, p. 13.

permitido e autorizado, menos proibir e coibir. Há uma nova lógica, pós-moderna, das relações humanas irrompendo para construir uma consciência diferente dos modos de organização da sociedade e das interações sociopolíticas²¹.

As incertezas contemporâneas e a maior complexidade dos mecanismos de interação social despertam no consumidor o sentimento de insegurança, fato que prejudica o desenvolvimento das relações comerciais por vias eletrônicas. Acrescente-se a isso, o despreparo do Estado, no que tange ao seu aparato legal, para combater esse agravamento do princípio fundador do direito consumerista: a vulnerabilidade²².

Todos esses elementos geram os seguintes questionamentos: em que medida há um agravamento da vulnerabilidade dos consumidores quando adentram nesse ambiente desmaterializado, despersonalizado e desterritorializado²³? E como conquistar a confiança dos consumidores em relação a esse novo instrumento contratual, dando efetividade ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana (art. 1.º, inciso III, da Constituição Federal) e da proteção afirmativa do consumidor (art. 5.º, inciso XXXII, da Constituição Federal)?

Tomando essas indagações como base, e inspirado nas obras de Marques²⁴ e Lorenzetti²⁵, o presente trabalho analisará o contrato eletrônico de consumo sob dois enfoques: (a) primeiro, o agravamento da vulnerabilidade e o abalo da confiança do consumidor quando transportada a relação de consumo para o ciberespaço; e (b) segundo, quais os instrumentos necessários para a reconstrução da confiança como forma de aprimoramento do princípio

²¹ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *O direito na pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005, p. 154.

²² MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 151-153.

²³ MARQUES, Claudia 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. 62-63.

²⁴ MARQUES, Claudia 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.

²⁵ LORENZETTI, Ricardo Luís. *Comércio eletrônico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

instituidor do Direito do Consumidor, permitindo que os consumidores ocupem o meio virtual com padrões mínimos e inderrogáveis de proteção²⁶.

Optar-se-á por um método²⁷ plural para a investigação em questão, utilizando o método hermenêutico mediante o exame e interpretação da jurisprudência, leis e produção doutrinária sobre o tema; bem como o método de direito comparado para constatar qual a resposta dada pelos Estados e pelas organizações internacionais ao avanço tecnológico e o agravamento da vulnerabilidade do consumidor.

Para tanto, no Capítulo 2, dar-se-á maior atenção ao contexto histórico-social em que está inserido o contrato eletrônico de consumo, justificando por que esse novo instrumento globalizado de formação dos negócios jurídicos é tipicamente pós-moderno²⁸. Abordar-se-ão também, nessa primeira parte, as principais características dessa modalidade contratual, mas já encaminhando para uma ótica mais jurídica, ou seja, abordando a juridicização do comércio eletrônico e investigando de que forma a vulnerabilidade inerente às relações de consumo foi agravada quando transportada para o ciberespaço.

No Capítulo 3, adentrar-se-á na análise dos instrumentos necessários para a reconstrução do princípio diretriz das relações sociais e, conseqüentemente, das relações contratuais: a confiança. Tratar-se-á da leitura do Direito a partir da proteção das expectativas legítimas dos consumidores e do conseqüente esforço hermenêutico brasileiro para suprir a

²⁶ Nery exemplifica alguns dos princípios do CDC, inderrogáveis por leis especiais, que regulam relações de consumo específicas: “a) equidade e equilíbrio nas relações de consumo (art. 4.º, III, do CDC); b) boa-fé objetiva (art. 4.º, III, do CDC); c) revisão de cláusula ou do contrato de consumo (art. 5.º, V, do CDC); d) responsabilidade objetiva pela reparação dos danos patrimoniais, morais, individuais, coletivos e difusos (art. 6.º, VI, do CDC); e) proteção contra publicidade ilegal (enganosa e abusiva) (art. 37, do CDC); f) proteção contra práticas comerciais abusivas (art. 6.º, IV, 39 e 44, do CDC); g) proteção contratual integral (art. 46, do CDC); h) proteção contra cláusulas abusivas (art. 6.º, IV e 51, do CDC); i) acesso à ordem jurídica justa, individual ou coletivamente (art. 81, caput, do CDC); j) facilitação da defesa do consumidor em juízo (art. 6.º, VIII, do CDC); l) prerrogativa de propor e de responder ação em seu domicílio (art. 6.º, VIII e 93, do CDC); m) benefício da coisa julgada *erga omnes* ou *ultrapartes*, sempre *inutilibus*, independentemente de rol de beneficiados, do lugar de seu domicílio ou da competência territorial do juiz (art. 103, do CDC)”. NERY JÚNIOR, Nelson. A defesa do consumidor no Brasil. *Revista de Direito Privado*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 18, p. 218-297, 2004.

²⁷ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

²⁸ MARQUES, Claudia 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. 60-61.

lacuna legislativa, sempre observando uma interpretação sistemática protetiva do consumidor. Também, investigar-se-á a necessidade de um tratamento legislativo especializado, de forma a operacionalizar a proteção do consumidor, tomando como base a experiência legislativa comparada e o empenho brasileiro de atualização do Código de Defesa do Consumidor por intermédio do Projeto de Lei do Senado n. 281, de 3 de agosto de 2012.

Esses temas merecem especial atenção dada sua importância e atualidade, pois o Congresso Nacional vem debatendo nos últimos anos projetos de lei que visam garantir que o ordenamento jurídico brasileiro ande *pari passu* com as novas tecnologias.

2 VIRTUALIZAÇÃO DO REAL: O AGRAVAMENTO DA VULNERABILIDADE E O ABALO DA CONFIANÇA DO CONSUMIDOR NA CONTEMPORANEIDADE

A transposição das relações de consumo para o mundo *online*, ou a virtualização do real como foi intitulado o presente ponto, alterou o comportamento do consumidor, principalmente no que tange a forma como compra, busca meios de entretenimento, se comunica e paga pelos bens e serviços adquiridos.

No início da década de 90²⁹, quando o Código de Defesa do Consumidor brasileiro recém entrara em vigor, experimentava-se uma relação temporal e espacialmente mais restrita ao se adquirir um bem ou serviço, tendo em vista que a rede mundial de computadores ainda não fazia parte do cotidiano dos consumidores³⁰. “O que” e “em que quantidade” comprar eram as limitações de

²⁹ Destaque-se que, no Brasil, o consumo massificado de bens e serviços, em que famílias de todas as classes consomem além de suas necessidades essenciais, teve início com a abertura econômica em 1990, a entrada em vigor do Código de Defesa do Consumidor em 1991, e a estabilidade econômica advinda do Plano Real em 1994. De acordo com Alexandre Volpi, “[s]egundo o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea), a porcentagem de pobres nas seis principais regiões metropolitanas do Brasil havia caído de 33,4% em 1994, para 27,8%, em 1995, e para 25,1% em 1996. Cerca de 15 milhões de brasileiros desapertaram os cintos e tiveram acesso a produtos que jamais imaginaram poder comprar, como eletrodomésticos e aparelhos eletrônicos. Em 1996, segundo a Associação Nacional dos Fabricantes de Produtos Eletroeletrônicos (Eletros), foram vendidos cerca de 8,6 milhões de aparelhos de TV em cores, um crescimento de 42% em relação ao ano anterior. Em 1993, antes do Plano Real, as vendas somaram apenas 3,4 milhões de unidades. A pesquisa “O Poder da Classe D”, desenvolvida na época pela Almap/BBDO, concluiu que o grande aliado dos consumidores de baixa renda foi o financiamento, que viabilizou na época do Real a satisfação de desejos reprimidos do consumo”. VOLPI, Alexandre. A história do consumo no Brasil: do mercantilismo à era do foco no cliente. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p. 114-115.

³⁰ A internet comercial brasileira iniciou-se somente no ano de 1995, após a sua regulamentação pelo Governo Federal por intermédio da Norma n. 004/1995 do Ministério das Comunicações que distinguiu o serviço de provimento de acesso à internet do serviço de telecomunicações. Referida medida já fazia parte do plano de privatizações dos serviços de telecomunicações, que estava na pauta do governo do presidente Fernando Henrique Cardoso. No mesmo ano, foi criado o Comitê Gestor da Internet (CGI.br) com a Portaria Interministerial n. 147/1995, sendo composta por representantes da sociedade civil, do governo e do setor produtivo, para coordenar e integrar todas as iniciativas de serviços de Internet no país. COMITÊ GESTOR DA INTERNET. *Revista Br 15 anos do CGI.Br - A evolução da internet no Brasil*. ano 2. edição 3. p. 12. 2010.

Marques e Benjamin afirmam que a inclusão digital de grande parte da população ativa brasileira ocorreu no ano de 1995. MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman. Extrato do Relatório-Geral da Comissão de Juristas do Senado Federal para Atualização do Código de Defesa do Consumidor (14.03.2012). *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 22, n. 92, p. 303-368, mar./abr. 2014.

escolha até final do século XX, quando as lojas físicas, assim como, a aquisição de produtos por catálogo, televisão ou telefone, eram a regra. A realização de negócios jurídicos no comércio varejista ou em bancos, e.g., significava deslocar-se até estabelecimentos comerciais físicos, em horários específicos e sem o auxílio de qualquer tecnologia.

Com a chegada do computador, a difusão da telefonia móvel e a implementação da internet banda larga, transformações profundas ocorreram no comércio e influenciaram o comportamento do consumidor. As novas tecnologias levaram para os lares das pessoas atividades que antes eram restritas a horários e pontos comerciais, tornando-as ubíquas e desmaterializadas. “Agora é possível procurar, encomendar, pagar, receber e utilizar vários itens, tais como livros, música, e outros produtos digitais, em dispositivos portáteis que podem ser usados em qualquer lugar – no jardim, no supermercado, no metrô”³¹.

Apaga-se a fronteira entre espaços de convivência públicos e privados³², permitindo que as tecnologias móveis e cada vez mais portáteis adentrem na esfera doméstica. Consoante destaca Dholakia, o computador e a internet

Sobre a história da internet no Brasil, veja o excelente trabalho de: CARVALHO, Marcelo Sávio Revoredo Menezes de. *A trajetória da internet no Brasil: do surgimento das redes de computadores à instituição dos mecanismos de governança*. Dissertação (Mestrado em Engenharia) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2006.

³¹ DHOLAKIA, Ruby Roy. *Technology and consumption: Understanding consumer choices and behaviors*. New York: Springer, 2012, p. 174. Tradução livre de: “It is possible to search, order, pay, receive, and use various items such as books, music, and other digital products on hand-held devices that can be used anywhere—in the yard, in the supermarket, in the subway”.

³² Silverstone afirma que “[h]ome, then, is no longer singular, no longer static, no longer, in an increasingly mobile and disrupted world, capable of being taken for granted”. SILVERSTONE, Roger. Domesticating domestication. Reflections on the life of a concept. In: BERKER, Thomas; HARTMANN, Maren; PUNIE, Yves; WARD, Katie J. (Ed.). *Domestication of media and technology*. Berkshire: Open University Press, 2006. p. 242-243.

O mesmo autor continua: “Now it is the turn of private conversations to occupy public spaces, and in their public performance (in blogs and in the public voices of the mobile telephone, as well as in the display of the otherwise private lives of public figures on front pages and television screens) creating new kinds of public culture. These changes are, arguably, so significant that the familiar boundary between the public and the private is no longer clear. And the performative, in so many different guises, comes to be a defining characteristic of this digital culture of ours. Digital Technologies allow the breaking down of the conventional walls around the person; and the *make-over*, literal, symbolic, digital increasingly comes to dominate the heartland of mass, popular, mediated, culture”. SILVERSTONE, Roger. Domesticating domestication. Reflections on the life of a concept. In: BERKER, Thomas; HARTMANN, Maren; PUNIE, Yves; WARD, Katie J. (Ed.). *Domestication of media and technology*. Berkshire: Open University Press, 2006. p. 244.

geraram uma “explosão de opções ao consumidor em relação, não somente ao que e quanto comprar, mas também onde, como, e quando comprar”³³.

Com isso, estabelecimentos comerciais tradicionais iniciam a migração para a *web*, ao mesmo tempo em que surgem lojas puramente virtuais, e começam a competir pela atenção dos consumidores³⁴. Concomitantemente, as tecnologias antes fragmentadas de texto, áudio, vídeo, internet e banda larga são integradas em dispositivos multiplataformas, tais como computadores, *smartphones*, *tablets*, plataformas de jogos e outros tantos dispositivos que se tornam instrumentos essenciais a seus usuários³⁵.

Mesmo os consumidores mais relutantes no uso dessas novas tecnologias acabam cedendo a elas, dado o design simplificado e intuitivo dos produtos e serviços desenvolvidos, bastando clicar com o *mouse* ou pressionar botões nas telas sensíveis ao toque para que aparelhos “inteligentes” façam todo resto. Desse modo, pretende-se que desde crianças até idosos consigam usar *smartphones* e buscadores na *web*, tendo como resultado a ampliação e o aprofundamento da comunidade *on-line*.

Esses fatos podem ser perfeitamente compreendidos por intermédio de Dholakia:

Technological advancements have frequently led to increased product complexity as devices incorporate more functionality. A smart phone, for instance, is also now a camera, a MP3 player, etc. One of the biggest challenges for product designers and marketers is to make the products more consumer friendly and usable. To compensate for lack of consumer skills or the lack of consumer motivation to acquire or

³³ DHOLAKIA, Ruby Roy. *Technology and consumption: Understanding consumer choices and behaviors*. New York: Springer, 2012, p. 174. Tradução livre de: “an explosion in consumer choices regarding not only what and how much to buy but also where, how, and when to buy”.

³⁴ Em recente pesquisa publicada pela comScore Media Metrix, foi constatado que o principal *site* de comércio eletrônico no Brasil é o MercadoLivre.com.br, loja puramente virtual, ficando a empresa Americanas.com, estabelecimento tradicional que migrou para a *web*, com a segunda posição. Disponível em:

<http://www.comscore.com/por/Insights/Press_Releases/2013/11/Mercadolivre_Ranks_as_1_Retail_Destination_in_Brazil_Heading_into_2013_Holiday_Season>. Acesso em: 26 nov. 14.

³⁵ Tramita na Câmara dos Deputados a Proposta de Emenda à Constituição n. 479/10, que acrescenta o inciso LXXIX ao art. 5.º da Constituição Federal, para incluir o acesso à internet em alta velocidade entre os direitos fundamentais do cidadão, demonstrando a essencialidade desses serviços para os indivíduos na contemporaneidade. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=473827>>. Acesso em: 26 nov. 14.

utilize skills, manufacturers appear to be making technologies “smarter”.³⁶

O próprio *design* das páginas da *web* é feito para facilitar a navegação do usuário, bem como, atraí-lo para um universo hedônico de interfaces gráficas atraentes e estimulantes, sem barreiras temporais ou territoriais, interligado a comunidades virtuais e repleto de ofertas e promoções³⁷. Da mesma forma, usuários que apresentam um comportamento utilitarista, focado na eficiência das compras e na economia de tempo e valor, se sentem mais atraídos pelo comércio eletrônico, porquanto evitam estabelecimentos físicos que podem estar repletos de outros consumidores e com longas filas de espera para o atendimento³⁸.

O consumidor atualmente está conectado vinte e quatro horas por dia³⁹, sendo as barreiras de sua privacidade obliteradas por um novo mundo interligado. Vive-se numa “aldeia global”⁴⁰ em que não há como manter-se fora do alcance dos olhares vigilantes de corporações privadas e agências governamentais⁴¹, algo assustadoramente próximo do “Grande Irmão” descrito George Orwell em sua obra prima “1984”. Cada movimento no ambiente virtual é capturado e armazenado em volumosos bancos de dados, perdendo-se o

³⁶ DHOLAKIA, Ruby Roy. *Technology and consumption: Understanding consumer choices and behaviors*. New York: Springer, 2012, p. 185.

³⁷ DHOLAKIA, Ruby Roy. *Technology and consumption: Understanding consumer choices and behaviors*. New York: Springer, 2012, p. 85.

³⁸ TO, Pui-Lai; LIAO, Chechen; LIN, Tzu-Hua. Shopping motivations on internet: a study based on utilitarian and hedonic value. *Technovation*, Amsterdam: Elsevier, v. 27, i. 12, p. 774-787, dez. 2007.

³⁹ Pesquisa divulgada pela *Intel* revela que cerca de 40% das pessoas que utilizam *smartphones* ficam com os aparelhos vinte e quatro horas por dias e sete dias por semana. Outro dado interessante trazido pela pesquisa é que, entre todos os pesquisados, 80% dormem com os telefones na cama. Por sua vez, os norte-americanos gastam cerca de três horas por dia compartilhado coisas pelo telefone celular. Mais dados sobre a pesquisa realizada estão disponíveis em: <http://newsroom.intel.com/community/pt_br/blog/2012/04/10/pesquisa-divulgada-pela-intel-revela-que-80-das-pessoas-dormem-com-o-celular-na-cama-e-40-atendem-%C3%A0s-liga%C3%A7%C3%B5es-enquanto-est%C3%A3o-no-banheiro>. Acesso em: 26 nov. 14.

⁴⁰ MCLUHAN, Marshall. *Os meios de comunicação como extensões do homem*. 17. ed. São Paulo: Editora Cultrix, 2011, p. 112.

⁴¹ Shaviro refere que “If everything is connected, nothing is exempt from surveillance. Software is already in place to track your e-mail and catalog the pages you visit with your Web browser”. SHAVIRO, Steven. *Connected, or what it means to live in the networked society*. Minneapolis: University of Minnesota Press, 2003, p. 38.

controle de quais informações estão sendo comercializadas no mercado da sociedade da informação⁴².

Interessante notar que, mesmo com o rompimento dos limites entre os espaços da vida pública e privada ou entre o tempo e espaço, os indivíduos continuam se isolando e imergindo cada vez mais no ambiente virtual. O acesso a uma gama extensa de informações introduz uma forma nova de isolamento, na qual o sujeito “existe para a *network*” e está “irreversivelmente conectado aos seus protocolos e finalidades”⁴³. Como muito bem destaca Lorenzetti, “dá-se o surgimento de um ‘netcitizen’, que é um navegador feliz, mas socialmente cada vez mais isolado e sem capacidade crítica”⁴⁴.

Isso favorece o desenvolvimento de um vínculo mais intenso e sem intermediários entre fornecedores e consumidores, os quais são inundados por mensagens publicitárias em seus e-mails ou em *sites* como *Facebook* e *Youtube*. Dholakia traz o impressionante dado de que um consumidor norte-americano recebe em média 21.000 mensagens comerciais por ano, demonstrando que as empresas produzem uma parte significativa das informações disponíveis no ambiente virtual⁴⁵.

Novas formas de propagar as marcas empresariais foram desenvolvidas, a exemplo do *marketing* viral, situação na qual os indivíduos são incitados a compartilhar a mensagem publicitária para outros usuários ou *sites* como se

⁴² Vide o exemplo de uma das maiores empresas que atuam no mercado de *database marketing*, a Acxiom Corporation, a qual fatura anualmente cerca de 1,13 bilhões de dólares em vendas de informações. SINGER, Natasha. You for Sale: mapping, and sharing, the consumer genome. *The New York Times*, Nova Iorque, 16 jun. 2012. Disponível em: <http://www.nytimes.com/2012/06/17/technology/acxiom-the-quiet-giant-of-consumer-database-marketing.html?_r=1&pagewanted=all>. Acesso em: 26 nov. 14.

⁴³ SHAVIRO, Steven. *Connected, or what it means to live in the networked society*. Minneapolis: University of Minnesota Press, 2003, p. 29.

E continua: “[...] we are simultaneously connected and alone. Indeed, our being each alone, rigidly separated from one another, is a necessary condition for our being able to log on to the same network”. SHAVIRO, Steven. *Connected, or what it means to live in the networked society*. Minneapolis: University of Minnesota Press, 2003, p. 29.

⁴⁴ LORENZETTI, Ricardo Luís. *Comércio eletrônico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 45.

Shaviro complementa ao afirmar que “[y]et these people never interact with one another, for each of them is lost in his or her own little private world, listening to individually selected sound commentaries. The space is united visually and outwardly, but it is fragmented aurally and inwardly”. SHAVIRO, Steven. *Connected, or what it means to live in the networked society*. Minneapolis: University of Minnesota Press, 2003, p. 31.

⁴⁵ DHOLAKIA, Ruby Roy. *Technology and consumption: Understanding consumer choices and behaviors*. New York: Springer, 2012, p. 197.

estivesse espalhando uma doença biológica⁴⁶. Assim, o ciberespaço, além de integrar o *marketing* de mídias tradicionais, tais como televisão, rádio e jornal, permitiu o estabelecimento de novos canais de comunicação e uma maior difusão das ofertas de produtos e serviços, tornando difícil resistir às tentações de comprar cada vez mais.

Consequentemente, o consumo desenfreado e irrefletido é favorecido pelos avanços tecnológicos, principalmente quando estamos tratando de bens digitais que podem ser transferidos diretamente para os mais diversos dispositivos por intermédio de *downloads*⁴⁷. Em se tratando de *e-books*, e.g., a Amazon.com desenvolveu o sistema de compra com 1-Clique⁴⁸, o qual torna extremamente rápido o processamento do pedido, utilizando as informações previamente cadastradas pelo consumidor no *site* para cobrar no método de pagamento padrão e enviar o produto ao dispositivo onde será armazenado automaticamente. Essas condições influenciam sobremaneira os usuários que experimentam uma urgência em adquirir diversos bens, conforme é possível

⁴⁶ Shaviro explica e critica essa espécie de *marketing* ao afirmar que “Viral marketing is defined, on Whatis.com, as ‘any marketing technique that induces Web sites or users to pass on a marketing message to other sites or users, creating a potentially exponential growth in the message’s visibility and effect.’ The idea is to send out an advertisement that ‘spreads like a disease’ (Willmott). The message propagates itself by massive selfreplication as it passes from person to person in the manner of an epidemic contagion. This is supposed to be more than just a metaphor. The viral message is composed of memes in the same way that a biological virus is composed of genes. The memes, like the genes, enter into a host and manipulate that host into manufacturing and propagating more copies of themselves. Packages of information spread and multiply, just like packages of DNA or RNA. And the mathematical model of how this process works is precisely the same for information viruses as it is for biological viruses. If viral marketing works at all, it is quite an efficient strategy. The message is propagated at an exponentially expanding rate as it follows the fractal shape of the network. You get wide distribution at a low price because ‘customers do the selling’ (Jurvetson and Draper). That is to say, the cost of manipulating and exploiting the consumer is offloaded onto the consumer herself. It’s even better than having a slave who works for free: the customer actually pays for the opportunity to be your shill”. SHAVIRO, Steven. *Connected, or what it means to live in the networked society*. Minneapolis: University of Minnesota Press, 2003, p. 13-14.

⁴⁷ Como destaca Marques: “Dogmaticamente, faz-se mister frisar que o comércio eletrônico atualiza a noção de objeto do contrato, pois as prestações contratuais dos contratos informáticos são imateriais, como o fornecimento de *software*, de jogos, de filmes e de músicas”. MARQUES, Claudia 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. 84.

⁴⁸ Sobre o sistema de compra com 1-Clique, ver a sessão de Ajuda na página brasileira da Amazon: <<http://www.amazon.com.br/gp/help/customer/display.html?nodeId=201366300>>. Acesso em: 26 nov. 14.

ver no Fórum de Discussão intitulado “Help!! I need to stop buying books and start reading” no *site* da Amazon.com⁴⁹.

Todas essas questões envolvendo a internet como novo instrumento contratual e como transformadora das experiências de consumo, acabam por transmutar a vulnerabilidade inerente a esses negócios jurídicos, suscitando dúvidas acerca da efetividade da proteção do consumidor. Dúvidas que emergiram de um contexto em que a contratação se dá em um ambiente desmaterializado e ubíquo, com um fornecedor sem face e capaz de obter informações sobre o contratante, simplesmente acompanhando a movimentação do usuário na *web*. Lorenzetti acrescenta que “[o] ‘cibernauta’ que chega ao mundo virtual encontra-se numa situação de debilidade em virtude das assimetrias existentes e das relações não familiares”⁵⁰. Nas palavras de Marques:

Efetivamente, nada mais pós-moderno do que relações virtuais, desmaterializadas, que envolvam uma pluralidade de agentes, típicas da sociedade da informação, fluidas, rápidas, visuais, interativas, simultâneas, despersonalizadas, entretanto, globalizadas e culturalmente niveladas, atemporais, internacionais, desterritorializadas, típicas de uma economia pós-fordista do serviço, do fazer, do imaterial, do desregulado, do terceirizado, do individual. Como já afirmei, com a sociedade de consumo massificada individualista do final do século XX, ficou mais clara a crise sociológica, denominada de crise da pós-modernidade.⁵¹

A virtualização das relações de consumo potencializa a vulnerabilidade do consumidor e gera a desconfiança⁵² deste nos negócios jurídicos

⁴⁹ O fórum mencionado encontra-se disponível em: <<http://www.amazon.com/forum/kindle?cdForum=Fx1D7SY3BVSESG&cdThread=Tx1ZTUIW7Y0QNPC>>. Acesso em: 26 nov. 14.

⁵⁰ LORENZETTI, Ricardo Luís. *Comércio eletrônico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 47.

⁵¹ MARQUES, Claudia 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. 60-61.

⁵² MARQUES, Claudia 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. 94-95.

eletrônicos, principalmente levando-se em consideração a complexidade e a massificação desses contratos na sociedade de consumo pós-moderna⁵³.

Preambularmente, a fim de compreender o comércio eletrônico e a maneira como ele agrava a fraqueza inerente dos negócios jurídicos de consumo, é preciso analisar essas relações em seu contexto pós-moderno, apontando que desafios deverá enfrentar a ciência do Direito.

2.1 CONTEXTUALIZAÇÃO DO COMÉRCIO ELETRÔNICO NA CONTEMPORANEIDADE

Desde sua origem no início do século XX, a era digital tem como um de seus principais elementos a convergência. É em razão desse atributo que reuniu-se as operações de cálculo, de armazenamento das informações e de controle das tarefas, presentes em máquinas abastecidas por circuitos eletroeletrônicos, naquele que seria o principal instrumento da contemporaneidade: o computador⁵⁴. Esse novo sistema tecnológico, erigido sob a lógica binária para controle e codificação da informação, será o responsável por digitalizar o mundo e dar início à era das tecnologias da informação.

A máquina que deu início a essa revolução foi apresentada na Universidade da Pensilvânia em 1946 e denominada de ENIAC (*Electronic Numerical Integrator and Computer*), pesava cerca de trinta toneladas e utilizava dezoito mil válvulas termiônicas para calcular e armazenar dados. Ela foi desenhada para ser capaz de calcular a trajetória de uma bala de canhão,

⁵³ Para Marques: “Com a sociedade de consumo massificada e seu individualismo crescente nasce também uma crise sociológica, denominada por muitos de pós-moderna. Os chamados tempos pós-modernos são um desafio para o direito. Tempos de ceticismo quanto à capacidade da ciência do direito de dar respostas adequadas e gerais aos problemas que perturbam a sociedade atual e se modificam com uma velocidade assustadora”. MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 163.

⁵⁴ Ceruzzi apresenta uma breve história da tecnologia computacional em seu interessante livro: CERUZZI, Paul E. *Computing: a concise history*. London: The MIT Press, 2012.

antes mesmo de atingir seu alvo, demonstrando o estreito vínculo entre o desenvolvimento tecnológico e a demanda bélica⁵⁵.

Na sequência evolutiva da tecnologia da computação, o transistor, inventado em 1947 pela empresa *Bell Labs*, substituirá as válvulas termiônicas e passará a ser o elemento decisivo para o avanço da microeletrônica e sua disseminação por todas as máquinas⁵⁶. Mas é somente na década de 70, com a incorporação da tecnologia da comunicação aos computadores, conectando-os em rede, que terá início em escala global a “Era de Informação”, pois, como muito bem destaca Castells, “não foi apenas todo o sistema de tecnologia que mudou, mas também suas interações sociais e organizacionais”⁵⁷.

Essa mudança estrutural promovida pelas tecnologias informacionais colaborará para a transposição de um período embasado nos ideais modernos e no maquinário das revoluções industriais para aquilo que passou-se a denominar de pós-modernidade⁵⁸. Ocorre que, da mesma forma que a convergência é uma das principais características dos computadores na era digital, será ela também da pós-modernidade. Em outras palavras, convergem, na contemporaneidade, a razão técnico-científica daquela civilização industrial

⁵⁵ CERUZZI, Paul E. *Computing: a concise history*. London: The MIT Press, 2012, p. 46.

⁵⁶ CERUZZI, Paul E. *Computing: a concise history*. London: The MIT Press, 2012, p. 67.

⁵⁷ CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. 8. ed. rev. e ampl. São Paulo: Paz e Terra, 2005. v. 1, p. 80.

⁵⁸ “Nuestra hipótesis es que el saber cambia de estatuto al mismo tiempo que las sociedades entran en la edad llamada postindustrial y las culturas en la edad llamada postmoderna. Este paso ha comenzado cuando menos desde fines de los años 50, que para Europa señalan el fin de su reconstrucción. Es más o menos rápido según los países, y en los países según los sectores de actividad: de ahí una disconía general que no permite fácilmente la visión de conjunto. Una parte de las descripciones no puede dejar de ser conjetural. Y se sabe que es imprudente otorgar un crédito excesivo a la futurología”. LYOTARD, Jean-François. *La condición postmoderna*. 2. ed. Buenos Aires: Ediciones Cátedra, 1991, p. 7.

Buscando definir e estabelecer temporalmente a pós-modernidade, Heise ensina que: “Between the 1970s and the late 1990s, the concept of the ‘postmodern’ was associated with a wide range of different meanings. It could designate a chronological period, a particular style found in some contemporary artworks and literary texts, a property of social structures at the end of the twentieth century, a change in the values of certain societies, or a specific way of thinking theoretically about such issues as language, knowledge, or identity. Different interpretations of these basic meanings further add to the complexity. Understood as an historical period, the postmodern could either follow a modernity defined by political, social, cultural, and economic institutions that had emerged in the late eighteenth century, or succeed the cultural and artistic modernism that had characterized the era from approximately the 1850s to World War II”. HEISE, Ursula K. *Science, technology, and postmodernism*. In: CONNOR, Steven (ed.). *The Cambridge Companion to Postmodernism*. New York: Cambridge University Press, 2004, p. 136.

baseada no consumo de massa e o niilismo irracional da sociedade da informação⁵⁹ com sua “especialização flexível” da produção globalizada⁶⁰.

O poeta e escritor Santos ilustra com maestria essa situação ao afirmar que

o pós-modernismo é um fantasma que passeia por castelos modernos. Mas as relações entre os dois são ambíguas. Há mais diferenças que semelhanças, menos prolongamentos que rupturas. O individualismo atual nasceu com o modernismo, mas o seu exagero narcisista é um acréscimo pós-moderno. Um, filho da civilização industrial, mobilizava as massas para a luta política; o outro, florescente na sociedade pós-industrial, dedica-se às minorias – sexuais, raciais, culturais –, atuando na micrologia do cotidiano. [...]

Entendamos ainda que o pós-modernismo é um ecletismo, isto é, mistura várias tendências e estilos sob o mesmo nome. Ele não tem unidade; é aberto, plural e muda de aspecto se passamos da tecnociência para as artes plásticas, da sociedade para a filosofia. Inacabado, sem definição precisa, eis por que as melhores cabeças estão se batendo para saber se a “condição pós-moderna” – mescla de purpurina com circuito integrado – é decadência fatal ou renascimento hesitante, agonia ou êxtase.⁶¹

Sociedade da informação⁶², pós-industrial⁶³, de risco⁶⁴ ou pós-moderna são algumas das denominações comumente empregadas pelos pensadores quando se referem à contemporaneidade. Essas expressões identificam, sob distintas perspectivas da estrutura social, política e econômica, o processo de transição e de reestruturação que vivemos. Inicialmente, a análise será feita sobre essa modificação na mentalidade, nas condições socioeconômicas, no Estado de Direito, na tecnologia e em todas as outras condicionantes que formarão esse conturbado momento do qual emergirá o comércio eletrônico e, conseqüentemente, os contratos eletrônicos de consumo.

⁵⁹ Veja CASTELLS, Manuel. *A era da informação: economia, sociedade e cultura*. 4. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000. v. 1.

⁶⁰ HARVEY, David. *La condición de la posmodernidad: investigación sobre los orígenes del cambio cultural*. Buenos Aires: Amarrortu editores, 1998, p. 170-171.

⁶¹ SANTOS, Jair Ferreira dos. *O que é Pós-Moderno*. São Paulo: Brasiliense, 2004, p. 18-19.

⁶² Veja CASTELLS, Manuel. *A era da informação: economia, sociedade e cultura*. 4. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000. v. 1.

⁶³ Veja BELL, Daniel. *The coming of post-industrial society: A venture in social forecasting*. 3. ed. New York: Basic Books, 1999.

⁶⁴ Veja BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Paidós, 1998.

2.1.1 Da modernidade à pós-modernidade

O computador pessoal conectado em rede é um símbolo significativo da “elasticidade heterodoxa”⁶⁵ da contemporaneidade, ao passo que, em primeiro lugar, codifica a realidade em uma lógica binária de zeros e uns, afastando-nos do sistema milenar de contagem decimal⁶⁶. Esse primeiro aspecto, voltado para a busca de padrões na realidade que nos cerca e a sua consequente codificação em estruturas lógicas, pode ser comparado e encontrar eco nos ideais modernos, que merecem ser brevemente analisados para conseguirmos compreender de forma mais clara o porvir. Conforme destaca Lipovetsky, “a novidade requer aqui a memória, a ordenação cronológica, a genealogia”⁶⁷.

A modernidade passou por dois momentos que delinearão a organização do Estado e o pensamento moderno: o primeiro emergiu das revoluções burguesas dos séculos XVIII e XIX; e o segundo começou a construir-se no final do século XIX com a Revolução Industrial⁶⁸.

No século XVIII, tem início o “projeto de desenvolvimento material e moral do homem pelo conhecimento”⁶⁹, ideal iluminista que une a ciência com a liberdade individual do burguês capitalista para se chegar ao progresso. Os séculos XIX e XX, por sua vez, edificam o progresso nas grandes fábricas, nas ferrovias, na navegação e na exploração, ou seja, pautam o desenvolvimento pela produção e pela máquina⁷⁰.

Traçando um amplo panorama da cultura moderna, seria possível afirmar que ela caracterizava-se por converter a natureza em produto – que se tornou objeto de uma exploração sem limites; o saber em ciência – cuja lógica cartesiana era considerada suficiente para apontar a verdade de todas as coisas; a prova empírica em produto irrefutável da razão – em que os índices

⁶⁵ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *O direito na pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005, p. 153.

⁶⁶ CERUZZI, Paul E. *Computing: a concise history*. London: The MIT Press, 2012, p. X.

⁶⁷ LIPOVETSKY, Gilles. *A era do vazio: ensaio sobre o individualismo contemporâneo*. Lisboa: Relógio d'Água, 1989, p. 75.

⁶⁸ ROTH, André-Noël. O direito em crise: fim do Estado Moderno? In: FARIA, José Eduardo (org.). *Direito e globalização: implicações e perspectivas*. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 16-27.

⁶⁹ SANTOS, Jair Ferreira dos. *O que é Pós-Moderno*. São Paulo: Brasiliense, 2004, p. 22.

⁷⁰ Ver sobre o tema: SANTOS, Jair Ferreira dos. *O que é Pós-Moderno*. São Paulo: Brasiliense, 2004, p. 22.

econômicos são a medida absoluta do progresso; a técnica em método de produção; e o princípio ético em norma jurídica universal – tomando os códigos como obras científicas do saber jurídico, insuscetíveis de lacunas e erros e garantidores de uma igualdade formal entre os indivíduos⁷¹.

Ocorre que esses ideais totalizantes modernistas se mostram artificiais e herméticos, ao passo que se negaram a acompanhar as modificações sociais, econômicas e tecnológicas, convertendo-se num verdadeiro leito de Procusto para a sociedade⁷².

A tentativa de universalizar conceitos de organização social e definir padrões objetivo-abstracionistas do comportamento humano, fez com que o sujeito cartesiano e sociológico⁷³ se autoalienasse das consequências de suas próprias ações⁷⁴. Com isso, as promessas modernas de igualdade, liberdade e fraternidade não foram levadas a efeito⁷⁵, evidenciando-se “a angústia do fim das utopias, da exaustão das grandes metanarrativas, a ascensão de um modo de vida menos político e mais estético, menos coletivo e mais individual, mais leve e consumista, mais líquido e inconsistente, mais frenético e desbussolado”⁷⁶.

Todo esse processo conduz à profunda reflexão e reavaliação da estrutura social erigida. O resultado é a intranquilidade, insegurança e

⁷¹ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *O direito na pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005, p. 159.

⁷² Paulo Bonavides afirma que o mundo moderno evidencia, “com a liberdade do contrato, a desumana espoliação do trabalho, o doloroso emprego de métodos brutais de exploração econômica, a quem nem a servidão medieval se poderia, com justiça, equiparar”. BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 8. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2007, p. 59.

⁷³ HALL, Stuart. *A identidade cultural na pós-modernidade*. 11. ed.. Rio de Janeiro: DP&A, 2006, p. 27-32.

⁷⁴ Sobre o tema, esclarece Santos: “A ciência moderna e, portanto, também a teoria crítica moderna, assentam no pressuposto de que o conhecimento é válido independentemente das condições que o tornam possível. [...] Dado que a ciência moderna desenvolveu uma enorme capacidade de agir, mas não desenvolveu uma correspondente capacidade de prever, as consequências de uma acção científica tendem a ser menos científicas que a acção científica em si mesma. Este desequilíbrio e a falsa equivalência de escalas que o oculta tornam possível o heroísmo técnico do cientista. Uma vez descontextualizado, todo o conhecimento é potencialmente absoluto”. SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2002, p. 31.

⁷⁵ Boaventura de Sousa SANTOS apresenta alguns dados que justificam o desconforto ou indignação com o descumprimento das grandes promessas da modernidade em seu livro *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2002, p. 23-24.

⁷⁶ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *O direito na pós-modernidade*. *Revista Seqüência*, Florianópolis: PPGD/UFSC, vol. 29, n. 57, p. 131-152, dez. 2008.

excitação dos indivíduos com o porvir, passando a ser designada essa sensação coletiva de pós-modernidade.

Simbolicamente, pode-se afirmar que a modernidade encerrou-se com Auschwitz e Hiroshima durante a Segunda Guerra Mundial⁷⁷, momento que se destruiu a sociedade industrial, expondo o estado de barbárie que se vivia e criando óbice à tangibilidade do Estado Democrático de Direito. Historicamente, essa passagem para a pós-modernidade consolidou-se por volta da década de 60 e 70, com o avanço das tecnologias de informação, com a crise econômica do capitalismo e do *welfare state*⁷⁸, bem como com a mobilização de um sistema econômico voltado para o consumo e a informação.

Desde o fim do século XX e início do século XXI, o modelo de acumulação fordista, apesar de toda a evolução da indústria, se mostrou ineficaz para manter o sistema econômico capitalista, o qual começou a apresentar sinais de desgaste já na década de 60 e ensejou a elaboração de um novo fenômeno denominado de pós-fordista⁷⁹, inaugurando a pós-modernidade.

A intranquilidade inerente a esse momento de transição, em que o capitalismo e o *welfare state* começam a perder força, é acompanhada pelo avanço das tecnologias da informação e de um sistema econômico voltado para o setor terciário da economia de serviços. E será justamente no avanço tecnológico e na internacionalização dos mercados de produtos e serviços que se apoiará a reestruturação da economia, surgindo o que Macedo Júnior denomina de “especialização flexível”, ou seja, oferece-se “um produto com tecnologia única, qualidade única ou apoiada por serviço único”, que se adaptará ao mercado e ao consumidor, o que, como contrapartida, “apresenta

⁷⁷ SANTOS, Jair Ferreira dos. *O que é Pós-Moderno*. São Paulo: Brasiliense, 2004, p. 20.

⁷⁸ Na precisa afirmação de Vincent Cable, citado por Bauman, “num mundo em que o capital não tem domicílio fixo e os fluxos financeiros estão bem além do controle dos governos nacionais, muitas das alavancas da política econômica do Estado do Bem-Estar Social não mais funcionam”. BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as consequências humanas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999, p. 64.

⁷⁹ GHERSI, Carlos Alberto. *Manual de posmodernidad jurídica y tercera vía*. Buenos Aires: Gowa Ediciones Profesionales, 2001, p. 85.

maiores custos que a produção manufatureira, visto envolver automação, alto grau de avanço tecnológico e informação”⁸⁰.

É nesse contexto que surge o segundo elemento absorvido pela computação e que simboliza a mudança na estrutura produtiva e no mercado de consumo: a comunicação. E quando se menciona comunicação, deve-se entender, principalmente, a criação da internet e da *world wide web*⁸¹ surgidas nas três últimas décadas do século XX⁸².

A raiz da internet, assim como dos primeiros computadores, provém dos interesses militares norte-americanos, e foi desenvolvida com o fim de garantir uma comunicação confiável em tempos de crise ou de eventual guerra nuclear⁸³. Mas esse sistema de comunicação invulnerável a ataques nucleares não deve seu surgimento tão somente aos objetivos bélicos estadunidenses, sendo “consequência de uma fusão singular de estratégia militar, grande cooperação científica, iniciativa tecnológica e inovação contracultural”⁸⁴.

A ARPANET, primeira rede de computadores, conectou o Departamento de Defesa dos EUA aos seus colaboradores nos centros de pesquisas universitários. Apesar da finalidade estritamente militar com que foi criada inicialmente, com o passar do tempo, os cientistas começaram a usar a rede para comunicações de interesse próprio, tornando-se “difícil separar a pesquisa voltada para fins militares das comunicações científicas e das conversas pessoais”⁸⁵. A solução adotada foi dividir a rede em MILNET – voltada para aplicações militares –, CSNET – desenvolvida pela *National Science Foundation* (NSF) –, e a BITNET – desenvolvida em 1981 para conectar os computadores da IBM⁸⁶. Uma vez estabelecidas estas conexões, a ARPANET

⁸⁰ MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. Globalização e direito do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 32, p. 45-54, out./dez. 1999.

⁸¹ *World Wide Web* é “um acervo universal de páginas da *Web* (*web pages*) interligadas por vínculos (*links*), que fornecem ao usuário informações de um completo banco de dados multimídia, utilizando a Internet como mecanismo de transporte”. MARTINS, Guilherme Magalhães. *Responsabilidade civil por acidente de consumo na Internet*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 393.

⁸² CERUZZI, Paul E. *Computing: a concise history*. London: The MIT Press, 2012, p. 43.

⁸³ CERUZZI, Paul E. *Computing: a concise history*. London: The MIT Press, 2012, p. 122.

⁸⁴ CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. 8. ed. rev. e ampl. São Paulo: Paz e Terra, 2005. v. 1, p. 82.

⁸⁵ CASTELLS, Manuel, *A sociedade em rede*. 8. ed. rev. e ampl. São Paulo: Paz e Terra, 2005. v. 1, p. 83.

⁸⁶ CERUZZI, Paul E. *Computing: a concise history*. London: The MIT Press, 2012, p. 127-128.

tornou-se obsoleta, vindo a encerrar suas atividades no ano de 1990, cabendo à NSF assumir o papel de *backbone*⁸⁷ desse sistema de comunicação, que passou a ser chamado de INTERNET.

O crescente interesse comercial nesse sistema de comunicação, fez com que o governo abrisse mão da finalidade estritamente científica e permitisse que empresários estabelecessem redes privadas e iniciassem a venda de serviços. O objetivo maior das empresas era utilizar o *backbone* da NSF para atingir o mercado nacional e global⁸⁸. A partir de 1995, o *backbone* operado pelo governo encerra suas operações, passando todas as espinhas dorsais responsáveis pelo tráfego de informações na rede para as mãos de entidades comerciais, evidenciando a privatização total da Internet⁸⁹.

Essa ambiente com uma ingerência estatal reduzida do novo meio de comunicação possibilitou o surgimento dos *hackers*, pioneiros no movimento de contracultura, os quais desenvolverão a interligação de computadores via linha telefônica comum, demonstrando que os computadores não pertencentes à ARPANET também poderiam se comunicar entre si. Esse será o ponto de partida para popularizar a interligação em tempo real de pessoas em todo o mundo por meio da rede de computadores. A difusão da internet na sociedade em geral ocorrerá com os seguintes saltos tecnológicos que facilitarão a localização das informações desejadas⁹⁰: a criação da *World Wide Web* (WWW), do *Hypertext Markup Language* (HTML)⁹¹, do *Hypertext Transfer Protocol* (HTTP)⁹² e da *Uniform Resource Locator* (URL)⁹³.

⁸⁷ *Backbone* significa: “Rede principal; canal de comunicação de alta velocidade e alta capacidade que liga sub-redes menores”. MARTINS, Guilherme Magalhães. *Responsabilidade civil por acidente de consumo na Internet*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 383.

⁸⁸ CERUZZI, Paul E. *Computing: a concise history*. London: The MIT Press, 2012, p. 131-132.

⁸⁹ Castells complementa afirmando que: “Uma vez privatizada, a Internet não contava com nenhuma autoridade supervisora. Diversas instituições e mecanismos improvisados, criados durante todo o desenvolvimento da Internet, assumiram alguma responsabilidade informal pela coordenação das configurações técnicas e pela corretagem de contratos de atribuição de endereços da Internet”. CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. 8. ed. rev. e ampl. São Paulo: Paz e Terra, 2005. v. 1, p. 83.

⁹⁰ CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. 8. ed. rev. e ampl. São Paulo: Paz e Terra, 2005. v. 1, p. 86-88.

⁹¹ *Hypertext Markup Language* (HTML) é: “a possibilidade de ver um ou mais documentos em qualquer ordem sem precisar seguir uma sequência. Permite saltar, a partir de uma palavra, frase ou assunto, para outro texto com assuntos relacionados ao texto principal”. MARTINS, Guilherme Magalhães. *Responsabilidade civil por acidente de consumo na Internet*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 387.

⁹² *Hypertext Transfer Protocol* (HTTP) é um protocolo no qual: “rode on top of the Internet protocols and facilitated the exchange of files from a variety of sources, regardless of the

Desse momento em diante, a internet atuará como instrumento potencializador dessa sociedade pós-moderna, reorganizando toda a estrutura sobre a qual estava embasado o paradigma industrial – trabalho e capital –, e substituindo-a pelas variáveis centrais da sociedade pós-industrial – a informação e o conhecimento. Lyotard, ao abordar a influência da informática na conversão do saber em força de produção, descreve que:

El antiguo principio de que la adquisición del saber es indisoluble de la formación (Bildung) del espíritu, e incluso de la persona, cae y caerá todavía más en desuso. Esa relación de los proveedores y de los usuarios del conocimiento con el saber tiende y tenderá cada vez más a revestir la forma que los productores y los consumidores de mercancías mantienen con estas últimas, es decir, la forma valor. El saber es y será producido para ser vendido, y es y será consumido para ser valorado en una nueva producción: en los dos casos, para ser cambiado. Deja de ser en sí mismo su propio fin, pierde su “valor de uso”.

Se sabe que el saber se ha convertido en los últimos decenios en la principal fuerza de producción, lo que ya ha modificado notablemente la composición de las poblaciones activas de los países más desarrollados, y que es lo que constituye el principal embudo para los países en vías de desarrollo. En la edad postindustrial y postmoderna, la ciencia conservará y, sin duda, reforzará más aún su importancia en la batería de las capacidades productivas de los Estados-naciones. Esta situación es una de las razones que lleva a pensar que la separación con respecto a los países en vías de desarrollo no dejará de aumentar en el porvenir.⁹⁴

Heise pondera que:

But while digital technology did not lead to the wholesale social revolution that early enthusiasts had anticipated, it did contribute to a transformation that is often referred to as paradigmatically postmodern: namely, the transition of societies in the West but also in other parts of the world from goods-based to service-based economies. This transition implies that a large part of what is produced, sold, and bought in a particular economy is no longer

machines they were residing on”. CERUZZI, Paul E. *Computing: a concise history*. London: The MIT Press, 2012, p. 134. O HTTP, portanto, é o protocolo para troca ou transferência de hipertexto.

⁹³ *Universal Resource Locator* (URL) significa: “Uma forma padronizada de especificar o endereço de qualquer recurso, *site* ou arquivo existente em um servidor da WWW (*World Wide Web*). Em outras palavras, é o endereço de um site de WWW na Internet”. MARTINS, Guilherme Magalhães. *Responsabilidade civil por acidente de consumo na Internet*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 392-393.

⁹⁴ LYOTARD, Jean-François. *La condición postmoderna*. 2. ed. Buenos Aires: Ediciones Cátedra, 1991, p. 7-9.

physical objects, but services of various kinds, and in particular services that provide the consumer with specific sorts of information. Indeed, it has often been argued that information is the most important commodity in postmodern society in that it is the production of and access to knowledge rather than material goods that ultimately shape social and economic structures. This “postindustrial” or “knowledge economy” came to be referred to as the “new economy” in Europe and the United States in the 1990s, an economy that, it was argued, did not obey the same principles as economies that rely principally on the manufacture and distribution of material goods. The idea that such economies would lead to sustained rates of high growth, low inflation, the disappearance of “up-and-down” business cycles, and the transfer of business from physically rooted to internet-based companies, however, began to seem more doubtful when many “dot.coms” failed and economies across the globe returned to low growth at the turn of the millennium. While it remains to be seen, therefore, whether the functioning of the “new economy” differs as fundamentally from the old one as has sometimes been claimed, it is clear that services have an unprecedented prominence in its functioning, and that access to information does function as a pivotal commodity. That it can do so is in no small part due to digital technology, one of the most central media for the postmodern “information society”.⁹⁵

De uma perspectiva mais concreta, os fenômenos da informática e da telemática propiciaram a interligação em tempo real de pessoas em todo o mundo por meio da rede de computadores, com diversas aplicações possíveis, tais como o ensino e trabalho à distância, o armazenamento de dados e informações na “nuvem”, a formação de negócios jurídicos virtuais, e a constituição de verdadeiras comunidades virtuais como os sites de relacionamentos.

McLuhan⁹⁶ defende que vivemos numa “aldeia global”, em que a civilização está experimentando uma reunificação instantânea de todas as suas partes mecanizadas num todo orgânico, tendo seus elementos a possibilidade de comunicação em escala global.

Essa “aldeia global” é o elemento chave que atingiu a sociedade no seu sentido mais amplo: a globalização⁹⁷. Mais do que uma nova fase do sistema

⁹⁵ HEISE, Ursula K. Science, technology, and postmodernism. In: CONNOR, Steven (ed.). *The Cambridge Companion to Postmodernism*. New York: Cambridge University Press, 2004, p. 137-138.

⁹⁶ MCLUHAN, Marshall. *Os meios de comunicação como extensões do homem*. 17. ed. São Paulo: Editora Cultrix, 2011, p. 112.

⁹⁷ Jayme aduz que “a globalização é caracterizada pelo fato dos Estados não serem mais os centros do poder e da proteção da pessoa humana. Os Estados estão cedendo grande parte de seus poderes aos mercados. As regras da concorrência determinam a vida e o comportamento dos seres humanos. A existência de um mercado global permite fusões de grandes empresas, resultando em um poder econômico gigantesco, que deixa aberta a

econômico capitalista, a globalização se consolidou como fenômeno cultural irreversível e que segue em constante evolução.

Conforme pontua Ghersi:

La *posmodernidad* inauguró la globalidad o globalismo con una doble lógica: por un lado un proceso por el cual los Estados Nacionales dejan de ser soberanos y comienza a trasladarse la competencia decisoria a organismos transnacionales (poder, orientaciones etc.) y por otro, las empresas transnacionales establecen redes de relaciones regionales y globales para resolver los problemas de la crisis del sistema económico, verbigracia la flexibilidad laboral, los bajos salarios, el precio de las materias primas etc.⁹⁸

A transição para o que se denominará pós-moderno, o desenvolvimento tecnológico que acarretará no surgimento da sociedade da informação e o fenômeno da globalização parecem promover a reconciliação entre os indivíduos e a sociedade, numa superação completa do paradigma moderno.

Todavía, conforme assinalado, o momento contemporâneo é de transição e, em razão disso, de convivência das mazelas modernas com as incertezas futuras, convergindo todos para o ambiente virtual.

A virtualização das relações jurídicas e a dúvida quanto à capacidade das normas responderem adequadamente a esses novos instrumentos são questões sociais latentes, não podendo o Direito se furtar de respondê-las, principalmente, por não mais reverberar a concepção moderna de um sistema jurídico atemporal, cientificamente absoluto e, conseqüentemente, alheio à realidade dos fatos⁹⁹.

questão da proteção do indivíduo que gostaria de manter seu posto de trabalho, proteção tradicionalmente fornecida pelo Estado.” JAYME, Erik. O Direito Internacional Privado no novo milênio: a proteção da pessoa humana face à globalização. *Cadernos do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre: PPGDir/UFRGS, vol. 1, n. 1, mar. 2003, p. 87.

⁹⁸ GHERSI, Carlos Alberto. Globalización y derecho de daños: los derechos constitucionales incumplidos. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 12, n. 47, p. 9-18, jul./set. 2003.

⁹⁹ LORENZETTI afirma que: “Os operadores do direito suspeitam que está ocorrendo um terremoto que afeta o solo sobre o qual estamos parados. Se a norma se refere ao lugar ou ao tempo e estas noções alteram-se, pode-se produzir uma espécie de demolição da base jurídica”. LORENZETTI, Ricardo Luis. *Comércio Eletrônico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 29.

2.1.2 As transformações do Estado de Direito à luz de paradigmas pós-modernos

As incertezas promovidas pelos questionamentos pós-modernos permeiam diversas discussões no âmbito da ciência jurídica, as quais refletirão diretamente nos contratos eletrônicos e na proteção do consumidor. E é a partir das mutações dos conceitos de “direito” e “estado”, que será analisado como deve ser entendida uma relação jurídica privada na pós-modernidade.

Sem pretender esgotar o tema, serão confrontadas as modificações que o conceito moderno de Estado e Direito sofreram, que consiste na passagem do Estado Liberal e do Direito Positivista para o Estado Social e o Direito Pós-Positivista, levando em conta tão-somente os ideais e os fatores preponderantes desses elementos que promoveram significantes modificações na Ciência do Direito.

O Estado de Direito foi fruto dos ideais surgidos com a revolução francesa, sendo “uma oposição histórica e secular, na Idade Moderna, entre a liberdade do indivíduo e o absolutismo do monarca”¹⁰⁰. Esse primeiro Estado de Direito se alicerça nos princípios de liberdade individual e separação dos poderes como contraposição ao Estado Absolutista, freando assim os excessos e irresponsabilidades do absolutismo monárquico e da aristocracia.

Conforme observa Amorim, “[n]esta época, a noção de Estado de Direito trazia ínsita consigo dois elementos: (i) o Estado não era uma criação divina, mas era feita por homens e para os homens, e (ii) tinha uma característica burguesa ao preconizar a garantia à liberdade e a propriedade privada”¹⁰¹.

A ideologia desse Estado Liberal valia-se dos preceitos jusnaturalistas, concebendo o homem como indivíduo livre e racional, detentor de direitos e garantias individuais, “os quais deveriam ser exercidos exclusivamente em face do Estado, que, a seu turno, não poderia adentrar na esfera de liberdade

¹⁰⁰ BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 41.

¹⁰¹ AMORIM, Leticia Balsamão. O princípio do estado de direito à luz do pós-positivismo. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v.13, n.52, p. 91-112, jul./set., 2005.

individual assegurada a cada cidadão”¹⁰². Com grande acuidade, Wieacker afirma que:

No jusracionalismo médio, os métodos das novas ciências da natureza estendem-se à ética social. Eles transformaram também o homem, como ser social, em objeto de observação e desconhecimento liberto de pressupostos, procurando, assim, as leis naturais da sociedade. O jusracionalismo baseia-se, portanto, numa nova antropologia. O homem aparece, não mais como uma obra divina, eterna e desenhada à semelhança do próprio Deus, mas com um ser natural; a humanidade, não mais (na primeira versão) com participante de um plano divino de salvação ou (na última) como participante do mundo histórico, mas como elemento de um mundo apreensível através de leis naturais. A pretensão moderna de conhecimento das leis naturais é agora estendida à natureza da sociedade, ou seja, ao direito e ao Estado; também para estes devem ser formuladas leis com a imutabilidade das deduções matemáticas. E, tal como a conexão lógica das leis naturais produz o sistema do mundo físico, que atinge o seu auge nos *Principia mathematica* de Newton, também as leis naturais do mundo social produzem um sistema fechado da sociedade, um ‘direito natural’. Eis aqui a origem remota deste novo reflexo do direito natural da antiguidade ocidental a que chamamos jusracionalismo.¹⁰³

Esse processo de submissão do poder estatal aos ditames da razão resulta na gradual estruturação de um sistema jurídico estático e universal, promulgando, primeiramente, “as Constituições do chamado Estado de Direito e, ao mesmo passo, com a Revolução da burguesia, decretou os códigos da Sociedade civil. Outro não foi, portanto, o Estado da separação de poderes e das Declarações de Direitos, que entrou para a história com a denominação de Estado Liberal”¹⁰⁴.

O Estado distanciava-se da sociedade, em decorrência do dever de não intervenção estatal na autonomia privada, passando o direito a fundar-se em

¹⁰² SOMBRA, Thiago Luís Santos. *A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2004, p. 33.

E continua: “A liberdade denota, neste momento histórico, um dever de não ingerência por parte do Estado, ou seja, uma inequívoca obrigação de respeito à autonomia privada. Eis, portanto, a razão pela qual nesse momento histórico não pairava nenhum interesse em conceber uma teoria dos direitos fundamentais que permitisse a extensão de sua eficácia às relações entabuladas entre particulares: o Estado era o única e efetivo opressor dos direitos e garantias individuais”. SOMBRA, Thiago Luís Santos. *A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2004, p. 33.

¹⁰³ WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967, p. 288.

¹⁰⁴ BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 31.

valores voluntaristas – todos são formalmente iguais e possuem plena liberdade para contratar e dispor de suas riquezas –, e a delinear o contrato como fonte principal de direitos e obrigações¹⁰⁵.

O marco desse modelo liberal de Estado foi consagrado pelo Código Napoleônico de 1804¹⁰⁶, o qual tornaria estáveis as relações jurídicas por intermédio da formalização do direito privado já existente no seu estado de natureza e de sua adaptação às exigências universais humanas. Esse verdadeiro direito fundado na natureza devia ser simples e unitário, como adverte Bobbio:

Este projeto nasce da convicção de que possa existir um *legislador universal* (isto é, um legislador que dita leis válidas para todos os tempos e para todos os lugares) e da exigência de realizar um *direito simples e unitário*. A *simplicidade* e a *unidade* do direito é o *Leitmotiv*, a ideia de fundo, que guia os juristas que nesse período se batem pela codificação. Trata-se de uma exigência que, na França, era particularmente sentida (até atingir extremos de paroxismo), porque a sociedade francesa não possuía um único ordenamento jurídico civil, penal e processual, mas uma multiplicidade de direitos territorialmente limitados. Em particular, era dividida em duas partes: a setentrional, onde estavam vigentes os costumes locais (*droit coutumier*), e a meridional, onde vigorava o direito comum romano (*droit écrit*). Ora, a concepção racionalista considerava a multiplicidade e a complicação do direito um fruto do arbítrio da história. As velhas leis deviam, portanto, ser substituídas por um direito simples e unitário, que seria ditado pela *ciência da legislação*, uma nova ciência que interrogando a natureza do homem, estabeleceria quais eram as leis universais e imutáveis que deveriam regular a conduta do home. Os iluministas estavam, de fato, convencidos de que o direito histórico, constituído por uma selva de normas complicadas e arbitrarias, era apenas uma espécie de direito “fenomênico” e que além dele, fundado na natureza das coisas cognoscíveis pela razão humana, existia o verdadeiro direito. Pois bem, a natureza profunda, a essência verdadeira da realidade, é simples e suas leis são harmônica e unilateralmente coligadas; por

¹⁰⁵ Marques destaca a importância do contrato como fundamento da sociedade ao anotar que “aqui está presente a ideia de renúncia a parte da liberdade individual. É necessário renunciar através do contrato social, mas a própria renúncia é expressão do valor da vontade. O contrato é, assim, não só a fonte das obrigações entre indivíduos, ele é a base de toda autoridade. Mesmo o Estado retira sua autoridade de um contrato; logo, a própria lei estatal encontra aí sua base. O contrato não obriga porque assim estabeleceu o direito, é o direito que vale porque deriva de um contrato. O contrato, tornando-se um *a priori* do direito, revela possuir uma base outra, uma legitimidade essencial e autônoma em relação às normas: a vontade dos cidadãos. A teoria do contrato social conduz, portanto, à ideia de importância da vontade do homem”. MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor*: o novo regime das relações contratuais. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 64.

¹⁰⁶ ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 40-52.

isto, também o direito, o verdadeiro direito fundado na natureza, podia e devia ser simples e unitário.¹⁰⁷

As ideias da revolução francesa e do iluminismo agora estavam incorporadas em uma obra legislativa única e uniforme, o *Code civil*. Entretanto, “o idealismo e o utopismo do período revolucionário desaparecera”, revelando-se o *Code* “o testemunho de uma reação sóbria e realista”¹⁰⁸.

O direito natural, constantemente invocado para justificar o novo sistema e as novas normas, já não era mais necessário. A partir de agora, “a ordem instituída era o *Code*, e qualquer referência ao direito natural, fonte perpétua de inspiração para os que se opunham ao *status quo*, estava fora de questão. Para os adeptos do novo *Code*, o papel do direito natural tinha acabado”¹⁰⁹.

Esse impulso para a legislação produziu o positivismo jurídico, consagrado pela Escola Exegética e que perdurará durante todo o século XIX. Um de seus caracteres fundamentais era a desvalorização da importância e do significado prático do jusnaturalismo, o qual somente seria considerado quando incorporado à lei. Conforme observa Bobbio:

Em lugar de mensurar a validade do direito positivo com base na sua conformidade com o natural, afirma que este último é tanto mais relevante quanto seja consagrado pelo primeiro. Esta inversão leva diretamente a uma formulação logicamente contraditória, no momento em que o autor diz que o direito natural não é necessariamente o melhor direito, dado que a própria definição de direito natural comporta a ideia da sua excelência e da sua superioridade relativamente ao direito positivo.¹¹⁰

Ancorado no positivismo, o Estado de Direito afasta-se do campo da moral e da filosofia, interessando-se somente pela “análise sistemática e empiricamente idônea dos materiais jurídicos positivos”, pois o “único objeto da

¹⁰⁷ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: Lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1995, p. 65.

¹⁰⁸ CAENEGEM, R. C. van. *Uma introdução histórica ao direito privado*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 12.

O autor

¹⁰⁹ CAENEGEM, R. C. van. *Uma introdução histórica ao direito privado*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 13.

¹¹⁰ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: Lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1995, p. 85.

ciência do Direito é o direito positivo, o direito ditado pelos homens”¹¹¹. De fato, tanto em Kelsen¹¹² quanto em Hart¹¹³, o conteúdo moral ou a justiça de uma ordem jurídica não é questionada¹¹⁴, de modo que o Direito é sustentado pelas próprias normas que o compõem, não perdendo sua legitimidade por ser injusto¹¹⁵.

Aponta Azevedo que:

Como resultado da falta da dimensão crítico-valorativa termina-se por esquecer que uma ordem jurídica vale quanto valem as relações sociais por ela tuteladas. Da cisão entre as leis e as relações sociais à sua origem resulta a consideração da lei em si e a onipotência do legislador.¹¹⁶

Nessa visão liberal, o contrato calcou-se nos postulados de igualdade e liberdade formal, bastando a presença da autonomia privada e da capacidade dos contratantes se obrigarem para concretizar a intangibilidade do conteúdo contratual, o qual passava a exercer força de lei entre as partes e lastreava-se pela máxima *pacta sunt servanda*¹¹⁷.

¹¹¹ AMORIM, Leticia Balsamão. O princípio do estado de direito à luz do pós-positivismo. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v.13, n.52, p. 91-112, jul./set., 2005.

¹¹² Veja KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

¹¹³ HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

¹¹⁴ “Using the strict distinction between fact and value, positivists had excluded or minimized the influence of moral values and principles in law. The effort was motivated by cognitive epistemological and political considerations. A ‘science’ of law could be founded only on observable, objective phenomena, not on subjective and relative values. This purified science of norms preoccupied itself with questions of validity and presented the law as a coherent, closed, and formal system guaranteed internally through the logical interconnection of norms and externally through the rigorous rejection of all nonsystemic matter such as content, value, historical provenance, or empirical context”. DOUZINAS, Costas. Law and justice in postmodernism. In: CONNOR, Steven (ed.). *The Cambridge Companion to Postmodernism*. New York: Cambridge University Press, 2004.

¹¹⁵ “Se a ordem moral não prescreve a obediência à ordem jurídica em todas as circunstâncias e, portanto, existe a possibilidade de uma contradição entre a Moral e a ordem jurídica, então a exigência de separar o Direito da Moral e a ciência jurídica da Ética significa que a validade das normas jurídicas positivas não depende do fato de corresponderem à ordem moral, que, do ponto de vista de um conhecimento dirigido ao Direito positivo, uma norma jurídica pode ser considerada como válida ainda que contrarie a ordem moral.”. KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 48.

¹¹⁶ AZEVEDO, Plauto Faraco. *Justiça distributiva e aplicação do Direito*. Porto Alegre: Fabris, 1983, p. 142.

¹¹⁷ Segundo Sombra, “[a]s bases doutrinárias sob as quais fora construído o modelo liberal de contrato estão vinculadas ao voluntarismo e ao consensualismo. Essas duas formulações jurídicas – e filosóficas – estão relacionadas à ideia de que o contrato se resume a um acordo

Essa cultura formalista¹¹⁸, com a experiência da Primeira Guerra Mundial e com a progressiva escravização das partes econômica e socialmente mais fracas, resultou no esvaziamento filosófico, moral e político do Direito. Mostrava-se necessário um deslocamento de questionamentos, mais preocupado com o conteúdo e finalidade das atividades desenvolvidas do que com a mera garantia de regras estáveis para as relações privadas. Conforme ensina Bittar:

Os tradicionais paradigmas que serviram bem ao Estado de Direito do século XIX não se encaixam mais para formar a peça articulada de que necessita o Estado contemporâneo para a execução de políticas públicas efetivas. Assim, perdem significação: a universalidade da lei, pois os atores sociais possuem características peculiares não divisíveis pela legislação abstrata; o princípio da objetividade do direito, que o torna formalmente isento de qualquer contaminação de forças políticas, quando se sabe que toda a legislação vem formulada na base de negociações políticas e partidárias; a ideia da contenção do arbítrio pela lei, fator em descrédito frente à ineficácia e à inefetividade das atitudes de combate à corrupção e às taxas elevadíssimas de impunidade; a regra de igualdade perante a lei, como garantia da indistinção e do deferimento dos mesmos direitos a sujeitos igualmente capazes e produtivos no mercado, quando se sabe que as oportunidades são maiores para uns e menores para outros; a ideia de que a codificação representaria uma obra científico-legislativa, obra-prima do saber jurídico, com disciplina única e sistemática das matérias por ele versadas, insuscetíveis de lacunas e de erros, possibilitando a exegese harmônica do sistema, quando se sabe que os códigos possuem o mesmo potencial de dessincronia com as mudanças sociais que os demais textos normativos; a tripartição clara das competências das esferas e das instâncias do poder como forma de manter o equilíbrio do Estado, o que na prática resulta em dissintonia entre as políticas legislativas, as políticas

de vontades entre dois indivíduos, o qual dispensa, em princípio, maiores formalidades. O conteúdo dessas disposições contratuais assentava-se, entretanto, eminentemente sobre as manifestações livres e voluntárias das partes, as quais, em função de preceito moral, deveriam cumprir toda e qualquer espécie de promessa”. SOMBRA, Thiago Luís Santos. *A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2004, p. 41-42.

E continua o mesmo autor, “[a]ssociada ao papel desempenhado pela autonomia privada nas relações contratuais, a ideia de força obrigatória dos contratos, decorrente de preceito moral, implica reconhecer que as partes possuem ampla liberdade de estabelecer ou não uma relação contratual. Ao fazê-lo, entretanto, devem cumpri-los incondicionalmente, nos termos em que celebrado”. SOMBRA, Thiago Luís Santos. *A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2004, p. 51.

¹¹⁸ Aponta Perlingieri que: “A afirmação, ao contrário, da autonomia da ciência jurídica e as consequentes tentativas de definir a chamada ‘realidade jurídica’ como alguma coisa que possa viver separadamente da realidade social, econômica ou política é herança que ainda pesa muito sobre os juristas e sobre o ensino do Direito. Isso levou à criação de uma cultura formalista, matriz de uma ‘teoria geral do direito’ sem (explícitas) ‘infiltrações’ de caráter político, econômico, sociológico: como se o direito fosse imutável, eterno, a-histórico, insensível a qualquer ideologia”. PERLINGIERI, Pietro. *Perfil do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 2.

judiciárias e as políticas administrativas e governamentais, criando Estados simultâneos orientados por valores desconexos; a idéia da democracia representativa como fomento à igualdade de todos e à realização da vontade geral rousseauiana, quando se sabe que a população vive à mercê dos usos e abusos na publicidade, no discurso e na manipulação políticas; a intocabilidade da soberania, como forma de garantia da esfera de atuação com exclusividade dos poderes legislativos, jurisdicionais e executivos em bases territoriais fixas e determinadas na ordem internacional, quando se sabe que a interface da internacionalização dos mercados e da interdependência econômica tornam inevitável o processo de integração; a garantia de direitos universais de primeira geração, como forma de expressar a proteção à pessoa humana, o que na prática ainda pouco se incorporou às realizações socioeconômicas; a garantia da existência da jurisdição como garantia de acesso a direitos, quando se sabe que, em verdade, a justiça se diferencia para ricos e pobres, pelos modos como se pratica e pelas deficiências reais de acesso que possui.¹¹⁹

O Estado Liberal e o positivismo jurídico permitiram “um absolutismo da vontade privada, refletida na propriedade privada, no contrato e na livre empresa”¹²⁰. O Estado agora deve deixar sua formalidade e neutralidade para realizar a justiça social, o que se concretizará por intermédio da garantia substancial dos direitos fundamentais dos indivíduos e da coletividade.

Acerca desse período de transição do Estado Liberal ao Estado Social, afirma Bonavides:

Quando o Estado, coagido pela pressão das massas, pelas reivindicações que a impaciência do quarto estado faz ao poder político, confere, no Estado constitucional ou fora deste, os direitos do trabalho, da previdência, da educação, intervém na economia como distribuidor, dita o salário, manipula a moeda, regula os preços, combate o desemprego, protege os enfermos, dá ao trabalhador e ao burocrata a casa própria, controla as profissões, compra a produção, financia as exportações, concede crédito, institui comissões de abastecimento, provê necessidades individuais, enfrente crises econômicas, coloca na sociedade todas as classes na mais estreita dependência de seu poder econômico, político e social, em suma, estende sua influência a quase todos os domínio que dantes pertenciam, em grande parte, à área de iniciativa individual, nesse instante o Estado pode, com justiça, receber a denominação de Estado Social¹²¹.

¹¹⁹ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. O direito na pós-modernidade. *Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos*, Florianópolis: PPGD/UFSC, v. 29, n. 57, p. 145-146, dez. 2008.

¹²⁰ AMORIM, Leticia Balsamão. O princípio do estado de direito à luz do pós-positivismo. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v.13, n.52, p. 91-112, jul./set., 2005.

¹²¹ BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 186.

A barbárie da Primeira Guerra Mundial e o surgimento de novos ideais com a Revolução Russa sobrepujaram a crença na universalidade da lei, reconhecendo a insuficiência da equidade ideal por ela garantida como fundamento para grande parte das relações sociais, dando-a uma nova roupagem com “a socialização do Direito, com a conseqüente relativização do dogma da autonomia privada, a mudança da base subjetiva dos negócios jurídicos, a ampliação do poder de intervenção do Estado na economia e nas relações entre particulares”¹²². Interesse público e interesse privado se aproximam, passando o Estado a intervir e a mediar as relações entre particulares para promover o bem-estar social, tendo como base normativa disposições jurídico-constitucionais.

A decadência do liberalismo econômico e político vai dando lugar à ingerência do Estado¹²³, advogando-se o predomínio dos interesses gerais sobre os particulares, devendo a percepção do contrato também sofrer reestruturação, principalmente no que se refere à moderna concepção de autonomia privada, a qual passará a ser dirigida¹²⁴ pela atuação do Estado no domínio econômico¹²⁵. O dirigismo contratual para proteção do contratante

¹²² SOMBRA, Thiago Luís Santos. *A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2004, p. 54.

¹²³ Para Marques, sobre o advento do Estado Social e seu reflexo nas relações contratuais: “Haverá um intervencionismo cada vez maior do Estado nas relações contratuais, no intuito de relativizar o antigo dogma da autonomia da vontade com as novas preocupações de ordem social, com a imposição de um novo paradigma, o princípio da boa-fé objetiva. É o contrato, como instrumento à disposição dos indivíduos na sociedade de consumo, mas, assim, como o direito de propriedade, agora limitado e eficazmente regulado para que alcance sua função social”. MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 211.

¹²⁴ Lôbo assevera que: “Favorece-se o contratante débil diante do economicamente poderoso. O dirigismo contratual parte da realidade de uma economia dirigida. Sendo o contrato o instrumento jurídico de circulação econômica de bens e serviços, se a economia é dirigida o contrato é dirigido. [...] A lei presume um tipo médio de contratante débil, abstraindo-se a realidade de cada situação concreta. Presume-se, por exemplo, que na relação de inquilinato o inquilino é a parte economicamente débil, mesmo que o não seja concretamente. A igualdade jurídica e formal é, nas hipóteses de dirigismo, substituída pela consideração jurídica da desigualdade real do tipo presumido. E, assim, a igualdade de todos perante a lei depende da posição que assumir na relação contratual dirigida”. LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Dirigismo contratual*. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 14, n. 52, p. 64-78, abr/jun, 1990.

¹²⁵ Marques esclarece que: “No Brasil, mesmo após a Segunda Guerra, a tendência mundial de socialização do direito civil, especialmente do direito dos contratos, terá pouco repercussão legislativa, exceção feita às novas leis sobre inquilinato, seguros e promessa de compra e venda. A teoria pura de Kelsen, porém fascinará muitos juristas brasileiros, mesmo que nessa teoria pura a ‘justiça’ ou a ‘injustiça’ do conteúdo de uma norma nenhuma importância tenha,

débil e a conjugação da *pacta sunt servanda* à necessidade de promoção da função social conduzem “à aprovação de leis com regras de conduta (a) limitando a escolha do outro contratante, (b) criando molduras específicas para alguns negócios, (c) elegendo o conteúdo de certos contratos - a partir de regras cogentes, é evidente - e, em algumas circunstâncias, até mesmo (d) impondo o dever de contratar”¹²⁶.

A derrocada do Estado mínimo nas sociedades industriais esmaeceu a dicotomia privado/público, contrato/lei e Código Civil/Constituição, tornando-se difícil distinguir onde termina a esfera dos interesses particulares e começa a dos interesses públicos. Conforme afirma Perlingieri:

A própria distinção entre direito privado e público está em crise. Esta distinção, que já os Romanos tinham dificuldade em definir, se substancia ora na natureza pública do sujeito titular dos interesses, ora na natureza pública e privada dos interesses. Se, porém, em uma sociedade onde é precisa a distinção entre liberdade do particular e autoridade do Estado, é possível distinguir a esfera do interesse dos particulares daquela do interesse público, em uma sociedade como a atual, torna-se difícil individuar um interesse particular que seja completamente autônomo, independente, isolado do interesse dito público. As dificuldades de traçar linhas de fronteira entre direito público e privado aumentam, também, por causa da cada vez mais incisiva presença que assume a elaboração de interesses coletivos como categoria intermédia (tome-se, como exemplo, o interesse sindical ou das comunidades).¹²⁷

Nas palavras de Bobbio:

bastando que a norma tenha sido efetivamente estabelecida de maneira legítima pela norma fundamental correspondente. Sendo assim, fácil compreender porque, apesar dos vários projetos de Código elaborados, as normas brasileiras sobre contratos continuaram as mesmas desde o início do século. Mas, também no Brasil, todo o individualismo e voluntarismo presentes nestas normas não mais se adaptavam à realidade do século XX, com a proliferação dos contratos de adesão, dos contratos cativos de longa duração, a concentração monopolizante de poder em mão de empresas e dos conglomerados industriais, a presença do Estado na economia obrigando os particulares em muitos casos a contratar, o novo valor dado aos bens imateriais, autorais e aos direitos fundamentais. Porém, no caso brasileiro, a crise da concepção clássica de contrato só terá uma solução na década de oitenta, mais especificamente com a edição da nova ordem constitucional, e de seu reflexo mais importante até agora no campo contratual: o Código de Defesa do Consumidor”. MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 161-162.

¹²⁶ GERCHMANN, Suzana Rahde; CATALAN, Marcos Jorge. Duzentos anos de historicidade na resignificação da ideia de contrato. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v.22, n.90, p. 191-214, nov./dez. 2013.

¹²⁷ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 53.

Os dois processos de publicização do privado e de privatização do público, não são de fato incompatíveis, e realmente compenetraram-se um no outro. O primeiro reflete o processo de subordinação dos interesses do privado aos interesses da coletividade representada pelo Estado que invade e engloba progressivamente a sociedade civil; o segundo representa a revanche dos interesses privados através da formação dos grandes grupos que se servem dos aparatos públicos para o alcance dos próprios objetivos. O Estado pode ser corretamente representado como o lugar onde se desenvolvem e se compõem, para novamente decompor-se e recompor-se, estes conflitos através do instrumento jurídico de um acordo continuamente renovado, através do instrumento jurídico de um acordo continuamente renovado, representação moderna da tradicional figura do contrato social.¹²⁸

Ocorre que a mera qualificação do Estado como “social” não foi suficiente para assegurar a justiça social almejada. Como aponta Bonavides¹²⁹, a intervenção estatal nas esferas sociais acabou por criar uma forte dependência do indivíduo em face do Estado, principalmente após o crescimento das populações, as guerras e as dificuldades econômicas e sociais. Quando o “Homem angustiado e neurótico”¹³⁰ do século XX é colocado nas mãos de governantes totalitários, converte-se o aparelho estatal em instrumento de abusos e atentados à liberdade humana. A Alemanha nazista, a Itália fascista, a Espanha franquista, o Portugal salazarista e a União das

¹²⁸ BOBBIO, Norberto. *Estado, governo e sociedade: Para uma teoria geral da política*. 14. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987, p. 27.

¹²⁹ BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 200-201.

¹³⁰ Bonavides indica que: “O Homem, que antes dominava um largo espaço existencial autônomo, com a sua casa, a sua granja, a sua horta, o seu estábulo, a sua economia doméstica, organizada e independente, aquele Homem, com o qual o século XIX ainda amanhecera, é, em nossos dias, um resignatário de toda essa esfera material subjetiva, que o capacitava, na ordem política, a adotar uma filosofia individualista e liberal, e, na ordem econômica, a crer em suas próprias energias pessoais e assumir perante o Estado uma atitude de firmeza, independência e altivez. Esse homem tranquilo desapareceu quando o crescimento das populações, as dificuldades econômicas e sociais, as guerras, a expansão do poder estatal, determinaram a perda efetiva daquele espaço autônomo. Desse modo que, segundo Forsthoff, o Homem de nossos dias não tem reservas para enfrentar, resolutamente, a hora das crises, e, como dispõe apenas de um espaço existencial mínimo, que, nos casos extremos, já frequentes em grandes centros populacionais, o faz inquilino de um quarto sublocado, prestacionista de bens que o conforto tecnológico sedutoramente lhe oferece, aumentando-lhe o fardo dos compromissos materiais assumidos, esse Homem angustiado e neurótico do século XX move-se com insegurança num círculo de interesses que estreitam e acentuam cada vez mais sua dependência do Estado”. BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 201.

Repúblicas Socialistas Soviéticas bolchevista são exemplos de Estados Sociais que se converteram em armas antidemocráticas¹³¹.

É a partir do término da Segunda Guerra Mundial, ocasião em que houve um rompimento concreto com os direitos humanos, que se busca acrescentar ao Estado de Direito o conceito democrático e constitucional, inserindo e contextualizando direitos fundamentais nas cartas constitucionais.

Como lembram Gerchmann e Catalan:

O Estado Social falhou, deixando sem solução problemas que deveria - no mínimo - minimizar. Foi substituído pelo Estado Democrático de Direito, um modelo fundado (a) na cidadania, (b) na promoção da dignidade da pessoa humana, (c) nos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. Ele, além de ter por dever promover a inclusão e a emancipação do cidadão, assume uma série de outras tarefas. Encontrados, em sua maioria, no art. 3.º da CF/1988, tais compromissos incluem: (a) a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, (b) a garantia do desenvolvimento nacional, (c) a erradicação da pobreza e da marginalização, além da redução das desigualdades sociais e regionais e (d) a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.¹³²

Constrói-se uma unidade hierarquicamente sistematizada do ordenamento, em que há uma influência bidirecional entre direito público e direito privado, sempre fundada na supremacia da norma constitucional e, principalmente, no alcance e na realização da dignidade da pessoa humana. O Estado Democrático Constitucional de Direito, portanto, tem a função precípua de concretizar os direitos fundamentais, inserindo a pessoa no centro de irradiação de suas normas. A dignidade humana, “fundada nos pressupostos socioeconômicos, é condição para o pleno exercício da liberdade, ao contrário

¹³¹ Importante salientar que Estado Social não se confunde com Estado Socialista, consoante ensina Bonavides: “O Estado social representa efetivamente uma transformação superestrutural por que passou o antigo Estado liberal. Seus matizes são riquíssimos e diversos. Mas algo, no Ocidente, o distingue, desde as bases, do Estado proletário, que o socialismo marxista intenta implantar: é que ele conserva a sua adesão à ordem capitalista, princípio cardeal a que não renuncia. [...] Nesse momento, em que se busca superar a contradição entre a igualdade política e a desigualdade social, ocorre, sob distintos regimes políticos, importante transformação, bem que ainda de caráter superestrutural”. BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 184-185.

¹³² GERCHMANN, Suzana Rahde; CATALAN, Marcos Jorge. Duzentos anos de historicidade na ressignificação da ideia de contrato. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v.22, n.90, p. 191-214, nov./dez. 2013.

do Estado Liberal que enxergava a liberdade como exigência da dignidade humana”¹³³.

Segundo Tepedino:

A unidade do ordenamento é característica reconhecidamente essencial (rectius, lógica) da estrutura e da função do sistema jurídico. Ela decorre da existência (pressuposta) da norma fundamental (Grundnorm), fator determinante de validade de toda a ordem jurídica, e abrange a intolerabilidade de antinomias entre as múltiplas proposições normativas (constituindo-se, assim, em um sistema). A relação entre a norma fundamental e a Constituição, quanto à questão do fundamento de validade do ordenamento, é também lógica, configurável através do mecanismo do silogismo jurídico; possibilita que se considere o documento constitucional como conjunto de normas objetivamente válidas, e, concomitantemente, coloca-o como a instância a que foi dada a legitimidade para “revalidar” a ordem jurídica.

Acolher a construção da unidade (hierarquicamente sistematizada) do ordenamento jurídico significa sustentar que seus princípios superiores, isto é, os valores propugnados pela Constituição, estão presentes em todos os recantos do tecido normativo, resultando, em consequência, inaceitável a rígida contraposição direito público-direito privado. Os princípios e valores constitucionais devem se estender a todas as normas do ordenamento, sob pena de se admitir a concepção de um “mondo in frammenti”, logicamente incompatível com a ideia de sistema unitário.

[...] Mais: no Estado Democrático de Direito, delineado pela Constituição de 1988, que tem entre seus fundamentos a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, o antagonismo público-privado perdeu definitivamente o sentido. Os objetivos constitucionais de construção de uma sociedade livre, justa e solidária e de erradicação da pobreza colocaram a pessoa humana – isto é, os valores existenciais – no vértice do ordenamento jurídico brasileiro, de modo que tal é o valor que conforma todos os ramos do Direito.¹³⁴

A positivação de determinados princípios e direitos fundamentais numa ordem constitucional permite consagrar valores e necessidades consensualmente reconhecidos pela sociedade, legitimando a ordem jurídica e vinculando-a a ideais de justiça e de dignidade humana. Canotilho acrescenta:

¹³³ SILVEIRA, Marco Antonio Karam. A atuação do Estado Constitucional na atividade econômico-empresarial e análise econômica do Direito. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 100, n. 912, p. 171-209, out. 2011.

¹³⁴ TEPEDINO, Maria Celina Bodin de Moraes. A caminho de um direito civil constitucional. *Revista de direito civil, imobiliário, agrário e empresarial*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 17, n. 65, p. 21-32, jul./set. 1993.

Eis aqui uma premissa importante de muitos dos desenvolvimentos subsequentes: à constituição de um Estado de direito democrático terá de continuar a solicitar-se uma melhor organização da relação homem-mundo e das relações intersubjectivas (entre e com os homens) segundo um projecto-quadro de "estruturas básicas da justiça" (J. RAWLS), moldado em termos de uma racionalidade comunicativa selectiva (HABERMAS).¹³⁵

O Código, inicial garantia de separação entre a sociedade civil e o Estado, sofre uma descentralização¹³⁶ em direção ao eixo principiológico da Constituição. Ao mesmo tempo, iluminado por fontes e normas fundamentais, o direito privado é fracionado em microssistemas jurídicos com seus próprios princípios gerais. Timm traz a seguinte reflexão sobre a evolução da ordem jurídica:

O que estas leis especiais de fato realizaram, foi a desmistificação do código, ou seja, aquela idéia dogmática de que o código esgotaria em sua disciplina todas as relações jurídicas existentes na sociedade, que pode ser resumida na idéia de completude. Agora, isto não quer dizer que o código tenha perdido toda a sua importância, ao contrário, deve permanecer como um código central, isto é, responsável pela unidade de todo o sistema jurídico de direito privado, atualmente espalhado em diversos microssistemas sem qualquer ligação entre si e com os antigos princípios consagrados no código¹³⁷.

A evolução da ordem jurídica para esse sistema axiológico e teleológico garante, em tempos pós-modernos e hiper-complexos, a proteção dos direitos fundamentais nas relações jurídicas de direito privado, cabendo ao jurista

¹³⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993, p. 14.

¹³⁶ Timm aponta que a terminologia mais adequada para esse momento histórico é descentralização, ao invés de descodificação: "A esta apontada diferença terminológica, isto é, descodificação versus descentralização, subjaz uma grande diversidade na concepção do que se deva entender por código modernamente, qual o seu atual papel e qual será a sua atribuição no futuro. A opção pela terminologia descentralização induz a uma ideia de que o Código Civil mantém seu espaço de importância como eixo do direito privado em diversos aspectos, como será visto ao longo do artigo. Este posicionamento é particularmente relevante quando se examina aquilo que diversos civilistas mais contemporaneamente têm falado a respeito da 'constitucionalização' do direito civil". TIMM, Luciano Benetti. "Descodificação", *Constitucionalização e Descentralização no Direito Privado: o Código Civil ainda é útil?* *Revista de Direito Privado*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 27, p. 223, jul. 2006

¹³⁷ TIMM, Luciano Benetti. "Descodificação", *Constitucionalização e Descentralização no Direito Privado: o Código Civil ainda é útil?* *Revista de Direito Privado*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 27, p. 223, jul. 2006

realizar o esforço hermenêutico necessário à aplicação direta e efetiva dos valores e princípios constitucionais¹³⁸.

Esse novo aspecto hermenêutico é responsável pela distinção entre positivismo e pós-positivismo. A aplicação do direito deixa de ser puramente mecânica, deslocando-se o centro da atenção para os operadores do direito, os quais deverão ter “conhecimento da lógica do sistema, oferecida pelos valores constitucionais, pois que a norma ordinária deverá sempre ser aplicada juntamente com a norma constitucional, que é a razão de validade para a sua aplicação naquele caso concreto”¹³⁹.

Lança-se mão de disciplinas como a filosofia moral e a política para restaurar uma razão prática voltada para a solução dos casos concretos à luz da supremacia do documento constitucional. A interpretação judicial passa a exercer papel fundamental para controlar e verificar o respeito aos princípios constitucionais que consagram os direitos e garantias fundamentais.

Como destaca Amorim:

[O]s princípios por serem normas com uma hipótese mais abstrata e abrangente acabam por reaproximar o direito das teorias morais e com isso, o Direito deixa de ser uma ciência neutra e vazia de conteúdo para se tornar uma ciência não só formal, mas também uma ciência que está delimitada por um limite material.¹⁴⁰

¹³⁸ Esclarece Tepedino: “Assim é que qualquer norma ou cláusula negocial, por mais insignificante que pareça, deve se coadunar e exprimir a normativa constitucional. Sob essa ótica, as normas de direito civil necessitam ser interpretadas como reflexo das normas constitucionais. A regulamentação da atividade privada (porque regulamentação da vida cotidiana) deve ser, em todos os seus momentos, expressão da indubitável opção constitucional de privilegiar a dignidade da pessoa humana. Em consequência, transforma-se o direito civil: de regulamentação da atividade econômica individual, entre homens livres e iguais, para regulamentação da vida social, na família, nas associações, nos grupos comunitários, onde quer que a personalidade humana melhor se desenvolva e sua dignidade seja mais amplamente tutelada”. TEPEDINO, Maria Celina Bodin de Moraes. A caminho de um direito civil constitucional. *Revista de direito civil, imobiliário, agrário e empresarial*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 17, n. 65, p. 21-32, jul./set. 1993.

¹³⁹ TEPEDINO, Maria Celina Bodin de Moraes. A caminho de um direito civil constitucional. *Revista de direito civil, imobiliário, agrário e empresarial*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 17, n. 65, p. 21-32, jul./set. 1993.

¹⁴⁰ AMORIM, Letícia Balsamão. O princípio do estado de direito à luz do pós-positivismo. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v.13, n.52, p. 91-112, jul./set., 2005.

No caso brasileiro, a Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988, inaugura essa nova postura metodológica de reconhecimento do caráter normativo dos princípios constitucionais nas relações de direito privado. Esse sistema jurídico volta-se para a proteção da pessoa humana, consoante se verifica na cláusula geral de tutela estabelecida no inciso III do art. 1.º da Constituição Federal brasileira, fixando diretrizes que condicionam e conformam todo o ordenamento jurídico brasileiro, desde o corpo constitucional até as normas infraconstitucionais, atingindo, portanto, as relações jurídicas privadas. Uma das consequências será a elevação da proteção do consumidor à categoria de direito fundamental, conforme será analisado a seguir.

Ocorre que o Estado contemporâneo depara-se com uma cisão em seu interior, vitimando a sua obra máxima, a Constituição, ao que Bonavides denominou de “golpe de Estado institucional”. Segundo o autor:

O golpe de Estado institucional, ao contrário do golpe de Estado governamental, não remove governos mas regimes, não entende com pessoas mas com valores, não busca direitos mas privilégios, não invade Poderes mas os domina por cooptação de seus titulares; tudo obra em discreto silêncio, na clandestinidade, e não ousa vir a público declarar suas intenções, que vão fluindo de medidas provisórias, privatizações, variações de política cambial, arrocho e salários, opressão tributária, favorecimento escandaloso da casta de banqueiros, desemprego, domínio da mídia, desmoralização social da classe média, minada desde as bases, submissão passiva a organismos internacionais, desmantelamento de sindicatos, perseguição de servidores públicos, recessão, seguindo, assim, à risca, receita prescrita pelo neoliberalismo globalizador, até a perda total da identidade nacional e a redução do País ao *status* de colônia, numa marcha sem retorno.¹⁴¹

A dura realidade trazida pela globalização deslocou o indivíduo do eixo central do Estado democrático-constitucional de Direito, perdendo o Estado sua soberania e “autossuficiência militar, econômica e cultural”¹⁴² para o mercado.

¹⁴¹ BONAVIDES, Paulo. *Do País Constitucional ao País Neocolonial: A derrubada da Constituição e a recolonização pelo golpe de Estado institucional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

¹⁴² BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: As consequências humanas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999, p. 71-72.

Surge um Estado enfraquecido, o qual possui sérias dificuldades de implantar os ideais de justiça social igualitária e de proteção da pessoa humana.

Nesse sentido, Jayme ensina que:

a globalização é caracterizada pelo fato dos Estados não serem mais os centros do poder e da proteção da pessoa humana. Os Estados estão cedendo grande parte de seus poderes aos mercados. As regras da concorrência determinam a vida e o comportamento dos seres humanos. A existência de um mercado global permite fusões de grandes empresas, resultando em um poder econômico gigantesco, que deixa aberta a questão da proteção do indivíduo que gostaria de manter seu posto de trabalho, proteção tradicionalmente fornecida pelo Estado. Para preencher este vazio legal, os juristas reclamam a criação de um sistema mundial de proteção contra as críticas anti-concorrenciais.¹⁴³

Corroborando a visão do jurista alemão, Xavier constata:

No plano social, a promessa de isonomia em relação às oportunidades sociais passam a representar desejos não concretizados e cada vez mais distantes da realidade. A massificação social aprisiona mais do que os antigos sistemas escravocratas. É uma cadeia sem grades, mas também sem possibilidades de fuga. O indivíduo se vê perdido numa teia social que o absorve, utilizando-o apenas como fio para a tessitura social. O ser humano passa, então, a ser um número considerado nas estatísticas de marketing, de desenvolvimento econômico ou, simplesmente, um eleitor.

Nesse contexto, a globalização engole o indivíduo e o torna produto de uma realidade que o formata, decidindo sobre os seus desejos e traçando o seu futuro. Fala-se em 'coisificação do indivíduo', que de pretense agente social assume o papel de elemento de engrenagem da máquina social. Não há como deixar de reconhecer os efeitos nocivos que a globalização proporciona aos mais vulneráveis, causando-lhe males praticamente irreversíveis.¹⁴⁴

O desafio do Estado de Direito contemporâneo é garantir a plena realização da pessoa humana, dotada de uma essencial dignidade, recolocando-a no vértice do sistema jurídico. Todavia, a reorganização do caos gerado pela globalização, encontra como agravante a extrema complexidade

¹⁴³ JAYME, Erik. O direito internacional privado do novo milênio: a proteção da pessoa humana face à globalização. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre: PPGDir/UFRGS, vol. 1, n. 1, mar. 2003.

¹⁴⁴ XAVIER, José Tadeu Neves. *A nova dimensão dos contratos no caminho da pós-modernidade*. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2006, p. 75.

da sociedade pós-moderna, surgida com a revolução da informática e o crescimento da robótica. O resultado disso é um Direito em constante descompasso com a realidade social, elemento gerador de insegurança e desconfiança.

2.2 A VULNERABILIDADE DE SITUAÇÃO GERADA PELO AMBIENTE VIRTUAL E OS DESAFIOS ENFRENTADOS PELO DIREITO DO CONSUMIDOR

Quando do surgimento do Estado Liberal de Direito, enunciou-se a garantia de direitos individuais frente ao arbítrio do poder político, buscando-se a estabilidade jurídica pela submissão de todos à lei. A segurança da legalidade oferecia aos indivíduos uma igualdade formal perante a lei, única limitadora das liberdades individuais.

Como consequência, “carecia de sentido a construção de um modelo de proteção dos direitos fundamentais frente a particulares, uma vez que, se todos os indivíduos são efetivamente iguais e livres, não existem riscos nas relações por eles estabelecidas”¹⁴⁵. Salvaguardava-se a liberdade individual contra a ingerência do Estado numa vertente unidirecional dos direitos fundamentais, de modo que as disparidades substanciais dos indivíduos não eram consideradas.

As mutações sociais e históricas tiveram como pano de fundo a massificação social e o poder exagerado advindo da concentração econômica, demandando a implementação de um modelo de atuação estatal positiva. Nesse momento, surgem disposições jurídico-constitucionais que buscam a igualdade substancial, exercendo o Estado a função de mediador e protetor nas relações privadas¹⁴⁶.

Mas é somente com a reconfiguração do Estado Social após a Segunda Guerra Mundial que a preocupação com a efetivação dos direitos fundamentais e a busca da igualdade de condições dos socialmente desiguais passam a ter

¹⁴⁵ SOMBRA, Thiago Luís Santos. *A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2004, p. 82-83.

¹⁴⁶ MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 24-25.

contornos mais definidos. O Estado democrático-constitucional de Direito volta-se para a proteção da dignidade da pessoa humana, a qual passa a atuar como critério material para a implementação da igualdade e proteção dos direitos fundamentais entre particulares.

Sobre o emprego da dignidade da pessoa humana como limite e tarefa do Estado, da comunidade e dos particulares, Sarlet assevera que:

Neste contexto, não restam dúvidas de que todos os órgãos, funções e atividades estatais encontram-se vinculados ao princípio da dignidade da pessoa humana, impondo-se-lhes um dever de respeito e proteção, que se exprime tanto na obrigação por parte do Estado de abster-se de ingerências na esfera individual que sejam contrárias à dignidade pessoal, quanto no dever de protegê-la (a dignidade pessoal de todos os indivíduos) contra agressões oriundas de terceiros, seja qual for a procedência, vale dizer, inclusive contra agressões oriundas de outros particulares, especialmente – mas não exclusivamente – dos assim denominados poderes sociais (ou poderes privados).

[...] Com efeito, também (mas não exclusivamente) por sua natureza igualitária e por exprimir a ideia de solidariedade entre os membros da comunidade humana, o princípio da dignidade da pessoa vincula também no âmbito das relações entre os particulares. No que diz com tal amplitude deste dever de proteção e respeito, convém que aqui reste consignado que tal constatação decorre do fato de que há muito já se percebeu – designadamente em face da opressão socioeconômica exercida pelos assim denominados poderes sociais – que o Estado nunca foi (e cada vez menos o é) o único e maior inimigo das liberdades e dos direitos fundamentais em geral. Que tal dimensão assume particular relevância em tempos de globalização econômica, privatizações incrementos assustador dos níveis de exclusão e, para além disso, aumento do poder exercido pelas grandes corporações, internas e transnacionais (por vezes, com faturamento e patrimônio – e, portanto, poder econômico – maior que o de muitos Estados) [...].¹⁴⁷

A dignidade da pessoa humana como tarefa “impõe ao Estado, além do dever de respeito e proteção, a obrigação de promover as condições que viabilizem e removam toda sorte de obstáculos que estejam a impedir as pessoas de viverem com dignidade”¹⁴⁸. Isso proporciona a criação de normas de Direito Privado voltadas para a proteção dos vulneráveis nas relações sociais.

¹⁴⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 132-134.

¹⁴⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 133.

Esse perfil legislativo de proteção da parte mais vulnerável, no âmbito contratual, deu origem às normas de proteção do consumidor, superando o modelo tradicional de análise abstrata da igualdade e liberdade das partes. O contrato pós-moderno buscará garantir a igualdade de condições contratuais e proteger o contratante que se encontra na posição mais fraca, captando o conceito material dos direitos fundamentais¹⁴⁹.

A vulnerabilidade se torna a expressão inexorável dessa relação entre desiguais desde a formação das sociedades de consumo massificadas. Entretanto, esse princípio fundador das leis protetivas do consumidor, quando inserido no contexto do acelerado desenvolvimento tecnológico e da virtualização das relações jurídicas, alcança patamares antes inimagináveis pelo legislador brasileiro no momento da elaboração do Código de Defesa do Consumidor na década de 90.

Esse contexto promovido pela difusão do comércio eletrônico permite que o princípio da vulnerabilidade seja analisado sob uma dupla perspectiva: *a)* vulnerabilidade de relação e *b)* vulnerabilidade de situação.

Merece referência que essa dupla perspectiva do princípio da vulnerabilidade foi inspirada no artigo escrito pelo jurista Jean-Pascal Chazal, denominado “Vulnérabilité et droit de la consommation”¹⁵⁰.

Sobre a vulnerabilidade de relação explica o autor:

¹⁴⁹ Nesse sentido, a lição de Xavier: “Assim na transição da modernidade para a pós-modernidade nota-se o crescimento da importância social das minorias, que, através de diversos mecanismos de pressão, buscam a consolidação do respeito aos seus interesses e reconhecimento de seus direitos. Assim tem ganhado fôlego na teoria jusprivativista a ideia de utilização do Direito Privado com a finalidade de implementação de políticas sociais. Este ambiente proporciona, por sua vez, a criação de normas de Direito Privado para proteger a parte mais vulnerável nas relações sociais, num claro comprometimento com o resgate da ideia de igualdade material. Tal situação denota claramente ser um braço da pós-modernidade jurídica lançado sobre a teoria dos contratos, centrando suas atenções no sujeito contratual e forçando o reconhecimento de vulnerabilidades especiais, mormente pela criação de *lex specialis ratione personae*”. XAVIER, José Tadeu Neves. *A nova dimensão dos contratos no caminho da pós-modernidade*. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2006, p. 297.

¹⁵⁰ Segundo Chazal: “La vulnérabilité du consommateur est donc essentiellement une vulnérabilité de relation (1). Toutefois, il existe des cas où la vulnérabilité de relation se double d'une vulnérabilité de situations (2)”. CHAZAL, Jean-Pascal. *Vulnérabilité et droit de la consommation*. In: COHET-CORDEY, Frédérique (org.). *Vulnérabilité et droit: Le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit*. Grenoble: Presses Universitaires de Grenoble, 2000, p. 249.

La relation entre le consommateur et le professionnel se caractérise par un déséquilibre, le consommateur étant, face au professionnel, dans une relation d'infériorité. La vulnérabilité est donc, en droit de la consommation, une notion relative. Le consommateur n'est pas en lui-même un être vulnérable. Il n'est vulnérable que par rapport au professionnel, celui-ci étant une personne susceptible de porte atteinte à ses intérêts. Mais, si la vulnérabilité du consommateur dans ses rapports avec le professionnel est fréquente, probable (a), il ne faudrait pas croire qu'elle est constante, invariable (b).¹⁵¹

A vulnerabilidade do consumidor, portanto, não decorre de uma incapacidade ou semidebilidade¹⁵² para a realização dos negócios jurídicos, tendo em vista que essa noção não está enfocada nas características intrínsecas de quem adquire produtos e serviços como destinatário final. O consumidor não é um ser vulnerável quando analisado isoladamente. Sua fraqueza surge no momento em que ele é confrontado com o fornecedor, sendo sua vulnerabilidade decorrente da relação estabelecida com um profissional.

Quanto ao conceito de vulnerabilidade variável trazido no item (b), Chazal afirma:

Le consommateur n'est pas toujours cet individu faible, ignorant et isolé que nous dépeint, non sans caricature, le droit de la consommation. Le consommateur n'est pas nécessairement et toujours vulnérable, même dans ses rapports avec un professionnel. C'est notamment le cas lorsqu'une personne agit en dehors du champ de son activité professionnelle, pour conclure un acte de consommation entrant dans son domaine de compétence.¹⁵³

¹⁵¹ CHAZAL, Jean-Pascal. Vulnérabilité et droit de la consommation. In: COHET-CORDEY, Frédérique (org.). *Vulnérabilité et droit: Le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit*. Grenoble: Presses Universitaires de Grenoble, 2000, p. 249.

¹⁵² Chazal explica que qualificar o consumidor como incapaz é excessivo, pois obrigaria a reconhecer que o direito consumerista participa de uma infantilização do indivíduo, de uma restrição do homem. Assim, os conceitos de consumidor e de incapaz não se confundem. CHAZAL, Jean-Pascal. Vulnérabilité et droit de la consommation. In: COHET-CORDEY, Frédérique (org.). *Vulnérabilité et droit: Le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit*. Grenoble: Presses Universitaires de Grenoble, 2000, p. 243.

¹⁵³ CHAZAL, Jean-Pascal. Vulnérabilité et droit de la consommation. In: COHET-CORDEY, Frédérique (org.). *Vulnérabilité et droit: Le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit*. Grenoble: Presses Universitaires de Grenoble, 2000, p. 250-251.

Discorda-se aqui da relativização proposta pelo autor quanto aos consumidores que adquirem produtos ou serviços em sua área de atividade profissional, tendo em vista que a vulnerabilidade não pode resumir-se ao conhecimento técnico que o consumidor possui sobre determinado produto ou serviço. Existem diversas facetas, além da vulnerabilidade técnica, que tornam a relação de consumo desequilibrada, tais como a vulnerabilidade jurídica, fática e informacional abordadas com maestria por Marques e Miragem¹⁵⁴.

Assim, o contrato de consumo constitui verdadeiro instrumento jurídico de submissão do consumidor à vontade do profissional, mediante o emprego de contratos de massa que utilizam, como técnicas de conclusão e disciplina, os contratos de adesão, as condições gerais dos contratos ou cláusulas gerais contratuais e os contratos do comércio eletrônico, consoante explica Marques¹⁵⁵.

Dal Pai Moraes¹⁵⁶ também aponta que os contratos de massa lançam mão de inúmeras técnicas que atingem os consumidores na sua incolumidade física, psíquica ou econômica, sendo algumas delas: (a) o tecnicismo; (b) a complexidade e a extensão contratual; (c) predisposição das cláusulas; (d) generalidade dos contratos; (e) consideração do estado de necessidade; (f) dimensão dos caracteres do contrato; (g) exclusão posterior de oferecimentos inicialmente prometidos nas primeiras cláusulas; (h) técnica da remissão feita a documentos arquivados em cartórios de registro de títulos e documentos; (i) o contrato em regime de monopólio; (j) variados e inéditos fornecimentos de produtos e serviços; (k) contratos feitos fora do estabelecimento comercial; (l) contratos cativos de longa duração; (m) cláusulas abusivas; e (n) as novas formas de vulneração promovidas pelas novas tecnologias.

Um funcionário do Google, por exemplo, apesar de possuir conhecimento técnico acerca do funcionamento do sistema, no momento em que contrata os produtos ou serviços desse fornecedor, não será menos

¹⁵⁴ MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 154.

¹⁵⁵ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 70-71.

¹⁵⁶ MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Código de Defesa do Consumidor: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais: interpretação sistemática do direito*. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 245-270.

vulnerável que um consumidor que não detém esse conhecimento específico. Isso ocorre porque ele não poderá negociar de forma igualitária o conteúdo contratual com essa grande empresa, sendo, conseqüentemente, vulnerável por razões jurídicas, socioeconômicas ou informacionais. É por esse motivo que o princípio da vulnerabilidade constitui presunção jurídica absoluta, não podendo ser lido sob a perspectiva da autonomia privada e do *pacta sunt servanda*.

Nesse sentido, esclarece Miragem, ao abordar o exercício abusivo do direito no direito do consumidor, que:

Em direito do consumidor, todavia, o abuso do direito vincula-se a duas concepções-chave para sua identificação e controle dos atos abusivos: o status constitucional do consumidor como sujeito de direitos fundamentais e a razão lógica deste reconhecimento como, de resto, das demais normas de proteção em nosso ordenamento: a presunção jurídica da sua vulnerabilidade. Ou seja, enquanto no direito civil pode-se eventualmente identificar hipóteses de abuso quando, a teor do art. 187 do CC/2002, houver violação dos limites ali estipulados, ou mesmo antes da nova lei, por contrariedade à boa-fé, no direito do consumidor a noção está intrinsecamente vinculada à existência de uma ordem pública de proteção, que no direito brasileiro assenta-se na previsão constitucional de defesa do consumidor. Não é demais recordar que o art. 1.º do CDC afirma tratar-se esta de uma lei de ordem pública e de interesse social.¹⁵⁷

Continuando na divisão proposta por Chazal, ele define vulnerabilidade de situação como:

Parfois, la vulnérabilité de relation se double d'une vulnérabilité de situation, en sorte que la situation précaire renforce la vulnérabilité provenant de la relation entre consommateurs et professionnels. Cette situation de vulnérabilité peut provenir ou bien de l'économie (a), ou bien de la géographie (b).¹⁵⁸

¹⁵⁷ MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. Abuso do direito: ilicitude objetiva e limite ao exercício de prerrogativas jurídicas no Direito Privado. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 225.

¹⁵⁸ CHAZAL, Jean-Pascal. Vulnérabilité et droit de la consommation. In: COHET-CORDEY, Frédérique (org.). *Vulnérabilité et droit*: Le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit. Grenoble: Presses Universitaires de Grenoble, 2000, p. 251.

A hipótese de agravamento da vulnerabilidade pela situação geográfica, tratada no item (b), é dividida da seguinte forma:

Curieusement, la situation géographique accentue parfois la vulnérabilité du consommateur face au professionnel. Cette situation apparaît dans deux hypothèses : lorsque le professionnel est présent chez le consommateur (§ 1) ou lorsqu'il existe une distance entre le professionnel et le consommateur (§ 2).¹⁵⁹

Interessa para o presente trabalho a vulnerabilidade de situação geográfica decorrente da distância entre o profissional e o consumidor, que Chazal define nos seguintes termos:

C'est l'hypothèse dans laquelle le professionnel et le consommateur, qui souhaitent entrer en relations contractuelles, ne se trouvent pas géographiquement au même endroit. La vente par correspondance existe depuis longtemps, mais les progrès techniques en matière de communication ont amplifié son utilisation. Ce que l'on appelait la vente par correspondance est devenue la vente à distance par n'importe quel procédé : téléphone, télécopie, télévision, Internet, etc.¹⁶⁰

Dessa forma, seguindo a proposta de Chazal, com as ressalvas feitas anteriormente, a vulnerabilidade do consumidor será analisada sob uma dupla perspectiva: (a) a vulnerabilidade inerente à relação de consumo; e (b) a vulnerabilidade de situação promovida pelos avanços tecnológicos.

2.2.1 A vulnerabilidade de relação e a proteção do consumidor como consequência da pós-modernidade

¹⁵⁹ CHAZAL, Jean-Pascal. Vulnérabilité et droit de la consommation. In: COHET-CORDEY, Frédérique (org.). *Vulnérabilité et droit: Le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit*. Grenoble: Presses Universitaires de Grenoble, 2000, p. 252.

¹⁶⁰ CHAZAL, Jean-Pascal. Vulnérabilité et droit de la consommation. In: COHET-CORDEY, Frédérique (org.). *Vulnérabilité et droit: Le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit*. Grenoble: Presses Universitaires de Grenoble, 2000, p. 253.

O Estado pós-fordista ou pós-industrial produzirá a revolução dos serviços¹⁶¹, deslocando o paradigma industrial para o setor terciário da economia de serviços. Este modelo econômico, baseado no comércio, nas finanças, no transporte, na saúde, no entretenimento, na pesquisa científica e no ensino, não exige fábricas com linha de montagem, mas, sim, um sistema tecnológico de informação¹⁶².

Nesse período de transição é que se situa as origens da preocupação com os consumidores, pois antes do século XX, não se cogitava a sua proteção jurídica, consequência da visão moderna formalista e abstrata, apesar de o consumo ser um dos alicerces da economia industrial moderna desde o século XVIII¹⁶³.

A revolução industrial estimulou a produtividade e a automação, lançando no mercado produtos padronizados a um baixo custo de produção, aumentando a competitividade entre os fabricantes e forjando o que seria conhecido por sociedade de consumo¹⁶⁴.

Sobre esse primeiro momento da sociedade industrial de consumo, é a lição de Amaral Júnior:

Em primeiro lugar, o desenvolvimento industrial exige a expansão dos serviços auxiliares para a movimentação dos bens, bem como o aumento da força de trabalho não-manufatureira. Em segundo lugar, o consumo em massa requer que seja ampliada a rede de distribuição dos bens (venda por atacado e varejo) e de atividades

¹⁶¹ GHERSI, Carlos Alberto. *Manual de posmodernidad jurídica y tercera vía*. Buenos Aires: Gowa Ediciones Profesionales, 2001, p. 86.

¹⁶² BELL, Daniel. *The coming of post-industrial society: A venture in social forecasting*. 3. ed. New York: Basic Books, 1999, p. 15.

¹⁶³ Para Netto: “O capitalismo empenha-se em atender, primeiramente, as necessidades básicas do homem. Assim, com o controle da agricultura estabilizado nas mãos de uma minoria medieval, a mecanização inicialmente preocupou-se em ampliar a extração de carvão, item necessário a sobrevivência humana no inverno Europeu e ao funcionamento das máquinas a vapor que começavam a ser utilizadas. Logo em seguida, foi direcionada aos produtos têxteis - relacionado à necessidade humana de vestir. Rapidamente as prateleiras das lojas de toda a Europa encheram-se com quantidades nunca antes experimentadas de tecidos de vários tipos, o que ocasionou a queda dos preços pelo aumento da oferta e possibilitou sua aquisição inclusive pelas camadas sociais mais desfavorecidas. [...] O mundo - principalmente o europeu, nos séculos XVIII e XIX - foi, então, abarrotado por produtos de primeira necessidade”. NETTO, Bernard Rodrigues. *O consumidor para além do seu conceito jurídico: contribuições da filosofia, sociologia e antropologia*. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2012, p. 20-21.

¹⁶⁴ VOLPI, Alexandre. *A história do consumo no Brasil: do mercantilismo à era do foco no cliente*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p. 43.

conexas como o setor financeiro e de seguros. Por último, com o aumento da renda tende a diminuir a proporção dos recursos despendidos com a alimentação, desenvolvendo-se, em consequência, um novo setor, o setor de serviço. Sob esse aspecto, aliás, as demandas sociais dirigem-se para duas áreas principais: saúde e educação. As reivindicações na área da saúde correspondem ao esforço no sentido de melhorar a qualidade de vida, ao passo que a educação é requisito essencial para o desempenho das habilidades requeridas pela sociedade. Cada vez mais, as inovações decorrem do novo relacionamento que se estabelece entre a ciência e a tecnologia, em que a ciência é instrumento decisivo para o crescimento da produção.¹⁶⁵

Mas é a partir do século XX que a *mass consumption society* consolidar-se-á, especialmente nas décadas de 50 e 60, período pós-Segunda Guerra Mundial, em que a produção em massa ganhou impulso com as inovações tecnológicas decorrentes da guerra. Sob esse aspecto, esclarece Cavalieri Filho:

Houve também modificação no processo de distribuição, causando cisão entre a produção e a comercialização. Se antes era o próprio fabricante que se encarregava da distribuição dos seus produtos, pelo que tinha total domínio do processo produtivo - sabia o que fabricava, o que vendia e a quem vendia -, a partir de um determinado momento essa distribuição passou também a ser feita em massa, em cadeia, em grande quantidade pelos mega-atacadistas, de sorte que o comerciante e o consumidor passaram a receber os produtos fechados, lacrados e embalados, sem nenhuma condição de conhecer o seu real conteúdo.¹⁶⁶

Eric Hobsbawn, um dos mais importantes historiadores contemporâneos, destaca o impressionante crescimento dos conglomerados internacionais e a sofisticação dos métodos de produção ao afirmar que “a economia mundial, portanto, crescia a uma taxa explosiva. Na década de 1960, era claro que jamais houvera algo assim. A produção mundial de manufaturas quadruplicou entre o início da década de 1950 e o início da década de 70, e, o que é ainda

¹⁶⁵ AMARAL JÚNIOR, Alberto do. A Constituição, o Código de defesa do consumidor e o sistema financeiro. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 5, n. 10, p. 17-37, jul./dez. 2002.

¹⁶⁶ CAVALIERI FILHO, Sérgio. O direito do consumidor no limiar do século XXI. *Revista de direito do consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 35, p. 97-108, jul./set. 2000.

mais impressionante, o comércio mundial de produtos manufaturados aumentou dez vezes”¹⁶⁷.

A explosão da economia capitalista abriu as comportas para lançar no mercado mundial uma gama expressiva de bens e serviços, inclusive convertendo artigos que antes eram considerados de luxo em produtos de uso diário¹⁶⁸. O consumo passa a ser o principal vértice da estrutura econômica, exercendo a propaganda decisivo papel para despertar as “necessidades latentes”¹⁶⁹ dos consumidores.

Esse mercado massificado e globalizado retirou do consumidor seu poder de barganha, desnivelando a relação de consumo e elevando o fornecedor de produtos e serviços a uma posição de poder. As regras do mercado passam a ser ditadas pelas empresas preocupadas em colocar em circulação o maior número de produtos, o que gerará um alto custo social.

O consumidor, despido de qualquer instrumento para resistir ao poderio econômico das empresas, passa a ser vítima de erros técnicos e falhas no

¹⁶⁷ HOBBSAWN, Eric. *Era dos extremos: o breve século XX: 1914-1991*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 257.

¹⁶⁸ Segundo Hobsbawn: “A combinação do *boom* secular, pleno emprego e uma sociedade de autêntico consumo de massa transformou totalmente a vida dos operários nos países desenvolvidos, e continuou transformando-a. Pelos padrões de seus pais, e na verdade, se suficientemente velhos, pelas suas próprias lembranças, já não eram pobres. [...] Era mais porque algum tipo de riqueza estava agora ao alcance da maioria, e a diferença entre o dono de um Fusca e o de um Mercedes era muito menor que entre o dono de qualquer carro e o dono de carro nenhum, sobretudo se os carros mais caros se achavam (em teoria) disponíveis em prestações mensais. Os operários, sobretudo nos últimos anos de juventude, antes que o casamento e as despesas domésticas dominassem o orçamento, agora podiam gastar em luxo, e a industrialização da alta-costura e do comércio da beleza a partir da década de 1960 respondeu imediatamente. Entre o topo e a base dos mercados de luxo de alta tecnologia que agora se desenvolviam – por exemplo, entre as mais caras câmeras Hasseblad e as mais baratas Olympus ou Nikon, que produziam resultados conferindo ao mesmo tempo status – a diferença era apenas de grau. De qualquer modo, a começar pela televisão, diversões até então só disponíveis como serviço particular a milionários estavam agora nas mais modestas salas de visitas. Em suma, o pleno emprego e uma sociedade de consumo orientados para um verdadeiro mercado de massa colocavam a maior parte da classe operária nos velhos países desenvolvidos, pelo menos durante parte de suas vidas, bem acima do patamar abaixo do qual seus pais, ou eles próprios, tinham vivido outrora, quando se gastava a renda sobretudo com necessidades básicas”. HOBBSAWN, Eric. *Era dos extremos: o breve século XX: 1914-1991*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 301.

¹⁶⁹ Alexandre VOLPI é expresso a esse respeito: “Com o advento da cultura de massa, o significado da felicidade foi subvertido. Na sociedade de consumo, ser feliz deixou de representar um meio com se vai e passou a ser percebido como um fim a que se chega. A felicidade, o bem-estar, o conforto e o sucesso couberam dentro de objetos e projetos de consumo. É feliz quem conquista mercadorias ou realiza seus sonhos. Ou – o inverso tem de ser verdadeiro – sente um vazio existencial aquele que não tem esperança de alcança-los”. VOLPI, Alexandre. *A história do consumo no Brasil: do mercantilismo à era do foco no cliente*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p. 91.

processo produtivo, de informações inadequadas ou inexistentes sobre os diferentes produtos e serviços, de publicidade enganosa, e de cláusulas abusivas¹⁷⁰. Ainda, os meios de comunicação em massa se ocupam de inculcar o padrão consumista nas pessoas, reduzindo a vida à aquisição de bens e serviços, o que torna o consumidor cada vez mais frágil e vulnerável¹⁷¹. Acerca dessa nova dinâmica das relações de consumo, pontuam Grinover e Benjamin que:

A sociedade de consumo, ao contrário do que se imagina, não trouxe apenas benefícios para os seus autores. Muito ao revés, em certos casos, a posição do consumidor, dentro desse modelo, piorou em vez de melhorar. Se antes fornecedor e consumidor encontravam-se em uma situação de relativo equilíbrio de poder de barganha (ate porque se conheciam), agora é o fornecedor (fabricante, produtor, construtor, importador ou comerciante) que, inegavelmente, assume a posição de força na relação de consumo e que, por isso mesmo, dita as regras. E o Direito não pode ficar alheio a este fenômeno. O mercado, por sua vez, não apresenta, em si mesmo, mecanismos eficientes para superar tal vulnerabilidade do consumidor. Nem mesmo para mitigá-la. Logo, imprescindível a intervenção do Estado nas três esferas: o Legislativo, formulando as normas jurídicas de consumo; o Executivo, implementando-as; e o Judiciário, dirimindo os conflitos decorrentes dos esforços de formulação e de implementação.¹⁷²

Um caso emblemático, que demonstra a fragilidade do consumidor frente à expansão produtiva das grandes empresas, ocorreu na década de 50 envolvendo a droga talidomida. Referida substância era usualmente utilizada como medicamento sedativo e anti-inflamatório, tendo a indústria farmacêutica acreditado que também era propícia para prescrever a mulheres grávidas, com o fim de combater enjoos matinais.

O medicamento foi distribuído em quarenta e seis países e prescrito para milhares de mulheres. Entretanto, a falta de rigidez nos testes que avaliavam os efeitos colaterais da droga no organismo teve consequências devastadoras: mulheres que ingeriram o medicamento durante a gravidez tiveram filhos com malformação congênita. Foram mais de 10.000 casos

¹⁷⁰ BITTAR, Carlos Alberto. *Diretos do consumidor*. Código de Defesa do Consumidor. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 3.

¹⁷¹ Veja BAUDRILLARD, Jean. *La sociedad de consumo: sus mitos, sus estructuras*. Madrid: Siglo XXI, 2007, p. 4-10.

¹⁷² GRINOVER, Ada Pellegrini (Et al.). *Código brasileiro de defesa do consumidor*. comentado pelos autores do anteprojeto. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011, p. 6.

registrados em todo o mundo, inclusive no Brasil, tendo os norte-americanos sido poupados em virtude da diligente atuação da FDA (*Food and Drug Administration*), órgão governamental responsável pelo controle de alimentos e medicamentos antes de serem comercializados¹⁷³.

Esse novo mecanismo de produção e distribuição fez surgir novos instrumentos jurídicos, os chamados contratos em massa ou estandardizados – merecendo destaque os contratos de adesão e as cláusulas gerais contratuais. Acerca dessa nova realidade contratual, Marques lembra que:

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

[...] Hoje, essas novas técnicas contratuais, meios e instrumentos de contratação, são indispensáveis ao atual sistema de produção e de distribuição em massa, não havendo como retroceder o processo e eliminá-las da realidade social. Elas trazem vantagens evidentes para as empresas (rapidez, segurança, previsão dos riscos etc.), mas ninguém duvida de seus perigos para os contratantes vulneráveis ou consumidores. Esta confiança nem sempre encontra correspondente no instrumento contratual elaborado unilateralmente, porque as empresas tendem a redigi-lo da maneira que lhes convém, incluindo uma série de cláusulas abusivas e inequívocas.¹⁷⁴

Impelido por essas circunstâncias histórico-sociais, John Kennedy, em mensagem proferida no dia 15 de março de 1962 ao Congresso dos Estados Unidos, instituiu como direitos básicos do consumidor: o direito à segurança, o direito à informação, o direito de escolha e o direito a ser ouvido¹⁷⁵.

¹⁷³ VOLPI, Alexandre. *A história do consumo no Brasil: do mercantilismo à era do foco no cliente*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p. 95-96.

¹⁷⁴ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 71 e 75.

¹⁷⁵ KENNEDY, John F. *Special Message to the Congress on Protecting the Consumer Interest*. 15 mar. 1962. Discurso proferido no Congresso dos Estados Unidos da América. Disponível em: <<http://www.presidency.ucsb.edu/ws/?pid=9108>>. Acesso em: 26 nov. 14.

Essa importante conquista dos consumidores teve desdobramentos. No ano de 1972, referidos direitos foram reforçados na Conferência Mundial do Consumidor realizada em Estocolmo e pela Resolução 543 aprovada pela Assembleia Consultiva da Comunidade Europeia, que deu origem à Carta Europeia de Proteção do Consumidor¹⁷⁶.

A ONU, a seu turno, promulgou a Resolução n. 39/248 em 1985¹⁷⁷, a qual passa a repercutir o caráter universal e indisponível dos direitos fundamentais dos consumidores, ladeando com a doutrina dos direitos humanos, e convocando os governos a instituírem políticas consistentes de proteção dos consumidores.

Esses são os elementos histórico-filosóficos que fomentaram os movimentos de consumidores no mundo e incitou os Estados a agirem conforme os interesses e necessidades desses sujeitos vulneráveis. O modelo intervencionista estatal adentra no espaço antes reservado exclusivamente à autonomia da vontade dos particulares, reequilibrando a relação entre fornecedor e consumidor, de forma a dar efetividade aos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade. Ainda, cabe ao Estado conservar todo o arcabouço político, econômico e social, “para que não se meçam os avanços da economia, no que toca ao consumidor, apenas pela frieza das estatísticas de produção e distribuição de bens e serviços no mercado interno”¹⁷⁸.

A pós-modernidade deus novos rumos à clássica divisão do direito em público e privado e ao rigor formal do pensamento formatado juscivilista – características da modernidade que tornaram o direito uma ciência distante da realidade e incapaz de atender aos anseios sociais.

O princípio da dignidade da pessoa humana, consagrado como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito no inciso III do art. 1.º da Constituição Federal brasileira, representa a essência dessa nova feição do

¹⁷⁶ MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. *Curso de Direito do Consumidor*. 3.ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 32.

¹⁷⁷ Disponível em: <<http://www.un.org/documents/ga/res/39/a39r248.htm>>. Acesso em: 26 nov. 14.

¹⁷⁸ NEVES, Tancredo de Almeida. Defesa do Consumidor. In: MARQUES, Claudia Lima (Org.); MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa (Org.). *Doutrinas essenciais direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 1.

direito e irradiará seus efeitos sobre todo o ordenamento jurídico. Uma das consequências será a elevação da proteção do consumidor à categoria de direito e garantia fundamental (art. 5.º, XXXII, CF¹⁷⁹), além de princípio da ordem econômica (art. 170, V, CF¹⁸⁰), importante avanço que dará efetividade à dignidade da pessoa humana, princípio angular da Constituição, no campo das relações de consumo¹⁸¹.

Destaque-se que em 1985, a Assembleia Geral da ONU, ao editar a Resolução n. 39/248, proclamou ser o direito do consumidor um direito humano de nova geração, garantidor da igualdade substancial entre as partes por intermédio de normas de ordem pública.

Portanto, o contrato contemporâneo, mais do que a “veste jurídico-formal de operações econômicas”¹⁸², passou a incorporar a ideia de proteção dos direitos fundamentais e realização dos paradigmas de qualidade, de segurança, e de adequação dos serviços e produtos no mercado¹⁸³. Alicerçados nessas premissas Marques e Miragem destacam que:

[A] pedra de toque do sistema de proteção do consumidor no Brasil é a visão de consumidor (consumidor stricto sensu do art. 2.º do CDC e consumidores equiparados, do parágrafo único do art. 2.º, dos arts.

¹⁷⁹ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...] XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;

¹⁸⁰ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

[...] V - defesa do consumidor;

¹⁸¹ SAMPAIO, Aurisvaldo Melo. As novas tecnologias e o princípio da efetiva prevenção de danos ao consumidor. In: NERY JÚNIOR, Nelson (Org.); NERY, Rosa Maria de Andrade (Org.). *Doutrinas essenciais responsabilidade civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 237-274.

¹⁸² ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 11.

¹⁸³ Como ensina Gustavo Tepedino, “a introdução de uma nova postura metodológica [no Brasil], embora não seja simples, parece facilitada pela compreensão, mais e mais difusa, do papel dos princípios constitucionais nas relações de direito privado, sendo certo que doutrina e jurisprudência têm reconhecido o caráter normativo de princípios como o da solidariedade social, da dignidade da pessoa humana, da função social da propriedade, aos quais se tem assegurado eficácia imediata”. TEPEDINO, Gustavo José Mendes. O Código civil, os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa. In: TEPEDINO, Gustavo José Mendes (Coord.). *Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 1-16.

17 e 29 do CDC) como sujeito destinatário de proteção especial por expressa determinação constitucional.¹⁸⁴

Assim, o legislador brasileiro, acompanhando as transformações sociais e econômicas e materializando o princípio constitucional de proteção do consumidor, editou a Lei n. 8.078, de 11.09.1990, cognominada de Código de Defesa do Consumidor.

Mencionado diploma legal traz um arcabouço de princípios que regem a Política Nacional das Relações de Consumo e explicam como o Código pretende atender às necessidades básicas do consumidor. O princípio descrito no primeiro inciso do art. 4.^o¹⁸⁵ é a base indispensável para o funcionamento de todo o microsistema, porquanto reconhece que a relação consumidor-fornecedor é naturalmente desigual, sendo preciso conferir ao primeiro os instrumentos necessários para defender-se. Esse princípio basilar é o da vulnerabilidade.

A vulnerabilidade, portanto, decorre da condição de que o consumidor está potencialmente sujeito a ser ofendido, seja no sentido físico, psíquico ou econômico do termo. Jean-Pascal Chazal esclarece que “se o consumidor deve ser protegido pela lei, não é porque ele é sistematicamente lesionado, mas porque é suscetível de sê-lo pela simples razão de defender-se mal, de não estar bem armado para fazer frente a seu parceiro-adversário que é o fornecedor”¹⁸⁶.

O princípio da vulnerabilidade, que fundamenta a existência do direito do consumidor e constitui presunção legal absoluta, se distingue, consoante

¹⁸⁴ MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 151.

¹⁸⁵ Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;

¹⁸⁶ Tradução livre. No original: “si le consommateur doit être protégé par le droit, ce n’est pas parce qu’il est systématiquement lésé, mais parce qu’il est susceptible de l’être pour la simple raison qu’il défend mal, qu’il n’est pas bien armé pour faire face à son partenaire-adversaire qu’est le professionnel”. CHAZAL, Jean-Pascal. *Vulnerabilité et droit de la consommation*. In: COHET-CORDEY, Frédérique (org.). *Vulnerabilité et droit: Le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit*. Grenoble: Presses Universitaires de Grenoble, 2000, p. 244.

identifica Marques¹⁸⁷, em vulnerabilidade técnica, jurídica, fática e informacional¹⁸⁸.

A vulnerabilidade técnica é determinada pela ausência de conhecimento especializado do consumidor acerca dos produtos e serviços que está contratando. Por não deter essas informações específicas, fica o consumidor subordinado aos caprichos daqueles que dominam determinada técnica ininteligível aos olhos de um leigo. Recai sobre o fornecedor, conseqüentemente, a presunção de que conhece as qualidades, propriedades e atributos essenciais dos produtos ou serviços que disponibiliza¹⁸⁹.

O exemplo trazido da droga talidomida demonstra a importância da proteção do consumidor diante de seu desconhecimento específico sobre o bem ou serviço que está adquirindo, a fim de evitar que o consumidor suporte esse alto custo social¹⁹⁰.

A vulnerabilidade jurídica, por seu turno, é notada tanto no momento em que é formada a contenda judicial quanto numa fase pré-processual em que o consumidor desconhece os direitos e deveres que decorrem da relação de consumo. Os profissionais presumivelmente conhecem as conseqüências jurídicas dos contratos que elaboram, além de normalmente serem litigantes

¹⁸⁷ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 323-324.

¹⁸⁸ Paulo Valério Dal Pai MORAES destaca existirem, ainda, outras espécies de vulnerabilidade, sendo elas: a vulnerabilidade política ou legislativa (a fraqueza do consumidor no cenário brasileiro frente ao lobby dos fornecedores), a vulnerabilidade biológica ou psíquica (decorrente dos mais variados e eficazes apelos de marketing) e a vulnerabilidade ambiental (referente aos produtos que causam grandes riscos ao meio ambiente e afetam indiretamente a vida, a saúde e a segurança do consumidor). MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Código de Defesa do Consumidor: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais: interpretação sistemática do direito*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 141-190.

¹⁸⁹ MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 154-155.

¹⁹⁰ Pasqualotto também aponta os efeitos perversos desse desequilíbrio técnico: "A questão do leite infantil ficou como um marco na luta contra desvios da publicidade. Uma trintena de empresas multinacionais sugeriam, especialmente em países do Terceiro Mundo, a substituição da amamentação materna pela mamadeira. Mexiam com a vaidade feminina e com o conforto da mãe. O leite em pó, que substituiria o aleitamento materno, era mais caro e, sendo nutricionalmente menos valioso, transformou-se em uma causa concorrente de desnutrição. As crianças tornavam-se mais indefesas frente às doenças. As más condições sanitárias, como escassez de água potável, mamadeiras não esterilizadas e falta de refrigeração, agravavam um quadro problemático de saúde pública, provocando doenças que foram chamadas de enfermidades comerciogênicas. Protestos mundiais, principalmente nas décadas de 60 e 70 sensibilizaram a Organização Mundial da Saúde, que em 1981 publicou o seu código". PASQUALOTTO, Adalberto. *Os efeitos obrigacionais da publicidade no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 33-34.

habituais, tendo a seu favor a experiência consolidada de litígios anteriores e a capacidade econômica de estruturar um bom departamento jurídico¹⁹¹.

Sobre este ponto, Fabrício explica que:

Há mais, a imensa dificuldade de acesso individual dos lesados, em regra pobres, humildes e desinformados, aos órgãos jurisdicionais. E, mesmo para os que superem essas limitações e cheguem a colocar à face do juiz a sua queixa, resta a monumental e desanimadora diferença de forças, meios e recursos que separa o litigante eventual do habitual. Aquele que vai a juízo, talvez, uma ou duas vezes ao longo de toda a sua vida, nada sabe das coisas da Justiça; seu nível de informação sobre a máquina judiciária, com o imponente complexo de juizados, cartórios, advogados, é praticamente nulo. Este outro, o litigante habitual, bem ao contrário, está permanentemente à barra dos pretórios e tem com eles a maior intimidade. Tem a seu favor a experiência acumulada dos litígios passados e a preparação sempre mais aprimorada para os futuros, o saber de experiências feitas, os quadros próprios e eficientes de assessoria jurídica e procuratório judicial; está melhor aparelhado à produção de provas do seu interesse; mais facilmente captará a simpatia do poder político, do econômico e da mídia – vantagens extraprocessuais estas últimas, sem dúvida, mas cuja importância seria ingênuo negligenciar.¹⁹²

Miragem e Marques advertem que o próprio conteúdo do contrato é um fator gerador dessa vulnerabilidade jurídica, “em face da complexidade da relação contratual conexa e seus múltiplos vínculos cativos (por exemplo, vários contratos bancários em um formulário, vínculos com várias pessoas jurídicas em um contrato de planos de saúde), e de redação clara deste contrato, especialmente os massificados e de adesão”¹⁹³.

¹⁹¹ Moraes refere também que: “A vulnerabilidade jurídica em algum aspecto talvez possa se equiparar à hipossuficiência, pois, na forma já dita, todo hipossuficiente é vulnerável, mas nem todo vulnerável é hipossuficiente. Ou seja, em sendo a hipossuficiência um conceito processual, que indica a possibilidade ou não de serem custeados os ônus decorrentes do processo, poderão existir situações em que o consumidor possuirá tal possibilidade, não terá insuficiência em relação a este aspecto, mas, mesmo assim, ainda continuará vulnerável, com possibilidades de ser ofendido, melindrado, ferido (vide conceituação exposta) pela atuação mais forte e intensa do fornecedor”. MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Código de Defesa do Consumidor: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais: interpretação sistemática do direito*. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p.147.

¹⁹² FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. As novas necessidades do processo civil e os poderes do juiz. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n.7, p. 30-36, jul./set. 1993.

¹⁹³ MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 156-157.

A vulnerabilidade fática ou socioeconômica abrange diversas situações concretas em que o consumidor será reconhecido como a parte mais fraca, sendo a mais comum a vulnerabilidade econômica¹⁹⁴. E isso resulta da própria disparidade de objetivos que cada uma das partes nutre ao firmar o contrato de consumo. Enquanto a empresa busca a organização do capital humano e material para alavancar o seu crescimento econômico, o consumidor quer somente a satisfação de um interesse pessoal ou familiar¹⁹⁵.

O jurista francês Chazal¹⁹⁶ acrescenta que as empresas podem se proteger contra os riscos inerentes ao exercício profissional mediante o uso de seguros; quanto ao consumidor, este frequentemente não dispõe de recursos que lhe garantam uma segurança proporcional ao risco que está exposto.

Em um mundo impessoal, anônimo e estandardizado a decisão de um único agente econômico afeta centenas de milhares de pessoas de uma única vez, demonstrando o flagrante disparidade de forças com que se apresentam no mercado.

A corroborar a tese esposada, Moraes esclarece, sob o enfoque da concorrência, que:

Este duplo enfoque sobre a concorrência leal e desleal evidencia a imensa vulnerabilidade econômica do consumidor, que simplesmente não tem acesso aos níveis de concentração de mercado, de uniões empresariais, em suma, de concorrência, ficando à mercê deste pesado jogo de domínio econômico que, atualmente, acontece no plano mundial.

Sem leis intervencionistas, aliadas à concorrência leal, o consumidor estaria completamente desamparado, haja vista as imposições feitas pelos fornecedores com abrangência mercadológica mundial, que sequer nacionalidade em alguns casos possuem.¹⁹⁷

¹⁹⁴ MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. *Curso de Direito do Consumidor*. 3.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 101.

¹⁹⁵ CHAZAL, Jean-Pascal. Vulnerabilité et droit de la consommation. In: COHET-CORDEY, Frédérique (org.). *Vulnerabilité et droit: Le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit*. Grenoble: Presses Universitaires de Grenoble, 2000, p. 247.

¹⁹⁶ CHAZAL, Jean-Pascal. Vulnerabilité et droit de la consommation. In: COHET-CORDEY, Frédérique (org.). *Vulnerabilité et droit: Le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit*. Grenoble: Presses Universitaires de Grenoble, 2000, p. 248.

¹⁹⁷ MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Código de Defesa do Consumidor: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais: interpretação sistemática do direito*. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p.177.

A vulnerabilidade informacional, naturalmente, decorre do déficit de informações do consumidor frente ao fornecedor especialista. Entretanto, Marques e Miragem ressaltam que essa fraqueza não se confunde com a vulnerabilidade técnica, uma vez que hoje “a informação não falta, ela é abundante, manipulada, controlada e, quando fornecida, nos mais das vezes, desnecessária”¹⁹⁸.

Segundo Bazot¹⁹⁹, o cliente não tem nada mais que uma percepção individual, isolada e segmentada do fornecedor. Por sua vez, a informação a que tem acesso é direcionada, parcial e lacunosa, reduzindo-lhe a capacidade de ação. É a ignorância combinada com a impotência.

Merece referência também o surgimento de uma “hipervulnerabilidade”²⁰⁰ que demanda uma proteção maior de grupos específicos de consumidores em virtude de determinadas características pessoais. É o caso das crianças, dos idosos, dos doentes, das pessoas portadoras de necessidades especiais e dos analfabetos. A corroborar esse entendimento, mister trazer os ensinamentos de Nishyama:

O prefixo hiper (do grego *hypér*), designativo de alto grau ou aquilo que excede a medida normal, acrescido da palavra vulnerável, quer significar que alguns consumidores possuem vulnerabilidade maior do que a medida normal, em razão de certas características pessoais. Os hipervulneráveis possuem tratamento especial, tendo como fonte direta a Constituição Federal.²⁰¹

A hipervulnerabilidade da criança²⁰² decorre de sua capacidade reduzida de julgamento e de sua inexperiência quanto aos aspectos práticos da

¹⁹⁸ MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 158.

¹⁹⁹ BAZOT, Alain. *Consommateur, si tu savais...* Paris : Plot, 2007, p. 14.

²⁰⁰ Marques aponta que referida conceituação foi desenvolvida pela primeira vez, em território nacional, por Antonio Herman V. Benjamin, em 08.09.2005, na cidade de Gramado (RS), no Congresso Internacional “15 anos de CDC: balanço, efetividade e perspectivas”, organizado pelo Brasilcon e pelas Escolas Superiores da Magistratura e do Ministério Público do Rio Grande do Sul. MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 159.

²⁰¹ NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. A proteção dos consumidores hipervulneráveis: os portadores de deficiência, os idosos, as crianças e os adolescentes. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 19, n. 76, p. 13-45, out./dez. 2010.

²⁰² Sobre a hipervulnerabilidade do consumidor-criança, veja BERTONCELLO, Káren Rick Danilevicz. Os efeitos da publicidade na ‘vulnerabilidade agravada’: como proteger as crianças

contratação e do funcionamento do mercado de consumo. Isso a torna um alvo fácil das mensagens publicitárias, dada a dificuldade de analisar criticamente as informações incentivadoras do consumo propaladas pelos fornecedores, além de, na maioria dos casos, sequer conseguir distinguir quando a comunicação é feita com fins comerciais.

Os infantes são “consumidores invisíveis”²⁰³, pois atuam indiretamente no mercado de consumo por intermédio da influência que exercem nas decisões de compras familiares, motivo pelo qual necessitam de maior proteção no que diz respeito à publicidade. Nesse sentido, explica Schmitt:

Destaque-se que o direcionamento da publicidade ao público infanto-juvenil incrementa não somente a negociação de produtos naturalmente ordenados a esse grupo, mas também daqueles pertencentes ao universo adulto, sendo que muitas famílias optam por determinados tipos de bem com base na vontade dos filhos, inclusive em situações de maior relevância como seria a aquisição de um automóvel, um destino de viagem etc. em verdade, embora venham a influenciar diretamente as decisões de compra da família, as opções, nesse caso, estão partindo de indivíduos ainda sem consciência apropriada para agir em todas as facetas do mercado de consumo. Porém, não deixam de representar, ao menos, um comportamento de futuros consumidores que, ao alcançarem a idade adulta, já estarão fidelizados e dirigidos à aquisição de marcas de produtos e serviços acessados pelos pais.²⁰⁴

A criança possui uma fragilidade maior decorrente da sua deficiência de julgamento, inexperiência e condição de pessoa em desenvolvimento, razão pela qual a Constituição Federal instituiu o princípio geral da prioridade de

consumidoras?. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v.22, n.90, p. 69-90, nov./dez. 2013; CARVALHO, Diógenes Faria de; OLIVEIRA, Thaynara de Souza. A proteção do consumidor-criança frente à publicidade no Brasil. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v.23, n.94, p. 181-214, jul./ago. 2014; MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. *Curso de Direito do Consumidor*. 3.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 102-103; NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. A proteção dos consumidores hipervulneráveis: os portadores de deficiência, os idosos, as crianças e os adolescentes. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 19, n. 76, p. 13-45, out./dez. 2010; SCHMITT, Cristiano Heineck. *Consumidores hipervulneráveis: a proteção do idoso no mercado de consumo*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 227-231.

²⁰³ BERTONCELLO, Káren Rick Danilevicz. Os efeitos da publicidade na 'vulnerabilidade agravada': como proteger as crianças consumidoras?. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v.22, n.90, p. 69-90, nov./dez. 2013.

²⁰⁴ SCHMITT, Cristiano Heineck. *Consumidores hipervulneráveis: a proteção do idoso no mercado de consumo*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 228.

proteção à criança em seu art. 227²⁰⁵. E o Código de Defesa do Consumidor observa esse princípio constitucional ao estatuir, em seu art. 37, § 2.º²⁰⁶, que toda a publicidade que se aproveite dessa condição de hipervulnerável do infante será considerada abusiva. Da mesma forma, o art. 39, inciso IV, do estatuto consumerista prevê a proteção das crianças contra qualquer conduta negocial do fornecedor que “prevalecer-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus produtos ou serviços”. O Estatuto da Criança e do Adolescente também traz importante norma em seu art. 17²⁰⁷, que estatui o direito ao respeito, o qual deve ser observado mediante a inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente.

Como muito bem observa Schmitt, “[d]eixar de proteger adequadamente crianças e adolescentes significa comprometer o futuro e existência da raça humana”²⁰⁸, razão pela qual essa intensificação da debilidade em relação ao consumidor *standard* enseja uma maior proteção.

Outro grupo que também apresenta uma hipervulnerabilidade em razão da idade é constituído pelos idosos²⁰⁹. Seu elevado nível de vulnerabilidade é

²⁰⁵ Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

²⁰⁶ Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva: [...]

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

²⁰⁷ Art. 17. O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, idéias e crenças, dos espaços e objetos pessoais.

²⁰⁸ SCHMITT, Cristiano Heineck. *Consumidores hipervulneráveis: a proteção do idoso no mercado de consumo*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 229

²⁰⁹ Sobre a hipervulnerabilidade do consumidor-idoso, veja PIERRI, Deborah. Políticas públicas e privadas em prol de consumidores hipervulneráveis: idosos e deficientes. *Revista de Direito do Consumidor*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v.23, n.92, p. 221-302, mar./abr. 2014; PINTO, Bibiana Graeff Chagas. Direitos do consumidor idoso no Brasil. *Revista de Direito do Consumidor*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v.22, n.86, p. 65-74, mar./abr. 2013; MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. *Curso de Direito do Consumidor*. 3.ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 102-103; NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. A proteção dos consumidores hipervulneráveis: os portadores de deficiência, os idosos, as crianças e os adolescentes. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 19, n. 76, p. 13-45, out./dez. 2010; SCHMITT, Cristiano Heineck. *Consumidores hipervulneráveis: a proteção do idoso no mercado de consumo*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 217-222.

demonstrado, consoante destaca Miragem, por dois aspectos principais “a) a diminuição ou perda de determinadas aptidões físicas ou intelectuais que o torna mais suscetível e débil em relação à atuação negocial dos fornecedores; b) a necessidade e catividade em relação a determinados produtos ou serviços no mercado de consumo, que o coloca numa relação de dependência em relação aos seus fornecedores”²¹⁰.

O primeiro aspecto assemelha-se à hipervulnerabilidade infantil, aproveitando-se o fornecedor da fraqueza ou ignorância do consumidor idoso para lhe impingir produtos ou serviços. Conforme lembra Schmitt²¹¹, há uma perda de autonomia decisória por parte do idoso, que decorre, principalmente, de uma fraqueza emocional que obnubila sua visão crítica das consequências legais dos atos que exerce. É o que ocorre, por exemplo, com idosos que utilizam-se do empréstimo consignado em folha de pagamento com taxas de juros especiais para anteder as necessidades de parentes ou amigos próximos, em troca de uma segurança psicoafetiva.

O segundo aspecto vincula-se à maior dependência do consumidor idoso a produtos e serviços específicos, fazendo-se presumir que "eventual inadimplemento por parte do fornecedor dê causa a danos mais graves do que seriam de se indicar aos consumidores em geral”²¹². Temos aqui o caso de descumprimento pelo fornecedor das obrigações decorrentes dos contratos de planos de saúde e seguros de saúde, acarretando danos à integridade física, psíquica e moral do idoso.

Como consequência, da mesma forma que as crianças, os idosos possuem proteção constitucional específica, prevista no art. 230 da CF²¹³, que atribui à família, à sociedade e ao Estado o dever de amparar as pessoas idosas, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes do direito à vida. No âmbito da legislação consumerista, igualmente se aplica o art. 39,

²¹⁰ MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. *Curso de Direito do Consumidor*. 3.ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 104.

²¹¹ SCHMITT, Cristiano Heineck. *Consumidores hipervulneráveis: a proteção do idoso no mercado de consumo*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 221.

²¹² MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. *Curso de Direito do Consumidor*. 3.ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 104.

²¹³ Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.

inciso IV, do CDC que considera como prática abusiva o fornecimento de produtos e serviços que se prevaleçam do consumidor em razão de sua idade. O Estatuto do Idoso também traz dois importantes artigos que merecem destaque: a) o art. 10, § 2.^o²¹⁴, que assegura ao idoso a inviolabilidade da sua integridade física, psíquica e moral; e b) o art. 15, § 3.^o²¹⁵, que veda a discriminação do idoso nos planos de saúde mediante a cobrança de valores diferenciados em razão da idade.

Também possui uma fragilidade potencializada o consumidor-doente²¹⁶ que se torna mais suscetível a sofrer danos devido ao abalo de sua capacidade decisória, “sendo inevitável que sua vulnerabilidade natural de consumidor seja agora agravada pela morbidade humana”²¹⁷. Borges²¹⁸, Maia²¹⁹ e Miragem²²⁰ afirmam que essa especial vulnerabilidade do consumidor enfermo deve ser observada na relação médico-paciente, de modo a exigir do profissional dever de zelo equivalente à fragilidade biológica e psíquica agravada do doente, principalmente no que se refere ao dever de informação.

²¹⁴ Art. 10. É obrigação do Estado e da sociedade, assegurar à pessoa idosa a liberdade, o respeito e a dignidade, como pessoa humana e sujeito de direitos civis, políticos, individuais e sociais, garantidos na Constituição e nas leis.

²¹⁵ Art. 15. É assegurada a atenção integral à saúde do idoso, por intermédio do Sistema Único de Saúde – SUS, garantindo-lhe o acesso universal e igualitário, em conjunto articulado e contínuo das ações e serviços, para a prevenção, promoção, proteção e recuperação da saúde, incluindo a atenção especial às doenças que afetam preferencialmente os idosos. [...]

§ 3º É vedada a discriminação do idoso nos planos de saúde pela cobrança de valores diferenciados em razão da idade.

²¹⁶ Sobre a hipervulnerabilidade do consumidor-doente veja BORGES, Gustavo Silveira. Diálogo das fontes e a responsabilidade civil médica: (re)leitura da relação médico-paciente a partir da interdisciplinaridade. *Revista de Direito do Consumidor*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v.21, n.84, p. 13-44, out./dez. 2012; MAIA, Maurilio Casas. O paciente hipervulnerável e o princípio da confiança informada na relação médica de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v.22, n.86, p. 203-232, mar./abr. 2013; MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. Responsabilidade civil médica no direito brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 16, n. 63, p. 52-91, jul./set. 2007; SCHMITT, Cristiano Heineck. *Consumidores hipervulneráveis: a proteção do idoso no mercado de consumo*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 222-226.

²¹⁷ MAIA, Maurilio Casas. O paciente hipervulnerável e o princípio da confiança informada na relação médica de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v.22, n.86, p. 203-232, mar./abr. 2013.

²¹⁸ BORGES, Gustavo Silveira. Diálogo das fontes e a responsabilidade civil médica: (re)leitura da relação médico-paciente a partir da interdisciplinaridade. *Revista de Direito do Consumidor*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v.21, n.84, p. 13-44, out./dez. 2012.

²¹⁹ MAIA, Maurilio Casas. O paciente hipervulnerável e o princípio da confiança informada na relação médica de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v.22, n.86, p. 203-232, mar./abr. 2013.

²²⁰ MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. Responsabilidade civil médica no direito brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 16, n. 63, p. 52-91, jul./set. 2007.

O caso paradigmático acerca da hipervulnerabilidade dos consumidores doentes, de relatoria do Ministro Antonio Herman Benjamin, foi julgado no Recurso Especial n. 586.316/MG pelo Superior Tribunal de Justiça²²¹. Conforme entendeu o STJ, os portadores de doença celíaca devem receber

²²¹ Merece destaque os seguintes trechos da ementa: “1. Mandado de Segurança Preventivo fundado em justo receio de sofrer ameaça na comercialização de produtos alimentícios fabricados por empresas que integram a Associação Brasileira das Indústrias da Alimentação – ABIA, ora impetrante, e ajuizado em face da instauração de procedimentos administrativos pelo PROCON-MG, em resposta ao descumprimento do dever de advertir sobre os riscos que o glúten, presente na composição de certos alimentos industrializados, apresenta à saúde e à segurança de uma categoria de consumidores – os portadores de doença celíaca. 2. A superveniência da Lei 10.674/2003, que ab-rogou a Lei 8.543/92, não esvazia o objeto do mandamus, pois, a despeito de disciplinar a matéria em maior amplitude, não invalida a necessidade de, por força do art. 31 do Código de Defesa do Consumidor – CDC, complementar a expressão ‘contém glúten’ com a advertência dos riscos que causa à saúde e segurança dos portadores da doença celíaca. É concreto o justo receio das empresas de alimentos em sofrer efetiva lesão no seu alegado direito líquido e certo de livremente exercer suas atividades e comercializar os produtos que fabricam. 3. As normas de proteção e defesa do consumidor têm índole de ‘ordem pública e interesse social’. São, portanto, indisponíveis e inafastáveis, pois resguardam valores básicos e fundamentais da ordem jurídica do Estado Social, daí a impossibilidade de o consumidor delas abrir mão *ex ante* e no atacado. 4. O ponto de partida do CDC é a afirmação do Princípio da Vulnerabilidade do Consumidor, mecanismo que visa a garantir igualdade formal-material aos sujeitos da relação jurídica de consumo, o que não quer dizer compactuar com exageros que, sem utilidade real, obstem o progresso tecnológico, a circulação dos bens de consumo e a própria lucratividade dos negócios. 5. O direito à informação, abrigado expressamente pelo art. 5º, XIV, da Constituição Federal, é uma das formas de expressão concreta do Princípio da Transparência, sendo também corolário do Princípio da Boa-fé Objetiva e do Princípio da Confiança, todos abraçados pelo CDC. 6. No âmbito da proteção à vida e saúde do consumidor, o direito à informação é manifestação autônoma da obrigação de segurança. [...]15. O CDC estatui uma obrigação geral de informação (= comum, ordinária ou primária), enquanto outras leis, específicas para certos setores (como a Lei 10.674/03), dispõem sobre obrigação especial de informação (= secundária, derivada ou tópica). Esta, por ter um caráter mínimo, não isenta os profissionais de cumprirem aquela. 16. Embora toda advertência seja informação, nem toda informação é advertência. Quem informa nem sempre avverte. 17. No campo da saúde e da segurança do consumidor (e com maior razão quanto a alimentos e medicamentos), em que as normas de proteção devem ser interpretadas com maior rigor, por conta dos bens jurídicos em questão, seria um despropósito falar em dever de informar baseado no *homo medius* ou na generalidade dos consumidores, o que levaria a informação a não atingir quem mais dela precisa, pois os que padecem de enfermidades ou de necessidades especiais são freqüentemente a minoria no amplo universo dos consumidores. 18. Ao Estado Social importam não apenas os vulneráveis, mas sobretudo os hipervulneráveis, pois são esses que, exatamente por serem minoritários e amiúde discriminados ou ignorados, mais sofrem com a massificação do consumo e a ‘pasteurização’ das diferenças que caracterizam e enriquecem a sociedade moderna. 19. Ser diferente ou minoria, por doença ou qualquer outra razão, não é ser menos consumidor, nem menos cidadão, tampouco merecer direitos de segunda classe ou proteção apenas retórica do legislador. 20. O fornecedor tem o dever de informar que o produto ou serviço pode causar malefícios a um grupo de pessoas, embora não seja prejudicial à generalidade da população, pois o que o ordenamento pretende resguardar não é somente a vida de muitos, mas também a vida de poucos. 21. Existência de lacuna na Lei 10.674/2003, que tratou apenas da informação-conteúdo, o que leva à aplicação do art. 31 do CDC, em processo de integração jurídica, de forma a obrigar o fornecedor a estabelecer e divulgar, clara e inequivocamente, a conexão entre a presença de glúten e os doentes celíacos. 22. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 586.316/MG. Recorrente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Recorrido: ABIA – Associação Brasileira das Indústrias de Alimentação. Relator: Min. Antonio Herman Benjamin. Brasília, 19 mar. 2009.

informações claras e adequadas sobre a existência de glúten em certos alimentos, constituinte proteico que lhes é prejudicial, pois “[a]o Estado Social importam não apenas os vulneráveis, mas sobretudo os hipervulneráveis, pois são esses que, exatamente por serem minoritários e amiúde discriminados ou ignorados, mais sofrem com a massificação do consumo e a ‘pasteurização’ das diferenças que caracterizam e enriquecem a sociedade moderna”²²².

Cumpra tecer algumas considerações também sobre a hipervulnerabilidade dos consumidores portadores de deficiência²²³. O agravamento da vulnerabilidade desses consumidores encontra-se justamente nas barreiras físicas – relativas à acessibilidade, mobilidade e informação qualificada para os deficientes visuais e auditivos – e a falta de treinamento adequado dos prestadores de serviços – escolas ou casas de espetáculos –, circunstâncias que demandam uma maior proteção dos deficientes para preservar sua dignidade e garantir sua livre participação no mercado de consumo com a obtenção de produtos e serviços²²⁴.

Sobeja destacar, com amparo na lição de Pierri, que a questão do vício do produto e do serviço deve receber tratamento diferenciado quando tratar-se de consumidor-deficiente, “pois os caminhos traçados na responsabilidade jurídica dos fornecedores pela ótica exclusiva do Código de Defesa do Consumidor (arts. 18 a 20) não são adequados para atender à demanda dos deficientes, já que muito frequentemente as aquisições são essenciais (ex.:

²²² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 586.316/MG. Recorrente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Recorrido: ABIA – Associação Brasileira das Indústrias de Alimentação. Relator: Min. Antonio Herman Benjamin. Brasília, 19 mar. 2009, p. 3.

²²³ Sobre a hipervulnerabilidade do consumidor-deficiente veja NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. A proteção dos consumidores hipervulneráveis: os portadores de deficiência, os idosos, as crianças e os adolescentes. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 19, n. 76, p. 13-45; PIERRI, Deborah. Políticas públicas e privadas em prol de consumidores hipervulneráveis: idosos e deficientes. *Revista de Direito do Consumidor*: Revista dos Tribunais, São Paulo, v.23, n.92, p. 221-302, mar./abr. 2014; SCHMITT, Cristiano Heineck. *Consumidores hipervulneráveis: a proteção do idoso no mercado de consumo*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 222-226.

²²⁴ PIERRI, Deborah. Políticas públicas e privadas em prol de consumidores hipervulneráveis: idosos e deficientes. *Revista de Direito do Consumidor*: Revista dos Tribunais, São Paulo, v.23, n.92, p. 221-302, mar./abr. 2014.

próteses, telefonia, cadeiras de rodas) exigindo por isso solução mais imediata em defesa dos seus direitos”²²⁵.

A proteção dos portadores de deficiência encontra fundamento constitucional no art. 227, § 1.º, inciso II, e § 2.º, da CF, determinando a criação pelo Estado “de programas de prevenção e atendimento especializado para as pessoas portadoras de deficiência física, sensorial ou mental, bem como a integração social do adolescente e do jovem portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de obstáculos arquitetônicos e de todas as formas de discriminação”. No âmbito do estatuto consumerista, Nishiyama destaca, no que tange aos prestadores de serviços públicos, que:

O Código de Defesa do Consumidor trata do tema "serviços públicos" em alguns artigos. Um dos princípios da "Política Nacional das Relações de Consumo", previstos no art. 4.º, VII, daquele Código é a "racionalização e melhoria dos serviços públicos". Constitui, por outro lado, um dos direitos básicos do consumidor "a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral" (art. 6.º, X, do CDC), e o art. 22 e seu parágrafo único prescrevem que:

"Art. 22. Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos.

Parágrafo único. Nos casos de descumprimento, total ou parcial, das obrigações referidas neste artigo, serão as pessoas jurídicas compelidas a cumpri-las e a reparar os danos causados, na forma prevista neste Código."

A tutela constitucional do consumidor também agasalha os serviços públicos prestados pelo Poder Público ou seus delegados, garantindo-se a reparação dos danos que os usuários/consumidores vierem a sofrer pela falta de eficiência, falta de adequação ou falta de continuidade dos serviços.²²⁶

Finalmente, outro grupo que sofre com o agravamento da vulnerabilidade é o formado pelos analfabetos. O consumidor-analfabeto é facilmente vítima de assédio de consumo, tendo em vista sua dificuldade de

²²⁵ PIERRI, Deborah. Políticas públicas e privadas em prol de consumidores hipervulneráveis: idosos e deficientes. *Revista de Direito do Consumidor*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v.23, n.92, p. 221-302, mar./abr. 2014.

²²⁶ NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. A proteção dos consumidores hipervulneráveis: os portadores de deficiência, os idosos, as crianças e os adolescentes. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 19, n. 76, p. 13-45.

compreender o conteúdo dos contratos que assina, podendo inclusive adquirir produtos ou serviços que não necessita ou não compreende bem o seu funcionamento. Essa fragilidade maior demanda do fornecedor um cuidado redobrado com o patrimônio e o nome desse hipervulnerável, cautela que deve refletir na forma contratual, na solenidade da contratação e no dever de informação e cuidado²²⁷. Nesse sentido, é o posicionamento de Marques, principalmente no que se refere à concessão de crédito consignado aos analfabetos:

Em resumo, se pode concluir que há uma vulnerabilidade ou fraqueza pessoal envolvida no analfabetismo, que mesmo sendo temporária (a pessoa – sobretudo se mais jovem – pode aprender a ler e escrever e desenvolver suas capacidades – sempre, independentemente da idade!), leva à presunção que ela não é apta a entender o que está escrito no contrato ou mesmo compreender – se não lhe for explicado oralmente – as responsabilidades que assume assinando um texto contratual. Da mesma forma o analfabeto funcional, que é de mais difícil identificação no trato social. De qualquer maneira, esta vulnerabilidade, “ferida ou fraqueza” pessoal deve ser juridicamente relevante, mas no Brasil de 2014 somente o analfabetismo absoluto tem alguma relevância, e mesmo assim formal e menor. [...]

Se o analfabetismo não é base para anulação do contrato bancário ou de disposição contratual, apesar das exigências redobradas de forma, quanto a sua assinatura e o reconhecimento de sua vulnerabilidade especial, encontram-se muitas decisões em que a magistratura reconhece que o analfabeto é mais facilmente vítima de assédio de consumo, seja quando é levado a contratar empréstimo consignado sem verdadeira compreensão do contrato que está se obrigando, especialmente se idoso, seja para adquirir “objetos terapêuticos” que não necessita, seja para participar de consórcio por sorteio, que não compreende bem.

As Cortes judiciais demonstram sensibilidade ao anular dívidas contratadas por analfabetos, em especial se realizadas por terceiros ex-mandatários, ou terceiros de posse de suas senhas e cartões, assim como ao realizar fortes exigências de forma para procurações de analfabetos. Face ao analfabetismo do consumidor, cria-se a dúvida da legalidade dos contratos de consumo.²²⁸

Em resumo, se pode concluir que a vulnerabilidade inerente à relação de consumo é somada a uma vulnerabilidade intrínseca à pessoa do consumidor,

²²⁷ MARQUES, Claudia Lima. Estudo sobre a vulnerabilidade dos analfabetos na sociedade de consumo: o caso do crédito consignado a consumidores analfabetos. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 23, n. 95, p. 99-146, set./out. 2014.

²²⁸ MARQUES, Claudia Lima. Estudo sobre a vulnerabilidade dos analfabetos na sociedade de consumo: o caso do crédito consignado a consumidores analfabetos. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 23, n. 95, p. 99-146, set./out. 2014.

seja em virtude de sua idade (crianças e idosos), de seu estado de saúde (doentes), de suas necessidades especiais (deficientes) ou de seu nível de escolaridade (analfabetos), tornando-o mais suscetível de ceder às pressões promovidas pelos fornecedores. Com isso, constata-se que a hipervulnerabilidade decorre de uma sobreposição de certas características pessoais que fragilizam o indivíduo – averiguáveis no caso concreto – à vulnerabilidade relacional do consumidor, tendo como resultado um consumidor-criança, consumidor-idoso, consumidor-doente, consumidor-deficiente ou consumidor-analfabeto que necessita de atenção especial do Estado, que deve operar por intermédio de suas casas legislativas, dos órgãos públicos responsáveis pelo controle e fiscalização das atividades econômicas no mercado de consumo e dos magistrados chamados a decidir causas que envolvam esses atores, sempre observando essas hipervulnerabilidades como diretriz de sua atuação.

Todos esses problemas vividos pelos consumidores demonstram que a autorregulamentação do mercado é insuficiente para garantir a proteção desse sujeito (hiper)vulnerável, cabendo ao Estado, por intermédio de normas protetivas ou de regras hermenêuticas, uma atuação comprometida com a função social do contrato para corrigir essa desigualdade entre débeis e fortes.

2.2.2 Vulnerabilidade de situação: o agravamento da vulnerabilidade do consumidor decorrente da nova situação promovida pelo avanço tecnológico

Como visto, a revolução industrial, responsável pela produção em massa e distribuição generalizada de produtos, deu ensejo ao contrato padronizado e de adesão. Essa técnica contratual decorre da predefinição das cláusulas pelo fabricante, as quais passam a ser irrecusáveis pelo futuro aderente. O conceito clássico de contrato baseado no princípio da autonomia da vontade se torna insuficiente. A resposta a esses problemas foi dada pelo Código de Defesa do

Consumidor com o princípio da boa-fé objetiva, a função social do contrato e o equilíbrio da relação contratual²²⁹.

No final do século XX, esses fundamentos começaram a apresentar sinais de enfraquecimento diante o surgimento de novos fenômenos socioeconômicos e a conseqüente pluralidade e complexidade das relações jurídicas²³⁰. Com isso, pode-se afirmar que o momento contemporâneo é detentor de um “des”²³¹, o qual, se analisado em conjunto com o surgimento do novo Estado pós-fordista²³², representará um processo de despolitização, desburocratização, desregulação e deslegitimação das instituições.

Refletindo sobre essa nova era e a forma como repercutirá no direito, Marques assevera que essa “é uma época de vazio, de individualismo nas soluções e de insegurança jurídica, onde as antinomias são inevitáveis e a desregulamentação do sistema convive com um pluralismo de fontes legislativas e uma forte internacionalidade das relações”²³³.

Tudo isso será reproduzido no ciberespaço, o qual potencializará esses padrões sociais já existentes, gerando mais incertezas que navegarão com os indivíduos nesse ambiente virtual. Aponta Lévy que “a virtualização passa de uma solução dada a um (outro) problema”²³⁴. Esse problema decorre justamente do esvaziamento (a) da noção de tempo e espaço; (b) da referência de real; e (c) da relação com um sujeito corporificado²³⁵.

²²⁹ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 203.

²³⁰ Segundo Marques, esse novo modelo pós-moderno considera como riqueza econômica “os bens móveis imateriais e os fazeres ou serviços de massa, em que a privatização generalizada dos serviços públicos abalou a segurança do Estado do bem-estar, em que a globalização da produção e da distribuição em escala e o crescente movimento de integração econômica superaram as fronteiras do Estado-nação, diminuindo a intervenção protetiva estatal e deslegitimando os poderes estatais, como o Judiciário e o Legislativo”. MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 204.

²³¹ Segundo Santos, “o pós contém um des – um princípio esvaziador, diluidor. O pós-modernismo desenche, desfaz princípios, regras, valores, práticas, realidades. A des-referencialização do real e a des-substancialização do sujeito, motivadas pela saturação do cotidiano pelos signos, foram os primeiros exemplos. Muitos outros virão”. SANTOS, Jair Ferreira dos. *O que é Pós-Moderno*. São Paulo: Brasiliense, 2004, p. 18.

²³² GHERSI, Carlos Alberto. *Manual de posmodernidad jurídica y tercera vía*. Buenos Aires: Gowa Ediciones Profesionales, 2001, p. 85.

²³³ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 169.

²³⁴ LÉVY, Pierre. *O que é virtual?* São Paulo: Editora 34, 1996, p. 18.

²³⁵ Marques aponta como sendo esses os desafios negativos ou de desconstrução propostos pelos negócios no comércio eletrônico, os quais denomina de “despersonalização”,

Cabe trazer à baila a lúcida observação de Jayme, segundo o qual, “no que concerne às novas tecnologias, a comunicação, facilitada pelas redes globais, determina uma maior vulnerabilidade daqueles que se comunicam”, trazendo o comércio eletrônico consigo “a questão do sistema jurídico de proteção efetiva dos consumidores”²³⁶.

Todo o conhecimento e informação dessa sociedade que desponta é codificado na lógica binária da tecnociência²³⁷. O desenvolvimento da sociedade da informação também seria acompanhado pela desmaterialização daquele que será o típico²³⁸ instrumento dos negócios jurídicos pós-modernos: o contrato eletrônico de consumo.

Surge aqui um primeiro questionamento: o que seria o comércio e o contrato eletrônicos? E mais, o que distinguiria o contrato eletrônico das outras modalidades contratuais?

“desmaterialização”, “desterritorialização e atemporalidade”, acrescentando a “desconfiança dos consumidores no comércio eletrônico”, que será analisada com maior profundidade na segunda parte deste trabalho. MARQUES, Claudia 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. 63.

²³⁶ JAYME, Erik. O direito internacional privado do novo milênio: a proteção da pessoa humana face à globalização. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre: PPGDir/UFRGS, vol. 1, n. 1, mar. 2003, p. 86.

²³⁷ Santos acrescenta: “Codificar e manipular o conhecimento e a informação na lógica 0/1 é vital para as sociedades pós-industriais, também chamadas sociedades programadas, onde cada serviço — banco, biblioteca, turismo — tem uma tela e um teclado com dígitos para você operar. A programação da produção, do consumo e da vida social significa projetar o comportamento (produtivo, consumidor e social) a partir de informações prévias. O objetivo é aumentar a performance, o desempenho (veja a diferença de rapidez entre a perfuração manual e a eletrônica dos cartões de loteria!). As sociedades pós-industriais são programadas e performatizadas pela tecnociência para produzir mais e mais rápido, em todos os setores, e com isso, presumivelmente, facilitar a vida das pessoas. Assim, é mais importante descobrir um programa para computadorizar um torno mecânico do que fabricar milhares de tornos mecânicos. O desenvolvimento é função da qualidade do conhecimento técnico-científico aplicado à produção. As novas indústrias dos anos 70 — química fina, eletrônica, aeroespacial, comunicações — estão fundadas integralmente na tecnociência. A grande vantagem é que não se precisa mais recorrer ao experimento físico. O conhecimento prévio resolve a questão. Basta levar um modelo teórico ao computador, previamente instruído com dados, e se tem uma simulação completa das soluções possíveis para o problema, com gráficos no vídeo ou simulacros em laser a três dimensões (hologramas). Pouparam-se tempo e dinheiro. Edifícios em Londres e a invasão de Granada pelos EUA foram projetados assim”. SANTOS, Jair Ferreira dos. *O que é Pós-Moderno*. São Paulo: Brasiliense, 2004, p. 25-26.

²³⁸ Na lição de Marques, nada mais pós-moderno do que as relações virtuais, desmaterializadas, despersonalizadas e desterritorializadas, típicas de uma economia pós-fordista do serviço. MARQUES, Claudia 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. 60-61.

Sobre o pós-modernismo e modelo de contratação baseado no serviço, veja GHERSI, Carlos Alberto. *Manual de posmodernidad jurídica y tercera vía*. Buenos Aires: Gowa Ediciones Profesionales, 2001, p. 83-86.

De acordo com Rocha, a expressão “comércio eletrônico” refere-se aos negócios realizados por via eletrônica, baseando-se “no processamento e na transmissão eletrônica de dados, incluindo texto, som e imagem”²³⁹.

Segundo Glanz²⁴⁰, trazendo conceitos legais e doutrinários franceses, o comércio eletrônico apresenta três características básicas: (a) a oferta é feita por uma rede internacional de telecomunicações; (b) a oferta se faz de modo audiovisual; e (c) há interatividade entre profissional e cliente.

Assim, entende-se por comércio eletrônico a oferta, a demanda e a contratação à distância de bens, serviços e informações, realizadas dentro de um ambiente digital, ou seja, sem a presença física simultânea dos dois contratantes²⁴¹.

No que se refere ao contrato eletrônico, nos termos da nova Diretiva europeia 2011/83/EU, verifica-se que o seu conceito é albergado pela definição de “contratos à distância”, sendo, portanto, mais uma modalidade dessa espécie contratual, consoante se verifica no art. 2.º, n. 7, que assim dispõe:

²³⁹ ROCHA, Roberto Silva da. Natureza jurídica dos contratos celebrados com sites de intermediação no comércio eletrônico. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 16, n. 61, p. 230-270, jan./mar. 2007.

²⁴⁰ GLANZ, Semy. Internet e contrato eletrônico. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v.87, n.757, p. 70-78, nov. 1998.

Segundo Glanz, há duas modalidades de comércio eletrônico, quanto à sua forma de execução, o direto e o indireto: “Em relação à forma de execução, o comércio eletrônico comporta duas modalidades: direta ou indireta. Diz-se que comércio eletrônico é direto quando ocorre a encomenda, o pagamento e a entrega *on-line* de bens incorpóreos e serviços, tais como software, livros e informação. O objeto comercializado é intangível, podendo com isso ser transmitido de uma parte a outra pelo próprio ambiente virtual. Nesse tipo de comércio, a eficiência no registro das informações adquire ainda maior relevância. Já nos casos em que a encomenda efetivada por meio de informática refere-se a bens corpóreos (livros, CDs, equipamentos eletrônicos), trata-se de comércio eletrônico indireto, porque os bens costumam ser entregues por meio dos canais tradicionais, tais como os serviços de correio ou pelas *carriers*, que são empresas especializadas na entrega das mercadorias comercializadas pela Internet”. GLANZ, Semy. Internet e contrato eletrônico. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v.87, n.757, p. 70-78, nov. 1998.

²⁴¹ Marques expõe que o comércio eletrônico “é 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*, mensagens de texto etc.), por Internet (*on-line*) ou por meios de telecomunicações de massa (telefones fixos, televisão a cabo, telefones celulares etc.). Estes negócios jurídicos por meio eletrônico são concluídos sem a presença física simultânea dos dois contratantes no mesmo lugar, daí serem denominados, normalmente, *contratos à distância no comércio eletrônico*, e incluírem trocas de dados digitais, textos, sons e imagens”. MARQUES, Claudia 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. 35.

“7. Contrato à distância: qualquer contrato celebrado entre o profissional e o consumidor no âmbito de um sistema de vendas ou prestação de serviços organizado para o comércio à distância, sem a presença física simultânea do profissional e do consumidor, mediante a utilização exclusiva de um ou mais meios de comunicação à distância até o momento da celebração do contrato, inclusive;”

É possível, portanto, afirmar que não se trata de um novo contrato²⁴², sendo somente um instrumento a mais para a contratação à distância, aumentando, como aponta Lorenzetti²⁴³, as possibilidades de interação entre consumidor e fornecedor, de obtenção de produtos personalizados, de diminuição do tempo de escolha, somados à significativa redução de custos da transação.

Em contrapartida, a contratação por intermédio da internet apresenta novos desafios para os operadores do direito no que se refere ao agravamento da vulnerabilidade do consumidor, porquanto ela possibilita a fusão de técnicas de contratação em massa num único meio, a exemplo da união “do contrato de adesão, das condições gerais dos contratos, ao *marketing* agressivo, à catividade do cliente, e à internacionalização intrínseca de muitas relações à distância entre fornecedor e o consumidor”²⁴⁴.

Chazal²⁴⁵ afirma que o consumidor tem sua vulnerabilidade agravada pela situação geográfica decorrente da distância entre o fornecedor e o consumidor, porquanto não está o consumidor com o bem físico na sua frente, dificultando o julgamento sobre a correspondência da imagem às suas necessidades. Ainda, destaca que, em caso de vício ou defeito do produto,

²⁴² Nesse sentido, por todos, MARQUES, Claudia 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. 35.

²⁴³ LORENZETTI, Ricardo Luís. *Comércio eletrônico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 274-359. O autor afirma ainda que “a contratação atual, assim como a sociedade, evolui na direção de múltiplos subsistemas autônomos; a hipótese fática, única, o ‘ideal’ do contrato está fragmentado. Existem relações por adesão e de consumo; verifica-se também a presença de megacontratos entre grandes empresas, relações entre as pequenas e médias empresas, contratações internacionais e muitas outras”. LORENZETTI, Ricardo Luís. *Comércio eletrônico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 280.

²⁴⁴ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 113.

²⁴⁵ CHAZAL, Jean-Pascal. *Vulnerabilité et droit de la consommation*. In: COHET-CORDEY, Frédérique (org.). *Vulnerabilité et droit: Le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit*. Grenoble: Presses Universitaires de Grenoble, 2000, p. 244, p. 253.

poderá o consumidor encontrar dificuldades de fazer valer seus direitos contra um vendedor localizado em um endereço remoto.

Constata-se, ainda, que o meio eletrônico permite o surgimento de novas formas de contratar e, em contrapartida, apresenta novos problemas jurídicos no que se refere, consoante aponta Lorenzetti²⁴⁶: (a) à desumanização do contrato; (b) à imputabilidade da declaração de vontade, refletindo em sua forma e validade; (c) distribuição de riscos da declaração de vontade realizada *on-line*; (d) à formação do consentimento; (e) à definição do local e do momento da celebração, com o fim de estabelecer a legislação aplicável e o tribunal competente; e (f) aos diferentes graus de utilização do meio digital.

Para Marques, os “desafios negativos ou de desconstrução propostos pelos negócios no comércio eletrônico”²⁴⁷ são²⁴⁸: (a) despersonalização da relação jurídica, havendo um “silêncio” no diálogo virtual entre os contratantes; (b) desmaterialização do meio de contratação, do objeto e dos vícios; (c) desmaterialização, desregulamentação e atemporalidade na contratação eletrônica; (d) desconfiança dos consumidores no comércio eletrônico.

A expressão desumanização do contrato tem origem no artigo escrito por Giorgio OPPO²⁴⁹ em 1998, o qual identifica a superação dos paradigmas clássicos do contrato mediante relativização do consentimento como elemento essencial do negócio jurídico. No contrato eletrônico, isso se faz presente dada a dificuldade de apontar claramente o consentimento de quem opera o computador, consoante explica Lorenzetti:

Na contratação eletrônica pode ser muito difícil constatar a presença do consentimento de alguém que opere um computador; pode ser extremamente árduo verificar se ocorreu uma intenção real de

²⁴⁶ LORENZETTI, Ricardo Luís. *Comércio eletrônico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 274-275.

²⁴⁷ MARQUES, Claudia 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. 62.

²⁴⁸ MARQUES, Claudia 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. 63-99.

²⁴⁹ OPPO, Giorgio. *Disumanizzazione del contratto? Rivista Di Diritto Civile*, Padova: Giufre, parte 2, p. 525-533, 1998.

obrigar-se; pode ser impossível provar o erro, o dolo ou a coação. Ademais, pode ocorrer de a declaração ser automaticamente elaborada por um computador e que a presença do sujeito seja apenas mediata, ao programar o computador, mas não imediata, no ato de celebração. Estas dificuldades existem em inúmeros vínculos em que são utilizadas máquinas automáticas, módulos, formulários, a eletrônica e a telemática, em que o consentimento é transformado de forma aguda.²⁵⁰

Interessante caso que se enquadra na hipótese aventada pelo autor foi julgado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro²⁵¹. Extrai-se da decisão a seguinte situação: (a) uma consumidora estava buscando informações sobre determinado curso no *site* de um fornecedor de serviços educacionais à distância; (b) após encerrar a pesquisa, optou por não contratar os serviços educacionais da escola em questão; (c) todavia, cerca de um ano depois, a consumidora foi surpreendida com uma ação de cobrança ajuizada pelo fornecedor, alegando que ela não adimpliu com a obrigação de pagamento das mensalidades do curso.

Note-se que o acórdão afirma não ter a fornecedora comprovado a relação entre as partes, diante da ausência de contrato com assinatura da

²⁵⁰ LORENZETTI, Ricardo Luís. *Comércio eletrônico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 227.

²⁵¹ “APELAÇÃO CÍVEL. CONSUMIDOR. INCIDÊNCIA DA LEI 8.078/90. AÇÃO DE COBRANÇA. RITO SUMÁRIO. SERVIÇO DE EDUCAÇÃO À DISTÂNCIA. CONTRATO PREENCHIDO PELA CONSUMIDORA VIA INTERNET. TESE DEFENSIVA NO SENTIDO DE QUE NÃO EFETIVOU QUALQUER CURSO, MAS TÃO SOMENTE CONSULTOU AS CONDIÇÕES DO MESMO NO SÍTIO ELETRÔNICO. PRESUNÇÃO DE VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR. ATUAÇÃO NO COMÉRCIO ELETRÔNICO FACTÍVEL AO ERRO, PORQUANTO O CONSUMIDOR, POR MAIS HÁBIL, NÃO É ESPECIALISTA E NEM TÉCNICO DO COMÉRCIO VIRTUAL. POSTULADO DA BOA FÉ QUE EXIGE CUIDADOS A SEREM TOMADOS PELOS PRESTADORES DOS SERVIÇOS. NECESSIDADE DE CONFIRMAÇÃO DA CONTRATAÇÃO, PELO MENOS, MEDIANTE NOTIFICAÇÃO POR E-MAIL. TODAVIA, EM SE TRATANDO DE CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO ON LINE, CUJA EXECUÇÃO SE PROTRAI NO TEMPO, RAZOÁVEL CONDICIONAR A RATIFICAÇÃO DA MATRÍCULA AO ENVIO DO CONTRATO ASSINADO PELO ESTUDANTE, POR CORREIO. FALTA DE CUIDADO QUE GERA INSEGURANÇAS E INCERTEZAS NO COMÉRCIO VIRTUAL. ALÉM DISSO, A UNIVERSIDADE NÃO COMPROVOU QUE O SERVIÇO FOI EFETIVAMENTE UTILIZADO, O QUE PODERIA SER FEITO COM A APRESENTAÇÃO DE RELATÓRIO DE FREQUENCIA NAS AULAS, OU DAS RESPOSTAS POSTADAS NAS PROVAS. DEMANDANTE QUE NÃO COMPROVOU OS FATOS CONSTITUTIVOS DE SEU DIREITO, NA FORMA DO ARTIGO 333, I, DO CPC. MANUTENÇÃO DA IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO E DA PROCEDÊNCIA DO PEDIDO CONTRAPOSTO. FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. CANCELAMENTO DO DÉBITO. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL FIXADA NO MONTANTE DA DÍVIDA (R\$ 993,21), QUE ATENDE A LÓGICA DO RAZOÁVEL. Recurso a que se nega seguimento, na forma do artigo 557, caput, do CPC”. RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n.º 0001637-55.2011.8.19.0079. Apelante: Pontifícia Universidade Católica De Minas Gerais. Apelado: Marcia Assis Gonzaga. Relator: Des. Myriam Medeiros. Rio de Janeiro: 12 mar. 2013.

consumidora; *e-mail* enviado a ela confirmando a contratação dos serviços; ou documento demonstrando que ela realmente usufruiu do serviço ofertado. O consentimento da usuária, no caso em questão, não foi comprovado, pairando a dúvida sobre como o fornecedor adquiriu os dados dela (o *site* pode ter sido configurado para permitir o acesso às informações dos cursos somente mediante cadastro prévio, e.g.), se houve aproveitamento por parte do fornecedor de eventual erro (*click* no lugar errado) ou, até mesmo, se ocorreu manipulação da vontade da consumidora (com informações dúbias e obscuras).

Quanto à imputabilidade da declaração de vontade, esta é exteriorizada por intermédio de códigos binários gerados, enviados, recebidos ou arquivados eletronicamente por meio óptico ou similar. Estipular se a vontade expressada por essa linguagem inacessível ao ser humano corresponde à do dono do computador gerou inúmeras dúvidas para os sistemas jurídicos que unem declaração-vontade-pessoa física²⁵².

Na hipótese de a declaração não conferir com a do autor, seja por adulteração, troca, eliminação ou captação por terceiro ou envio por desconhecido, definir quem deve responder por esse risco é mais um problema decorrente da ausência de regras sobre distribuição de riscos²⁵³.

Situação que exemplifica essa dificuldade é a interceptação de dados transmitidos por terceiros por meio do *pharming*²⁵⁴, em que um *malware* infectará o computador e redirecionará o navegador para um *site* falso, nesse momento o internauta, que pensa estar acessando o site real, passará todos os seus dados para os fraudadores. Esse golpe é muito comum com páginas de bancos ou outros fornecedores de produtos e serviços, gerando a dúvida se o

²⁵² ROCHA, Roberto Silva da. Natureza jurídica dos contratos celebrados com sites de intermediação no comércio eletrônico. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 16, n. 61, p. 230-270, jan./mar. 2007.

²⁵³ LORENZETTI, Ricardo Luís. *Comércio eletrônico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 274.

²⁵⁴ *Pharming* é “uma modalidade de *phishing spam* em que os programas de navegação dos usuários são direcionados para *sites* falsos, por meio de *softwares* maliciosos que alteram o seu modo de funcionamento”. MARTINS, Guilherme Magalhães. *Responsabilidade civil por acidente de consumo na Internet*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 389.

titular da *homepage* genuína ou o provedor de acesso do consumidor é parte legítima para responder pelos danos causados²⁵⁵.

Normalmente, o consumidor não sabe, em meio a tantas imagens, textos e vídeos atraindo-o e estimulando-o a comprar (mas nem sempre informando-o adequadamente), quem está controlando as máquinas do outro lado do *écran*. O fornecedor agora é “um ofertante profissional automatizado e globalizado, presente em uma cadeia sem fim de intermediários (portal, *website*, *link*, *provider*, empresas de cartão de crédito etc.), um fornecedor sem sede e sem tempo (a oferta é permanente, no espaço privado e no público), um fornecedor que fala todas as línguas ou usa a *língua franca*, o inglês, e utiliza-se da linguagem virtual”²⁵⁶.

O fornecedor está encoberto pelas novas tecnologias e, ainda, utiliza artifícios que dificultam o acesso a informações, quando não as omite, acerca de seu endereço físico, endereço eletrônico ou outro meio que possibilite ao consumidor contatá-lo, bem como seu CNPJ ou CPF²⁵⁷. A questão que se impõe é como fazer frente a esse déficit informacional, potencializado pela codificação da informação na lógica binária de zeros e uns, tendo em vista que o consumidor fica limitado às informações que desejam lhe fornecer nas *webpages* ou outros canais de compras.

O consumidor, por sua vez, esse “sujeito mudo na frente de um *écran*”²⁵⁸, tem seus passos monitorados pelos rastros que deixa enquanto navega na *web*. Esse monitoramento feito pelas empresas ocorre sob o pretexto de “prever e, em combinação com a publicidade (personalizada),

²⁵⁵ Martins entende ser aplicável aqui a teoria da aparência para afastar a responsabilidade do titular do *site* real, mas que será parte legítima para responder pelos danos causados ao consumidor de boa-fé o provedor de acesso. MARTINS, Guilherme Magalhães. *Responsabilidade civil por acidente de consumo na Internet*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 100-101.

²⁵⁶ MARQUES, Claudia 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. 63.

²⁵⁷ No ano de 2013, o Procon-DF autuou 49 grandes *sites* de comércio eletrônico por ausência de informações claras sobre o direito de arrependimento, ausência de canal eficaz de atendimento eletrônico ao consumidor, ausência de endereço e demais dados para contato e falta do CPF e CNPJ do fornecedor e responsável. Disponível em: <<http://www.procon.df.gov.br/noticias/item/2163-confira-a-lista-de-sites-irregulares.html>>. Acesso em: 26 nov. 14.

²⁵⁸ MARQUES, Claudia 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. 63.

controlar o comportamento do consumidor”²⁵⁹ para que compre determinado bem ou serviço. Toda atividade desenvolvida pelo consumidor no ambiente virtual gera dados sobre seu comportamento durante a navegação, seu endereço de IP e equipamento que utiliza para acessar a rede, dentre outros dados que são capturados, armazenados, analisados e compartilhados entre as empresas²⁶⁰. O *Facebook*, por exemplo, é capaz de repassar informações a seus anunciantes sobre quais marcas seus usuários gostam e comentam na rede social que mantém, ajudando as empresas a elaborar ofertas específicas que acreditam interessarem aos consumidores²⁶¹.

Note-se que as novas tecnologias proporcionaram uma inversão de posições desses atores da sociedade de consumo. Na metade do século vinte, quando a sociedade de consumo de massa estava começando a se disseminar pelo mundo, o consumidor fazia parte de uma multidão anônima que adquiria produtos estandardizados; enquanto os fornecedores eram facilmente identificados e encontrados em seus estabelecimentos comerciais físicos. Com o advento da internet houve uma massiva expansão de tecnologias capazes de vigiar o comportamento de cada consumidor, que deixa de ser um indivíduo anônimo no meio da massa e passa a ser individualizado por seus dados virtuais; enquanto os fornecedores tornam-se seres virtuais sem face e sem um estabelecimento conhecido no mundo dos átomos, e ficam somente à espreita do próximo passo dos consumidores.

O comércio eletrônico também é capaz de ultrapassar as fronteiras nacionais e o conceito de tempo devido à inter-relação facilitada dos contratantes, dando origem a questionamentos sobre qual o momento e o local

²⁵⁹ SANDOVAL, Marisol. A critical empirical case study of consumer surveillance on Web 2.0. In: FUCHS, Christian; BOERSMA, Kees, ALBRECHTSLUND, Anders; SANDOVAL, Marisol (ed). *Internet and surveillance: The challenges of Web 2.0 and Social Media*. New York: Routledge, 2012, p. 148.

²⁶⁰ SANDOVAL, Marisol. A critical empirical case study of consumer surveillance on Web 2.0. In: FUCHS, Christian; BOERSMA, Kees, ALBRECHTSLUND, Anders; SANDOVAL, Marisol (ed). *Internet and surveillance: The challenges of Web 2.0 and Social Media*. New York: Routledge, 2012, p. 151.

²⁶¹ Algumas informações sobre como funciona a publicidade no *Facebook* estão disponíveis em: <<https://newsroom.fb.com/news/2007/11/facebook-unveils-facebook-ads/>>. Acesso em: 26 nov. 14.

em que ocorreu o negócio jurídico, a fim de definir a legislação aplicável e o tribunal competente²⁶². Sobre o tema, salutar a lição de Marques:

Se o meio eletrônico não conhece mais território (*no-place, from geography to cyberspace*), se transforma o consumidor em um *netcytizen*, se há uma nova ubiquidade ou falta de localização dos atos que ocorrem simultaneamente no *écran* do consumidor e do fornecedor, no computador do provedor e em todos os fornecedores ligados à Internet globalmente, se os bens digitais são imateriais e não conhecem mais localização física, as conexões clássicas do Direito Internacional Privado sofrem um grande desafio. Do lado do direito processual, a fixação da competência fica bastante desafiada, a tendência é proteger o usuário local e estabelecer algo como uma jurisdição pessoal para o mundo inteiro, como no famoso caso Pavlovich *versus* Superior Court, de agosto de 2001. [...]

O meio eletrônico também modifica os conceitos de tempo real, impondo o tempo virtual, e de território, impondo a rede global como “lugar do contrato”, em contrato já denominado de desterritorializado, internacional ou nacional conforme as partes, não conforme o lugar da conclusão do negócio (art. 9.º, § 2.º, da Lei de Introdução do Código Civil, de 1942), pois as ofertas nos *sites* são “globais” em rede e não encontram mais limites territoriais ou nacionais.²⁶³

A falta de um contrato materializado também acaba por prejudicar o consumidor, havendo situações em que a empresa sequer possui contrato, disponibilizando apenas políticas de uso em seu site, bem como tópicos de esclarecimento de dúvidas frequentes²⁶⁴. Pela própria dinâmica da contratação eletrônica, prevalecerá a figura do contrato de adesão, em que a vontade do aderente não é verdadeiramente considerada, uma vez que não participa ativamente da estipulação das cláusulas contratuais.

²⁶² SANTOLIM, Cesar Viterbo Matos. Os princípios de proteção do consumidor e o comércio eletrônico no direito brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v.14, n.55, p. 53-84, jul./set. 2005.

²⁶³ MARQUES, Claudia 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. 89-90 e 92.

²⁶⁴ Em uma pesquisa realizada para o Programa de Intercâmbio do Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor, Vial pode verificar “quais as cláusulas contratuais ou políticas de uso estavam em desacordo com o Sistema de Proteção ao Consumidor por serem abusivas. No total, foram encontradas 29 (vinte e nove) cláusulas abusivas dentro dos termos de contratos, políticas de venda e ofertas dos fornecedores. Destas, 11 (onze) foram enquadradas no art. 51, IV, do CDC, da cláusula geral de boa-fé das cláusulas abusivas. Outro dado relevante é que foram identificadas 12 tentativas das empresas de eximir-se de responsabilidade, sendo enquadrada a cláusula respectiva no art. 51, I, do CDC”. VIAL, Sophia Martini. Contratos de comércio eletrônico de consumo: desafios e tendências. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v.20, n.80, p. 277-334, out./dez. 2011.

Merece destaque como modalidade particular dos contratos de adesão, no campo da contratação eletrônica, os contratos por clique ou *click-through agreements*²⁶⁵. Aqui a manifestação de vontade se dá por um clique do *mouse*, aceitando-se todas as políticas de uso, privacidade e vendas de um *site*.

Um caso recente que demonstra a adaptação desse contrato por cliques ao rápido avanço tecnológico é o sistema de vendas de aplicativos para *iPhone* e *iPad* da *Apple* e para *Android* do *Google*. De acordo com esse sistema, é possível que aplicativos, principalmente de jogos, gratuitos no momento do *download*, tenham opções de atualização ou desbloqueio de ferramentas mediante simples clique dentro do próprio aplicativo, o que vem sendo denominado de compras embutidas em aplicativos ou *in-app purchases*²⁶⁶. Com isso os valores referentes a essa compra são debitados diretamente da conta cadastrada pelo consumidor no site da *Apple* ou do *Google Play*.

O debate sobre esse novo sistema deu origem a uma *class action* na Califórnia promovida por uma associação de pais²⁶⁷. Nessa ação, o grupo alega que não foram prestadas as devidas informações sobre a possibilidade de compras embutidas nos aplicativos. Como consequência, as crianças, ao usarem os aparelhos, são incentivadas a empregar as moedas de determinado jogo sem saber que estavam realizando negócios jurídicos de compra e venda, dada a linha tênue entre fantasia e realidade. O jornal *Washington Post* relata

²⁶⁵ Lawand destaca que os contratos eletrônicos podem ser classificados quanto a sua formação em: a) contratos elaborados por correio eletrônico; b) leilão virtual; c) contratação em rede fechada e em rede aberta; d) contratos por clique; e e) contrato eletrônico *on-line* e *off-line*. LAWAND, Jorge José. *Teoria geral dos contratos eletrônicos*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, p. 93-105.

²⁶⁶ Sobre o sistema de *in-app purchases* da *Apple* veja: <<http://support.apple.com/kb/ht4009>>. Acesso em: 26 nov. 14.

Sobre o sistema de *in-app purchases* do *Google Play* veja: <<https://support.google.com/googleplay/answer/1061913?hl=en>>. Acesso em: 26 nov. 14.

²⁶⁷ Informações sobre essa *class action* e todas as decisões proferidas no caso são encontradas em: <<https://www.itunesinapppurchasesttlement.com/CAClaimForms/AIL/home.aspx>>. Acesso em: 26 nov. 14.

Recentemente a *Federal Trade Commission* definiu que a *Apple* deverá reembolsar, até o valor máximo de 32,5 milhões de dólares, os consumidores lesados pelas práticas da companhia, que permitia que crianças fizessem compras nos aplicativos sem a permissão dos pais. A notícia está disponível em: <<http://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2014/01/apple-inc-will-provide-full-consumer-refunds-least-325-million>>. Acesso em: 26 nov. 14.

Com isso a empresa se viu obrigada a desenvolver um *software* que avise os usuários sobre as compras embutidas em aplicativos e como desativá-las. Informações retiradas da notícia veiculada no jornal *The Guardian*: <<http://www.theguardian.com/technology/2014/mar/13/new-apple-warning-over-iphone-in-app-purchases?CMP=EMCNEWEML6619I2>>. Acesso em: 26 nov. 14.

que uma criança de oito anos, brincando com o aplicativo *Smurfs' Village*, gastou 1.400 dólares durante as férias de inverno²⁶⁸.

Outros temas²⁶⁹ que serão muito debatidos pela doutrina e jurisprudência, apenas para exemplificar, são: (a) as formas de oferta, devendo ser definido se o *site* é por si uma modalidade de oferta²⁷⁰; (b) as questões envolvendo publicidade (*metatags*, *spam*, *cybersquatting*, publicidade oculta, *cookies*)²⁷¹; (c) o dever de informação no ambiente virtual²⁷²; (d) o direito de arrependimento²⁷³; (e) o dever de boa-fé na utilização das tecnologias²⁷⁴; (f) proteção dos dados pessoais dos consumidores²⁷⁵; (g) o documento digital eletrônico, assinatura digital e autoria²⁷⁶.

Conforme assinala Claudia Lima MARQUES²⁷⁷, adentra-se no mundo virtual de sites e aplicativos repleto de imagens e linguagens, em que um

²⁶⁸ KANG, Cecilia. In-app purchases in ipad, iphone, ipod kid's games touch off parental firestorm. *Washington Post*, Washington-DC, 8 fev. 2011. Disponível em: <<http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2011/02/07/AR2011020706073.html?sid=ST2011020706437>>. Acesso em: 26 nov. 14.

²⁶⁹ Interessantes relatórios do órgão de proteção do consumidor de Inglaterra, Gales e Escócia, o *Consumer Focus*, e da empresa Ctrl-Shift, responsável por pesquisas na área de proteção do consumidor, apontam algumas das desvantagens do meio eletrônico para o consumidor envolvendo os seguintes temas: privacidade dos consumidores, identidade digital, acesso e confiabilidade da informação, o funcionamento do *e-commerce*, regulação do ambiente digital, direitos e responsabilidades e as mudanças tecnológicas. Referidos relatórios estão disponíveis em: <<http://www.consumerfocus.org.uk/files/2012/06/All-thats-digital-isnt-gold.pdf>> e <http://www.consumerfocus.org.uk/files/2012/06/defining_and_defending_consumer_interests.pdf>. Acesso em: 26 nov. 14.

²⁷⁰ Veja VIAL, Sophia Martini. Contratos de comércio eletrônico de consumo: desafios e tendências. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v.20, n.80, p. 277-334, out./dez. 2011.

²⁷¹ Veja LORENZETTI, Ricardo Luís. *Comércio eletrônico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 391-396.

²⁷² Veja LORENZETTI, Ricardo Luís. *Comércio eletrônico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 397-400.

²⁷³ Veja KLEE, Antonia Espíndola Longoni. O diálogo das fontes nos contratos pela internet: do vínculo contratual ao conceito de estabelecimento empresarial virtual e a proteção do consumidor. In: MARQUES, Claudia Lima (coord.). *Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 435.

²⁷⁴ Veja MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 127.

²⁷⁵ Veja CARVALHO, Ana Paula Gambogi. O consumidor e o direito à autodeterminação informacional: considerações sobre os bancos de dados eletrônicos. *Revista de direito do consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 12, n. 46, p. 77-119, abr./jun. 2003.

²⁷⁶ Veja MENKE, Fabiano. Assinaturas digitais, certificados digitais, infra-estrutura de chaves públicas brasileira e a ICP alemã. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 12, n. 48, p. 132-148, out./dez. 2003.

²⁷⁷ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 116.

simples tocar no teclado ou avançar por esse caminho virtual significa aceitação ou declaração de vontade tácita, acrescentando que há uma nova espécie de pressão:

Não a pressão do vendedor batendo à porta, mas do fato de a oferta estar dentro de casa, no trabalho, no espaço privado, nas férias, atemporalmente, dia e noite, em todos os lugares do mundo, onde a oferta negocial puder ser acessada ou vista. A distância física entre o fornecedor e o consumidor é enorme fator de debilidade informativa, as informações disponíveis são aquelas escolhidas pelo fornecedor e acessadas com uniformidade.²⁷⁸

Ricardo Lorenzetti²⁷⁹, por sua vez, destaca que a contratação eletrônica tem ameaçado os seguintes direitos do consumidor: (a) direito a uma proteção igual ou maior do que a existente em outras áreas do comércio; (b) direito à informação; (c) à proteção contra as práticas que infringem a concorrência; (d) à segurança; (e) à proteção contratual; (f) à proteção contra a publicidade ilícita; (g) ao ressarcimento; (h) à efetiva proteção; (i) bem como ao acesso à justiça e ao devido processo legal.

Portanto, a vulnerabilidade inerente à relação de consumo transforma-se com a situação promovida pelas novas tecnologias, o que gera um agravamento da fragilidade do consumidor e desperta a sua desconfiança no meio eletrônico.

Cabe referir que essa vulnerabilidade de situação promovida pelo ambiente virtual não se confunde com o conceito de hipervulnerabilidade. Isso porque, como visto anteriormente, a hipervulnerabilidade decorre de características intrínsecas ao consumidor (idade, estado de saúde, necessidades especiais, nível de escolaridade) que irão torná-lo mais frágil,

²⁷⁸ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 116.

²⁷⁹ LORENZETTI, Ricardo Luís. *Comércio eletrônico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 372-373. Sobre a vulnerabilidade do consumidor agravada pelo emprego do meio eletrônico para contratar, Cláudia Lima MARQUES assevera que: “como usuário da *net*, [...] sua informação é reduzida (extremo déficit informacional), a complexidade das transações aumenta, sua privacidade diminui, sua segurança e confiança parecem desintegrarem-se em uma ambiguidade básica: pseudo-soberania do indivíduo/sofisticação do controle”. (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)

conforme a situação fática que se apresenta, do que um consumidor *standard*. Por sua vez, a vulnerabilidade agravada pela nova situação tecnológica e pela criação de um espaço virtualizado para negociação, além de ser extrínseca à pessoa do consumidor, eleva a um novo patamar a vulnerabilidade de relação – como um todo –, e a hipervulnerabilidade – conforme o caso concreto.

É possível afirmar, assim, que há diferentes camadas de vulnerabilidade na relação consumidor-fornecedor.

A primeira camada é a vulnerabilidade de relação, base indispensável e inerente ao próprio direito consumerista, que reconhece deter o fornecedor uma superioridade técnica, jurídica, fática e informacional em relação ao consumidor, sendo necessário conferir instrumentos a este para defender-se e reequilibrar essa relação naturalmente desigual.

Sobre essa vulnerabilidade basilar alicerçar-se-á a transposição das relações de consumo para o mundo *online* – também denominada de virtualização do real –, que passará a compor a segunda camada de vulnerabilidade. Essa sobreposição de vulnerabilidades afetará todos os consumidores que utilizam o comércio eletrônico indiscriminadamente, tornando-os ainda mais frágeis e suscetíveis de serem sistematicamente lesionados pelos fornecedores, sendo isso resultado da despersonalização, desmaterialização, desterritorialização e atemporalidade da contratação eletrônica. É o surgimento da figura do consumidor-virtual ou ciberconsumidor.

Dessas duas camadas podem emergir casos de consumidores que apresentam fragilidades intrínsecas capazes de torná-los hipervulneráveis, necessitando eles de um tratamento especial por parte dos fornecedores e, também, por parte dos aparatos estatais legiferantes, administrativos e judiciais, de maneira a otimizar a realização do princípio da igualdade.

Note-se que nem todos aqueles que apresentam condições pessoais fragilizantes (ou hipervulnerabilidades) na primeira camada as terão reproduzidas na segunda, e vice-versa, uma vez que elas manifestar-se-ão das circunstâncias do caso e da conduta de boa-fé dos fornecedores. Para ilustrar como as hipervulnerabilidades não se espelham indiscriminadamente nas duas camadas, pode-se imaginar a aquisição de produtos e serviços por um

consumidor paraplégico. Ao se dirigir para um estabelecimento físico, esse consumidor enfrentará inúmeras dificuldades relativas à acessibilidade e mobilidade, denotando um grau excepcional da vulnerabilidade de relação. Todavia, ao visitar a página de um estabelecimento virtual na *web*, não enfrentará os mesmos obstáculos físicos, de modo que não pode ser considerado um hipervulnerável, apesar de ter sua vulnerabilidade agravada pela situação inesperada trazida pelo comércio eletrônico.

Ocorre que, na maioria das hipóteses, as hipervulnerabilidades presentes no mundo dos átomos serão reproduzidas no mundo *online*, tendo como resultado o que se poderia denominar de uma tríplice vulnerabilidade (de relação – de situação – hipervulnerabilidade). Algumas das figuras que podem surgir desse amálgama de fraquezas são o consumidor-virtual-criança, consumidor-virtual-idoso, consumidor-virtual-doente, consumidor-virtual-deficiente e consumidor-virtual-analfabeto.

A criança é um ator cada vez mais presente nas relações virtuais de consumo contemporâneas, principalmente pelo design simplificado e intuitivo das novas tecnologias, o que permite que aparelhos inteligentes e multiplataformas garantam o entretenimento dos infantes. O consumidor-virtual-criança desliza dos bastidores do comércio tradicional e assume a liderança das compras eletrônicas, na maioria dos casos, sem ao menos perceber que está realizando um negócio jurídico.

As compras embutidas em aplicativos ou *in-app purchases*, utilizados em larga escala por empresas como Google e Apple, são um bom exemplo de como interfaces gráficas atraentes e estimulantes conseguem mascarar transações eletrônicas, fazendo com que crianças gastem milhares de reais da conta de seus pais enquanto se divertem com os jogos eletrônicos nos aparelhos conectados à internet.

O ambiente virtual facilitou ao fornecedor aproveitar-se da capacidade reduzida de julgamento da criança e de sua inexperiência quanto ao funcionamento da contratação por meio eletrônico para impeli-la a consumir inconscientemente.

A ampliação e o aprofundamento da comunidade *on-line* também se dá com a entrada dos idosos no mundo virtual, os quais tendem a ter maiores dificuldades de se adaptarem às novas tecnologias, bem como ao volume e à velocidade das informações que recebem, fato que os torna ainda mais suscetíveis e débeis ao adentrarem no ambiente virtual.

Retomando o exemplo abordado no ponto anterior, referente ao idoso que contrata operações de crédito, verifica-se que, em determinadas situações, sua fraqueza ou ignorância somada à facilidade de acesso, rapidez e impessoalidade que o *home banking* ou *internet banking*²⁸⁰ oferece, pode resultar em um incentivo para o superendividamento dos idosos²⁸¹. Isso porque o ambiente virtual favorece um comportamento impulsivo dos consumidores, resultando em um baixo nível de compreensão sobre o produto adquirido e as consequências da contratação, elementos agravadores da vulnerabilidade dos consumidores idosos que tendem a perder sua autonomia decisória em virtude de sua fraqueza emocional, como muito bem destaca Schmitt²⁸².

Também merece algumas considerações a virtualização de outro grupo de hipervulneráveis: os doentes. Além da especial vulnerabilidade do consumidor enfermo, decorrente de sua fragilidade biológica e psíquica agravada, o consumidor-virtual-doente sofre com os riscos de exposição de sua privacidade e intimidade e de descontrole de seus dados clínicos inseridos em prontuários eletrônicos, tendo reflexos em seus direitos da personalidade.

Maia adverte que a armazenagem de informações e dados pessoais do consumidor-enfermo em bancos de dados virtuais deve observar “tanto a

²⁸⁰ Sobre a prestação de serviços bancários via internet veja MARQUES, Cláudia Lima. Sociedade de informação e serviços bancários: primeiras observações. In: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade (org.). *Doutrinas essenciais responsabilidade civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. v. 3, p. 555-584; TIMM, Luciano Benetti. A prestação de serviços bancários via internet (home banking) e a proteção ao consumidor. In: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade (org.). *Doutrinas essenciais responsabilidade civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. v. 3, p. 781-802.

²⁸¹ Interessante documento sobre a oferta de serviços financeiros foi produzido pelo Banco Central do Brasil em julho de 2014, intitulado “Guia de excelência de educação na oferta de serviços financeiros”, em que sugere práticas a serem adotadas pelas instituições financeiras, inclusive em matéria de contratações pela internet, de modo a contribuírem com o processo de educação financeira do consumidor e a melhor compreensão dos produtos e serviços contratados. BRASIL. Banco Central do Brasil. Guia de excelência de educação na oferta de serviços financeiros. 2ª ed. Brasília: BCB, 2014. Disponível em: <http://www.bcb.gov.br/pre/pef/port/guia_de_excelencia_internet.pdf>. Acesso em: 26 nov. 14.

²⁸² SCHMITT, Cristiano Heineck. *Consumidores hipervulneráveis: a proteção do idoso no mercado de consumo*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 221.

proteção *física* – do *hardware* no qual se encontra arquivado o teor informativo –, como também sua proteção *virtual* – referente ao *software* e ao respaldo protetor na rede de computadores”²⁸³. O desrespeito a esse princípio de segurança acarretaria na violação da “garantia de *veracidade* dos dados – inevitabilidade de alterações do teor verídico –, de *conservação* – resguardo contra o extravio e a destruição –, *acessibilidade controlada* – ou do acesso autorizado nos limites da concessão informativa –, e de *uso finalístico ou limitado* – em outras palavras, os dados clínicos devem ser utilizados somente com o fim autorizado - assistencial, científico e/ou educacional”²⁸⁴. A facilidade com que dados eletrônicos são transmitidos e o perigo de se perder o controle sobre eles aliam-se à hipervulnerabilidade do enfermo, dando origem ao consumidor-virtual-doente.

De modo concreto e específico, a hipervulnerabilidade dos portadores de necessidades especiais também pode ser amplificada no ambiente desmaterializado de consumo. Pode-se citar como exemplo as dificuldades vividas por um deficiente visual na utilização da internet, tendo em vista que ele lidará com muitas informações apresentadas no formato de imagens, deverá distinguir os *links* contidos nas páginas da *web*, e interagirá com diversos dispositivos (celulares, *tablets*, teclado, etc.). A ausência de uma tecnologia de acessibilidade adequada nos *sites* limita gravemente ou torna impossível a participação desses hipervulneráveis no comércio eletrônico, principalmente no que se refere à quantidade e qualidade das informações obtidas.

Por fim, temos o consumidor-analfabeto, que acaba sendo excluído desse processo tecnológico, não tendo acesso às promoções exclusivas contidas nesse novo ambiente. Como ensina Marques, ao acrescentarmos a qualidade de virtual àqueles indivíduos com um reduzido patamar educacional, constata-se o surgimento de um novo tipo de excluído, o analfabeto-digital:

²⁸³ MAIA, Maurilio Casas. Telemedicina, prontuário eletrônico e atualização do código de defesa do consumidor: a tutela da hipervulnerabilidade eletrônica do paciente e da sua personalidade virtual. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v.22, n.89, p. 303-322, set./out. 2013.

²⁸⁴ MAIA, Maurilio Casas. Telemedicina, prontuário eletrônico e atualização do código de defesa do consumidor: a tutela da hipervulnerabilidade eletrônica do paciente e da sua personalidade virtual. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v.22, n.89, p. 303-322, set./out. 2013.

Quem não usa o meio eletrônico é um novo tipo de excluído, um novo analfabeto-cibernético, um “excluído-digital”, um novo tipo de discriminado da sociedade de consumo e informação, seja nos preços que lhe oferecem os bancos, seja nas possibilidades de compra, nos contatos de seu meio social, na quantidade de informações que está à sua disposição, dividindo a sociedade (*digital divide*) entre aqueles que detêm e aqueles que nunca deterão a informação (*information haves* e *information have-not*)!²⁸⁵

O grande desafio dos operadores do direito e dos legisladores contemporâneos é garantir o reequilíbrio das relações jurídicas de consumo e reconstruir a confiança dos consumidores abalada pelo meio virtual.

²⁸⁵ MARQUES, Claudia 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.

3 A OCUPAÇÃO DO ESPAÇO VIRTUAL PELOS CONSUMIDORES: INSTRUMENTOS PARA A RECONSTRUÇÃO DA CONFIANÇA COMO APRIMORAMENTO DO PRINCÍPIO INSTITUIDOR DO DIREITO DO CONSUMIDOR

A complexidade que marca a sociedade pós-moderna reverberou sobre toda a estrutura política, econômica e social, trazendo consigo incertezas generalizadas acerca do futuro. Como consequência, o mundo em que vivemos não nos desperta confiança, obrigando a todos atuar defensivamente contra qualquer tipo de pressão, abuso ou ato agressivo.

Iturraspe²⁸⁶ destaca que estamos cercados pelo risco de dano, vigendo atualmente o imperativo de que “danrás si te conviene”, ou seja, coloca-se tudo sob uma perspectiva de custos e benefícios, sendo aceitável a prática de condutas danosas caso a vantagem econômica compense as consequências jurídicas dos prejuízos causados a terceiros.

De acordo com Marques, estamos passando por um momento de crise²⁸⁷ de confiança, que se faz refletir no direito do consumidor com a elaboração de contratos “longos, formais, informativos e complexos, a indicar a falta de base comum”²⁸⁸. “Nada mais é pressuposto, nem mesmo a boa-fé do parceiro consumidor”, transformando o contrato de massa em “um estranho campo de batalha de formas e cláusulas, um instrumento hipercomplexo no seu conteúdo, extenso, plural, formal e de execução hiper-regulada, seja por

²⁸⁶ ITURRASPE, Jorge Mosset. Prólogo. In: WEINGARTEN, Celia. *La confianza en el sistema jurídico: contratos y derecho de daños*. Mendoza: Jurídicas Cuyo, 2002, p. 10.

²⁸⁷ Sobre o termo crise, explica Wald: “A crise não se confunde nem com a mudança, nem com a revolução. A mudança ocorre constantemente em nossa sociedade, sendo realizada com maior ou menor velocidade e podendo ensejar crises ou delas resultar, mas com elas não se identificando necessariamente. A revolução, por sua vez, é uma transformação fundamental, geralmente violenta, que modifica completamente o sistema social ou político, enquanto a crise, uma vez superada, permite - ou não - a eventual volta ao *statu quo ante*, com algumas modificações decorrentes da experiência adquirida”.

E continua: “Quer se lembre que a palavra ‘crise’ é representada, em chinês, por dois ideogramas, que simbolizam a catástrofe e a esperança, quer se invoque o sentido que teria em grego, significando a necessidade de decisão, não há dúvida de que as atuais transformações sofridas, no mundo inteiro, abalam os alicerces de uma sociedade que pensava ter alcançado a sua maturidade”. WALD, Arnoldo. O direito da crise e a nova dogmática. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v.12, n.43, p. 21-44, jan./mar. 2009.

²⁸⁸ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 183.

quem o redige de forma unilateral e para um número indeterminado de consumidores, seja pelo direito que regula essas relações entre parceiros desiguais, em informação e em formação profissional²⁸⁹.

Entretanto não se pode deixar que esse momento contemporâneo de transição paralise os operadores do direito, a ponto de tornarem inoperantes os instrumentos existentes para proteção desses sujeitos vulneráveis. É necessária uma atuação conjunta de juristas e legisladores para que o Direito acompanhe a nova realidade tecnológica em direção à reconstrução da confiança. A corroborar a tese esposada, esclarece Wald sobre a crise do direito contemporâneo:

A arritmia entre a realidade e as normas provoca um nó de estrangulamento na vida social e econômica. A mora do Direito pode decorrer tanto da falta de velocidade e de criatividade do legislador, ou, ainda, de falhas técnicas dos juristas, como do misoneísmo e do conservantismo das classes dominantes. Estas, efetivamente, podem negar ao país as estruturas jurídicas correspondentes às necessidades que decorrem do seu desenvolvimento econômico e social, como, ao contrário, podem antecipar-se aos fatos e apresentar soluções justas e eficientes em relação aos novos problemas que estão surgindo, ou cujo aparecimento pode ser previsto. [...]

Ora, o progresso jurídico deve acompanhar o crescente controle realizado pelo homem sobre os bens exteriores, aperfeiçoando paralelamente as relações interindividuais, e dando às conquistas científicas um colorido e uma finalidade de ordem moral, pois é o aspecto ético que caracteriza a civilização.

Assim sendo, o desenvolvimento jurídico pressupõe, necessariamente, o entrosamento do jurista na realidade dinâmica, evolutiva, ou, até, revolucionária da vida econômica, política e social do país e do mundo.²⁹⁰

Entre as conquistas na tutela do consumidor advindas do passado e as incertezas contemporâneas geradas pelas novas tecnologias e a globalização, deve-se inserir a modernização do direito do consumidor, dando-lhe coerência e estabilidade por intermédio da reconstrução da confiança. “A crise poderá, assim, ser o catalisador do direito do desenvolvimento em nosso país”²⁹¹.

²⁸⁹ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 183.

²⁹⁰ WALD, Arnoldo. O direito da crise e a nova dogmática. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v.12, n.43, p. 21-44, jan./mar. 2009.

²⁹¹ WALD, Arnoldo. O direito da crise e a nova dogmática. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v.12, n.43, p. 21-44, jan./mar. 2009.

E essa reconstrução da confiança se dá justamente com a ocupação do ambiente virtual pelos consumidores. Não uma ocupação desordenada, desregulada e desprotegida, mas uma ocupação do consumidor como sujeito de direitos garantidos constitucionalmente, transpondo as conquistas desses quase vinte e cinco anos de vigência do CDC para o ciberespaço e adaptando os conceitos tradicionais para apresentar soluções justas e eficientes aos novos problemas que estão surgindo.

Cabe ao operador do direito e ao legislador o papel de adequar as normas à nova realidade dessa sociedade de consumo massificada e, agora, virtualizada, aprimorando, assim, princípio instituidor do direito do consumidor e desenvolvendo novos instrumentos que atuem na reconstrução da confiança dos consumidores no comércio eletrônico.

3.1 O PRINCÍPIO DA CONFIANÇA COMO DIRETRIZ PARA OS NEGÓCIOS JURÍDICOS DE CONSUMO NO COMÉRCIO ELETRÔNICO

Os estudantes que se dirigem até a universidade, estão confiando que o docente estará lá para dar a aula; da mesma forma, ele confia neles o suficiente para preparar seu material e sair de sua casa. Os pais que deixam seus filhos nas escolas têm a expectativa de encontrá-los no final do dia são e salvos. O empregado que gasta todo mês o seu dinheiro, confia que seu empregador depositará seu salário no banco até o quinto dia útil do mês subsequente; confiando também que a instituição financeira guardará seu dinheiro e o investirá de forma prudente. O consumidor adquire um produto ou serviço, acreditando que tudo será feito conforme o contratado.

Em algumas situações, pode haver uma discrepância entre as expectativas depositadas e as ações dos contratantes, resultando na quebra das expectativas legítimas. Os alunos ou o professor não comparecem; o empregador não efetua o pagamento; o banco quebra e não devolve o dinheiro de seus clientes; o fornecedor não entrega o produto ou não presta o serviço da maneira esperada. E, apesar desses desapontamentos, as vidas das

personas continuarão a girar em torno da confiança, sendo difícil imaginar o funcionamento da sociedade sem ela.

A necessidade de reduzir incertezas, agir de maneira mais confiante e acreditar nas previsões são todas justificativas verdadeiras para explicar a confiança como “cola da sociedade”²⁹². Todavia, é a inclinação de viver em sociedade o grande fundamento para a essencialidade da confiança em todas as dimensões da vida humana, consoante afirmam Castelfranchi e Falcone:

For us, the most fundamental reason is ‘sociality’ *per se*, the Aristotelian view of the ‘zoon politikon’. Human beings are social in a basic and objective sense: they depend on each other; they live thanks to each other. More precisely (Castelfranchi, 1993) (Conte, 1995) human beings are different from each other, both in their skills and resources, and in their many desires and needs (and their subjective importance).

Moreover, they live in the same ‘environment’, that is, they interfere with each other: the realization of the goals of X is affected by the activity of Y in the same environment; Y can create favorable or unfavorable conditions. Each agent has seriously limited powers (competences, skills, resources) and cannot achieve all his/her (potential) goals; but, by exploiting the powers of others, they can satisfy and develop their goals. By exploiting others (for example, via cooperation over common goals, or via exchange, or via domination, etc.) human beings can multiply their powers and their achievement in an unbelievable way. Also, because there are powers that no single individual possesses (co-powers) and cannot just be ‘exchanged’ or unilaterally exploited, but depends on collaboration: only a multi-agent coordinated action can produce the desired outcome. However, in order for this transformation of limits and dependence into an explosion of powers be realized, X not only has to exploit Y (and possibly vice versa) but he has to ‘count on’ this, to ‘rely’ on Y, to ‘delegate’ the achievement of his own desire to Y’s action; to Y. This is precisely trust. Dependence (and even awareness of dependence) without trust is nothing; it is an inaccessible resource.²⁹³

No mesmo sentido, afirma Weingarten:

Las relaciones intersubjetivas se vuelven más fáciles otorgando seguridad en todos los ordenes, jurídico, económico, etc. La vida de los individuos sería imposible si todos sus actos, aun los más insignificantes hubieran de ser deliberados, esto es, medidos y pesados antes de ser ejecutados. Mediante la confianza los actos

²⁹² CASTELFRANCHI, Cristiano; FALCONE, Rino. *Trust theory: a socio-cognitive computational model*. Liverpool: Wiley, 2010, p. 265.

²⁹³ CASTELFRANCHI, Cristiano; FALCONE, Rino. *Trust theory: a socio-cognitive computational model*. Liverpool: Wiley, 2010, p. 265.

requieren de un esfuerzo menor generando un excedente de actividad que quedan en cierto modo disponibles para nuevos y superiores esfuerzos. De allí que constituya un poderoso instrumento de progreso para la sociedad²⁹⁴.

A pedra fundamental das relações sociais, portanto, é exprimida pela confiança, seja nas pessoas ou nas instituições responsáveis por garantir que as convenções sociais sejam observadas²⁹⁵. E o papel do Direito, por sua vez, é justamente proteger as expectativas individuais que possuem um respaldo social, dando-lhes legitimidade e criando deveres específicos de conduta²⁹⁶. A confiança, segundo Larenz, é um princípio imanente de todo o direito que se justifica pelas circunstâncias de cada caso, mas deve atentar-se que a sua proteção “não pode ser tida em conta quando a confiança numa determinada situação jurídica não esteja objectivamente justificada”²⁹⁷.

O Direito, portanto, não substitui a confiança que os indivíduos depositam nas relações intersubjetivas, mas permite identificar que expectativas possuem respaldo social e quais não. Em outros termos, “o Direito surge como fator de confiança, propiciando a redução das complexidades, base de qualquer decisão”²⁹⁸, e passando a associar efeitos às situações

²⁹⁴ WEINGARTEN, Celia. *La confianza en el sistema jurídico: contratos y derecho de daños*. Mendoza: Jurídicas Cuyo, 2002, p. 47.

²⁹⁵ Sobre o tema, aponta Weingarten: “El individuo actúa dentro de un sistema de ideas y valores que existe dentro de la sociedad y de acuerdo con creencias compartidas. Esos valores y creencias cumplen una función articuladora de las organizaciones y sostiene la cohesividad en las acciones de sus integrantes que a su vez atraviesan las organizaciones y se proyectan hacia su entorno. Todo ese sistema de principios y valores son tomados como referentes para la interacción social en el marco de cualquier organización y que sus integrantes aplican sin ser replanteados en lo cotidiano”. WEINGARTEN, Celia. *La confianza en el sistema jurídico: contratos y derecho de daños*. Mendoza: Jurídicas Cuyo, 2002, p. 46.

²⁹⁶ Assim ensina Marques: “Em outras palavras, as condutas na sociedade e no mercado de consumo, sejam atos, dados ou omissões, fazem nascer expectativas (agora) legítimas naqueles em que despertamos a confiança, os receptores de nossas informações ou dados. Em resumo, confiar é acreditar (credere), é manter, com fé (fides) e fidelidade, a conduta, as escolhas e o meio; confiança é aparência, informação, transparência, diligência e ética no exteriorizar vontades negociais”. MARQUES, Claudia 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. 32-33.

²⁹⁷ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3.^a ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 603-604.

²⁹⁸ CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa fé no direito civil*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 1243. Também afirma Weingarten sobre a confiança no âmbito do Direito: “En la esfera del derecho, constituye una ventana por la cual el elemento ético ingresa en el mundo del jurídico, ya sea como principio básico de la vida social – sin la cual sería imposible concebir la convivencia en la sociedad – y también y fundamentalmente creando deberes específicos de conducta conforme a las expectativas creadas y razonables, por parte

concretas de confiança. A corroborar esse entendimento, importante trazer a lume a lição de Luhmann:

Existiendo esta seguridad que confieren las expectativas, uno se puede enfrentar a los desencantos de la vida cotidiana; o por lo menos se puede estar seguro de no verse desacreditado en relación a sus expectativas. Uno se permite un mayor grado de confianza (hasta la imprudencia) o la desconfianza, cuando se puede confiar en el derecho. Y esto significa que es posible vivir en una sociedad más compleja en la que ya no bastan los mecanismos personalizados o de interacción para obtener la seguridad de la confianza.²⁹⁹

No âmbito contratual, lida-se com um tipo de confiança mais complexa, tendo em vista que, além do contratante confiar na outra parte com quem estabelece um negócio jurídico, ele cria a expectativa de que as instituições estatais irão punir aquele que rompe com a confiança legítima criada. Portanto, o consumidor confia que o fornecedor não irá violar o contrato, por ser este íntegro e cumpridor de suas obrigações ou por temer este as consequências jurídicas decorrentes do inadimplemento³⁰⁰.

Catelfranchi e Falcone³⁰¹ trazem interessante apontamento de que a confiança possui diversos níveis – não necessariamente excludentes entre si, mas complementares ou restituidores –, de maneira que, se o consumidor não confia que o fornecedor irá cumprir com suas obrigações espontaneamente, pode confiar na sua promessa informal; não sendo suficiente, pode confiar que ele respeitará as leis ou temerá a punição.

de los sujetos portantes”. WEINGARTEN, Celia. *La confianza en el sistema jurídico: contratos y derecho de daños*. Mendoza: Jurídicas Cuyo, 2002, p. 22.

²⁹⁹ LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Ciudad de Mexico: Herder, 2005, p. 189.

³⁰⁰ Segundo Weingarten: “La confianza personal ha pasado a ser confianza en el sistema, una confianza que no se otorga tanto a individuos sino a sistemas abstractos, y que hoy ha absorbido gran parte de las funciones y atributos de la familiaridad del trato personal. El contratante cuenta con la seguridad interna del sistema, y especialmente cuenta con la coherencia y seguridad del Estado, de sus funcionarios públicos, confía en que el sistema funcionará como debe funcionar – porque además existen organismos que la controlan adecuadamente – como también confía en la continuidad de las condiciones económicas en que opera”. WEINGARTEN, Celia. *La confianza en el sistema jurídico: contratos y derecho de daños*. Mendoza: Jurídicas Cuyo, 2002, p. 52.

³⁰¹ Segundo os autores, essas diferentes bases e tipos de confiança nas relações sociais podem ser divididas em: a) intention ascription; b) intention declaration; c) promisses; d) promisses with witness and oaths; e) contracts. Diante da insuficiência de uma dessas bases, utiliza-se outra camada de confiança para reforçá-la, criando razões adicionais para ser mantido o compromisso entre as partes. CASTELFRANCHI, Cristiano; FALCONE, Rino. *Trust theory: a socio-cognitive computational model*. Liverpool: Wiley, 2010, p. 272.

Dessa forma, o contrato de consumo, assim como os contratos em geral, adiciona o peso da garantia normativa à confiança para proteger o consumidor e obrigar o fornecedor. A crença inicial de previsibilidade no comportamento humano, empresarial ou institucional, necessária para impulsionar o negócio jurídico, é reforçada ou complementada pela confiança contratual, permitindo concluir que “negociação e pactos são mecanismos sociais para produzir confiança investindo confiança”³⁰².

Ocorre que, conforme se demonstrou no capítulo anterior, os contratos da sociedade de consumo se apresentam cada vez mais complexos, internacionais, atemporais, despersonalizados, desmaterializados e desterritorializados³⁰³, o que gera uma “crise de confiança”³⁰⁴ nos mecanismos institucionais³⁰⁵ e, conseqüentemente, no próprio Direito do Consumidor³⁰⁶.

³⁰² CASTELFRANCHI, Cristiano; FALCONE, Rino. *Trust theory: a socio-cognitive computational model*. Liverpool: Wiley, 2010, p. 272. Tradução livre de: “So, negotiation and pacts are a social mechanism for producing trust by investing trust”.

³⁰³ MARQUES, Claudia 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. 94-95.

³⁰⁴ Marques aponta quatro grandes crises que afetaram o contrato nos últimos tempos, sendo elas: (a) crise da massificação das relações contratuais; (b) crise da pós-modernidade; (c) crise de confiança ou pós-modernidade aprofundada; (d) crise da hiperabundância.

Sobre a crise da massificação das relações contratuais, expõe a autora: “Em síntese apertada, podemos afirmar que a primeira crise do contrato nasceu, na revolução industrial, com a massificação da produção e da distribuição indireta, depois do próprio contrato *standard*, e foi respondida pelo direito do consumidor. Cumpre, porém, esclarecer que, se o voluntarismo e, portanto, a concepção tradicional de contrato se encontrava efetivamente em declínio, para a ideia de contrato esta foi uma crise de transformação, uma crise de verdadeiro rejuvenescimento”. MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 203.

A segunda crise, segundo a autora, foi uma crise da pós-modernidade, na qual “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, em que a privatização generalizada dos serviços públicos abalou a segurança do Estado do bem-estar, em que a globalização da produção e da distribuição em escala e o crescente movimento de integração econômica superaram as fronteiras do Estado-nação, diminuindo a intervenção protetiva estatal e deslegitimando os poderes estatais, como o Judiciário e o Legislativo”. MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 204.

A terceira crise, que é a crise de confiança ou da pós-modernidade aprofundada, é assim descrita: “Mesmo com a imposição do paradigma da boa-fé, pragmaticamente (e economicamente) causar danos (contratuais ou extracontratuais) aos mais fracos ainda pode valer a pena, e o direito procura caminhos de resposta a esta crise de desconstrução. [...] Tudo isso me leva a pensar que talvez estejamos realmente frente a uma crise maior de segurança e de confiança no próprio direito privado. O direito privado brasileiro necessita, assim, realmente avançar em suas teorias e reforçar paradigmas e valores sociais e éticos para alcançar a justiça diante dos desafios da sociedade contemporânea, de uma pós-modernidade – mesmo me países emergentes – surpreendentemente aprofundada e destruidora das bases, crenças e instituições comuns”. MARQUES, Claudia

Cabe ao Estado, em toda sua extensão, propiciar o reequilíbrio dessa relação contratual, por intermédio da reconstrução da confiança como fundamento da tutela dos interesses do consumidor. Consoante afirma Marques, a confiança é “o paradigma novo necessário para realizar ‘este passo adiante’, de adaptar nosso atual direito do consumidor a este novo modo de comércio”³⁰⁷.

E diante da ausência de normas especializadas na área do comércio eletrônico, deve-se realizar um esforço hermenêutico para tutelar a confiança

Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 184 e 200.

Por fim, a crise da hiperabundância ou nova crise do contrato e a democratização do consumo no Brasil, é assim descrita: “Como vimos acima, a chamada nova crise do contrato pode ser considerada uma crise da confiança, mas me parece existir uma diferença importante entre a crise na dogmática da família romano-germânica e a crise no Brasil: a fase em que se encontra a sociedade de consumo e como o direito dos contratos tem respondido a esta atual ‘hiperabundância’ de contratos, de litígios, de conflitos, de regras e de métodos. [...] Se antes lutávamos pelo acesso à Justiça, depois por acesso ao consumo de qualidade, agora nos interessa o respeito, inclusive de nossos direitos básicos e fundamentais. Realmente parece que a crise da pós-modernidade aprofundada no Brasil não encontrou sua resposta em novas linhas de confiança social, e muitas vezes retornamos a uma visão neopositivista e formalista do direito contratual, onde a ‘lei que liberta’ não é sequer usada, preferindo-se o compromisso de uma pseudociência quantitativa. [...] A explosão do consumo deve ser seguida por uma valorização dos instrumentos do direito contratual (para todas as pessoas, independentemente de sua classe social), e não pela banalização e tolerância com os danos contratuais de massa, que agora acontecem. A quantidade não é uma desculpa para a injustiça. Se a nova dogmática se constrói com base em conceitos indeterminados, cláusulas gerais e princípios para solucionar os conflitos, a sua complexidade não pode ser uma desculpa para a sua não utilização, ou estaremos ameaçando o Estado de Direito”. MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 200, 204-205 e 209.

³⁰⁵ Afora a desconfiança gerada pelo ambiente virtual, merece destaque pesquisa elaborada pelo IBOPE no ano de 2013, em que se constatou que os brasileiros possuem baixíssimos índices de confiança nas instituições em geral, refletindo o atual momento de protestos e críticas que ocorrem no país. Essa dúvida que paira sobre o Brasil atualmente corrói a força e representatividade das autoridades institucionais, gerando uma espécie de desconfiança compartilhada em todos os níveis de relações sociais. Se não se acredita no valor e efetividade das instituições, os políticos, operadores do direito ou policiais deixam de ter representatividade e autoridade sobre a população, gerando uma crise generalizada. A pesquisa está disponível em: http://www.ibope.com.br/pt-br/noticias/Documents/JOB%2013_0963_ICCS%20JUL%202013_Apresenta%C3%A7%C3%A3o%20final.pdf. Acesso em: 26 nov. 14.

³⁰⁶ Consoante afirma Luhmann: “el derecho tiene también propensión a las crisis de confianza que se transmiten simbólicamente. Cuando ya no se respeta el derecho o cuando, hasta donde es posible, ya no se impone, las consecuencias rebasan por mucho lo que de inmediato se presenta como violación de la ley. Entonces el sistema tiene que recurrir a formas más naturales para restaurar, de nuevo, la confianza”. LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Ciudad de Mexico: Herder, 2005, p. 189.

³⁰⁷ MARQUES, Claudia 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. 34-35.

do consumidor, como forma de materializar o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

3.1.1 A tutela do cidadão no caminho da confiança e o direito do consumidor perante o comércio eletrônico

A relevância da teoria da confiança para o direito do consumidor contemporâneo decorre do reforço do movimento de solidarização das condutas individuais, dando-se ênfase aos efeitos concretos do negócio jurídico, e não mais à causa ou à vontade do sujeito que as praticou³⁰⁸. Afasta-se, portanto, dos ideais liberalistas e voluntaristas presentes no direito privado moderno, com o intento de reequilibrar e simplificar as relações de consumo por intermédio da proteção das expectativas legítimas.

Em uma sociedade de consumo complexa e massificada, cujo principal instrumento contratual é o contrato de adesão, essencial é o papel da teoria da confiança, uma vez que retira o foco da vontade do fornecedor, e passa a se concentrar nas expectativas legítimas criadas pelo consumidor, bem como na segurança deste³⁰⁹. Isso ocorre porque a manifestação da vontade do aderente não é totalmente livre, restando sua capacidade real de decisão e de influência sobre o conteúdo contratual anulada pelas cláusulas uniformes impostas unilateralmente pelo fornecedor. Os peculiares contornos e as consequências desses contratos estandardizados são perfeitamente expressos por Roppo:

Nestas hipóteses, de um certo ponto de vista, é possível falar, sem mais, de uma restrição da liberdade contratual de uma das partes da relação: no sentido em que ao aderente está, de facto, vedado o

³⁰⁸ Para Marques: “A nova concepção de contrato é uma concepção social deste instrumento jurídico, para a qual não só o momento da manifestação da vontade (consenso) importa, mas onde também e principalmente os efeitos do contrato na sociedade serão levados em conta e onde a condição econômica das pessoas nele envolvidas ganha em importância. [...] Na teoria da confiança (Vertrauenstheorie), abrandamento da antiga teoria da declaração, valoriza-se mais a vontade declarada do que a vontade interna, tudo com o fim de dar maior certeza e segurança às relações contratuais”. MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 210 e 212.

³⁰⁹ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 281-282.

exercício de uma real autodeterminação, em ordem aos aspectos fundamentais em que se articula o poder de autonomia privada. Ele não é livre - como vimos - de discutir e contribuir para determinar o conteúdo do regulamento contratual; mas não é livre, sequer, na alternativa de contratar ou não contratar, porque quando a adesão ao contrato *standard* constitui o único meio de adquirir bens ou serviços essenciais e indispensáveis à vida de todos os dias, trata-se, na realidade, de uma escolha obrigada; e, muitas vezes, por fim, não é livre, nem mesmo na individualização do parceiro com quem contratar: isto acontece todas as vezes que tais bens ou serviços são oferecidos ao público por uma empresa em posição de monopólio.³¹⁰

Como consequência, “no momento em que contrata, não dispõe o consumidor de informações aprofundadas a respeito do que está a aceitar; aceita o que lhe é ofertado; aceita, enfim, o contrato com o conteúdo que lhe é apresentado”³¹¹. É necessário, por isso, que o negócio jurídico de consumo tenha um alto grau de certeza quanto ao comportamento das partes em todas as etapas do contrato, a fim de que a confiança seja despertada nesse indivíduo vulnerável.

Conforme ensina Galea, a confiança busca tornar o mercado um local seguro para os consumidores, sendo necessário que “o aplicador do direito faça valer a expectativa legítima gerada sobre o bem ou serviço fornecido, e que se mitiguem os riscos à segurança, à saúde e aos demais direitos protegidos pela legislação brasileira”³¹².

Por sua vez, a função social do contrato³¹³ e a boa-fé objetiva³¹⁴, bem como seus deveres anexos³¹⁵, são responsáveis por materializar, no plano

³¹⁰ ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 317.

³¹¹ BAGGIO, Andreza Cristina. *O direito do consumidor brasileiro e a teoria da confiança*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 83.

³¹² GALEA, Felipe Evaristo dos Santos. Confiança do consumidor na sociedade de risco massificada. *Revista de Direito Privado*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 12, n. 47, p. 449-475, jul./set. 2011.

³¹³ Afirma Marques: “O direito desenvolve, assim, uma teoria contratual ‘com função social’, bem ao estilo daquelas descritas por Wiehweg, isto é, o direito deixa o ideal positivista (e dedutivo) da ciência, reconhece a influência do social (costume, moralidade, harmonia, tradição) e passa a assumir proposições ideológicas, ao concentrar seus esforços na solução dos problemas. É um estilo de pensamento cada vez mais tópico, que se orienta para o problema, criando figuras jurídicas, conceitos e princípios mais abertos, mais funcionais, delimitados sem tanto rigor lógico, como veremos no CDC, pois só assumem significação em função do problema a resolver, são fórmulas jurídicas de procura da solução do conflito, fórmulas que jamais perdem a sua qualidade de tentativa. Esta parece ser a fase do direito atual, pois, superado o ceticismo quanto ao declínio do pensamento sistemático, a infalível descodificação, evoluímos para considerar a realidade positiva função do pensamento tópico e da re-etização do direito”. MARQUES, Cláudia

axiológico-normativo, esse dever imposto ao fornecedor de não se comportar de forma lesiva aos interesses legítimos despertados no consumidor³¹⁶. Atuam essas normas como instrumentos “de reenvio a outros princípios e valores, entre eles o próprio princípio da confiança”³¹⁷, tutelando o Código de Defesa do Consumidor “interesses sociais e não apenas a manifestação da vontade”³¹⁸.

Saliente-se, ainda, que, segundo Marques, a proteção da confiança do consumidor se apresenta a partir de dois aspectos, quais sejam, (a) a confiança no vínculo contratual e (b) a confiança na prestação contratual, consoante se verifica nos ensinamentos a seguir:

O CDC institui no Brasil o princípio da confiança do consumidor. Este princípio abrange dois aspectos: 1) a proteção da confiança no vínculo contratual, que dará origem às normas cogentes do CDC, que procuram assegurar o equilíbrio do contrato de consumo, isto é, o equilíbrio das obrigações e deveres de cada parte, através da

Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 213-214.

³¹⁴ MARTINS-COSTA esclarece que a boa-fé objetiva possui três distintas funções: (a) a de cânone hermenêutico-integrativo do contrato; (b) a de norma de criação de deveres jurídicos; e (c) a de norma de limitação ao exercício de direitos subjetivos. MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. *A boa-fé no direito privado: Sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 427-428.

³¹⁵ Marques afirma que: “Os deveres de conduta que acompanham as relações contratuais vão ser denominados de *deveres anexos (Nebenpflichten)*, deveres que nasceram da observação da jurisprudência alemã ao visualizar que o contrato, por ser fonte imanente de conflitos de interesses, deveria ser guiado e, mais ainda, guiar a atuação dos contraentes conforme o princípio da boa-fé nas relações. Dever aqui significa a sujeição a uma determinada conduta, sujeição esta acompanhada de uma sanção em caso de descumprimento”. MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 218.

A autora destaca os seguintes deveres anexos: (a) dever de informar – subdividido em dever de aconselhamento e dever de esclarecimento simples; (b) dever de cooperação ou lealdade; e (c) dever de cuidado. MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 221-242.

³¹⁶ Nas palavras de Baggio: “A confiança da qual aqui se trata é a crença de boa-fé, geradora de expectativas legítimas, necessária ao consumidor vulnerável para atuar em uma relação de consumo, e que nasce do comportamento ou das informações prestadas pelo fornecedor. Quem participa de um negócio jurídico, buscando com ele criar uma situação jurídica específica, o faz porque precisa dessa relação, porque ela lhe trará alguma satisfação ou utilidade. Analisando sob este aspecto uma relação contratual de consumo, é fácil compreender que a confiança merece proteção tanto pela crença do consumidor na existência do que é prometido pelo fornecedor quanto pela satisfação de necessidades que aquela contratação lhe trará”. BAGGIO, Andreza Cristina. *O direito do consumidor brasileiro e a teoria da confiança*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 84-85.

³¹⁷ BRANCO, Gerson Luiz Carlos. A proteção das expectativas legítimas derivadas das situações de confiança: elementos formadores do princípio da confiança e seus efeitos. *Revista de Direito Privado*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 3, n. 12, p. 169,225, out./dez. 2002.

³¹⁸ BAGGIO, Andreza Cristina. *O direito do consumidor brasileiro e a teoria da confiança*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 84.

proibição do uso de cláusulas abusivas e de uma interpretação sempre pró-consumidor; 2) a proteção da confiança na prestação contratual, que dará origem às normas cogentes do CDC, que procuram garantir ao consumidor a adequação do produto ou serviço adquirido, assim como evitar riscos e prejuízos oriundos destes produtos e serviços.³¹⁹

Diante desse cenário, cabe agora verificar como lidar com a vulnerabilidade de situação gerada pelas novas tecnologias e pela virtualização das relações de consumo. Deve-se conduzir o consumidor no caminho da confiança até o ciberespaço, de forma a tutelar a sua dignidade e observar o princípio da vulnerabilidade, tendo como consequência a promoção de uma relação materialmente equilibrada e equitativa entre as partes.

A incidência do princípio da confiança se dá sobre todas as fases contratuais, desde o pré-contrato até a etapa pós-contratual, razão pela qual, seguindo a divisão proposta por Martins³²⁰, o “desafio positivo”³²¹ de reconstrução da confiança será analisado em quatro fases: 1) o momento pré-contratual, quando ocorre a aproximação negocial; 2) a fase da formação propriamente dita do contrato; 3) a fase da execução do negócio jurídico; 4) a etapa pós-contratual, posterior ao cumprimento da obrigação principal por ambas as partes.

Nessa primeira fase, o maior perigo é a criação de situações de pressão, “sendo necessário que o consumidor possa ‘visitar’ o *on-line-shop* do fornecedor, sem ser ‘pego’ por algum truque, e sem ser vítima de uma prática comercial abusiva (*cookies*, exigência de dados, mau tratamento dos dados etc.)”³²². Como esclarece Marques, o importante para gerar confiança “é que o consumidor saiba quais são os próximos passos, como a contratação se dará e possa entender o que ocorrerá, sem sustos, sem surpresas, podendo confiar e imaginar quais serão os atos de seu parceiro contratual neste *iter*. O

³¹⁹ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 282.

³²⁰ MARTINS, Guilherme Magalhães. *Responsabilidade civil por acidente de consumo na Internet*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 90.

³²¹ MARQUES, Claudia 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. 100.

³²² MARQUES, Claudia 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. 142.

consumidor, como ator mais vulnerável, não pode suportar o risco de atitudes inesperadas ou abusivas do fornecedor”³²³.

A transparência, descrita no art. 4.º do CDC³²⁴, passa a ser elemento essencial para que o consumidor exerça livremente a sua vontade ao ingressar nas páginas da *web*, possibilitando “uma relação contratual mais sincera e menos danosa entre consumidor e fornecedor”³²⁵.

Nesta etapa, a observância do princípio da transparência se dá pela prestação de informações claras e precisas pelo fornecedor sobre os produtos e serviços oferecidos e sobre os aspectos de segurança que envolve a operação, bem como pelo cuidado com os dados do consumidor e pela vedação de práticas de publicidade intrusivas ou ocultas³²⁶.

Martins aponta que a retirada súbita de certa oferta *online*, a utilização de publicidade abusiva e a insinceridade do *link* são alguns dos exemplos de descumprimentos do dever de informação imposto ao fornecedor, consoante se verifica no trecho a seguir transcrito:

Nesta etapa, descumpre os seus deveres de informação o fornecedor que retira subitamente certa oferta *on line* do ar ou se vale de publicidade abusiva (art. 37, § 2.º, CDC) - aquela que é capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua segurança, como nas hipóteses de imposição da mensagem publicitária, obstrução de saída ou trancamento do fluxo natural de navegação ou leitura.

A insinceridade de *link*, por sua vez, viola o princípio da identificação obrigatória da mensagem publicitária (art. 36, CDC), encontrando-se mais próxima da noção de publicidade enganosa (art. 37, § 1.º, CDC), por apresentar-se “inteira ou parcialmente falsa”.³²⁷

³²³ MARQUES, Claudia 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. 142.

³²⁴ Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;

³²⁵ MARQUES, Claudia 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. 142.

³²⁶ SANTOLIM, Cesar Viterbo Matos. Os princípios de proteção do consumidor e o comércio eletrônico no direito brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v.14, n.55, p. 53-84, jul./set. 2005.

³²⁷ MARTINS, Guilherme Magalhães. *Responsabilidade civil por acidente de consumo na Internet*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 90.

Os *metatags* ou *metanames* são ferramentas que podem configurar a prática de publicidade enganosa (art. 37, § 1.º, CDC) quando o fornecedor usa indevidamente nomes e marcas para atrair o consumidor. Essa prática consiste em “incluir [no *site*] algumas das palavras mais frequentemente procuradas pelos usuários, conforme a informação fornecida pelos *sites* de busca, de modo que cada vez que o internauta escreva essa palavra a página será exibida, ainda que não tenha relação direta com o tema”³²⁸.

Santolim³²⁹ traz o exemplo hipotético de um consumidor que insere uma palavra-chave no buscador para encontrar um produto de uma marca específica, e é direcionado para o *site* de uma empresa concorrente onde não se visualiza a marca pretendida, apesar de referida palavra-chave ter sido inserida sutilmente por quem confecciona a página.

Também configura publicidade enganosa a “clonagem de páginas” virtuais ou a associação indevida de páginas e marcas, denominada de *cybersquatting*, a qual ocorre quando a oferta é feita utilizando-se de elementos gráficos que se assemelham das páginas de outros fornecedores conhecidos, aproveitando-se do efeitos que isso produz nos consumidores³³⁰.

Os *cookies* ou *cookie*, por sua vez, são instrumentos essenciais para os fornecedores *on-line* identificarem as preferências dos internautas e lhe darem ofertas individualizadas. O *cookie* é basicamente um arquivo de texto contendo caracteres, o qual é armazenado no computador do usuário, e cuja sequência de letras e números indica o seu perfil de navegação³³¹. Zanellato assinala sobre a finalidade dos *cookies* que:

³²⁸ LORENZETTI, Ricardo Luís. *Comércio eletrônico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 392.

³²⁹ SANTOLIM, Cesar Viterbo Matos. *Os princípios de proteção do consumidor e o comércio eletrônico no direito brasileiro*. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2004, p. 80.

³³⁰ Lorenzetti sobre o *cybersquatting* esclarece que: “É possível que um sujeito que desejar ofertar seus produtos na *web* acabe por estabelecer uma semelhança com uma página ou marca conhecidas; para isso, pode utilizar a ‘clonagem de páginas’, confeccionando uma igual a outra conhecida, ou fazer uso de uma marca que se assemelhe a outra difundida, para a finalidade de se aproveitar do efeito de atração que essa prática produz”. LORENZETTI, Ricardo Luís. *Comércio eletrônico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 394.

³³¹ SANTOLIM, Cesar Viterbo Matos. *Os princípios de proteção do consumidor e o comércio eletrônico no direito brasileiro*. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2004, p. 81.

Têm por escopo guardar alguns dados, como nomes e senhas, para que, quando o usuário retorne a determinados sites, não precise digitar tudo novamente. Para as páginas comerciais, outra é a utilidade dos *cookies* que elas distribuem. Utilizam-nos para direcionar os anúncios com base nos interesses e no comportamento do usuário. As informações coletadas pelos *cookies* são chamadas de "seqüência de cliques" ou "rastreamento de cliques", que também podem descrever quais páginas o usuário visitou em cada loja do vendedor.³³²

Apesar de ser possível desabilitar e deletar os *cookies* no computador pessoal, havendo inclusive *softwares* para exercer esse controle rígido sobre eles, Zanellato³³³ lembra que o usuário poderá pagar caro por isso, porquanto terá bloqueado o acesso a determinados *sites*, que condicionam a navegação ao envio de *cookies*. Carvalho também alerta para o uso indevido dos *cookies* mediante a "classificação dos usuários com base em critérios como o seu poder sócio-aquisitivo, o seu nível de instrução, a sua raça, a sua religião"³³⁴, resultando na discriminação de consumidores taxados de baixo valor para os negócios dos fornecedores.

Referidas atitudes, além de violar direitos e garantias fundamentais, como o direito à intimidade e à vida privada contido no art. 5.º, inciso X, da CF, afrontam o código consumerista quanto ao direito à informação (art. 6.º, inciso III, CDC) e à vedação de prática comercial abusiva e ilícita (art. 39, CDC). Nas palavras de Carvalho:

Além de caracterizar flagrante violação ao art. 5.º, X, da CF/1988, que considera o direito à intimidade e à vida privada uma garantia fundamental do homem, o uso de *cookies*, como vem ocorrendo, constitui manifesta afronta à legislação consumerista. Os provedores que programam seus servidores para, matreiramente, sem qualquer aviso ou comunicação prévia, inserir *cookies* nas máquinas de seus usuários, estão a violar princípios e normas norteadores das relações de consumo, como o princípio da transparência, da boa-fé objetiva e da confiança, além de ignorar o direito básico do consumidor à

³³² ZANELATO, Marco Antonio. Condutas ilícitas na sociedade digital. *Revista de direito do consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 44, p. 206-261, out./nov. 2002.

³³³ ZANELATO, Marco Antonio. Condutas ilícitas na sociedade digital. *Revista de direito do consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 44, p. 206-261, out./nov. 2002.

³³⁴ CARVALHO, Ana Paula Gambogi. O consumidor e o direito à autodeterminação informacional: considerações sobre os bancos de dados eletrônicos. *Revista de direito do consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 12, n. 46, p. 77-119, abr./jun. 2003.

informação (art. 6.º, III, do CDC). A utilização indiscriminada de *cookies*, sem o consentimento do consumidor, configura também prática comercial abusiva e ilícita nos termos do art. 39 do CDC, lembrando que a lista elencada nesse dispositivo é meramente exemplificativa. Constata-se, ainda, a flagrante violação ao art. 43 do CDC, na medida em que o provedor, mediante o uso de *cookies*, está a armazenar dados do consumidor sem ter lhe comunicado e requerido a sua autorização antes, e sem lhe franquear acesso aos dados arquivados. O uso de *cookies* pelos provedores apenas será considerado legal, caso o usuário seja previamente notificado da presença desses fichários de dados no site que visita e manifeste expressamente o seu consentimento com a sua instalação em seu computador pessoal. As informações assim coletadas deverão ser utilizadas apenas para os fins declarados pelo provedor.³³⁵

A forma como é coletada, armazenada e utilizada a informação pessoal, portanto, é que determinará a licitude ou não da conduta do administrador do banco de dados. Destaque-se que dentre os dados coletados pode estar o e-mail do consumidor, o que traz a lume outra das práticas abusivas a serem combatidas na fase pré-contratual: o *spam*.

O *spam*³³⁶ ou a mensagem eletrônica não solicitada, transmitida em massa aos usuários da internet sem o seu consentimento, traz problemas ao consumidor “que poderá receber vírus ou ficar diante da saturação de sua caixa postal de correio eletrônico, além de invasão de privacidade”³³⁷.

Dois seriam os motivos pelos quais as vítimas do *spam* poderiam ingressar em juízo³³⁸: a) pedido de tutela inibitória visando a interrupção do serviço de e-mail junto ao provedor de internet; e b) reparação dos danos de

³³⁵ CARVALHO, Ana Paula Gambogi. O consumidor e o direito à autodeterminação informacional: considerações sobre os bancos de dados eletrônicos. *Revista de direito do consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 12, n. 46, p. 77-119, abr./jun. 2003.

³³⁶ Capanema traz o significado do vocábulo *spam*: “A expressão *spam* não tem sua origem no mundo tecnológico, mas em uma marca de carne enlatada com o mesmo nome, produzido pela empresa americana Hormel Foods Corporation. Com o desenrolar da II Guerra Mundial no continente europeu, tal produto era um dos poucos permitidos no grave racionamento de suprimentos da Inglaterra, e foi enviado pelos aliados aos soldados soviéticos para suportar a sangrenta Batalha de Stalingrado. Por isso, o grupo humorístico inglês Monty Python, em seu programa de televisão, criou um esquete em um bar, todos os pratos do menu teriam como ingrediente *Spam*. Havia personagens vestidos como *vikings* sempre repetindo *spam*, o que mostrava como os ingleses não aguentavam mais consumir tal produto. Tendo em vista que grande parte dos tecnólogos é fã desse grupo, adotou-se tal expressão para significar o e-mail repetitivo, cansativo e insuportável”. CAPANEMA, Walter Aranha. *O spam e as pragas digitais: uma visão jurídico-tecnológica*. São Paulo: LTr, 2009, p. 19.

³³⁷ LORENZETTI, Ricardo Luís. *Comércio eletrônico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 392.

³³⁸ MARTINS, Guilherme Magalhães. *Responsabilidade civil por acidente de consumo na Internet*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 215.

ordem moral e material decorrentes do *spam*. Martins³³⁹ assevera que o *spam* pode gerar a responsabilidade do seu autor em decorrência da ofensa à privacidade da vítima (hipótese de dano moral), do aumento dos custos da conexão ao provedor de internet, da redução da velocidade e eficiência da internet ou, em casos excepcionais, dos gastos decorrentes dos danos no *hardware* (todas hipóteses de danos material), bem como constitui situação de publicidade abusiva (art. 37, § 2.º, do CDC) e abuso de direito³⁴⁰ (art. 187 do CC).

Por sua vez, Capanema³⁴¹ refere que alguns dos prejuízos causados aos usuários pelo *spam* são: a) gasto desnecessário de tempo por parte do destinatário em apagar as mensagens não solicitadas; b) aumento de despesas com programas de computador para impedir a entrada de *spam* e dos vírus; c) não recebimento de mensagens; d) prejuízos financeiros com eventual furto das informações bancárias da vítima; e) divulgação de conteúdo sexual a menores; f) “roubo” de identidade por intermédio de *trojans*³⁴²; g) transformação do computador da vítima em instrumento para prática de outros

³³⁹ MARTINS, Guilherme Magalhães. *Responsabilidade civil por acidente de consumo na Internet*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 216-220.

³⁴⁰ Esclarece Miragem sobre o exercício abusivo do direito no direito do consumidor: “Não se confundem as concepções de abuso do direito e ato abusivo no direito civil e no direito do consumidor. Possuem, é certo, uma identidade originária quanto aos seus fins primários, de proteção do equilíbrio dos interesses de uma dada relação jurídica, e a limitação de prerrogativas outorgadas pelo ordenamento jurídico em face de um interesse considerado mais relevante, seja ele a estabilidade das relações jurídicas, os interesses legítimos de uma das partes em relação à outra, ou limites externos aos interesses individualmente considerados, como pode ocorrer – ainda que não exclusivamente – na violação dos limites dos bons costumes e do fim econômico ou social do direito. Nesse sentido, embora partam de uma compreensão distinta quanto ao modo como se apresentam o abuso no direito civil e no direito do consumidor, guardam unidade em relação à finalidade da rejeição do abuso do direito nos dois sistemas: a proteção da confiança. [...] Em direito do consumidor, todavia, o abuso do direito vincula-se a duas concepções-chave para sua identificação e controle dos atos abusivos: o *status* constitucional do consumidor como sujeito de direitos fundamentais e a razão lógica deste reconhecimento como, de resto, das demais normas de proteção em nosso ordenamento: presunção jurídica de sua vulnerabilidade”. MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. *Abuso do direito: ilicitude objetiva e limite ao exercício de prerrogativas jurídicas no Direito Privado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 224-225.

³⁴¹ CAPANEMA, Walter Aranha. *O spam e as pragas digitais: uma visão jurídico-tecnológica*. São Paulo: LTr, 2009, p. 31-33.

³⁴² Martins explica o que são *Trojan horses* ou cavalos de Tróia: “Trata-se de pequenos programas, muito semelhantes aos vírus, que infectam sistemas informáticos, permitindo que os piratas os acessem remotamente, em geral pela internet. No caso, o *cracker* oferece à vítima um programa para que ela execute em seu computador (geralmente via *e-mail* ou por meio de um fórum de discussão), podendo este vir disfarçado, por exemplo, como um jogo ou outro arquivo executável que funciona perfeitamente, mas possui, embutido em seu código, instruções de controle remoto do sistema”. MARTINS, Guilherme Magalhães. *Responsabilidade civil por acidente de consumo na Internet*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 193-194.

crimes com a instalação de um *software* no computador da vítima; *h*) perda de dados informáticos; *i*) destruição de mensagens importantes; *j*) despesas referentes à conexão com o recebimento de *spam*; *k*) diminuição da velocidade de processamento do computador.

Quanto aos prejuízos aos provedores e à coletividade são referidos pelo autor³⁴³: *a*) perda da credibilidade de um serviço; *b*) diminuição da velocidade das informações; *c*) inclusão do servidor em listas de bloqueio; *d*) gastos com segurança.

Enquanto navega na internet, o consumidor normalmente não percebe o considerável volume de informações que está repassando ao clicar em *links*, fazer pesquisas em *sites* de busca ou abrir *web pages*. O próprio *software* utilizado para navegação armazena os mais diversos dados, dentre eles, o histórico de navegação, *cookies*, nomes de usuário e senhas, e páginas mais visitadas; informações que irão traçar o perfil do usuário com base nas suas preferências e hábitos, o que, no mercado de consumo, permite a individualização da publicidade a ser oferecida. Todavia, é necessário que o consumidor esteja ciente de todos os instrumentos para coleta de dados e manifeste seu consentimento quanto ao envio de informações específicas.

Na segunda fase do *iter* contratual, temos a formação do contrato propriamente dito, devendo a reconstrução da confiança se embasar na criação de formas com caráter informativo que permitam repersonalizar e rematerializar o negócio jurídico. Por oportuno, novamente cabe colacionar o entendimento de Marques:

Na segunda fase, a do sucesso do consenso, mais uma vez há que se reconstruir a confiança por meio da transparência e de uma formalidade informativa forte. Como ensina Fuhrmann, há que se substituir com condutas de boa-fé (informar, cooperar, cuidar do parceiro contratual futuro) a falta do contato pessoal, da comunicação 'olho-no-olho' (*Auge-zu-Augekommunikation*), aumentando a interatividade da plataforma e permitindo ao consumidor ter algum tempo, compensando então a distância e a rapidez típica do meio eletrônico, evitando, sobretudo, aproveitar-se do erro (o click no lugar errado), ou manipular a declaração de vontade do consumidor (com informações dúbias, pouco claras etc.). Aqui há também que se

³⁴³ CAPANEMA, Walter Aranha. *O spam e as pragas digitais: uma visão jurídico-tecnológica*. São Paulo: LTr, 2009, p. 33-34.

permitir ao consumidor arquivar e perenizar as 'provas' do consenso, o número do seu pedido, a resposta automática que tudo foi bem realizado, assim como arquivar e perenizar seu erro (que a indicação de erro foi recebida, que o contrato não foi concluído, que a ligação foi interrompida etc.), valendo o mesmo quanto ao seu arrependimento. Aqui, utilizar a firma eletrônica, papéis timbrados, símbolos, marcas, certificações etc., pode ajudar a recriar esta confiança. A forma, como vimos, tem funções *ad substantiam* e *ad probatoriom* também no comércio eletrônico, e, especialmente, a forma conhecida, escrita ou impressa, cria confiança, esta que deve ser reconstruída no meio eletrônico com inovações da técnica de contratar dos fornecedores.

Nesta fase decisiva, deve o consumidor receber todas as informações que possam criar confiança na existência, tais como o endereço, os registros do fornecedor com quem está contratando, os endereços que deve procurar em caso de arrependimento, e as informações sobre os custos do arrependimento. [...] Como o consenso é gradual e à distância, necessário informar quando o contrato foi concluído e, no caso do comércio eletrônico, assegurar a possibilidade imediata da identificação do erro, na vontade concludente do consumidor (click no lugar errado ou rápido demais), e permitir o desfazimento imediato do contrato em erro, assim como informar sobre o direito de arrependimento e possibilitar o exercício desse direito.³⁴⁴

Como assinalado anteriormente, os consumidores não detêm mais o controle de suas informações pessoais, que são expostas, catalogadas e armazenadas em bancos de dados de inúmeras empresas. Em contrapartida, os fornecedores estão encobertos por imagens e textos e são representados por máquinas pré-programadas para interagir com os consumidores. Assim, a transparência, a quantidade e a qualidade da informação são elementos essenciais para reconstrução da confiança do consumidor nessa etapa do contrato.

A inserção de certas informações básicas, claras e inequívocas na página de uma loja virtual, tais como o nome empresarial e o CNPJ do fornecedor; o endereço físico do estabelecimento; meio pelo qual é possível contatar o ofertante; especificidades, condições e prazo da oferta; e prazo da execução do serviço ou entrega ou disponibilização do produto são essenciais para reduzir a insegurança e desconforto na utilização dos instrumentos virtuais de contratação.

³⁴⁴ MARQUES, Claudia 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. 142.

Santolim³⁴⁵ também destaca que a criação de mecanismos específicos para correção de erros na contratação eletrônica é uma das mais evidentes manifestações do princípio da confiança, principalmente nos *click agreements*. Os erros ao efetuar a compra são riscos inerentes a esse negócio jurídico, os quais devem recair sobre fornecedor, não podendo o consumidor estar vinculado a uma mensagem eletrônica que não enviou intencionalmente ou corretamente.

Por isso é essencial que o fornecedor envie confirmações automáticas do recebimento das comunicações, seja sobre a formação do consenso, o erro ou exercício do arrependimento, as quais devem ser enviadas ao consumidor através de qualquer instrumento que materialize os dados contratuais e sirva como meio de prova do negócio jurídico. Aqui, conforme ensina Marques, “utilizar a firma eletrônica, papéis timbrados, símbolos, marcas, certificações etc., pode ajudar a recriar esta confiança”³⁴⁶. Corroborando esse entendimento, Menke adverte que a volatilidade do meio eletrônico, fator gerador de desconfiança, é uma das razões pelos quais o comércio eletrônico não está tão difundido:

E essa característica - que Lessig chama de imperfeição - faz com que o comércio eletrônico não tenha se desenvolvido ainda mais do que se desejaria, tanto nas relações entre fornecedores, quanto entre fornecedores e consumidores; porque ainda não temos total confiança na comunicação virtual que encetamos no dia-a-dia. Todos nós enviamos e recebemos e-mails diariamente. Da mesma forma, acessamos sites para a leitura de jornais, de revistas e de notícias sem maiores preocupações. Número um pouco menor de pessoas tem coragem de comprar um livro ou um *compact disc* pela internet. Quase ninguém, todavia, se arriscaria a adquirir um automóvel pela rede mundial de computadores. E por quê? Justamente pelo motivo de que até o presente momento - mas essa realidade está mudando, como será demonstrado - não nos sentimos seguros o suficiente quanto à aludida garantia da autoria da mensagem ou da declaração de vontade, da segurança da integridade dessa mensagem (ou seja, se ela foi ou não alterada em seu percurso virtual), e por último, se o

³⁴⁵ SANTOLIM, Cesar Viterbo Matos. *Os princípios de proteção do consumidor e o comércio eletrônico no direito brasileiro*. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2004, p. 90.

³⁴⁶ MARQUES, Claudia 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. 142.

documento eletrônico que tenha viabilizado a transação será aceito como meio de prova.³⁴⁷

Informação, transparência e forma são as chaves para a reconstrução da confiança nessas duas primeiras fases, esclarecendo Martins que o dever de informar “vincula-se diretamente não só ao produto ou serviço ofertado no ambiente da internet e à preservação do consentimento do consumidor, mas inclusive aos aspectos de segurança que envolvam a operação como um todo, inclusive em relação a eventos como a possibilidade de invasão do sistema ou a contaminação por vírus, que deverão ser devidamente esclarecidos”³⁴⁸.

Na terceira fase, correspondente à execução do negócio jurídico, a reconstrução da confiança incide sobre os deveres contratuais principais de fornecer o produto ou prestar o serviço, bem como os deveres cogentes anexos (adequação do produto, informação sobre o produto ou serviço, informação sobre a periculosidade específica e outras informações baseadas na boa-fé, como esclarecimentos sobre o uso do produto, cooperação, auxílio, manutenção da assistência técnica)³⁴⁹. A contratação à distância exige muito da confiança do consumidor, pois o serviço pode não ser prestado ou o bem pode não ser entregue, bem como ter um prazo dilatado para entrega, enquanto a contraprestação pecuniária estabelecida, normalmente, é paga de forma antecipada³⁵⁰.

A oferta virtual de produtos e serviços, feita normalmente de forma agressiva e adentrando no espaço da vida privada, acaba por fazer com que o consumidor atue sob pressão e de forma apressada, razão pela qual lhe é facultado o exercício imotivado do arrependimento (art. 49, CDC), em qualquer

³⁴⁷ MENKE, Fabiano. Assinaturas digitais, certificados digitais, infra-estrutura de chaves públicas brasileira e a ICP alemã. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 12, n. 48, p. 132-148, out./dez. 2003.

³⁴⁸ MARTINS, Guilherme Magalhães. Confiança e a aparência nos contratos eletrônicos de consumo via internet. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 16, n. 64, p. 43-70, out./dez. 2007.

³⁴⁹ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 1314.

³⁵⁰ MARQUES, Claudia 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. 146.

caso³⁵¹, como forma de “colocar o consentimento ‘em câmera lenta’”³⁵². Marques³⁵³ destaca que o exercício do direito arrependimento não demanda forma específica, podendo ser feito por carta, fax, telefone, *click* no site do fornecedor ou e-mail, recaindo sobre o fornecedor o ônus de provar o arrependimento.

Da mesma forma, nas hipóteses de pagamento por meio de cartão de crédito, deve ser garantido ao consumidor o mesmo nível de proteção existente para aqueles que utilizam esse meio de pagamento fora do ambiente virtual³⁵⁴. O consumidor, ao pagar com o cartão de crédito, deve “ser resguardado em

³⁵¹ Klee aponta que os bens digitais, tais como programas e aplicativos de computador, jogos, músicas, vídeos ou textos, acessados por *download* ou *streaming*, dificultam a aceitação, por parte da doutrina, do direito imotivado de arrependimento por ser impossível devolver o bem ou desfazer o serviço prestado, *verbis*: “Assim sendo, quando a contratação a distância e por meios eletrônicos tiver por objeto bens imateriais e incorpóreos – tais como a licença de uso de um *software*, o *download* de um programa, de uma música, de um filme, de um jogo, etc., em que é possível ao consumidor copiar e reproduzir – e em que é impossível devolver o bem ou se desfazer do serviço já prestado –, não deve ser permitido ao consumidor se arrepender do contrato, injustificadamente, e receber de volta o valor pago, desde que este consumidor esteja bem informado sobre o produto que está adquirindo e sobre a impossibilidade de exercer o direito de arrependimento em tal situação”. KLEE, Antonia Espíndola Longoni. *O reforço do direito de arrependimento dos consumidores nos contratos a distância e por meios eletrônicos*. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2013, p. 249.

No mesmo sentido, afirma Lorenzetti: “Esta regra genérica pode ocasionar inconvenientes quando se cuidar de bens sob a forma digital, porque o consumidor poderá acessar um sítio e, após utilizar todas as informações ali expostas, terá a possibilidade de copiar todo o conteúdo e, no final, exercer o seu direito de arrependimento. [...] Na ausência da norma expressa, defendemos que o direito de arrependimento deve ser considerado antifuncional nos casos de venda de bens digitais. Por esta razão, nestes casos a sua invocação deverá ser considerada abusiva”. LORENZETTI, Ricardo Luís. *Comércio eletrônico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 401-402.

³⁵² LORENZETTI, Ricardo Luís. *Comércio eletrônico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 400.

³⁵³ A autora complementa: “Seria um contra-senso fazer todo um esforço para reconstruir a validade e o valor probante dos meios eletrônicos para facilitar a atuação negocial dos fornecedores no mercado de consumo e exigir alguma forma em especial do consumidor para poder exercitar seu direito. O risco de provar o arrependimento eletrônico, na minha opinião, é do fornecedor, apesar da declaração de vontade ter sido do consumidor, pois *cujus commodum, ejus periculum!* Aquele que se utiliza de meios eletrônicos à distância para contratar, tem que estar preparado para o erro ou a desistência do consumidor. Logo, deve gravar a manifestação de vontade do consumidor e perenizá-la para seu próprio uso e limite de custos!”. MARQUES, Claudia 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. 146.

Quanto aos contratos conexos, esclarece Marques: “Quando o consumidor exerce seu direito de arrependimento do contrato principal, também o contrato acessório deve ter o mesmo destino do principal, sob pena de inviabilizar o direito do consumidor de pôr fim ao vínculo”. MARQUES, Claudia 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. 146.

³⁵⁴ LORENZETTI, Ricardo Luís. *Comércio eletrônico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 414.

face da possibilidade de débitos não autorizados ou da interceptação de transmissões, evitando-se possíveis abusos³⁵⁵.

Por fim, a confiança incide na fase pós-contratual, obrigando o fornecedor a prestar toda informação necessária para o correto e eficiente gozo dos bens e serviços adquiridos, em decorrência dos deveres laterais de conduta de lealdade decorrentes da boa-fé, encontrando semelhança aos deveres da fase pré-contratual. Os contornos dos deveres após a extinção contratual no direito privado podem ser perfeitamente compreendidos pelos ensinamentos de Cordeiro:

Tudo isto assenta na boa-fé. O simples enunciado desta situação mostra um paralelismo formal acentuado com os deveres acessórios e, até, com as vinculações constituídas *in contrahendo*. Justifica-se, no entanto, a autonomização da *culpa post pactum finitum* porque, por um lado, a base jurídica não é já, em rigor, a mesma e, por outro, porque o desaparecimento da obrigação em si, ou a inexistência, como possível, de um contrato futuro altera, de modo profundo, o condicionalismo da sua concretização. Basta, aliás, atinar nalgumas obrigações pós-eficazes típicas, como o dever de não concorrência ou o do fornecer assistência e sobresselentes, para registrar a especificidade da situação.

Na busca dos vectores materiais que concretizam a boa-fé nas ocorrências de pós-eficácia, deparam-se, no essencial, a confiança e a materialidade das situações em jogo. A confiança requer a proteção, no período subsequente ao da extinção do contrato, das expectativas provocadas na sua celebração e no seu cumprimento, pelo comportamento dos intervenientes. A materialidade das situações exige a celebração e o acatamento dos negócios não se tornem meras operações formais, a desenvolver numa perspectiva de correspondência literal com o acordado, mas que, na primeira oportunidade, se esvaziam de conteúdo. O escopo contratual não pode ser frustrado a pretexto de que a obrigação se extinguiu.³⁵⁶

Sobre a pós-eficácia das obrigações no comércio eletrônico de consumo, Martins esclarece que:

A pós-eficácia das obrigações apresenta um paralelismo acentuado com os deveres acessórios da fase pré-contratual, de proteção, informação e lealdade da parte contrária, o que pode ser exemplificado, no caso dos negócios por meio eletrônico, com o

³⁵⁵ MARTINS, Guilherme Magalhães. *Responsabilidade civil por acidente de consumo na Internet*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 93.

³⁵⁶ CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa fé no direito civil*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 630.

dever do fornecedor de abster-se de incluir o nome do consumidor, sem comunicação prévia, em quaisquer bancos de dados (inclusive através dos *cookies*), em afronta ao art. 43, § 2.º do CDC. Além disso, deve o fornecedor abster-se, sobretudo, de transferir as informações pertinentes ao outro contratante, obtidas em virtude do cadastro preenchido anteriormente ou por ocasião da celebração do contrato, a terceiros pessoas, seja a título gratuito ou oneroso.³⁵⁷

Deve-se sempre privilegiar a proteção da privacidade e dos dados dos consumidores, apontando que informações estão sendo registradas e exigindo o consentimento prévio, específico e informado sobre a transmissão de dados a terceiros (art. 43, §§ 2.º e 3.º, CDC)³⁵⁸. Quando o consumidor perde a noção

³⁵⁷ MARTINS, Guilherme Magalhães. *Responsabilidade civil por acidente de consumo na Internet*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 93.

³⁵⁸ Caso recente envolvendo o aplicativo Lulu, que funciona em associação com o Facebook, demonstra como o compartilhamento indevido de dados privados de milhões de consumidores do sexo masculino pode ser abusivo e ilegal, tendo o Ministério Público do Distrito Federal proposto ação coletiva em face das empresas Luluvis Incorporation e Facebook Serviços On-Line do Brasil Ltda. Merece destaque o seguinte trecho da exordial que explica o funcionamento do aplicativo: “Em resumo, o aplicativo é restrito ao público feminino. O aplicativo Lulu funciona em associação com o Facebook. A participação das ‘associadas’ é anônima e o aplicativo permite a usuárias da rede social avaliarem qualidades e defeitos de rapazes com quem se relacionam, já se relacionaram ou desejam se relacionar. As avaliações são compartilhadas entre as moças e os avaliados não têm acesso às informações. Logo, qualquer usuário (consumidor) da rede social operada pelo Facebook, sendo declarada do sexo feminino, pode baixar o aplicativo Lulu e avaliar seus amigos homens. A avaliação de dados sensíveis dos homens, de sua reputação, é realizada de modo totalmente anônima. Em princípio, o homem avaliado não dispõe de meios prévios e nem posterior de obter o conhecimento de quem o avaliou daquela forma. O homem brasileiro, consumidor da rede social Facebook, não é avisado previamente de que seus dados pessoais estão sendo compartilhados para empresas diversas de sua inscrição originária junto ao provedor de hospedagem Facebook. Não há informação prévia e adequada de como seus dados pessoais serão tratados posteriormente à sua inscrição na rede social Facebook. Portanto, os dados pessoais que o consumidor homem brasileiro insere em sua página pessoal do Facebook são disponibilizadas a um banco de dados compartilhados entre a primeira e a segunda ré. A segunda ré, portanto, utiliza os dados pessoais dos homens, sem qualquer autorização prévia, adequada e específica do interessado. Segundo informa o aplicativo Lulu, o homem pode obter o conhecimento de eventual avaliação, desde que ele consiga com uma amiga mulher a informação. Portanto, o homem precisa confidenciar a alguma mulher que está receoso de que possa ter sido avaliado em uma rede social paralela, da qual nunca pediu para participar. Acaso o homem não conseguir uma amiga mulher para lhe repassar a informação, o aplicativo não responde e nem informa, ao menos não foi encontrada tal informação. E para o homem remover seus dados privados do aplicativo (rede social Lulu), há um atalho (link) que pode conduzir a passos positivos do consumidor, desde que aceite disponibilizar seus dados pessoais (?), com a inserção da senha pessoal”. BINICHESKI, Paulo Roberto; BESSA, Leonardo Roscoe. ACP do MPDFT contra *Facebook*, por compartilhamento de dados privados de usuários (consumidores) com a utilização do aplicativo “Lulu” – Prática abusiva e violação do direito à privacidade. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 23, n. 91, p. 481-510, jan./fev. 2014.

O fato de referido provedor de hospedagem prestar seus serviços aos consumidores “gratuitamente” não afasta a aplicação do CDC, como adverte Marques: “O CDC exige remuneração do serviço (isto é, enriquecimento do fornecedor pela sua atividade no mercado de consumo), seja diretamente, quando o consumidor ou seu empregador pagam àquele fornecedor, seja indiretamente, quando há remuneração por outros empresários, ou quando há

sobre que informações suas estão sendo armazenadas, ele sofre a diminuição, ou até anulação, de sua autonomia e liberdade pessoal, transformando-o em mera mercadoria.

Enfrentadas algumas hipóteses de reconstrução da confiança dos consumidores nas relações contratuais e extracontratuais celebradas por meio da internet, cabe agora verificar como a doutrina e a jurisprudência vêm dando efetividade às normas consumeristas frente a essas situações em que as transformações sociais e econômicas escapam das previsões legislativas pretéritas.

3.1.2 O esforço hermenêutico como instrumento supridor das lacunas legislativas e garantidor do aprimoramento da proteção do consumidor no comércio eletrônico

Consoante exposto anteriormente, o direito do consumidor é fruto de um pensamento orientado por valores pós-modernos³⁵⁹, que recoloca o homem no centro do ordenamento³⁶⁰, “despatrimonializando”³⁶¹ e “repersonalizando”³⁶² o

lucro intrínseco na atividade, como no caso dos depósitos de poupança. A ‘gratuidade’ no mercado de consumo é muitas vezes ilusória, pois há remuneração indireta (e por vezes direta ou conexas) do fornecedor pela prestação daquele ‘serviço’ na sociedade de informação”. MARQUES, Claudia 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. 253.

³⁵⁹ Para Jayme, “L’on peut constater, pourtant, que le terme ‘postmoderne’ est en train d’envahir presque tous les secteurs du droit. En Amérique latine, l’on parle, par exemple, du ‘contrat postmoderne’ pour caractériser certains nouveaux types de contrats de service. Il se trouve même des auteurs qui ont utilisé ce terme pour décrire certains phénomènes juridiques, et l’on a pu parler, surtout aux Etats-Unis d’Amérique et en Espagne, du ‘droit international privé post-moderne’. La culture postmoderne est caractérisée essentiellement par quatre phénomènes : le pluralisme, la communication, la narration et le retour des sentiments. Ces traits typiques postmodernes sont en train d’influencer le développement du droit y compris les solutions de conflits de lois et de juridictions”. JAYME, Erik. *Identité culturelle et intégration : le droit international privé postmoderne. Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, Kluwer, Doordrecht, 1995. vol. 2, p. 36.

³⁶⁰ Nesse sentido, afirma Nalin: “O cidadão, que o ordenamento jurídico tomava por indiferenciado, é, hoje, a pessoa concebida na sua acepção concreta, carente de necessidades, inseridas em contextos particulares de direitos e deveres (... expectativas comportamentais). E essa nova perspectiva, que não pode ser desconsiderada pelo Direito, só se mostra plausível de ser atendida pela lógica do ordenamento funcionalizado: o viés positivista e conceitual, considerado em si suficiente, não atende às demandas atuais dos sujeitos de direito, deixa de escancarar as mazelas e desigualdades reinantes em nossa sociedade, escamoteia o jogo de interesses presente, de forma marcada, na trama social cotidiana, sombreia as opções ideológicas manifestamente assumidas pelo legislador. E é

direito privado como resposta à massificação social. Esse fenômeno deu origem a “instrumentos legais dinâmicos, mais leves e menos cristalizados que os códigos – embora, às vezes, sejam denominados ‘códigos’, em homenagem à tradição, a exemplo do código do consumidor –, dotados de natureza multidisciplinar”³⁶³, e conectados por um sistema de princípios que lhes servem de fundamento.

No direito privado pós-moderno, portanto, recorre o legislador aos princípios jurídicos, os quais passam a ser empregados como técnica de abertura do sistema, ao lado das cláusulas gerais³⁶⁴. Esse é um dos valores da pós-modernidade que Jayme³⁶⁵ define como narração.

nesse cenário, voltando-se, uma vez mais, à realidade brasileira, que se insere, ainda, o fenômeno da constitucionalização do Direito Civil”. NALIN, Paulo. Da estrutura à função do contrato: dez anos de um direito construído. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore; MARTINS, Fernando Rodrigues (coord.). Temas relevantes do direito civil contemporâneo : reflexões sobre os 10 anos do código civil. São Paulo : Atlas, 2012. p. 273-291.

³⁶¹ Para Perlingieri, “o termo, certamente não elegante, ‘despatrimonialização’, individua-se uma tendência normativa-cultural; se evidencia que no ordenamento se operou uma opção, que, lentamente, se vai concretizando, entre personalismo (superação do individualismo) e patrimonialismo (superação da patrimonialidade fim a si mesma, do produtivismo, antes, e do consumismo, depois, como valores). [...] Isso induz a repelir a afirmação – tendente a conservar o caráter estático-qualitativo do ordenamento – pela qual não pode ser ‘radicalmente alterada a natureza dos institutos patrimoniais do direito privado’. Estes não são imutáveis: por vezes são atropelados pela sua incompatibilidade com os princípios constitucionais, outras vezes são exautorados ou integrados pela legislação especial e comunitária; são sempre, porém, inclinados a adequar-se aos novos ‘valores’, na passagem de uma jurisprudência civil dos interesses patrimoniais a uma mais atenta aos valores existenciais”. PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 33.

³⁶² Para Lôbo, “A repersonalização reencontra a trajetória da longa história da emancipação humana, no sentido de repor a pessoa humana como centro do direito civil, passando o patrimônio ao papel de coadjuvante, nem sempre necessário”. LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. *Revista de informação legislativa*, Brasília: Senado Federal, v. 36, n. 141, p. 99-109, jan./mar. 1999.

³⁶³ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. *Revista de informação legislativa*, Brasília: Senado Federal, v. 36, n. 141, p. 99-109, jan./mar. 1999.

³⁶⁴ Sobre esse ponto, valiosa a lição de Martins-Costa: “Considerando do ponto de vista da técnica legislativa, a cláusula geral constitui, portanto, uma disposição normativa que utiliza, no seu enunciado, uma linguagem de tessitura intencionalmente ‘aberta’, ‘fluida’ ou ‘vaga’, caracterizando-se pela ampla extensão do seu campo semântico, a qual é dirigida ao juiz de modo a conferir-lhe um mandato (ou competência) para que, à vista dos casos concretos, crie, complemente ou desenvolva normas jurídicas, mediante o reenvio para elementos cuja concretização pode estar fora do sistema; estes elementos, contudo, fundamentarão a decisão, motivo pelo qual, reiterados no tempo os fundamentos da decisão, será viabilizada a ressystematização destes elementos, originariamente extra-sistemáticos no interior do ordenamento jurídico”. MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. *A boa-fé no direito privado: Sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 303.

³⁶⁵ JAYME, Erik. O direito internacional privado e cultural pós-moderno. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre: PPGDir/UFRGS, vol. 1, n. 1, mar. 2003, p. 67-68.

Assim, abre-se mão de normas que regulamentam ou preceituam condutas, dando lugar às normas carregadas de princípios, valores e orientações hermenêuticas, chamadas de “normas narrativas”. A corroborar a argumentação acima, cumpre trazer a lume a lição de Tepedino:

Percebe-se, nesse passo, com maior evidência, a importância da análise acima conduzida, tomando por empréstimo a obra de Jayme. Torna-se indispensável que o legislador de hoje recorra à *técnica narrativa*, de algum modo à *retórica* e aos *sentimentos* (não subjetivos dele, legislador, mas da sociedade, recolhendo democraticamente os valores predominantes na realidade social), para que determine o conteúdo axiológico das cláusulas gerais e dos conceitos indeterminados. [...]

O legislador contemporâneo, instado a compor, de maneira harmônica, o complexo de fontes normativas, formais e informais, nacionais e supranacionais, codificadas e extracodificadas, deve valer-se de prescrições narrativas e analíticas, em que consagra expressamente critérios interpretativos, valores a serem preservados, princípios fundamentais como enquadramentos axiológicos com teor normativo e eficácia imediata, de tal modo que todas as demais regras do sistema, respeitados os diversos patamares hierárquicos, sejam interpretadas e aplicadas de maneira homogênea e segundo conteúdo objetivamente definido.

Supre-se, dessa forma, a desconfiança gerada pelas cláusulas gerais e pelos conceitos indeterminados no passado, cuja definição era subjetivamente atribuída ao magistrado ou à doutrina, sem um critério seguro que respondesse à lógica do sistema.

No caso brasileiro, a cláusula geral da boa-fé, prevista no Código Comercial, não teve repercussão, e as do Código Civil, como é o caso do art. 554, em matéria de direito de vizinhança, dependeu de construção doutrinária e jurisprudencial que lhe foi muito posterior. Nos dias de hoje, ao revés, inúmeras são as cláusulas gerais que, previstas pelo legislador contemporâneo, no Código de Defesa do Consumidor e no Estatuto da Criança e do Adolescente, por exemplo, vêm sendo amplamente utilizados pelos operadores.³⁶⁶

O paradigma moderno de regulação absoluta das condutas e de soluções herméticas e abstratas para os problemas jurídicos deixa de ser a principal técnica legislativa. O novo perfil do direito privado está mais de acordo com a realidade da sociedade atual, caracterizada pela complexidade, pelo

³⁶⁶ TEPEDINO, Gustavo José Mendes. O Código civil, os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa. In: TEPEDINO, Gustavo José Mendes José Mendes (Coord.). *Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

pluralismo, pela fragmentação das legislações, pela velocidade e pelo apego à informação³⁶⁷.

Assim, o Código de Defesa do Consumidor trouxe uma nova visão para a teoria contratual clássica, segundo a qual “somente uma concepção emancipatória e expansionista dos direitos fundamentais poderá contrapor-se a essa contraproducente onda de concentração de poder nos setores privados”³⁶⁸. Considerando a desigualdade inerente às relações de consumo massificadas, o CDC passa a intervir nessa relação entre desiguais para materializar o princípio da dignidade da pessoa humana e implantar os ideais de justiça social igualitária. Nesse sentido, Marques ensina que:

Como resultado desta mudança de estilo de pensamento, as leis passam a ser mais *concretas*, mais *funcionais* e menos *conceituais*. É o novo ideal de concretude das leis que, para alcançar a solução dos novos problemas propostos pela nova realidade social, opta por soluções abertas, que deixam larga margem de ação ao juiz e à doutrina, usando frequentemente noções-chaves, valores básicos, princípios como os de boa-fé, equidade, equilíbrio, equivalência de prestações e outros.³⁶⁹

E essa postura metodológica é necessária para garantir a proteção do direito fundamental à defesa do consumidor nas relações jurídicas virtuais, responsáveis por gerar uma “maior desigualdade fática entre os envolvidos, em virtude da especificidade e vulnerabilidade que decorre do meio eletrônico”³⁷⁰. Atualmente, porém, diante das novas tecnologias e das técnicas de comunicação – com uma linguagem visual muito mais agressiva, fluida, rápida e massificada, gerando uma verdadeira “pressão estrutural nas tratativas”³⁷¹ –,

³⁶⁷ XAVIER, José Tadeu Neves. *A nova dimensão dos contratos no caminho da pós-modernidade*. Porto Alegre: UFRGS, 2006. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2006, p. 122.

³⁶⁸ SOMBRA, Thiago Luís Santos. *A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2004, p. 119.

³⁶⁹ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 214.

³⁷⁰ MARTINS, Guilherme Magalhães; LONGHI, João Victor Rozatti. A tutela do consumidor nas redes sociais virtuais: responsabilidade civil por acidentes de consumo na sociedade da informação. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v.20, n.78, p. 191-221, abr./jun. 2011, p. 197-198.

³⁷¹ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 284.

Marques defende que, além do emprego de valores como equidade, boa-fé e segurança nas relações jurídicas, o direito deve desenvolver uma teoria contratual “com função social”³⁷².

Essa função social referida pela autora decorre da valorização das expectativas legítimas depositadas pelos consumidores nas promessas feitas pelos fornecedores, voltando-se para o resultado fático da conduta do agente. Trata-se do paradigma da confiança, abordado anteriormente, consoante expõe Marques:

A teoria da confiança, como já mencionamos anteriormente, pretende proteger prioritariamente as expectativas legítimas que nasceram no outro contratante, que confiou na postura, nas obrigações assumidas e no vínculo criado através da declaração do parceiro. Protegem-se, assim, a boa-fé e a confiança que o parceiro depositou na declaração do outro contratante. A vontade declarada, porém, não prevalecerá se o outro contratante souber ou puder saber razoavelmente que aquela não era a vontade interna de seu parceiro. [...] A teoria da vontade concentrava-se no indivíduo, aquele que emite erroneamente sua vontade, concentrava-se no momento da *criação* do contrato; a teoria da confiança concentra-se também em um indivíduo, o que recebe a declaração de vontade, em sua boa-fé ou má-fé, mas tem como fim proteger os *efeitos* do contrato e assegurar, através da ação do direito, a proteção dos legítimos interesses e a segurança das relações.³⁷³

Adota-se uma perspectiva mais funcional do direito, o que Soares explica ser um “desafogo axiológico, em comparação com o modelo da boa-fé objetiva, na medida em que o modelo da *confiança* seria menos valorativo, no sentido substancialista do termo” e “mais voltado ao resultado fático da conduta do agente”³⁷⁴.

A autora complementa: “Podemos efetivamente identificar na nova relevância jurídica deste fator ‘pressão’ a origem das normas sobre o direito de reflexão, direito de arrepender-se sem causa dos contratos concluídos sob a pressão das vendas diretas, normas que impõem um grande formalismo informativo para o consumidor, como que tentando protegê-lo de sua condição de inferioridade, de leigo, de vulnerável, normas tentando protegê-lo da pressão do *marketing*, dos métodos de venda, do consumismo exagerado, do superendividamento, das posições monopolistas dos fornecedores, das novas necessidades criadas pela sociedade de consumo”. MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 283.

³⁷² MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 210-214.

³⁷³ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 281-282.

³⁷⁴ SOARES, Marcos Cáprio Fonseca. A interpretação do conjunto contratual sob a perspectiva do diálogo das fontes. In: MARQUES, Claudia Lima (coord.). *Diálogo das fontes: do conflito à*

O conteúdo do contrato passa a ser interpretado em toda a sua extensão, abrangendo, inclusive, o contexto negocial da fase pré-contratual em que ele foi formado, o que Soares denomina de “interpretação contextual”³⁷⁵. O que sobeja destacar, sempre com amparo na lição de Marques, é que:

O intérprete do contrato de consumo deve necessariamente observar não só a regra do art. 47 do CDC, mas todas as normas do Código que dispõem (e incluem) novos direitos e deveres para o consumidor e para o fornecedor (art. 1.º e 7.º). Em outras palavras, o conteúdo do contrato a interpretar não é somente aquele “posto” em cláusulas pré-redigidas unilateralmente pelo fornecedor, mas também todo o contexto anterior (art. 30 e ss.) que constitui a oferta, isto é, a publicidade veiculada, os prospectos distribuídos, as informações prestadas ao consumidor, as práticas comerciais exercidas, tais como a venda casada, a oferta de prêmios ou brindes especiais para incitar a manifestação de vontade positiva do consumidor etc.³⁷⁶

Alicerçada nessas premissas e no fato de que vivemos em uma sociedade com pluralidade de diplomas legais nacionais e internacionais, Marques demonstra a necessidade de desenvolver-se um novo método de interpretação e aplicação das normas do direito do consumidor e do direito privado, que identifica como *diálogo das fontes*³⁷⁷. Essa nova metodologia

coordenação de normas do direito brasileiro. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 288.

E o autor complementa: “Em tempos de multiplicidade cultural, de pluralidade dos pontos de vista, e, ao mesmo tempo, de incapacidade de justificação de posição a partir de critérios valorativos que invoquem essencialismos, parece que, de fato, a teoria contratual contemporânea tenderá a um desenvolvimento crescente no sentido da socialidade, o que vai ao encontro do modelo da confiança”. SOARES, Marcos Cáprio Fonseca. A interpretação do conjunto contratual sob a perspectiva do diálogo das fontes. In: MARQUES, Claudia Lima (coord.). *Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 289.

³⁷⁵ SOARES, Marcos Cáprio Fonseca. A interpretação do conjunto contratual sob a perspectiva do diálogo das fontes. In: MARQUES, Claudia Lima (coord.). *Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 292.

³⁷⁶ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 912.

³⁷⁷ Esse termo foi cunhado por Jayme em referência às normas de direito internacional privado. JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration : le droit internationale privé postmoderne. *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, Kluwer, Dordrecht, 1995. vol. 2, p. 37 e ss.

Sobre o tema, Marques esclarece que, “em seu Curso Geral de Haia, de 1995, o mestre de Heidelberg, Erik Jayme, ensinava que, em face do atual ‘pluralismo pós-moderno’ de um direito com fontes legislativas plúrimas, ressurgiu a necessidade de coordenação entre as leis no mesmo ordenamento, como exigência para um sistema jurídico eficiente e justo. Cada vez mais se legisla, nacional e internacionalmente, sobre temas convergentes. A pluralidade de leis é o primeiro desafio do aplicador da lei contemporâneo. A expressão usada comumente é

procura enfrentar os desafios da aplicação e aparentes conflitos das diversas normas que estruturam o tecido do direito privado atual, numa aplicação simultânea, coerente e coordenada de fontes legislativas “com centro de gravidade autônomos”³⁷⁸, sempre orientada sob a luz dos ditames e valores constitucionalmente estabelecidos³⁷⁹.

O diálogo das fontes é um método de interpretação sistemática que se vincula à ideia de busca do efeito útil da norma em concreto. Esse efeito útil reside nos direitos fundamentais, princípios e valores ditados pela Constituição Federal, de modo que a sua observância servirá como bússola na busca pela solução do caso concreto³⁸⁰. Dessa forma, é necessário observar que eventual colisão de direitos fundamentais deverá ser resolvida previamente pela teoria de interpretação e aplicação das normas jurídicas (princípios e regras) e, uma

‘conflito de leis no tempo’, a significar que haveria uma colisão ou conflito entre os campos de aplicação dessas leis. Assim, por exemplo, uma lei anterior, como o Código de Defesa do Consumidor, de 1990, e uma lei posterior, como o novo Código Civil brasileiro de 2002, estariam em ‘conflito’, daí a necessária ‘solução’ do ‘conflito’ através da prevalência de uma lei sobre a outra e a conseqüente exclusão da outra do sistema (ab-rogação, derrogação, revogação)”.

Acrescenta a renomada autora: “o grande mestre de Heidelberg propõe então a convivência de uma segunda solução ao lado da tradicional: a coordenação destas fontes. Uma coordenação flexível e útil (*effet utile*) das normas em conflito sistema, afim de que seja restabelecida a sua coerência, isto é, uma mudança de paradigma: da retirada simples (revogação) de uma das normas em conflito do sistema jurídico (ou do ‘monólogo’ de uma só norma possível a ‘comunicar’ a solução justa) à convivência destas normas, ao diálogo das normas para alcançar a sua ‘ratio’, a finalidade ‘narrada’ ou ‘comunicada’ em ambas”. MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman; MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. *Comentários ao código de defesa do consumidor*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 30-32.

³⁷⁸ TEPEDINO, Gustavo José Mendes. O Código civil, os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa. In: TEPEDINO, Gustavo José Mendes (Coord.). *Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 5.

³⁷⁹ Sobre as espécies de diálogos das fontes do ordenamento jurídico, Marques ensina que: “três são os tipos de diálogos entre essas leis: a) uma lei pode servir de base conceitual para outra (diálogo sistemático de coerência), especialmente se uma lei é geral e a outra especial, se uma é a lei central do sistema e a outra um microssistema específico; b) uma lei pode complementar a aplicação de outra, a depender de seu campo de aplicação (diálogo de complementariedade e subsidiariedade), tanto suas normas, quanto seus princípios e cláusulas gerais podem encontrar uso subsidiário ou complementar, ‘diálogo’ este exatamente no sentido contrário da revogação ou ab-rogação clássicas, em que uma lei era superada e ‘retirada’ do sistema pela outra; e, por fim, c) há o diálogo das influências recíprocas sistemáticas, como a redefinição do campo de aplicação, a transposição das conquistas do *Richterrecht* (Direitos dos juízes) alcançadas em uma lei para outra, influência do sistema especial no geral e do geral no especial (diálogo de coordenação e adaptação sistemática)”. MARQUES, Claudia Lima. O “diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme. In: MARQUES, Claudia Lima (coord.). *Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 32.

³⁸⁰ MARQUES, Claudia Lima. O “diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme. In: MARQUES, Claudia Lima (coord.). *Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 61.

vez definidas quais normas constitucionais serão aplicadas ao caso concreto, passa-se para o âmbito do diálogo das fontes infraconstitucionais³⁸¹. A corroborar referida argumentação, é mister colacionar o entendimento de Miragem:

Daí por que a conformidade à Constituição e ao seu sistema de direitos e garantias fundamentais não se obtém pela interpretação de um determinado sentido da norma em abstrato, mas pela sua interpretação e aplicação ao caso concreto. E é aí que o método de interpretação sistemática deve assegurar não somente a ausência de contradição entre o resultado concreto de aplicação da lei ao texto da Constituição, senão de que a solução representa, dentre as interpretações possíveis, a que melhor realiza dado projeto constitucional.

O legislador não é onisciente quanto às diversas realidades afetadas pelas normas que produz. Nem tampouco controla a eficácia da norma a situações atuais e futuras, ou sua eventual sobreposição em relação a matérias sobre as quais incidem outras normas. Este problema tampouco é solucionado pelos critérios tradicionais de solução de antinomias (*lex posterior, lex speciali, lex superior*). A afirmação do sistema jurídico como sistema aberto e móvel fundado na Constituição, portanto realidade dinâmica, exige que tal circunstância seja compreendida pelos métodos de interpretação e aplicação da norma jurídica, não gozam de prestígio as soluções derivadas de um raciocínio abstrato. Neste sentido, o diálogo das fontes, tal qual desenvolvido entre nós, é método de interpretação sistemática, não apenas porque admite a interpretação do sentido da norma em vista de sua coerência com as demais normas do ordenamento (coerência formal), mas especialmente porque coordena a possibilidade de aplicação de mais de uma norma à mesma situação, ao mesmo caso, como modo de assegurar coerência sistemática à decisão (coerência substancial). Note-se que isso não significa o afastamento da lei em vista de uma dada solução que se pretende justa, mas, por intermédio da coordenação de leis aplicáveis, certo resultado de interpretação e aplicação de disposição de lei fundada em uma determinada norma constitucional.³⁸²

³⁸¹ Duque entende ser possível a transposição da teoria do diálogo das fontes para o âmbito constitucional, consoante se verifica no trecho a seguir transcrito: “Todas as considerações até aqui aventadas dão conta de que a teoria do diálogo das fontes é uma construção que veio para ficar. Surge, portanto, o momento para ampliar os seus efeitos, basicamente mantidos, até o presente, no campo do direito infraconstitucional. Em outras palavras, é chegado o momento de trazer a teoria para o âmbito constitucional. [...] Ao se trazer a teoria do diálogo das fontes para a teoria da constituição surge um novo espectro de considerações, que é eleito para o encerramento desse estudo. Normas protetivas dialogam não apenas entre os diversos níveis que compõem o ordenamento jurídico. De fato, o diálogo também ocorre dentro da própria constituição. Trata-se de uma hipótese que pode ser direcionada ao fenômeno da concorrência entre direitos fundamentais”. DUQUE, Marcelo Schenk. O transporte da teoria do diálogo das fontes para a teoria da Constituição. In: MARQUES, Claudia Lima (coord.). Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 139 e 144.

³⁸² MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. Eppur si muove: diálogo das fontes como método de interpretação sistemática no direito brasileiro. In: MARQUES, Claudia Lima (coord.). Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 82-83.

Considerando o ordenamento jurídico vigente, Soares aponta a convergência principiológica da função social do contrato e da boa-fé objetiva na base do Código Civil e do Código de Defesa do Consumidor, e acrescenta:

Uma vez assentado que o significado da função social dos contratos tem como um de seus elementos definidores a ideia de que o contrato *operacionaliza juridicamente a circulação de riquezas*, a lógica do CC sustenta a necessidade de preservação do equilíbrio entre os patrimônios de credor e devedor. Este equilíbrio pode se verificar pela anulação do contrato celebrado com lesão ou estado de perigo, bem como nas hipóteses de reequilíbrio pela revisão (art. 317 do CC) ou resolução da avença (art. 478 do CC). Ao mesmo tempo, devemos atentar ao modelo da *confiança*, ínsito ao CDC e base das relações sociais mais elementares, ou seja, do próprio *contrato social* do qual emergirão as relações jurídicas.³⁸³

A aplicação da teoria do diálogo das fontes e dos princípios do Código de Defesa do Consumidor no campo do comércio eletrônico de consumo tem demonstrado, num primeiro momento, a capacidade do sistema jurídico brasileiro, e principalmente do Código de Defesa do Consumidor, em responder ao acelerado avanço tecnológico que continuamente transforma as feições dos negócios jurídicos constituídos no ambiente virtual.

Dentre as principais conquistas que o CDC irá conduzir para o campo da contratação eletrônica estão: *a)* a extensão dos conceitos e das regras que regem a realidade concreta – ou física – para abarcar o mercado de consumo virtual, preenchendo as lacunas decorrentes da falta de um texto normativo expresso; e *b)* a tutela da confiança do consumidor pelo princípio da boa-fé objetiva e dos deveres anexos de lealdade, informação, transparência, esclarecimento, veracidade, honestidade e probidade. A seguir serão analisados alguns ensinamentos da jurisprudência e da doutrina no caminho da reconstrução da confiança dos consumidores no comércio eletrônico.

Quanto à extensão dos conceitos e das normas que regem a realidade concreta, “o método do diálogo das fontes parece servir igualmente à

³⁸³ SOARES, Marcos Cáprio Fonseca. A interpretação do conjunto contratual sob a perspectiva do diálogo das fontes. In: MARQUES, Claudia Lima (coord.). *Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 297.

colmatação das lacunas, uma vez que dele resulta a distinção do âmbito de aplicação das normas como critério para que se apliquem, de modo concomitante, ao mesmo caso; assim como da seleção e exame dos casos que se pretenda sejam utilizados como paradigmas para uma aplicação analógica”³⁸⁴.

A aplicação das normas do CDC decorre do reconhecimento de que a internet não criou um novo tipo contratual, sendo somente uma nova modalidade dos já conhecidos contratos a distância. Nessa nova modalidade contratual, conforme já analisado, a manifestação de vontade, elemento essencial para a configuração dos negócios jurídicos bilaterais ou plurilaterais, é expressa pelo meio eletrônico, substituindo-se o diálogo pela linguagem virtual, a qual é manifestada, na maioria dos casos, por um simples apertar de botão ou pelo intercâmbio de uma mensagem eletrônica; bem como a presença física dá lugar às máquinas ou computadores, os quais substituem os atos humanos por sinais, senhas ou protocolos³⁸⁵.

Em regra, essa modalidade contratual automatizada não permite participação ativa do consumidor na elaboração de suas cláusulas, podendo ser tratada, portanto, como um contrato de adesão, disposto no art. 54 do CDC³⁸⁶. Assim, conforme aduz Klee, “[o]s contratos eletrônicos de consumo, nos quais o computador influencia o processo de formação da vontade do consumidor, são contratos de adesão celebrados por meios eletrônicos,

³⁸⁴ MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. Eppur si muove: diálogo das fontes como método de interpretação sistemática no direito brasileiro. In: MARQUES, Cláudia Lima (coord.). *Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 85.

³⁸⁵ MARQUES, Cláudia Lima. *Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 67.

³⁸⁶ Art. 54. Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo. § 1º A inserção de cláusula no formulário não desfigura a natureza de adesão do contrato. § 2º Nos contratos de adesão admite-se cláusula resolutória, desde que a alternativa, cabendo a escolha ao consumidor, ressalvando-se o disposto no § 2º do artigo anterior. § 3º Os contratos de adesão escritos serão redigidos em termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis, de modo a facilitar sua compreensão pelo consumidor. § 4º As cláusulas que implicarem limitação de direito do consumidor deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão.

automatizados, por vezes quase instantâneos, sem contato pessoal entre as partes, em que a fase das negociações preliminares é suprimida.”³⁸⁷.

Todavia, Vial faz a ressalva de que a solução baseada exclusivamente no art. 54 do CDC é ineficiente, porquanto o contrato de adesão pressupõe a existência de cláusulas imodificáveis, enquanto os contratos por cliques, na maioria dos casos, fazem uso das políticas de uso, termos de uso, dúvidas frequentes ou características da contratação espalhadas pelo *site*, não havendo um contrato nos seus moldes clássicos³⁸⁸. A autora acrescenta que a “observância dos deveres laterais de informação, proteção e segurança decorrentes não somente da boa-fé objetiva, mas propriamente da confiança é que garantirá uma maior proteção do consumidor”³⁸⁹.

Código de Defesa do Consumidor e Código Civil dialogam aqui para garantir a proteção efetiva do consumidor nesses contratos de adesão, devendo os arts. 423 e 424 do CC³⁹⁰ serem lidos em conjunto com os arts. 46 e 47 do CDC³⁹¹.

Em decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, reconheceram os desembargadores dessa corte que o contrato entabulado com empresa especializada na intermediação de negócios jurídicos de compra e venda na rede mundial de computadores, também conhecida por site de leilão virtual, configura contrato de adesão regido pelo Código de Defesa do Consumidor,

³⁸⁷ KLEE, Antonia Espíndola Longoni. O diálogo das fontes nos contratos pela internet: do vínculo contratual ao conceito de estabelecimento empresarial virtual e a proteção do consumidor. In: MARQUES, Claudia Lima (coord.). *Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.p. 425.

³⁸⁸ VIAL, Sophia Martini. Contratos de comércio eletrônico de consumo: desafios e tendências. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v.20, n.80, p. 277-334, out./dez. 2011, p. 290.

³⁸⁹ VIAL, Sophia Martini. Contratos de comércio eletrônico de consumo: desafios e tendências. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v.20, n.80, p. 277-334, out./dez. 2011, p. 290.

³⁹⁰ Art. 423. Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente.

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

³⁹¹ 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.

Art. 47. As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor.

sendo somente aparente a gratuidade³⁹² dos serviços prestados. Assim restou ementado o julgamento em questão:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. PROVEDOR DE INTERNET. MERCADO LIVRE. OPÇÃO PELA MODALIDADE "MERCADO PAGO". MENSAGEM ELETRÔNICA (EMAIL) ENVIADO POR TERCEIRO FRAUDADOR COMO SE FOSSE O PROVEDOR PRESTADOR DO SERVIÇO. RISCO INTRÍNSECO À ATIVIDADE QUE CONFIGURA FORTUITO INTERNO, ENSEJANDO A RESPONSABILIDADE DO FORNECEDOR DE SERVIÇOS. DEVER DE INFORMAR O RISCO NÃO SATISFATORIAMENTE CUMPRIDO. AUSÊNCIA DE DANO MORAL. O risco de um terceiro obter as informações e enviar mensagem eletrônica como se fosse o provedor deveria ser claramente advertido, assim como a imposição de que o consumidor-vendedor verifique no site sua conta antes de remeter o produto. **Não pode o fornecedor de serviços se utilizar de fontes grandes e claras em cores chamativas no seu site para alardear as qualidades de seu produto e deixar as informações sobre os**

³⁹² Quanto à gratuidade do provedor de serviços de internet não afastar a aplicação do CDC, colaciona-se o seguinte precedente do Superior Tribunal de Justiça, de relatoria da Min. Nancy Andrighi:

"CIVIL E CONSUMIDOR. INTERNET. RELAÇÃO DE CONSUMO. INCIDÊNCIA DO CDC. GRATUIDADE DO SERVIÇO. INDIFERENÇA. PROVEDOR DE CONTEÚDO. FISCALIZAÇÃO PRÉVIA DO TEOR DAS INFORMAÇÕES POSTADAS NO SITE PELOS USUÁRIOS. DESNECESSIDADE. MENSAGEM DE CONTEÚDO OFENSIVO. DANO MORAL. RISCO INERENTE AO NEGÓCIO. INEXISTÊNCIA. CIÊNCIA DA EXISTÊNCIA DE CONTEÚDO ILÍCITO. RETIRADA IMEDIATA DO AR. DEVER. DISPONIBILIZAÇÃO DE MEIOS PARA IDENTIFICAÇÃO DE CADA USUÁRIO. DEVER. REGISTRO DO NÚMERO DE IP. SUFICIÊNCIA. 1. A exploração comercial da internet sujeita as relações de consumo daí advindas à Lei nº 8.078/90. 2. O fato de o serviço prestado pelo provedor de serviço de internet ser gratuito não desvirtua a relação de consumo, pois o termo 'mediante remuneração', contido no art. 3º, § 2º, do CDC, deve ser interpretado de forma ampla, de modo a incluir o ganho indireto do fornecedor. 3. A fiscalização prévia, pelo provedor de conteúdo, do teor das informações postadas na web por cada usuário não é atividade intrínseca ao serviço prestado, de modo que não se pode reputar defeituoso, nos termos do art. 14 do CDC, o site que não examina e filtra os dados e imagens nele inseridos. 4. O dano moral decorrente de mensagens com conteúdo ofensivo inseridas no site pelo usuário não constitui risco inerente à atividade dos provedores de conteúdo, de modo que não se lhes aplica a responsabilidade objetiva prevista no art. 927, parágrafo único, do CC/02. 5. Ao ser comunicado de que determinado texto ou imagem possui conteúdo ilícito, deve o provedor agir de forma enérgica, retirando o material do ar imediatamente, sob pena de responder solidariamente com o autor direto do dano, em virtude da omissão praticada. 6. Ao oferecer um serviço por meio do qual se possibilita que os usuários externem livremente sua opinião, deve o provedor de conteúdo ter o cuidado de propiciar meios para que se possa identificar cada um desses usuários, coibindo o anonimato e atribuindo a cada manifestação uma autoria certa e determinada. Sob a ótica da diligência média que se espera do provedor, deve este adotar as providências que, conforme as circunstâncias específicas de cada caso, estiverem ao seu alcance para a individualização dos usuários do site, sob pena de responsabilização subjetiva por culpa in omittendo. 7. Ainda que não exija os dados pessoais dos seus usuários, o provedor de conteúdo que registra o número de protocolo (IP) na internet dos computadores utilizados para o cadastramento de cada conta mantém um meio razoavelmente eficiente de rastreamento dos seus usuários, medida de segurança que corresponde à diligência média esperada dessa modalidade de provedor de serviço de internet. 8. Recurso especial provido". BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 1186616/MG. Recorrente: Google Brasil Internet LTDA. Recorrido: Alexandre Magno Silva Marangon. Relator Min. Nancy Andrighi. Brasília, 31 ago. 2011.

riscos e medidas de segurança para serem explicitadas apenas no contrato de adesão. Se a informação não foi comprovadamente fornecida de maneira adequada ao consumidor - ônus que incumbe ao fornecedor - o risco da atuação fraudulenta de terceiro deve recair sobre o fornecedor, o qual deve responder perante o consumidor e buscar o terceiro em ação regressiva. Fato ensejador de dano patrimonial, pelo envio da mercadoria sem recebimento do preço prometido, mas não de dano moral. RECURSO A QUE SE DÁ PARCIAL PROVIMENTO.³⁹³ (grifo nosso)

Também se verifica, na ementa supracitada, que a insuficiência (a) de instrumentos de segurança necessários para evitar fraudes³⁹⁴ e (b) de informações prestadas ao consumidor acerca dos riscos inerentes ao negócio, aliadas à confiança que a mensagem fraudulenta suscitou no consumidor, são elementos que acertadamente implicaram na responsabilização do provedor de internet.

No que tange às informações ou publicidades veiculadas no meio eletrônico³⁹⁵, aplica-se as normas do CDC, em especial os arts. 30, 34, 35 e 48³⁹⁶, as quais possuem “força vinculativa em face da teoria da declaração e da

³⁹³ RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível n. 0200216-28.2007.8.19.0001. Apelante: Marcelo Zahar. Recorrido: Mercado Livre.com Atividades de Internet Ltda. Relatora Desa. Marcia Alvarenga. Rio de Janeiro, 13 abr. 2011.

³⁹⁴ Veja também a seguinte decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo sobre defeitos na segurança das informações disponibilizadas e consequente violação da confiança do consumidor: “PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. COMÉRCIO ELETRÔNICO. Indenização. Responsabilidade objetiva. Danos morais e materiais. Site de intermediação por meio eletrônico. Consumidor vítima de estelionato. Aquisição de máquina fotográfica. Falso cadastro hospedado no domínio da requerida. Aplicação do disposto nos arts. 12, 14, 30, 31, 36, 37 da Lei nº 8.078/90. Relação jurídica que não exonera a recorrente de responder pelos defeitos verificados na segurança das informações disponibilizadas que incentivaram o consumidor a adquirir o produto a possibilitar o usuário ao prejuízo experimentado. Responsabilidade que encontra sustentação na violação da teoria da confiança. Matéria prejudicial rejeitada. Indenização por danos morais reduzida em função das finalidades da condenação e das circunstâncias do caso. Recurso parcialmente provido”. SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n.º 0002300-73.2008.8.26.0318. Apelante: Mercado Livre.com Atividades de Internet LTDA. Apelado: Juventino Leite Gomes Junior. Relator: Des. Júlio Vidal. São Paulo: 26 jul. 2012.

³⁹⁵ Martins assevera que “a oferta de bens e serviços na internet pode ocorrer das seguintes maneiras: a) o cliente dirige-se por meio eletrônico a uma empresa que já conhece previamente; b) o cliente, ao navegar na internet, depara-se com a publicidade do fornecedor no *website*; c) a publicidade é enviada ao cliente por correio tradicional, convidando-o a consultar um certo *website*; d) o cliente recebe por e-mail a propaganda, que lhe chama a atenção para o bem ofertado; e) a propaganda que chega ao cliente por e-mail o conduz através de um link para um determinado *website*”. MARTINS, Guilherme Magalhães. *Confiança e a aparência nos contratos eletrônicos de consumo via internet*. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 16, n. 64, p. 43-70, out./dez. 2007.

³⁹⁶ Art. 30. Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado.

confiança”³⁹⁷. Interessante julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul vem ao encontro dos argumentos até agora apresentados, uma vez que foi reconhecida que a oferta ostensiva de atendimento médico domiciliar colocada no site da empresa que comercializa planos de saúde integraria o contrato e, conseqüentemente, seria devida a cobertura assistencial oferecida à consumidora. Essa decisão demonstra o emprego adequado da teoria do diálogo das fontes para preencher as lacunas legais e estender a aplicação do CDC para os negócios jurídicos formados no ambiente virtual, conforme se verifica no aresto a seguir colacionado:

APELAÇÃO CÍVEL E RECURSO ADESIVO. PLANO DE SAÚDE. NEGATIVA DE COBERTURA. DOENÇA PREEXISTENTE. NECESSIDADE DE TRATAMENTO EM HOME CARE. INDICAÇÃO MÉDICA. OFERTA DO SERVIÇO NO SITE. ARTIGO 30 DO CDC. COBERTURA DEVIDA. ABALO MORAL CONFIGURADO. QUANTUM ADEQUADO. SENTENÇA MANTIDA. Tendo em vista a ostensiva propaganda desse tipo de atendimento domiciliar, chamado Home Care, veiculada pela internet, e a concomitante indicação médica, sua prestação não pode ser uma liberalidade da contratada, deixando ao seu livre arbítrio uma decisão essencialmente técnica, de competência exclusiva dos profissionais da medicina. Cobertura devida. A autora encontrava-se em estado debilitado de saúde, quando se viu desassistida, mesmo estando com os pagamentos em dia, foi obrigada a alienar seus bens, buscando assegurar continuidade do tratamento, lutando por uma sobrevivência, em evidente ofensa à dignidade da pessoa humana. Abalo moral reconhecido. Negaram provimento aos recursos, por maioria.³⁹⁸

Art. 34. O fornecedor do produto ou serviço é solidariamente responsável pelos atos de seus prepostos ou representantes autônomos.

Art. 35. Se o fornecedor de produtos ou serviços recusar cumprimento à oferta, apresentação ou publicidade, o consumidor poderá, alternativamente e à sua livre escolha: I - exigir o cumprimento forçado da obrigação, nos termos da oferta, apresentação ou publicidade; II - aceitar outro produto ou prestação de serviço equivalente; III - rescindir o contrato, com direito à restituição de quantia eventualmente antecipada, monetariamente atualizada, e a perdas e danos.

Art. 48. As declarações de vontade constantes de escritos particulares, recibos e pré-contratos relativos às relações de consumo vinculam o fornecedor, ensejando inclusive execução específica, nos termos do art. 84 e parágrafos.

³⁹⁷ MARQUES, Claudia 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. 265.

³⁹⁸ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70029609971. Apelante: UNIMED Paulistana Sociedade Cooperativa de Trabalho Médico. Apelado: Nadir Trevisan. Relator: Des. Artur Arnildo Ludwig. Porto Alegre, 26 abr. 2012.

Ainda sobre a questão da oferta, o Tribunal de Justiça de São Paulo, aplicando o art. 30 do CDC, entendeu que a oferta de produto de informática não poderia ter sido revogada pelo fornecedor sobre a alegação de erro material, uma vez que constou no anúncio que seria uma promoção de “24 HORAS DE INFORMÁTICA – OFERTAS EXCLUSIVAS – PREÇOS NUNCA VISTOS – SOMENTE HOJE” e que foi veiculada em diversos sites de venda, criando para o consumidor a expectativa legítima de que realmente se tratava de uma oferta relâmpago, *in verbis*:

CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO COMPRA E VENDA BEM MÓVEL Venda de produto de informática veiculado em site promocional na Internet - Alegação da anunciante de que incorreu em erro material quando do anúncio, eis que o preço noticiado não correspondia ao valor correto do produto Afastamento Hipótese em que a publicidade vincula o fornecedor do produto às condições então anunciadas Art. 30 do CDC Inexistência de falha ou erro material, quando da veiculação do anúncio do produto, dadas as circunstâncias do caso Verba honorária mantida - Improcedência da ação Procedência parcial da reconvenção - Recurso da fornecedora desprovido.³⁹⁹

O diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil também garante que não haja retrocesso no nível de proteção alcançado em benefício dos consumidores, quando abordada a aplicação do art. 49 do CDC a contratos celebrados pela internet. É entendimento majoritário da doutrina e jurisprudência que o consumidor possui o direito de arrependimento, previsto no art. 49 do CDC⁴⁰⁰, quando contrata pela internet, porquanto configura

³⁹⁹ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n.º 9119336-30.2009.8.26.0000. Apelante: B2W Companhia Global do Varejo. Apelado: Jaime Donisete Duarte. Relator: Des. Claudio Hamilton. São Paulo, 26 jul. 2012.

⁴⁰⁰ A fim de ilustrar a aplicação do artigo mencionado, citam-se os seguintes julgados dos Tribunais de Justiça e Turmas Recursais brasileiros:

“CONSUMIDOR. AÇÃO INDENIZATÓRIA. AQUISIÇÃO DE PASSAGENS AÉREAS VIA INTERNET. ARREPENDIMENTO POSTERIOR. APLICAÇÃO DO ART. 49, DO CDC. DEVER DE RESTITUIÇÃO DO VALOR PAGO. DANO MORAL AFASTADO. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA NÃO ACOLHIDA. Primeiramente, deixa-se de acolher a preliminar de ilegitimidade passiva novamente arguida pela ré e recorrente. Isso porque é ela integrante da cadeia de consumo, realizando a intermediação de vendas de passagens em seu site, cobrando, inclusive, taxa para a prestação de tal serviço. No mérito, é integralmente devida a restituição do valor pago. Tratando-se de negociação à distância (internet), cabível odireito de arrependimento previsto no art. 49, do CDC. Dano moral afastado, uma vez não vislumbrada qualquer violação de direito da personalidade da parte. SENTENÇA PARCIALMENTE MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO”. RIO GRANDE DO SUL. Turmas Recursais do Rio Grande do

relação celebrada fora do estabelecimento comercial.

Klee

traz

Sul. Recurso Cível n. 71003131323. Recorrente: Decolar.com Ltda. Recorridos: Marcio Callegari e Cristiane Maria Dias Natalino. Relatora: Dra. Maria Claudia Cachapuz. Porto Alegre, 23 mai. 2012.

“APELAÇÃO CÍVEL. COMPRA PELA INTERNET. LOJA VIRTUAL. ESPECIFICAÇÃO DO PRODUTO QUE NÃO O ADEQUADO AO CONSUMIDOR. DIREITO DE ARREPENDIMENTO. ART. 49 C.D.C. DEMORA INJUSTIFICADA DE RESSARCIMENTO DO VALOR PAGO. FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. CARÁTER PUNITIVO E PEDAGÓGICO. Nas compras realizadas fora do estabelecimento comercial da fornecedora de produtos, é conferido ao consumidor o direito de arrependimento, vez que o consumidor não tem a certeza de que está adquirindo um produto com as especificações e dimensões necessárias ao seu uso. A compra e venda utilizando a internet apresenta-se como uma realidade nos dias atuais, de modo a impor ao fornecedor a modernização e eficiência adequada para o cumprimento de sua obrigação. A situação privilegiada que estes se encontram, vez que apenas enviam os produtos comprados com o pagamento prévio do preço pelo consumidor, deve ser acompanhada de um dever de realizar a pronta restituição do valor pago quando da não concretização do negócio. A demora de meses para a devolução do valor despendido gera dano moral, que deve compreender um caráter punitivo-pedagógico. Conhecimento do recurso e seu desprovimento, nos termos do art. 557, caput do C.P.C”. RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível n. 0006317-81.2011.8.19.0209. Apelante: Ponto Frio.com Comércio Eletrônico S.A. Apelado: Bianca Petrolongo Silva Pinto. Relatora: Desa. Lúcia Miguel da Silva Lima. Rio de Janeiro, 31 jan. 2012.

“DIREITO DO CONSUMIDOR. COMPRA DE FOGÃO PELA INTERNET. APARELHO DEVOLVIDO POR ESTAR AMASSADO. DIREITO DE ARREPENDIMENTO DO ART. 49, CDC. GARANTIA DE DEVOLUÇÃO DA QUANTIA PAGA EM RAZÃO DE VÍCIO NO PRODUTO. RECUSA DA EMPRESA EM DEVOLVER OS VALORES PAGOS. DANOS MORAIS CONFIGURADOS. NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO. SENTENÇA MANTIDA. A controvérsia deve ser solucionada sob o prisma do sistema jurídico autônomo instituído pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990), que por sua vez regulamenta o direito fundamental de proteção do consumidor (art. 5º, XXXII, da Constituição Federal). O recorrido adquiriu um fogão pela internet, porém ao constatar que o mesmo estava amassado, recusou o recebimento do produto. (...) Nos termos do art. 49 da Lei nº 8.078/1990, o consumidor pode desistir do contrato no prazo de 7 (sete) dias, a contar de sua assinatura ou do ato de recebimento do produto ou serviço, sempre que a compra ocorrer fora do estabelecimento comercial, devendo os valores pagos serem imediatamente devolvidos. (...) Ante o exposto, NEGOU PROVIMENTO ao recurso e mantendo a r. sentença recorrida. Vencida a parte recorrente, deverá arcar com custas processuais e honorários advocatícios, os quais fixo em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, a teor do art. 55 da Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995”. DISTRITO FEDERAL. Turmas Recursais do Distrito Federal. Recurso Cível n. 20111160018132. Recorrente: Ponto Frio.com Comércio Eletrônico S/A. Recorrido: José Pereira Neves. Relator: Des. Hector Valverde Santana. Brasília, 16 set. 2011.

“APELAÇÃO CÍVEL. CONTRATO DE CONSUMO. AGÊNCIA DE VIAGENS. PACOTE DE TURISMO. NEGOCIAÇÃO PELA INTERNET. CONTRATO À DISTÂNCIA. DIREITO DE ARREPENDIMENTO. APLICABILIDADE. FORMAÇÃO DO CONTRATO. APERFEIÇOAMENTO COM A ACEITAÇÃO. Aplica-se à contratação feita por via de telefone e por meios eletrônicos o art. 49 do CODECON, concedendo-se ao consumidor um período de reflexão e a possibilidade de se arrepender, sem ônus, obtendo a devolução integral de eventuais quantias pagas. O prazo de arrependimento tem início com a formação do contrato ou com a entrega do produto ou serviço. Quando a formação se desdobra em diversas fases, tendo início com tratativas preliminares que resultam em proposta do prestador de serviços, somente com a manifestação de vontade do consumidor, no sentido de aderir à oferta, pode-se iniciar a contagem do prazo. Ausente declaração de aceitação dos termos propostos, considera-se que a aquiescência do consumidor e, conseqüentemente, o aperfeiçoamento do vínculo, ocorreram com o depósito do sinal”. MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível n. 1.0024.05.704783-9/002. Apelante: Trip da Areia Agência de Turismo Ltda. Apelado: Nadia Cristina Roberto. Relatora: Desa. Heloísa Combat. Belo Horizonte, 10 nov. 2006.

importantes considerações sobre o tema ao abordar o conceito de estabelecimento comercial no Código Civil, concluindo que:

A existência do estabelecimento virtual não invalida a noção jurídica do estabelecimento empresarial físico já desenvolvida por doutrinadores. Assim, o estabelecimento virtual é apenas uma representação do estabelecimento empresarial constituído no mundo físico. O local de onde o empresário comanda e supervisiona as operações do *site* será o local incorporado ao estabelecimento empresarial sobre o qual recairão todas as regras jurídicas. Isso porque, embora o estabelecimento virtual pareça ter todas as características de um estabelecimento empresarial, ele não pode existir sem o local onde se encontra o seu suporte técnico. A sede da empresa, onde ela desenvolve a parte substancial de suas atividades, constante do contrato social registrado na Junta Comercial é a sede do estabelecimento empresarial, local mais provável no qual se encontrarão os computadores, móveis e outros utensílios que dão suporte existencial ao *site* e que formam o conjunto de bens organizado que integra o estabelecimento comercial.⁴⁰¹

Seguindo esse raciocínio, recente decisão do Superior Tribunal de Justiça demonstra que qualquer cláusula limitativa desse direito de arrependimento é abusiva, devendo o fornecedor arcar com as despesas decorrentes do exercício desse direito, inclusive de serviço postal para devolução do produto, caso contrário se estaria desestimulando a utilização do comércio eletrônico pelos consumidores:

ADMINISTRATIVO. CONSUMIDOR. DIREITO DE ARREPENDIMENTO. ART. 49 DO CDC. RESPONSABILIDADE PELO VALOR DO SERVIÇO POSTAL DECORRENTE DA DEVOLUÇÃO DO PRODUTO. CONDUTA ABUSIVA. LEGALIDADE DA MULTA APLICADA PELO PROCON. 1. No presente caso, trata-se da legalidade de multa imposta à TV SKY SHOP (SHOPTIME) em razão do apurado em processos administrativos, por decorrência de reclamações realizadas pelos consumidores, no sentido de que havia cláusula contratual responsabilizando o consumidor pelas despesas com o serviço postal decorrente da devolução do produto do qual pretende-se desistir. 2. O art. 49 do Código de Defesa do Consumidor dispõe que, quando o contrato de consumo for concluído fora do estabelecimento comercial, o consumidor tem o direito de desistir do negócio em 7 dias ("período de reflexão"), sem qualquer motivação. Trata-se do direito de arrependimento, que assegura o consumidor a

⁴⁰¹ KLEE, Antonia Espíndola Longoni. O diálogo das fontes nos contratos pela internet: do vínculo contratual ao conceito de estabelecimento empresarial virtual e a proteção do consumidor. In: MARQUES, Cláudia Lima (coord.). Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 435.

realização de uma compra consciente, equilibrando as relações de consumo. 3. Exercido o direito de arrependimento, o parágrafo único do art. 49 do CDC especifica que o consumidor terá de volta, imediatamente e monetariamente atualizados, todos os valores eventualmente pagos, a qualquer título, durante o prazo de reflexão, entendendo-se incluídos nestes valores todas as despesas com o serviço postal para a devolução do produto, quantia esta que não pode ser repassada ao consumidor. 4. Eventuais prejuízos enfrentados pelo fornecedor neste tipo de contratação são inerentes à modalidade de venda agressiva fora do estabelecimento comercial (internet, telefone, domicílio). Aceitar o contrário é criar limitação ao direito de arrependimento legalmente não previsto, além de desestimular tal tipo de comércio tão comum nos dias atuais. 5. Recurso especial provido⁴⁰².

Outro dispositivo de importância fundamental que os tribunais vêm empregando para o reconhecimento da responsabilidade civil do fornecedor, é o art. 7.º, parágrafo único, do CDC para impor a solidariedade obrigacional dos sites de compras coletivas⁴⁰³ perante o consumidor. Como destaca Martins⁴⁰⁴, apesar da existência de um contrato complexo com desdobramento das funções de ofertar e prestar os serviços ou fornecer os produtos, para o consumidor o contrato é um só, sendo ambos os fornecedores partes legítimas para responderem de maneira solidária pelos danos causados. Nesse sentido, foi proferida a seguinte decisão pelo TJRS:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL. COMPRAS SITE COLETIVO. Groupon. PRODUTO NÃO ENTREGUE. DANOS MORAIS CARACTERIZADOS. O núcleo da controvérsia deriva do fato que a autora, adquiriu uma mercadoria junto à requerida, via internet a qual, mesmo integralmente paga, não foi entregue. ILEGITIMIDADE PASSIVA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA: O art. 7º do Código de Defesa do Consumidor preconiza a responsabilidade solidária de todos que causarem danos aos consumidores por defeito no produto

⁴⁰² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 1340604/RJ. Recorrente: Estado do Rio De Janeiro. Recorrido: TV Sky Shop S/A. Relator Min. Mauro Campbell Marques. Brasília, 22 ago. 2013.

⁴⁰³ As compras coletivas são uma nova modalidade de e-commerce em que há três atores ou três grupos de atores principais: (a) o provedor que administra o site, organizando as ofertas e prestando o serviço de intermediador de venda; (b) os fornecedores que anunciam seus produtos e serviços na página do provedor; e (c) um número mínimo e pré-estabelecido de consumidores por oferta. Sobre as compras coletivas e responsabilidade dos fornecedores, veja MARTINS, Guilherme Magalhães; LONGHI, João Victor Rozatti. Contratos conexos de consumo na internet: fornecedores de intermediação e sites de compras coletivas. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v.22, n.85, p. 177-207, jan./fev. 2013.

⁴⁰⁴ MARTINS, Guilherme Magalhães; LONGHI, João Victor Rozatti. Contratos conexos de consumo na internet: fornecedores de intermediação e sites de compras coletivas. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v.22, n.85, p. 177-207, jan./fev. 2013.

ou serviço ofertado. Logo, todo aquele que integrou a cadeia de consumo é legítimo para figurar no polo passivo da demanda, ainda que o site da requerida apenas tenha prestado serviço de intermediação de venda. A responsabilidade entre as empresas, tanto a intermediária como a anunciante frente à parte autora deve ser solidária, uma vez que pode a parte buscar sua indenização em relação a ambas ou apenas uma das responsáveis solidariamente. DOS DANOS MATERIAIS. LEGITIMIDADE ATIVA: Tem a autora legitimidade ativa para pleitear a devolução dos valores pagos, pois compradora das mercadorias, ainda que o pagamento tenha sido efetuado através de cartão de crédito de titularidade de terceira pessoa. Prefacial rejeitada. ÔNUS PROVA: Trata-se de prestação de serviços, o que se caracteriza como tipicamente de consumo. Sem dúvida a relação tem natureza consumerista sendo plenamente viável a aplicação das regras contidas no Código de Defesa do Consumidor. Possível inversão do ônus da prova. DA RESOLUÇÃO CONTRATUAL: Comprovado nos autos o descumprimento contratual por culpa exclusiva da empresa demandada, cabível o retorno das partes ao status quo ante, com a devolução dos valores pagos pela parte autora. Tendo a demandante efetuado a compra diretamente no site da ré, efetuado o pagamento, deve esta responder pela devolução das quantias, já que a relação entre a demandante e a ré é de consumo, na forma do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor, de tal modo que responde a ré de forma objetiva pelos danos perpetrados à autora decorrentes de defeitos na prestação do serviço. Sentença mantida. DANO MORAL: A responsabilidade civil decorre da má prestação de serviços, cujo fato ensejou prejuízo a autora, que se viu obrigada a ingressar com demanda judiciária, para ter declarado rescindido o contrato firmado. A prova do dano é in re ipsa; e a prova de inexistência do prejuízo é da parte apelante (inciso II, do artigo 333, do CPC). O razoável é manter o valor do dano moral, pois corresponde aos parâmetros que se adota no âmbito deste colegiado e do Tribunal de Justiça. HONORÁRIOS: Mantidos. PREQUESTIONAMENTO: Não se negou vigência a qualquer dispositivo constitucional ou infraconstitucional. NEGARAM PROVIMENTO AO APELO.⁴⁰⁵

O inciso IV do art. 39 do CDC⁴⁰⁶ considera com abusiva⁴⁰⁷ toda prática que se prevaleça da fragilidade especial dos consumidores, como é o caso da vulnerabilidade de situação dos ciberconsumidores promovida pelo ambiente virtual.

⁴⁰⁵ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n.º 70057411563. Apelante: Groupon Servicos Digitais LTDA. Apelado: Leticia Schuler De Paula. Relator: Des. Eduardo João Lima Costa. Porto Alegre: 17 dez. 2013.

⁴⁰⁶ Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: (Redação dada pela Lei nº 8.884, de 11.6.1994) [...]

IV – prevalecer-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus produtos ou serviços;

⁴⁰⁷ Benjamin define prática abusiva da seguinte forma: “Prática abusiva (*lato sensu*) é a desconformidade com os padrões mercadológicos de boa conduta em relação ao consumidor. São – no dizer irretocável de Gabriel A. Stiglitz – ‘condições irregulares de negociação nas relações de consumo’, condições estas que ferem os alicerces da ordem jurídica, seja pelo prisma da boa-fé, seja pela ótica da ordem pública e dos bons costumes”. GRINOVER, Ada Pellegrini (Et al.). *Código brasileiro de defesa do consumidor*. comentado pelos autores do anteprojeto. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011, p. 375.

Não obstante essa norma não traga o ciberconsumidor como um sujeito especialmente fragilizado – tendo em vista que faz referência tão somente às hipervulnerabilidades decorrentes da idade, saúde, conhecimento ou condição social –, o caráter exemplificativo do art. 39 do CDC, permite inserir o aproveitamento abusivo pelo fornecedor dessa vulnerabilidade situacional no rol de atividades reputadas como infrações às normas consumeristas. Como explica Benjamin, “[n]ão poderia o legislador, de fato, listar, à exaustão, as práticas abusivas. O mercado de consumo é de extremada velocidade e as mutações ocorrem da noite para o dia. Por isso mesmo é que buscamos, no seio da comissão, deixar bem claro que a lista do art. 39 é meramente exemplificativa, uma simples orientação ao intérprete”⁴⁰⁸.

Constatada a prática abusiva em contratos de consumo no âmbito virtual, poderão ser aplicadas sanções administrativas, a exemplo daquelas estampadas no art. 56 do CDC⁴⁰⁹, e penais. Também caberá, quando formada a contenda judicial, o pedido de nulificação do contrato e a garantia de reparação pelos danos causados⁴¹⁰, nos termos do art. 6.º, incisos VI e VII, do

⁴⁰⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini (Et al.). *Código brasileiro de defesa do consumidor*. comentado pelos autores do anteprojeto. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011, p. 376.

⁴⁰⁹ Art. 56. As infrações das normas de defesa do consumidor ficam sujeitas, conforme o caso, às seguintes sanções administrativas, sem prejuízo das de natureza civil, penal e das definidas em normas específicas:

- I - multa;
- II - apreensão do produto;
- III - inutilização do produto;
- IV - cassação do registro do produto junto ao órgão competente;
- V - proibição de fabricação do produto;
- VI - suspensão de fornecimento de produtos ou serviço;
- VII - suspensão temporária de atividade;
- VIII - revogação de concessão ou permissão de uso;
- IX - cassação de licença do estabelecimento ou de atividade;
- X - interdição, total ou parcial, de estabelecimento, de obra ou de atividade;
- XI - intervenção administrativa;
- XII - imposição de contrapropaganda.

⁴¹⁰ Miragem ressalta que, da mesma forma que as situações reguladas pelo art. 187 do CC, o dano não é o elemento essencial das práticas comerciais abusivas descritas no art. 39 do CDC. Dessa forma, em não havendo perda patrimonial ou moral do consumidor que sofre com a prática abusiva, não há de se falar na imputação do dever de indenizar. Todavia, mesmo nessas situações, a prática abusiva do fornecedor poderá implicar na invalidade ou ineficácia do contrato de consumo, além de tornar a conduta repreensível na seara administrativa (art. 56 do CDC). MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. *Abuso do direito: ilicitude objetiva e limite ao exercício de prerrogativas jurídicas no Direito Privado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 243.

CDC⁴¹¹, podendo, ainda, ser concedida tutela específica para cessar essas práticas ilícitas, com fulcro no art. 84 do CDC⁴¹².

Por sua vez, no que tange à tutela da confiança dos consumidores nos contratos eletrônicos de consumo, os tribunais pátrios vêm garantindo a sua reconstrução por intermédio de decisões que aplicam o princípio da boa-fé objetiva e obrigam o fornecedor a respeitar as legítimas expectativas despertadas nos consumidores.

Como visto anteriormente, a confiança e a boa-fé configuram os novos paradigmas dos contratos eletrônicos de consumo, cabendo aos juristas observá-los para garantir a efetividade dos direitos de informação, transparência, lealdade, cooperação e segurança do consumidor. Ainda, necessário que os operadores do direito reconheçam e apliquem (a) os deveres específicos de boa-fé para o meio virtual, tais como o de confirmação individual, de perenização da oferta e do contrato; e (b) os deveres de cooperação na comunicação, na execução à distância e no pagamento à distância, (c) somados a cuidados específicos aos perigos do meio virtual⁴¹³.

Os tribunais já reconheciam o princípio da confiança e boa-fé objetiva nos casos envolvendo a negativa injustificada de renovação do seguro de vida

⁴¹¹ Art. 6º São direitos básicos do consumidor: [...]

VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;

VII - o acesso aos órgãos judiciários e administrativos com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção Jurídica, administrativa e técnica aos necessitados;

⁴¹² Art. 84. Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

§ 1º A conversão da obrigação em perdas e danos somente será admissível se por elas optar o autor ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente.

§ 2º A indenização por perdas e danos se fará sem prejuízo da multa (art. 287, do Código de Processo Civil).

§ 3º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou após justificação prévia, citado o réu.

§ 4º O juiz poderá, na hipótese do § 3º ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando prazo razoável para o cumprimento do preceito.

§ 5º Para a tutela específica ou para a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz determinar as medidas necessárias, tais como busca e apreensão, remoção de coisas e pessoas, desfazimento de obra, impedimento de atividade nociva, além de requisição de força policial.

⁴¹³ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 127.

por parte das seguradoras⁴¹⁴, passando a estender referido posicionamento para os contratos eletrônicos, conforme se verifica nas ementas a seguir colacionadas referentes ao cancelamento de cadastro em um *site* de leilão virtual e à responsabilidade solidária dos provedores que atuam como intermediadores de venda:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. AÇÃO ORDINÁRIA. INABILITAÇÃO DE CADASTRO NO MERCADO LIVRE. CONDUTA ARBITRÁRIA E UNILATERAL. VIOLAÇÃO DA BOA-FÉ OBJETIVA. INOBSERVÂNCIA AO DEVER ANEXO DA COLABORAÇÃO, PARA FINS DE PRESERVAÇÃO DO CONTRATO. CARACTERIZAÇÃO DE ATO ILÍCITO OBJETIVO DE NATUREZA EXTRA CONTRATUAL. PARCIAL PROCEDÊNCIA DOS PEDIDOS INICIAIS. A boa-fé prevista no artigo 422 do Código Civil representa regra de conduta adequada às relações negociais, correspondendo às expectativas legítimas que as partes depositam na negociação. Demonstrado nos autos a conduta arbitrária, unilateral e desarrazoada do Mercado Livre, de inabilitar usuário que obedecia aos termos e condições do contrato de prestação de serviço relativo à utilização do site, premiado com medalha destinada aos melhores

⁴¹⁴ DIREITO DO CONSUMIDOR. CONTRATO DE SEGURO DE VIDA, RENOVADO ININTERRUPTAMENTE POR DIVERSOS ANOS. CONSTATAÇÃO DE PREJUÍZOS PELA SEGURADORA, MEDIANTE A ELABORAÇÃO DE NOVO CÁLCULO ATUARIAL. NOTIFICAÇÃO, DIRIGIDA AO CONSUMIDOR, DA INTENÇÃO DA SEGURADORA DE NÃO RENOVAR O CONTRATO, OFERECENDO-SE A ELE DIVERSAS OPÇÕES DE NOVOS SEGUROS, TODAS MAIS ONEROSAS. CONTRATOS RELACIONAIS. DIREITOS E DEVERES ANEXOS. LEALDADE, COOPERAÇÃO, PROTEÇÃO DA SEGURANÇA E BOA FÉ OBJETIVA. MANUTENÇÃO DO CONTRATO DE SEGURO NOS TERMOS ORIGINALMENTE PREVISTOS. RESSALVA DA POSSIBILIDADE DE MODIFICAÇÃO DO CONTRATO, PELA SEGURADORA, MEDIANTE A APRESENTAÇÃO PRÉVIA DE EXTENSO CRONOGRAMA, NO QUAL OS AUMENTOS SÃO APRESENTADOS DE MANEIRA SUAVE E ESCALONADA. 1. No moderno direito contratual reconhece-se, para além da existência dos contratos descontínuos, a existência de contratos relacionais, nos quais as cláusulas estabelecidas no instrumento não esgotam a gama de direitos e deveres das partes. 2. Se o consumidor contratou, ainda jovem, o seguro de vida oferecido pela recorrida e se esse vínculo vem se renovando desde então, ano a ano, por mais de trinta anos, a pretensão da seguradora de modificar abruptamente as condições do seguro, não renovando o ajuste anterior, ofende os princípios da boa fé objetiva, da cooperação, da confiança e da lealdade que deve orientar a interpretação dos contratos que regulam relações de consumo. 3. Constatado prejuízos pela seguradora e identificada a necessidade de modificação da carteira de seguros em decorrência de novo cálculo atuarial, compete a ela ver o consumidor como um colaborador, um parceiro que a tem acompanhado ao longo dos anos. Assim, os aumentos necessários para o reequilíbrio da carteira têm de ser estabelecidos de maneira suave e gradual, mediante um cronograma extenso, do qual o segurado tem de ser cientificado previamente. Com isso, a seguradora colabora com o particular, dando-lhe a oportunidade de se preparar para os novos custos que onerarão, ao longo do tempo, o seu seguro de vida, e o particular também colabora com a seguradora, aumentando sua participação e mitigando os prejuízos constatados. 4. A intenção de modificar abruptamente a relação jurídica continuada, com simples notificação entregue com alguns meses de antecedência, ofende o sistema de proteção ao consumidor e não pode prevalecer. 5. Recurso especial conhecido e provido. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.073.595/MG. Recorrente: Alvin Rocha da Silva. Recorrido: Sul América Seguros de Vida e Previdência S/A. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Brasília, 29 abr. 2011.

vendedores, e que possuía 100% das qualificações positivas, resta caracterizada a violação positiva do contrato, por descumprimento do dever anexo de cooperação ou colaboração, que visa à manutenção do contrato. Suspeita do réu acerca de inabilitação anterior do cadastro da autora que não se confirmou minimamente. O descumprimento de deveres anexos consubstancia ilícito de natureza objetiva, ensejando indenização pelos prejuízos suportados pela requerente. Parcial procedência do pleito inicial, para o fim de determinar a reabilitação do cadastro da parte demandante, com todas os benefícios e qualificações anteriores à inabilitação, bem como para condenar o réu ao pagamento de indenização por dano moral, devidamente comprovado no caso em razão da péssima reputação que o usuário ficou na plataforma virtual vendas, sendo desacolhido o pedido a título de lucros cessantes. Sucumbência redimensionada. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO À UNANIMIDADE.⁴¹⁵

INDENIZAÇÃO - COMPRA EFETUADA MEDIANTE BUSCA EM "SITE" DE COMPARAÇÃO DE PREÇOS - LOJA CADASTRADA PELO "SITE" - RELAÇÃO DE CONFIANÇA - RESPONSABILIDADE PELA INIDONEIDADE DA LOJA INDICADA. - O "site" que divulga ofertas e viabiliza a compra junto a lojas virtuais previamente cadastradas e submetidas a triagem de segurança, gera no consumidor que nele confia a sensação de segurança na contratação, devendo responder pelos prejuízos gerados em razão de negócio celebrado com loja inidônea por ele indicada.⁴¹⁶

No que tange aos deveres específicos da boa-fé para o meio virtual, merece referência a decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, já citada na primeira parte deste trabalho, que reconheceu a necessidade de confirmação individual e de perenização do consenso na formação do contrato de prestação de serviços educacionais à distância. No caso em tela, foi ajuizada ação de cobrança de mensalidades de serviços educacionais pela prestadora de serviços de ensino à distância em face da consumidora, sob a alegação de que ela aderiu ao contrato de prestação de serviços por intermédio do site que mantém na rede mundial de computadores, tendo sido gerado um documento com código eletrônico após a adesão.

Todavia, a ação foi julgada improcedente, assim como o recurso de apelação da fornecedora, diante da ausência (a) de qualquer confirmação enviada por e-mail à consumidora do serviço contratado; (b) de comprovação

⁴¹⁵ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70041956384. Apelante: Laiza Burger Pozzebon. Apelado: MercadoLivre.com Atividades de Internet. Relatora: Desa. Liege Puricelli Pires. Porto Alegre, 10 nov. 2011.

⁴¹⁶ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível n. 1.0086.08.021605-3/001. Apelante: Heyder Freire Barbosa. Apelado: E-Commerce Media Group Informação Tecnológica Ltda. Relator: Des. Mota e Silva. Belo Horizonte, 18 fev. 2011.

da manifestação de vontade da consumidora em aderir ao contrato; e (c) de documentos que demonstrassem a utilização dos serviços pela demandada. Esse importante aresto garante a reconstrução da confiança dos consumidores no comércio eletrônico ao exigir que o fornecedor empregue os meios necessários para oferecer uma maior transparência e uma “formalidade informativa forte”⁴¹⁷ na contratação. O acórdão em questão restou assim ementado:

APELAÇÃO CIVEL. CONSUMIDOR. INCIDÊNCIA DA LEI 8.078/90. AÇÃO DE COBRANÇA. RITO SUMÁRIO. SERVIÇO DE EDUCAÇÃO À DISTÂNCIA. CONTRATO PREENCHIDO PELA CONSUMIDORA VIA INTERNET. TESE DEFENSIVA NO SENTIDO DE QUE NÃO EFETIVOU QUALQUER CURSO, MAS TÃO SOMENTE CONSULTOU AS CONDIÇÕES DO MESMO NO SÍTIO ELETRÔNICO. PRESUNÇÃO DE VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR. ATUAÇÃO NO COMÉRCIO ELETRÔNICO FACTÍVEL AO ERRO, PORQUANTO O CONSUMIDOR, POR MAIS HÁBIL, NÃO É ESPECIALISTA E NEM TÉCNICO DO COMÉRCIO VIRTUAL. POSTULADO DA BOA FÉ QUE EXIGE CUIDADOS A SEREM TOMADOS PELOS PRESTADORES DOS SERVIÇOS. NECESSIDADE DE CONFIRMAÇÃO DA CONTRATAÇÃO, PELO MENOS, MEDIANTE NOTIFICAÇÃO POR E-MAIL. TODAVIA, EM SE TRATANDO DE CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO ON LINE, CUJA EXECUÇÃO SE PROTRAI NO TEMPO, RAZOÁVEL CONDICIONAR A RATIFICAÇÃO DA MATRÍCULA AO ENVIO DO CONTRATO ASSINADO PELO ESTUDANTE, POR CORREIO. FALTA DE CUIDADO QUE GERA INSEGURANÇAS E INCERTEZAS NO COMÉRCIO VIRTUAL. ALÉM DISSO, A UNIVERSIDADE NÃO COMPROVOU QUE O SERVIÇO FOI EFETIVAMENTE UTILIZADO, O QUE PODERIA SER FEITO COM A APRESENTAÇÃO DE RELATÓRIO DE FREQUENCIA NAS AULAS, OU DAS RESPOSTAS POSTADAS NAS PROVAS. DEMANDANTE QUE NÃO COMPROVOU OS FATOS CONSTITUTIVOS DE SEU DIREITO, NA FORMA DO ARTIGO 333, I, DO CPC. MANUTENÇÃO DA IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO E DA PROCEDÊNCIA DO PEDIDO CONTRAPOSTO. FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. CANCELAMENTO DO DÉBITO. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL FIXADA NO MONTANTE DA DÍVIDA (R\$ 993,21), QUE ATENDE A LÓGICA DO RAZOÁVEL. Recurso a que se nega seguimento, na forma do artigo 557, caput, do CPC.⁴¹⁸

Diante do exposto, constata-se que os operadores do direito estão empregando os recursos jurídicos de que dispõem como forma de limitar

⁴¹⁷ MARQUES, Claudia 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. 142.

⁴¹⁸ RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n.º 0001637-55.2011.8.19.0079. Apelante: Pontifícia Universidade Católica De Minas Gerais. Apelado: Marcia Assis Gonzaga. Relator: Des. Myriam Medeiros. Rio de Janeiro, 12 mar. 2013.

práticas fraudulentas e desleais por parte dos fornecedores e garantir a efetividade das normas que tutelam o consumidor. O diálogo das fontes é um importante instrumento para assegurar que o direito não se torne um sistema autônomo da realidade, bem como para desenvolver a confiança dos consumidores na utilização dessas novas tecnologias de rede global, contribuindo para um desenvolvimento social harmônico e um crescimento econômico equilibrado.

Todavia, conforme será demonstrado a seguir, o comércio eletrônico necessita de um tratamento legislativo especializado para que haja uma transposição dessas conquistas advindas do esforço hermenêutico dos juristas brasileiros ao microsistema consumerista, bem como para que seja procedida uma adaptação dos conceitos jurídicos à nova realidade virtual.

3.2 O TRATAMENTO LEGISLATIVO ESPECIALIZADO COMO REFORÇO DA CONFIANÇA DOS CONSUMIDORES

A revolução promovida pelas tecnologias informacionais permitiu que o homem ultrapassasse as barreiras geográficas e temporais, transportando-o para espaços virtuais preenchidos por inumeráveis e perenes informações. Conforme assevera Lévy, “[a]s tecnologias digitais surgiram, então, como a infraestrutura do ciberespaço, novo espaço de comunicação, de sociabilidade, de organização de transação, mas também novo mercado da informação e do conhecimento”⁴¹⁹.

Esse novo ciberespaço acabou por surpreender o Estado que, num primeiro momento, não estava preparado, no que se refere ao seu arcabouço legal, para o surgimento desse ambiente *on-line*, para a virtualização da sociedade e para o que Oppo⁴²⁰ denominou de desumanização contratual. O surgimento desse novo domínio legal a ser explorado trouxe inúmeras reflexões sobre a necessidade de ocupação do ambiente virtual pelo Estado, sugerindo alguns que passaríamos a viver numa espécie de ambiente

⁴¹⁹ LÉVY, Pierre. *Cibercultura*. São Paulo: Editora 34, 1999, p. 32.

⁴²⁰ OPPO, Giorgio. *Disumanizzazione del contratto? Rivista Di Diritto Civile*, Padova: Giufre, parte 2, p. 525-533, 1998.

anárquico autogerenciado⁴²¹, enquanto outros afirmam que nada mudou de substancial, bastando transpor e aperfeiçoar as regras existentes⁴²².

Esse debate sobre quem deve regular a internet, inspirado nas análises de Mayer-Schönberger⁴²³, Smith⁴²⁴ e Souza⁴²⁵, pode ser distribuído em quatro espécies de discursos: (a) “negativista”⁴²⁶ ou “escola do libertarismo digital”⁴²⁷; (b) “escola estruturalista digital”⁴²⁸ ou “escola da arquitetura”⁴²⁹; (c) “tradicionalista”⁴³⁰; (d) “ciberinternacionalista”⁴³¹. Essa partição em quatro discursos engloba as principais doutrinas sobre como regular a internet, que conseqüentemente refletirão nas discussões que começam a florescer no

⁴²¹ JOHNSON, David R.; POST, David G. Law and Borders - The rise of law in cyberspace. *Stanford Law Review*, v. 48, n. 5, p. 1367-1402, 1996; BARLOW, John Perry. *A declaration of the Independence of cyberspace*. 1996. Disponível em: <http://w2.eff.org/Misc/Publications/John_Perry_Barlow/barlow_0296.declaration.txt>. Acesso em: 26 nov. 14.

⁴²² EASTERBROOK, Frank H. Cyberspace and the law of the horse. *University of Chicago Legal Forum*, n. 207, 1996. Disponível em: <<https://www.law.upenn.edu/law619/f2001/week15/easterbrook.pdf>>. Acesso em: 26 nov. 14.

⁴²³ O professor Mayer-Schönberger do *Oxford Internet Institute*, o qual foca na questão da regulação em âmbito internacional, divide os discursos em: a) ciberseparatista; b) tradicionalista; e c) ciberinternacionalista. MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor. The shape of governance: Analyzing the world of internet regulation. *Virginia Journal of International Law*, n. 46, 2003, p. 7-29. Disponível em: <<http://www.vmsweb.net/attachments/Govshape.pdf>>. Acesso em: 26 nov. 14.

⁴²⁴ Smith foca sua análise nos discursos ciberseparatistas, subdividindo-os em: (a) escola do libertarismo digital; e (b) escola estruturalista digital. SMITH, Bradford L. The third industrial revolution: policymaking for the internet. *The Columbia Science and Technology Law Review*, v. 3, 2001, p. 11. Disponível em: <<http://www.stlr.org/cite.cgi?volume=3&article=1>>. Acesso em: 26 nov. 14.

⁴²⁵ Souza estrutura sua análise em quatro construções teóricas, sendo elas: (a) teoria negativista; (b) teoria da escola da arquitetura; (c) teoria de aplicação da norma jurídica interna; (d) teoria de regulação por tratados internacionais. SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes. *Lesões nos contratos eletrônicos na sociedade da informação: teoria e prática na juscibernética no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 45-48.

⁴²⁶ SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes. *Lesões nos contratos eletrônicos na sociedade da informação: teoria e prática na juscibernética no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 45-48.

⁴²⁷ SMITH, Bradford L. The third industrial revolution: policymaking for the internet. *The Columbia Science and Technology Law Review*, v. 3, 2001, p. 11. Disponível em: <<http://www.stlr.org/cite.cgi?volume=3&article=1>>. Acesso em: 26 nov. 14.

⁴²⁸ SMITH, Bradford L. The third industrial revolution: policymaking for the internet. *The Columbia Science and Technology Law Review*, v. 3, 2001, p. 11. Disponível em: <<http://www.stlr.org/cite.cgi?volume=3&article=1>>. Acesso em: 26 nov. 14.

⁴²⁹ SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes. *Lesões nos contratos eletrônicos na sociedade da informação: teoria e prática na juscibernética no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 45-48.

⁴³⁰ MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor. The shape of governance: Analyzing the world of internet regulation. *Virginia Journal of International Law*, n. 46, 2003, p. 7-29. Disponível em: <<http://www.vmsweb.net/attachments/Govshape.pdf>>. Acesso em: 26 nov. 14.

⁴³¹ MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor. The shape of governance: Analyzing the world of internet regulation. *Virginia Journal of International Law*, n. 46, 2003, p. 7-29. Disponível em: <<http://www.vmsweb.net/attachments/Govshape.pdf>>. Acesso em: 26 nov. 14.

Souza também segue o mesmo raciocínio

legislativo brasileiro acerca de normas dispendo sobre a internet e as relações comerciais nela estabelecidas.

O primeiro discurso é o “negativista”⁴³² ou da “escola do libertarismo digital”⁴³³, surgido nos primórdios da internet, que descreve o ambiente virtual como uma organização social apartada do mundo real, não sendo as normas nacionais aplicáveis a esse domínio desprovido de fronteiras. Os libertaristas digitais entendem que o ciberespaço não pode ser controlado ou governado, sob o fundamento de que a comunicação global dos computadores “atravessa as fronteiras territoriais, criando um novo campo de atividade humana e minando a viabilidade – e legitimidade – de leis baseadas em limites geográficos”, de modo que surge uma nova fronteira, “feita de telas e senhas que separam o mundo virtual do ‘mundo real’ dos átomos”⁴³⁴. Essa liberdade ampla e irrestrita autorizaria que a própria comunidade *on-line* desenvolvesse um padrão comportamental ditado “pela ética, pelo interesse próprio esclarecido e pelo bem comum”⁴³⁵.

Essa visão romantizada do ciberespaço é suplantada pelas regras comerciais de um mundo globalizado e por uma espécie de darwinismo social, ou seja, “quem gritar mais alto será notado primeiro”⁴³⁶. O modelo proposto no discurso “negativista” representaria o retorno aos princípios voluntaristas do Estado Liberal analisados anteriormente, calcado em postulados de igualdade e liberdade meramente formais.

⁴³² SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes. *Lesões nos contratos eletrônicos na sociedade da informação: teoria e prática na juscibernética no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 46.

⁴³³ SMITH, Bradford L. The third industrial revolution: policymaking for the internet. *The Columbia Science and Technology Law Review*, v. 3, 2001, p. 11. Disponível em: <<http://www.stlr.org/cite.cgi?volume=3&article=1>>. Acesso em: 26 nov. 14.

⁴³⁴ JOHNSON, David R.; POST, David G. Law and Borders - The rise of law in cyberspace. *Stanford Law Review*, v. 48, n. 5, p. 1367, 1996. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=535>>. Acesso em: 26 nov. 14.

⁴³⁵ BARLOW, John Perry. *A declaration of the Independence of cyberspace*. 1996. Disponível em: <http://w2.eff.org/Misc/Publications/John_Perry_Barlow/barlow_0296.declaration.txt>. Acesso em: 26 nov. 14.

⁴³⁶ MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor. The shape of governance: Analyzing the world of internet regulation. *Virginia Journal of International Law*, n. 46, 2003, p. 19. Disponível em: <<http://www.vmsweb.net/attachments/Govshape.pdf>>. Acesso em: 26 nov. 14.

O segundo discurso, que faz um contraponto a essa ciberanarquia, é o “estruturalismo digital”⁴³⁷ ou “escola da arquitetura” desenvolvido principalmente por Lessig⁴³⁸, que, por um lado, se alinha à ideia de que a internet é livre e, como qualquer sociedade livre, deve se autorregular; mas, por outro lado, refuta a concepção libertária de que é impossível criar um sistema regulatório mínimo de convivência no ambiente virtual. A máxima “Code is law”⁴³⁹ aponta que a resposta para a regulação do ciberespaço está na própria estrutura da rede e não no ambiente burocrático de uma legislatura nacional. Conforme afirma Lessig, a arquitetura da internet “é a sua política”⁴⁴⁰.

Surgem alguns questionamentos quanto a esta última proposta ciberseparatista: sendo esse poderoso instrumento de comunicação utilizado por “pessoas reais”, que vivem no “mundo físico”, porque não aplicar as normas estatais? Qual a força coercitiva de uma autorregulação? Quem arquitetaria o código fonte⁴⁴¹? Esse discurso oferece muito mais questionamentos do que respostas satisfatórias, demonstrando que autogovernar-se no ambiente virtual deve restringir-se a comunidades pequenas ou atos que não necessitem da intervenção estatal, e não à rede mundial de computadores como um todo.

⁴³⁷ SMITH, Bradford L. The third industrial revolution: policymaking for the internet. *The Columbia Science and Technology Law Review*, v. 3, 2001, p. 11. Disponível em: <<http://www.stlr.org/cite.cgi?volume=3&article=1>>. Acesso em: 26 nov. 14.

⁴³⁸ Veja LESSIG, Lawrence. *Code version 2.0*. New York: Perseus Books, 2006.

⁴³⁹ LESSIG, Lawrence. *Code version 2.0*. New York: Perseus Books, 2006, p. 5.

⁴⁴⁰ LESSIG, Lawrence. *Code version 2.0*. New York: Perseus Books, 2006, p. 24.

⁴⁴¹ Interessante paralelo pode ser feito com as políticas e princípios de uso das páginas e programas da empresa Google, que gerou interessante debate sobre os limites para o uso das informações privadas dos internautas e como os governos podem proteger eventuais abusos praticados por essas empresas. O debate internacional estabelecido demonstra que temas como privacidade, controle da internet pelos Estados e gerenciamento do ambiente virtual por grandes corporações passaram a fazer parte da agenda pública de diversos países. Os professores do Centro de Tecnologia e Sociedade da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro, Carlos Affonso Pereira de Souza e Ronaldo Lemos, comentaram sobre o assunto nos meios de comunicação, apontando ser essa nova política do Google muito ampla e pouco transparente, gerando um debate que poderá fortalecer aliança entre governo e sociedade. A íntegra das matérias está disponível em: <<http://oglobo.globo.com/tecnologia/politica-de-privacidade-da-google-pouco-transparente-diz-especialista-4218063>>; <http://gazetaonline.globo.com/_conteudo/2012/03/a_gazeta/indice/vida/1134160-giro-digital.html>; <<http://www.info4.com.br/gomateria.asp?cod=604958&nome=1432&cliente=1432>>; <<http://culturadigital.br/dadospessoais/ronaldo-lemos-menciona-debate-sobre-dadospessoais-em-entrevista/>>. Acesso em: 26 nov. 14.

O terceiro discurso é o “tradicionalista” fundado na concepção de que o Estado é o agente mais apropriado para a regulação do ciberespaço. Cabe ao Estado, por intermédio de sua legitimação e de seu procedimento democráticos, criar normas jurídicas internas que definam como tratar essas novas situações oriundas do avanço tecnológico e estabelecer os requisitos mínimos para sua utilização. Os críticos desse posicionamento indagam sobre a legitimidade de uma lei nacional frente a uma rede global de computadores com centenas de leis nacionais diferentes e, em alguns casos, até contraditórias⁴⁴².

Surge então o discurso “ciberinternacionalista”, o qual reconhece no ciberespaço uma comunidade globalizada, cabendo ao direito internacional regulá-la, uma vez que os endereços de IP nem sempre correspondem à localização física do usuário e as informações transmitidas podem aparecer simultaneamente em diversas jurisdições e transpor as barreiras territoriais sem qualquer detecção⁴⁴³.

Da mesma forma que as duas propostas anteriores, algumas críticas podem ser feitas à aplicação isolada da teoria internacionalista, principalmente no que se refere ao consenso entre os agentes internacionais. Como garantir o consenso internacional sobre esse estratégico instrumento de comunicação contemporâneo sem que se acabe por regulá-lo insuficiente e tardiamente? Uma solução parcial seria o desenvolvimento de integrações regionais com o intento de promover a harmonização das legislações entre os Estados-partes, permitindo um nível adequado de coação para o cumprimento das regras⁴⁴⁴.

Os quatro discursos regulatórios não devem ser descartados mediante a aplicação da lógica binária do sim ou não, pelo contrário, devem convergir para o ambiente virtual e complementarem as deficiências que cada um apresenta. Mediante uma aplicação conjunta dessas diferentes concepções consegue-se

⁴⁴² MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor. The shape of governance: Analyzing the world of internet regulation. *Virginia Journal of International Law*, n. 46, 2003, p. 8. Disponível em: <<http://www.vmsweb.net/attachments/Govshape.pdf>>. Acesso em: 26 nov. 14.

⁴⁴³ GOLDSMITH, Jack L. The internet and the abiding significance of territorial sovereignty. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 5, iss. 2, article 6, 1998, p. 477.

⁴⁴⁴ Veja MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor. The shape of governance: Analyzing the world of internet regulation. *Virginia Journal of International Law*, n. 46, 2003, p. 28. Disponível em: <<http://www.vmsweb.net/attachments/Govshape.pdf>>. Acesso em: 26 nov. 14.

um equilíbrio entre a legitimidade e a coercibilidade da medida adotada para regular o ciberespaço⁴⁴⁵.

Em termos de proteção dos consumidores no comércio eletrônico, deve-se privilegiar a estrutura de regulação estatal, reservando um espaço mais restrito para a autorregulação, tendo em vista ser o consumidor um sujeito vulnerável que necessita da intervenção do Estado para reequilibrar a relação consumidor-fornecedor.

As diretivas europeias são um bom exemplo de convergência do discurso internacionalista com o tradicionalista de regulamentação pelo Estado. É papel da União Europeia definir que objetivos cada Estado-membro deve observar com a transposição da diretiva minimal para o direito interno, garantindo certa flexibilidade para que cada país da UE, dentro de certo prazo, adapte as diretivas às diferentes situações legais nacionais, ao mesmo tempo que as harmoniza.

Supera-se aqui o princípio da autonomia da vontade das partes e estabelece-se uma estrutura de proteção mista em prol do direito e garantia fundamental da proteção dos consumidores, consoante preconiza a Resolução 39/248 de 1985 da ONU, garantindo a efetiva proteção daquele que tem sua vulnerabilidade agravada ao adentrar no mundo virtual.

Transpondo essas reflexões para o cenário brasileiro, constatamos uma regulação insuficiente do ciberespaço tanto no âmbito do direito nacional quanto internacional. Até o presente momento contamos tão somente com o Decreto presidencial n. 7.962, publicado no dia 15 de março de 2013, dispendo sobre comércio eletrônico. Esse decreto regula quais são as informações básicas a respeito do produto, do serviço e do fornecedor que devem constar

⁴⁴⁵ MAYER-SCHÖNBERGER afirma que essas formas de regulamentação da internet devem ser concebidas como os vértices de um triângulo, sem uma hierarquia estrutural, criando um vasto espectro de diferentes opções combinatórias. O autor acrescenta que “[r]egulatory mixes offer some advantages over purely national, international, or community-based governance regimes in cyberspace. They may help enforcement or facilitate legitimacy. But these advantages come at a cost. International governance is time-consuming to set up. Community-based regulations suffer from limited enforcement capabilities. Combining governance modes requires skill. The aim is to find a mix that ameliorates the disadvantages of each mode, and to create a combination that is better than the sum of its parts”. MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor. The shape of governance: Analyzing the world of internet regulation. *Virginia Journal of International Law*, n. 46, 2003, p. 69. Disponível em: <<http://www.vmsweb.net/attachments/Govshape.pdf>>. Acesso em: 26 nov. 14.

no site; a questão do atendimento facilitado ao consumidor; e do direito de arrependimento, conforme será analisado no último ponto.

Antes de adentrar no caso brasileiro, será feita uma breve análise de direito comparado, especialmente o europeu, como forma de comprovar que o ciberespaço não é um ambiente anárquico autogerenciado, sendo imprescindível a presença do Estado para dirigir os negócios jurídicos entre fornecedores e consumidores.

3.2.1 O fortalecimento do arcabouço legal por intermédio de um tratamento legislativo especializado: o exemplo das legislações comparadas

Um dos primeiros esforços regulatórios para remover impedimentos legais aos meios de comunicação eletrônicos no comércio internacional e promover a participação dos países em desenvolvimento no comércio global adveio da UNCITRAL (*United Nations Commission on International Trade Law*), criada pela Assembleia Geral da ONU em 1966⁴⁴⁶.

A preocupação das Nações Unidas em fomentar a harmonização e unificação das normas referentes à troca eletrônica de dados (*electronic data interchange* – EDI) no âmbito internacional teve início em 1985, quando a Assembleia Geral da UNCITRAL aprovou a Resolução n. 40/71, recomendando que os governos e as organizações internacionais garantissem a segurança jurídica na utilização mais ampla possível do processamento automático de dados no comércio internacional⁴⁴⁷.

Em 1996, a Assembleia Geral da UNCITRAL aprovou a Lei Modelo sobre comércio eletrônico (*Model Law on Electronic Commerce*), com a expectativa de ajudar “de maneira significativa a todos los Estados a fortalecer

⁴⁴⁶ UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW. *A guide to UNCITRAL: Basic facts about the United Nations Commission on International Trade Law*. Vienna: UN, 2013, p. 1. Disponível em: <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/general/06-50941_Ebook.pdf>. Acesso em: 26 nov. 14.

⁴⁴⁷ UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW. *Yearbook: Volume XVI: 1985*. New York: UN, 1988, p. 354. Disponível em: <http://www.uncitral.org/pdf/english/yearbooks/yb-1985-e/yb_1985_e.pdf>. Acesso em: 26 nov. 14.

la legislación que rige el uso de métodos de comunicación y almacenamiento de información sustitutivos de los que utilizan papel y a preparar tal legislación en los casos en que carezcan de ella”⁴⁴⁸.

Os principais temas disciplinados pela Lei Modelo são: *a*) a definição de mensagem eletrônica, transmissão eletrônica de dados, remente, destinatário, intermediário e sistema de informação (art. 2.º); *b*) reconhecimento jurídico das mensagens eletrônicas (art. 5.º); *c*) equiparação plena do escrito eletrônico ao convencional (art. 6.º); *d*) assinatura como requisito de validade e os métodos técnicos de identificação (art. 7.º); *e*) a conservação da mensagem em sua forma original, sem modificações posteriores (art. 8.º); *f*) admissibilidade e força probatória das mensagens eletrônicas, não podendo haver qualquer óbice na sua utilização pela sua natureza eletrônica (art. 9.º); *g*) conservação das mensagens eletrônicas (art. 10); *h*) formação, validade e força obrigatória dos contratos (arts. 11 a 13); *j*) confirmação do recebimento da mensagem eletrônica (art. 14); e *k*) definição do tempo e local de envio e recebimento da mensagem eletrônica.

Verifica-se que a principal preocupação do texto é garantir o livre desenvolvimento das relações comerciais eletrônicas, sem que haja a imposição de forma específica⁴⁴⁹ para certas transações ou de qualquer outra barreira legal. Segundo dados da Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional, atualizado até 18 de março de 2014, cinquenta e quatro países já elaboraram legislações baseadas nessa Lei Modelo⁴⁵⁰. Pode-se citar como exemplo o *Uniform Electronic Transactions Act* de 1999 do

⁴⁴⁸ UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW. *Model Law on Electronic Commerce* (1996). New York: NU, 1999. Disponível em: <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N97/763/60/PDF/N9776360.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 26 nov. 14.

⁴⁴⁹ Sobre a desnecessidade de forma específica para os negócios jurídicos no comércio eletrônico, também denominado de “princípio da equivalência funcional”, Santolim esclarece que esse princípio: “determina serem os documentos e contratos eletrônicos dotados da mesma validade e eficácia jurídica que seus congêneres em papel (suporte cartáceo), uma vez que atendam aos requisitos da indelebilidade dos conteúdos e da identificabilidade das partes”. SANTOLIM, Cesar Viterbo Matos. *Os princípios de proteção do consumidor e o comércio eletrônico no direito brasileiro*. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2004, p. 33.

⁴⁵⁰ Informações retiradas do site: <http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/electronic_commerce/1996Model_status.html>. Acesso em 26 nov. 14.

Canadá e o *Uniform Electronic Transactions Act* de 1999 dos Estados Unidos da América, que foram adotados como lei por vários estados desses países.

A UNCITRAL continuou seu trabalho de harmonização e unificação das regras sobre comércio eletrônico internacional, apresentando, em 2001, a Lei Modelo sobre Assinaturas Eletrônicas (*Model Law on Electronic Signatures*). Referido *standard* legal estabelece a equivalência entre assinatura eletrônica e assinatura manuscrita e a necessidade de observância de determinadas regras de condutas pelas partes envolvidas, com o fim de promover a confiança no comércio eletrônico internacional⁴⁵¹.

Outra organização internacional dedicada à regulamentação do comércio eletrônico, com referência expressa à proteção do consumidor, é a OECD (*Organization for Economic Co-operation and Development*). Oficialmente criada em 30 de setembro de 1961, essa organização conta com trinta e quatro Estados trabalhando para promover o crescimento econômico, a criação de empregos, as trocas e o desenvolvimento por intermédio de recomendações práticas de políticas econômicas e sociais⁴⁵².

No ano de 1999, o conselho da OECD aprovou as Diretrizes para Proteção dos Consumidores no Contexto do Comércio Eletrônico (*Guidelines for Consumer Protection in the Context of Electronic Commerce*), das quais o Brasil não é signatário, com o intento de que os países ofereçam uma proteção eficiente e transparente dos consumidores no comércio eletrônico. Essas diretrizes aprovadas pelo conselho consideram que “a confiança dos consumidores no comércio eletrônico é reforçada pelo constante desenvolvimento de mecanismos eficientes e transparentes de proteção dos consumidores, que limitam a presença na Internet de comportamentos comerciais fraudulentos, enganosos ou desleais”⁴⁵³.

⁴⁵¹ UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW. *Model Law on Electronic Signatures* (2001). New York: United Nations, 2002. Disponível em: <<http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/electcom/ml-elecsig-e.pdf>>. Acesso em: 26 nov. 14.

⁴⁵² Informações disponíveis em: <www.oecd.org/history>. Acesso em: 26 nov. 14.

⁴⁵³ ORGANIZAÇÃO DE COOPERAÇÃO E DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. *Diretrizes que regem a proteção dos consumidores no contexto do comércio eletrônico*. Paris: OECD 09 dezembro 1999. Disponível em: <www.oecd.org/sti/consumer/34023696.pdf>. Acesso em: 26 nov. 14.

A segunda parte das *Guidelines* contém os princípios gerais para o *e-commerce*, buscando, preferencialmente, que os consumidores se beneficiem, ao participarem no comércio eletrônico, “de uma protecção transparente e eficiente de um nível pelo menos equivalente ao da protecção assegurada em outras formas de comércio”.

Essa protecção transparente e eficiente é alcançada por intermédio de práticas leais em matéria de comércio, publicidade e comercialização (seção II da segunda parte das Linhas Diretrizes), evitando “quaisquer práticas susceptíveis de serem falsas, enganosas, fraudulentas ou desleais”, bem como disponibilizando “informações que lhes dizem respeito [fornecedores] ou que sejam relativas a bens e serviços que oferecem, [...] de forma clara, visível, exacta e de fácil acesso”.

Ainda quanto às práticas leais no comércio eletrônico, as diretrizes fazem referência ao *spam*, recomendando que “[a]s empresas devem aperfeiçoar e aplicar procedimentos eficazes e fáceis de utilizar que concedam aos consumidores a possibilidade de aceitar ou recusar a recepção de mensagens electrónicas comerciais não solicitadas”, sendo sempre respeitada a escolha dos consumidores.

A seção III da segunda parte das diretrizes traz importante apontamento sobre o fornecimento de informações exatas, claras e de fácil acesso, com a conservação delas em registro adequado, no que se refere à empresa⁴⁵⁴, aos bens e serviços⁴⁵⁵ e aos termos e condições da transação⁴⁵⁶.

⁴⁵⁴ As empresas envolvidas em actividades de comércio electrónico com quaisquer consumidores devem fornecer informações exactas, claras e de fácil acesso sobre si próprias, e que sejam em número suficiente para permitir, no mínimo:

- i) a identificação da empresa – designadamente a denominação e a forma comercial da empresa, o endereço geográfico do estabelecimento principal, o seu endereço electrónico ou outro meio que permita contactar a empresa por via electrónica ou o seu número de telefone; e, se aplicável, um endereço para fins de registo e qualquer número útil de registo ou de licença oficial;
- ii) uma comunicação rápida, fácil e eficiente com a empresa;
- iii) um regulamento apropriado e eficaz dos litígios;
- iv) a notificação de actos processuais; e
- v) a localização da empresa e dos seus administradores pelas autoridades encarregadas da regulamentação e do controlo da aplicação das leis.

⁴⁵⁵ As empresas que participam no comércio electrónico com os consumidores devem fornecer informações exactas e de fácil acesso que descrevam os bens ou serviços oferecidos, em número suficiente para permitir aos consumidores decidir, com conhecimento de causa, comprometer-se ou não na transacção, e que sejam apresentadas de forma a permitir aos consumidores conservar um registo adequado dessas informações.

Quanto ao processo de confirmação da transação (seção IV da segunda parte das Linhas Diretrizes), deve o fornecedor desenvolver mecanismos para que o consumidor possa, antes de concluir a contratação, “reconhecer com exactidão os bens ou serviços que deseja comprar, identificar e corrigir quaisquer erros e modificar a encomenda, exprimir o seu consentimento claro e informado sobre a compra, e conservar um registo completo e exacto da transacção”. Além disso, deve o consumidor poder cancelar a transacção antes de concluir a compra.

As formas de pagamento (seção V), por sua vez, devem ser feitas por intermédio de mecanismos seguros e de fácil utilização, dispondo os consumidores “de informações sobre o nível de segurança que esses mecanismos proporcionam”.

Por fim, merece destaque a seção VII da segunda parte, que aborda a necessidade de um esforço conjunto, público e privado, para que seja assegurada a educação dos consumidores sobre o *e-commerce*⁴⁵⁷.

No ano de 2003, voltando a tratar da proteção dos ciberconsumidores, a OECD elaborou as Linhas Diretrizes que regem a Proteção dos Consumidores contra as Práticas Comerciais Transfronteiriças Fraudulentas e Enganosas

⁴⁵⁶ As empresas que participam no comércio electrónico devem fornecer informações suficientes sobre as modalidades, condições, e custos associados à transacção para permitir aos consumidores decidir, com total conhecimento de causa, comprometer-se ou não na transacção.

De acordo com as necessidades, e se for apropriado tendo em conta a transacção, essas informações devem incluir os seguintes elementos:

- i) a descrição detalhada do conjunto dos custos cobrados e/ou impostos pela empresa;
- ii) a indicação da existência de outros custos normalmente devidos pelo consumidor, não cobrados pela empresa e/ou não impostos pela mesma;
- iii) as condições de entrega ou execução;
- iv) as modalidades, condições e modos de pagamento;
- v) as restrições, limitações ou condições associadas à compra, tal como o acordo obrigatório do pai ou tutor, ou as restrições geográficas ou temporais;
- vi) o modo de utilização e designadamente as advertências relativas a questões de segurança e saúde;
- vii) as informações relativas ao serviço de pós-venda disponível;
- viii) os pormenores e as modalidades em matéria de revogação, resolução, reenvio, troca, anulação e/ou reembolso; e
- ix) as disposições em matéria de garantia comercial e outras;

Todas as informações que façam referência a custos devem indicar a moeda utilizada.

⁴⁵⁷ Os governos, as empresas e os representantes dos consumidores devem trabalhar em conjunto no sentido de garantir a educação dos consumidores sobre o comércio electrónico, promover uma tomada de decisão esclarecida por parte dos consumidores que nele participem, e aumentar a sensibilização das empresas e dos consumidores no quadro de protecção dos consumidores que se aplica às actividades via Internet.

(*Guidelines for Protecting Consumers from Fraudulent and Deceptive Commercial Practices Across Borders*). Os países membros centraram seus esforços no combate ao crescente problema de práticas fraudulentas na internet que causam prejuízos significativos aos consumidores, estabelecendo princípios gerais de cooperação internacional e meios de notificação, compartilhamento de informação e assistência nas investigações de organismos voltados à proteção dos consumidores.

Portanto, o plano de ação da OECD centra-se na formação de confiança dos consumidores dentro de um ciberespaço previsível e seguro, no estabelecimento de uma base legal sólida para o comércio eletrônico, na criação de uma infraestrutura informativa básica e na maximização dos benefícios do comércio eletrônico.

A União Europeia, com intuito de acompanhar a evolução da sociedade da informação, trabalhou na elaboração de uma diretiva que servisse de marco regulatório para os Estados membros. Em 08 de junho de 2000, foi elaborada a Diretiva 2000/31/CE, relativa a certos aspectos legais dos serviços da sociedade da informação, em especial do comércio eletrônico, no mercado interno.

A confiança do consumidor e a segurança jurídica, garantidas por intermédio do estabelecimento de um quadro regulatório geral claro, são empregados como instrumentos a favor da mitigação dos inconvenientes derivados do *e-commerce*, consoante aponta os Considerandos 5 e 7 da diretiva:

(5) O desenvolvimento dos serviços da sociedade de informação na Comunidade é entravado por um certo número de obstáculos legais ao bom funcionamento do mercado interno, os quais, pela sua natureza, podem tornar menos atraente o exercício da liberdade de estabelecimento e a livre prestação de serviços. Esses obstáculos advêm da divergência das legislações, bem como da insegurança jurídica dos regimes nacionais aplicáveis a esses serviços. [...]

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

Em linhas gerais, a Diretiva propõe um alto nível de proteção dos consumidores nas relações virtuais, sem prejuízo das demais normas protetivas estabelecidas por instrumentos comunitários (Considerando 11 da Diretiva 2000/31/CE).

As considerações gerais, contidas no Capítulo I, especificam o âmbito de aplicação e os objetivos das normas; definem termos como “serviços da sociedade da informação”, “prestador de serviços” e “consumidor” para efeitos da diretiva; e expõem quais as medidas a serem adotadas por cada Estado-Membro no mercado interno.

O Capítulo II, Seção 1, refere-se aos princípios decorrentes do regime de estabelecimento e de informação. O art. 5.º desta seção é que merece destaque, porquanto trata das informações gerais a prestar, cabendo aos Estados-Membros assegurar que o prestador do serviço faculte aos destinatários do seu serviço e às autoridades competentes um acesso fácil, direto e permanente a informações como o nome do prestador, o endereço geográfico em que ele se encontra estabelecido, elementos de informação relativos ao prestador de serviços que permitam contatá-lo rapidamente e comunicar direta e efetivamente com ele, e indicação do preço de forma clara e inequívoca com explicitação de quaisquer despesas fiscais e de entrega.

A Seção 2 apresenta os princípios concernentes às comunicações comerciais⁴⁵⁸, tratando o art. 6.º que as informações constantes na publicidade veiculada devem ser claramente identificáveis, facilmente acessíveis e apresentadas de forma clara e inequívoca. O art. 7.º abrange as comunicações comerciais não solicitadas, os infames *spams*, impondo aos Estados-Membros o dever de “tomar medidas que garantam que os prestadores de serviços que

⁴⁵⁸ A definição de “comunicação comercial”, que corresponde ao conceito de publicidade definido pelo Código de Defesa do Consumidor brasileiro, consta na alínea f do art. 2.º da Diretiva 2000/31/CE:

f) ‘Comunicação comercial’: todas as formas de comunicação destinadas a promover, directa ou indirectamente, mercadorias, serviços ou a imagem de uma empresa, organização ou pessoa que exerça uma profissão regulamentada ou uma actividade de comércio, indústria ou artesanato. Não constituem comunicações comerciais:

- as informações que permitam o acesso directo à actividade da sociedade, da organização ou da pessoa, nomeadamente um nome de área ou um endereço de correio electrónico,
- as comunicações relativas às mercadorias, aos serviços ou à imagem da sociedade, organização ou pessoa, compiladas de forma imparcial, em particular quando não existam implicações financeiras;

enviem comunicações comerciais não solicitadas por correio electrónico consultem regularmente e respeitem os registos de opção negativa ('opt-out') onde se podem inscrever as pessoas singulares que não desejem receber esse tipo de comunicações”.

Já a Seção 3 diz respeito aos princípios dos contratos celebrados por meios eletrónicos. O art. 9.º fala serem os contratos eletrónicos dotados de validade e eficácia equivalente aos contratos não eletrónicos, vedando a criação injustificada de obstáculos à utilização desses novos instrumentos contratuais (princípio da equivalência funcional⁴⁵⁹). O art. 10⁴⁶⁰ aponta que informações devem ser prestadas antes de ser dada a ordem de encomenda, instrumento importante para que seja dado algum tempo de reflexão ao consumidor, evitando assim o erro ou a manipulação de sua declaração de vontade. O art. 11⁴⁶¹ determina que os fornecedores acusem a recepção da encomenda feita pelo consumidor, sem atraso injustificado e por meios

⁴⁵⁹ SANTOLIM, Cesar Viterbo Matos. *Os princípios de proteção do consumidor e o comércio eletrônico no direito brasileiro*. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2004, p. 33.

⁴⁶⁰ Artigo 10.o

Informações a prestar

1. Além de outros requisitos de informação constantes da legislação comunitária, os Estados-Membros assegurarão, salvo acordo em contrário das partes que não sejam consumidores, e antes de ser dada a ordem de encomenda pelo destinatário do serviço, que, no mínimo, o prestador de serviços preste em termos exactos, compreensíveis e inequívocos, a seguinte informação:

- a) As diferentes etapas técnicas da celebração do contrato;
- b) Se o contrato celebrado será ou não arquivado pelo prestador do serviço e se será acessível;
- c) Os meios técnicos que permitem identificar e corrigir os erros de introdução anteriores à ordem de encomenda;
- d) As línguas em que o contrato pode ser celebrado.

2. Os Estados-Membros assegurarão, salvo acordo em contrário das partes que não sejam consumidores, que o prestador indique os eventuais códigos de conduta de que é subscritor e a forma de consultar electronicamente esses códigos.

3. Os termos contratuais e as condições gerais fornecidos ao destinatário têm de sê-lo numa forma que lhe permita armazená-los e reproduzi-los.

⁴⁶¹ Artigo 11.o

Ordem de encomenda

1. Os Estados-Membros assegurarão, salvo acordo em contrário das partes que não sejam consumidores, que, nos casos em que o destinatário de um serviço efectue a sua encomenda exclusivamente por meios electrónicos, se apliquem os seguintes princípios:

- o prestador de serviços tem de acusar a recepção da encomenda do destinatário do serviço, sem atraso injustificado e por meios electrónicos,
- considera-se que a encomenda e o aviso de recepção são recebidos quando as partes a que são endereçados têm possibilidade de aceder a estes.

2. Os Estados-Membros assegurarão, salvo acordo em contrário das partes que não sejam consumidores, que o prestador de serviços ponha à disposição do destinatário do serviço os meios técnicos adequados, eficazes e acessíveis, que lhe permitam identificar e corrigir erros de introdução antes de formular a ordem de encomenda.

eletrônicos, e ponham à disposição dos consumidores meios técnicos que permitam identificar e corrigir erros de introdução antes de formular o pedido.

A Seção 4 refere-se aos princípios decorrentes da responsabilidade dos prestadores intermediários de serviços, nos casos de simples transporte, armazenagem temporária (*caching*) e armazenagem em servidor. Por fim, aborda a ausência de obrigação geral de vigilância por parte dos fornecedores sobre as informações que transmitam ou armazenem, ou uma obrigação geral de procurar ativamente fatos ou circunstâncias que indiciem ilicitudes.

O Capítulo III diz respeito à aplicação da diretiva. O art. 16 refere a necessidade de códigos de condutas a nível comunitário, a serem redigidos por associações e organizações de comerciantes, profissionais ou consumidores. Os arts. 17 e 18 trazem a importância da criação de mecanismos de resolução extrajudicial dos conflitos e, nos casos em que isso não for possível, que as ações judiciais “permitam a rápida adoção de medidas, inclusive medidas transitórias, destinadas a pôr termo a alegadas infrações e a evitar outros prejuízos às partes interessadas”. Por fim, os arts. 19 e 20 mencionam a necessidade de cooperação entre os Estados-Membros e de previsão de sanções nos ordenamentos nacionais que sejam efetivas, proporcionais e dissuasivas.

Essa diretiva minimal, como enuncia o Considerando 10⁴⁶², estabelece patamares mínimos de proteção do consumidor, não havendo óbice à elaboração de normas pelos Estados-Membros que confirmem um grau superior de proteção ao ciberconsumidor.

Mantendo-se no âmbito da União Europeia, em 31 de julho de 2002, entrou em vigor a Diretiva 2002/58/CE, relativa ao tratamento de dados pessoais e à proteção da privacidade dos consumidores, novamente com o objetivo de despertar a confiança dos usuários dessas novas tecnologias

⁴⁶² (10) De acordo com o princípio da proporcionalidade, as medidas previstas na presente directiva limitam-se ao mínimo estritamente necessário para alcançar o objectivo do correcto funcionamento do mercado interno. Sempre que seja necessário intervir a nível comunitário, e a fim de garantir a existência de um espaço efectivamente isento de fronteiras internas no que diz respeito ao comércio electrónico, a presente directiva deve assegurar um alto nível de protecção dos objectivos de interesse geral, em especial a protecção dos menores e da dignidade humana, a defesa do consumidor e a protecção da saúde pública. Nos termos do artigo 152.o do Tratado, a protecção da saúde é uma componente essencial das outras políticas da Comunidade.

mediante o estabelecimento de disposições legislativas, regulamentares e técnicas, apontando, em seu Considerando 6, que:

(6) A internet está a derrubar as tradicionais estruturas do mercado, proporcionando uma infra-estrutura mundial para o fornecimento de uma vasta gama de serviços de comunicações electrónicas. Os serviços de comunicações electrónicas publicamente disponíveis através da internet abrem novas possibilidades aos utilizadores, mas suscitam igualmente novos riscos quanto aos seus dados pessoais e à sua privacidade.

Em linhas gerais, essa legislação privilegia o consentimento dos usuários quanto ao tratamento de seus dados pessoais, que deve ser expresso de forma livre, específica e informada. Ademais, obriga os fornecedores a tomarem medidas adequadas para garantir a segurança dos seus serviços e informarem os consumidores sobre quaisquer riscos específicos de violação da segurança da rede.

Os *cookies*, nos termos da diretiva, são autorizados quando usados legitimamente pelos fornecedores, ou seja, somente para facilitar a relação de consumo mediante autorização do usuário. Essa autorização está condicionada ao fornecimento prévio de informações claras e precisas acerca da finalidade desse instrumento e de quais informações serão coletadas. Com isso, os Países-Membros passam a coibir a propagação indiscriminada de dados pessoais e a grave intrusão na privacidade dos consumidores.

No que se refere ao *spam*, a diretiva passou a adotar, em seu art. 13, o modelo *opt-in* de controle de dados ao afirmar que a mensagem eletrônica não solicitada “para fins de comercialização directa apenas pode ser autorizada em relação a assinantes que tenham dado o seu consentimento prévio”. O silêncio do consumidor⁴⁶³ deixa de ser interpretado como anuência ao recebimento de *spams*, devendo agora essas mensagens serem enviadas somente àqueles

⁴⁶³ Como esclarece Marques: “pode-se afirmar que, no mundo virtual, o silêncio não significa aceitação dos consumidores e sim indício de que um ato comercial dos fornecedores pode ser abusivo, a violar a confiança dos consumidores perante os profissionais, os fornecedores do comércio eletrônico. A vontade do consumidor neste meio pode ser expressa por palavras ou atos (tocar símbolos, ícones, fazer *clicks* – *point and click agreements*, *click-wrap agreements* –, condutas sociais típicas etc.), mas não presumida do silêncio”. 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. 271.

que revelam expresse interesse em recebê-las. Havendo uma relação negocial prévia com o fornecimento de e-mail pelo consumidor, o envio de mensagens é autorizado, desde que “aos clientes tenha sido dada clara e distintamente a possibilidade de recusarem, de forma gratuita e fácil, a utilização dessas coordenadas eletrônicas de contacto no momento da respectiva recolha e por ocasião de cada mensagem, quando o cliente não tenha inicialmente recusado essa utilização” (art. 13, n. 2).

Em 25 de outubro de 2011, o Parlamento Europeu e o Conselho promoveram alterações no regime dos contratos de consumo à distância e à domicílio com a Diretiva 2011/83/EU. Sob a justificativa de que o potencial das vendas à distância não estava sendo integralmente explorado e que o crescimento do comércio eletrônico transfronteiriço foi limitado nos últimos anos, as Diretivas 85/577/CEE, relativa à proteção dos consumidores no caso de contratos negociados fora dos estabelecimentos comerciais, e 97/7/CE, relativa à proteção dos consumidores em matéria de contratos à distância, foram revistas⁴⁶⁴.

Interessante apontar que essa última reforma promovida pela União Europeia foi feita por intermédio de uma diretiva de harmonização total, de modo que os “Estados-Membros não devem manter ou introduzir na sua legislação nacional disposições divergentes das previstas na presente directiva, nomeadamente disposições mais ou menos estritas, que tenham por objectivo garantir um nível diferente de protecção dos consumidores, salvo disposição em contrário na presente directiva”⁴⁶⁵.

⁴⁶⁴ Consta também no Considerando (2): “(2) Essas directivas foram revistas à luz da experiência adquirida, com vista a simplificar e actualizar as regras aplicáveis, eliminar incoerências e colmatar as lacunas indesejáveis dessas regras. Essa revisão mostrou ser conveniente substituir as duas directivas em questão por um único instrumento, a presente directiva. Por conseguinte, a presente directiva deverá estabelecer normas-padrão para os aspectos comuns dos contratos à distância e dos contratos celebrados fora do estabelecimento comercial, afastando-se do princípio de harmonização mínima subjacente às directivas anteriores e permitindo aos Estados-Membros manter ou adoptar regras nacionais”. UNIÃO EUROPEIA. Diretiva 2011/83/EU do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de outubro de 2011. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2011:304:0064:01:PT:HTML>>. Acesso em: 26 nov. 14.

⁴⁶⁵ Art. 4.º da Diretiva 2011/83/UE. UNIÃO EUROPEIA. Diretiva 2011/83/EU do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de outubro de 2011. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2011:304:0064:01:PT:HTML>>. Acesso em: 26 nov. 14.

Apesar da harmonização total das informações a serem prestadas aos consumidores e do direito de retratação ter a aparência de uma grande alteração em benefício de um nível elevado de proteção dos consumidores, Marques e Mendes trazem uma visão mais acurada do futuro que desponta com a entrada em vigor da nova diretiva, afirmando que:

Em uma primeira leitura, parece se tratar de uma “minirreforma” ambígua: é transversal ou “horizontal” no direito dos contratos (muda as exigências de forma, de informação e o direito de arrependimento em quase todos os temas de consumo) e máxima (não permite mais que os países mantenham em suas leis nacionais regras mais protetivas dos consumidores, na chamada “harmonização total” do art. 4.º, daí que seria de se esperar que fosse uma reforma muito “poderosa”; mas a “minirreforma” é tão pontual (a própria diretiva excepciona vários temas, como os serviços públicos e vários contratos, como os de saúde, de jogos, de serviços financeiros outros que a distância e acessório ao consumo, referente à imóveis, à leasing, à time-sharing, à pacotes de viagens, à contratos realizados com distribuidores automáticos e máquinas, na telefonia, e contratos inferiores a 50 euros etc.), que acaba criando um regime de “harmonização” bastante complexo, surpreendentemente fragmentado e mesmo que em teoria “total”!

Fato é que entrou em vigor em dezembro de 2011, para os 27 países europeus, esta nova diretiva máxima (ou de harmonização total), a Diretiva 2011/83 relativa aos direitos dos consumidores, que merece nossos comentários e atenção. Efetivamente, a polêmica²⁶ proposta inicial, em 2008, objetivava reformar as diretivas sobre proteção do consumidor e uni-las em um único texto obrigatório para os Estados, como se fosse um Código Europeu do Consumo, que estabeleceria o nível máximo de proteção dos consumidores em toda a região da União Europeia. A doutrina e a prática foram contra esta “unificação de cima para baixo” do Direito do consumidor nacional, os Estados preferiram apostar no regime “opcional” do CFR (*Common Frame of Reference* ou Quadro-Comum de Referência, um Código de regras para contratos civis e de consumo que pode ser escolhido - soft law ou *raptio scripta communis* - nos contratos de adesão transfronteiriços como lei aplicável e que incorpora todas as diretivas existentes ou *acquis communautaire*) que, por sua voluntariedade, acaba realizando uma unificação do direito do consumidor nacional de “baixo para cima”) e o Parlamento Europeu ouviu a reclamação do movimento consumerista - de perigo de retrocesso do direito nacional - e reduziu fortemente o alcance da Diretiva, introduzindo até a última hora inúmeras exceções, como se observa dos considerandos, que sempre citam a necessidade de se manter um nível elevado de proteção dos consumidores.⁴⁶⁶

⁴⁶⁶ MARQUES, Cláudia Lima; MENDES, Laura Schertel Ferreira. Direito europeu muda nos contratos a distância e a domicílio: A nova Diretiva 2011/83 relativa aos direitos dos consumidores atualiza regime do arrependimento, das cláusulas abusivas, do crédito acessório ao consumo, da informação em geral e do comércio eletrônico. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: Revista dos Tribunais, v.21, n.81, p.339-404, jan./mar. 2012.

Não obstante esses preocupantes apontamentos, inegável que a diretiva trouxe importantes avanços na reconstrução da confiança dos consumidores ao unificar o prazo para exercício do direito de arrependimento em 14 dias (art. 9.^o⁴⁶⁷). O direito de arrependimento aprimorado nessa nova diretiva, consoante valiosa doutrina de Marques e Mendes, busca “fortalecer a autodeterminação do consumidor e garantir que o consentimento dele seja de fato livre”, porquanto propicia “uma escolha mais refletida e responsável do consumidor ao se vincular a uma obrigação”⁴⁶⁸.

Além de estender o prazo de retratação, a norma estabeleceu uma consequência jurídica para a hipótese de omissão de informação sobre esse importante direito, *verbis*:

Artigo 10.^o

Omissão de informação sobre o direito de retractação

⁴⁶⁷ Artigo 9.^o Direito de retractação

1. Ressalvando os casos em que se aplicam as excepções previstas no artigo 16.^o, o consumidor dispõe de um prazo de 14 dias para exercer o direito de retractação do contrato celebrado à distância ou fora do estabelecimento comercial, sem necessidade de indicar qualquer motivo, e sem incorrer em quaisquer custos para além dos estabelecidos no artigo 13.^o, n.^o 2, e no artigo 14.^o.

2. Sem prejuízo do disposto no artigo 10.^o, o prazo de retractação referido no n.^o 1 do presente artigo expira 14 dias a contar do:

a) Dia da celebração do contrato, no caso dos contratos de prestação de serviços;
 b) Dia em que o consumidor ou um terceiro, com excepção do transportador, indicado pelo consumidor adquira a posse física dos bens, no caso dos contratos de compra e venda, ou:
 i) dia em que o consumidor ou um terceiro, com excepção do transportador, indicado pelo consumidor adquira a posse física do último bem, no caso de vários bens encomendados pelo consumidor numa única encomenda e entregues separadamente,
 ii) dia em que o consumidor ou um terceiro, com excepção do transportador, indicado pelo consumidor adquira a posse física do último lote ou elemento, no caso da entrega de um bem que consista em diversos lotes ou elementos,
 iii) dia em que o consumidor ou um terceiro por ele indicado, que não seja o transportador, adquira a posse física do primeiro bem, no caso dos contratos de entrega periódica de bens durante um determinado período;

c) Dia da celebração do contrato, no caso dos contratos de fornecimento de água, gás ou electricidade, caso não sejam postos à venda em volume ou quantidade limitados, de aquecimento urbano ou de conteúdos digitais que não sejam fornecidos num suporte material.

3. Os Estados-Membros não devem proibir as partes contratantes de cumprir as respectivas obrigações contratuais durante o prazo de retractação. Contudo, no caso dos contratos celebrados fora do estabelecimento comercial, os Estados-Membros podem manter a legislação nacional em vigor que proíba o profissional de exigir o pagamento ao consumidor durante um determinado período após a celebração do contrato.

⁴⁶⁸ MARQUES, Cláudia Lima; MENDES, Laura Schertel Ferreira. Direito europeu muda nos contratos a distância e a domicílio: A nova Diretiva 2011/83 relativa aos direitos dos consumidores atualiza regime do arrependimento, das cláusulas abusivas, do crédito acessório ao consumo, da informação em geral e do comércio eletrônico. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v.21, n.81, p.339-404, jan./mar. 2012.

1. Se o profissional não tiver fornecido ao consumidor a informação relativa ao direito de retractação, nos termos do artigo 6.º, n.º 1, alínea h), o prazo de retractação expira 12 meses após o termo do prazo de retractação inicial, determinado nos termos do artigo 9.º, n.º 2.
2. Se o profissional tiver fornecido ao consumidor a informação prevista no n.º 1 do presente artigo no prazo de 12 meses a contar da data referida no artigo 9.º, n.º 2, o prazo de retractação expira 14 dias após o dia em que o consumidor recebeu a informação.

Há, portanto, duas situações fáticas narradas e suas respectivas consequências jurídicas decorrentes da omissão de informação sobre o direito de retratação. A primeira, tem como pressuposto que o consumidor não foi informado de seu direito de retratação, o que implica na ampliação do prazo para doze meses a contar do termo do prazo de retratação inicial. A segunda ocorre quando o consumidor for informado de seu direito posteriormente, mas dentro desse prazo de doze meses, passando a contar os 14 dias para retratação do momento em o consumidor receber a informação.

Esse dispositivo é “essencial para garantir a efetividade deste direito”, pois “sem informação, não há como o consumidor exercer o direito que a lei lhe atribui”⁴⁶⁹.

Ainda, o art. 13 estabelece a obrigação do profissional de reembolsar todos os pagamentos recebidos do consumidor em caso de retratação, refletindo, consoante o art. 15 determina, nos contratos acessórios, que serão automaticamente rescindidos.

Diante dessas prioridades estabelecidas pelas diretivas no âmbito da União Europeia, os órgãos legiferantes dos 27 Estados-Membros iniciaram a regulamentação do comércio eletrônico. Orientando-se pela tutela efetiva e reconstrução da confiança dos consumidores frente às novas tecnologias, os países buscam reestruturar seus ordenamentos para fazer frente ao abalo provocado nas estruturas legais de proteção dos consumidores⁴⁷⁰.

⁴⁶⁹ MARQUES, Cláudia Lima; MENDES, Laura Schertel Ferreira. Direito europeu muda nos contratos a distância e a domicílio: A nova Diretiva 2011/83 relativa aos direitos dos consumidores atualiza regime do arrependimento, das cláusulas abusivas, do crédito acessório ao consumo, da informação em geral e do comércio eletrônico. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: Revista dos Tribunais, v.21, n.81, p.339-404, jan./mar. 2012.

⁴⁷⁰ As leis elaboradas por cada um dos países europeus para a transposição das Diretivas 2000/31/CE, 2002/58/CE e 2011/83/EU podem ser encontradas nas seguintes páginas:

No âmbito do Mercosul, ao contrário da União Europeia, a proteção dos consumidores que contratam no ambiente virtual ainda é incipiente, merecendo destaque a Res. Mercosul/GMC 21/2004⁴⁷¹, que aborda o direito à informação do consumidor nas transações comerciais efetuadas através da internet. Seguindo o exemplo de outras organizações internacionais, o Mercosul busca tutelar a confiança do consumidor e gerar um ambiente transparente que facilite a tomada de decisões no ciberespaço.

O art. 1.º, impõe ao fornecedor o dever de facultar aos consumidores informações claras, precisas, suficientes e de fácil acesso, acerca do fornecedor, do produto ou serviço ofertado e da transação eletrônica realizada, as quais são especificadas nos arts. 2.º⁴⁷² e 3.º⁴⁷³ da normativa.

<<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:72000L0031:PT:NOT>>; <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:72002L0058:PT:NOT>>; e <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:72011L0083:PT:NOT>>. Acesso em: 26 nov. 14.

⁴⁷¹ MERCADO COMUM DO SUL. MERCOSUL/GMC/RES. n. 21/04 do Grupo Mercado Comum, de 08 de outubro de 2004. Disponível em: <http://www.mercosur.int/msweb/Normas/normas_web/Resoluciones/PT/RES_021_004_inf%20consum%20internet-Port_At%203-04.PDF>. Acesso em: 26 nov. 14.

⁴⁷² Art. 2 - O fornecedor deverá assegurar ao consumidor, em seu sítio na INTERNET, de forma clara, precisa e facilmente identificável, a informação detalhada a seguir:

- a) características do produto ou serviço ofertado conforme a sua natureza;
- b) a disponibilidade do produto ou serviço ofertado, assim como as condições da contratação do mesmo e, se for o caso, as restrições e limitações aplicáveis;
- c) o modo, o prazo, as condições e a responsabilidade pela entrega;
- d) os procedimentos para cancelamento da contratação e acesso completo aos termos da mesma antes de confirmar a transação;
- e) o procedimento de devolução, troca e/ou informação sobre a política de reembolso, indicando o prazo e qualquer outro requisito ou custo que derive do mencionado processo;
- f) o preço do produto ou serviço, a moeda, as modalidades de pagamento, o valor final, o custo do frete e qualquer outro custo relacionado com a contratação, deixando expressa a advertência de que os possíveis tributos de importação que resultem aplicáveis não se encontram incluídos no mesmo;
- g) advertências sobre possíveis riscos do produto ou serviço;
- h) o procedimento para a modificação do contrato, se isso for possível.

A informação prevista no presente artigo deverá constar nos dois idiomas oficiais do MERCOSUL quando o fornecedor realize transações com consumidores de algum Estado Parte, cujo idioma seja distinto ao do país onde está situado o fornecedor.

⁴⁷³ Art. 3 - Além da informação mencionada no artigo anterior, o fornecedor deverá assegurar ao consumidor em seu sítio na INTERNET, de forma clara, precisa e de fácil acesso, pelo menos a seguinte informação:

- a) denominação completa do fornecedor;
- b) domicílio e endereço eletrônico do fornecedor;
- c) número telefônico de serviço de atendimento ao cliente e, se for o caso, número de fax e/ou correio eletrônico;
- d) identificação do fornecedor nos registros fiscais e/ou comerciais correspondentes;
- e) a identificação dos registros dos produtos sujeitos a regimes de autorização prévia.
- f) o prazo, a extensão, as características e as condições a que se sujeitam a garantia legal e/ou contratual do produto, conforme corresponde;

O art. 4.º aborda a necessidade do fornecedor desenvolver instrumentos que permitam ao consumidor “identificar e corrigir erros de introdução de dados antes de efetuar a transação e um mecanismo de confirmação expressa da decisão de efetuar a transação, de tal forma que o silêncio do consumidor não seja considerado como consentimento”.

Interessante inovação está contida no art. 5.º, norma criadora do dever específico ao fornecedor de disponibilizar em sua página na internet a legislação consumerista aplicável a ele, o endereço eletrônico do órgão nacional de aplicação dessa lei, e o código de conduta que eventualmente tiver aderido.

Essa Resolução, inspirada nos ensinamentos de direito comparado, claramente considera a transparência na fase negocial, aliada à informação qualificada e ao consentimento informado do consumidor, como a base para a reconstrução da confiança no comércio eletrônico.

Apesar do art. 8.º da Res. Mercosul/GMC 21/2004 trazer a obrigação dos países membros incorporarem essa normativa aos ordenamentos jurídicos nacionais antes de 30 de junho de 2005. O Brasil até hoje não a incorporou.

Apesar do esforço infecundo do Mercosul em tornar efetivo esse importante direito à informação nas transações eletrônicas, há uma grande movimentação dos países membros em atualizar seus arcabouços legais para acompanhar a rapidez e a extensão geográfica dessa sociedade da informação.

Dentre os países membros, Venezuela e Paraguai já encerraram o processo de atualização de suas leis consumeristas, enquanto a Argentina incorporou recentemente ao novo *Código Civil y Comercial de La Nación* normas relativas aos contratos de consumo, trazendo disposições específicas no que se refere aos contratos eletrônicos.

-
- g) a cópia eletrônica do contrato;
 - h) o nível de segurança utilizado para a proteção permanente dos dados pessoais;
 - i) a política de privacidade aplicável aos dados pessoais;
 - j) métodos aplicáveis para resolver controvérsias, se estiverem previstos.
 - k) as línguas oferecidas para a celebração do contrato.

A Venezuela publicou em 04 de maio de 2004 sua *Ley de Protección al Consumidor y al Usuario*⁴⁷⁴, em que dispõe, no Capítulo V do diploma legal, expressamente sobre a proteção do consumidor no comércio eletrônico. São trezes artigos (arts. 31 a 43) tratando de temas como: *a)* deveres dos provedores (art. 32); *b)* confiabilidade da informação, que deverá ser clara, precisa e acessível (art. 33); *c)* desenvolvimento de procedimentos que permitam ao consumidor escolher entre receber ou não *spam* e a observância dessa escolha pelos fornecedores (art. 34); *d)* atuação preventiva dos fornecedores em termos de publicidade direcionada a sujeitos hipervulneráveis – crianças, idosos, doentes graves e outras pessoas que não sejam capazes de compreender plenamente a informação que é apresentada (art. 35); *e)* disponibilização de informações acerca dos órgãos de certificação ou afiliação a que pertence o fornecedor (art. 36); *f)* privacidade e confidencialidade dos dados dos consumidores, enquadrando-se aqui os *cookies* (art. 37); *g)* possibilidade de os consumidores escolherem quais informações suas coletadas não poderão ser repassadas a terceiros (art. 38); *h)* redução da ambiguidade acerca do consentimento do consumidor (art. 39); *i)* desenvolvimento de mecanismos fáceis e seguros de pagamento, cabendo aos fornecedores manterem um registro eletrônico dos pagamentos efetuados (art. 40); *j)* especificação das garantias que cobrem a relação de consumo (art. 41); *k)* desenvolvimento de políticas de educação dos consumidores sobre o comércio eletrônico pelo *Instituto Autónomo para la Defensa y Educación del Consumidor y del Usuario* (art. 42); *l)* aplicação das normas de proteção do consumidor, independentemente de inexistência de normas expressas e procedimentos previstos na lei (art. 43).

O Paraguai aprovou a Lei n. 4868 de 2013⁴⁷⁵ sobre o comércio eletrônico, trazendo, em seu art. 38, interessante dispositivo que estabelece a multa civil como forma de indenização punitiva para os casos de infração da lei consumerista, sem prejuízo das demais normas de responsabilidade civil. Os demais artigos, com clara inspiração nas normas das organizações

⁴⁷⁴ Disponível em: <<http://www.tsj.gov.ve/gaceta/mayo/040504/040504-37930-01.html#>>. Acesso em: 26 nov. 14.

⁴⁷⁵ Disponível em: <<http://silpy.congreso.gov.py/formulario/ListarGenerico.pmf>>. Acesso em: 26 nov. 14.

internacionais e dos países europeus, seguem o exemplo venezuelano de aperfeiçoamento da proteção dos consumidores. Em 27 de janeiro de 2014, referida lei foi regulamentada pelo Decreto presidencial n. 1.165 para “su incorporación eficaz a la vida económica y social que sin duda ofrecerá innumerables ventajas”⁴⁷⁶.

A Argentina promulgou em 07 de outubro de 2014 o *Código Civil y Comercial de la Nación* (Lei n. 26.994/2014)⁴⁷⁷, o qual entrará em vigor no dia 1.º de janeiro de 2016. A novel lei opta, seguindo em parte o exemplo alemão⁴⁷⁸, pela unificação de normas relativas aos contratos de consumo no Código Civil, abordando-os no Título III do Terceiro Livro. Destaque-se que a Lei de Defesa do Consumidor argentina (Lei n. 24.240 de 1993)⁴⁷⁹ e o Decreto n. 1.798 de 1994⁴⁸⁰ que regulamenta a lei consumerista mantêm-se em vigor, devendo inclusive prevalecer a norma mais favorável ao consumidor em caso de dúvida sobre a interpretação do novo Código Civil e das leis especiais (art.

⁴⁷⁶ PARAGUAI. Decreto n. 1.165, de 27 de janeiro de 2014. *Presidência da República*. Disponível em: < <http://silpy.congreso.gov.py/formulario/ListarGenerico.pmf>>. Acesso em: 26 nov. 14.

⁴⁷⁷ Disponível em: <<http://www.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/norma.htm>>. Acesso em: 26 nov. 14.

⁴⁷⁸ Sobre as modificações no BGB, ocorridas em 2000, para incluir a figura do consumidor, importante trazer os ensinamentos de Marques: “Enquanto a Itália optou por modificar pontualmente a parte especial de seu Codice Civile, incluindo a proteção do consumidor nas normas contratuais, cumprindo assim a Diretiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas ao incluir no Código um capítulo novo intitulado ‘Dei contratti del consumatore’; enquanto a França preferiu organizar um Código de Consumo (‘Code de la Consommation’), consolidando todas as suas leis internas e as Diretivas especiais de defesa do consumidor, a Alemanha não só modificou profundamente suas normas contratuais da parte especial do BGB, mas igualmente optou por incluir na parte geral de seu famoso Código Civil de 1896, entre os sujeitos de direito (da pós-modernidade), o consumidor e o empresário/fornecedor (novos §§13 e 14 do BGB). A inclusão na parte geral, no capítulo dedicado às pessoas (‘Erster Abschnitt. Personen’), das figuras do consumidor e do fornecedor é surpreendente e original, ainda mais se observarmos que não houve definição de relação de consumo, considerada apenas mais uma relação jurídica (Rechtsgeschäft - § 104 et seq. - BGB) civil entre fracos (leigos) e fortes (profissionais), e que mesmo a União Européia jamais definiu consumidor de forma genérica para todas as suas Diretivas. Trata-se de uma opção original em direito comparado, uma modificação da parte geral como forma de sistematizar a proteção do consumidor, consolidando as regras especiais para as relações de consumo dentro de seu Código Civil de 1896, como expressão de um renovado direito civil social e de proteção dos mais fracos”. MARQUES, Claudia Lima. Normas de proteção do consumidor (especialmente, no comércio eletrônico) oriundas da União Européia e o exemplo de sua sistematização no Código Civil Alemão de 1896: notícias sobre as profundas modificações no BGB para incluir a figura do consumidor. *Revista de Direito Privado*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v.1, n.4, p. 50-93, out. 2000.

⁴⁷⁹ Disponível em: <<http://www.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/638/norma.htm>>. Acesso em: 26 nov. 14.

⁴⁸⁰ Disponível em: <<http://www.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/10000-14999/13734/norma.htm>>. Acesso em: 26 nov. 14.

1.094 do novo Código Civil e Comercial argentino⁴⁸¹). Os contratos celebrados fora do estabelecimento comercial, à distância ou com utilização de meios eletrônicos estão abarcados pelo Capítulo 3 dos contratos de consumo, e receberam a denominação de *Modalidades especiales*. Neste capítulo, são tratados os seguintes temas: *a*) o conceito de contratos celebrados fora do estabelecimento comercial (art. 1.104); *b*) o conceito de contratos à distância (art. 1.105); *c*) a validade e eficácia jurídica dos documentos e contratos eletrônicos mesmo quando a lei determine que o contrato conste por escrito (art. 1.106); *d*) o dever de informar do fornecedor sobre como utilizar corretamente os instrumentos de contratação à distância (art. 1.107); *e*) o período de vigência das ofertas por meios eletrônicos e dever de confirmar imediatamente sua aceitação (art. 1.108); *f*) a definição de lugar do cumprimento do contrato, sendo considerado como o lugar em que o consumidor recebeu ou deveria receber a prestação, o qual também fixará o foro competente para eventuais demandas de consumo (art. 1.109); *g*) o estabelecimento de um prazo de dez dias para o exercício do direito de arrependimento (art. 1.110); *h*) o dever de o fornecedor informar o direito de arrependimento de forma clara, visível, exata e de fácil acesso (art. 1.111); *i*) as formas e as consequências do exercício do direito de retratação pelo consumidor (arts. 1.112 e 1.113); *j*) a possibilidade do exercício do direito de retratação ainda que seja impossível devolver a prestação objeto do contrato (art. 1.114); *k*) a vedação de impor ao consumidor qualquer ônus pelo exercício do direito de arrependimento, o qual deverá obter a devolução integral de eventuais quantias pagas (art. 1.115); e *l*) exceções ao direito de retratação (art. 1.116).

O Uruguai, até o momento, não possui normas específicas de proteção do consumidor no âmbito *e-commerce*, não tendo sido encontrado também referências a projetos de lei em tramitação.

⁴⁸¹ ARTICULO 1094.- Interpretación y prelación normativa. Las normas que regulan las relaciones de consumo deben ser aplicadas e interpretadas conforme con el principio de protección del consumidor y el de acceso al consumo sustentable. En caso de duda sobre la interpretación de este Código o las leyes especiales, prevalece la más favorable al consumidor.

Quanto aos países Associados do Mercosul, merece destaque a Colômbia que aprovou recentemente a Lei n. 1.480 de 2011⁴⁸² (Estatuto do Consumidor), trazendo normas referentes ao comércio eletrônico. A Bolívia, por sua vez, aprovou a Lei n. 164 de 2011⁴⁸³, denominada de “Ley General de Telecomunicaciones, tecnologías de información y comunicación sobre desarrollo contenidos y aplicaciones de tecnologías de información y comunicación”, trazendo diversos regramentos sobre tecnologias da informação e abordando o comércio eletrônico. O Chile aprovou a Lei n. 19.955 de 2004 e a Lei 20.555 de 2011 para aperfeiçoar a Lei de Proteção dos Direitos dos Consumidores (Lei n. 19.496 de 1997⁴⁸⁴), acompanhando as inovações tecnológicas.

Em meio a toda essa discussão global sobre a influência do comércio eletrônico na tutela dos consumidores, se encontra o Brasil. Embora não tenha utilizado a Lei Modelo da UNCITRAL, incorporado a Resolução 21/04 do MERCOSUL e não seja signatário da regulamentação da OECD sobre proteção do consumidor nas práticas de comércio eletrônico, busca o legislador brasileiro trabalhar na elaboração de projetos de lei pertinentes ao comércio eletrônico, a fim de garantir a modernização e a efetividade do Código de Defesa do Consumidor, bem como a reconstrução da confiança dos consumidores, devendo sempre levar em conta o exemplo bem sucedido do direito comparado. Aliás, conforme salienta Benjamin e Marques:

Incontestável que o momento atual é de atualização legislativa em matéria de proteção do consumidor em momentos de especial vulnerabilidade, o crédito ao consumidor e o superendividamento, em virtude da crise financeira mundial e da desconstrução de paradigmas de conduta de boa-fé que acabaram causando a crise, também o comércio eletrônico e o uso de tecnologias novas de consumo e contratação a distância, técnicas que impedem a igualdade dos consumidores na contratação, o assédio de consumo e as que permitem a discriminação de grupos hipervulneráveis da sociedade, além de uma procura de mais efetividade nos instrumentos de proteção coletiva do consumidor.

Assim a conclusão parece ser no sentido que aprender com o sucesso de outras sociedades, adaptando tais normas à nossa

⁴⁸² Disponível em: <http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1480_2011.html>. Acesso em: 26 nov. 14.

⁴⁸³ Disponível em: <http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1480_2011.html>. Acesso em: 26 nov. 14.

⁴⁸⁴ Disponível em: <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=61438>>. Acesso em: 26 nov. 14.

realidade e contexto é o caminho a seguir. O novo status internacional do Brasil impõe que se pense nestes temas novos e prepare a sociedade brasileira para a sua própria evolução futura, colmatando os vazios legais, como nos temas de superendividamento e comércio eletrônico. Note-se que o vazio legal existente não é apenas no tema do comércio eletrônico, mas também no tema da proteção da privacidade do consumidor, em especial de seus dados pessoais e da autodeterminação informacional. Aqui a atualização do Código de Defesa do Consumidor pode ajudar, estabelecendo as linhas básicas para tal segurança e liberdade de escolha na rede, assim como combatendo a discriminação.⁴⁸⁵

3.2.2 O esforço brasileiro na atualização do Código de Defesa do Consumidor como aprimoramento do princípio instituidor das relações de consumo e instrumento de reconstrução da confiança

O Brasil ainda não produziu leis especializadas para regular os negócios jurídicos de consumo ocorridos no âmbito virtual por intermédio de instrumentos eletrônicos. A solução apresentada para esta situação foi o emprego da analogia e dos princípios como forma de dar segurança jurídica e garantir a paz social.

Como visto, esse entendimento encontra respaldo no Regulamento L.13 de 2012⁴⁸⁶ elaborado pelo Conselho de Direitos Humanos da ONU, em que é ressaltado a necessidade de promoção e proteção de todos os direitos humanos, civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, incluindo o direito ao desenvolvimento, tanto *off-line* quanto *on-line*. Assim, os direitos humanos no âmbito virtual devem ser promovidos, protegidos e usufruídos na mesma medida que os compromissos com direitos humanos no mundo dos átomos.

Transportando essa reflexão para a proteção dos direitos do consumidor no Brasil, a qual foi consagrada como direito e garantia fundamental pela ONU com a Resolução 39/248 de 1985 e pela Constituição Federal do Brasil de

⁴⁸⁵ MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman. Extrato do Relatório-Geral da Comissão de Juristas do Senado Federal para Atualização do Código de Defesa do Consumidor (14.03.2012). *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 22, n. 92, p. 303-368, mar./abr. 2014.

⁴⁸⁶ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. A/HRC/20/L.13, de 29 de junho de 2012. Disponível em: <http://ap.ohchr.org/documents/sdpage_e.aspx?b=10&se=128&t=4>. Acesso em: 26 nov. 14.

1988 em seu inciso XXXII do art. 5.º, é pacífico que ela deve ser promovida também nas relações de consumo ocorridas no ambiente virtual.

Apesar das soluções satisfatórias do CDC nas questões relativas (a) à formação do contrato eletrônico; (b) ao seu reconhecimento como um contrato à distância; (c) à garantia do direito de arrependimento do art. 49 do CDC; (d) à compreensão da essencialidade da tutela da confiança do consumidor, instrumentalizada pelo princípio da boa-fé objetiva e dos deveres anexos de lealdade, informação, transparência, esclarecimento, veracidade, honestidade e probidade; a ciência do direito ainda é conduzida a indagar sobre a necessidade de produção de novas regras.

Em outras palavras, até que ponto poder-se-ia dizer que, à míngua de uma regulamentação jurídica do fenômeno informático, o recurso aos princípios constitucionais e aos preceitos do Código de Defesa do Consumidor brasileiro seriam suficientes para garantir a operacionalidade da vulnerabilidade como princípio instituidor do direito do consumidor?

Santolim, em sua importante tese de doutorado defendida na Universidade Federal do Rio Grande do Sul, apontou que, por ser essa uma área de dinâmica transição, o melhor caminho para orientar a atuação dos aplicadores do direito seria a utilização de princípios instrumentais, como o da aparência e vulnerabilidade, ou finalísticos, como a boa-fé e a autonomia da vontade⁴⁸⁷.

A conclusão a que chegou o jurista quanto à aplicabilidade das normas e conceitos jurídicos tradicionais aos negócios jurídicos formados na rede mundial de computadores é unânime na doutrina e jurisprudência. Todavia, esse novo instrumento criador da figura do “sujeito mudo”⁴⁸⁸ frente ao *écran*, num panorama de desmaterialização dos contratos, aprofundou o sentimento de desconfiança e a vulnerabilidade do consumidor.

⁴⁸⁷ SANTOLIM, Cesar Viterbo Matos. *Os princípios de proteção do consumidor e o comércio eletrônico no direito brasileiro*. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2004, p. 106.

⁴⁸⁸ MARQUES, Claudia 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.

Não obstante todos os incontáveis avanços trazidos pelo Código de Defesa do Consumidor à ordenação jurídica brasileira nos seus mais de 20 anos de vigência, essa disciplina normativa é insuficiente em face das circunstâncias trazidas pelo mundo virtual que fogem aos padrões sociais e costumeiros de duas décadas atrás e se apresentam como inteiramente novas para o universo jurídico.

Vial destaca com acuidade que “[a] norma do art. 49 e o Direito de Arrependimento não são as únicas necessidades do *cyber-consumidor* como modelo de proteção. É fundamental que se estabeleça como base a necessidade de acesso a um contrato, com termos bem definidos”⁴⁸⁹.

No mesmo sentido, de Lucca⁴⁹⁰ indica uma situação inusitada trazida pelo mundo virtual que descortinou as insuficiências das disciplinas normativas: a proteção da privacidade e dos dados pessoais dos consumidores. Aqui merece destaque uma publicação do jornal *The New York Times*⁴⁹¹ que

⁴⁸⁹ VIAL, Sophia Martini. Contratos de comércio eletrônico de consumo: desafios e tendências. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v.20, n.80, p. 277-334, out./dez. 2011, p. 329.

⁴⁹⁰ Afirma o autor que: “O fenômeno ganhou, em razão da internet, contornos até então inimagináveis. Inexistia, na verdade, o problema da invasão da privacidade, com a intensidade de agora, antes da disseminação da Rede. Os dados preenchidos pelo consumidor em estabelecimento bancários e comerciais eram, em princípio, de uso restrito desses mesmos estabelecimentos. Apenas a ocorrência dos chamados dados *negativos* (protestos de títulos, emissão de cheques sem suficiente provisão de fundos, etc.) eram centralizados (...). Com o advento da *internet*, no entanto – e, principalmente, com sua crescente popularização –, a captação eletrônica de dados propiciou uma nova miríade de formas de utilização dos dados do cidadão comum. Algumas empresas especializaram-se nessa captação – graças à utilização de uma tecnologia conhecida por *cookies* –, vendendo os dados do consumidor, no mercado, indistintamente a todos os interessados...”. LUCCA, Newton de. *Aspectos jurídicos da contratação informática e telemática*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 116-117.

⁴⁹¹ O periódico norte-americano traz o seguinte exemplo para ilustrar o funcionamento dessa empresa que no último ano fiscal teve um lucro de 77,26 milhões de dólares, de um total 1,13 bilhões de dólares em vendas: “Mr. Hughes is a fictional character who appeared in an Acxiom investor presentation in 2010. A frequent shopper, he was designed to show the power of Acxiom’s multichannel approach. In the presentation, he logs on to Facebook and sees that his friend Ella has just become a fan of Bryce Computers, an imaginary electronics retailer and Acxiom client. Ella’s update prompts Mr. Hughes to check out Bryce’s fan page and do some digital window-shopping for a fast inkjet printer. Such browsing seems innocuous — hardly data mining. But it cues an Acxiom system designed to recognize consumers, remember their actions, classify their behaviors and influence them with tailored marketing. When Mr. Hughes follows a link to Bryce’s retail site, for example, the system recognizes him from his Facebook activity and shows him a printer to match his interest. He registers on the site, but doesn’t buy the printer right away, so the system tracks him online. Lo and behold, the next morning, while he scans baseball news on ESPN.com, an ad for the printer pops up again. That evening, he returns to the Bryce site where, the presentation says, ‘he is instantly recognized’ as having registered. It then offers a sweeter deal: a \$10 rebate and free shipping. It’s not a random offer. Acxiom has its own classification system, PersonixX, which assigns consumers to one of 70 detailed socioeconomic clusters and markets to them accordingly. In this situation, it pegs Mr.

apresentou dados sobre uma das maiores companhias que atua no mercado denominado de *database marketing*: a Acxiom Corporation. De acordo com o periódico, referida empresa possui um banco de dados com informações de mais de 500 milhões de consumidores ativos no mundo, e cerca de 1.500 dados sobre cada um. Um dos possíveis problemas desse *data refinery*, conforme relatado na reportagem, é a discriminação de consumidores taxados de *low-value*, que poderão ser julgados pelos algoritmos do sistema como, e.g., não merecedores de promoções para o ensino superior ou serviços de saúde. Portanto, a coleta de dados dos consumidores e sua comercialização no mercado negro da sociedade da informação são questões latentes e que merecem tratamento legislativo adequado.

A internet também traz problemas específicos no que se refere ao fator segurança do consumidor no ciberespaço, conforme destaca Martins⁴⁹², cabendo citar, a título exemplificativo, tendo em vista que alguns desses riscos digitais já foram analisados nos pontos anteriores: a) a invasão do site ou rede; b) códigos maliciosos (*trojan horses, worms, spywares, keyloggers, bots, rootkits*); c) *spam*; d) *pishing spam* ou *phishing scam*; e) *hoaxes*; f) *cookies*; g) interceptação e adulteração de *e-mails*; h) danos decorrentes da interrupção do acesso à rede; i) privacidade dos consumidores.

A própria caracterização do *spam* como prática abusiva é um elemento que não está pacificado nos tribunais pátrios, merecendo destaque o seguinte acórdão do Superior Tribunal de Justiça:

INTERNET - ENVIO DE MENSAGENS ELETRÔNICAS - SPAM - POSSIBILIDADE DE RECUSA POR SIMPLES DELETAÇÃO - DANO MORAL NÃO CONFIGURADO - RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO. 1 - segundo a doutrina pátria "só deve ser reputado como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar. Mero dissabor, aborrecimento,

Hughes as a 'savvy single' — meaning he's in a cluster of mobile, upper-middle-class people who do their banking online, attend pro sports events, are sensitive to prices — and respond to free-shipping offers. Correctly typecast, Mr. Hughes buys the printer". (SINGER, Natasha. You for Sale: mapping, and sharing, the consumer genome. *The New York Times*, Nova Iorque, 16 jun. 2012. Disponível em: <http://www.nytimes.com/2012/06/17/technology/acxiom-the-quiet-giant-of-consumer-database-marketing.html?_r=1&pagewanted=all>. Acesso em: 26 nov. 14.

⁴⁹² MARTINS, Guilherme Magalhães. *Responsabilidade civil por acidente de consumo na Internet*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 181-252.

mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo". 2 - Não obstante o inegável incômodo, o envio de mensagens eletrônicas em massa - SPAM - por si só não consubstancia fundamento para justificar a ação de dano moral, notadamente em face da evolução tecnológica que permite o bloqueio, a deleção ou simplesmente a recusada de tais mensagens. 3 - Inexistindo ataques a honra ou a dignidade de quem o recebe as mensagens eletrônicas, não há que se falar em nexo de causalidade a justificar uma condenação por danos morais. 4 - Recurso Especial não conhecido.⁴⁹³

O caso trata de uma ação de obrigação de fazer cumulada com pedido de indenização por danos morais, em que o consumidor vinha recebendo inúmeros e-mails, de cunho pornográfico, divulgando uma casa noturna. Apesar de o consumidor pedir a retirada de seu e-mail da lista da fornecedora, esta ignorou sua vontade e continuou a lhe enviar os *spams*. Em primeira instância, em sede de antecipação de tutela, foi determinado que a ré se absteresse de enviar as mensagens, sob pena de multa diária de R\$ 100,00. Encerrada a instrução, a sentença julgou parcialmente procedente o pedido e condenou a ré ao pagamento de R\$ 5.000,00 a título de danos extrapatrimoniais.

No julgamento do recurso de apelação interposto pela requerida⁴⁹⁴, os desembargadores da 4ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, à unanimidade, deram provimento ao apelo, afastando a aplicação do CDC, por não configurar, no caso, uma relação de consumo, e cassando a primeiro grau, sob a justificativa de que:

Felizmente ou infelizmente, a sociedade em que vivemos é a sociedade da liberdade (ainda que essa se apresenta travestida como libertinagem, para alguns), que paga o preço dessa liberdade em nome do veto à censura e ao reacionarismo.

Ora, as fotos exibidas nas mensagens recebidas via e-mail pelo autor não se nos mostram ofensivas segundo um critério de inteligência média, pois, a despeito de exibir mulheres em trajes íntimos, não as

⁴⁹³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 844.736/DF. Recorrente: Gérson Alves de Oliveira Júnior. Recorrido: WB Restaurante Ltda. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Relator p/ acórdão: Min. Honildo Amaral de Mello Castro. Brasília, 02 set. 2010.

⁴⁹⁴ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Apelação Cível n. 20040111151542. Apelante: WB Restaurante Ltda. Apelado: Gérson Alves de Oliveira Júnior. Relator: Des. Cruz Macedo. Brasília, 11 out. 2005.

exibem integralmente despidas, nem em poses que agridam o recato médio, especialmente num país de tradição liberal como o Brasil.

Merece ser afirmado também que a internet se insere exatamente nesse conceito mais radical de liberdade e pluralidade, próprias da pós-modernidade. A rede mundial de computadores (World Wide Web) é, conceitualmente, um compartilhamento de várias redes, sempre passando pela rede pública. A partir do momento que nos predispomos a utilizar os serviços dessa rede mundial, deve haver a consciência por parte do homem médio, que inevitavelmente esbarraremos em toda sorte de informação, seja ela produtiva ou não, seja ela ofensiva ou não.

No momento em que o autor recebeu a primeira mensagem que julga ofensiva, a própria rede e os sistemas de computador que geralmente a ela aderem provêem os mecanismos para que se evitassem a repetição de envio indesejada. Não seria exagero dizer que, se violação à intimidade do autor houve, essa se deu com o seu deliberado consentimento. Ademais, para evitar o alegado constrangimento, basta não abrir a mensagem que julga inconveniente.⁴⁹⁵

Percebe-se nos argumentos expendidos o entendimento de que ciberespaço é um local sem regras, inserido no conceito “mais radical de liberdade e pluralidade, próprias da pós-modernidade”. Essa visão libertária e confusa acerca dos limites a serem impostos no ambiente virtual, realmente é, como destacado pelo relator do acórdão, reflexo do momento pós-moderno de incertezas e de concepções de que “tudo é permitido e autorizado, menos proibir e coibir”⁴⁹⁶. Ocorre que, a partir do momento que os tribunais pátrios se deixam contaminar por esse espírito niilista⁴⁹⁷, o CDC sofre um esvaziamento de sua efetividade na proteção dos consumidores em todas as etapas do contrato, inclusive na pré-contratual.

Inconformado com a decisão do TJDF, o consumidor interpôs recurso especial, proferindo o relator do REsp. n. 844.736/DF, Min. Luís Felipe

⁴⁹⁵ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Apelação Cível n. 20040111151542. Apelante: WB Restaurante Ltda. Apelado: Gérson Alves de Oliveira Júnior. Relator: Des. Cruz Macedo. Brasília, 11 out. 2005, p. 7-8.

⁴⁹⁶ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *O direito na pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005, p. 154.

⁴⁹⁷ Sobre o espírito niilista contemporâneo, aponta Santos: “Enfim, o pós-modernismo ameaça encarnar hoje estilos de vida e de filosofia nos quais viceja uma idéia, tida como arqui-sinistra: o niilismo, o nada, o vazio, a ausência de valores e de sentido para a vida. Mortos Deus e os grandes ideais do passado, o homem moderno valorizou a Arte, a História, o Desenvolvimento, a Consciência Social para se salvar. Dando adeus a essas ilusões, o homem pós-moderno já sabe que não existe Céu nem sentido para a História, e assim se entrega ao presente e ao prazer, ao consumo e ao individualismo”. SANTOS, Jair Ferreira dos. *O que é Pós-Moderno*. São Paulo: Brasiliense, 2004, p. 10-11.

Salomão, brilhante voto, embasado nos ensinamentos de Marques e Lorenzetti, conforme se verifica no trecho a seguir destacado:

3.3. No caso em apreço, conquanto a ré tenha se identificado claramente, é forçoso reconhecer que agiu de forma abusiva, enviando mensagens com conteúdo erótico, mesmo após o autor ter solicitado sua exclusão da lista de envio.

Ademais, verifica-se que a continuidade de remessa do “spam”, mesmo após o pedido para que fosse realizada a exclusão do autor da lista de correspondência eletrônica, configura comportamento violador do princípio da boa-fé, da conduta leal entre as partes, pois, embora tenha confirmado que cessaria o envio das mensagens indesejadas, continuou a fazê-lo.

3.4. Ainda que assim não fosse, é inegável que o envio insistente de mensagens não solicitadas, que persistiram mesmo após pedido de cessação da atividade, viola o direito de privacidade do autor, pois implica intromissão na vida alheia, perturbando a paz e intimidade da pessoa.⁴⁹⁸

Entretanto, o relator restou vencido, devendo ser destacado o seguinte trecho do voto vencedor do Min. Honildo Amaral de Mello Castro:

Acredito que seja, realmente, um incômodo para todos que recebam o indesejado SPAM. Contudo, não vejo como esse veículo de propaganda se constitua ilícito, por falta de previsão legal, além de não ser visto como dano se não contém ataques a honra ou a dignidade de quem o recebe, formalmente, portanto sem nexos causal entre a pretensão judicial de condenação de dano moral e o fato que a justificaria.

Com efeito, Senhor Presidente, após o voto do eminente Relator, preocupa-me realmente a abertura de se abrir (sic) um leque muito grande para ações de dano moral por envio de SPAM, que afetaria, sem dúvida, a Política Judiciária de multiplicidade de recursos, de milhares e milhares de ações de igual natureza.

Se assim não se entender, acabaremos por banalizar o dano moral, ensejando ações judiciais em busca de indenizações pelos mais simples dos aborrecimentos.

Assim, ao abrir divergência com o voto do eminente Ministro Relator, ainda que houvesse Sua Excia. limitado a indenização a um caso concreto, seria um precedente muito perigoso que afetaria todo o sistema recursal desta eg. Corte.⁴⁹⁹

⁴⁹⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 844.736/DF. Recorrente: Gérson Alves de Oliveira Júnior. Recorrido: WB Restaurante Ltda. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Relator p/ acórdão: Min. Honildo Amaral de Mello Castro. Brasília, 02 set. 2010, p. 11.

⁴⁹⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 844.736/DF. Recorrente: Gérson Alves de Oliveira Júnior. Recorrido: WB Restaurante Ltda. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Relator p/ acórdão: Min. Honildo Amaral de Mello Castro. Brasília, 02 set. 2010, p. 15.

As novas tecnologias obscurecem conceitos e princípios basilares do direito consumerista, inclusive no âmbito dos tribunais, abrindo espaço para análises distorcidas, formalistas e retrógradas, que tentam fazer crer que o ciberespaço é um ambiente, por si só, nivelador das relações de consumo. Ocorre que a realidade é justamente a oposta, os fornecedores, aproveitando-se desse conceito “mais radical de liberdade e pluralidade”, utilizam esses novos instrumentos contratuais para subjugar toda uma gama de consumidores, que não mais possuem os limites espaciais da vida pública e privada para se protegerem dessas práticas abusivas. Se não for quebrada essa inércia legislativa, tornará a vigor o absolutismo da vontade, agora decorrente dessa nova vulnerabilidade de situação promovida pelo comércio eletrônico.

Assim, o propósito de uma legislação especializada é justamente resguardar as conquistas advindas do esforço hermenêutico supridor da lacuna legislativa e, ainda, evoluir em sincronia com as modificações tecnológicas para dar tutela efetiva e reconstruir a confiança dos consumidores.

Nesse sentido, cumpre trazer a lume a lição de Klee:

Mais do que uma efetiva alteração na sistemática das relações, a Internet impõe uma necessidade de transposição e de adaptação de conceitos e, no que couber, de adequação da legislação já existente, a ser complementada pela regulamentação específica dos aspectos inovadores da rede mundial de computadores, em uma perspectiva civil-constitucional, segundo o princípio da proibição do retrocesso (ou da não regressão), recepcionando implicitamente pela Constituição da República de 1988.⁵⁰⁰

À guisa de consolidar esse entendimento, imperiosa a colação a doutrina de Martins e Ferreira:

Fato é que a codificação consumerista brasileira penetrante nas entranhas do direito privado (e propiciadora de evoluções consideráveis) foi pensada há mais de 22 anos. Esse é o ponto capital da necessidade de atualização que se avizinha, posto que

⁵⁰⁰ KLEE, Antonia Espíndola Longoni. A atualização do código de defesa do consumidor: o projeto de lei do Senado n.º 281/2012 sobre o comércio eletrônico e a proteção do consumidor na internet. *Revista Jurídica*, Porto Alegre: Notadez, v.60, n.420, p.9-52, out. 2012.

enquanto a disciplina consumerista geneticamente ocupava-se em remodelar e reequilibrar o *locus* mercadológico – quer fixando a pessoa como centro da estrutura dogmático-clássica, quer contribuindo para o salto de qualidade da jurisprudência do direito privado – a sociedade e o mercado não paravam de avançar, de inovar, de criar.

No primeiro vértice (comércio eletrônico), a necessidade de regulação se fazia crônica, não apenas para equalizar e democratizar o discurso negocial cyber espacial entre consumidor e fornecedor, senão a conjurar passo consolidado na segurança jurídica desse tráfego despersonalizado, desmaterializado, desterritorializado e subformalizado onde a confiança graceja como bastião essencialíssimo ao cumprimento da oferta e à lisura nas entabulações.

A positivação até agora existente pelos diversos dispositivos do Código de Defesa do Consumidor (LGL 1990\40) frente à superveniente hiperutilização do comércio eletrônico não projeta suficientemente a adequada e eficaz tutela à vulnerabilidade do consumidor.⁵⁰¹

Tendo isso em consideração, em 15 de dezembro de 2010, foi instalada no Brasil a Comissão de Atualização do Código de Defesa do Consumidor, composta pelos seguintes juristas: Ada Pellegrini Grinover, Cláudia Lima Marques (relatora-geral), Ministro Herman Benjamin (presidente), Leonardo Roscoe Bessa, Roberto Augusto Pfeiffer e Kazuo Watanabe. Após várias reuniões técnicas com as partes interessadas, reuniões ordinárias e audiências públicas, o Relatório-Geral dos anteprojetos foi apresentado pela Comissão de Juristas, no dia 14 de março de 2012, destacando que a atualização tem por objetivo o “reforço tridimensional do CDC: as dimensões do reforço da base constitucional, da base ético-inclusiva e solidarista, e, por último, a da base da confiança, efetividade e segurança jurídica”⁵⁰². Nas palavras do Presidente da Comissão de Juristas, Ministro Antonio Hermann Benjamin, por ocasião da entrega do relatório:

Duas premissas orientaram os trabalhos da Comissão. Primeiro, que a atualização tem como objetivo somente acrescentar, nunca reduzir

⁵⁰¹ MARTINS, Fernando Rodrigues; FERREIRA, Keila Pacheco. A contingente atualização do Código de Defesa do Consumidor: novas fontes, metodologia e devolução de conceitos. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: Revista dos Tribunais, v.21, n.83, p. 11-54, jul./set. 2012.

⁵⁰² O Relatório-Geral e os Anteprojetos estão disponíveis em: <http://www.senado.gov.br/senado/codconsumidor/pdf/extrato_relatorio_final.pdf> e <http://www.senado.gov.br/senado/codconsumidor/pdf/Anteprojetos_finais_14_mar.pdf>. Acesso em: 26 nov. 14.

a proteção ao consumidor no Brasil. Daí porque o aperfeiçoamento legislativo foi tematicamente delimitado, restringindo-se aos pontos em que, segundo consenso geral, o CDC precisa ser ajustado para melhor proteger os consumidores e o próprio mercado de consumo.

Segundo, que os acréscimos devem, na medida do possível, respeitar a estrutura principiológica e geral do CDC, deixando para eventual legislação especial o detalhamento da regulação. A experiência brasileira recomenda que matérias que sejam da essência das relações de consumo (como o crédito, o superendividamento e o comércio eletrônico) façam parte do corpo do CDC e beneficiem-se de sua estabilidade legislativa e principiológica microssistêmica. Evita-se, dessa maneira, que se formem, pela especialização, novos microssistemas, verdadeiros guetos normativos, divorciados, e até antagônicos ao espírito e letra do CDC. A opção por capítulos e seções novas no Código, sugerida pelas associações e órgãos de defesa do consumidor, segue esta lógica. Claro, a adoção de um modelo de regulação por princípios e normas gerais sempre enfrentará a inevitável crítica ao legislador de ter dito muito menos do que seria necessário, abrindo espaço para a insegurança jurídica e a desnecessária judicialização em resposta à omissão legislativa.⁵⁰³

A Minuta do Projeto de Lei elaborada pela Comissão sobre comércio eletrônico iniciou sua tramitação no Senado Federal em 02 de agosto de 2012, sendo identificado como Projeto de Lei do Senado n. 281 de 2012. Esse projeto de lei, em linhas gerais, objetiva aperfeiçoar as disposições gerais do Capítulo I do Título I e dispor sobre o comércio eletrônico em seção específica do Código de Defesa do Consumidor. A proposta de atualização, conforme será analisado, dirime as principais controvérsias no que diz respeito ao comércio eletrônico e positiva entendimentos consagrados pela interpretação sistemática do direito.

Em 15 de agosto de 2012, após a leitura do PLS n. 281/2012 na sessão do Senado Federal, foram indicados parlamentares para compor a Comissão Temporária prevista no art. 374 do Regimento Interno do Senado Federal⁵⁰⁴, destinada a estudar os Projetos de Lei do Senado, oriundos da Comissão de Juristas.

Em 30 de agosto de 2012, a referida Comissão realizou sua primeira reunião, com a eleição de seu Presidente, Senador Rodrigo Rollemberg, de

⁵⁰³ BRASIL. Relatório-Geral da Comissão de Juristas de Atualização do Código de Defesa do Consumidor. *Senado Federal*. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/senado/codconsumidor/pdf/extrato_relatorio_final.pdf>. Acesso em: 26 nov. 14.

⁵⁰⁴ Art. 374. Na sessão em que for lido o projeto de código, a Presidência designará uma comissão temporária para seu estudo, composta por onze membros, e fixará o calendário de sua tramitação [...].

seu Vice-Presidente, Senador Paulo Bauer, e de seu Relator, Senador Ricardo Ferraço.

Em 16 de outubro de 2012, foi requerida a realização de audiência pública para discutir a proposta que dispõe sobre o comércio eletrônico, a qual ocorreu durante a 4ª Reunião da Comissão, na data de 06 de novembro de 2012.

Ao longo da tramitação, mais de 40 emendas foram apresentadas ao PLS n. 281/2012, cumprindo examinar as manifestações dos Senadores Armando Monteiro e Valdir Raupp, os quais, em suma, aduzem que⁵⁰⁵: a) o projeto trata por via transversa e de forma precária temas que já são objeto da Lei n. 12.965/2014, também conhecido como Marco Civil da Internet; b) a legislação consumerista já é suficientemente clara e objetiva, representando a proposta um retrocesso, uma vez que torna o texto legal mais denso, complexo e extenso.

Certamente que o Código de Defesa do Consumidor ainda se mantém hígido para proteger os interesses individuais e coletivos dos consumidores, exercendo os aplicadores do direito o papel de dar efetividade a esse importante instrumento da cidadania. Entretanto, diante dos complexos avanços tecnológicos, os pleitos sociais de proteção da privacidade e segurança no comércio eletrônico reclamam um movimento decisivo dos aparatos legiferantes estatais, de maneira a fortalecer os princípios da vulnerabilidade, confiança e boa-fé objetiva, bem como os seus deveres derivados.

Destaque-se, finalmente, que a atualização do CDC consolida o afastamento do paradigma moderno de soluções herméticas e abstratas para os problemas jurídicos, uma vez que a ideia de eficiência da lei trazida no projeto de atualização está estritamente ligada com o reforço de normas preventivas de danos, evitando assim uma resposta meramente reparatória.

⁵⁰⁵ A íntegra das emendas e as demais propostas dos Senadores estão disponíveis no seguinte endereço eletrônico: <www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=106768>. Acesso em: 26 nov. 14.

A propósito, em recente publicação, Santolim afirma que, não obstante a posição que adotou anteriormente, a incorporação ao CDC de um regime diferenciado para proteção do consumidor no ambiente virtual é “o modelo mais adequado, pois permite a manutenção daqueles princípios já identificados, avançando em uma abordagem mais específica das situações criadas com a utilização das tecnologias de informação e comunicação (TIC) no tráfico voltado ao consumidor final”⁵⁰⁶.

Lorenzetti também expressa com maestria a necessidade de atualização ao afirmar que o “funcionamento da *Internet* não é uma questão meramente privada; é uma forma externa da globalização, com efeitos políticos e sociais que envolvem a ordem pública e a necessidade de regulação. Não se trata de patrocinar intervenções distorcivas, mas sim intervenções institucionais, com o escopo de resguardar a privacidade, o consumo, a moral, o tratamento igualitário, e não discriminatório”⁵⁰⁷.

Apesar da existência de diversos projetos de lei objetivando a regulamentação do ambiente virtual nos seus mais diversos aspectos, além do Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/2014 – que entrou em vigor no dia 23 de abril de 2014) citado pelos Senadores, o microssistema consumerista deve manter sua unidade conceitual e axiológica agregando novos instrumentos para operacionalizar a defesa desse vulnerável agente de mercado, gerando confiança nessas novas formas de contratar.

Ademais, o próprio Marco Civil da Internet apresenta pontos polêmicos que podem prejudicar os consumidores, uma vez que traz a limitação da responsabilidade dos provedores em seu art. 18⁵⁰⁸ e art. 19⁵⁰⁹, criando também

⁵⁰⁶ SANTOLIM, Cesar Viterbo Matos. Anotações sobre o anteprojeto da comissão de juristas para a atualização do código de defesa do consumidor, na parte referente ao comércio eletrônico. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v.21, n.83, p. 73-82, jul./set. 2012, p. 74.

⁵⁰⁷ LORENZETTI, Ricardo Luís. *Comércio eletrônico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 75.

⁵⁰⁸ Art. 18. O provedor de conexão à internet não será responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros.

⁵⁰⁹ Art. 19. Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário.

uma maior dificuldade para a vítima pleitear a remoção de conteúdo ilícito divulgado na internet, tendo em vista que o provedor somente é obrigado a retirá-lo quando houver decisão judicial (liminar, tutela antecipada ou decisão final). Assim, o provedor de aplicações de internet, ao fazer uma interpretação literal do art. 19 da Lei n. 12.965/2014, poderá não atender à notificação extrajudicial da vítima para a retirada de conteúdo ilícito, sendo inviável cogitar de sua responsabilidade por omissão. Consoante destaca Martins:

O Anteprojeto, no entanto, traz diversos pontos polêmicos, em especial o seu art. 20 [atual art. 19 da Lei n. 12.965/2014], que condiciona a responsabilização dos provedores por conteúdos ilícitos ou ofensivos à prévia notificação judicial. Tal dispositivo, caso aprovado como se encontra, obstaculizará termos de ajustamento de conduta firmados entre os principais provedores, como o Google e o Ministério Público Federal e os Ministérios Públicos de diversos Estados, como Rio de Janeiro e São Paulo, possibilitando o livre acesso às informações acerca dos usuários para fins de persecução criminal.

Lamentavelmente, o “lobby” formado pelos próprios operadores econômicos do setor teve presença marcante nas discussões sobre o Anteprojeto, ameaçando conquistas alcançadas de maneira gradual, em detrimento do interesse público, especialmente em matéria de responsabilização dos provedores, onde se visualizam, hoje, os maiores problemas decorrentes dos vícios e acidentes de consumo nas redes sociais virtuais, sobretudo haja vista a abrangência da norma do art. 17 da Lei 8.078/1990, que equipara aos consumidores todas as vítimas do evento (*bystanders*).

O Código de Defesa do Consumidor, verdadeira lei principiológica que acaba de completar 20 anos de vigência, reviu dois velhos dogmas em matéria de relações obrigacionais, ao diluir as fronteiras entre a responsabilidade civil contratual e extracontratual e relativizar o efeito inter partes dos contratos.⁵¹⁰

§ 1.º A ordem judicial de que trata o caput deverá conter, sob pena de nulidade, identificação clara e específica do conteúdo apontado como infringente, que permita a localização inequívoca do material.

§ 2.º A aplicação do disposto neste artigo para infrações a direitos de autor ou a direitos conexos depende de previsão legal específica, que deverá respeitar a liberdade de expressão e demais garantias previstas no art. 5º da Constituição Federal.

§ 3.º As causas que versem sobre ressarcimento por danos decorrentes de conteúdos disponibilizados na internet relacionados à honra, à reputação ou a direitos de personalidade, bem como sobre a indisponibilização desses conteúdos por provedores de aplicações de internet, poderão ser apresentadas perante os juizados especiais.

§ 4.º O juiz, inclusive no procedimento previsto no § 3.º, poderá antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, existindo prova inequívoca do fato e considerado o interesse da coletividade na disponibilização do conteúdo na internet, desde que presentes os requisitos de verossimilhança da alegação do autor e de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

⁵¹⁰ MARTINS, Guilherme Magalhães; LONGHI, João Victor Rozatti. A tutela do consumidor nas redes sociais virtuais: responsabilidade civil por acidentes de consumo na sociedade da

Mister registrar que o Marco Civil é uma lei que regula em grande parte as obrigações civis e empresariais no ambiente virtual, não sendo voltada para a proteção exclusiva desses vulneráveis relacionais e situacionais albergados pela lei consumerista. A Lei n. 12.965/2014 traz em seu bojo, portanto, os postulados de igualdade e liberdade formais, próprios da cultura formalista presente no Estado Liberal e no positivismo jurídico. Em contrapartida, é necessário que a proteção do ciberconsumidor seja feita dentro de seu microssistema, garantindo a igualdade de condições contratuais e a proteção do contratante que se encontra na posição mais fraca, bem como captando o conceito material dos direitos fundamentais também presentes no ciberespaço.

Felizmente, conforme consta no Relatório Final da Comissão Temporária de Modernização do Código de Defesa do Consumidor do Senado Federal⁵¹¹, o qual foi aprovado no dia 26 de março de 2014, essas emendas supressivas foram rejeitadas, seguindo o texto agora para análise no plenário do Senado.

O PLS n. 281/2012, na forma do substitutivo apresentado pelo Senador Ricardo Ferraço, em seus artigos 3-A e 5.º, positiva o consolidado entendimento jurisprudencial e doutrinário da interpretação mais favorável ao

informação. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v.20, n.78, p. 191-221, abr./jun. 2011.

Sobre a responsabilidade dos provedores de internet, Bruno Miragem acrescenta: “Contudo, no Direito brasileiro, observa-se que tais atividades, quando inseridas no mercado de consumo e caracterizadas como prestações de serviço sob a égide do Código de Defesa do Consumidor, atraem responsabilidade aos provedores, independente de culpa destes (art. 14 do CDC), sendo fator de atribuição o risco da atividade. Reconhecem-se como hipótese de exoneração da obrigação de indenizar nas hipóteses previstas no art. 14, § 3.º, do CDC, quais sejam, a demonstração pelo fornecedor, de que tendo prestado o serviço, não existe o defeito (inc. I), ou a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro. 44 E da mesma forma, deverá pautar a identificação do defeito como causa de responsabilização a ressalva legal prevista no § 2.º do art. 14 do CDC, qual seja, a de que o serviço não será considerado defeituoso pela adoção de outras técnicas, o que remete, naturalmente, à conclusão, no que concerne aos serviços prestados pela Internet, de que a atualização tecnológica dos serviços não tem por consequência a imputação de defeito aos serviços prestados sem o incremento decorrente de novos conhecimentos obtidos mediante pesquisa e desenvolvimento”. MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. Responsabilidade por danos na sociedade de informação e proteção do consumidor: desafios atuais da regulação jurídica da internet. In: NERY JÚNIOR, Nelson (Org.); NERY, Rosa Maria de Andrade (Org.). *Doutrinas essenciais responsabilidade civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 843-891.

⁵¹¹ Relatório disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=147360&tp=1>>. Acesso em: 26 nov. 14.

consumidor por intermédio do diálogo das fontes e reforça a aplicação *ex officio* das normas protetivas, que restou assim redigido:

Art. 3-A As normas e os negócios jurídicos devem ser interpretados e integrados da maneira mais favorável ao consumidor.

Art. 5.º [...]. VI – o conhecimento de ofício pelo Poder Judiciário, no âmbito do processo em curso e assegurado o contraditório, de violação a normas de defesa do consumidor;

Marques e Benjamin, no Relatório-Geral da Comissão de Juristas de Atualização do Código de Defesa do Consumidor, destacaram a importância dessa análise sistemática do direito:

Mister registrar que de 1990 a 2011 mudou muito o sistema jurídico. O Brasil tem um novo Código Civil desde 2002, um Código Civil que regula as obrigações civis e empresariais, que revogou grande parte do Código Comercial e, apesar de trazer os mesmos princípios do Código de Defesa do Consumidor, teve forte impacto, sendo necessário reforçar a aplicação conjunta destas normas, o seu diálogo e a hermenêutica mais favorável ao consumidor, sujeito de direitos protegido constitucionalmente (art. 170, V, da CF).⁵¹²

A inclusão dos incisos XI e XII no art. 6.º também traz importantes avanços, instituindo como novos direitos básicos do consumidor:

Art. 6.º São direitos básicos do consumidor: [...]

XI - a privacidade e a segurança das informações e dados pessoais prestados ou coletados, por qualquer meio, inclusive o eletrônico;

XII - a liberdade de escolha, em especial frente a novas tecnologias e redes de dados, sendo vedada qualquer forma de discriminação e assédio de consumo;

A redação inicial proposta pela Comissão de Juristas, continha também a expressão “autodeterminação” no inciso XI, inspirada, principalmente, no direito à autodeterminação informacional (*Recht auf informationelle*

⁵¹² MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman. Extrato do Relatório-Geral da Comissão de Juristas do Senado Federal para Atualização do Código de Defesa do Consumidor (14.03.2012). *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 22, n. 92, p. 303-368, mar./abr. 2014.

Selbstbestimmung) alemão, “que consiste no direito do cidadão de tomar conhecimento sobre o arquivamento e uso de informações suas por terceiros, bem como de controlá-los e mesmo impedi-los”⁵¹³. Apesar dessa injustificada supressão, a redação desses novos incisos garante aos consumidores a proteção necessária de seus dados pessoais para que desfrutem de uma igualdade e liberdade mais concretas em um ambiente desmaterializado e observado furtivamente por fornecedores despersonalizados. Sobre o tema, merece destaque os ensinamentos de Santolim:

Por outro lado, a menção à “liberdade de escolha” como “direito básico” do consumidor, além de evidenciar a importância do princípio da autonomia privada como incidente não somente nas relações contratuais genéricas mas, também e particularmente, nas de consumo, indica especificamente situações onde esta autonomia deverá se exercer: na não discriminação tecnológica e na insusceptibilidade de qualquer forma de assédio. Há um esforço de realizar uma “repersonalização” do consumidor, posto em um ambiente (o ambiente virtual), onde a despersonalização, ao lado da desmaterialização e da desterritorialização, é característica natural.⁵¹⁴

Uma das grandes mudanças promovidas pelo projeto de lei é a criação da Seção VII no CDC intitulada “Do Comércio Eletrônico”. O (atual) art. 44-A do projeto explica que essa sessão “dispõe sobre normas gerais de proteção do consumidor no comércio eletrônico e à distância, visando a fortalecer a sua

⁵¹³ CARVALHO, Ana Paula Gambogi. O consumidor e o direito à autodeterminação informacional: considerações sobre os bancos de dados eletrônicos. *Revista de direito do consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 12, n. 46, p. 77-119, abr./jun. 2003.

Santolim também destacou a importância da inclusão da “autodeterminação” no inciso em questão, afirmando que: “Ao mencionar, além da ‘privacidade’ e da ‘segurança’, também a ‘autodeterminação’ das informações como ‘direito básico’ do consumidor, o anteprojeto foca exatamente a perspectiva dinâmica da utilização, pelo fornecedor, das informações obtidas. Em outras palavras: qualquer aplicação destas informações para a produção de novas informações deve ser objeto de prévia autorização do consumidor. Isso inclui conhecidos mecanismos, como *shopbots* e *collaborative filtering*, onde as informações dos diferentes consumidores são cotejadas para a definição de preferências e de ofertas customizadas. Há um robustecimento na proteção do consumidor nestes casos, pois não apenas as normas já positivadas (na Constituição Federal e no Código Civil, acerca da proteção da privacidade), de caráter genérico, poderão ser invocadas. Na tutela específica das relações de consumo igualmente se estará consagrando esta tutela”. SANTOLIM, Cesar Viterbo Matos. Anotações sobre o anteprojeto da comissão de juristas para a atualização do código de defesa do consumidor, na parte referente ao comércio eletrônico. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v.21, n.83, p. 73-82, jul./set. 2012.

⁵¹⁴ SANTOLIM, Cesar Viterbo Matos. Anotações sobre o anteprojeto da comissão de juristas para a atualização do código de defesa do consumidor, na parte referente ao comércio eletrônico. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v.21, n.83, p. 73-82, jul./set. 2012.

confiança e assegurar tutela efetiva, com a diminuição da assimetria de informações, a preservação da segurança nas transações, a proteção da autodeterminação e da privacidade dos dados pessoais”.

Essa é a norma basilar da atualização. Demonstra-se o caminho necessário para reconstrução da confiança e proteção efetiva dos indivíduos vulneráveis no ciberespaço, mantendo-se a textura aberta e principiológica do microssistema consumerista.

Merece referência que a expressão “e à distância” foi inserida no art. 44-A por sugestão do Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor (BRASILCON), com o fim de garantir que qualquer forma de comércio à distância esteja abrangida nessa seção, “assegurando também maior isonomia a todos os fornecedores, pois não regula os deveres dos fornecedores do comércio eletrônico, mas todos os fornecedores que utilizarem métodos de comércio à distância, sejam lojas de comércio tradicional ou físico e do virtual”⁵¹⁵.

Os artigos 44-B e 44-C delineiam os deveres de informação e transparência a serem observados pelos fornecedores ao ofertarem seus produtos e serviços, inclusive com expressa menção às compras coletivas e à responsabilidade solidária do intermediador das compras coletivas por eventuais danos causados pelo fornecedor responsável pela oferta do produto ou serviço, transpondo para o código o entendimento já consolidado nos tribunais, *in verbis*:

Art. 44-B. Sem prejuízo do disposto neste Código, os sítios eletrônicos ou demais meios eletrônicos utilizados para oferta ou conclusão de contrato de consumo devem disponibilizar, em local de destaque e de fácil visualização, dentre outras, as seguintes informações:

I – nome empresarial e número de inscrição do fornecedor, quando houver, no Cadastro Nacional de Pessoas Físicas ou no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas do Ministério da Fazenda;

II – endereço físico e eletrônico, e demais informações necessárias para sua localização e contato;

⁵¹⁵ Manifestação do Brasilcon está disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=121282&tp=1>>. Acesso em: 26 nov. 14.

III – discriminação, no preço, de quaisquer despesas adicionais ou acessórias, tais como as de entrega;

IV – condições integrais da oferta, incluídas modalidades de pagamento, disponibilidade, forma e prazo da execução do serviço ou da entrega ou disponibilização do produto ou serviço;

V – características essenciais do produto ou do serviço, incluídos os riscos à saúde e à segurança dos consumidores;

VI – prazo de validade da oferta, inclusive do preço;

VII – informações claras e ostensivas a respeito de quaisquer restrições à fruição da oferta.

Art. 44-C. Os sítios eletrônicos ou demais meios eletrônicos utilizados para ofertas de compras coletivas ou modalidades análogas de contratação deverão conter, além das informações previstas no art. 44-B, as seguintes:

I – quantidade mínima de consumidores para a efetivação do contrato;

II – prazo para utilização da oferta pelo consumidor;

III – identificação do fornecedor responsável pelo sítio eletrônico e do fornecedor do produto ou serviço ofertado.

Parágrafo único. O fornecedor de compras coletivas, como intermediador legal do fornecedor responsável pela oferta do produto ou serviço, responde solidariamente pela veracidade das informações publicadas e por eventuais danos causados ao consumidor.

Esses artigos, tomando como referência as *Guidelines* da OECD e as diretivas europeias sobre comércio eletrônico, concretizam a tutela da confiança do consumidor pelo princípio da boa-fé objetiva e pelos deveres anexos de lealdade, informação, transparência, esclarecimento, veracidade, honestidade e probidade. Com amparo na lição de Santolim, sobeja destacar que esses artigos servem “para fornecer um mínimo necessário de certeza acerca mesmo da existência da contraparte”⁵¹⁶.

O art. 44-D também impõe novas obrigações ao fornecedor que utilizar o meio eletrônico ou similar, com a seguinte redação:

Art. 44-D. É obrigação do fornecedor que utilizar o meio eletrônico ou similar:

I – apresentar sumário do contrato antes da contratação, com as informações necessárias ao pleno exercício do direito de escolha do consumidor, destacadas as cláusulas que limitem direitos;

⁵¹⁶ SANTOLIM, Cesar Viterbo Matos. Anotações sobre o anteprojeto da comissão de juristas para a atualização do código de defesa do consumidor, na parte referente ao comércio eletrônico. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v.21, n.83, p. 73-82, jul./set. 2012.

II – manter disponível serviço adequado, facilitado e eficaz de atendimento, tal como o meio eletrônico ou telefônico, que possibilite ao consumidor enviar e receber comunicações, inclusive notificações, reclamações e demais informações necessárias à efetiva proteção dos seus direitos;

III – confirmar imediatamente o recebimento de comunicações, inclusive a manifestação de arrependimento e cancelamento do contrato, utilizando o mesmo meio empregado pelo consumidor ou outros costumeiros;

IV – assegurar ao consumidor os meios técnicos adequados, eficazes e facilmente acessíveis que permitam a identificação e correção de eventuais erros na contratação, antes de finalizá-la, sem prejuízo do posterior exercício do direito de arrependimento;

V – utilizar mecanismos de segurança eficazes para pagamento e para tratamento de dados do consumidor;

VI – informar aos órgãos de defesa do consumidor e ao Ministério Público, sempre que requisitado, o nome e endereço eletrônico e demais dados que possibilitem o contato do provedor de hospedagem, bem como dos seus prestadores de serviços

financeiros e de pagamento.

VI – informar imediatamente às autoridades competentes e ao consumidor sobre o vazamento de dados ou comprometimento, mesmo que parcial, da segurança do sistema.

Como acuradamente assinala Santolim⁵¹⁷, as novas tecnologias, além de facilitarem o acesso ao mercado de consumo, devem resguardar os interesses do consumidor com o emprego de mecanismos específicos para protegê-lo dos riscos inerentes a esse meio e reduzir a sensação de insegurança enquanto navega na *web*, acrescentando:

Não é demais lembrar, a propósito da disposição acerca da obrigatoriedade de o fornecedor “dispor de meios de segurança adequados e eficazes”, que sendo ele, o fornecedor, quem, com exclusividade, cria as condições técnicas para o comércio eletrônico (montagem do site, escolha do provedor dos serviços de hospedagem, decisão sobre os meios de pagamento...), e sendo também ele quem extrai o proveito econômico da atividade (“risco-proveito”), é também dele a responsabilidade pelos danos que possa causar ao consumidor (responsabilidade esta só afastável pela via da demonstração de nexa causal autônoma, como, por exemplo, na “culpa exclusiva da vítima”).⁵¹⁸

⁵¹⁷ SANTOLIM, Cesar Viterbo Matos. Anotações sobre o anteprojeto da comissão de juristas para a atualização do código de defesa do consumidor, na parte referente ao comércio eletrônico. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v.21, n.83, p. 73-82, jul./set. 2012.

⁵¹⁸ SANTOLIM, Cesar Viterbo Matos. Anotações sobre o anteprojeto da comissão de juristas para a atualização do código de defesa do consumidor, na parte referente ao comércio eletrônico. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v.21, n.83, p. 73-82, jul./set. 2012.

O art. 44-E traz um rol de quatro situações em que o fornecedor deve enviar ao consumidor informações específicas do negócio jurídico, como forma de “rematerialização”⁵¹⁹ do contrato virtual, com “alguma formalização ou perenização para permitir a prova *a posteriori*”⁵²⁰, *in verbis*:

Art. 44-E. Na contratação por meio eletrônico ou similar, o fornecedor deve enviar ao consumidor:

I – em momento prévio à contratação, o contrato, em língua portuguesa acessível e com fácil visualização em sua página;

II – confirmação imediata do recebimento da aceitação da oferta;

III – via do contrato em suporte duradouro, assim entendido qualquer instrumento, inclusive eletrônico, que ofereça as garantias de fidedignidade, inteligibilidade e conservação dos dados contratuais, permitindo ainda a facilidade de sua reprodução;

IV – formulário ou link facilitado e específico para preenchimento do consumidor em caso de exercício do direito de arrependimento.

Parágrafo único. Caso a confirmação e o formulário previstos nos incisos II e IV não tenham sido enviados pelo fornecedor, o prazo previsto no caput do art. 49 deverá ser ampliado para trinta dias.

Os incisos II e III dessa norma foram mantidos nos termos do anteprojeto elaborado pela Comissão de Juristas, sendo importantes mecanismos de reconstrução da confiança do consumidor, atuando como “garantias de fidedignidade, inteligibilidade e conservação dos dados contratuais, permitindo, ainda, a facilidade de sua reprodução”⁵²¹.

Da mesma forma, o inciso I – que reproduz regra do art. 10.º, item 1, alínea *a*, da Diretiva 2000/31/CE – e o inciso IV – que facilita o direito de retração por intermédio de formulários ou *links* – evidenciam a proteção da confiança no comércio eletrônico, objetivo maior dessa nova seção a ser inserida no CDC.

⁵¹⁹ MARQUES, Claudia 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. 119.

⁵²⁰ MARQUES, Claudia 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. 120.

⁵²¹ PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. PLS 281: proteção do consumidor no comércio eletrônico. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=116238&tp=1>>. Acesso em: 26 nov. 14.

O parágrafo único, por sua vez, busca dar efetividade aos novos deveres de informação dos incisos II e IV do art. 44-D, ao estabelecer a dilatação do prazo para exercício do direito de arrependimento, previsto no *caput* do art. 49, para trinta dias. Essa regra encontra referência no direito comunitário europeu, a exemplo do item 1 do art. 6.º da já revogada Diretiva 97/7/CE⁵²², que tratava dos contratos à distância, e do art. 10 da recente Diretiva 2011/83/EU⁵²³.

Levando em consideração os artigos analisados até aqui, merece referência o Decreto n. 7.962, de 15 de março de 2013, que, estimulado pelo Projeto de Lei n. 281/2012, regulamentou o CDC, apontando quais informações os fornecedores virtuais devem disponibilizar e enviar aos consumidores. Esse novo Decreto, que entrou em vigor no dia 15 de maio de 2013, reproduz boa parte dos artigos que estão sendo debatidos no projeto de lei apresentado pela Comissão de Juristas, no que tange ao direito à informação e à segurança dos consumidores.

Alguns questionamentos podem surgir acerca da utilidade do Projeto de Lei n. 281/2012, agora que parte de suas propostas já fazem parte do ordenamento jurídico brasileiro. Todavia, o advento desse decreto é apenas um reflexo da urgência na elaboração de normas especializadas para a proteção dos consumidores no comércio eletrônico, as quais devem ser integradas ao microssistema consumerista para manter sua unidade normativa. A corroborar a trilha da argumentação explicitada, cabe colacionar o escólio de Miragem:

O advento do Dec. 7.962/2013 pode provocar a indagação quanto a sua repercussão em relação à tramitação legislativa e eventual

⁵²² Artigo 6.º Direito de rescisão

1. Em qualquer contrato à distância, o consumidor disporá de um prazo de, pelo menos, sete dias úteis para rescindir o contrato sem pagamento de indemnização e sem indicação do motivo. As únicas despesas eventualmente a seu cargo decorrentes do exercício do seu direito de rescisão serão as despesas directas da devolução do bem.

[...] Se o fornecedor não tiver cumprido as obrigações referidas no artigo 5º [confirmação por escrito das informações], o prazo é de três meses. O prazo é contado:

- em relação a bens, a partir do dia da sua recepção pelo consumidor,
- em relação a serviços, a partir do dia da celebração do contrato.

⁵²³ Artigo 10.º Omissão de informação sobre o direito de retractação

1. Se o profissional não tiver fornecido ao consumidor a informação relativa ao direito de retractação, nos termos do artigo 6.º, n.º 1, alínea h), o prazo de retractação expira 12 meses após o termo do prazo de retractação inicial, determinado nos termos do artigo 9.º, n.º 2.

2. Se o profissional tiver fornecido ao consumidor a informação prevista no n.º 1 do presente artigo no prazo de 12 meses a contar da data referida no artigo 9.º, n.º 2, o prazo de retractação expira 14 dias após o dia em que o consumidor recebeu a informação.

aprovação do PLS 281/2012, que altera o Código de Defesa do Consumidor para disciplinar aspectos do comércio eletrônico de consumo. Neste sentido, seria possível perguntar sobre a necessidade ou conveniência da aprovação do projeto de lei, considerando a existência do decreto. A resposta é inequívoca. Parece claro que a reprodução pelo decreto de grande parte do texto do PLS 281/2012, em primeiro lugar, atesta a necessidade de disciplina de aspectos do comércio eletrônico de consumo e o comedimento com o qual o legislador deve intervir neste domínio de atuais e intensas transformações *pari passu* às inovações decorrentes da permanente evolução tecnológica.

Da mesma forma, converge no sentido de quais são estes aspectos relevantes, em especial no tocante aos direitos de informação e arrependimento do consumidor. Há no projeto de lei, todavia, abordagem estrutural que, aliás, é de sua vocação, como a previsão de novos direitos básicos do consumidor relativos às relações estabelecidas pela Internet, assim como a localização de novos direitos subjetivos específicos para relações estabelecidas por este meio de contratação, cuja localização correta é a lei formal, dentro do sistema do Código. Ou como ensina Ruy Cirne Lima, para quem “a lei sobrepõe-se ao regulamento como o essencial ao acidental, o duradouro ao transitório”.⁵²⁴

Dentre esses novos direitos subjetivos mencionados pelo jurista, está a proteção contra o *spam*, consagrada no art. 44-F⁵²⁵ do Projeto de Lei 281/2012.

⁵²⁴ MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. Aspectos característicos da disciplina do comércio eletrônico de consumo - Comentários ao Dec. 7.962, de 15.03.2013. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, v.22, n.86, p. 287-300, mar./abr. 2013.

⁵²⁵ Art. 44-F. É vedado ao fornecedor de produto ou serviço enviar mensagem eletrônica não solicitada a destinatário que:

I – não possua relação de consumo anterior com o fornecedor e não tenha manifestado consentimento prévio e expresse em recebê-la;

II – esteja inscrito em cadastro de bloqueio de oferta; ou

III – tenha manifestado diretamente ao fornecedor a opção de não recebê-la.

§ 1º Se houver prévia relação de consumo entre o remetente e o destinatário, admite-se o envio de mensagem não solicitada, desde que o consumidor tenha tido oportunidade de recusá-la.

§ 2º O fornecedor deve informar ao destinatário, em cada mensagem enviada:

I – o meio adequado, simplificado, seguro e eficaz que lhe permita, a qualquer momento, recusar, sem ônus, o envio de novas mensagens eletrônicas não solicitadas; e

II – o modo como obteve os dados do consumidor.

§ 3º O fornecedor deve cessar imediatamente o envio de ofertas e comunicações eletrônicas ou de dados a consumidor que manifestou a sua recusa em recebê-las.

§ 4º Para os fins desta seção, entende-se por mensagem eletrônica não solicitada a relacionada à oferta ou publicidade de produto ou serviço e enviada por correio eletrônico ou meio similar.

§ 5º É também vedado:

I – remeter mensagem que oculte, dissimule ou não permita de forma imediata e fácil a identificação da pessoa em nome de quem é efetuada a comunicação e a sua natureza publicitária.

II – veicular, exhibir, licenciar, alienar, compartilhar, doar ou de qualquer forma ceder ou transferir dados, informações ou identificadores pessoais, sem expressa autorização e consentimento informado do seu titular.

§ 6º Na hipótese de o consumidor manter relação de consumo com fornecedor que integre um conglomerado econômico, o envio de mensagens por qualquer sociedade que o integre não se

Dirimindo divergências jurisprudenciais e doutrinárias, o *spam* passa a ser entendido como prática abusiva e, seguindo o exemplo do direito comparado, tem o seu envio proibido quando não solicitado pelos usuários.

O modelo *opt-in*⁵²⁶ é adotado no projeto, ou seja, limita-se o envio de mensagens eletrônicas não solicitadas àqueles que previamente manifestaram o interesse de recebê-las. Havendo prévia relação de consumo (§ 1.º), é admitido o envio de *spam*, contanto que seja reconhecido ao consumidor o direito de recusar posteriormente o envio das mensagens (modelo *opt-out*), e o fornecedor respeita essa escolha, cessando imediatamente o envio das comunicações eletrônicas (§ 3.º).

Além disso, a cada mensagem enviada (§ 2.º), é dever do emitente informar como recusar o envio de novos *spams* (inciso I) e de que forma conseguiu os dados do consumidor (inciso II), fortalecendo a autodeterminação informacional dos consumidores. Também é vedado, nos termos do § 5.º do artigo em questão, o envio de ofertas ou comunicações eletrônicas que não observem o princípio da identificação obrigatória de mensagem publicitária (inciso I) e de transmissão dos dados pessoais sem expressa autorização e consentimento informado do seu titular acerca do comércio de dados pessoais (inciso II), enquadrando-se aqui os *cookies*. Exceções à proibição de *spam* foram acrescentadas recentemente, referindo-se à fornecedores que integrem conglomerados econômicos.

O art. 44-G⁵²⁷, também acrescentado por emenda ao texto original do anteprojeto, traz novamente à tona a questão da autodeterminação

insere nas vedações do caput do presente artigo, desde que o consumidor tenha tido oportunidade de recusá-la e não esteja inscrito em cadastro de bloqueio de oferta.

§ 7.º A vedação prevista no inciso II, do § 5.º, não se aplica aos fornecedores que integrem um mesmo conglomerado econômico.

⁵²⁶ Segundo Santolim: “Adota-se o modelo *opt in*, o que significa que o consumidor que desejar receber estas mensagens deverá ter se manifestado previamente neste sentido, sem embargo em reconhecer também a modalidade *opt out* (para o caso de o consumidor ter manifestado diretamente ao fornecedor a intenção de não receber a mensagem, ou de se ter inscrito em cadastro de bloqueio de oferta)”. SANTOLIM, Cesar Viterbo Matos. Anotações sobre o anteprojeto da comissão de juristas para a atualização do código de defesa do consumidor, na parte referente ao comércio eletrônico. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v.21, n.83, p. 73-82, jul./set. 2012.

⁵²⁷ Art. 44-G. Na oferta de produto ou serviço por meio da rede mundial de computadores (internet) ou qualquer modalidade de comércio eletrônico, somente será exigida do consumidor, para a aquisição do produto ou serviço ofertado, a prestação das informações indispensáveis à conclusão do contrato:

informativa dos consumidores, ao estipular que “[n]a oferta de produto ou serviço por meio da rede mundial de computadores (internet) ou qualquer modalidade de comércio eletrônico, somente será exigida do consumidor, para a aquisição do produto ou serviço ofertado, a prestação das informações indispensáveis à conclusão do contrato”.

Outro tema controverso, principalmente na doutrina⁵²⁸, a ser solucionado com a atualização do código, são os limites do direito de retratação do art. 49 do CDC. O presente substitutivo do projeto de lei reforça e facilita o direito de arrependimento, mantendo-se o prazo de sete dias⁵²⁹, e criando a modalidade de contratação a distância equiparada (art. 49, § 3.º), consoante se verifica na redação a seguir colacionada:

“Art. 49. O consumidor pode desistir da contratação a distância, no prazo de quatorze dias, a contar da aceitação da oferta ou do recebimento ou disponibilidade do produto ou serviço, o que ocorrer por último.

§ 1º [...]

§ 2º Por contratação a distância entende-se aquela efetivada fora do estabelecimento, ou sem a presença física simultânea do consumidor e fornecedor, especialmente em domicílio, por telefone, reembolso postal, por meio eletrônico ou similar.

§ 3º Equipara-se à modalidade de contratação prevista no § 2º deste artigo aquela em que, embora realizada no estabelecimento, o consumidor não teve a prévia oportunidade de conhecer o produto ou serviço, por não se encontrar em exposição ou pela impossibilidade ou dificuldade de acesso a seu conteúdo.

Parágrafo único. Quaisquer outras informações, além das indispensáveis, terão caráter facultativo, devendo o consumidor ser previamente avisado dessa condição.

⁵²⁸ Alguns autores como Santolim (SANTOLIM, Cesar Viterbo Matos. Os princípios de proteção do consumidor e o comércio eletrônico no direito brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v.14, n.55, p. 53-84, jul./set. 2005) e Coelho (COELHO, Fábio Ulhoa. Direitos do consumidor no comércio eletrônico. *Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil*, São Paulo: IOB, v. 7, n. 48, p. 07-14, jul./ago. 2007) defendem uma aplicação restritiva do direito de arrependimento no comércio eletrônico. Enquanto Marques entende ser aplicável irrestritamente o disposto no art. 49 do CDC (MARQUES, Claudia 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. 278.

⁵²⁹ Num primeiro momento, foi acolhida a sugestão elaborada pelo Brasilcom de acompanhar a recente alteração da Diretiva 2011/83/EU e ampliar para quatorze dias o prazo de arrependimento, contudo, os parlamentares voltaram atrás e mantiveram o prazo de sete dias, sob a justificativa de que “o prazo atual [...] tem se mostrado suficiente e adequado para o consumidor brasileiro averiguar se o produto ou serviço contratado corresponde com a oferta”. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=146726&tp=1>>. Acesso em: 26 nov. 14.

§ 4º A desistência formalizada dentro do prazo previsto no caput implica na devolução do produto com todos os acessórios recebidos pelo consumidor e nota fiscal;

§ 5º Caso o consumidor exerça o direito de arrependimento, os contratos acessórios de crédito são automaticamente rescindidos, devendo ser devolvido ao fornecedor do crédito acessório o valor que lhe foi entregue, acrescido de eventuais juros incidentes até a data da efetiva devolução e tributos;

§ 6º Sem prejuízo da iniciativa do consumidor, o fornecedor deve comunicar de modo imediato a manifestação do exercício de arrependimento à instituição financeira ou à administradora do cartão de crédito ou similar, a fim de que:

I – a transação não seja lançada na fatura do consumidor;

II – seja efetivado o estorno do valor, caso a fatura já tenha sido emitida no momento da comunicação;

III – caso o preço já tenha sido total ou parcialmente pago, seja lançado o crédito do respectivo valor na fatura a ser emitida posteriormente à comunicação.

§ 7º Se o fornecedor de produtos ou serviços descumprir o disposto no § 1º ou no § 6º, o valor pago será devolvido em dobro.

§ 8º O fornecedor deve informar, de forma prévia, clara e ostensiva, os meios adequados, facilitados e eficazes disponíveis para o exercício do direito de arrependimento do consumidor, que devem contemplar, ao menos, o mesmo modo utilizado para a contratação.

§ 9º O fornecedor deve enviar ao consumidor confirmação individualizada e imediata do recebimento da manifestação de arrependimento.

Art. 49-A. Sem prejuízo do direito de rescisão do contrato de transporte aéreo antes de iniciada a viagem (art. 740, § 3.º, do Código Civil), o exercício do direito de arrependimento do consumidor de passagens aéreas poderá ter seu prazo diferenciado, em virtude das peculiaridades do contrato, por norma fundamentada das agências reguladoras.

Parágrafo único. A regulamentação prevista no caput deverá ser realizada no prazo máximo de cento e oitenta dias após a entrada em vigor desta lei.

Marques e Mendes, aliás, expõem com precisão as razões pelas quais o direito de arrependimento exerce papel fundamental para a reconstrução da confiança no comércio eletrônico:

De forma bastante interessante, a doutrina alemã reconhece no direito de arrependimento um dos pilares para a proteção da parte mais fraca nos contratos. De acordo com Stefan Grundmann, uma das principais tendências do direito contratual moderno é a “otimização da liberdade por meio do fortalecimento de standards protetivos”, o que denota a tendência atual de se buscar mais liberdade material para ambas as partes contratuais, em detrimento de um conceito exclusivamente formal de liberdade contratual. Esse

fenômeno, também conhecido como a materialização do direito privado, tem sido realizado por meio de importantes instrumentos normativos, dentre eles, a atribuição de um direito de arrependimento aos consumidores. Sob essa perspectiva, o direito de arrependimento tem uma importância fundamental nos contratos à distancia e fora do estabelecimento comercial, na medida em que possibilita ao consumidor obter a informação sobre o produto ou compará-lo com outros produtos mesmo depois da celebração do contrato, garantindo a possibilidade de revogação contratual em um prazo razoável necessário para obter tal informação.⁵³⁰

Também é incluído o inciso XII no rol das sanções administrativas previstas pelo art. 56, instituindo a sanção administrativa de suspensão temporária ou proibição de utilizar o comércio eletrônico a fornecedor que infringir as normas de defesa do consumidor. E, em descumprindo o fornecedor essa sanção, poderá o magistrado (§ 4.º) determinar o bloqueio de contas bancárias do fornecedor (inciso II) e/ou a suspender o repasse de pagamentos e transferências financeiras como forma de compelir o cumprimento da sanção (inciso I).

Ainda, o substitutivo do projeto de lei propõe a positivação da multa civil como forma de indenização punitiva em artigo autônomo (art. 60-A⁵³¹), dissociando-se a indenização concedida a título de dano moral da indenização com finalidade punitiva e dissuasória. Espera-se que finalmente seja inserido esse relevante instituto no âmbito da legislação protetiva do consumidor⁵³²,

⁵³⁰ MARQUES, Cláudia Lima; MENDES, Laura Schertel Ferreira. Direito europeu muda nos contratos a distância e a domicílio: A nova Diretiva 2011/83 relativa aos direitos dos consumidores atualiza regime do arrependimento, das cláusulas abusivas, do crédito acessório ao consumo, da informação em geral e do comércio eletrônico. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: Revista dos Tribunais, v.21, n.81, p.339-404, jan./mar. 2012.

⁵³¹ Inicialmente, a Comissão de Juristas havia proposto a inclusão da multa civil em questão no art. 49, referente ao direito de arrependimento. A Comissão Temporária de Modernização do Código de Defesa do Consumidor optou por retirar esse relevante instituto da seção do comércio eletrônico para estender expressamente a sua aplicação a todo o CDC, ficando a redação do artigo nos termos que segue:

Art. 60-A O descumprimento reiterado dos deveres do fornecedor previstos nesta lei poderá ensejar a aplicação pelo Poder Judiciário de multa civil em valor adequado à gravidade da conduta e suficiente para inibir novas violações, sem prejuízo das sanções penais e administrativas cabíveis e da indenização por perdas e danos, patrimoniais e morais, ocasionados aos consumidores.

§ 10º A graduação e a destinação da multa civil deverão observar o disposto no caput do art. 57 desta Lei, sendo possível sua aplicação a outras hipóteses de descumprimento dos deveres do fornecedor previstos nesta Lei.

⁵³² Já foram elaborados projetos de lei que continham em seu bojo a previsão de *punitive damages*, como por exemplo, o arts. 16, 45 e 52 do Projeto do Código de Defesa do Consumidor e o Projeto de Lei n. 6.960 de 2002, tendo ambos sido rejeitados pelo legislador nacional. TEPEDINO, Maria Celina Bodin de Moraes. *Punitive damages* em sistemas civilistas:

para que não mais vigore a concepção de litígio como uma relação entre indivíduos que não repercute na organização social e no equilíbrio do sistema econômico e jurídico.

Tendo em conta a criação do Plano Nacional de Consumo e Cidadania (Plandec), instituído pelo Decreto n. 7.963/2013⁵³³, cujos eixos de atuação são a prevenção e redução de conflitos, a regulação e fiscalização e o fortalecimento do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, a Comissão Temporária de Modernização do CDC elaborou o art. 60-B⁵³⁴. Esse dispositivo visa o fortalecimento dos PROCONS, permitindo que eles apliquem medidas corretivas aos fornecedores que violem as normas de defesa do consumidor. Inclusive o § 1.º desse artigo, prevê a possibilidade das autoridades administrativas aplicarem multa no caso de descumprimento das medidas corretivas impostas.

Ainda, o texto proposto, cria um novo tipo penal no art. 72-A, criminalizando a conduta de circulação desautorizada de dados e informações⁵³⁵.

Outro avanço significativo na proteção do consumidor é a proposta de reformulação do art. 101⁵³⁶, estabelecendo que a lei aplicável aos conflitos

problemas e perspectivas. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Padma, v. 5, n. 18, p. 45-78, abr./jun. 2004.

⁵³³ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Decreto/D7963.htm>. Acesso em: 26 nov. 14.

⁵³⁴ Art. 60-B. Sem prejuízo das sanções previstas no Capítulo VII, em face de reclamação fundamentada formalizada por consumidor, a autoridade administrativa, em sua respectiva área de atuação e competência, poderá instaurar processo administrativo, assegurado o contraditório e a ampla defesa, para aplicar, em caso de comprovada infração às normas de defesa do consumidor, as seguintes medidas corretivas, fixando prazo para seu cumprimento:

I – substituição ou reparação do produto;

II – devolução do que houver sido pago pelo consumidor mediante cobrança indevida;

III – cumprimento da oferta pelo fornecedor, sempre que esta conste por escrito e de forma expressa;

IV – devolução ou estorno, pelo fornecedor, sempre que esta conste por escrito e de forma expressa;

V – prestação adequada das informações requeridas pelo consumidor, sempre que tal requerimento guarde relação com o produto adquirido ou serviço contratado.

§ 1.º No caso de descumprimento do prazo fixado pela autoridade administrativa para a medida corretiva imposta, será imputada multa diária, nos moldes do parágrafo único do art. 57.

§ 2.º A multa diária de que trata o § 1.º será revertida, conforme o caso, ao Fundo de Defesa dos Direitos Difusos ou aos fundos estaduais ou municipais de proteção do consumidor.

⁵³⁵ Art. 72-A. Veicular, exibir, licenciar, alienar, compartilhar, doar ou de qualquer forma ceder ou transferir dados, informações ou identificadores pessoais, sem a expressa autorização de seu titular e consentimento informado, salvo exceções legais.

Pena – Detenção, de três meses a um ano, e multa.

decorrentes do fornecimento a distância internacional é a do domicílio do consumidor, mas sendo permitido que o juiz aplique a lei escolhida pelas partes, caso esta seja mais favorável ao consumidor. Tendo isso em vista, o substitutivo do PLS n. 281/2012 também propõe alterações na Lei de Introdução do Direito Brasileiro com o intento de consolidar um importante passo em direção à busca da justiça material, mediante a criação de normas específicas sobre os conflitos de leis para os contratos internacionais de consumo.

Não obstante a ausência de referência expressa nesse projeto de lei à proteção dos hipervulneráveis no ambiente virtual, a Comissão de Atualização do Código de Defesa do Consumidor apresentou ao Parlamento outro anteprojeto, hoje identificado como PLS n. 283/2012, para aperfeiçoar a disciplina do crédito ao consumidor e dispor sobre a prevenção do superendividamento, no qual incluíram a definição de assédio de consumo em relação aos hipervulneráveis, em especial quando envolver a contratação por meio eletrônico de produtos e serviços que envolvam crédito. A norma, na forma do substitutivo apresentado pelo Senador Ricardo Ferraço, consta com a seguinte redação:

Art. 54-C. É vedado, expressa ou implicitamente, na oferta de crédito ao consumidor, publicitária ou não: [...]
IV – assediar ou pressionar o consumidor, principalmente se idoso, analfabeto, doente ou em estado de vulnerabilidade agravada, para contratar o fornecimento de produto, serviço ou crédito, inclusive à distância, por meio eletrônico ou por telefone, ou se envolver prêmio;

A atualização, como destacam Martins e Ferreira, “suscita o préstimo do cidadão em buscar seus direitos quando dos abusos sofridos no mercado,

⁵³⁶ Art. 101. Na ação de responsabilidade contratual e extracontratual do fornecedor de produtos e serviços, inclusive no fornecimento a distância nacional e internacional, sem prejuízo do disposto nos Capítulos I e II deste Título:

I – será competente o foro do domicílio do consumidor, nas demandas em que o consumidor residente no Brasil seja réu e que versem sobre relações de consumo;

II – o consumidor, nas demandas em que seja autor, poderá escolher, além do foro indicado no inciso I, o do domicílio do fornecedor de produtos ou serviços, o do lugar da celebração ou da execução do contrato ou outro conectado ao caso;

III – são nulas as cláusulas de eleição de foro e de arbitragem celebradas pelo consumidor.

Parágrafo único. Aos conflitos decorrentes do fornecimento a distância internacional, aplica-se a lei do domicílio do consumidor, ou a norma estatal escolhida pelas partes, desde que mais favorável ao consumidor, assegurando igualmente o seu acesso à Justiça.

abastecendo as instituições com fatos ensejadores de hipóteses de incidência para a aplicação das regras consumeristas⁵³⁷.

Compete agora ao Parlamento Brasileiro garantir a preservação das conquistas dos consumidores nesses mais de 20 anos de CDC e a evolução das normas jurídicas em sincronia com as modificações tecnológicas dessa sociedade pós-moderna, caracterizada pela complexidade, pelo pluralismo, pela velocidade e pelo apego à informação, como forma de reconstrução da confiança e aprimoramento da vulnerabilidade como princípio instituidor das relações de consumo.

⁵³⁷ MARTINS, Fernando Rodrigues; FERREIRA, Keila Pacheco. A contingente atualização do Código de Defesa do Consumidor: novas fontes, metodologia e devolução de conceitos. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v.21, n.83, p. 11-54, jul./set. 2012, p. 49.

4. CONCLUSÃO

As mudanças tecnológicas, demográficas, econômicas e sociais na contemporaneidade geraram novas formas de contratar e vieram acompanhadas de grandes desafios para os operadores do direito. O comércio eletrônico emerge desse momento conturbado de transição, carregando consigo uma antinomia interna: vive entre o clássico conceito de contrato e as inusitadas modificações contemporâneas trazidas pelo ambiente virtual.

O clássico decorre justamente do fato de não ser um novo contrato, somente um novo instrumento contratual para os negócios jurídicos à distância. O inusitado, por sua vez, advém da fusão de técnicas de contratação em massa com as inovações tecnológicas, capazes de romper com os limites temporais, geográficos, materiais, e, até mesmo, humanos.

Como visto, o momento pós-moderno é detentor de um “des”, ou seja, tem como características principais a despersonalização da relação jurídica, a desmaterialização do meio de contratação, a desterritorialização, a desregulamentação e a desconfiança dos consumidores no comércio eletrônico.

Constatou-se que a virtualização das relações de consumo potencializa a vulnerabilidade do consumidor e gera a desconfiança deste nos negócios jurídicos eletrônicos, principalmente levando-se em consideração a complexidade e a massificação desses contratos na sociedade de consumo pós-moderna. O contexto promovido pela difusão do comércio eletrônico permitiu a análise do princípio da vulnerabilidade sob uma dupla perspectiva: a) vulnerabilidade de relação e b) vulnerabilidade de situação.

A primeira identifica que a vulnerabilidade do consumidor é inerente à relação de consumo, em virtude de não poder ele resistir ao poderio técnico, econômico, jurídico e informacional dos profissionais. A segunda, por sua vez, decorre do esvaziamento da noção de tempo e espaço, da referência de real e do tratamento com um sujeito corporificado, sendo reflexo da nova situação promovida pelas tecnologias da informação.

Referiu-se que essa vulnerabilidade de situação promovida pelo ambiente virtual não se confunde com o conceito de hipervulnerabilidade, tendo em vista que esta decorre de características intrínsecas ao consumidor (idade, estado de saúde, necessidades especiais, nível de escolaridade) que irão torná-lo mais frágil, conforme a situação fática que se apresenta, do que um consumidor *standard*. Por sua vez, a vulnerabilidade agravada pela nova situação tecnológica e pela criação de um espaço virtualizado para negociação, além de ser extrínseca à pessoa do consumidor, eleva a um novo patamar a vulnerabilidade de relação – como um todo –, e a hipervulnerabilidade – conforme o caso concreto.

Afirmou-se, assim, que há diferentes camadas de vulnerabilidade na relação consumidor-fornecedor: a) a primeira é a vulnerabilidade de relação, base indispensável e inerente ao próprio direito consumerista; b) a segunda é a vulnerabilidade de situação, que decorre da transposição das relações de consumo para o mundo *online* e alicerçar-se-á sobre a primeira. Dessas duas camadas podem emergir casos de consumidores que apresentam fragilidades intrínsecas capazes de torná-los hipervulneráveis, necessitando eles de um tratamento especial por parte dos fornecedores e, também, por parte dos aparatos estatais legiferantes, administrativos e judiciais, de maneira a otimizar a realização do princípio da igualdade. Algumas das figuras que podem surgir desse amálgama de fraquezas são o consumidor-virtual-criança, consumidor-virtual-idoso, consumidor-virtual-doente, consumidor-virtual-deficiente e consumidor-virtual-analfabeto.

Apontou-se que esse agravamento da vulnerabilidade é responsável por gerar uma crise de confiança nos consumidores, a qual reverberou por toda estrutura política, econômica e social brasileira, trazendo consigo incertezas acerca da efetividade do direito consumerista.

Constatou-se, ainda, que, diante das lacunas legislativas no tratamento das relações de consumo no comércio eletrônico, o papel do Direito é justamente dar condições para uma maior efetividade das normas protetivas do Código de Defesa do Consumidor, preservando as conquistas desse indivíduo que tem sua vulnerabilidade agravada diante da situação inusitada trazida pelo ciberespaço.

Um esforço hermenêutico para preservação dessas conquistas e reconstrução da confiança é essencial no momento contemporâneo de ausência de normas especializadas, sendo o diálogo das fontes um importante instrumento para assegurar que o direito não se torne um sistema desconectado da realidade. Como resultado, os conceitos e regras que regem a realidade concreta serão ampliados para regular o mercado de consumo virtual, enfocando na nova concepção social do contrato e redefinindo os contornos da boa-fé objetiva e de seus deveres anexos.

No entanto, verificou-se que o complexo avanço tecnológico gerou situações inimagináveis pelo legislador de 90, o que, contemporaneamente, cria divergências interpretativas e gera instabilidade na proteção efetiva do consumidor. O surgimento desse novo domínio legal a ser explorado trouxe inúmeras reflexões sobre a necessidade de ocupação do ambiente virtual pelo Estado, sendo distribuído esse debate em quatro espécies de discursos: (a) negativista ou escola do libertarismo digital; (b) escola estruturalista digital ou escola da arquitetura; (c) tradicionalista; (d) ciberinternacionalista.

A escola do libertarismo digital ou negativista consiste na descrição do ambiente virtual como uma organização social apartada do mundo real, não sendo as normas nacionais aplicáveis a esse domínio desprovido de fronteiras. A escola da arquitetura ou estruturalismo digital parte da ideia de que a internet é livre e deve se autorregular, sendo a própria estrutura da rede o referencial regulatório do ciberespaço, afastando, conseqüentemente, o ambiente burocrático de uma legislatura nacional. O discurso tradicionalista defende que o Estado é o agente mais apropriado para a regulação do ciberespaço, devendo criar normas jurídicas internas que definam como tratar essas novas situações oriundas do avanço tecnológico e estabelecer os requisitos mínimos para sua utilização. Por fim, o discurso ciberinternacionalista reconhece no ciberespaço uma comunidade globalizada, cabendo ao direito internacional regulá-la, uma vez que os endereços de IP nem sempre correspondem à localização física do usuário e as informações transmitidas podem aparecer simultaneamente em diversas jurisdições e transpor as barreiras territoriais sem qualquer detecção.

Viu-se que esses quatro discursos regulatórios não devem ser descartados mediante a aplicação da lógica binária do sim ou não, pelo contrário, devem convergir para o ambiente virtual e complementarem as deficiências que cada um apresenta. Quanto à proteção dos consumidores, deve-se privilegiar a estrutura de regulação estatal, reservando um espaço mais restrito para a autorregulação, tendo em vista ser o consumidor um sujeito vulnerável que necessita da intervenção do Estado para reequilibrar a relação consumidor-fornecedor.

A solução adotada pelo direito comparado foi a criação de um arcabouço legal protetivo e gerador de confiança, consoante se verificou nas normas elaboradas pela ONU, OECD, União Europeia e países do MERCOSUL.

É necessário, portanto, que o CDC brasileiro evolua em sincronia com os avanços tecnológicos, preservando os direitos conquistados e se adaptando aos novos desafios contemporâneos de reconstrução da confiança. A atualização pontual do CDC, proposta pelo Projeto de Lei do Senado n. 281 de 2012, é essencial para desenvolver a confiança dos consumidores na utilização dessas novas tecnologias na rede mundial de computadores e contribuir para um desenvolvimento social harmônico e um crescimento econômico equilibrado. Dentre as propostas do referido projeto, foram analisadas as seguintes:

1) a positivação do consolidado entendimento jurisprudencial e doutrinário da interpretação mais favorável ao consumidor por intermédio do diálogo das fontes;

2) a instituição de novos direitos básicos do consumidor, sendo eles a privacidade e a segurança das informações e dados pessoais prestados ou coletados, e a liberdade de escolha, em especial frente a novas tecnologias e redes de dados, vedando qualquer forma de discriminação e assédio de consumo;

3) a criação da Seção VII no CDC, dispondo sobre normas gerais de proteção do consumidor no comércio eletrônico, visando a fortalecer a sua confiança e assegurar sua tutela efetiva, com a diminuição da assimetria de

informações, a preservação da segurança nas transações, a proteção da autodeterminação e da privacidade dos dados pessoais;

4) a explicitação de deveres específicos que devem ser observados pelo fornecedor para a oferta de produtos e serviços, com expressa menção às compras coletivas e à responsabilidade solidária do site intermediador; a estipulação de novas obrigações ao fornecedor que utilizar meio eletrônico e similar; e o estabelecimento de quais informações específicas do negócio jurídico devem ser enviadas ao consumidor. Constatou-se nessas propostas a materialização de instrumentos que buscam a tutela efetiva da confiança do consumidor pelo princípio da boa-fé objetiva e dos deveres anexos de lealdade, informação, transparência, esclarecimento, veracidade, honestidade e probidade;

5) a vedação do envio de *spam* ou mensagens eletrônicas não solicitadas a consumidores com os quais não possua o profissional relação de consumo prévia (modelo *opt-in*), ou que manifestaram sua recusa diretamente ou em cadastros de bloqueio (modelo *opt-out*);

6) a vedação de mensagens que não observem o princípio da identificação obrigatória de mensagem publicitária; e de transmissão dos dados pessoais dos consumidores sem expressa informação e consentimento informado deles;

7) o reforço e a facilitação do direito de arrependimento, mantendo-se o prazo de sete dias, e a criação da modalidade de contratação a distância equiparada;

8) a previsão expressa da multa civil como forma de indenização punitiva, dissociando-se a indenização concedida a título de dano moral da indenização com finalidade punitiva e dissuasória, sendo esta importante instrumento de organização social e de equilíbrio do sistema econômico e jurídico.

9) a inclusão da sanção administrativa de suspensão ou proibição de utilizar o comércio eletrônico a fornecedor que infringir as normas de defesa do consumidor. E, se o fornecedor descumprir a sanção, permite o projeto que o juiz determine o bloqueio de contas bancárias e a suspensão do repasse de

pagamentos e transferências financeiras como forma de compelir o cumprimento da sanção;

10) o fortalecimento dos PROCONS, possibilitando que eles apliquem: (a) medidas corretivas aos fornecedores que violarem as normas de defesa do consumidor; e (b) multa no caso de descumprimento das medidas corretivas impostas.;

11) a criação de um novo tipo penal que criminaliza a conduta de circulação desautorizada de dados e informações; e

12) o estabelecimento de que a lei aplicável aos conflitos decorrentes do fornecimento a distância internacional é a do domicílio do consumidor; instituindo uma exceção, que autoriza o juiz aplicar a lei escolhida pelas partes, caso seja esta mais favorável ao consumidor.

No que se refere à proteção dos hipervulneráveis no ambiente virtual, embora não haja referência expressa no projeto de lei supracitado a esses consumidores, a proposta contida no PLS n. 283/2012 incluiu a definição de assédio de consumo em relação aos hipervulneráveis, em especial quando envolver a contratação por meio eletrônico de produtos e serviços que envolvam crédito.

Apontou-se no trabalho, também, que alguns questionamentos surgiram acerca da utilidade do Projeto de Lei n. 281/2012, após a entrada em vigor do Decreto n. 7.962, de 15 de março de 2013. Todavia, o advento desse decreto é apenas um reflexo da urgência na elaboração de normas especializadas para a proteção dos consumidores no comércio eletrônico, as quais devem ser integradas ao microssistema consumerista para manter sua unidade normativa.

Por fim, asseverou-se que a ocupação do virtual pelos consumidores no caminho da confiança é o elemento chave para aprimorar o princípio da vulnerabilidade, instituidor do direito do consumidor. Essa ocupação, todavia, não pode ser desordenada, desregulada e desprotegida, mas deve levar em conta o consumidor como sujeito de direitos garantidos constitucionalmente, transpondo as conquistas desses quase vinte e cinco anos de vigência do microssistema para o ciberespaço e adaptando os conceitos tradicionais com a

modernização do código, de forma a apresentar soluções justas e eficientes aos novos problemas que estão surgindo.

Conforme enuncia Lévy, “[a] atualização aparece então como a solução de um problema, uma solução que não estava contida previamente no enunciado. A atualização é criação, invenção de uma forma a partir de uma configuração dinâmica de forças e de finalidades. É a produção de qualidades novas, uma transformação das ideias, um verdadeiro devir que alimenta de volta o virtual”⁵³⁸.

⁵³⁸ LÉVY, Pierre. O que é virtual? São Paulo: Editora 34, 1996, p. 17.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *E-Commerce: implicações jurídicas das relações virtuais*. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). Diretoria de Informações Judiciais. Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior: homenagem. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 2005. p. 183-188. Entrevista concedida a Revista Consulex.

ALSTYNE, Marshall Van; BULKLEY, Nathaniel. Why information should influence productivity. In: CASTELLS, Manuel (ed.). *The network society: A cross-cultural perspective*. Massachusetts: Edward Elgar, 2004. p. 145-173.

AMARAL JÚNIOR, Alberto do. A Constituição, o Código de defesa do consumidor e o sistema financeiro. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 5, n. 10, p. 17-37, jul./dez. 2002.

AMORIM, Leticia Balsamão. O princípio do estado de direito à luz do pós-positivismo. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v.13, n.52, p. 91-112, jul./set., 2005.

ANDRIGHI, Fátima Nancy. Os métodos alternativos de resolução de litígios e o direito da internet: perspectivas no Brasil. In: Conferência Interamericana de Arbitragem Direito na Internet, 2005, Recife, Instituto Arbitr e Instituto Brasileiro de Política e Direito da Informática. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/handle/2011/1820>>. Acesso em: 26 nov. 14.

ARROYO, Diego P. Fernández (Org.); RODRÍGUEZ, José Antonio Moreno (Org.). *Protección de los consumidores en américa: trabajos de la CIDIP VII (OEA)*. Assunción: CEDEP, 2007.

AZEVEDO, Plauto Faraco. *Justiça distributiva e aplicação do Direito*. Porto Alegre: Fabris, 1983.

BAGGIO, Andreza Cristina. *O direito do consumidor brasileiro e a teoria da confiança*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

BAUDRILLARD, Jean. *La sociedad de consumo: sus mitos, sus estructuras*. Madrid: Siglo XXI, 2007.

BAUMAN, Zygmunt. *Ética pós-moderna*. São Paulo: Paulus, 1997.

_____. *Globalização: As consequências humanas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

_____. *Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadorias*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

BARLOW, John Perry. A declaration of the Independence of cyberspace. 1996. Disponível em:

<http://w2.eff.org/Misc/Publications/John_Perry_Barlow/barlow_0296.declaration.txt>. Acesso em: 26 nov. 14.

BAZOT, Alain. *Consommateur, si tu savais...* Paris : Plot, 2007.

BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Paidós, 1998.

BELL, Daniel. *The coming of post-industrial society: A venture in social forecasting*. 3. ed. New York: Basic Books, 1999.

BÉNABOU, Valérie-Laure (dir.); CHAGNY, Muriel (dir.). *La confiance en droit privé des contrats*. Paris : Dalloz, 2008.

BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BERTONCELLO, Káren Rick Danilevicz. Os efeitos da publicidade na 'vulnerabilidade agravada': como proteger as crianças consumidoras?. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v.22, n.90, p. 69-90, nov./dez. 2013.

BINICHESKI, Paulo Roberto; BESSA, Leonardo Roscoe. ACP do MPDFT contra Facebook, por compartilhamento de dados privados de usuários (consumidores) com a utilização do aplicativo "Lulu" – Prática abusiva e violação do direito à privacidade. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 23, n. 91, p. 481-510 , jan./fev. 2014.

BITTAR, Carlos Alberto. *Diretos do consumidor*. Código de Defesa do Consumidor. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *O direito na pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

_____. O direito na pós-modernidade. *Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos*, Florianópolis: PPGD/UFSC, v. 29, n. 57, p. 131-152, dez. 2008.

BOBBIO, Norberto. *Estado, governo e sociedade: Para uma teoria geral da política*. 14. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

_____. *O positivismo jurídico: Lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1995.

BONATTO, Claudio; MORAES, Paulo Valerio Dal Pai. *Questões controvertidas no Código de Defesa do Consumidor*. principiologia, conceitos, contratos atuais. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. *Do País Constitucional ao País Neocolonial: A derrubada da Constituição e a recolonização pelo golpe de Estado institucional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BORGES, Gustavo Silveira. Diálogo das fontes e a responsabilidade civil médica: (re)leitura da relação médico-paciente a partir da interdisciplinaridade. *Revista de Direito do Consumidor*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v.21, n.84, p. 13-44, out./dez. 2012.

BRANCO, Gerson Luiz Carlos. A proteção das expectativas legítimas derivadas das situações de confiança: elementos formadores do princípio da confiança e seus efeitos. *Revista de Direito Privado*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 3, n. 12, p. 169,225, out./dez. 2002.

BRASIL. Banco Central do Brasil. Guia de excelência de educação na oferta de serviços financeiros. 2ª ed. Brasília: BCB, 2014. Disponível em: <http://www.bcb.gov.br/pre/pef/port/guia_de_excelencia_internet.pdf>. Acesso em: 26 nov. 14.

BRASIL. Relatório-Geral da Comissão de Juristas de Atualização do Código de Defesa do Consumidor. *Senado Federal*. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/senado/codconsumidor/pdf/extrato_relatorio_final.pdf>. Acesso em: 26 nov. 14.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 1.340.604/RJ. Recorrente: Estado do Rio De Janeiro. Recorrido: TV Sky Shop S/A. Relator Min. Mauro Campbell Marques. Brasília, 22 ago. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 1.186.616/MG. Recorrente: Google Brasil Internet LTDA. Recorrido: Alexandre Magno Silva Marangon. Relator Min. Nancy Andrighi. Brasília, 31 ago. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.073.595/MG. Recorrente: Alvino Rocha da Silva. Recorrido: Sul América Seguros de Vida e Previdência S/A. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Brasília, 29 abr. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 844.736/DF. Recorrente: Gérson Alves de Oliveira Júnior. Recorrido: WB Restaurante Ltda. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Relator p/ acórdão: Min. Honildo Amaral de Mello Castro. Brasília, 02 set. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 586.316/MG. Recorrente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Recorrido: ABIA – Associação Brasileira das Indústrias de Alimentação. Relator: Min. Antonio Herman Benjamin. Brasília, 19 mar. 2009.

CAENEGEM, R. C. van. *Uma introdução histórica ao direito privado*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

CALAIS-AULOY, Jean; TEMPLE, Henri. *Droit de la consommation*. 8. ed. Paris: Dalloz, 2010.

CALDANI, Miguel Angel Ciúro. La debilidad del consumidor en la sociedad de consumo. *Investigación y Docencia*, Rosário: Ed. FIJ, n. 28, 1997.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CAPANEMA, Walter Aranha. *O spam e as pragas digitais: uma visão jurídico-tecnológica*. São Paulo: LTr, 2009.

CARVALHO, Ana Paula Gambogi. O consumidor e o direito à autodeterminação informacional: considerações sobre os bancos de dados eletrônicos. *Revista de direito do consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 12, n. 46, p. 77-119, abr./jun. 2003.

CARVALHO, Diógenes Faria de; OLIVEIRA, Thaynara de Souza. A proteção do consumidor-criança frente à publicidade no Brasil. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v.23, n.94, p. 181-214, jul./ago. 2014.

CARVALHO, Marcelo Sávio Revoredo Menezes de. *A trajetória da internet no Brasil: do surgimento das redes de computadores à instituição dos mecanismos de governança*. Dissertação (Mestrado em Engenharia) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2006.

CASTELFRANCHI, Cristiano; FALCONE, Rino. *Trust theory: a socio-cognitive computational model*. Liverpool: Wiley, 2010.

CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. 8. ed. rev. e ampl. São Paulo: Paz e Terra, 2005. v. 1.

_____. *A era da informação: economia, sociedade e cultura*. 4. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000. v. 1.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. O direito do consumidor no limiar do século XXI. *Revista de direito do consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 35, p. 97-108, jul./set. 2000.

CERUZZI, Paul E. *Computing: a concise history*. London: The MIT Press, 2012.

CHAZAL, Jean-Pascal. Vulnerabilité et droit de la consommation. In: COHET-CORDEY, Frédérique (org.). *Vulnerabilité et droit: Le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit*. Grenoble: Presses Universitaires de Grenoble, 2000. p. 243-264.

CHERENDNYCHENKO, Olho O. *Fundamental rights, contract law and the protection of the weaker party: a comparative analysis of the constitutionalisation of contract law, with emphasis on risky financial transactions*. München: Sellier, 2007.

COELHO, Fábio Ulhoa. Direitos do consumidor no comércio eletrônico. *Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil*, São Paulo: IOB, v. 7, n. 48, p. 07-14, jul./ago. 2007.

COHET-CORDEY, Frédérique (org.). *Vulnerabilité et droit: Le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit*. Grenoble: Presses Universitaires de Grenoble, 2000.

CONNOR, Steven (ed.). *The Cambridge Companion to Postmodernism*. New York: Cambridge University Press, 2004.

CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa fé no direito civil*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001.

CIÚRO CALDANI, Miguel Angel. La debilidad del consumidor en la sociedad de consumo. *Investigación y Docência*, Rosário: Ed. FIJ, n. 28, 1997.

DHOLAKIA, Ruby Roy. *Technology and consumption: Understanding consumer choices and behaviors*. New York: Springer, 2012.

DISTRITO FEDERAL. Turmas Recursais do Distrito Federal. Recurso Cível n. 20111160018132. Recorrente: Ponto Frio.com Comércio Eletrônico S/A. Recorrido: José Pereira Neves. Relator: Des. Hector Valverde Santana. Brasília, 16 set. 2011.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Apelação Cível n. 20040111151542. Apelante: WB Restaurante Ltda. Apelado: Gérson Alves de Oliveira Júnior. Relator: Des. Cruz Macedo. Brasília, 11 out. 2005.

DOUZINAS, Costas. Law and justice in postmodernism. In: CONNOR, Steven (ed.). *The Cambridge Companion to Postmodernism*. New York: Cambridge University Press, 2004.

DUQUE, Marcelo Schenk. A proteção do consumidor como dever de proteção estadual de hierarquia constitucional. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v.18, n.71, p. 142-167, jul./set. 2009.

_____. O transporte da teoria do diálogo das fontes para a teoria da Constituição. In: MARQUES, Claudia Lima (coord.). *Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 125-157.

EASTERBROOK, Frank H. Cyberspace and the law of the horse. *University of Chicago Legal Forum*, n. 207, 1996. Disponível em:

<<https://www.law.upenn.edu/law619/f2001/week15/easterbrook.pdf>>. Acesso em: 26 nov. 14.

ELIAS, Paulo Sá. Breves considerações sobre a formação do vínculo contratual e a internet. *Revista de Direito Privado*, v.2, n.6, p. 194-207, abr./jun. 2001.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. As novas necessidades do processo civil e os poderes do juiz. *Revista de Direito do Consumidor*, n.7, jul./set. 1993, p. 30-36.

GALEA, Felipe Evaristo dos Santos. Confiança do consumidor na sociedade de risco massificada. *Revista de Direito Privado*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 12, n. 47, p. 449-475, jul./set. 2011.

GEIB, Geovana. A necessidade de regras específicas de direito internacional privado no contrato de consumo internacional eletrônico: principais aspectos quanto ao foro competente e à lei aplicável. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v.21, n.82, p. 177-212, abr. 2012.

GERCHMANN, Suzana Rahde; CATALAN, Marcos Jorge. Duzentos anos de historicidade na ressignificação da ideia de contrato. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v.22, n.90, p. 191-214, nov./dez. 2013.

GHERSI, Carlos Alberto. *A Sociedade de Consumo como processo socio-econômico*. Revista TRF – 3.^a Região, Vol. 77, maio e jun./2006.

_____. Globalización y derecho de daños: los derechos constitucionales incumplidos. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 12, n. 47, p. 9-18, jul./set. 2003.

_____. *Manual de posmodernidad jurídica y tercera via*. Buenos Aires: Gowa Ediciones Profesionales, 2001.

GLANZ, Semy. Internet e contrato eletrônico. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v.87, n.757, p. 70-78, nov. 1998.

_____. Internet e responsabilidade civil. In: NERY JÚNIOR, Nelson (Org.); NERY, Rosa Maria de Andrade (Org.). *Doutrinas essenciais responsabilidade civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 917-930.

GOLDSMITH, Jack L. The internet and the abiding significance of territorial sovereignty. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 5, iss. 2, article 6, 1998,

GOMES, Orlando. *Contratos*. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

GONÇALVES, Vitor Fernandes. A responsabilidade civil na internet. *Revista de Doutrina e Jurisprudência: Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios*, n.65, 2001.

GRINOVER, Ada Pellegrini (Et al.). *Código brasileiro de defesa do consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011.

HALL, Stuart. *A identidade cultural na pós-modernidade*. 11. ed.. Rio de Janeiro: DP&A, 2006.

HAMMEN, Horst. Consumidores, investidores privados e não profissionais: cem anos de proteção dos mais fracos no Direito alemão. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 18, n. 72, p. 263-281, out./dez. 2009.

HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

HARVEY, David. *La condición de la posmodernidad*: investigación sobre los orígenes del cambio cultural. Buenos Aires: Amarrortu editores, 1998.

HEISE, Ursula K. Science, technology, and postmodernism. In: CONNOR, Steven (ed.). *The Cambridge Companion to Postmodernism*. New York: Cambridge University Press, 2004.

HOBSBAWN, Eric. *Era dos extremos: o breve século XX: 1914-1991*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

ITURRASPE, Jorge Mosset. Prólogo. In: WEINGARTEN, Celia. *La confianza en el sistema jurídico: contratos y derecho de daños*. Mendoza: Jurídicas Cuyo, 2002.

JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration : le droit internationale privé postmoderne. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, Kluwer, Dordrecht, 1995. vol. 2.

_____. O direito internacional privado do novo milênio: a proteção da pessoa humana face à globalização. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre: PPGDir/UFRGS, vol. 1, n. 1, mar. 2003.

_____. O direito internacional privado e cultura pós-moderna. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre: PPGDir/UFRGS, vol. 1, n. 1, mar. 2003.

JOHNSON, David R.; POST, David G. Law and Borders - The rise of law in cyberspace. *Stanford Law Review*, v. 48, n. 5, p. 1367-1402, 1996. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=535>>. Acesso em: 26 nov. 14.

KANG, Cecilia. In-app purchases in ipad, iphone, ipod kid's games touch off parental firestorm. *Washington Post*, Washington-DC, 8 fev. 2011. Disponível em: <<http://www.washingtonpost.com/wp->

dyn/content/article/2011/02/07/AR2011020706073.html?sid=ST2011020706437
>. Acesso em: 26 nov. 14.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KENNEDY, John F. *Special Message to the Congress on Protecting the Consumer Interest*. 15 mar. 1962. Discurso proferido no Congresso dos Estados Unidos da América. Disponível em: <<http://www.presidency.ucsb.edu/ws/?pid=9108>>. Acesso em: 26 nov. 14.

KLEE, Antonia Espíndola Longoni. A atualização do código de defesa do consumidor: o projeto de lei do Senado n.º 281/2012 sobre o comércio eletrônico e a proteção do consumidor na internet. *Revista Jurídica*, Porto Alegre: Notadez, v.60, n.420, p.9-52, out. 2012.

_____. *A formação do vínculo no contrato eletrônico e a proteção do consumidor*. Porto Alegre: UFRGS, 2008. Dissertação (Mestrado em Direito), Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2008.

_____. O diálogo das fontes nos contratos pela internet. Do vínculo contratual ao conceito de estabelecimento empresarial virtual e a proteção do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 20, n. 77, p. 99-150, jan./mar. 2011.

_____. *O reforço do direito de arrependimento dos consumidores nos contratos a distância e por meios eletrônicos*. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2013.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3.^a ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

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

LÉVY, Pierre. *Cibercultura*. São Paulo: Editora 34, 1999.

_____. *O que é virtual?* São Paulo: Editora 34, 1996.

LESSIG, Lawrence. *Code version 2.0*. New York: Perseus Books, 2006.

LIMBERGER, Têmis. Proteção dos dados pessoais e comércio eletrônico: os desafios do século XXI. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 17, n. 67, p. 215-241, jul./set. 2008.

LIPOVETSKY, Gilles. *A era do vazio: ensaio sobre o individualismo contemporâneo*. Lisboa: Relógio d'Água, 1989.

LISBOA, Roberto Senise. *Confiança contratual*. São Paulo: Atlas, 2012.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. A informação como direito fundamental do consumidor. In: NERY JÚNIOR, Nelson (Org.); NERY, Rosa Maria de Andrade (Org.). *Doutrinas essenciais responsabilidade civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 95-114.

_____. Constitucionalização do direito civil. *Revista de informação legislativa*, Brasília: Senado Federal, v. 36, n. 141, p. 99-109, jan./mar. 1999.

_____. Dirigismo contratual. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 14, n. 52, p. 64-78, abr/jun, 1990.

LORENZETTI, Ricardo Luís. *Comércio eletrônico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. *Fundamentos do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

_____. Informática, cyberlaw y e-commerce. In: NERY JÚNIOR, Nelson (Org.); NERY, Rosa Maria de Andrade (Org.). *Doutrinas essenciais responsabilidade civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 1047-1080.

LUCCA, Newton de. *Aspectos jurídicos da contratação informática e telemática*. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. Alguns aspectos da responsabilidade civil no âmbito da internet. In: DINIZ, Maria Helena (coord.); LISBOA, Roberto Senise (coord.). *O direito civil no século XXI*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 423-470.

_____. *Direito do consumidor*. São Paulo: Quartier Latin, 2003.

_____. Globalização, mercados comuns e o consumidor de serviços. *Revista da AJURIS: Edição Especial, Tomo II*, Porto Alegre: AJURIS, p. 369-374, mar. 1998. Congresso Brasileiro.

_____; SIMÃO FILHO, Adalberto (coord.). *Direito e internet: aspectos jurídicos relevantes*. São Paulo: EDIPRO, 2000.

LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Ciudad de Mexico: Herder, 2005.

LYOTARD, Jean-François. *La condición postmoderna*. 2. ed. Buenos Aires: Ediciones Cátedra, 1991.

_____. *O Pós-Moderno*. 4.^a ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1993.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. Globalização e direito do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 32, p. 45-54, out./dez. 1999.

MAIA, Maurilio Casas. O paciente hipervulnerável e o princípio da confiança informada na relação médica de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v.22, n.86, p. 203-232, mar./abr. 2013.

_____. Telemedicina, prontuário eletrônico e atualização do código de defesa do consumidor: a tutela da hipervulnerabilidade eletrônica do paciente e da sua personalidade virtual. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v.22, n.89, p. 303-322, set./out. 2013.

MARQUES, Claudia Lima. A proteção do consumidor de produtos e serviços estrangeiros no Brasil: primeiras observações sobre os contratos à distância no comércio eletrônico. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre: Nova Prova Gráfica e Editora, v. 21, p. 65-100, mar./2002.

_____. *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*. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. Estudo sobre a vulnerabilidade dos analfabetos na sociedade de consumo: o caso do crédito consignado a consumidores analfabetos. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 23, n. 95, p. 99-146, set./out. 2014.

_____. Normas de proteção do consumidor (especialmente, no comércio eletrônico) oriundas da União Européia e o exemplo de sua sistematização no Código Civil Alemão de 1896: notícias sobre as profundas modificações no BGB para incluir a figura do consumidor. *Revista de Direito Privado*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v.1, n.4, p. 50-93, out. 2000.

_____. O “diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme. In: MARQUES, Claudia Lima (coord.). *Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 17-66.

_____. 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: Revista dos Tribunais, v. 15, n. 57, p. 9-59, jan.-mar. 2006.

_____. Sociedade de informação e serviços bancários: primeiras observações. In: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade (org.). *Doutrinas essenciais responsabilidade civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. v. 3, p. 555-584.

_____; BENJAMIN, Antônio Herman. Extrato do Relatório-Geral da Comissão de Juristas do Senado Federal para Atualização do Código de Defesa do

Consumidor (14.03.2012). *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 22, n. 92, p. 303-368, mar./abr. 2014.

_____; _____; MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. *Comentários ao código de defesa do consumidor*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____; MENDES, Laura Schertel Ferreira. Direito europeu muda nos contratos a distância e a domicílio: A nova Diretiva 2011/83 relativa aos direitos dos consumidores atualiza regime do arrependimento, das cláusulas abusivas, do crédito acessório ao consumo, da informação em geral e do comércio eletrônico. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v.21, n.81, p.339-404, jan./mar. 2012.

_____; MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. O direito fundamental de proteção do consumidor e os 20 anos da Constituição: fundamentos e desafios do direito do consumidor brasileiro contemporâneo. In: MARTINS, Ives Gandra; REZEK, Francisco. *Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____; _____. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MARTINS, Fernando Rodrigues; FERREIRA, Keila Pacheco. A contingente atualização do Código de Defesa do Consumidor: novas fontes, metodologia e devolução de conceitos. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v.21, n.83, p. 11-54, jul./set. 2012.

MARTINS, Guilherme Magalhães. Boa-fé e contratos eletrônicos via internet. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). *Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 137-162.

_____. Confiança e a aparência nos contratos eletrônicos de consumo via internet. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 16, n. 64, p. 43-70, out./dez. 2007.

_____. *Formação dos contratos eletrônicos de consumo via internet*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. *Responsabilidade civil por acidente de consumo na Internet*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____; LONGHI, João Victor Rozatti. A tutela do consumidor nas redes sociais virtuais: responsabilidade civil por acidentes de consumo na sociedade da informação. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v.20, n.78, p. 191-221, abr./jun. 2011.

_____; _____. Contratos conexos de consumo na internet: fornecedores de intermediação e sites de compras coletivas. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v.22, n.85, p. 177-207, jan./fev. 2013.

MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. *A boa-fé no direito privado: Sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor. The shape of governance: Analyzing the world of internet regulation. *Virginia Journal of International Law*, n. 46, 2003. Disponível em: <<http://www.vmsweb.net/attachments/Govshape.pdf>>. Acesso em: 02 ago. 2013.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MCLUHAN, Marshall. *Os meios de comunicação como extensões do homem*. 17. ed. São Paulo: Editora Cultrix, 2011.

MENKE, Fabiano. Assinaturas digitais, certificados digitais, infra-estrutura de chaves públicas brasileira e a ICP alemã. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 12, n. 48, p. 132-148, out./dez. 2003.

MERCADO COMUM DO SUL. MERCOSUL/GMC/RES. n. 21/04 do Grupo Mercado Comum, de 08 de outubro de 2004. Disponível em: <http://www.mercosur.int/msweb/Normas/normas_web/Resoluciones/PT/RES_021_004_inf%20consum%20internet-Port_At%203-04.PDF>. Acesso em: 26 nov. 14.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível n. 1.0086.08.021605-3/001. Apelante: Heyder Freire Barbosa. Apelado: E-Commerce Media Group Informação Tecnológica Ltda. Relator: Des. Mota e Silva. Belo Horizonte, 18 fev. 2011.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível n. 1.0024.05.704783-9/002. Apelante: Trip da Areia Agência de Turismo Ltda. Apelado: Nadia Cristina Roberto. Relatora: Desa. Heloísa Combat. Belo Horizonte, 10 nov. 2006.

MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. *Abuso do direito: ilicitude objetiva e limite ao exercício de prerrogativas jurídicas no Direito Privado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

_____. *Curso de Direito do Consumidor*. 3.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. Eppur si muove: diálogo das fontes como método de interpretação sistemática no direito brasileiro. In: MARQUES, Claudia Lima (coord.). *Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

_____. O direito do consumidor como direito fundamental. Consequências jurídicas de um conceito. *Revista de Direito do Consumidor*. vol. 43. São Paulo: Ed. RT, jul.-set. 2002.

_____. Responsabilidade civil médica no direito brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 16, n. 63, p. 52-91, jul./set. 2007.

_____. Responsabilidade por danos na sociedade de informação e proteção do consumidor: desafios atuais da regulação jurídica da internet. In: NERY JÚNIOR, Nelson (Org.); NERY, Rosa Maria de Andrade (Org.). *Doutrinas essenciais responsabilidade civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 843-891.

MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Código de Defesa do Consumidor*: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais: interpretação sistemática do direito. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

NALIN, Paulo. Da estrutura à função do contrato: dez anos de um direito construído. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore; MARTINS, Fernando Rodrigues (coord.). *Temas relevantes do direito civil contemporâneo : reflexões sobre os 10 anos do código civil*. São Paulo : Atlas, 2012. p. 273-291.

NERY JÚNIOR, Nelson. A defesa do consumidor no brasil. *Revista de Direito Privado*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 18, p. 218-297, 2004.

NETTO, Bernard Rodrigues. *O consumidor para além do seu conceito jurídico*: contribuições da filosofia, sociologia e antropologia. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2012.

NEVES, Tancredo de Almeida. Defesa do Consumidor. In: MARQUES, Claudia Lima (Org.); MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa (Org.). *Doutrinas essenciais direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 1.

NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. *A proteção constitucional do consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. A proteção dos consumidores hipervulneráveis: os portadores de deficiência, os idosos, as crianças e os adolescentes. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 19, n. 76, p. 13-45, out./dez. 2010.

OPPO, Giorgio. Disumanizzazione del contratto? *Rivista Di Diritto Civile*, Padova: Giuffrè, parte 2, p. 525-533, 1998.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. A/HRC/20/L.13, de 29 de junho de 2012. Disponível em: <http://ap.ohchr.org/documents/sdpage_e.aspx?b=10&se=128&t=4>. Acesso em: 26 nov. 14.

ORGANIZAÇÃO DE COOPERAÇÃO E DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. *Diretrizes que regem a proteção dos consumidores no contexto*

do comércio eletrônico. Paris: OECD 09 dezembro 1999. Disponível em: <www.oecd.org/sti/consumer/34023696.pdf>. Acesso em: 26 nov. 14.

PASQUALOTTO, Adalberto. *Os efeitos obrigacionais da publicidade no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. PLS 281: proteção do consumidor no comércio eletrônico. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=116238&tp=1>>. Acesso em: 26 nov. 14.

PIERRI, Deborah. Políticas públicas e privadas em prol de consumidores hipervulneráveis: idosos e deficientes. *Revista de Direito do Consumidor*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v.23, n.92, p. 221-302, mar./abr. 2014.

PINTO, Bibiana Graeff Chagas. Direitos do consumidor idoso no Brasil. *Revista de Direito do Consumidor*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v.22, n.86, p. 65-74, mar./abr. 2013.

REINALDO FILHO, Demócrito Ramos. A jurisprudência brasileira sobre responsabilidade do provedor por publicações na internet: a mudança de rumo com a recente decisão do STJ e seus efeitos. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre: Magister, v. 7, n. 42, p. 81-93, maio/jun. 2011.

RIBEIRO, Luciana Antonini. A privacidade e os arquivos de consumo na internet - uma primeira reflexão. In: NERY JÚNIOR, Nelson (Org.); NERY, Rosa Maria de Andrade (Org.). *Doutrinas essenciais responsabilidade civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 1151-1168.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n.º 70057411563. Apelante: Groupon Servicos Digitais LTDA. Apelado: Leticia Schuler De Paula. Relator: Des. Eduardo João Lima Costa. Porto Alegre: 17 dez. 2013.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70029609971. Apelante: UNIMED Paulistana Sociedade Cooperativa de Trabalho Médico. Apelado: Nadir Trevisan. Relator: Des. Artur Arnildo Ludwig. Porto Alegre, 26 abr. 2012.

RIO GRANDE DO SUL. Turmas Recursais do Rio Grande do Sul. Recurso Cível n. 71003131323. Recorrente: Decolar.com Ltda. Recorridos: Marcio Callegari e Cristiane Maria Dias Natalino. Relatora: Dra. Maria Claudia Cachapuz. Porto Alegre, 23 mai. 2012.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70041956384. Apelante: Laiza Burger Pozzebon. Apelado: MercadoLivre.com Atividades de Internet. Relatora: Desa. Liege Puricelli Pires. Porto Alegre, 10 nov. 2011.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n.º 0001637-55.2011.8.19.0079. Apelante: Pontifícia Universidade Católica De Minas Gerais. Apelado: Marcia Assis Gonzaga. Relator: Des. Myriam Medeiros. Rio de Janeiro, 12 mar. 2013.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível n. 0006317-81.2011.8.19.0209. Apelante: Ponto Frio.com Comércio Eletrônico S.A. Apelado: Bianca Petrolongo Silva Pinto. Relatora: Desa. Lúcia Miguel da Silva Lima. Rio de Janeiro, 31 jan. 2012.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível n. 0200216-28.2007.8.19.0001. Apelante: Marcelo Zahar. Recorrido: Mercado Livre.com Atividades de Internet Ltda. Relatora Desa. Marcia Alvarenga. Rio de Janeiro, 13 abr. 2011.

ROCHA, Roberto Silva da. Natureza jurídica dos contratos celebrados com sites de intermediação no comércio eletrônico. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 16, n. 61, p. 230-270, jan./mar. 2007.

ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Coimbra: Almedina, 2009.

ROTH, André-Noël. O direito em crise: fim do Estado Moderno? In: FARIA, José Eduardo Faria (org.). *Direito e globalização: implicações e perspectivas*. São Paulo: Malheiros, 1996.

SAMPAIO, Aurisvaldo Melo. As novas tecnologias e o princípio da efetiva prevenção de danos ao consumidor. In: NERY JÚNIOR, Nelson (Org.); NERY, Rosa Maria de Andrade (Org.). *Doutrinas essenciais responsabilidade civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 237-274.

SANDOVAL, Marisol. A critical empirical case study of consumer surveillance on Web 2.0. In: FUCHS, Christian; BOERSMA, Kees, ALBRECHTSLUND, Anders; SANDOVAL, Marisol (ed). *Internet and surveillance: The challenges of Web 2.0 and Social Media*. New York: Routledge, 2012, p. 147-169.

SANTOLIM, Cesar Viterbo Matos. Anotações sobre o anteprojeto da comissão de juristas para a atualização do código de defesa do consumidor, na parte referente ao comércio eletrônico. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v.21, n.83, p. 73-82, jul./set. 2012.

_____. *Os princípios de proteção do consumidor e o comércio eletrônico no direito brasileiro*. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2004.

_____. Os princípios de proteção do consumidor e o comércio eletrônico no direito brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v.14, n.55, p. 53-84, jul./set. 2005.

_____. *Formação e eficácia probatória dos contratos por computador*. São Paulo: Saraiva, 1995.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2002.

_____. La transición postmoderna: derecho y política. *Doxa*, n. 6, p. 223-263, 1989.

SANTOS, Jair Ferreira dos. *O que é Pós-Moderno*. São Paulo: Brasiliense, 2004.

SANTOS, Jonabio Barbosa dos. Comércio eletrônico: aspectos jurídicos relevantes. *Revista Forense*, v. 371, p. 481-496, jan./fev. 2004.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n.º 0002300-73.2008.8.26.0318. Apelante: Mercado Livre.com Atividades de Internet LTDA. Apelado: Juventino Leite Gomes Junior. Relator: Des. Júlio Vidal. São Paulo, 26 jul. 2012.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n.º 9119336-30.2009.8.26.0000. Apelante: B2W Companhia Global do Varejo. Apelado: Jaime Donisete Duarte. Relator: Des. Claudio Hamilton. São Paulo, 26 jul. 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 3.ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SCHMITT, Cristiano Heineck. *Consumidores hipervulneráveis: a proteção do idoso no mercado de consumo*. São Paulo: Atlas, 2014.

SHAVIRO, Steven. *Connected, or what it means to live in the networked society*. Minneapolis: University of Minnesota Press, 2003.

SILVA, Rosana Ribeiro da. A teoria geral dos contratos e os contratos eletrônicos. In: NERY JÚNIOR, Nelson (Org.); NERY, Rosa Maria de Andrade (Org.). *Doutrinas essenciais responsabilidade civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 1235-1248.

SILVEIRA, Marco Antonio Karam. A atuação do Estado Constitucional na atividade econômico-empresarial e análise econômica do Direito. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 100, n. 912, p. 171-209, out. 2011.

SILVERSTONE, Roger. Domesticating domestication. Reflections on the life of a concept. In: BERKER, Thomas; HARTMANN, Maren; PUNIE, Yves; WARD,

Katie J. (Ed.). *Domestication of media and technology*. Berkshire: Open University Press, 2006. p. 229-248.

SINGER, Natasha. You for Sale: mapping, and sharing, the consumer genome. *The New York Times*, Nova Iorque, 16 jun. 2012. Disponível em: <http://www.nytimes.com/2012/06/17/technology/acxiom-the-quiet-giant-of-consumer-database-marketing.html?_r=1&pagewanted=all>. Acesso em: 26 nov. 14.

SIQUEIRA JÚNIOR, Paulo Hamilton. Direito informacional: direito na sociedade da informação. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 11, n. 22, p. 202-220, jul./dez. 2008.

SMITH, Bradford L. The Third Industrial Revolution: Policymaking for the Internet. *The Columbia Science and Technology Law Review*, v. 3, 04 nov. 2001. Disponível em <<http://www.stlr.org/cite.cgi?volume=3&article=1>>. Acesso em: 26 nov. 14.

SOARES, Marcos Cáprio Fonseca. A interpretação do conjunto contratual sob a perspectiva do diálogo das fontes. In: MARQUES, Claudia Lima (coord.). *Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 279-306.

SODRÉ, Marcelo Gomes. *A construção do direito do consumidor: um estudo sobre as origens das leis principiológicas de defesa do consumidor*. São Paulo: Atlas, 2009.

SOMBRA, Thiago Luís Santos. *A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2004.

SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes. *Lesões nos contratos eletrônicos na sociedade da informação: teoria e prática na juscibernética no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Responsabilidade civil e a inteligência artificial nos contratos eletrônicos na sociedade da informação. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 97, n. 877, p. 27-40, nov. 2008.

STUBER, Walter Douglas; FRANCO, Ana Cristina de Paiva. A internet sob a ótica jurídica. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v.87, n. 749, p. 60-81, mar. 1998.

TEPEDINO, Gustavo José Mendes. Introdução: Crise das fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002. In: TEPEDINO, Gustavo José Mendes (Coord.). *A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. O Código civil, os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa. In: TEPEDINO, Gustavo José Mendes

(Coord.). *Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

TEPEDINO, Maria Celina Bodin de Moraes. A caminho de um direito civil constitucional. *Revista de direito civil, imobiliário, agrário e empresarial*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 17, n. 65, p. 21-32, jul./set. 1993.

TIMM, Luciano Benetti. A prestação de serviços bancários via internet (*home banking*) e a proteção do consumidor. In: NERY JÚNIOR, Nelson (Org.); NERY, Rosa Maria de Andrade (Org.). *Doutrinas essenciais responsabilidade civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 781-802.

_____. “Descodificação”, Constitucionalização e Descentralização no Direito Privado: o Código Civil ainda é útil? *Revista de Direito Privado*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 27, p. 223, jul. 2006.

TO, Pui-Lai; LIAO, Chechen; LIN, Tzu-Hua. Shopping motivations on internet: a study based on utilitarian and hedonic value. *Technovation*, Amsterdam: Elsevier, v. 27, i. 12, p. 774-787, dez. 2007.

VIAL, Sophia Martini. Contratos de comércio eletrônico de consumo: desafios e tendências. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v.20, n.80, p. 277-334, out./dez. 2011.

VOLPI, Alexandre. *A história do consumo no Brasil: do mercantilismo à era do foco no cliente*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

UNIÃO EUROPEIA. Diretiva 2011/83/EU do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de outubro de 2011. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2011:304:0064:01:PT:HTML>>. Acesso em: 26 nov. 14.

UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW. *A guide to UNCITRAL: Basic facts about the United Nations Commission on International Trade Law*. Vienna: UN, 2013, p. 1. Disponível em: <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/general/06-50941_Ebook.pdf>. Acesso em: 26 nov. 14.

UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW. *Model Law on Electronic Commerce* (1996). New York: NU, 1999. Disponível em: <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N97/763/60/PDF/N9776360.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 26 nov. 14.

UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW. *Model Law on Electronic Signatures* (2001). New York: United Nations, 2002. Disponível em: <<http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/electcom/ml-elecsig-e.pdf>>. Acesso em: 26 nov. 14.

UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW. *Yearbook*: Volume XVI: 1985. New York: UN, 1988, p. 354. Disponível em: <http://www.uncitral.org/pdf/english/yearbooks/yb-1985-e/yb_1985_e.pdf>. Acesso em: 26 nov. 14.

XAVIER, José Tadeu Neves. *A nova dimensão dos contratos no caminho da pós-modernidade*. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2006.

WALD, Arnaldo. O direito da crise e a nova dogmática. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v.12, n.43, p. 21-44, jan./mar. 2009.

WEINGARTEN, Celia. *La confianza en el sistema jurídico: contratos y derecho de daños*. Mendoza: Jurídicas Cuyo, 2002.

WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967.

ZANELATO, Marco Antonio. Condutas ilícitas na sociedade digital. *Revista de direito do consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 44, p. 206-261, out./nov. 2002.