

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL  
FACULDADE DE DIREITO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

**DENISE RODRIGUES CASARIN DA ROCHA**

**OS CONTRATOS ELETRÔNICOS DIRETOS E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS DO  
CONSUMIDOR**

Porto Alegre  
2012

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL  
FACULDADE DE DIREITO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

**DENISE RODRIGUES CASARIN DA ROCHA**

**OS CONTRATOS ELETRÔNICOS DIRETOS E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS DO  
CONSUMIDOR**

Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre, pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS

**Orientador: Prof. Dr. César Viterbo Matos Santolim**

Porto Alegre  
2012

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL  
FACULDADE DE DIREITO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

**DENISE RODRIGUES CASARIN DA ROCHA**

**OS CONTRATOS ELETRÔNICOS DIRETOS E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS DO  
CONSUMIDOR**

Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre, pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS

Aprovada em \_\_\_\_ / \_\_\_\_ / \_\_\_\_ .

**BANCA EXAMINADORA**

---

Componente da Banca Examinadora – Instituição a que pertence

---

Componente da Banca Examinadora – Instituição a que pertence

---

Componente da Banca Examinadora – Instituição a que pertence

Aos meus pais Luiz Carlos e Cleonice, fontes de  
inspiração e exemplo de vida, ao meu querido  
irmão Lauro, pela paciência despendida nos  
momentos precisos e à minha afilhada Ana  
Carolina, pelo inocente apoio e carinho  
recebido nas horas mais difíceis.

## AGRADECIMENTOS

Ao meu orientador Prof. Dr. César Viterbo Matos Santolim pela confiança depositada em mim e pela contribuição dada à realização deste trabalho.

Ao Prof. Dr. J. Miguel Lobato Gómez, muito mais do que um professor, um estimado amigo, por ensinar que o Direito exige sacrifícios, mas diante da recompensa adquirida com o estudo e a dedicação, não há esforço que possa ser medido. Seus ensinamentos muito me valerão.

Ao Des. Breno Beutler Junior, pelos anos de convívio profissional e pessoal, além da inspiração ao meu projeto de vida no exercício de sua função jurisdicional.

"Se o jurista se recusar a aceitar o computador, que formula um novo modo de pensar, o mundo, que certamente não dispensará a máquina, dispensará o jurista. Será o fim do Estado de Direito e a democracia se transformará facilmente em tecnocracia".<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> BORRUSO, Renato. **Computer e diritto II**. Milano: [s.n.], 1989, p. 29.

## RESUMO

O objeto de estudo deste trabalho consiste na análise dos contratos eletrônicos diretos e suas reflexões no âmbito da legislação consumerista. Os contratos eletrônicos de bens imateriais diferenciam-se da contratação telemática indireta pela sua forma de execução, que se dá pelo meio virtual. A aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor sobre as questões surgidas nesse novo tema cresce cada vez mais, assim como o comércio eletrônico e, por conseguinte, requer uma atenção de situações criadas por esse meio e que ainda não se tem uma definição exata quanto à forma de ingerência do Direito vigente sobre elas. Nem mesmo sobre a real necessidade de uma legislação específica a respeito da matéria. Sabe-se, apenas, que o consumidor é a parte mais vulnerável nas relações de consumo e merece uma especial atenção quando da resolução de seus conflitos, ainda mais em hipóteses de contratação virtual que não estão inseridas no cotidiano das relações jurídicas debatidas no Judiciário. Destarte, a utilização dos preceitos conhecidos na doutrina e na legislação brasileiras é uma forma que garante os direitos do consumidor e é, por ora, viável. Possível e necessário, também, realizar um estudo aprofundado em outras legislações e, diante das características e conceitos encontrados no Direito Comparado fazer, então, um exame daquilo que deve e pode ser utilizado em nosso ordenamento jurídico. O conteúdo aqui desenvolvido tem como base o Direito brasileiro, as Diretivas Europeias e a jurisprudência dos nossos tribunais acerca das questões referentes aos contratos eletrônicos, em especial, dos diretos, destacando-se os seus efeitos e aplicações quando da defesa dos direitos dos consumidores, não só como partes integrantes de uma relação jurídica de consumo, mas também como cidadãos de direitos.

Palavras-chave: comércio eletrônico. contratos eletrônicos. bens intangíveis. consumidor. *Internet*.

## **ABSTRACT**

The object of this paper consists in the analysis of direct electronic contracts and their reflections in scope of consumerist legislation. The electronic contracts of intangible properties are distinguished from indirect telematics contracting its form of execution, which gives by the virtual. The applicability of the Code of Consumer Protection on the issues raised in this new theme grows increasingly, as electronic commerce and, therefore, requires attention to situations created by the virtual and that there is still no exact definition as to form of interference of law in force on them. Not even on the real need for specific legislation on the matter. We know only that the consumer is the weaker party in consumer relations and deserves special attention when the resolution of conflicts, especially in cases of hiring virtual are not included in the daily legal relations discussed in the Judiciary. Thus, the use of the doctrine and precepts in the Brazilian legislation is one way that guarantees the rights of the consumer and it is, for now, viable. Possible and necessary to conduct a detailed study in other laws and on the characteristics and concepts found in comparative law to do so, an examination of what should and can be used in our legal system. The content developed here is based on Brazilian law, the European Directives and the jurisprudence of our courts on issues relating to electronic contracts, in particular the directs contracts, highlighting the effects and applications in the defense of rights of consumers, not only as an integral part of a legal relationship of consumption, but also as citizens with rights.

Key words: electronic commerce; electronic contracts; consumer; Internet.



## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>10</b>
<b>2 OS CONTRATOS ELETRÔNICOS.....</b>	<b>12</b>
2.1 O CONCEITO E AS CARACTERÍSTICAS DO CONTRATO ELETRÔNICO .....	12
2.1.1 A declaração de vontade no âmbito da contratação virtual .....	17
2.1.2 A importância dos princípios nas relações contratuais por meio eletrônico .....	23
2.1.3 A formação dos contratos eletrônicos .....	34
2.1.4 A prova nas contratações em ambiente virtual .....	45
2.1.5 A aplicação do Código de Defesa do Consumidor nos contratos eletrônicos .....	52
<b>3 A CONTRATAÇÃO ELETRÔNICA DIRETA .....</b>	<b>65</b>
3.1 O REGIME JURÍDICO DOS CONTRATOS ELETRÔNICOS DIRETOS .....	65
3.1.1 As especificidades na contratação virtual direta .....	71
3.1.2 A ingerência dos provedores de acesso na sua formação .....	95
3.1.3 As Diretivas Europeias sobre contratos eletrônicos .....	106
<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>119</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>123</b>
<b>JURISPRUDÊNCIA .....</b>	<b>129</b>

## 1 INTRODUÇÃO

O comércio eletrônico difundido a uma velocidade grande, juntamente com possibilidades de desenvolvimento nos próximos anos, fez com que houvesse o crescimento econômico desse novo mercado. Assim, o comércio eletrônico é uma das causas do avanço da globalização, pois simplificou a barreira de espaço e de tempo. Alguns afirmam ser a 'Era da Sociedade da Informação', na qual a informação se transformou em bem de consumo com valor econômico elevado.

Para ter uma vaga ideia da dimensão desse mercado virtual, basta referir que somente o volume de publicidade veiculada na Internet em 1998 nos Estados Unidos, por meio de *banners* (cabeçalhos e rodapés de *home pages*), *pop-up ads* (janelas que se abrem na tela do usuário), *marketing direto* feito por correio eletrônico e outras variedades de publicidade, alcançou a cifra de US\$ 2 bilhões, correspondente a 112% da verba movimentada no ano de 1997, segundo dados da *Internet Advertising Bureau* (IAB).

Atividades e empreendimentos que, no âmbito do comércio convencional, demandam tempo e custos elevados, se implementam no ambiente digital de forma assustadoramente rápida e a custos significativamente menores, graças à possibilidade de fazer com que informações cheguem a qualquer canto do mundo de forma quase instantânea.

Por essas razões, o comércio eletrônico suscita uma variedade de problemas jurídicos quase inteiramente novos, muitos marcados pelo traço da internacionalidade.

No âmbito jurídico, surgem dúvidas quanto à regulação desse modo de contratação, considerando-se questões como: o exercício da soberania; as diferentes noções de competência jurisdicional; a legislação aplicável ao caso; os direitos dos consumidores; as características da contratação eletrônica de bens materiais e imateriais; a prova desse tipo de contrato; a tributação dos bens e serviços fornecidos no ambiente virtual, dentre inúmeras outras singularidades do tema.

Há uma corrente doutrinária que entende o *cyberspace* como um lugar, justificando, então, o uso das regras tradicionais de Direito Internacional Privado. Outra corrente, contrária, entende que aqueles que utilizam essas tecnologias fazem

parte do mundo real, localizados em lugares reais e, ainda que seja difícil, podem ser identificados.

Segundo a professora Denise Estrella Tellini, grande parte dos problemas advinda das relações telemáticas é solucionada pelo sistema jurídico vigente, já que, em regra, *“aquilo que é ilegal fora da rede será ilegal na rede”*<sup>2</sup>.

Dessa forma, o que se busca é verificar se o Direito atual pode ser aplicado nos casos da contratação eletrônica de bens e serviços intangíveis, estes criados pela desmaterialização trazida pelo meio digital, bem como analisar como ficam os direitos dos consumidores frente a esta peculiaridade das transações telemáticas.

A abordagem do assunto envolve as relações consumeristas, a legislação pátria e o Direito Comparado, além da jurisprudência brasileira acerca do comércio eletrônico de bens e serviços imateriais, com especial enfoque à proteção dos direitos do consumidor.

Ainda, há importante referência aos provedores de acesso à *Internet* e sua influência nos contratos eletrônicos e eventual responsabilidade e/ou solidariedade com as demais partes envolvidas nessa relação jurídica.

Tudo contextualizado fática e teoricamente no âmbito do comércio eletrônico e dos respectivos contratos, buscando-se, portanto, a efetiva aplicação da doutrina e da legislação contratuais contemporâneas à realidade apresentada nesta forma de negociação, a fim de alcançar a tutela das legítimas expectativas dos consumidores em relação a esse meio de relacionamento interpessoal e econômico, de forma a distribuir equitativamente os seus riscos mediante a imputação de responsabilidades aos seus empreendedores e aos seus usuários.

---

<sup>2</sup> TELLINI, Denise Estrella. **Regime de direito internacional privado na responsabilidade dos provedores de internet**. Porto Alegre: Fabris, 2006. p. 28.

## 2 OS CONTRATOS ELETRÔNICOS

### 2.1 O CONCEITO E AS CARACTERÍSTICAS DO CONTRATO ELETRÔNICO

À medida que a *Internet* revoluciona o comércio, estabelece uma forma possível, mas ainda não completamente segura, de ligar pessoas e computadores<sup>3</sup> por fronteiras organizacionais. Por meio dessa rede digital mundial<sup>4</sup>, várias empresas têm realizado suas transações comerciais, podendo-se até acreditar que a *Internet* possibilitará criar um mercado perfeito, com seus maiores triunfos sendo a localização de produtos, a comparação de preços e o pagamento. No entanto, nem todos os comerciantes obtêm sucesso com o mercado de consumo e há um forte argumento de que os consumidores sentem medo, pela falta de segurança nessa

---

<sup>3</sup> A concepção do primeiro computador pelo Exército Americano em 1946, para fins militares e de uso geral, permite afirmar que o século XX teve todo o desenvolvimento tecnológico realizado durante a Segunda Guerra Mundial ou em razão desta. Sendo que, com a sua invenção, o computador trouxe o meio virtual eletrônico. O grande avanço tecnológico aconteceu vinte anos depois, com o advento do microprocessador, o qual pode incluir um computador em um *chip*. Em junho de 1979 foi lançado pela IBM, o computador pessoal PC-XT, capaz de executar 750 mil funções por segundo; em novembro de 1998, era lançado o Pentium III, com capacidade de execução de mais de 400 milhões de operações por segundo<sup>3</sup>; já no ano 2000, a capacidade de processamento pôde superar 1GHz, hoje, inclusive, existente nos telefones celulares e já superada pelos computadores existentes no mercado atual. Tudo isso, ratificou o que Moore apud Corrêa, ex-presidente da Intel, disse: “o poder dos microprocessadores dobrará a cada dezoito meses” - frase comumente conhecida como “Lei de Moore” (CORRÊA, Gustavo Testa. **Aspectos jurídicos da internet**. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 1). Com a utilização do computador como máquina de automação, criou-se o mundo virtual, em que inúmeras tarefas, que antes só podiam ser realizadas pelos seres humanos, agora podem ser concretizadas sem a presença física de pessoas e/ou de objetos. Percebe-se que o computador está presente no cotidiano das pessoas, sendo vastamente utilizado na realização de diversas tarefas, das mais simples às mais complexas, das cotidianas às casuais, dentre outras hipóteses, contudo, o setor no qual o computador obteve maior propagação foi no da comunicação, tendo feito sucumbir na prática todas as dificuldades que impediam a rápida integração entre as pessoas e a consequente troca imediata de informações, oportunizando, assim, a comunicação simultânea de voz e imagem. Como reflexo, o computador permitiu a criação de uma rede mundial, que iniciou no ano de 1983, denominada *Internet* (em inglês: *International Net*; em português: rede internacional) e que interliga computadores e permite a comunicação eletrônica entre pessoas que estão ligadas internacionalmente por várias redes.

<sup>4</sup> Em 1969, a *Internet* foi idealizada como um sistema de comunicação de informações pela *Advanced Research Projects Agency* (Arpa), que faz parte do Departamento de Defesa americano e, por esse motivo, os sites de pesquisa desta iniciaram um compartilhamento de informações e permitiram acesso a computadores de qualquer localização. Por conseguinte, aquilo que tinha como primeiro objetivo servir como *backbone* de comunicação nos tempos de crises nacionais – e, mais adiante, internacionais – não teve o resultado esperado por seus criadores, pois não havia um ponto central de controle na *Internet*. E, diante dessa situação, explica Alberto Luiz Albertin que “o sistema cresceu como uma rede verdadeiramente distribuída e protocolos de rede foram desenvolvidos para criar um ambiente de sistema aberto, permitindo rotear mensagens e informações por meio de plataformas de rede amplamente dispersas” (ALBERTIN, Alberto Luiz. **Comércio eletrônico: modelo, aspectos e contribuições de sua aplicação**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 41).

nova forma de contratar, em especial, as pessoas com mais idade, ainda não adeptas a esse meio de interação.

Uma diferença importante do *e-commerce* (como é chamado o comércio eletrônico em inglês) ao modelo tradicional de comércio, é que, neste, restringe-se a função comercial ao tempo e ao espaço - por exemplo: nem todas as lojas ficam abertas 24 horas por dia; ou ainda, será difícil encontrar em uma única loja todas as mercadorias que se deseja. Essas questões não ocorrem no âmbito da Rede Mundial, pois os custos para um *site* estar ativo 24 horas por dia e 365 dias por ano não é o mesmo de um estabelecimento comercial físico e, do mesmo modo, quanto à restrição ao espaço, não é necessário que os produtos e mercadorias estejam no *site* para que possam ser acessados, bastando, apenas, que feita a compra, a empresa “física” entregue o produto ou preste o serviço da maneira como foi acordada na contratação.

E, nesse último caso, vale dizer que o produto e/ou serviço adquirido pode, até mesmo, ser entregue pelo ambiente virtual, como ocorre nos casos de *download* de arquivos, músicas, vídeos, *softwares* etc., hipótese de contratação objeto deste trabalho e que será analisada mais adiante.

Surge, então, o contrato de consumo celebrado a distância, em que não há mais o suporte *papel* tradicional para ser veiculada a mensagem em ambiente virtual. Os contratos a distância, de um modo geral, são celebrados sem a presença física simultânea das partes, no momento da subscrição da contratação, já que a nova tecnologia disponibiliza ao usuário a transmissão eletrônica de dados – *Electronic Data Interchange* (EDI), que ocorre por meio de impulsos elétricos, por ondas de rádio ou por qualquer outro veículo.

Os contratos que comumente têm se realizado a distância e em sua grande maioria pelo uso de tecnologia informática, digital e/ou telemática, são os de consumo, caracterizando cada vez mais e com uma rapidez tamanha, o que é conhecido como comércio eletrônico.

Sob o ponto de vista de Garcia Júnior<sup>5</sup> “originariamente o termo ‘comércio eletrônico’ era empregado unicamente para designar a compra e venda realizada por meios eletrônicos”. Na época atual, essa expressão traduz todos os aspectos

---

<sup>5</sup> GARCIA JÚNIOR, Armando Álvares. **Contratos via internet**. São Paulo: Aduaneiras, 2001. p. 122.

dos processos de mercado e das empresas habilitadas pela *Internet*<sup>6</sup> e as tecnologias da *WWW*<sup>7</sup>.

De acordo com Lima Marques<sup>8</sup>

é o comércio 'clássico' de atos negociais<sup>9</sup> 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 telecomunicação 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”.

---

<sup>6</sup> Do que foi dito, uma questão deve ser esclarecida: *Internet* não é *World Wide Web* (também conhecida por *WWW*), pois aquela é o meio pelo qual o correio eletrônico, os servidores FTP (protocolo de transferência de arquivos da *Internet* usado para transferir arquivos de um computador para outro), a *WWW*, o *Usenet* e outros serviços trafegam, tudo isso devido à sua extensão e amplitude. *World Wide Web* é uma convergência de concepções relativas à Grande Rede, a utilização de um padrão universal, um protocolo, que permite o acesso de qualquer computador ligado à Rede ao hipertexto, procurando relacionar toda a informação dispersa nela. *Usenet* é uma rede para distribuição de novos itens.

<sup>7</sup> Tim Bernes-Lee, do Laboratório de Física de Genebra, no mês de março de 1989, deu início ao que seria a *World Wide Web*, quando propôs o desenvolvimento de um 'sistema de hipertexto'<sup>7</sup>, que integrasse a *High Energy Physics Community* e permitisse de um modo eficaz a permuta de informações entre grupos navegadores em locais totalmente distintos. Em 1990, foi criado o primeiro *browser* (programa de computador utilizado para visualização e procura de texto, imagens, gráficos etc., das páginas alojadas nos servidores que compõem a *Internet*), denominado *WWW*, sendo que no final do mesmo ano estaria praticamente terminado. A primeira utilização desse navegador foi em março de 1992 e essa época marcou o aperfeiçoamento do sistema, afinal, o *browser WWW* tornou-se acessível ao domínio público e muitas pessoas e organizações tiveram a oportunidade de conhecer tamanha invenção. A *World Wide Web* pode ser considerada, na visão de Albertin como “uma coleção de documentos distribuídos, referidos como páginas, localizados em computadores (denominados servidores) de todo o mundo” (ALBERTIN, 2002, p. 48). Esses servidores têm a capacidade de resguardar arquivos em *Hypertext Markup Language* (*HTML*) e, ainda, responder a solicitações. Explica Corrêa que “no tocante à linguagem utilizada pela *WWW*, devemos entender o que seria *HTML*. Essa é uma forma simplificada para a linguagem-padrão, também conhecida como *SGML*, um código usado para fazer os documentos legíveis em todas as plataformas e programas componentes da *WWW*. Seu funcionamento é bastante simples. Ela opera numa série de códigos escritos em formato texto, também conhecido como formato *ASCII*. Tais códigos são traduzidos pelos programas navegadores, tais como o *Netscape* e o *Internet Explorer*, em formatos específicos na tela, onde o usuário possa interagir. Tal linguagem é capaz de produzir *links*, listas, cabeçalhos, imagens, formas, mapas e muito mais” (CORRÊA, 2000, p. 14). Logo, a *WWW* tem um grande potencial que é a sua linguagem, que populariza a *Internet*, justamente devido ao seu caráter consideravelmente interativo.

<sup>8</sup> 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. 35.

<sup>9</sup> Pode-se dizer que as etapas básicas do comércio eletrônico, pelo lado prático, são: a busca de um produto e/ou serviços em um *site* (tradução em português: posição, lugar, terreno, etc. e pode ser equiparado à página eletrônica da *WWW*); o pedido e o pagamento; e, por fim, a entrega do produto e/ou execução do serviço, seja em *bits* (“aqueles que circulam pela rede [...]”, ou seja, que podem ser transferidos de uma máquina para outra [...], p. ex. programas de computador, música digitalizada, artigo publicado, etc.” (VOLPI NETO, Ângelo. **Comércio eletrônico**: direito e segurança. Curitiba: Juruá, 2001. p. 29) ou *átomos* (que são “todos os produtos adquiridos pela *Internet* [...], são entregues pelo correio ou empresas de transporte”(Ibidem.).

Ainda, é possível o entendimento de que o comércio eletrônico é uma subespécie<sup>10</sup> do *Electronic Data Interchange*<sup>11</sup> (EDI), o qual conjectura a permutação de informações ou dados mediante o uso de computadores, sem haver a necessidade de se utilizar de um suporte de papel<sup>12</sup>.

As práticas comerciais eletrônicas, sendo um meio de contratação, inserem algumas mudanças no âmbito dos contratos, tais como: conceito de produto e serviços, visto que estes não mais apresentam aspectos conhecidos - físico, palpável - assumindo novas formas (ex.: livros eletrônicos, músicas mp3, programas antivírus, serviços de divulgação de produtos em *sites* etc.); despersonalização dos consumidores e fornecedores, uma vez que não há mais contato direto com a pessoa/empresa que se contrata; dentre tantos outros aspectos que em seguida serão abordados.

Nesse sentido, vale lembrar que os contratos de consumo não implicam necessariamente uma compra e venda, pois podem ser feitos de maneira não onerosa, como, por exemplo, quando se adquire um provedor de *Internet* grátis, apenas fazendo o seu *download* no computador do usuário ou, ainda, com um *click*<sup>13</sup> do *mouse* para aceitar o termo do provedor adquirido.

Assim, a principal característica do contrato eletrônico está no fato de que ele utiliza um meio diferente do tradicional para celebrar, cumprir ou executar o ato

---

<sup>10</sup> Para Volpi Neto o Intercâmbio Eletrônico de Dados – EDI se constitui em uma “nova maneira de contratar via eletrônica, por meio de comunicação; uma nova forma de documento em matéria de lei fiscal e comercial; uma nova maneira de provar (evidenciar) o conteúdo de transações comerciais; uma nova maneira de praticar ou ocultar crimes alterando documentos eletrônicos”. (VOLPI NETO, 2001, p. 31).

<sup>11</sup> Sobre o ponto, a Lei modelo da Uncitral, em seu artigo 2º, define EDI como sendo “a transferência eletrônica, de computador para computador, de informações estruturadas de acordo com um padrão estabelecido”. *United Nations Commission on International Trade Law* (UNCITRAL – ou em português, CNUDMI – Comissão das Nações Unidas para o Direito Mercantil Internacional) é uma Comissão das Nações Unidas que foi estabelecida pela Assembleia Geral em 1966 (Resolução n. 2.205 – XXI, de 17 de dezembro de 1966). Essa Assembleia Geral, ao estabelecer a Comissão, reconheceu que as disparidades entre as leis nacionais que regem o comércio internacional criavam obstáculos para esse comércio e considerou que, por meio da Comissão, as Nações Unidas poderiam desempenhar um papel mais ativo na redução ou eliminação desses obstáculos. Na *Internet*: <http://www.uncitral.org>.

<sup>12</sup> O comércio eletrônico não abrange apenas operações via *Internet*, são também incluídos meios eletrônicos como: *fax*, telefone, *machine-machine*, etc. As transações feitas por meio do uso da *Internet* não são diferentes daquelas anteriormente citadas, porém, ainda há uma incompreensão quanto à utilização desse meio, fazendo com que essa resistência se agrave “pelo fato de ainda não ter sido estabelecido um padrão de conduta mais uniforme quanto à prova documental para as operações on-line em nível tão globalizado quanto é a *Internet*” (PECK, Patrick. **Direito digital**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 90).

<sup>13</sup> Denominação usualmente utilizada para exemplificar o bater na tecla ou apontar o *mouse* para um comando eletrônico, que corresponde um envio de dado ou *rodem* para o computador.

final, não interessando em qual das etapas tal meio é utilizado, nem se acontece de forma parcial ou total.

Segundo o conceito de Finkelstein<sup>14</sup> “o contrato eletrônico é caracterizado por empregar meio eletrônico para sua celebração”.

Com relação à caracterização do *meio eletrônico*, parece mais adequado o entendimento de que os contratos eletrônicos não são apenas compreendidos pela utilização do computador ou algum aparelho com tal programação, ou ainda, de computador para computador, mas sim que o *meio eletrônico* utilizado nessa contratação estende-se ao meio telefônico, eletrônico ou telemático<sup>15</sup>.

Sobre o assunto, Santolim<sup>16</sup> entende que há três tipos de classificação dos contratos instrumentados por computador<sup>17</sup>, quais sejam, os que utilizam o computador como “simples meio de comunicação” e que se equiparam a outros meios de comunicação (telefone, carta, *fax* etc.); os que usam o computador “como local de encontro de vontades já aperfeiçoadas”, nos quais “o computador é posto a serviço das partes contratantes, não pertencendo o sistema a nenhuma delas, com exclusividade”; e, por fim, aqueles que utilizam o computador como “auxiliar no processo de formação de vontade (contratos por computador *stricto sensu*), em que o computador “incide diretamente no processo de formação negocial”, sendo “determinante na manifestação da parte”.

Também De Lucca define a existência dos contratos informáticos<sup>18</sup> como sendo os que têm por objeto os bens e/ou serviços de informática ou “relacionados à ciência da computação”, e a dos contratos telemáticos, gerados pela utilização da informática como meio de comunicação ou de expressão da vontade, bem como

---

<sup>14</sup> FINKELSTEIN, Maria Eugênia. **Aspectos jurídicos do comércio eletrônico**. Porto Alegre: Síntese, 2004. p. 187.

<sup>15</sup> LORENZETTI, Ricardo L. **Comércio eletrônico**. Tradução Fabiano Menke com notas de Cláudia Lima Marques. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 287.

<sup>16</sup> SANTOLIM, César Viterbo Matos. **Formação e eficácia probatória dos contratos por computador**. São Paulo: Saraiva, 1995a. p. 24.

<sup>17</sup> Entende o autor que computador é “todo aparelho eletrônico capaz de receber e armazenar informações, submetê-las a um determinado conjunto de operações lógicas pré-programadas e, como consequência, gerar novas informações e resultados”. (Ibid., p. 21).

<sup>18</sup> No mesmo sentido Rocío de Roselló Moreno apud Lima Marques, defende que “a contratação na rede ou via Internet pode ser ‘informática’, quando o objeto do contrato concluído com o consumidor seja um bem ou serviço informático ou virtual e ‘eletrônica’ *stricto sensu*, quando o meio eletrônico é utilizado para ofertar ou concluir o contrato de consumo, mas o objeto e o tipo contratual são clássicos”. (MARQUES, 2004, p. 57).



“que tem o computador e uma rede de comunicação como suportes básicos para sua celebração”<sup>19</sup>.

Diante disso, a definição de Andrade<sup>20</sup> sobre o contrato eletrônico é a que melhor se encaixa com a problemática do assunto objeto deste trabalho, no sentido de que

Contrato por meio eletrônico é o negócio jurídico celebrado mediante a transferência de informações entre computadores, e cujo instrumento pode ser decalcado em mídia eletrônica. Dessa forma, entram nessa categoria os contratos celebrados via correio eletrônico, Internet, Intranet, EDI (Electronic Data Interchange) ou qualquer outro meio eletrônico, desde que permita a representação física do negócio em qualquer mídia eletrônica, como CD, disquete, fita de áudio ou vídeo.

E, partindo-se do princípio básico de que contrato é um acordo entre duas ou mais vontades, verifica-se que, nos contratos eletrônicos, a caracterização do consentimento de uma das partes é mais complexa, uma vez que a transação se efetua por meio eletrônico, cuja situação é objeto de análise a seguir.

### 2.1.1 A declaração de vontade no âmbito da contratação virtual

É impossível dizer que a contratação por via eletrônica não é viável, pois não há nenhum impedimento a tanto<sup>21</sup>, todavia, muito há que se entender sobre as suas peculiaridades para garantir a segurança e a efetividade dessa forma de contratar, sendo a manifestação de vontade das partes uma delas.

Analisando o conceito tradicional de contrato, cujo preceito básico é de que esse deriva de um acordo mútuo de vontades, pode-se dizer, de um modo geral, que o contrato eletrônico é o resultado do encontro de duas declarações de vontade e que se celebra por meio da transmissão eletrônica de dados, ou seja, é um negócio

---

<sup>19</sup> DE LUCCA, Newton. **Aspectos jurídicos da contratação informática e telemática**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 19. Esclarece o autor ser desnecessário dizer que está “absolutamente consciente da precariedade de ambas conceituações”, sendo evidente “que poderá haver, com frequência, superposição entre uma e outra” (Ibid., p. 33). Ainda, afirma que “a telemática – conquanto as dúvidas e imprecisões que inegavelmente cercam o conceito – nada mais é do que o resultado da aplicação das telecomunicações à informática” (Ibid., p. 93).

<sup>20</sup> ANDRADE, Ronaldo Alves de. **Contrato eletrônico: no novo código civil e no código de defesa do consumidor**. Barueri: Manole, 2004. p. 31.

<sup>21</sup> Newton De Lucca observa quanto aos contratos telemáticos que “nada impede possam eles ser livremente celebrados pelos que assim o desejarem. Inexiste norma jurídica em nossa ordenação que proíba a realização de contratos por tal meio. A única exceção, evidentemente, diz respeito às hipóteses legalmente previstas, para as quais se exige forma solene para que possa o ato jurídico produzir os efeitos jurídicos pertinentes”. (DE LUCCA, op. cit., p. 94.)

jurídico bilateral, mas que apresenta um meio diferente do tradicional para sua realização.

Como afirma Lorenzetti<sup>22</sup>

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

A declaração de vontade é uma questão muito importante nesse tipo de contrato, uma vez que o meio utilizado para se efetuar o negócio é complexo e requer cuidados especiais com relação às questões jurídicas que proporciona. Com efeito, também afirma Lorenzetti<sup>23</sup>

A declaração de vontade é manifestada por meio de um computador, e, ainda que este esteja programado para atuar por si próprio, não é um sujeito independente. Tanto o *hardware* como o *software* cumprem uma função instrumental, não sendo aplicável o instituto da representação. A declaração é imputável ao sujeito a cuja esfera de interesses pertença o *software* e o *hardware*.

Aqui, a teoria defendida pelo autor<sup>24</sup>, diz respeito à regra da imputabilidade da declaração, sendo que, no caso dos contratos eletrônicos, o problema está na sua aplicação, pois não há muitas garantias, em grande parte dos casos, do que realmente está sendo executado num computador. Aconselha o jurista que as partes, então, transacionem a respeito das cláusulas contratuais, estipulando sobre em que casos as mensagens eletrônicas serão consideradas pertencentes à esfera de interesses de cada uma delas.

---

<sup>22</sup> LORENZETTI, 2004. p. 277.

<sup>23</sup> Ibid., p. 291.

<sup>24</sup> Explica Lorenzetti que “a regra de imputabilidade é clara, mas a problemática da contratação eletrônica consiste na sua aplicação; precisamente, em estabelecer esse nexo. Um sujeito pode dizer que a declaração do computador ou do programa não obedece às suas instruções, ou que o computador não lhe pertence, ou que tenha sido utilizado por um terceiro, ou que tenha ocorrido alguma interferência ilegal, ou que outra pessoa tenha enviado uma mensagem em seu nome, ou que estava num estado de inconsciência, ou ainda que tenha ocorrido erro, violência ou incapacidade” (Ibid.).

No entendimento de Santolim quanto ao uso do computador como “auxiliar no processo de formação da vontade (contratos por computador *stricto sensu*)” nos contratos eletrônicos, incidindo “diretamente no processo de formação da vontade negocial” e não apenas como “meio de comunicação, nem tampouco mero instrumento ou local de encontro de vontades, o computador funciona como determinante na manifestação da parte”<sup>25</sup>.

Afirma o jurista que

A partir da inserção, pelo usuário, de dados e algoritmos que deverão regular genericamente a atividade negocial, é o próprio equipamento quem elabora esses elementos e conduz à conseqüente decisão, transmitindo-a (externando-a) diretamente ao outro contratante (que, muitas vezes, se submete a processo análogo, através de seu computador)<sup>26</sup>.

Sendo que, “haverá, nesta hipótese, aspectos inovadores no que tange à distinção entre negociações preliminares e contrato, bem assim como à validade do pacto assim originado”<sup>27</sup>.

De modo geral, a formação do contrato eletrônico é semelhante a dos demais contratos, afinal, dá-se pela convergência da manifestação de vontade das partes. A principal diferença, segundo Andrade<sup>28</sup> está no fato de que essa manifestação é feita

por meio de um instrumento tecnológico de informática e transmitida de um computador a outro, de modo que a vontade de contratar, tanto do peticitante – quem fez a proposta de contratar -, não é transmitida diretamente à outra parte contratante, mas para um computador.

O artigo 112 do Código Civil<sup>29</sup> dispõe que “nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem”. Sobre o dispositivo legal salienta Santolim<sup>30</sup> que se “trata de regra hermenêutica de capital importância, posto que define, ao mesmo tempo: a) a prevalência da vontade; b) a relevância da declaração”. Sendo que esses dois pontos fundamentam duas teorias antagônicas (a da vontade e a da declaração).

---

<sup>25</sup> SANTOLIM, 1995a, p. 25.

<sup>26</sup> Ibid., p. 26.

<sup>27</sup> Ibid.

<sup>28</sup> ANDRADE, 2004. p. 32.

<sup>29</sup> BRASIL. Código Civil: Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. In: VADE Mecum. 12. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 156.

<sup>30</sup> SANTOLIM, op. cit., p. 7.

Na primeira teoria, cuja base está no Código Civil francês, se pretende atribuir a prevalência do elemento psíquico, no intuito de preservar o que a parte efetivamente quis contratar; enquanto que na segunda teoria, os fatos materiais, a declaração são a essência do ato jurídico, sem análise do querer pessoal da parte contratante<sup>31</sup>.

Explica Santolim<sup>32</sup> que o direito brasileiro, consoante a norma supracitada, “adotou posição intermediária” às teorias apresentadas, pois “o mesmo dispositivo que indica o elemento preponderante diz também que o outro não deve ser desprezado”. Reflete esse entendimento o que o art. 110, do diploma civil vigente estabelece: “a manifestação de vontade subsiste ainda que o seu autor haja feito a reserva mental de não querer o que manifestou, salvo se dela o destinatário tinha conhecimento”<sup>33</sup>.

Verificada a importância da manifestação da vontade nos contratos eletrônicos é inevitável falar das formas como ela se dá nestes, já que poderá aparecer de forma tácita (nos contratos por computador *stricto sensu* na visão de Santolim) e, por outras vezes, pelo “silêncio circunstanciado”<sup>34</sup>.

Prevê o Código Civil<sup>35</sup>, no art. 107 das disposições gerais dos negócios jurídicos, pertencente ao Título Dos Fatos Jurídicos, que “a validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir”. Bem ainda impõe o art. 111 que “o silêncio importa anuência, quando as circunstâncias ou os usos o autorizarem, e não for expressamente necessária a declaração da vontade expressa”<sup>36</sup>.

Sobre o assunto, Santolim<sup>37</sup> ressalta

Dependendo da programação a que foram submetidos os equipamentos interligados, o desejo de obrigar-se pode caracterizar-se seja pela adoção de condutas que só são compatíveis com um estágio de contratualidade existente (o que caracteriza a tacitude), seja pelo silêncio, em casos tais em que o oblato teria o dever de manifestar-se, quisesse se opor ao negócio. A primeira situação ocorre, por exemplo, no simples envio do número de peças que se quer adquirir, de um certo produto. A segunda hipótese é a

---

<sup>31</sup> LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de Direito Civil**. 6. ed. rev. e atual. por José Serpa Santa Maria. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1988. v. 1: Introdução, parte geral e teoria dos negócios jurídicos. p. 375-376.

<sup>32</sup> SANTOLIM, 1995a, p. 8.

<sup>33</sup> BRASIL, 2002, p. 156.

<sup>34</sup> SANTOLIM, op. cit. p. 28.

<sup>35</sup> Ibid.

<sup>36</sup> BRASIL, op. cit., p. 156.

<sup>37</sup> SANTOLIM, op. cit., p. 28.

que ocorre com certa frequência em sistemas de acesso ao mercado bursátil pelas corretoras, através de computadores *on line*. Nesses casos, o contato dos equipamentos, eventual ou permanente, possibilita a formação do contrato independentemente de qualquer outra intervenção humana.

Ainda, cabe destacar o chamado “comportamento concludente” que, na concepção de Pinto<sup>38</sup>

[...] Na declaração ‘tácita’ a doutrina põe em destaque o facto de se realizar uma inferência a partir de factos concludentes. À conduta a partir da qual se pode efectuar uma ilação poderemos chamar ‘comportamento concludente’. Julgamos que este deve ser visto como constituindo o elemento objectivo da ‘declaração tácita’, o qual é determinado, como na declaração expressa, por via interpretativa [...].

Tal conceito mostra-se claro no aperfeiçoamento dos contratos eletrônicos, já que a incidência de declarações tácitas de vontade nesses casos é muito significativa, determinando a sua importância para a solução de questões<sup>39</sup>, em especial, no que diz respeito aos “contratos por clique” (*click-through contracts* ou *clickwrap agreements*), que são os negócios jurídicos formados por vários *clicks* do *mouse* do computador da parte contratante, em geral, o consumidor, seguindo vários passos do processo de compra *on-line*<sup>40</sup>.

---

<sup>38</sup> PINTO, Paulo Mota. **Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico**. Coimbra: Almedina, 1995. p. 746-747.

<sup>39</sup> César Viterbo Matos Santolim relata que Mark Budnitz, em sua obra *Consumers Surfing for Sales in Cyberspace: what constitutes acceptance and what legal terms and conditions bind the consumer?*, Georgia State University Law Review, summer 2000, p. 742, ao abordar como os contratos na Internet são formados, “aponta para os aspectos que considera relevantes: (a) o que constitui a aceitação do consumidor diante da oferta do vendedor, (b) quais são os termos e condições do contrato, (c) que conduta o consumidor manifesta para que a sua concordância seja capaz de vinculá-lo, (d) quando um consumidor submete a sua ordem de compra a um vendedor pela Internet, se isto constitui a aceitação do consumidor para a oferta do vendedor ou é o consumidor quem está fazendo oferta, (e) se a última hipótese está correta, o que constitui a aceitação do vendedor e (f) se o contrato está sendo formado, por quais termos e condições fica obrigado o consumidor”. (SANTOLIM, César Viterbo Matos. Os princípios de proteção do consumidor e o comércio eletrônico no direito brasileiro. **Revista Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 55, 1995b. p. 62.)

<sup>40</sup> Exemplo descrito por Santolim é aquele em que “o consumidor inicia na *home page* do vendedor, clica em atalhos que existem na página contendo vários itens para venda, seleciona os itens que quer, através de um ‘clique’ do seu *mouse* como indicado, que coloca cada item dentro de um recipiente de compras virtual. Então o consumidor procederá um virtual *check-out* da transação, onde serão solicitados vários tipos de informação em um formulário on-line. As informações mais comuns incluirão seu nome e endereço, e uma conta de cartão de crédito, bem como lhe será solicitado que indique a sua preferência quanto ao modo dos bens serem enviados. O vendedor poderá solicitar que ele se registre e que também escolha uma senha. Neste ponto a página solicita ao consumidor para clicar em um ‘botão’ virtual, o qual transmite a informação do computador do consumidor para o servidor de Internet do vendedor. Este botão pode ser nominado ‘aceito’ (ou *submit*), ou expressão semelhante. Em algum momento posterior, o vendedor enviará ao consumidor um e-mail, confirmando a ordem de compra”. (Ibid., p. 63.)

A manifestação de vontade está intimamente ligada à fixação do momento de aperfeiçoamento do contrato, para o qual também é relevante saber quanto à presença ou não das partes na sua formação, ou seja, quando da manifestação de seus interesses na negociação.

Também nesse norte é a opinião de Santolim<sup>41</sup> ao afirmar que

Boa parte dos questionamentos jurídicos em torno do comércio eletrônico estão relacionados com a consideração da vontade como elemento nuclear dos negócios jurídicos (e, portanto, dos contratos), o que é objeto de controvérsias intensas<sup>42</sup>, a partir de distintas teorias<sup>43</sup>.

Assim, há vários preparativos na elaboração de um contrato, sendo que nessas tratativas iniciais, as partes ainda não se obrigam reciprocamente, apenas estabelecem alguns pontos sobre os quais devem acordar. De sorte que, após todas

---

<sup>41</sup> SANTOLIM, 1995b, p. 58.

<sup>42</sup> Natalino IRTI e Giorgio Oppo apud Ibid., “travaram interessante debate sobre o tema, a partir do artigo *Scambi senza accordo*. (IRTI, Natalino. *Scambi senza accordo*. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Milano, n. 2, p. 347-364, 1998). Neste trabalho, o professor da Universidade de Roma, a partir da figuração sobre uma série de atos sociais praticados por um sujeito hipotético, procura demonstrar que, ao lado das relações negociais de fonte contratual, caracterizadas, do ponto de vista do resultado discursivo, como dotadas de comportamento *dialógico*, existem, em paralela progressividade, situações onde este diálogo vai se reduzindo, até a inexistência, que ocorreria exatamente às transações ‘telemáticas’, com o uso de meios eletrônicos. OPPO fixou as bases de sua contrariedade a esta linha de pensamento em outro artigo, (OPPO, Giorgio. *Disumanizzazione del contratto?* **Rivista di Diritto Civile**, Padova, n. 5, p. 525-533, 1998), onde, após questionar se, de fato, o *resultado dialógico* é elemento essencial dos contratos, afirma que, mesmo no caso dos meios telemáticos ou eletrônicos há acordo (*[...] l'accordo non presuppone una o altra lingua ma solo l'espressioe di voleri concordati [...]*’, p. 529). Estas objeções mereceram ainda uma réplica de IRTI, Natalino. ‘É vero, ma... – Replica a Giorgio Oppo. **Rivista di Diritto Civile**, Padova, n. 2, p. 273-278, 1999, e, ainda, uma análise de GAZZONI, Francesco. *Contatto reale e contatto físico: ovverosia l'accordo contrattuale sui trampoli*. **Rivista di Diritto Commerciale**, Roma, n. 11-12, p. 655-668, 2002”. Também nesse sentido Cláudia Lima Marques afirma que “a crise da massificação dos contratos levou alguns a afirmarem a ‘morte do contrato’, reabsorvido no mainstream dos atos ilícitos”, sendo que “a massificação dos contratos de adesão e das condições gerais contratuais foi o primeiro fenômeno de despersonalização do contrato, por meio de uma nova pluralidade e objetividade”. Ela refere ainda que o ‘comércio eletrônico’ é “um fenômeno plúrimo, multifacetado e complexo, nacional e internacional, onde há realmente uma certa ‘desumanização do contrato’”, conforme a expressão mencionada de Oppo. (MARQUES, 2004. p. 64.)

<sup>43</sup> Santolim refere em seu artigo sobre a existência de um entendimento no sentido de que há tempos se verifica uma crise do ‘negócio jurídico’ e do ‘contrato’, ou ainda, poderia se dizer do ‘direito contratual’, dentre outros termos elencados por Carlos Ferreira de Almeida, em sua obra *Texto e Enunciado na Teoria do Negócio Jurídico*, publicada em Coimbra pela Editora Almedina, no ano de 1992. Sobre tal análise, pode-se mencionar a alteração no Código Civil brasileiro da disposição sobre o tema, quando da sua publicação em 2002, alterando a forma como o dispunha no diploma revogado, já que, hoje, alguns artigos que antes constavam do capítulo sobre os “contratos”, estão na *Parte Geral* do Código, no *Livro III - Dos Fatos Jurídicos*, no *Título I – Do Negócio Jurídico*. Enquanto que o tema dos contratos e suas disposições gerais encontram-se na *Parte Especial* do referido ordenamento, no *Livro I – Do Direito das Obrigações*, no *Título V – Dos Contratos em Geral* e no *Título VI – Das Várias Espécies de Contrato*. Isso permite depreender que, atualmente, não são aplicadas determinadas questões tão somente aos contratos entabulados pelas partes, mas também aos negócios jurídicos em geral.

essas manifestações de vontades das partes, a proposta será apresentada de uma maneira mais concreta e, posteriormente, o envio da oferta é concretizado.

Lawand<sup>44</sup> entende que “meras negociações preliminares, sem evidência de acordo de vontade final não geram consequências jurídicas”.

É também importante ressaltar que os acordos de vontades não necessitam ser realizados totalmente via *Internet*, podendo ser somente uma parte dele, ou seja, pode ser que todo o negócio jurídico se realize em ambiente digital, tema que será discutido na segunda parte deste trabalho, e que as pré-contratações se deem pela forma tradicional.

Por isso, como ainda não há uma legislação específica sobre o tema da contratação eletrônica, cuja criação não é, por ora, extremamente necessária, devem-se seguir as diretrizes sobre o contrato conforme o Código Civil atual e o Código de Defesa do Consumidor brasileiro, tentando fazer o possível para que sejam interpretadas as normas da maneira mais coerente ao assunto analisado e o caso em concreto, ocasião em que os princípios aplicados no Direito serão de extrema valia.

### 2.1.2 A importância dos princípios nas relações contratuais por meio eletrônico

No direito existem princípios que regem a matéria contratual, que são considerados básicos, como, por exemplo, a boa-fé, a autonomia da vontade, a relatividade dos contratos e a força obrigatória, dentre outros<sup>45</sup>. Com certeza, esses

---

<sup>44</sup> “Com efeito, nesta fase, o interesse não vincula as partes envolvidas, pois há apenas conversações, análises e conclusões em um âmbito reflexivo, e que servirá para a formação da convicção e posterior finalização do negócio. Em princípio, os contratos não se formam em um único momento. O acordo de vontades, fundamento basilar para a sua conclusão, não é conseguido, senão após a troca de idéias, discussões, fórmulas ou minutas e combinações preliminares com o escopo de conduzirem a uma decisão final de modo cauteloso”. (LAWAND, Jorge José. **Teoria geral dos contratos eletrônicos**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003. p. 127).

<sup>45</sup> Na visão de Maria Eugênia Finkelstein, surgem outros princípios para orientar essa nova forma de contratação que, segundo a autora, são os da identificação, da autenticação, do impedimento de rejeição, da verificação e da privacidade, assim definidos: “IDENTIFICAÇÃO – para a validade plena de um contrato eletrônico é imprescindível que as partes que o celebram estejam devidamente identificadas, de maneira que o aceitante tenha certeza de quem é o proponente e que este, por sua vez, tenha certeza de quem é o aceitante. AUTENTICAÇÃO – as assinaturas digitais devem ser autenticadas por Autoridade Certificadora, com o fim de proporcionar, mais uma vez, a identificação das partes contratantes. IMPEDIMENTO DE REJEIÇÃO – as partes não podem alegar invalidade do contrato alegando, simplesmente, que este foi celebrado por meio eletrônico. VERIFICAÇÃO – os contratos e demais documentos eletrônicos devem ficar armazenados em meio eletrônico, com o fim de possibilitar verificação futura. PRIVACIDADE – a contratação

princípios também são aplicados aos contratos eletrônicos, mesmo que a maneira de contratar seja diferenciada.

Pode-se perceber que os princípios tradicionais devem ser observados e estudados para verificar onde e como se enquadram quando há dúvidas sobre o tema, mas também os estudos devem ser aprofundados a ponto de entender que novas questões surgem com o advento dos contratos eletrônicos e que merecem uma atenção muito especial, principalmente, pelo fato de não haver nada juridicamente definido sobre o assunto.

Na opinião de Santolim o computador “nada traz de ‘novo’ ao que já se sabe em matéria de formação dos contratos e da eficácia probatória de seus instrumentos”, introduzindo “‘inovações’ significativas na forma de compreender o tema, as quais merecem a atenção do direito”<sup>46</sup>.

Para o autor<sup>47</sup>

A aparente contradição é resolvida quando se esclarece que: a) de um lado, vê-se que as fontes tradicionais do direito suportam as modificações trazidas pela moderna tecnologia informática, bastando que se use a hermenêutica com todas as suas possibilidades; e b) é imperativo que se faça o processo de adequação dessas inovações às necessidades do direito, especificando os requisitos exigíveis para que o suporte antes apontado seja viável.

Também De Lucca, ao se manifestar sobre a aplicação da legislação consumerista nas relações de consumo estabelecidas por meio eletrônico, defende<sup>48</sup>

Não obstante a afirmação de Evan Shwartz no sentido de que a *internet* seja uma espécie de *‘terreno digital onde as regras de negócio são frequentemente diferentes das que conhecíamos no passado’*, tenho repetido, desde as primeiras palestras que proferi sobre o tema – pelo menos no que toca ao âmbito das relações de consumo -, que a aplicação da legislação consumerista às relações jurídicas de consumo celebradas via *internet* é plena, conquanto isso não signifique afirmar, absolutamente, seja ela suficiente.

Lima Marques, por sua vez, em sua obra *Confiança no Comércio Eletrônico e a Proteção do Consumidor* defende que “a nova linguagem visual, fluida, rápida, agressiva, pseudo-individual e massificada dos negócios jurídicos de consumo a

---

eletrônica deve sempre preservar a privacidade dos dados dos contratantes, bem como das próprias condições contratuais”. (FINKELSTEIN, 2004, p. 191.)

<sup>46</sup> SANTOLIM, 1995a, p. 41.

<sup>47</sup> Ibid.

<sup>48</sup> DE LUCCA, 2003, p. 110.



(*sic*) distância pela Internet propõe desafios sérios para o Direito Privado, em especial para o Direito do Consumidor e o seu paradigma moderno da 'boa-fé' nas relações contratuais<sup>49</sup>.

Ressalta que

[...] no mundo virtual a própria aparência já se desmaterializou, fluída e passageira, está desconstruída e nada mais é do que simples 'transparência', 'dado' ou 'informação' de um contexto contratual complexo, rápido e especializado, daí a importância de acrescentar-se aos já conhecidos princípios contratuais, um paradigma qualificado, valorizando a confiança como eixo central das condutas no meio eletrônico e como fonte jurídica e dela retirando responsabilidades específicas<sup>50</sup>.

Assim, não se pretende criar um novo Direito (Direito Eletrônico, Direito Cibernético, Direito Informático etc.), mas sim adaptar as regras já existentes a esta nova forma de contratar e, naquilo que for extremamente necessário uma revisão ou criação de uma norma, aí sim sejam feitas as alterações próprias a tanto.

É importante lembrar que em outro momento da história contratual foi preciso adequar o regime jurídico vigente às inovações tecnológicas que foram surgindo (telefone, fax, comércio por cartas, catálogos etc.). E, como bem salienta Santolim<sup>51</sup>, dizer que é imprescindível refazer as categorias, os conceitos e os princípios do direito aplicado aos contratos e negócios jurídicos para adequá-los aos contratos eletrônicos "somente seria aceitável se restasse demonstrada a incapacidade dos modelos jurídicos vigentes em assentar as condições para sua funcionalização em relação às novas tecnologias da informação". Motivo pelo qual devem ser os novos problemas dessa maneira de contratar, "a partir da perspectiva de soluções normativas já existentes, de modo a verificar a sua efetividade nestes casos<sup>52</sup>", bem como "utilizando-se de princípios já consagrados em matéria de proteção ao direito do consumidor e verificando a sua aplicabilidade a uma das manifestações do uso das novas tecnologias, que é o comércio eletrônico<sup>53</sup>".

---

<sup>49</sup> MARQUES, 2004, p. 46-47.

<sup>50</sup> *Ibid.*, p. 48-49.

<sup>51</sup> SANTOLIM, 1995b, p. 54.

<sup>52</sup> *Ibid.*, p. 55.

<sup>53</sup> O autor ainda apresenta importante observação sobre a questão comumente discutida acerca da necessidade de legislação própria à contratação por meio eletrônico, referindo que: "A percepção sobre a existência de novas demandas sociais, resultantes da utilização cada vez mais intensa da tecnologia da informação, por certo conduz a também novas soluções jurídicas, particularmente com a elaboração de novas regras, sejam em diplomas legais já existentes (alterações nos Códigos já existentes, por exemplo), seja pela produção de leis específicas, quanto ao documento eletrônico, ao comércio eletrônico, à proteção de dados em meios eletrônicos ou a proteção do

O referido jurista esclarece<sup>54</sup> que para a verificação da forma como se aplicam os princípios norteadores da proteção ao consumidor ao “comércio eletrônico”, foco também deste trabalho, a análise deve recair sobre as hipóteses em que a perfectibilização das relações se dê por meio eletrônico (“contratos por computador *stricto sensu*” – os quais ele chamou simplesmente de *contratos eletrônicos* em seu artigo), considerando que nas demais situações em que a formação do contrato não ocorre por esse meio, não há complexidade nas relações jurídicas estabelecidas, “que não aquelas que são objeto de estudo e análise pela doutrina própria”.

Num primeiro momento, importante estabelecer que, no caso das relações consumeristas, objeto deste trabalho, o estabelecimento dos critérios de jurisdição tem como referência o domicílio do consumidor<sup>55</sup> (art. 101, inciso I, do CDC), cuja característica decorre do fato de ele ser considerado parte hipossuficiente da relação e do fim para o qual ela foi concebida. Diferentemente do que se aplica em matéria de direito internacional, em que se admite a extensão da jurisdição por um país a um não-residente nele, apenas em caráter excepcional.

No âmbito do comércio eletrônico realizado por meio das redes abertas de computadores (*Internet*), “é da natureza mesmo das relações que se estabelecem entre as partes a circunstância de estar em diferentes locais, no mais das vezes cada uma delas sob a incidência de uma jurisdição (ordinária) própria<sup>56</sup>”, razão pela qual as soluções para as questões jurisdicionais e de competência decorrentes daquelas deverão seguir um dos critérios acima mencionados, ou ainda, a combinação de ambos.

---

consumidor no comércio eletrônico, apenas para lembrar os casos mais comuns. Mas a insistência quanto à conveniência de reformulação legislativa, com o intuito claro de fornecer segurança no tráfico eletrônico, não pode funcionar no sentido inverso: se entendido que, mais do que meramente conveniente ou aperfeiçoador, um novo paradigma jurídico é absolutamente necessário, o que também se estará afirmando é que o atual sistema normativo está incapacitado a fornecer soluções adequadas às novas demandas sociais. Deve-se, ademais, combater a visão simplista de que a temática concernente aos negócios eletrônicos pode ser resolvida pela adoção de uma nova *lex mercatória*”. (SANTOLIM, 1995b).

<sup>54</sup> *Ibid.*, p. 60.

<sup>55</sup> Para Benjamin, conforme a legislação brasileira “[...] consumidor é todo aquele que, para seu uso pessoal, de sua família, ou dos que se subordinam por vinculação doméstica ou protetiva a ele, adquire ou utiliza produtos, serviços ou quaisquer outros bens ou informação colocados a sua disposição por comerciantes ou por qualquer outra pessoa natural ou jurídica, no curso de sua atividade ou conhecimento profissionais”. (BENJAMIN, Antônio Herman V. O conceito jurídico de consumidor. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 628, fev. 1988. p. 78.)

<sup>56</sup> SANTOLIM, op. cit., p. 65.

Diante do estudo realizado nessa dissertação no que tange ao Direito dos Consumidores e os contratos eletrônicos diretos, a análise a ser feita sobre os princípios jurídicos será no âmbito deste microssistema.

Assim, Lima Marques<sup>57</sup> define a existência de quatro princípios fundamentais acerca da matéria contratual de tutela do consumidor, quais sejam, o da transparência, da boa-fé, da equidade (equilíbrio contratual) e da proteção da confiança, tendo este último sido tema exclusivo de um estudo feita pela autora.

O Código Civil atualmente vigente estabeleceu como princípios aplicáveis aos contratos em geral, em seu artigo 421<sup>58</sup> e 422<sup>59</sup>, a função social do contrato, a probidade e a boa-fé.

A função social do contrato encontra respaldo no fato de que este possui tal característica por ser veículo “de circulação da riqueza, centro da vida dos negócios e propulsor da expansão capitalista<sup>60</sup>”. Isso porque com o surgimento da economia de massa, esta passou a exigir contratos “*impessoais e padronizados (contratos-tipo ou de massa)*”, os quais não estão mais ligados à autonomia da vontade, em que as partes discutem livremente as condições da negociação a ser realizada, numa situação de igualdade.

Lôbo entende que

O princípio da função social determina que os interesses individuais das partes do negócio sejam exercidos em conformidade com os interesses sociais, sempre que estes se apresentem. Não pode haver conflito entre eles, pois os interesses sociais são prevaletentes. Qualquer obrigação contratual repercute no ambiente social, ao promover peculiar e determinado ordenamento de conduta e ao ampliar o tráfico jurídico.<sup>61</sup>

Dessa forma, o Estado intervém de forma constante nas relações contratuais privadas, no intuito de assegurar a prevalência da ordem pública, deixando o individualismo para um segundo momento.

---

<sup>57</sup> MARQUES, 2002, p. 594 e p. 740-741.

<sup>58</sup> “**Art. 421.** A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”. (BRASIL, 2002, p. 178).

<sup>59</sup> “**Art. 422.** Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”. (Ibid.)

<sup>60</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito das obrigações**: parte especial, contratos. 12. ed. reform. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 6, t. 1, p. 15.

<sup>61</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Teoria geral das obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 91.

A concepção social do contrato é vista como uma das bases da teoria contratual vigente e tem como objetivo “promover a realização de uma justiça comutativa, aplainando as desigualdades substanciais entre os contraentes<sup>62</sup>”.

Seguindo a ordem estabelecida por Lima Marques, a transparência vem intimamente ligada à confiança e ambas são um grande desafio para a contratação eletrônica, no que tange ao alcance de maior transparência tanto nas condições gerais dos contratos quanto nas informações prestadas acerca destes.

O princípio da transparência é encontrado no caput do art. 4º do Código de Defesa do Consumidor<sup>63</sup>, o que lhe traz importante papel no âmbito das relações consumeristas.

Faz alusão Lima Marques sobre o percurso anterior da negociação no comércio eletrônico, ao destacar que

[...] no mundo virtual a própria aparência já se desmaterializou, fluída e passageira, está desconstruída e nada mais é do que simples ‘transparência’, ‘dado’ ou ‘informação’ de um contexto contratual complexo, rápido e especializado, daí a importância de acrescentar-se aos já conhecidos princípios contratuais, um paradigma qualificado, valorizando a confiança como eixo central das condutas no meio eletrônico e como fonte jurídica e dela retirando responsabilidades específicas<sup>64</sup>.

Um dos princípios básicos contratuais é o da confiança, uma vez que juntamente com o princípio da boa-fé faz um ‘dueto’ fundamental na consecução de qualquer contrato que seja.

Com o advento do comércio eletrônico e, por conseguinte, dos contratos telemáticos, algumas questões características dos contratos podem ser abaladas e os princípios supracitados são de sua importância para a sua manutenção, afinal, o consumidor não sabe mais se pode (ou não) confiar na pessoa (física ou jurídica) com quem está contratando.

Nesse norte, Lima Marques<sup>65</sup> se coloca de forma incisiva, ao se referir sobre o princípio da confiança da seguinte maneira

---

<sup>62</sup> LÔBO, 2005, p. 15.

<sup>63</sup> “**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 - [...]”.(BRASIL, 2002, p. 807.)

<sup>64</sup> MARQUES, 2004, p. 141-142.

<sup>65</sup> Ibid., p. 141-142.

Transparência e confiança andam juntas. Alcançar maior transparência nas condições gerais contratuais e nas informações sobre preços parece ser o grande desafio do comércio eletrônico hoje. Fuhrmann chama a atenção que o *iter* negocial prévio no comércio eletrônico pode também ser dividido em três partes: 1) momento de aproximação negocial (Anbahnungshase); 2) a fase da formação propriamente dita do consenso (Einigungsphase); e 3) a fase da 'realização' do negócio (Abwicklungsphase). A observação é importante, pois, relembra que aquilo que consideramos como sendo a fase pré-contratual nas contratações à distância, globalizadas e desmaterializadas, pode ser dividido sim em três distintos momentos, e que a transparência criará confiança do consumidor e evitará que este se retire da negociação ou que seja manipulado<sup>66</sup>.

Assevera a jurista, ainda, que “o importante para criar 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”, já que o consumidor, parte mais vulnerável da relação, “não pode suportar o risco de atitudes inesperadas ou abusivas do fornecedor”.<sup>67</sup>

Lembra também que deve ser permitido ao consumidor arquivar e perenizar as “provas” (manifestação do consenso, número do pedido, resposta automática da realização efetiva da negociação, além de eventual erro na contratação, ou ainda, de seu arrependimento). Salaria que a forma possui funções *ad substantiam* e *ad probatorium* também aplicadas ao comércio eletrônico, sendo que a forma usualmente conhecida (escrita ou impressa) “cria confiança, esta que deve ser reconstruída no meio eletrônico com inovações da técnica de contratar dos fornecedores<sup>68</sup>”.

E, no que tange ao dever de cooperação e colaboração do fornecedor nas tratativas contratuais, em especial no contrato eletrônico aqui abordado, o

---

<sup>66</sup> Sobre os diferentes momentos da fase antecedente à negociação, a autora ensina que “na primeira fase de aproximação negocial, o perigo é a criação de situações de ‘pressão’ (Zwang), 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.), que pode ocorrer, logo no início do relacionamento negocial, se bem que pré-contratual. [...] 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.)”. E, na 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 (sic), os endereços que deve procurar em caso de arrependimento, e as informações sobre os custos do arrependimento”. (MARQUES, 2004, p. 142-143)

<sup>67</sup> Ibid., p. 142.

<sup>68</sup> Ibid., p. 143.

consumidor deve compreender a contratação a ser concluída e quais as expectativas são legítimas nesta transação.

Lima Marques<sup>69</sup> entende que

como o consenso é gradual e à distância (sic), 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 deste direito.

Feitas considerações sobre os princípios da transparência e da confiança, passa-se ao exame do princípio da boa-fé, o qual, na opinião de Santolim é o primeiro a ser considerado quando se tratar de relações jurídicas em que há proteção do consumidor<sup>70</sup>.

O autor cita o entendimento de Larenz<sup>71</sup> no sentido de que “o princípio da boa-fé significa que cada um deve guardar fidelidade a palavra dada e não defraudar a confiança ou abusar delas, já que forma a base indispensável de todas as relações humanas”. Como afirma Santolim, o referido princípio “supõe que cada um se conduza como cabia esperar<sup>72</sup>”.

Na concepção de Orlando Gomes, o princípio da boa-fé

[...] entende mais com a interpretação do contrato do que com a estrutura. Por ele significa que o literal da linguagem não deve prevalecer sobre a intenção manifestada na declaração de vontade, ou dela inferível. Ademais, subentendem-se, no conteúdo do contrato, proposições que decorrem da natureza das obrigações contraídas, ou se impõem por força de uso regular e da própria equidade. Fala-se na existência de *condições subentendidas*. Admitem-se, enfim, que as partes aceitaram essas consequências, que realmente rejeitariam se as tivessem previsto. No caso, pois, a interpretação não se resume a simples apuração da intenção das partes. O Direito moderno não admite os contratos que os romanos chamavam de *direito estrito*, cuja interpretação deveria ser feita literalmente. Tais contratos somente poderiam existir num sistema dominado pelo *princípio do formalismo*. Uma vez que hodiernamente vigora o princípio do *consensualismo*, são inadmissíveis. Ao *princípio da boa-fé* empresta-se ainda outro significado. Para traduzir o interesse social de segurança das relações jurídicas, diz-se, coo está expresso no Código Civil alemão, que as partes devem agir com *lealdade e confiança recíprocas*. Numa palavra, devem proceder com *boa-fé*. Indo mais adiante, aventa-se a idéia de que entre o credor e o devedor é necessária a *colaboração*, um ajudando o outro na execução do contrato. A tanto, evidentemente, não se pode

---

<sup>69</sup> MARQUES, 2004, p. 143-144.

<sup>70</sup> SANTOLIM, 1995b, p. 69.

<sup>71</sup> LARENZ apud Ibid., p. 70.

<sup>72</sup> Ibid..

chegar, dada a contraposição de interesses, mas é certo que a conduta, tanto de um como de outro, subordina-se a regras que visam a impedir dificulte uma parte a ação da outra.<sup>73</sup>

Lima Marques ensina que a “harmonia” mencionada no *caput* do art. 4º do CDC, já referido antes, “será buscada através da exigência de *boa-fé nas relações entre consumidor e fornecedor*<sup>74</sup>”, devendo esta ser observada tanto nos aspectos pré-contratuais quanto nas fases de formação e execução dos contratos, em especial, os de consumo.

O inciso III do supracitado dispositivo consumerista<sup>75</sup> dispõe que

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

Para Lima Marques o princípio da transparência, cuja análise foi feita alhures, pode ser tido como um reflexo da boa-fé exigida às partes contratantes e “nas relações de consumo deve refletir nas práticas de vendas dos fornecedores, e principalmente deve estimular o fornecedor a cumprir voluntariamente as normas legais<sup>76</sup>”. Isso faz com que as normas existentes expedidas por órgãos oficiais devam ser cumpridas ainda que não sejam obrigatórias a um fornecedor específico.

Também é de frisar a questão ligada ao princípio da boa-fé no que tange à proteção de dados dos consumidores<sup>77</sup> que, como afirma Santolim<sup>78</sup>, “é uma das

---

<sup>73</sup> GOMES, Orlando. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 43.

<sup>74</sup> MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 826.

<sup>75</sup> BRASIL, 2002, p. 807.

<sup>76</sup> MARQUES, op. cit., p. 864.

<sup>77</sup> César Viterbo Matos Santolim explica que “além dos cuidados com a obtenção, conservação e utilização dos dados dos consumidores, atribuídos aos fornecedores, cogita-se também sobre a existência de uma nova noção de privacidade (*privacy possible*, segundo Fadda), resultante do uso da tecnologia da informação. Ocorre que as informações fornecidas pelos consumidores podem ser submetidas tanto a tratamento estático como dinâmico, havendo significativas diferenças, do ponto de vista da sua proteção, em um ou em outro caso. Quando se solicita ao consumidor o fornecimento de dados pessoais, tendo em vista uma transação realizada eletronicamente, e estas informações guardam conexão e proporção com a finalidade da relação jurídica estabelecida, permanecerá ao fornecedor, destinatário destes dados, apenas a responsabilidade pela sua conservação e utilização. É o que se pode denominar de tratamento estático da informação. Todavia, sempre que as informações obtidas forem objeto de cruzamento, cotejo ou integração com outras informações, sobre o mesmo consumidor, através de um processo dinâmico de manipulação de dados que é característico dos sistemas informatizados, pode-se estar diante de violações de privacidade, tuteláveis na forma da proteção dos direitos da personalidade. Isso pode

áreas mais evidentes do contato entre tutela da boa-fé objetiva, na proteção dos consumidores, e o comércio eletrônico”.

Pois,

é fácil compreender que, em se tratando de ‘aproximações virtuais’, fica inviabilizado o anonimato das relações estabelecidas, ao menos formalmente. No contato físico, é possível que um consumidor passe verdadeiramente despercebido ao fornecedor (e vice-versa), como pode acontecer no caso da aquisição de um jornal na banca de revista, por exemplo. No comércio eletrônico mesmo uma transação de pequeno ou insignificante valor econômico exigirá que o consumidor indique alguns dados pessoais, seja para a entrega do bem ou para a prestação do serviço, seja para efetuar o seu pagamento<sup>79</sup>.

Destaca o autor outra questão relacionada ao princípio da boa-fé objetiva<sup>80</sup> em aplicação nas relações de cunho consumerista estabelecidas no comércio eletrônico, sendo quanto à prática de atos em que a vontade não faz parte do suporte fático (atos não-negociais), porém dotados de forma inequívoca de eficácia jurídica, como, por exemplo, os realizados por pessoas absolutamente incapazes.

Para Santolim, embora a regra genérica seja pela invalidade dos contratos celebrados com absolutamente incapazes, reconhece-se a eficácia jurídica dos atos por ele praticados (como negócios-jurídicos, atos-fatos, atos reais ou atos existenciais), sob determinadas circunstâncias.

Dessa forma,

no campo específico do comércio eletrônico, as soluções a serem empregadas para o tráfico jurídico envolvendo a participação de absolutamente incapazes não irão ser diferentes daquelas que já vem sendo propostas para situações outras, onde o problema já havia sido detectado. Estas soluções, todavia, não serão como aquela ventilada por setores da doutrina que se mantêm fixados em uma perspectiva voluntarista das relações jurídicas com a participação de absolutamente incapazes, no comércio eletrônico. Segundo esta linha de compreensão destes fatos

---

acontecer tanto diante do tratamento de informações prestadas conscientemente pelo usuário/consumidor quanto (o que é mais provável) na combinação destes dados e de outros, obtidos sem o seu conhecimento, como quando da utilização de *cookies* [...]”. (SANTOLIM, 1995b, p. 72)

<sup>78</sup> Ibid., p. 70.

<sup>79</sup> Ibid., p. 70.

<sup>80</sup> Importante esclarecer brevemente a diferença entre a classificação da boa-fé em objetiva e subjetiva, eis que a primeira refere-se à concepção ética da boa-fé, tratando-se de “norma de comportamento, fundada em um princípio geral do direito segundo o qual todos devem agir de boa-fé nas suas relações recíprocas”; enquanto que a segunda refere-se à sua concepção psicológica, sobre o “conhecimento ou à ignorância da pessoa relativamente a certos fatos”, servindo para proteger aquele que sabe estar agindo em conformidade ao direito, apesar de ser outra a realidade. (GONÇALVES, 2010, v.6, t. 1, p. 22)



jurídicos, o caminho necessário será o da invalidação ([...] Internet purchases by minors are disaffirmable as with any other contract [...]), conforme Baumer e Poidexter), embora os mesmo Autores admitam, em caráter excepcional, o direito a ressarcimento, pelo fornecedor<sup>81</sup>.

E, ainda que mantida a ideia de que a vontade é o elemento fundamental para o suporte fático das relações negociais no âmbito jurídico, se a contratação feita por meio eletrônico envolver a participação de absolutamente incapazes tiver como objeto a circulação de bens e serviços “que possam integrar a atividade ‘existencial’ destes sujeitos de direito, valendo-se da ‘teoria do contrato social’, não há que questionar sobre a *validade* destes atos<sup>82</sup>”, os quais não seriam negócios jurídicos, mas sim atos-fatos.

Não obstante esse entendimento, cabe lembrar o fato de que a boa-fé objetiva, paradigma da eticidade nas relações obrigacionais, não serve apenas como instrumento de proteção ao direito do consumidor, sendo considerada, por vezes, a favor dos fornecedores também. Essas situações se darão quando o consumidor não agir dentro do que se exige pelo referido princípio e com a transparência necessária aos negócios jurídicos.

Há que mencionar o princípio da probidade, previsto na legislação civil brasileira, conforme citado anteriormente, este também como parte da boa-fé objetiva<sup>83</sup> e que, segundo Santolim “diz respeito ao comportamento individual dos sujeitos de direito, complementando-se a idéia de transparência e de confiança”, vez que entendido seu significado como “integridade de caráter”, “retidão” ou “honradez”, nas palavras do autor<sup>84</sup>.

Por sua vez, o princípio da equidade contratual ou do equilíbrio contratual, a ser observado quando do cumprimento da avença pelas partes e que estabelece o equilíbrio de direitos e deveres nas relações contratuais, a fim de que a justiça nos contratos seja alcançada.

O artigo 51, inciso IV, do CDC<sup>85</sup> estabelece o entendimento de que as cláusulas tidas como abusivas nos contratos consumeristas relativas ao fornecimento de produtos e serviços são nulas de pleno direito, quando

---

<sup>81</sup> SANTOLIM, 1995b, p. 72-73.

<sup>82</sup> Ibid., p. 73.

<sup>83</sup> Para Judith Martins-Costa a “probidade deriva da boa-fé objetiva”. (MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao Código Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 5, p. 173).

<sup>84</sup> SANTOLIM, 1995b, p. 76-77.

<sup>85</sup> BRASIL, 2002, p. 813.

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

É por isso que

A vontade das partes manifestada livremente no contrato não é mais o fator decisivo para o direito, pois as normas do Código instituem novos valores superiores, como o equilíbrio e a boa-fé nas relações de consumo. Formado o vínculo contratual de consumo, o novo direito dos contratos opta por proteger não só a vontade das partes, mas também os legítimos interesses e expectativas dos consumidores. O princípio da equidade, do equilíbrio contratual é cogente; a lei brasileira, como veremos, não exige que a cláusula abusiva tenha sido incluída no contrato por ‘abuso do poderio econômico’ do fornecedor, como exigia a lei francesa – ao contrário, o CDC sanciona e afasta apenas o resultado, o desequilíbrio, não exige um ato reprovável do fornecedor; a cláusula pode ter sido aceita conscientemente pelo consumidor, mas se traz vantagem excessiva para o fornecedor, se é abusiva, o resultado é contrário à ordem pública, contrário às novas normas de ordem pública de proteção do CDC, e a autonomia de vontade não prevalecerá<sup>86</sup>.

Dentre todos esses princípios destacados, há muitos outros atribuídos e referidos por diversos juristas, ainda mais, com relação à contratação eletrônica. Todavia, o entendimento é de que essa nova forma de contratar não estabelece princípios diferentes dos usualmente utilizados nos contratos habituais, pois basicamente o meio é que diferencia a relação negocial, mas os deveres e obrigações continuam a ter que observar as regras gerais do direito e este a se socorrer destas, da analogia, dos princípios e dos bons costumes para a resolução de hipóteses em que a lei for omissa, nos termos da legislação civil vigente em nosso país.

No entanto, por ora, esses são os princípios abordados sobre o tema da contratação eletrônica, visto que extremamente necessários à análise dos demais pontos que seguem.

### **2.1.3 A formação dos contratos eletrônicos**

As novas tecnologias não trouxeram modificações apenas nos campos da informática, das relações virtuais, mas também permitiram uma nova visão das formas de contratar, uma vez que podemos realizar nossos contratos de diversos

---

<sup>86</sup> MARQUES, 2011, p. 902-903.

modos que não só os tradicionais. Restringir-se somente aos contratos realizados em tempo real, com as partes presentes e utilizando meios palpáveis, isso já não é mais diferente, é cotidiano de muitas pessoas (físicas e jurídicas), em especial, dos consumidores.

O contato por sistemas virtuais é um hábito das pessoas em geral e muitas já nem saem de casa para realizar as tarefas mais simples de sua rotina (compras de diversos produtos e serviços, tarefas pessoais como ir ao banco, ao supermercado, à livraria etc.). Sequer precisam ir a uma biblioteca para realizar pesquisa, afinal, na *Internet* pode-se encontrar qualquer tipo de material e sobre qualquer assunto.

Assim, aqueles contratos realizados entre pessoas presentes no mesmo local ou que, mesmo não estando presentes, teriam a comprovação de sua contratação, seja por meio de um contrato por correspondência, seja via *fax*, telefone, ou qualquer outro meio capaz de se obter uma prova física e não digital, já não são os únicos a serem executados. Pelo contrário, o número de contratações eletrônicas (com utilização da tecnologia telemática) aumenta significativamente todos os anos e as previsões são de um enorme crescimento contínuo desses negócios jurídicos.

Por isso o entendimento sobre a sua formação e sobre as demais características são importantes para a manutenção desse número de contratos eletrônicos e apoio ao seu crescimento.

Com relação às partes que contratam pela via eletrônica não há diferença quanto à forma de tratamento dos contratantes; há, porém, uma complexidade relacionada ao pressuposto da autenticidade destes. Para adquirir a segurança almejada pelas partes nesse sentido, a solução está no sistema de senhas, nas assinaturas digitais, aliadas à Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira<sup>87</sup> (ICP – Brasil), a qual será melhor analisada no tema pertinente à prova do contrato eletrônico.

---

<sup>87</sup> Sobre a finalidade da ICP-Brasil, criada pela Medida Provisória n. 2.200-2, de 24 de agosto de 2001, Andrade diz que ela é um órgão gerenciador do sistema de chaves públicas brasileiras. O autor afirma que: “[...] basicamente, a função desse órgão governamental é gerir o sistema de assinatura digital, tendo criado um sistema de cadeia de autoridades certificadoras, com uma certificadora raiz que é colocada no topo da cadeia, competindo ao Comitê Gestor da ICP-Brasil a implantação, a coordenação e a fiscalização da atividade das certificadoras e autoridades de registro, as quais podem ser de natureza pública ou privada”. (ANDRADE, 2004. p. 75).

Já no que diz respeito ao objeto do contrato eletrônico, esse obedecerá às mesmas regras do contrato tradicional, devendo, portanto, ser um objeto lícito, determinado ou determinável, possível jurídica e materialmente.

O que difere realmente nos contratos por meios eletrônicos são algumas questões relativamente particulares, as quais decorreram, única e exclusivamente pelo fato de utilizarem um meio diferente do convencional; no entanto, a formação desses contratos se dá praticamente da mesma forma que os tradicionais.

Analisando as características da contratação telemática, pode-se afirmar com relação à fase preliminar do negócio, que a divulgação eletrônica de bens e produtos nos meios eletrônicos (oferta) é uma questão muito favorável ao consumidor, que pode fazer sua pesquisa em *sítes*, comparando o objeto virtual procurado com aquele oferecido no seu entorno real ou, até mesmo, dentro do próprio ambiente digital (no caso de download de *softwares*, músicas, *e-books* etc.).

Como não há uma legislação específica sobre o tema da contratação eletrônica e, nesse ponto nem se sabe ainda a real necessidade de haver uma regulação, devem-se seguir as diretrizes sobre a formação do contrato conforme o Código Civil atual, tentando fazer o possível para que sejam interpretadas as normas da maneira mais coerente possível.

Santolim bem explica que a possibilidade de celebração dos contratos eletrônicos (por computador), não só como meio de comunicação, mas como um mecanismo capaz de completar o processo de manifestação da vontade das partes, externando-a, supõe a existência de condições previamente estabelecidas e de circunstâncias operativas que ensejem essa situação<sup>88</sup>.

Para o jurista

O sistema deverá ter sido antecipadamente programado para responder a algum, alguns ou a qualquer contato a ser estabelecido pela contraparte, através de equipamento compatível ou outro meio de acesso. Essa programação pode ser (e normalmente é) bastante genérica, fixando apenas os parâmetros condicionantes para a contratação. Dependendo do seu caráter, pode ou não se constituir em oferta (ao público ou a uns poucos particulares), obrigando, desde a sua inserção no sistema de processamento de dados do peticitante, a que este cumpra com as condições ali expostas. Pode ser, todavia, simples convite a contratar, situando a questão no âmbito das negociações preliminares, com bem distinta caracterização jurídica. Em qualquer caso, a aferição dos requisitos subjetivos necessários à contratação (capacidade, vigência de poderes de apresentação e representação) deverá ser feita tomando-se por base,

---

<sup>88</sup> SANTOLIM, 1995a, p. 27.

sempre, o momento em que o sistema foi preparado e inserido no computador, e não a data da celebração do pacto<sup>89</sup>.

Na formação do contrato eletrônico há diferentes momentos da fase pré-contratual que dizem respeito ao direito do consumidor, iniciando-se pela oferta ou proposta pública, representada pela publicidade encontrada nos *sites* dos fornecedores, os *links* constantes destes ou dos *e-mails* e *spams* enviados pelos fornecedores, dentre outras manifestações de vontade negocial remetidas via *Internet* pelos fornecedores do mundo inteiro.

Para Lima Marques<sup>90</sup> essas manifestações de vontade são consideradas mais do que meros “convites públicos à oferta”, porque contêm os elementos da oferta<sup>91,92</sup> e despertam a confiança dos consumidores.

A questão da oferta é regida nos termos do art. 30, do CDC<sup>93</sup>, que define

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.

---

<sup>89</sup> SANTOLIM, 1995a.

<sup>90</sup> MARQUES, 2011, p. 124-125.

<sup>91</sup> Para a autora “[...] deve o fornecedor informar sobre o meio usado, sobre o produto ou serviço que oferece, sobre as suas condições gerais contratuais e condições específicas da oferta, e deve se identificar de forma clara e eficaz”. (Ibid., p. 127)

<sup>92</sup> Da mesma forma, importante salientar o Projeto de Lei n. 4.906-A, de 2001, do Senado federal, instituído pelo Anteprojeto de Lei n. 4.906, de 1999, apresentado pela OAB-SP, que no Título V – Do Comércio Eletrônico, Capítulo II – Da proteção e defesa do consumidor no âmbito do comércio eletrônico, no art. 31, dispõe que: “**Art. 31.** A oferta de bens, serviços ou informações por meio eletrônico deve ser realizada em ambiente seguro, devidamente certificado, e deve conter claras e inequívocas informações sobre: I – nome ou razão social do ofertante; II – número de inscrição do ofertante no respectivo cadastro geral do Ministério da Fazenda e, em se tratando de serviço sujeito a regime de profissão regulamentada, o número de inscrição no órgão fiscalizador ou regulamentador; III – domicílio ou sede do ofertante; IV – identificação e sede do provedor de serviços de armazenamento de dados; V – número de telefone e endereço eletrônico para contato com o ofertante, bem como instruções precisas para o exercício do direito de arrependimento; VI – tratamento e armazenamento, pelo ofertante, do contrato ou das informações fornecidas pelo destinatário da oferta; VII – instruções para arquivamento do contrato eletrônico pelo aceitante, bem como para sua recuperação em caso de necessidade; e VIII – sistemas de segurança empregados na operação”. (BRASIL. **Projeto de Lei n. 4.906-A de 2001.** Dispõe sobre o comércio eletrônico, tendo parecer: da Comissão Especial, pela constitucionalidade, juridicidade, boa técnica legislativa e, no mérito, pela aprovação, deste e dos de nºs 1.483/99 e 1.589/99, apensados, com substitutivo. Relator: Deputado Julio Semeghini. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=29955>>. Acesso em: 24 mar. 2012).

<sup>93</sup> BRASIL. Código de Defesa do Consumidor, Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. In: VADE Mecum. 12. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 811.

Na opinião da autora, o disposto no art. 429<sup>94</sup>, do CC/2002 também se aplica ao conceito de oferta, ainda que consideradas as normas deste diploma como subsidiárias quando da regência das relações de consumo e como bases de conceitos, sendo que o referido dispositivo legal regularia “as relações interempresariais (B2B) e as puramente civis (se assim consideradas as realizadas por dois ‘consumidores leigos’ pela internet – C2C)<sup>95</sup>”.

Lorenzetti<sup>96</sup> afirma que a prática negocial de oferecer produtos e serviços na rede mundial, nas suas diversas formas, interativas e estáticas, caracteriza oferta de consumo, podendo ser aceita pelo consumidor a qualquer momento, nas condições da oferta realizada, com o que concorda Lima Marques<sup>97</sup>.

A oferta publicada em um *site* faz parte de uma proposta pública, ou seja, ela tem como destinatários todos os usuários que visitarem a página da rede<sup>98</sup>.

Nos termos do art. 427 do CC/2002<sup>99</sup> “a proposta de contrato obriga o proponente, se o contrário não resultar dos termos dela, da natureza do negócio, ou das circunstâncias do caso”. Entretanto, existe dúvida sobre a vinculação do ofertante em relação aos termos da proposta, pois, diante do meio utilizado (virtual), deve-se definir se as partes são consideradas presentes ou ausentes.

---

<sup>94</sup> “Art. 429. A oferta ao público equivale a proposta quando encerra os requisitos essenciais ao contrato, salvo se o contrário resultar das circunstâncias ou dos usos”. (BRASIL, 2002, p. 179)

<sup>95</sup> MARQUES, 2011, p. 125.

<sup>96</sup> LORENZETTI, 2004, p. 187.

<sup>97</sup> A autora concorda com o entendimento de Lorenzetti e afirma que: “A revogabilidade vai depender da lei aplicável ao caso, mas se sugere ao fornecedor já informar as condições da oferta na publicidade, *site* ou meio eletrônico usado para tal. Aqui ganham em importância os usos e costumes do meio, pois as ofertas de fornecedores internacionais geralmente são em língua estrangeira (o que já ajuda a formação da confiança do consumidor brasileiro de que está celebrando um contrato internacional), os prazos de reflexão variam conforme as legislações e usos locais e podem ser mais favoráveis ao consumidor brasileiro, servindo a lei brasileira como lei imperativa de uso subsidiário, se mais favorável ao consumidor aqui residente. A forma de perenizar a oferta também é diferente, pois, uma vez não aceita na forma usual (*click*, informação de certos dados etc.), a oferta pode ser retirada do *site* sem que o consumidor nada possa fazer, se não a aceitou devidamente, segundo os usos e condições gerais do fornecedor. Como se verifica, aqui o meio virtual, sua instantaneidade e interatividade, influencia o regime de oferta e aceitação”. Por fim, indica que “sejam consideradas oferta de consumo ou não, há que se considerar que estas práticas comerciais dos fornecedores fazem nascer deveres de boa-fé geral [...]”. (MARQUES, op. cit., p. 126)

<sup>98</sup> Importante referir o chamado estado de *oferta permanente* que, na visão de Santolim, “[...] em que se põem certas pessoas, se não ao público em geral, ao menos em relação a, às vezes, um número bastante significativo de contratantes potenciais”. Sendo que “as vendas através de máquinas pré-programadas e, especialmente, a prestação de serviços bancários são exemplos bastante elucidativos”. (SANTOLIM, 1995a, p. 28)

<sup>99</sup> BRASIL, 2002, p. 179.

Com relação ao assunto, Santolim tece relevantes considerações em sua dissertação de Mestrado<sup>100</sup>

Para o caso de contrato em que uma das partes vale-se do computador e a outra atua diretamente na manifestação de vontade, a regra contida no art. 1.081 do Código Civil<sup>101</sup> deverá ser aplicada com reservas. Quando esse instrumento é mero meio de comunicação entre os pactuantes, valerá, sem sombra de dúvida, o disposto na parte final do inciso I, que se refere à contratação por telefone. Do ponto de vista da manifestação de vontade do proponente, todavia, em se tratando de contratos por computador *stricto sensu*, é forçoso considerar a outra parte como *ausente*, tornando viável ter-se por não vinculativa a proposta em uma das hipóteses dos incisos de I a III do mesmo dispositivo legal.

O posicionamento adotado se mostra viável pela ideia de que o elemento fundamental para se caracterizar a presença ou a ausência é o que se refere à imediatidade da resposta. O supracitado autor explica que “[...] aquele que orienta se computador, mediante prévia programação, a contratar sob tais e quais condições, ignora sequer a existência concreta de um outro contratante, senão que apenas a pressupõe<sup>102</sup>”. Sendo que, ao lançar a proposta ele não obtém desde logo a resposta (ou pode até obtê-la) e nem pode exigí-la e, portanto, a outra parte para ele é considerada ausente. Por sua vez, o aceitante (que possui um sistema à sua disposição) manifesta a sua vontade tão logo tome conhecimento da proposta, ou seja, imediatamente.

Diante de tal fato e sabendo-se que o contrato se forma pela convergência das vontades manifestadas pelas partes, o momento dessa manifestação deve ser muito bem fixado, afinal, é isso que caracterizará a formação do contrato.

Com efeito, na opinião de Andrade<sup>103</sup> “no caso do contrato eletrônico, a convergência de vontades ocorre e considera-se formado o contrato quando uma das partes faz a oferta de contratar e a outra manifesta aceitação”.

---

<sup>100</sup> SANTOLIM, 1995a, p. 29.

<sup>101</sup> O artigo citado na obra do autor refere-se ao Código Civil de 1916, sendo atualmente regido pelo art. 428, do Código Civil de 2002, que dispõe *in verbis*: “Deixa de ser obrigatória a proposta: I) se, feita sem prazo a pessoa presente, não foi imediatamente aceita. Considera-se também presente a pessoa que contrata por telefone ou por meio de comunicação semelhante; II) se, feita sem prazo a pessoa ausente, tiver decorrido tempo suficiente para chegar a resposta ao conhecimento do proponente; III) se, feita a pessoa ausente, não tiver sido expedida a resposta dentro do prazo dado; IV) se, antes dela, ou simultaneamente, chegar ao conhecimento da outra parte a retratação do proponente”. (BRASIL, 2002, p. 179)

<sup>102</sup> SANTOLIM, op. cit., p. 29-30.

<sup>103</sup> ANDRADE, 2004. p. 32.

Ocorre que não basta apenas afirmar que da aceitação da proposta se dá a convergência da manifestação da vontade, pois em sendo utilizada a teoria de que as ofertas em *sites* devem ser regidas pela disciplina cabível aos casos em que as partes encontram-se ausentes<sup>104</sup>, então, aqui, a oferta sempre dependeria da efetiva ciência do aceitante. Contudo, se não houver prazo na proposta, esta será válida pelo tempo razoável que se achar necessário para que ocorra o devido recebimento pelo aceitante ausente e sua respectiva devolução ao proponente.

E, nas buscas feitas pela *Internet* a partir dos *sites*, a oferta é conhecida pelo aceitante no instante em que ele acessa a página do ofertante e, nesse caso, deveria ocorrer a aceitação<sup>105</sup> neste mesmo momento ou naquele definido pelo próprio ofertante, sob pena de não ser possível a “manutenção da mesma, de forma cogente, obrigatória a quem a veicula<sup>106</sup>”.

Comparadas com as propostas e suas regulamentações no sistema legal vigente no Brasil, verifica-se que o tratamento aplicado quanto à vinculação das ofertas é o mesmo que o aplicado aos contratos celebrados por outros meios que não sejam os eletrônicos. Afinal, o Código Civil não define o que seria ausência, mas admite em seu artigo 428, inciso I, *in fine*, que a contratação feita por “telefone ou por meio de comunicação semelhante” é considerada entre pessoas presentes, o que leva a acreditar que, no caso de contratação eletrônica pode-se utilizar da analogia da lei.

Sobre o ponto, Santolim<sup>107</sup> defende que sob a ótica da parte que faz a oferta por meio do computador, consoante disposto no art. 428, do CC/2002, “[...] a força obrigatória do contrato nasce desde o momento em que tem conhecimento da

---

<sup>104</sup> Com relação a essa dúvida, esclarece Dias: “Em princípio, fica evidente que, em se tratando de meio virtual, a comunicação se dá por meio de uma transação eletrônica que, na verdade, corresponde a uma mensagem enviada entre as partes. Deste modo não se poderia ter as partes como presentes, posto que efetivamente não estão, apenas estão conectadas a um meio de comunicação que, por aplicação tecnológica, simula um ambiente em tempo real”. (DIAS, Jean Carlos. **O direito contratual no ambiente virtual**. Curitiba: Juruá, 2001. p. 78).

<sup>105</sup> Sobre a validação da proposta, afirma Dias que “sendo a proposta com prazo, ela seria válida e obrigatória desde que a aceitação seja [sic] expedida até o momento do seu termo final. Nesse caso, a proposta seria eficaz e vinculante até o termo do prazo. Então, ao entrar num site que fizesse qualquer oferta, a mesma somente seria exigível até o prazo ali mesmo definido. Ora, se cotejarmos essas ocorrências com a disciplina das ofertas entre as partes presentes, vamos verificar que os efeitos jurídicos com relação à obrigatoriedade da proposta são exatamente os mesmos, isto é, se estivessem presentes as partes, a proposta valeria pelo prazo que ela mesmo apontasse como de sua validade, e, se emitida sem prazo, a aceitação deveria ser imediata, sob pena de não poder ser oposta ao ofertante.” (Ibid., p. 79).

<sup>106</sup> Ibid.

<sup>107</sup> SANTOLIM, 1995a, p. 30.



aceitação lançada pelo outro contratante. Da parte deste, desde o momento em que efetua a expedição da sua manifestação [...]", tendo em vista o que define o art. 434 do mesmo diploma civil<sup>108</sup>.

Toda essa distinção, como alude o autor<sup>109</sup>, "é relevante apenas para o caso de, sem culpa, não ter o policitante tido condições de tomar conhecimento da aceitação. Essa circunstância, cujo ônus de provar, por certo, pertence ao proponente, traz como resultado a não-obrigatoriedade do vínculo".

Diante disso, pode-se depreender que os contratos eletrônicos podem ser celebrados, tanto entre presentes quanto entre ausentes, como ocorre nas demais formas de contratação, devendo as situações ser analisadas caso a caso.

Feitas as colocações sobre a oferta e o momento de sua aceitação, delimitar qual o espaço em que se transaciona um negócio jurídico é de suma importância para que se possa, dentre outras coisas, fixar a competência para o julgamento dos litígios que poderão surgir, a lei aplicável ao caso, o caráter nacional ou internacional do contrato e a sua interpretação diante dos usos e costumes do lugar de conclusão.

Os contratos eletrônicos permitem uma possibilidade imensa de transpor as barreiras jurisdicionais de diversos países, uma vez que se trata de uma das espécies de contratação a distância e que apresenta como importante característica a capacidade de ultrapassar fronteiras, ou seja, por muitas vezes é internacional. Afinal, a contratação por meios eletrônicos se dá a partir de uma rede mundial de computadores (a *Internet*), que em razão de seu dinamismo, é capaz de superar espaços fronteiriços e sistemas jurídicos de qualquer lugar do mundo.

Ademais, nesse tipo de negociação, a troca de informações é feita no meio virtual, sem gerar papel e, comumente, o consumidor não sabe nem o local de estabelecimento do fornecedor.

Na lição de Lorenzetti<sup>110</sup> essa questão depende da evolução tecnológica, aduzindo que

[...] na maioria dos casos que suscita conflitos, os locais da celebração e do cumprimento são predeterminados. E assim o é porque as partes têm conduta orientada à "ancoragem com o mundo real", fixando domicílios inscritos em registros *off-line*, ainda que também utilizem seus domínios

---

<sup>108</sup> "Art. 434. Os contratos entre ausentes tornam-se perfeitos desde que a aceitação é expedida, exceto: I – no caso do artigo antecedente; II – se o proponente se houver comprometido a esperar resposta; III – se ela não chegar no prazo convencionado". (BRASIL, 2002, p. 179).

<sup>109</sup> SANTOLIM, 1995a.

<sup>110</sup> LORENZETTI, 2004, p. 325.

virtuais e estabeleçam locais de cumprimento e cláusulas de eleição de foro. O legislador também impõe freios à desterritorialização, no momento em que estabelece a obrigação do fornecedor de serviços da informação de registrar-se em determinado local, e quando regulamenta os sistemas de intercâmbio eletrônico de maneira a se apresentarem de forma 'segura', e, por assim dizer, controláveis segundo os parâmetros do direito comum.

O art. 435, do CCB/02<sup>111</sup> dispõe que “reputar-se-á celebrado o contrato no lugar em que foi proposto” e, sob tal dispositivo, faz-se necessário definir se a Internet é um lugar ou um meio<sup>112</sup>, cuja abordagem não será possível nesse trabalho, considerando a complexidade do tema e o merecimento de um estudo aprofundado sobre este.

O referido artigo do Código Civil brasileiro está em consonância com o art. 9º, § 2º da Lei de Introdução<sup>113</sup> do mesmo código:

**Art. 9º.** Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem.

**§ 2º.** A obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente.

Afirma Lorenzetti<sup>114</sup> que “o local de celebração do contrato é, numa primeira acepção, aquele fixado pelas partes”. Da mesma forma, Finkelstein<sup>115</sup> entende que “o lugar da celebração do contrato é aquele determinado pelas partes. Na ausência do acordo das partes, o lugar será determinado pelo legislador”.

A Lei Modelo da UNCITRAL dispõe em seu artigo 15<sup>116</sup> sobre o tempo e o lugar do envio e da recepção de uma mensagem de dados, fazendo referência muito

<sup>111</sup> BRASIL, 2002, p. 179.

<sup>112</sup> Para Finkelstein: “Se entendermos que a Internet é um lugar, a proposta e a aceitação seriam realizadas na Internet, o que significaria que todo contrato celebrado por meio eletrônico deveria ser considerado como entre presentes. Porém, se entendermos que a Internet é um meio, o que parece ser a tendência, a proposta e a aceitação seriam realizadas em lugares diversos, devendo o contrato ser reputado como celebrado no lugar em que foi proposto”. (FINKELSTEIN, 2004, p. 214).

<sup>113</sup> BRASIL. Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro, Decreto-lei 4.657, de 4 de setembro de 1942. In: TAPAI, Gisele de Melo Braga (Coord.). **Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro**. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 109.

<sup>114</sup> LORENZETTI, 2004, p. 327.

<sup>115</sup> FINKELSTEIN, op. cit., p. 215.

<sup>116</sup> “Art. 15 –1. Não havendo acordo em contrário entre o iniciador e o destinatário, a mensagem de dados se terá por expedida quando entre um sistema de informação que não esteja sob o controle do iniciador ou da pessoa que enviou a mensagem de dados em nome do iniciador. 2. Não havendo acordo em contrário entre o iniciador e o destinatário, o momento da recepção de uma mensagem de dados se determinará como segue: a) Se o destinatário designou um sistema de informação para a recepção de mensagens de dados, a recepção terá lugar: i) No momento em que entre a mensagem de dados no sistema de informação designado; ou ii) De enviar-se a mensagem de dados a um sistema de informação do destinatário que não seja o sistema de informação designado, no momento em que o destinatário recupere a mensagem de dados. b) Se o

bem detalhada sobre as devidas considerações acerca da problemática apontada. Já o Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 101<sup>117</sup>, prevê a possibilidade de o consumidor, como parte mais vulnerável da relação de consumo, propor ação de responsabilidade civil do fornecedor em seu domicílio.

Nesse cenário, Lawand<sup>118</sup> entende que não é a empresa que disponibiliza o *site* ou o local onde esse pode ser acessado e que vinculará o lugar de conclusão do contrato, porém, o espaço em que se desenvolve a atividade econômica. Existindo vários estabelecimentos, valerá aquele onde se presta um serviço concreto, ou ainda, onde seja o centro de atividades do prestador.

É interessante destacar a opinião de Andrade<sup>119</sup> quanto ao que diz o art. 15 da Lei Modelo da UNCITRAL, pois o jurista entende que não seja correto utilizar o parâmetro exposto pela referida lei nos contratos eletrônicos, uma vez que, cada dia mais, os meios de comunicação permitem o envio e o recebimento de mensagens simultâneas (*on-line – off-line*), em qualquer momento e local, até mesmo durante uma viagem internacional, quando se trafega por locais que não pertencem ao território de qualquer país.

Afirma o autor que sob tais circunstâncias parece

[...] incorreto dizer que o contrato se formou nesses remotos locais só porque um dos contratantes dali emitiu a aceitação ou recebeu a resposta – teoria da expedição ou da recepção – enquanto de passagem por aquele local. [...] A pessoa, natural ou jurídica, pratica atos jurídicos a partir de seu domicílio, vale dizer, do local onde tem o seu centro de interesses, onde normalmente pratica seus atos e negócios jurídicos.

Muitos são os casos de contratos eletrônicos realizados por meio do uso de computadores móveis, como, por exemplo, *laptop*, *notebook*, celular, *palmtop*, *smartphones* etc. Na concepção de Andrade<sup>120</sup> esses objetos são uma “extensão do domicílio do contratante” e compreendem uma parte do espaço físico e do domicílio

---

destinatário não designou um sistema de informação, a recepção terá lugar ao entrar a mensagem de dados em um sistema de informação do destinatário.” (COMISSÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DIREITO MERCANTIL INTERNACIONAL. **Lei Modelo da UNCITRAL sobre Comércio Eletrônico**, Resolução n. 51/162 da Assembleia Geral de 16 de dezembro de 1996. Disponível em: <[http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral\\_texts/electronic\\_commerce/1996Model.html](http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/electronic_commerce/1996Model.html)>. Acesso em: 24 mar. 2012)

<sup>117</sup> Art. 101. “Na ação de responsabilidade civil do fornecedor de produtos e serviços, sem prejuízo do disposto nos Capítulos I e II deste Título, serão observadas as seguintes normas: I) a ação pode ser proposta no domicílio do autor;” (BRASIL, 1990, p. 261).

<sup>118</sup> LAWAND, 2003, p. 150.

<sup>119</sup> ANDRADE, 2004, p. 48.

<sup>120</sup> *Ibid.*.

de uma pessoa, sendo que a sua acepção sobre essa questão se define quando ele diz que “os efeitos da relação jurídica serão produzidos nos domicílios dos respectivos contratantes, e não necessariamente onde está localizado o computador<sup>121</sup>”.

Nesse sentido também Miragem<sup>122</sup>

A existência da pessoa e sua situação, dessa maneira, não se subordinam às consequências decorrentes das novas tecnologias. A distinção essencial entre pessoas naturais e jurídicas, de tradição secular no sistema romano-germânico, não se submete, segundo qualquer critério, à influência da tecnologia. Daí porque, em relação à regra de determinação de domicílio, apenas poderão ser considerados como hipóteses válidas os diferentes lugares de situação da pessoa reconhecida como sujeito de uma determinada relação jurídica celebrada por meio eletrônico.

E, ainda, Ribeiro<sup>123</sup>

Diante da tão aclamada *desterritorialização* das relações internáticas, seria possível identificar um domicílio virtual? As relações jurídicas celebradas por meio da Internet realmente padeceriam de um ponto de conexão com o espaço geográfico, inclusive impedindo a definição da competência jurisdicional e da lei pessoal aplicável no mundo real?

A Internet, conforme reiteradamente referido, configura-se um novo meio, permitindo a conexão de pessoas nas mais diversas situações, com os mais diversos propósitos. A inter-relação é de tal modo facilitada que se costuma falar de desterritorialização das relações celebradas por meio eletrônico. Estas se localizariam neste não território chamado Internet. Certo é, entretanto, que ao final, sempre haverá uma pessoa natural (ou jurídica, devidamente constituída e por pessoas físicas administrada) envolvida na relação internática. Seu domicílio, portanto, será sempre físico (real) e será identificado, no caso da pessoa natural, pelo ânimo definitivo com o qual esta estabelece sua residência. A partir de domicílio real da pessoa natural será fixada, portanto, a ordem jurídica a que a mesma estará submetida.

Delimitado o local de conclusão do contrato realizado por meio eletrônico, pode-se, então, definir qual será a lei aplicável ao caso, sendo que, quanto a esse assunto, vale ressaltar que as partes podem estabelecer uma cláusula mediante a qual fixam o foro e a lei aplicável, de preferência, que essa convenção se dê de forma a não configurar cláusula abusiva, situação diferente que já se viu com relação aos consumidores.

---

<sup>121</sup> ANDRADE, 2004, p. 49.

<sup>122</sup> MIRAGEM, Bruno Nunes Barbosa. O conceito de domicílio e sua repercussão nas relações jurídicas eletrônicas. A aplicação da Lei no espaço e a internet sob a perspectiva do direito brasileiro. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 5. n. 19, jul./set. 2004, p. 10.

<sup>123</sup> RIBEIRO, Luciana Antonini. Direito de arrependimento nas relações internáticas. **Revista de Direito da Informática e das Telecomunicações**, Belo Horizonte, v. 1. n. 1, jul./dez. 2006, p. 89.

Quanto à forma do contrato eletrônico não há restrição, desde que não haja nenhum impedimento em lei, visto que nosso Código Civil dispõe em seu artigo 104<sup>124</sup> que “a validade do negócio jurídico requer: I – agente capaz; II – objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III – forma prescrita ou não defesa em lei”.

Destarte, pode-se dizer que, no sistema brasileiro, contratos realizados por meio virtual somente dependerão de forma especial quando o ordenamento jurídico assim o exigir; por exemplo, pode-se citar o caso do contrato de compra e venda de bem imóvel, o qual exige escritura pública, conforme art. 108 do CCB/02.

O que difere bastante da forma tradicional dos contratos comumente realizados, está no fato de que esses possuem uma maior facilidade de acesso aos seus termos e à prova de sua existência<sup>125</sup>, o que ainda não ocorre tanto com os contratos virtuais, mas que diante da evolução constante das tecnologias, a segurança desse meio já não é tão inferior, dada a regência dos documentos eletrônicos que serão vistos a seguir.

Deixa-se de fazer menção ao cumprimento do contrato eletrônico em razão de ser a questão essencial para o deslinde da segunda parte do presente trabalho, momento em que esta merecerá especial atenção.

#### **2.1.4 A prova nas contratações em ambiente virtual**

Do mesmo modo que a forma no contrato virtual se apresenta mediante um documento eletrônico, a prova desse tipo de contratação também depende da utilização desse elemento.

Na concepção de Dias<sup>126</sup>

[...] o contrato celebrado em meio virtual está baseado em um documento não imediatamente impresso, mas que contém todas as informações a ele pertinentes. Essas informações estão registradas em um arquivo de dados cujo suporte é um meio digital que depende da decodificação do equipamento que o conserva para ser extraído.

---

<sup>124</sup> BRASIL, 2002, p. 156.

<sup>125</sup> “O contrato por meio eletrônico pode ser representado em um documento, na medida em que pode ser instrumentado em uma base física, que no estado atual da técnica pode ser um disquete, um CD – *Compact Disk* –, um DVD – *Digital Video Disk* – ou uma fita magnética de vídeo. Trata-se de nova espécie de documento, o qual pode ser nominado como *documento eletrônico*, definindo este como o *documento cujo instrumento é uma base eletrônica de multimídia*”. (Grifo do autor). (ANDRADE, 2004, p. 61).

<sup>126</sup> DIAS, 2001. p. 97.

Tal documento é conceituado *eletrônico* e é ele que fará a comprovação da manifestação de vontade das partes, dos termos e das condições acordadas, assim como qualquer matéria que faça parte do negócio jurídico celebrado pelos contratantes.

O dicionário Houaiss<sup>127</sup> define a palavra documento como sendo “qualquer objeto que comprove, elucide ou registre um fato”, o que de fato ocorre com a documentação eletrônica, pois pelo uso de *CD*, *pen-drive*, *HD externo*, pode-se registrar, elucidar ou comprovar um fato por meio da gravação de um arquivo digital.

No entanto, uma insegurança ocorre na contratação por meio eletrônico, qual seja, a de não se ter realmente certeza se a pessoa com quem se está contratando é aquela que diz ser, pois a forma como se apresentam os formulários ou métodos de comprovação de dados não garante, na maioria dos casos, a autenticidade das partes.

É muito fácil nesse meio virtual uma pessoa se utilizar de dados pessoais de outra, como, por exemplo: CPF, RG, endereço etc., para realizar qualquer tipo de contratação eletrônica que não tenha efetivamente uma garantia de quem está verdadeiramente contratando um serviço ou adquirindo um produto. Todos esses riscos devem ser lembrados, mas também há que se comparar a contratação eletrônica com a tradicional e fazer apontes sobre as diferenças de uma forma e outra de negociar.

Nessa seara, afirma Andrade<sup>128</sup>

O risco de fraude existe concretamente, mas [...] em grau não muito maior que nos contratos realizados na forma convencional. No caso de pagamento efetuado por cartão de crédito, por exemplo, o fornecimento do número em contrato celebrado por meio eletrônico sujeita o usuário ao mesmo risco que ele corre ao entregar seu cartão de crédito ao funcionário de uma loja, de um restaurante ou de um posto de gasolina, pois também nessas hipóteses o usuário não tem o controle de seu cartão, e o funcionário pode tranqüilamente tirar-lhe uma cópia – *doublé* – e utilizá-la em negociações fraudulentas. Assim, boa parte do temor de contratar não se justifica, até porque a maioria das empresas que atuam [sic] no ambiente virtual admitem [sic] que o pagamento seja feito por outra modalidade que não o cartão de crédito.

---

<sup>127</sup> HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. **Minidicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001. p. 147.

<sup>128</sup> ANDRADE, 2004, p. 66.

Para Santolim, não importa qual seja o suporte utilizado para a manifestação da vontade das partes contratantes (fita magnética, disco magnético, disco ótico, cartão magnético etc.), pois,

para que se possa cogitar, efetivamente, da feitura de um documento que instrumente o contrato por computador é imprescindível que tal suporte seja dotado de mecanismos de proteção que impeçam a modificação de seu conteúdo sem deixar vestígios. Caso impossível o atendimento a tal requisito, o meio será imprestável a, por si só, servir como instrumento contratual<sup>129</sup>.

E ressalta que “é absolutamente essencial que se tenha como proceder à identificação daquele que manifesta sua vontade através de um meio eletrônico”, pois, do contrário, há o risco tornar inútil o meio para instrumentar validamente a relação contratual.

É bem verdade que em documentos de papel a assinatura da pessoa apresenta algumas funções e características, tais como: de identificação das partes; do conteúdo do documento; expressa o compromisso dos signatários de cumprir as obrigações que forem pertinentes a cada um; comprovação que os termos do acordo foram mutuamente consensuais; e, ainda, prova a autenticidade do documento. Contudo, já nem é preciso pensar que o contrato tradicional apresenta essa característica a mais que o eletrônico, pois este também permite a assinatura do indivíduo contratante, na forma eletrônica ou digital<sup>130</sup> (como se queira chamar).

Essa nova tecnologia substitui a assinatura escrita à mão, “de próprio punho” e tem a mesma validade jurídica que a outra, sendo a assinatura digital<sup>131</sup> o conjunto de *bits* contidos em arquivos, os quais têm a finalidade de assegurar confiança ao documento eletrônico. Na concepção de Lawand<sup>132</sup> “a assinatura eletrônica tem a tarefa de ser portadora da autoridade que um contrato vai ter”.

Para o sistema de assinatura eletrônica funcionar é necessária a interferência de um terceiro, tendo em vista que ele não consegue se autoconfigurar

---

<sup>129</sup> SANTOLIM, 1995a, p. 34.

<sup>130</sup> Para Andrade: “A assinatura eletrônica, no estado atual da técnica, nada mais é que um código ou senha formada por símbolos alfanuméricos, ou seja, por letras, números ou estes e aquelas conjuntamente, de modo a identificar precisamente uma pessoa, na medida em que somente ela tem conhecimento do seu código ou senha”. (ANDRADE, 2004, p. 67)

<sup>131</sup> Sobre a criação da assinatura digital, explica detalhadamente Corrêa que “as chaves de criptografia são geradas em forma de *bit*, menor unidade na notação numérica binária, que pode ter o valor 0 ou 1; também a menor unidade de dado que um sistema pode tratar -, de forma que quanto maior for o tamanho da chave, mais difícil será quebrá-la.” (CORRÊA, 2000, p. 79).

<sup>132</sup> LAWAND, 2003, p. 144.

gerando sozinho o par de chaves para a assinatura digital. De forma conjunta à assinatura eletrônica deve estar a certificação digital, que dá garantia da autoridade das partes, ou seja, as chamadas Autoridades Certificadoras ou *Cibernotárias* são a nova espécie de agências reguladoras que foram criadas para que se possa garantir maior segurança ao usuário da *Internet*, e, principalmente, àqueles que costumam realizar negócios jurídicos via rede.

A certificação digital é um conjunto de técnicas e processos que visam garantir a segurança eletrônica. As tecnologias da informação, como por exemplo, as identificações com chaves assimétricas<sup>133</sup> (essas diferem das simétricas) resolvem os problemas da titularidade, da distribuição e o da integridade.

Na opinião de Zancanella<sup>134</sup>, durante palestra proferida sobre o assunto, “a assinatura digital é uma garantia de originalidade do documento ou outro semelhante, afinal, ela propicia a autenticidade, integridade e o não-repúdio, ou seja, a possibilidade de haver duas assinaturas eletrônicas iguais é ínfima, praticamente não existindo<sup>135</sup>”. De tal sorte que cria uma característica de não permitir que as pessoas neguem a autoria de suas ações realizadas mediante o uso da assinatura digital, assim se definindo o não-repúdio.

A utilização desses sistemas garante a informação de dados e a segurança destes, por meio das autoridades certificadoras<sup>136</sup>, de acordo com os certificados digitais por elas emitidos.

---

<sup>133</sup> Esclarece Andrade: “A linguagem da criptografia assimétrica funciona com a utilização de duas chaves – código ou senha alfanumérica –, uma privada, que só é de conhecimento do titular e constitui sua assinatura digital, e outra pública, que permite ao receptor da mensagem proceder à decodificação, transformando a linguagem codificada em linguagem usual e possibilitando, ainda, a perfeita identificação do remetente. As duas chaves são matematicamente assimétricas, de forma que a mensagem enviada com a utilização de determinada chave só pode ser lida pela sua correspondente. Esse sistema garante não só a assinatura digital identificadora do emitente como também a inviolabilidade do conteúdo da mensagem, uma vez que, tecnicamente, é praticamente impossível a adulteração da assinatura e do conteúdo de mensagem, uma vez que a chave só abre o documento assinado digitalmente, de forma que se ele for alterado a chave não o abrirá, sendo, dessa forma, possível saber se o documento foi adulterado.” (ANDRADE, 2004. p. 71).

<sup>134</sup> ZANCANELLA, Luiz Carlos. Certificação digital. In: Seminário de Direito e Tecnologia da Informação, 2, 2005, Caxias do Sul. **[Anais...]**

<sup>135</sup> Sobre a finalidade da ICP-Brasil, Andrade diz que ela é um órgão gerenciador do sistema de chaves públicas brasileiras. Afirma: “Basicamente, a função desse órgão governamental é gerir o sistema de assinatura digital, tendo criado um sistema de cadeia de autoridades certificadoras, com uma certificadora raiz que é colocada no topo da cadeia, competindo ao Comitê Gestor da ICP-Brasil a implantação, a coordenação e a fiscalização da atividade das certificadoras e autoridades de registro, as quais podem ser de natureza pública ou privada”. (ANDRADE, op. cit., p. 75).

<sup>136</sup> De forma bem colocada, Andrade também demonstra o funcionamento das autoridades certificadoras quando diz que elas recebem “em depósito uma lista de chaves públicas, que pode ser consultada por qualquer pessoa. Assim, ao enviar uma mensagem codificada, o remetente deverá encriptá-la utilizando a chave privada da sua assinatura digital, devendo comunicar ao



No Brasil há a Medida Provisória 2.200-2<sup>137</sup>, de 24 de agosto de 2001, que regula as assinaturas digitais e as vincula às autoridades certificadoras, permitindo também a submissão daquelas à Infraestrutura de Chaves Públicas (ICP), criada pela referida MP<sup>138</sup>.

O art. 10 da Medida acima citada determina

**Art. 10.** Consideram-se documentos públicos ou particulares, para todos os fins legais, os documentos eletrônicos de que trata esta Medida Provisória.

§ 1º As declarações constantes dos documentos em forma eletrônica produzidos com a utilização de processo de certificação disponibilizado pela ICP-Brasil presumem-se verdadeiros em relação aos signatários, na forma do art. 131 da Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916 – Código Civil.

§ 2º O disposto nesta Medida Provisória não obsta a utilização de outro meio de comprovação da autoria e integridade de documentos em forma eletrônica, inclusive os que utilizem certificados não emitidos pela ICP-Brasil, desde que admitido pelas partes como válido ou aceito pela pessoa a quem for oposto o documento.

Diante disso, os documentos eletrônicos equiparam-se aos cartáceos, podendo-se utilizar a assinatura digital com a garantia de que ela terá a mesma validade jurídica do que a assinatura escrita. Tal dispositivo da medida é comparado com o art. 131 do antigo Código Civil vigente; na atualidade, foi substituído pelo art. 219<sup>139</sup>, que não trouxe nenhuma alteração quanto à forma ou à redação anterior<sup>140</sup>.

---

destinatário do documento a assimétrica chave pública da assinatura digital que permitirá a decifração da mensagem para a linguagem convencional". (Ibid., p. 72).

<sup>137</sup> BRASIL. **Medida Provisória 2.200-2**, de 24 de agosto de 2001. Institui a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira – ICP-Brasil, transforma o Instituto de Tecnologia da Informação em autarquia, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.senado.gov.br/atividade/Materia/Detalhes.asp?p\\_cod\\_mate=48085&titulo=MSG%20913%20de%202001%20%28%20Origem:%20PRESIDENCIA%20DA%20REPUBLICA%20%29](http://www.senado.gov.br/atividade/Materia/Detalhes.asp?p_cod_mate=48085&titulo=MSG%20913%20de%202001%20%28%20Origem:%20PRESIDENCIA%20DA%20REPUBLICA%20%29)>. Acesso em: 24 mar. 2012.

<sup>139</sup> “**Art. 219.** As declarações constantes de documentos assinados presumem-se verdadeiras em relação aos signatários”. (BRASIL, 2002, p. 165).

<sup>140</sup> Salienta Andrade que se poderia dizer que a referida medida não foi convertida em lei e que o art. 131, do antigo Código Civil, ao qual ela aduz referência, já não está mais em vigor. Contudo, afirma o autor: “Nenhuma dessas obtemperações merece acolhimento. Quanto à conversão da medida provisória que instituiu a ICP-Brasil e equiparou o documento eletrônico ao cartáceo, o art. 2º da Emenda Constitucional n. 32, de 11 de setembro de 2001, estabelece que as medidas provisórias anteriores a esta emenda permanecerão em vigor até que medida provisória ulterior as revogue explicitamente ou até deliberação definitiva do Congresso Nacional; assim, em verdade, todas as medidas provisórias anteriores à referida Emenda Constitucional foram elevadas à norma legislativa de caráter definitivo, só podendo ser revogadas por outra medida provisória ou não convertidas em lei pelo Congresso Nacional. Portanto, as medidas provisórias editadas anteriormente à Emenda Constitucional acima citada tomaram ares de normativos infraconstitucionais definitivos, como se fossem leis. [...] Portanto, tendo a Medida Provisória que criou a ICP-Brasil assumido caráter de norma definitiva e não havendo modificação no tratamento da matéria no Código Civil, definitivamente o documento eletrônico foi equiparado ao cartáceo,

A validade de um documento que não seja certificado por autoridade certificadora pública ou privada e que não seja integrante do ICP-Brasil, será considerado da mesma forma que os documentos cartáceos assinados, mas que não tiveram reconhecimento de firma.

O tema é bem explicado por Menke<sup>141</sup>, que ao se referir sobre o §2º do art. 10 da Medida Provisória 2.200-2 afirma que

Este parágrafo (assim como o §1º do art. 10) não constava na primeira edição da Medida Provisória. Foi incluído na primeira reedição e depois consolidado na versão que vige até o presente. A inspiração desse dispositivo vem de Portugal, do item 4 do art. 3º do Decreto 290-D/1999, de 02 de agosto. A finalidade do comando é a de flexibilizar a utilização dos métodos de comprovação de autoria, de maneira a não se tornar obrigatório o emprego de certificados digitais baseados na ICP-Brasil. Consequentemente, é perfeitamente possível que as partes, previamente ao início de uma negociação sobre um contrato, por exemplo, estipulem que realizarão todo o processo negocial por intermédio de correio eletrônico simples, sem assinatura digital. Também seria lícito que o contrato pactuado contivesse cláusula prevendo a utilização do mesmo meio para todas as comunicações e notificações e até mesmo formalização de termos aditivos a serem eventualmente firmados durante a execução do acordo.

Para o autor, essa previsão garante a autonomia privada e a liberdade que as partes possuem de escolher o meio mais apropriado e proporcional ao conteúdo e importância do negócio jurídico a ser celebrado ou da comunicação a ser desenvolvida. Ademais, defende que “[...] partes que já se conhecem e têm um histórico de realizarem negócios poderão decidir ocorrer eventuais riscos e eleger até mesmo o correio eletrônico simples para a prática de atos negociais”<sup>142</sup>.

Destaca ainda que além da liberdade dada aos sujeitos envolvidos na relação negocial, o dispositivo acima citado tem outra característica, a de “abertura de espaço ao princípio da neutralidade tecnológica”<sup>143</sup>. Pois, a possibilidade conferida de uso de outro meio de comprovação de autoria e integridade que não somente os que utilizem certificados emitidos pela ICP-Brasil, demonstra a intenção de “não restringir os métodos de comprovação de autoria que podem ser admitidos como meio de prova”<sup>144</sup>.

---

desde que a assinatura digitalmente aposta seja certificada por certificadora integrante do sistema da ICP-Brasil”. (ANDRADE, 2004, p. 76)

<sup>141</sup> MENKE, Fabiano. **Assinatura eletrônica**: aspectos jurídicos no direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 144.

<sup>142</sup> Ibid., p. 145.

<sup>143</sup> Ibid., p. 145.

<sup>144</sup> Ibid.

Não obstante, ressalva Menke que a “desvantagem da utilização de meios como senhas, assinaturas digitalizadas e dados biométricos é que não terão *status* jurídico diferenciado *ex ante*, em que pese possam perfeitamente ser aceitos como meio de prova<sup>145</sup>”.

Quanto à força probante desses documentos, admite o Código de Processo Civil<sup>146</sup> brasileiro, em seu art. 332<sup>147</sup>, que “todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa”.

Assim, aplicando-se o disposto no artigo 219, do CC/2002, mencionado anteriormente, juntamente com o artigo supracitado, pode-se admitir no Direito brasileiro a possibilidade de utilização dos documentos eletrônicos como forma de prova<sup>148</sup> das contratações feitas em ambientes virtuais.

Quanto à prova dos contratos eletrônicos, poderão se utilizar os contratantes ou qualquer outra pessoa a quem interesse o negócio, de todos os dispositivos legais existentes na nossa legislação e, ainda, poderão valer-se da referida Medida Provisória que já contribui com certa regulação dessa nova forma de contratar.

Pelo que se viu é possível dizer que, de imediato, não há necessidade de uma regulação específica sobre a questão da validade e da forma dos documentos

---

<sup>145</sup> Para o autor “[...] é possível afirmar que mesmo a Medida Provisória 2.200-2 poderá ser considerada, pelo menos em parte, como tecnologicamente aberta, uma vez que prevê a possibilidade de que outros meios de comprovação de autoria e integridade de documentos eletrônicos sejam aceitos como meio de prova, além daquele consagrado pela Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira”. (MENKE, 2005, p. 146)

<sup>146</sup> BRASIL. **Código de Processo Civil**, Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 79.

<sup>147</sup> Da mesma forma se insurge Newton De Lucca ao fazer a seguinte indagação e, em seguida, apresentar algumas ideias como: “quais as normas existente no Direito pátrio no tocante à prova a fim de que possamos considerar em que medida a contratação via Internet poderá ter força probante em juízo e fora dele? O nosso velho Código Comercial, ainda do tempo imperial, já previa que os contratos comerciais poderiam ser provados, entre outros meios, pela chamada correspondência epistolar (art. 122, inciso IV). O meio de prova, calcado na correspondência epistolar, é o papel. Já o meio de prova na Internet será um suporte eletrônico. Mas este último é admitido no nosso Direito? Diz o art. 332 do Código de Processo Civil: [...]”. (DE LUCCA, Newton. **Títulos e contratos eletrônicos: o advento da informática e seu impacto no mundo jurídico. Eficácia probatória dos contratos celebrados pela internet.** In: DE LUCCA, N. et. al. (Coord.). **Direito & Internet: aspectos jurídicos relevantes.** São Paulo: Edipro, 2001. p. 62.)

<sup>148</sup> Indo um pouco mais além do que a prova no contrato eletrônico, Dias afirma que “os contratos gerados em meio virtual podem, inclusive, ser dotados de força executiva, desde que se possa associar um processo de assinatura eletrônica ou digital. É que o art. 585 do CPC, inciso II, expressamente confere exequibilidade ao documento particular assinado pelas partes e por duas testemunhas. É evidente que, embora a concepção inicial se deitasse sobre o documento impresso em papel, nada obsta que, havendo as assinaturas digitais ou eletrônicas das partes e de duas testemunhas, esse contrato possa fundar o processo executivo”. (DIAS, 2001, p. 98)

eletrônicos, sendo completamente aceitável a utilização da Medida Provisória aqui referida para a solução de eventuais problemas quanto ao assunto.

Assim também entendem Menke<sup>149</sup> e Santolim<sup>150</sup>, o primeiro ao afirmar que “[...] no Brasil, a princípio, não se vislumbra necessidade de uma mudança tão ampla”, já que os dispositivos da MP “[...] são suficientes para garantir a validade jurídica dos documentos eletrônicos como princípio geral”.

Enquanto que o segundo bem assevera

Não há dúvida quanto à existência de significativas peculiaridades nessa forma de expressão da vontade, mas, atendendo-se à noção ampla acerca do conceito de documento, como já vem fazendo a doutrina, tal cuidado parece ser demasiado. Não há norma legal, substantiva ou adjetiva, tratando da prova documental, que se possa ter como definitivamente incompatível com o documento que resulta de um processo totalmente informatizado, tenha ele suporte magnético, ótico, ou outro qualquer.

Vale lembrar que, em se tratando de relações de cunho consumerista, deve ser assegurado ao consumidor o acesso facilitado ao documento eletrônico comprobatório dos negócios jurídicos por ele celebrados, bem como outros direitos que serão declinados.

### **2.1.5 A aplicação do Código de Defesa do Consumidor nos contratos eletrônicos**

É necessário que as garantias dos consumidores estejam bem tuteladas, pois com o universo virtual há uma gama de possibilidades de elas não estarem bem protegidas em face do meio eletrônico ainda não permitir a segurança desejada a esses que são considerados, de um modo geral, partes vulneráveis<sup>151</sup> da relação negocial.

---

<sup>149</sup> MENKE, 2005, p. 148.

<sup>150</sup> SANTOLIM, 1995a, p. 34-35.

<sup>151</sup> Essa *vulnerabilidade* pode se apresentar de três formas: *técnica*, quando o adquirente não tem conhecimentos específicos sobre o objeto que está comprando e por isso, pode ser enganado facilmente quanto às peculiaridades do bem ou de sua utilidade (no CDC, essa vulnerabilidade é presumida para o consumidor não-profissional, mas também pode atingir o profissional, quando destinatário final fático do bem); *jurídica ou científica*, é a vulnerabilidade quando faltam conhecimentos jurídicos, contábeis ou econômicos específicos (no CDC, presume-se essa vulnerabilidade para os consumidores não-profissionais e pessoas físicas, já os profissionais e as pessoas jurídicas têm a presunção contrária de que devem ter conhecimentos específicos mínimos ou devem poder consultar um profissional da área antes de obrigar-se); *fática ou socioeconômica*, aqui, o foco principal é o parceiro de contrato, aquele que por sua posição de monopólio, fático ou

A proteção do consumidor diante do comércio eletrônico se deve ao amplo crescimento desse tipo de contratação que a cada dia mais atrai os consumidores para efetuar transações comerciais via *Internet* ou qualquer outro meio digital (celulares, televisores, *tablets*, *smartphones* etc.).

Assim, cada vez mais, ocorre uma manifestação positiva das empresas que atuam nesse tipo de mercado, por meio do interesse pela busca de garantias e maior qualidade no fechamento de seus negócios com os consumidores, grande responsável pelo aumento dos lucros que aquelas vêm auferindo.

Detendo-se, primeiramente, no aspecto da aplicação imediata do Código de Defesa do Consumidor, é necessária uma conceituação básica sobre fornecedor e consumidor, para que se possa entender melhor quem são os partícipes dessa relação.

O CDC, em seu artigo 2º, *caput*, apresenta como definição de consumidor “toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”. Essa definição padronizada deve ser analisada minuciosamente pelo operador do Direito quando da definição exata da relação de consumo, o que se caracteriza como pressuposto básico para a aplicação das normas de Direito do Consumidor. A principal característica desse conceito está concentrada na “destinação final”, ou seja, na finalidade da aquisição ou da utilização.

Argumentando acerca do conceito *stricto sensu* de consumidor, Lima Marques<sup>152</sup> afirma

Quando se fala em proteção do consumidor, pensa-se, inicialmente, na proteção do não-profissional que contrata ou se relaciona com um profissional, comerciante, industrial ou profissional liberal. É o que se costuma denominar de noção subjetiva de consumidor, a qual excluiria do âmbito de proteção das normas de defesa dos consumidores todos os contratos concluídos entre dois profissionais, pois estes estariam agindo com o fim de lucro. O legislador brasileiro parece ter, em princípio, preferido uma definição mais objetiva de consumidor. [...] Na definição legal, a única característica restritiva seria a aquisição ou utilização do bem como *destinatário final*. Certamente, ser destinatário final é retirar o bem de mercado (ato objetivo), mas e se o sujeito adquire o bem para utilizá-lo em sua profissão, adquire como profissional (elemento subjetivo), com fim de

---

jurídico, e grande poder econômico, impõe sua superioridade a todos que o contratam (nesse tipo de vulnerabilidade, o sistema do CDC a presume para o consumidor não-profissional, deixando de lado o profissional e a pessoa jurídica, podendo até tratá-lo de maneira equivalente ao consumidor, quando provar efetivamente a vulnerabilidade que levou ao desequilíbrio contratual). (MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 106)

<sup>152</sup> Ibid., p. 100.

lucro, também deve ser considerado “destinatário final”? A definição do art. 2º do CDC não responde à pergunta, é necessário interpretar a expressão “destinatário final”<sup>153</sup>.

Importante ressaltar que o CDC estabelece o princípio da equiparação em seus artigos 2º, parágrafo único<sup>154</sup> e 17<sup>155</sup>.

De um modo geral e adotando o entendimento de Lima Marques<sup>156</sup>, pode-se dizer que destinatário final é

[...] o consumidor final, o que retira o bem do mercado *ao adquirir ou simplesmente utilizá-lo (destinatário fático)*, aquele que coloca um fim na cadeia de produção (*destinatário final econômico*) e não aquele que utiliza o bem para continuar a produzir, pois ele não é o consumidor-final, ele está transformando o bem, utilizando o bem para oferecê-lo por sua vez ao seu cliente, seu consumidor. (Grifo da autora)

Há também que se verificar os agentes equiparados aos consumidores, pois o que se pode observar quando da aplicação do CDC, é que muitas pessoas, ainda que não sejam consumidoras *stricto sensu*, podem ser prejudicadas ou atingidas pelas atividades dos fornecedores nas relações de consumo como, por exemplo, a empregada doméstica, mesmo não se caracterizando como consumidora *stricto sensu*, uma vez que o patrão foi quem adquiriu o produto utilizado por ela, considera-se consumidor-equiparado, pois, ao sofrer lesões por fato do produto deve-se aplicar tal princípio do CDC, beneficiando-se a empregada com as normas protetivas do CDC aplicáveis ao caso.

Por conseguinte, o CDC ainda dispõe em seu art. 29<sup>157</sup>, outra forma de equiparação ao conceito de consumidor, a qual abrange todas as seções do

<sup>153</sup> Enfatiza ainda Marques que existem duas correntes doutrinárias que versam sobre a definição do campo de aplicação do código: os finalistas,<sup>153</sup> os quais entendem que a expressão “destinatário final”, contida no art. 2º, do CDC, deve ser interpretada de maneira restrita, segundo os princípios fundamentais do CDC, contidos nos arts. 4º e 6º, e proteger a parte mais vulnerável na relação de consumo, concedendo a aplicação das normas especiais do CDC, podendo se estender, dependendo do caso, até as pequenas empresas ou profissionais que adquirirem produto/serviço fora de seu campo de especialidade; e os maximalistas acreditam que o CDC é a nova ordem legal do mercado de consumo brasileiro, não sendo necessariamente única e exclusivamente utilizada para proteger o consumidor não-profissional, mas instituindo normas e princípios para todos os agentes do mercado. (MARQUES, 1995, p. 99).

<sup>154</sup> “Art. 2º, parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo”. (BRASIL, 1990, p. 807).

<sup>155</sup> “Art. 17. Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento”. (Ibid., p. 809).

<sup>156</sup> MARQUES, op. cit., p. 107.

<sup>157</sup> Na opinião de Lima Marques, “o art. 29 supera, portanto, os estritos limites da definição jurídica de consumidor para imprimir uma definição de política-legislativa! Parece-nos que, para harmonizar os interesses presentes no mercado de consumo, para reprimir eficazmente os abusos do poder

Capítulo V do Código sobre “Práticas Comerciais” e que tem como redação, a seguinte: “Art. 29. Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas”.

Da mesma forma, necessária a conceituação de fornecedor, que constitui o outro polo da relação de consumo. Dessa forma, o supracitado código, em seu art. 3º, apresenta seu conceito como sendo

[...] toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagens, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

Afirma Lima Marques<sup>158</sup> que “quanto ao fornecimento de produtos o critério caracterizador é desenvolver *atividades* tipicamente”, ou seja, comercializar, produzir, importar, transformar e distribuir produtos.

Destarte, entende-se que quando a contratação eletrônica se caracterizar como contrato de consumo, este será regido pelas normas do microsistema do consumidor, devendo ter sua formação, interpretação e execução conforme os preceitos do CDC.

Nesse sentido, estabelece o Código de Defesa do Consumidor<sup>159</sup>, no tocante à oferta<sup>160</sup>, em seu art. 30

**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.

No caso do Brasil, coexistem os regimes da informação e da oferta ao público previsto no Código Civil (art. 429) e o da oferta no Código de Defesa do

---

econômico, para proteger os interesses econômicos dos consumidores-finais, o legislador concedeu um poderoso instrumento nas mãos daquelas pessoas (mesmo agentes econômicos) expostas às práticas abusivas. Estas, mesmo não sendo consumidores *stricto sensu*, poderão utilizar das normas especiais do CDC, de seus princípios, de sua ética de responsabilidade social no mercado, de sua nova ordem pública, para combater as práticas comerciais abusivas!”. (MARQUES, 1995. p. 112).

<sup>158</sup> Ibid., p. 115.

<sup>159</sup> BRASIL, 1990, p. 811.

<sup>160</sup> Da mesma forma dispõe, *in verbis*, o art. 427, CCB/2002: “A proposta de contrato obriga o proponente, se o contrário não resultar dos termos dela, da natureza do negócio, ou das circunstâncias do caso.” (BRASIL, 2002, p. 165).

Consumidor (arts. 30 e 35), sendo esta ‘antinomia aparente’ solucionada por Lima Marques<sup>161</sup>, a partir da noção de “diálogo sistemático de complementariedade e subsidiariedade”, cujo trecho merece ser transcrito:

Na visão tradicional, a proposta ou “oferta” traduziria uma vontade de definitiva de contratar naquelas bases oferecidas, e traria em si (todos) os elementos “essenciais” do futuro contrato (por exemplo, coisa e preço, na compra e venda), eis porque o direito sempre reconheceu efeitos jurídicos à proposta. A proposta é obrigatória, tem força vinculante em relação a quem a formula, devendo ser mantida por certo tempo. Basta, pois, o consentimento (aceitação) do outro parceiro contratual e estará concluído o contrato (art. 427 do CC/2002). O novo Código Civil de 2002 prefere utilizar a expressão “proposta”, repetindo em seu art. 427 a norma do art. 1.080 do CC/1916 e afirmando que “a proposta de contrato obriga o proponente, se o contrário não resultar dos termos dela, da natureza do negócio, ou das circunstâncias do caso”. Já as propostas a pessoa indeterminada ou “ao público em geral”, denominam-se “ofertas”, sendo que o próprio CDC utiliza sempre esta terminologia, indicando que o fornecedor não comanda a “proposta” após ter declarado na sociedade de massa atual. A diferença está na sua finalidade de consumo e nos sujeitos envolvidos, pois existem ofertas dos fornecedores voltadas para o (“público”) consumidor (varejo, em geral), existem ofertas feitas por um civil em relação a um objeto infungível (por exemplo, as ofertas feitas em classificados, porque quem não é empresário, para vender seu carro ou celular ou alugar um imóvel) e ofertas (também “ao público”) voltadas para os comerciantes (ofertas do atacado, de máquinas e veículos industriais etc.), estas últimas, ofertas entre “iguais”, encontram regulação especial no novo CC/2002. Em resumo, as primeiras continuaram reguladas pelo CDC; já as segundas encontram especial regulação, se ofertas ao público, no art. 429, do CC/2002 que impõe: “A oferta ao público equivale a proposta quando encerra os requisitos essenciais do contrato, salvo se o contrário resultar das circunstâncias ou dos usos”.

Seguindo o entendimento da autora:

[...] são dois sistemas diferentes, um sistema geral para as relações entre iguais e um microssistema para as relações desequilibradas, ou entre diferentes, mas apesar das finalidades e dos campos de aplicação subjetivos diferentes, possuem o mesmo princípio (da confiança) e tratam – materialmente – de temas semelhantes. E assim que não haverá antinomia (conflito) real entre as normas, pois os campos de aplicação são diferentes, nem antinomia de princípios e, sim, “diálogo” (ou reflexos) do art. 429 do CC/2002, que regula a chamada “oferta ao público”, revogável excepcionalmente e quando assim o expressa, em relação com o sistema de oferta de consumo, que é, como vimos, vinculante, imperativo, protetivo da confiança despertada nos consumidores, público em geral, e não revogável *ex vi* do art. 30 e 35 do Código de Defesa do Consumidor<sup>162</sup>.

<sup>161</sup> MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao código de defesa ao consumidor**: arts. 1º a 74: aspectos materiais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 23-52.

<sup>162</sup> MARQUES, Claudia Lima. **Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002: convergências e assimetrias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.



Destarte, pode-se verificar que a proposta, na contratação eletrônica, apresenta as mesmas características das presentes na contratação tradicional, sendo que o que difere é o modo utilizado para veiculá-la.

O consumidor tem como um de seus direitos o direito à informação, no qual a oferta deve ser suficientemente esclarecedora para o usuário consumidor, de modo que esse esclarecimento ocorra antes da celebração do contrato eletrônico e com a antecedência necessária a cada caso.

A Resolução n. 21/2004 do Mercosul/GMC<sup>163</sup>, que dispõe sobre o direito à informação do consumidor nas transações comerciais efetuadas por meio da *Internet*, garante aos consumidores que “durante toda transação comercial feita nas relações de consumos realizadas por comércio eletrônico através da Internet, o direito à informação clara, precisa, suficiente e de fácil acesso sobre o fornecedor do produto ou serviço; sobre ou serviço ofertado; e a respeito das transações eletrônicas realizadas”.

Sobre o assunto, entende Lorenzetti<sup>164</sup> que “na economia de informação não se valora a informação somente levando em conta o grau de conhecimento que deve ser posto ao alcance das partes no processo de contratação, mas também como bem comerciável, isto é, a informação, não como um mero instrumento, mas um bem em si mesmo”.

Segundo o entendimento de Garcia Jr.<sup>165</sup>, algumas das informações que o consumidor deve dispor são: identidade do fornecedor; características essenciais do bem ou serviço; preço do bem ou serviço, devendo estar já inclusos os impostos; gastos com a entrega, quando for o caso; modalidades de pagamento, de entrega ou execução; se há a existência de um direito de resolução ou não; “custo da utilização da técnica de comunicação a distância quando se calcule sobre uma base distinta da tarifa básica”; o prazo de validade da proposta ou do preço; quando couber, a duração mínima do contrato, por exemplo, quando se tratar de contratos cujo objeto seja o fornecimento de produtos ou serviços que se destinem à sua execução de forma permanente ou repetida.

---

<sup>163</sup> MERCOSUL. **Resolução n. 21/2004, GMC.** *Dispõe sobre o direito à informação do consumidor nas transações comerciais através da internet.* Disponível em: <<http://www.mercosul.gov.br/normativa/resolucao/2004/mercosul-gmc-res-no-21-04/>>. Acesso em 15 de dezembro de 2009.

<sup>164</sup> LORENZETTI, 2004, p. 55.

<sup>165</sup> GARCIA JÚNIOR, 2001, p. 155.

No conteúdo do contrato, devem estar muito bem especificadas quais são as obrigações de ambas as partes. Por parte do fornecedor, deve-se ter plena ciência de como e quando será feita a entrega da coisa; os gastos com o envio da mercadoria, bem como a prestação do serviço solicitado; as informações adequadas para o uso do produto, permitindo que o consumidor não acabe por estragar o produto por falta de conhecimento; as garantias de funcionamento do produto, sua validade e outras informações pertinentes a ela e muitas outras que se fizerem necessárias devido ao tipo de aquisição negociado.

Já por parte do consumidor, a sua principal obrigação – e que deve constar na celebração de um contrato cibernético – é aquela que refere o pagamento do valor ajustado pela contratação. Aqui, o contrato deve prever de forma clara de que maneira será efetuado o pagamento devido (se por moeda corrente, cartão de crédito, dinheiro eletrônico etc.), o local e o prazo para sua efetivação, além de outras informações que as partes julgarem ser importantes.

O Direito do Consumidor atribui algumas proteções ao consumidor, como o direito de arrependimento, a proibição de cláusulas abusivas, o envio de mercadorias que não foram solicitadas, a irrenunciabilidade dos direitos do consumidor, dentre outros.

O CDC em seu art. 49<sup>166</sup> prevê o direito de recesso, isto é, de arrependimento, de forma que permite ao consumidor a desistência no prazo de 7 (sete) dias, devendo receber de volta, com correção monetária, o valor despendido com a aquisição de produtos ou serviços.

De uma forma clara e objetiva, Lawand<sup>167</sup> ensina sobre o direito de arrependimento

As atuais modalidade de vendas, fundamentadas no denominado *marketing* direto, são formas agressivas de conquistar consumidores, pois penetram em seus domicílios, nos locais de trabalho, por meio da correspondência, seduzindo-os através de promessas e sorteios de prêmios fabulosos. O Código de Proteção e Defesa do Consumidor nos arts. 6º, IV e VI, 18, 24, 25 e 51, inciso I, provêem ao utente mecanismos de defesa contra este tipo de pressão caótica, que pode gerar enriquecimento sem justa causa em

---

<sup>166</sup> **Art. 49.** “O consumidor pode desistir do contrato, no prazo de sete dias a contar de sua assinatura ou do ato de recebimento do produto ou serviço, sempre que a contratação de fornecimento de produtos e serviços ocorrer fora do estabelecimento comercial, especialmente por telefone ou a domicílio. **Parágrafo único.** Se o consumidor exercitar o direito de arrependimento previsto neste artigo, os valores eventualmente pagos, a qualquer título, durante o prazo de reflexão, serão devolvidos, de imediato, monetariamente atualizados.” (BRASIL, 1990, p. 812)

<sup>167</sup> LAWAND, 2003, p. 120.

desfavor do hipossuficiente. E o principal mecanismo criado pela legislação, foi o direito de arrependimento que será aplicado nas hipóteses de contratações de bens ou serviços fora do estabelecimento comercial. Incidirá, pois, nos contratos eletrônicos, a solução propugnada pelo art. 49 e parágrafo único do código que protege a relação de consumo.

Nos casos em que a contratação eletrônica se der via acesso a um *site*, o fornecedor deverá oferecer ao consumidor a possibilidade de ele arquivar digitalmente (salvar arquivo no computador, em *CD*, *pen-drive* etc.) o contrato celebrado ou ter acesso a este posteriormente de forma fácil, bem como cientificá-lo de que teve conhecimento da aceitação da proposta por parte do contratante (o fornecedor pode fazer isso por meio de mensagem criptografada, que será enviada pelo correio eletrônico). Dessa maneira, estará possibilitando ao consumidor o exercício de seu direito de recesso (ou arrependimento).

Nessa concepção, Gómez<sup>168</sup> entende que “después de celebrar el contrato, el prestador de servicios tiene la obligación de enviar la confirmación de la recepción de la aceptación del contrato por el comprador”.

Outra medida cabível à contratação eletrônica, feita com o intuito de prevenir o consumidor de consentir em erro, consiste na permissão, por parte do fornecedor, de que o usuário que acessar seu *site*, quando este estiver em língua estranha ao conhecimento daquele, possa usufruir das informações contidas no espaço virtual em uma língua que lhe seja viável. Tal cautela é de relevante importância, uma vez que o consumidor incorre em erro, não raras vezes, somente pelo fato de não saber o que está contratando e, por uma ilusão, imagina algo diferente daquilo que realmente está sendo proposto.

Todavia, esse entendimento pode encontrar óbice naquelas situações em que o próprio consumidor busca um produto ou serviço em *site* estrangeiro, que sabe não ser vendido e/ou fornecido no seu país, situação em que não poderá ele valer-se de ignorância da língua no caso de erro na contratação em face desta.

Também há a questão de como isso poderá ser resolvida no âmbito da contratação eletrônica, situação na qual Lorenzetti entende que o direito de arrependimento “[...] é aplicável aos contratos de consumo realizados por meio da

---

<sup>168</sup> Tradução livre: “depois de celebrar o contrato, o prestador de serviços tem a obrigação de enviar a confirmação da recepção da aceitação do contrato pelo comprador”. (GÓMEZ, Jesus Miguel Lobato. *Ventas especiales y protección del consumidor*. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 12, n. 47, ano 12, jul./set. 2003, p. 53).

Internet, já que, como assinalamos, esta hipótese configura uma relação contratual à distância”<sup>169</sup>.

Nesse sentido, esclarece o *site*<sup>170</sup> do Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor do Ministério da Justiça, no portal Tire suas Dúvidas com relação ao comércio eletrônico que

Conquanto existam opiniões isoladas em sentido contrário, pode o consumidor, desde que agindo de boa-fé, exercer o direito de arrependimento quando:

a) O produto ou serviço recebido não corresponder às suas expectativas; ou,

b) for induzido a contratar sem a necessária reflexão.

Nestes casos o consumidor poderá arrepender-se num prazo de sete dias a contar da assinatura do contrato ou recebimento da mercadoria, devendo requerer a devolução da quantia paga e devolver o produto adquirido (art. 49 do CDC).

Entretanto, dita regra não pode ser inequivocamente aplicada na hipótese de bens imateriais, quais seja, bens na forma digital, pois, na opinião do autor supracitado “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”<sup>171</sup>. Lorenzetti<sup>172</sup> defende que na falta de uma norma expressa sobre o ponto, o direito de arrependimento, nos casos de venda de bens digitais, deve ser considerado “antifuncional” e sua “invocação deverá ser considerada abusiva”.

Por se tratar de situação discutida no segundo momento deste trabalho, será retomada quando de sua análise, para verificação específica quanto aos contratos eletrônicos diretos.

Assim, verifica-se, ainda, que o comércio eletrônico se apresenta de uma maneira tão intensa ante o universo real do consumidor virtual, que fica fácil para a outra parte formalizar cláusulas abusivas nos contratos transacionados nesse meio.

A utilização dessas cláusulas é notoriamente proibida na legislação brasileira, simplesmente pelo fato de que vai contra os interesses e expectativas de proteção ao consumidor, como pretendido pelas normas vigentes. De forma intrínseca, pode-se dizer que o Código de Defesa do Consumidor é a normativa

---

<sup>169</sup> LORENZETTI, 2004, p. 401.

<sup>170</sup> Disponível em: < <http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJEE12C917PTBRNN.htm>>. Acesso em: 25 mar. 2012.

<sup>171</sup> LORENZETTI, op. cit. p. 401-402.

<sup>172</sup> Ibid., p. 402.

jurídica brasileira que melhor regulamenta a matéria referente às cláusulas abusivas em contratos.

O artigo 6º<sup>173</sup>, incisos IV e V do CDC regulamenta

**Art. 6º** São direitos básicos do consumidor:

**IV** – a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços;

**V** – a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas [...].

Ademais, de forma ainda mais objetiva, o CDC criou uma seção exclusiva para as cláusulas abusivas<sup>174</sup>, listando na Seção II, do Capítulo VI, um rol exemplificativo de situações em que se caracterizam abuso nas cláusulas contratuais. É óbvio que tal rol não deve ser tido como único, pois outras situações envolvendo abuso em cláusulas contratuais também podem existir. Não bastasse

---

<sup>173</sup> BRASIL, 1990, p. 808.

<sup>174</sup> “Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: I - impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos. Nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis; II - subtraíam ao consumidor a opção de reembolso da quantia já paga, nos casos previstos neste código; III - transfiram responsabilidades a terceiros; IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade; V - (Vetado); VI - estabeleçam inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor; VII - determinem a utilização compulsória de arbitragem; VIII - imponham representante para concluir ou realizar outro negócio jurídico pelo consumidor; IX - deixem ao fornecedor a opção de concluir ou não o contrato, embora obrigando o consumidor; X - permitam ao fornecedor, direta ou indiretamente, variação do preço de maneira unilateral; XI - autorizem o fornecedor a cancelar o contrato unilateralmente, sem que igual direito seja conferido ao consumidor; XII - obriguem o consumidor a ressarcir os custos de cobrança de sua obrigação, sem que igual direito lhe seja conferido contra o fornecedor; XIII - autorizem o fornecedor a modificar unilateralmente o conteúdo ou a qualidade do contrato, após sua celebração; XIV - infrinjam ou possibilitem a violação de normas ambientais; XV - estejam em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor; XVI - possibilitem a renúncia do direito de indenização por benfeitorias necessárias. § 1º Presume-se exagerada, entre outros casos, a vontade que: I - ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence; II - restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou equilíbrio contratual; III - se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso. § 2º A nulidade de uma cláusula contratual abusiva não invalida o contrato, exceto quando de sua ausência, apesar dos esforços de integração, decorrer ônus excessivo a qualquer das partes. § 3º (Vetado). § 4º É facultado a qualquer consumidor ou entidade que o represente requerer ao Ministério Público que ajuíze a competente ação para ser declarada a nulidade de cláusula contratual que contrarie o disposto neste código ou de qualquer forma não assegure o justo equilíbrio entre direitos e obrigações das partes”. (Ibid., p. 813).

isso, o artigo 47<sup>175</sup> do CDC, dispõe *in verbis*: “As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor”.

Sendo que para Lorenzetti a contratação feita pela *Internet* “apresenta um amplo campo para o desenvolvimento de cláusulas abusivas de toda espécie, a maioria não muito diferente das que existem no restante dos contratos de consumo, e algumas caracterizadas pela tecnologia aplicável”.

Para o direito argentino, conforme o art. 30 da Lei argentina n. 24.240, consideram-se abusivas: as cláusulas que se distanciem da natureza das obrigações, sem motivo justificado, afastando-se do regime do direito comum; as cláusulas que impliquem renúncia ou restrição aos direitos do consumidor, bem como as que ampliem os direitos da outra parte; as cláusulas que limitem a responsabilidade pelos danos; as cláusulas que contenham qualquer preceito impondo a inversão do ônus da prova, em especial, quando favorável esta ao consumidor; as cláusulas de eleição de foro, em razão de que na maioria dos casos se refere à sede da empresa e, até mesmo, sendo locais escondidos e de difícil acesso ao consumidor; as cláusulas de modificação do conteúdo, não se permitindo no direito consumerista a alteração do conteúdo contratual de forma unilateral; as cláusulas de imposição de arbitragem, aqui entendida como a submissão do consumidor a árbitros nomeados *ad hoc* pela outra parte, com evidente abusividade, diferente da situação em que ambas as partes se submetem a uma instituição de arbitragem devidamente constituída.

As cláusulas abusivas relembram a existência de outra problemática percebida no direito do consumidor: os contratos de adesão. A contratação eletrônica em grande parte tem a espécie do contrato do tipo *adesão*.

Destacando Lorenzetti<sup>176</sup> que

Alguns sustentaram que é suficiente a aplicação do regime das condições gerais de contratação. Afirmou-se que o conteúdo do contrato *on-line*<sup>177</sup>

---

<sup>175</sup> BRASIL, 1990, p. 812.

<sup>176</sup> LORENZETTI, 2004, p. 405-406.

<sup>177</sup> Importante transcrever a citação de J. Alejandro Rivas feita por Lorenzetti, quanto ao conteúdo para o contrato *on-line* proposto por aquele: “Esquema de conteúdos para o contrato *on-line*: identificação das partes contratantes; código do usuário; definições; glossário de conceitos relacionados com o comércio eletrônico; data de início das operações; compromisso explícito por parte do ofertante de ter comunicado as especificações jurídicas e técnicas autorizadas pelo sistema, assim como de informar o usuário sobre o número de modificações produzidas, seu reconhecimento e aceitação expressa por parte do usuário; definição da forma de identificação temporal dos momentos de emissão e recepção e de eventual encriptação, e, neste caso, normas

pode ser muito variado, mas que na maioria dos aspectos não difere de um comum, sendo suficiente a sua qualificação como um vínculo celebrado por adesão às condições gerais da contratação. Após a adesão, afirma-se que o ofertante poderá apresentar a página de maneira que o usuário tenha a possibilidade de contratar consoante as condições gerais, ou a partir de um texto alternativo com modificações. A aceitação das condições por parte do consumidor constitui um documento eletrônico. Para respaldar a sua legalidade, utilizou-se a modalidade de apresentar as condições de modo inevitável, forçando o usuário a lê-las antes de contratar, bem como a certificação notarial acerca do conteúdo das mesmas. Tudo isso para a finalidade de constituir prova documental da aceitação da oferta no caso de o cliente negar a ciência das condições gerais de contratação a que se submeteu.

O que se depreende é que o mecanismo protetor acima referido, pode não ter sua eficácia garantida plenamente quanto aos contratos eletrônicos, considerando que, muito mais do que no mundo físico, onde há contato entre as pessoas e certo 'diálogo' nas negociações realizadas, naqueles "[...] definitivamente, as coisas se apresentam de maneira que se há de aderir às condições gerais, à tecnologia, e se assim não se procede, é impossível utilizá-la"<sup>178</sup>.

Assim, feitas tais alegações pertinentes à aplicação do direito dos consumidores ante a nova forma de contratação virtual, é de elevada estima o entendimento de Gómez<sup>179</sup>, ao se referir aos direitos consumeristas

---

de segurança, de aceitação, de datação e de tratamento das exceções, entre outras, sobre o repúdio, a modificação e anulação de documentos; características essenciais do bem ou do serviço; preço do bem ou do serviço, incluídos todos os impostos; custos de entrega, para o seu caso; modalidades de pagamento, entrega ou execução; custos de utilização da técnica de comunicação à distância quando calculada sobre uma base distinta da tarifa básica; prazo de validade da oferta e do preço; informação escrita sobre as condições e modalidades do exercício do direito de resolução; endereço físico do estabelecimento do fornecedor, local onde o consumidor poderá apresentar as suas reclamações; informação relativa aos serviços de pós-venda e às garantias comerciais existentes; no caso de celebração de um contrato de duração indeterminada ou de duração superior a um ano, as condições de rescisão do contrato; cláusulas de confidencialidade, de responsabilidade civil, de garantias, de regulação de aspectos relativos à assinatura digital e às autoridades certificadoras, obrigações relativas à segurança e à conservação das mensagens relativas às transações realizadas, normas a respeito da comunicação de recebimento de mensagens, normas relativas à formação e à validade do contrato; prazo de entrega ou de execução da prestação; validade do formulário como prova de aceitação da legislação aplicável; arbitragem e competência de jurisdição". (LORENZETTI, 2004, p. 405-406).

<sup>178</sup> Ibid., p. 406.

<sup>179</sup> Tradução livre: "Com efeito, se entende que para articular uma adequada proteção dos consumidores deve-se procurar por todos os meios que a utilização dessas técnicas não conduza a uma redução da informação que há de ser facilitada ao consumidor; que essa informação deve ficar bem definida e determinada; que essa informação deve ser transmitida obrigatoriamente ao consumidor, qualquer que seja a técnica de comunicação utilizada para celebrar o contrato, de modo que não se menospreze o direito do consumidor de dispor da informação necessária para poder emitir seu consentimento contratual com plena consciência; que se deve evitar sempre que essas técnicas de venda a distância cheguem a incorrer em publicidade enganosa ao fornecer a referida informação aos consumidores; que se deve facilitar o possível para que o consumidor tenha o direito irrenunciável de solicitar, ao menos, uma informação básica, como a relativa à

En efecto, se entiende que para articular una adecuada protección de los consumidores debe procurarse por todos los medios que la utilización de estas técnicas no conduzca a una reducción de la información que ha de ser facilitada al consumidor; que esta información debe quedar bien definida y determinada; que esta información debe transmitirse obligatoriamente al consumidor cualquiera que sea la técnica de comunicación utilizada para celebrar el contrato, de modo que no se menoscabe el derecho del consumidor a disponer de la información necesaria para poder emitir su consentimiento contractual con plena conciencia; que debe evitarse siempre que estas técnicas de venta a distancia lleguen a incurrir en publicidad engañosa al suministrar la referida información a los consumidores; que debe facilitarse en lo posible de que el consumidor tenga el derecho irrenunciable de solicitar, al menos, una información básica, como es la relativa a la identidad del suministrador, a las principales características de los bienes o servicios o a su precio.

Fica evidente que no tocante aos direitos dos consumidores há muito a ser protegido, de tal forma que inúmeras questões devem ser apontadas para que se possa, no caso de uma regulamentação específica, abranger o maior campo possível de situações em que o direito consumerista pode ser infringido.

Todo e qualquer estudo feito acerca do tema será de grande valia, tanto para os estudiosos sobre o tema quanto para o ordenamento jurídico brasileiro; afinal, não há ainda uma definição exata e completa de como se devam dar as transações nesse novo meio contratual. O que se sabe apenas é que nenhum direito já existente pode ser ferido, muito menos inutilizado, devendo, então, ser fruto de uma reflexão fundamentada nos novos direitos que surgem com o passar dos anos.

---

identidade do fornecedor, às principais características dos bens ou serviços ou ao seu preço". (GÓMEZ, 2003, p. 53).



### 3 A CONTRATAÇÃO ELETRÔNICA DIRETA

#### 3.1 O REGIME JURÍDICO DOS CONTRATOS ELETRÔNICOS DIRETOS

O que há muito vem sendo destacado pelos doutrinadores e estudiosos sobre o tema do comércio eletrônico, afora todas as questões já apontadas quando dos contratos eletrônicos, é a imaterialidade ou a chamada ‘desmaterialização’ do meio contratual, do seu objeto, dos seus vícios e de todas as formas contratuais até então conhecidas pela sociedade.

Greco<sup>180</sup> acredita que

Estamos sendo chamados a enfrentar uma realidade diferente na qual o objeto do Comércio Internacional, por exemplo, é a transferência de tecnologia, objeto da negociação é o *know how*, os valores financeiros, o *software*, os serviços etc. Vale dizer, fundamentalmente bens intangíveis, imateriais, incorpóreos. Em função da evolução e desenvolvimento da informática, surgiram bens cujo valor<sup>181</sup> não está mais apoiado nos átomos. Hoje em dia, o valor de inúmeras negociações não é mais definido em função das características, por exemplo, de dureza ou raridade de certos átomos. O valor das negociações passa a ser dimensionado, em razão de algo não tangível, em função de uma utilidade, vantagem ou benefício, e assim por diante.

---

<sup>180</sup> GRECO, Marco Aurélio. **Internet e direito**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2000. p. 47.

<sup>181</sup> O autor bem explica que “hoje em dia, os bens considerados ‘virtuais’ têm valor próprio, em geral muitas vezes superior ao que têm os seus equivalentes em átomos. [...] Um singelo exemplo bem ilustra esta mudança. Basta ver a diferença de preço que existe entre um ‘mega’ físico, quando se adquire um disco rígido feito de átomos, e um ‘mega’ virtual, quando se disponibiliza este ‘espaço’ para uso por terceiros. Um ‘mega’ físico corresponde ao espaço físico que comporta igual número de *bits* de informação; ‘mega’ físico encontra-se num disquete ou num disco rígido. O preço de um ‘mega’ físico (considerando os discos rígidos de capacidade média) gira em torno de R\$ 0,05 (cinco centavos de real). Porém, quando se fala em ‘mega’ virtual, quer dizer um conjunto de informações ou mensagens que estão transformadas em bits e que serão armazenadas naquele suporte físico, os preços são absolutamente imprevisíveis. Assim, por exemplo, é sabido que um provedor de acesso à Internet, dentre outros serviços, pode cobrar pelo armazenamento de páginas pessoais de seus clientes disponibilizando-as para acesso pela rede. Este armazenamento é, normalmente, calculado com base no tamanho da página pessoal considerando o número de ‘megas’ que ela possui. Por esse armazenamento, é freqüente encontrar provedores que cobram de R\$ 40,00 a R\$ 100,00 por ‘mega’. Vale dizer, o ‘mega’ virtual (*bit*) vale de oitocentas a duas mil vezes mais do que o ‘mega’ físico (átomo)”. Seguindo o raciocínio, o autor relata situação vivenciada por Nicholas Negroponte, a qual é exposta em sua obra *A vida digital*, publicada em São Paulo pela Companhia das Letras em 1995, e que teria acontecido quando este fora visitar determinada empresa e “ao lá chegar, foi-lhe pedido que informasse, para fins de seguro, qual o valor do laptop que portava. O professor disse que valia dois milhões de dólares, o que gerou surpresa e perplexidade do funcionário que o atendia pois, a seu ver, o computador não poderia valer mais do que dois mil dólares. A isto aquele professor respondeu que, efetivamente, os átomos do computador valiam cerca de dois mil dólares, mas os *bits* (*softwares*, banco de dados etc.) nele contidos valiam seguramente dois milhões de dólares”. (Ibid., p. 18-19).

Draetta<sup>182</sup> ressalta

I problemi di diritto sostanziale che sorgono in relazione alla tutela dei beni immateriali utilizzati attraverso *Internet* sono tutti riconducibili alla tensione esistente tra la territorialità dei diritti su tali beni e la natura immateriale e delocalizzata di *Internet*, la quale consente con estrema facilità pressoché a chiunque l'accesso, contemporaneamente in qualsiasi parte del mondo, ad opere protette dal diritto d'autore e l'utilizzazione di segni distintivi ugualmente protetti<sup>183</sup>.

A desmaterialização destacada pelo autor se refere aos direitos autorais, também muito estudados atualmente, mas que, no entanto, não serão objeto deste trabalho, cumprindo apenas destacar que a situação verificada se dá em diversos segmentos jurídicos.

E essa crescente desmaterialização realizada pelos meios eletrônicos foi muito bem recebida pelos mercados financeiros desde os primórdios da tecnologia digital. Da mesma forma, possível afirmar que no Brasil, a tecnologia informática (assim entendida no sentido amplo) como um fenômeno que se verificou, teve muita influência pelas iniciativas dos fornecedores de serviços bancários, financeiros e de créditos.

Afinal,

Depois dos bancos<sup>184</sup> e das empresas administradoras de cartão de crédito (desmaterialização da escrituração bancária, das cobranças e dos

---

<sup>182</sup> DRAETTA, Ugo. *Internet e commercio elettronico: nel diritto Internazionale dei privati*. In: *CONTRATTI e commercio internazionale*. 2. ed. riveduta e aggiornata. Milano: Giuffrè, 2005, p. 137.

<sup>183</sup> Tradução livre: "Os problemas de direito material que surgem em relação à proteção dos bens imateriais utilizados por meio da *Internet* estão ligados à tensão existente entre a territorialidade sob tais direitos e a natureza imaterial e deslocalizada da *Internet*, a qual permite com extrema facilidade que praticamente qualquer pessoa acesse, simultaneamente, em qualquer lugar do mundo, as obras protegidas por direitos autorais e a utilização de sinais distintivos igualmente protegidos".

<sup>184</sup> Cláudia Lima Marques faz interessante exposição sobre a transposição dos serviços bancários prestados antigamente (nem tão antigo assim!) e os hodiernamente encontrados nas instituições financeiras, referindo: "A extrema despersonalização dos serviços bancários – e o surplus em confiança do consumidor que isto representa (por exemplo, em vez de o indivíduo ir a um caixa humano, hoje ele preenche um 'saquinho', retira uma parte pontilhada com um número, preenchida à própria mão, coloca seu dinheiro e cheques no 'saquinho' e entrega) – fora da agência, na entrada, ao lado do caixa eletrônico, em um buraco ou caixa – o seu 'depósito'; e ao mesmo tempo, empurra em baixo (sic) do leitor ótico uma fatura com código de barras e autoriza o 'pagamento' daquele 'boleto' no caixa eletrônico, que imprime um comprovante, grampeado – em casa – na fatura, tudo sem encontrar outra pessoa além da que a juvenil 'moça', que – com um sorriso – lhe impede de entrar na agência e indica gentilmente onde fica o 'saquinho' para ser preenchido com toda a confiança!). Também, há de ser considerada a fantástica desmaterialização dos serviços, sendo eles cada vez mais prestados à distância ou de forma virtual (telebanking, home-banking, Internet-banking) não podia passar despercebida do Direito. Daí a União Européia ter elaborado uma diretiva especialmente sobre os serviços financeiros prestados à distância". (MARQUES, 2004, p. 128)

extratos etc.), foram as bolsas de valores que, à procura desta agilidade operativa, típica dos meios eletrônicos, desenvolveram a desmaterialização dos valores (papéis negociáveis e títulos em geral). Posteriormente, veio a fase da interconexão bancária e das instituições financeiras e da informação *on-line* para clientes, fase que ainda estamos vivenciando no Brasil, para se seguir – caso a evolução seja semelhante à da Europa – a fase da contratação eletrônica com clientes (financiamentos *on-line* etc.) e envio de valores por meio eletrônico (*e-cash*, realimentação eletrônica de cartões de compra e *chips* de dinheiro eletrônico etc.)<sup>185</sup>.

A situação levantada pela autora segue evolução semelhante à Europeia, considerando já ser possível atualmente no Brasil a transação eletrônica de financiamentos, empréstimos, bem como o envio de valores por meio eletrônico.

Como afirma Lima Marques<sup>186</sup> sobre o ponto:

Para lá destes métodos de contratação em massa, o contrato do comércio eletrônico propõe um desafio a mais que é a sua imaterialidade, típica do meio virtual, já que não é semelhante aos contratos não-formais e orais, pois, como vimos a contratação é ‘em silêncio’, nem sempre uma contratação semelhante à troca de correspondências, é um contrato escrito (mas há certa dificuldade de achar no site onde se encontram as condições gerais contratuais ou de perenizar o texto do contrato firmado), tudo a criar um problema de prova da contratação ou de seu conteúdo e momento. E, muitas vezes, o próprio objeto do contrato é imaterial, assim como o vício do ‘objeto’ é informacional!.

Para a autora a Rede Mundial (*Internet*) é um meio desmaterializado de distribuição de bens e fornecimento de serviços aos consumidores, podendo ser utilizado de diversas formas pelos fornecedores<sup>187</sup>. O contrato eletrônico, então, é

---

<sup>185</sup> MARQUES, 2004, p. 127-128.

<sup>186</sup> *Ibid.*, p. 78.

<sup>187</sup> “Os fornecedores do comércio eletrônico podem, em um crescendo: 1. usar a Internet somente como instrumento de marketing, publicidade, apresentação de seus produtos e comunicação comercial (inclusive ofertas direcionadas a determinados clientes!), mas reservar a conclusão do contrato para que seja feita por meios tradicionais (por exemplo: ‘visite nossa fábrica neste domingo, traga este anúncio impresso e receberá 10% de desconto’); isto é, usar a Internet como instrumento auxiliar de ‘distribuição’ (*Vertriebsunterstützung*) de seus produtos e serviços aos consumidores finais, mas a conclusão dos contratos e a distribuição propriamente dita é *offline*; 2. usar a Internet não só como meio prévio e auxiliar na distribuição de seus produtos e serviços (*Vertriebsunterstützung*), mas como plataforma para a conclusão do contrato (*Vertragschluss*). Porém, a execução do contrato (*Vertragsabwicklung*) e a distribuição física, por exemplo, o envio de CDs, DVDs, livros, é realizada fora da Internet (*off-line*); 3. usar a Internet tanto para a comunicação comercial (*Vertriebsunterstützung*), como plataforma para a conclusão do contrato (*Vertragschluss*), e para a execução do contrato (*Vertragsabwicklung*), por exemplo, enviando *on-line* (meio eletrônico) as músicas, os filmes, os dados ou *e-books* requeridos pelos consumidores. Nos dois primeiros graus de utilização da Internet no comércio eletrônico, os produtos ou serviços objeto do negócio jurídico podem ser digitais (*software*, *hardware*, informações, sons e alguns serviços bancários) ou não digitais, *non-digital-goods* ou *hardgoods*, bens tangíveis (móveis, roupas, automóveis ou a entrega de quantia financiada etc.) ou de intermediação (reservas de hotéis, restaurantes, *shows*, museus, passagens aéreas etc.). No terceiro grau, apenas a distribuição de bens intangíveis e serviços digitais é possível”. (*Ibid.*, p. 79-80).

concluído sem que haja uma forma física, sendo desmaterializado como *bits* e códigos binários.

Ressalta ainda que a linguagem contratual também se apresenta de modo completamente diferente, pois virtual num primeiro momento (direcionamento do *mouse* ou 'lápiz' eletrônico para o *click* de aceitação, estando o *écran* repleto de imagens, figuras, sons, lembretes escritos, cores etc.) e, num segundo momento, as cláusulas gerais do contrato relacionadas em uma janela sob a forma escrita, as quais na maioria das vezes podem ser 'baixadas' (*downloaded*)<sup>188</sup>.

E o erro na contratação, na expressão da vontade e/ou na execução dos passos designados na avença pode acontecer mais frequentemente, cujo fenômeno era conhecido no Direito Internacional Privado como "risco linguístico", em face da contratação internacional em linguagem estrangeira. No contrato eletrônico o risco da não compreensão não se refere à língua utilizada, o que até pode ser um fator, mas do uso da linguagem digital e do pouco hábito do consumidor em realizar negócios por meio eletrônicos que, embora já seja muito maior do que há 10 anos, ainda não aderiu à rotina das pessoas como primeira opção na hora de escolher onde contratar.

Nesses casos, "o fornecedor no comércio eletrônico tem que estar atendo (sic) a isto e permitir ao consumidor facilmente corrigir seu erro e desfazer o negócio"<sup>189</sup>.

Lorenzetti explica que "a entrega de um bem digitalizado, mediante o pagamento de um preço, é enquadrada por alguns como uma compra e venda e para outros como um serviço"<sup>190</sup>.

Como se percebe o comércio eletrônico atualiza o conceito de objeto do contrato, uma vez que as prestações contratuais dos contratos informáticos são imateriais (intangíveis). Assim, na linguagem deste comércio virtual comumente se vê a expressão "venda"<sup>191</sup> de serviços, dada a imaterialidade dos produtos e a fusão

---

<sup>188</sup> MARQUES, 2004, p. 81.

<sup>189</sup> Ibid., p. 83.

<sup>190</sup> LORENZETTI, 2004, p. 276.

<sup>191</sup> De Miguel Asensio apud Marques enfatiza que "[...] organizar uma tipologia dos contratos mais comuns na Internet com base no objeto (material ou imaterial) ou no tipo de prestação (dar ou fazer) não é mais útil nas circunstâncias atuais", sendo que para ele a classificação dos contratos na Internet deveria ser conforme a sua "finalidade": "negócios visando ao intercâmbio eletrônico de dados entre fornecedores (EDI), comércio eletrônico direto ou de bens intangíveis, comércio eletrônico indireto ou de bens tangíveis e contratos de consumo". Referindo a autora que "A observação tem fundamento, pois um contrato de 'venda' na Internet pode ser com prestação de

de serviços informáticos (organização de página *web*, de logística, de *site*, além de outros serviços deste tipo), nos quais o serviço é prestado, “[...] necessitando repassar, ou incluindo principalmente bens imaterializados, como um especial *software* ou programa, que é produto no sentido do Código de Defesa do Consumidor (art. 3º, §1º, combinado com a definição de bem ou coisa do Código Civil brasileiro de 2002)”<sup>192</sup>.

Na visão de Lorenzetti<sup>193</sup>

A contratação por meios digitais pode influenciar o mero veículo ou a própria elaboração da declaração de vontade negocial. Também poderá influir no objeto, na documentação, no caráter instantâneo ou na duração do vínculo, na tipicidade, em tudo aquilo que faça que as diversas hipóteses recebam tratamentos diversos.

Seguindo uma explicação sobre esses aspectos, o autor salienta diversas possibilidades: a) de um sujeito encaminhar um pedido de compra por *e-mail* e receber o produto pelo correio (aqui, somente a oferta e a declaração utilizam o meio eletrônico para o seu transporte); b) de o negócio jurídico ser celebrado por meio de dois computadores programados (o meio eletrônico é utilizado para transportar e elaborar a declaração, havendo um vínculo “interativo e automático”<sup>194</sup>, pois se discute e cria no meio digital); c) de o bem adquirido ser digital, quando o meio, então, inclui não apenas a declaração, mas também o objeto da contratação; d) de as cláusulas serem escritas e assinadas digitalmente ou o contrato ser realizado *on-line*, no entanto, os documentos escritos e enviados pelo correio; e) de a contratação ser em redes fechadas e possuir habitualidade e duração prolongada, quando nas redes abertas o vínculo é ocasional; f) de, em função do objeto do contrato, a tipificação legal de um bem ser afetada pelo meio eletrônico (casos de matéria tributária e alfandegária, com a ampliação de conceitos de bens para abarcar as novas hipóteses); e, g) de no caso da comunicação ser interativa, o consentimento é instantâneo, mas em outros casos há um espaço temporal intermediário entre a

---

dar ou de fazer. Por mais chocante que isto pareça, a verdade é que no novo jargão ‘eletrônico’ existem contratos de ‘venda’ de serviços ou dados na Internet. Um contrato de serviços eletrônico de varredura e atualização de instrumentos de combate a vírus e *hackers* pode significar um dar, pois os *softwares* são ‘bens’ na definição do Direito do Consumidor (art. 3.º, § 1.º, do CDC) e não serviço *stricto sensu*”. (MARQUES, 2004, p. 198-199)

<sup>192</sup> Ibid., p. 84.

<sup>193</sup> LORENZETTI, 2004, p. 275.

<sup>194</sup> Ibid.

oferta e a aceitação, influenciando na qualificação do contrato(entre presentes ou ausentes).

Cassano<sup>195</sup> explica

Nella tradizionale formazione di gran parte dei rapporti giuridici vi è un elemento formale, radicato nel tempo, legato all'esigenza di documentare gli stessi rapporti in un supporto cartaceo ove è apposta, come rassicurante suggello, la sottoscrizione autografa. Questo formalismo cartaceo, tuttavia, non può tenere il passo dello sviluppo della società dell'informazione, che tende alla globalizzazione dell'economia giovandosi di tramiti immateriali come Internet. [...] Possiamo affermare, allora, che il polveroso formalismo cartaceo del diritto sta per essere sostituito o, comunque, affiancato da un trasparente aformalismo telematico sul quale sarà costruito il diritto del futuro.

È anche vero, d'altro canto, che non sempre la materialità cartacea si presenta come indispensabile strumento per la formazione dei rapporti contrattuali tradizionali. Nel commercio spicciolo, di quotidiana consumazione, si preferiscono forme più agili di quelle cartacee: nessuno ricorre, ad esempio, ad una scrittura privata per l'acquisto dei comuni beni di consumo. In questo vasto settore del commercio, dunque, i contratti si concludono spesso verbalmente o, comunque, con forme libere, anche se normalmente ciò avviene tra contraenti presenti e, potenzialmente, identificabili.

Transferendo questa tipologia di commercio su Internet, l'immaterialità della Rete non provoca grandi differenze. Anche in tal caso, infatti, non si avvertirà la necessità di particolari neri formali per concludere i contratti, soprattutto se di modesto valore. [...] In effetti, non essendoci un substrato cartaceo che alimenta il commercio più comune, non v'è alcuna esigenza di trovare un suo equivalente digitale.

In tali casi è sufficiente, per la conclusione dell'accordo su Internet, un veloce *point and click*, senza inutili formalismi: ulteriori oneri, non necessitati dall'obbligo di adottare determinate forme, costituirebbero un impedimento allo sviluppo del commercio elettronico.

L'aformalismo telematico, dunque, giustifica l'ampia diffusione dei contratti *point and click* nella Rete. I consumatori si collocano, per la tipica semplicità delle loro esigenze commerciali, proprio in questo contesto.<sup>196</sup>

<sup>195</sup> CASSANO, Giuseppe. Commercio elettronico e tutela del consumatore: a cura di Giuseppe Cassano. IL DIRITTO Privato Oggi: serie a cura di Paolo Cendon. Milano: Giuffrè, 2003. p. 189-190.

<sup>196</sup> Tradução livre: "Na tradicional formação da maioria das relações jurídicas há um elemento formal enraizado no tempo, ligado à exigência de documentar as mesmas relações num suporte de papel, no qual é aposta, como tranquilizante 'selo', a assinatura. Este formalismo cartáceo, contudo, não pode acompanhar o desenvolvimento da sociedade da informação, que tende à globalização da economia valendo-se de intermediários como a Internet. [...] Podemos afirmar, então, que o 'empoeirado' formalismo cartáceo do direito está prestes a ser substituído, no entanto, apoiado por um 'transparente aformalismo telemático', sob o qual será construído o direito do futuro. Também é verdade, por outro lado, que nem sempre a materialidade do papel se apresenta como instrumento indispensável para a formação das relações contratuais tradicionais. No comércio 'de moedas' (mercantil), de consumo diário, são preferidas formas mais ágeis que o papel: por exemplo, não se recorre a uma escritura privada para a aquisição de bens de consumo comuns. Nessa vasta área do comércio, portanto, os contratos são celebrados, em geral, verbalmente, entretanto, com formas livres, também normalmente isso acontece entre as partes presentes e potencialmente identificáveis. Transferindo esse tipo de comércio para a *Internet*, a imaterialidade da rede não causa grandes diferenças. Também nesse caso, de fato, não haverá a necessidade de especiais formas de contrato, especialmente se de baixo valor. [...] Na verdade, não servindo um instrumento de papel ao comércio mais comum, não há necessidade de encontrar um equivalente digital seu. Em tais casos, é suficiente para a conclusão do contrato na Internet, um rápido *click (point and*

A desmaterialização do instrumento contratual e do objeto do contrato para o Direito do Consumidor não é novidade, considerando ser comum a contratação oral nesse âmbito, bem como as condutas sociais típicas como, por exemplo, o fato de uma pessoa utilizar um ônibus para realizar seu transporte e, com isso, concluir contrato de transporte de consumo, pois como ensina Lima Marques “foi o primeiro microsistema jurídico a tratar de maneira uniforme as obrigações de dar [...] e as obrigações de fazer[...]”<sup>197</sup>.

Para a autora<sup>198</sup> o desafio<sup>199</sup> nesse momento “[...] é a extrema desmaterialização que ocorreu nos negócios jurídicos do comércio eletrônico”, sendo a reação do Direito “[...] a adaptação de suas normas a este fenômeno”, com a ideia de validar o negócio jurídico concluído pela *Internet*.

E, aqui interessam, os reflexos e as características dessa imaterialização dos contratos eletrônicos, em especial, ao objeto da relação negocial e ao meio de execução em que este será fornecido e/ou prestado.

### 3.1.1 As especificidades na contratação virtual direta

Toda a contratação feita dentro da esfera eletrônica constitui os chamados ‘contratos eletrônicos’ em sentido amplo e que possuem uma classificação com base em diferentes critérios, tais como: quanto às partes envolvidas, quanto à forma da contratação, quanto ao meio em que se executam, quanto à execução em si, quanto ao objeto e quanto à rede.

Assim entende Martins ao afirmar que

No que diz respeito à colocação do produto em circulação, os contratos eletrônicos de consumo via Internet podem compreender duas modalidades:

---

*click*), sem formalismos desnecessários: obrigações posteriores não necessitam da adoção de determinadas medidas, constituindo um impedimento para o desenvolvimento do comércio eletrônico.

O ‘aformalismo’ telemático, portanto, justifica a ampla difusão dos contratos *point and click* na Rede. Os consumidores se encontram pela típica simplicidade de suas necessidades comerciais, própria nesse contexto”.

<sup>197</sup> MARQUES, 2004, p. 119.

<sup>198</sup> Ibid.

<sup>199</sup> Também Greco coloca como outra situação a ser verificada com a desmaterialização geral trazida pelas transações eletrônicas, pertinente aos reflexos que serão gerados em relação ao exercício da função jurisdicional, pois, “por um lado, a virtualização dos bens e a mobilidade de pessoas e atividades dificultam a aplicação dos provimentos judiciais, desde os cautelares (por exemplo, apreensão do conteúdo de um ‘site’) até os ligados ao próprio conteúdo da prestação jurisdicional (sua execução)”. (GRECO, 2000, p. 15.)

o comércio eletrônico indireto, denominado no direito norte-americano *indirect e-commerce*, quando o bem for entregue fisicamente pelos meios tradicionais, de forma diferida ou retardada, por exemplo, na aquisição de um automóvel, ou o comércio eletrônico direto, *direct e-commerce*, caso em que não somente a formação, como também a execução do ajuste, ocorre por meio eletrônico, por exemplo, no caso da aquisição de um *software*.<sup>200</sup>

Podemos caracterizar os contratos eletrônicos quanto às partes envolvidas da seguinte forma: entre comerciantes (*Business to Business B2B*), em que ambas as partes, por meio eletrônico, realizam operações negociais; e, entre empresas e consumidores (*Business to Consumer B2C*).

A diferença destes está no que tange ao regime protetivo (Direito Interno ou Internacional). No Brasil, o Código de Defesa do Consumidor tem aplicação obrigatória, sendo que o consumidor com domicílio no país terá o julgamento da lide feito pelos Tribunais brasileiros (conforme previsto no art. 101, inciso I, do CDC). Já na Europa, a proteção vincula-se ao fato de o consumidor estar no país de sua residência no momento da contratação e que parte das prestações, objeto do contrato, seja executada neste. Do contrário, se entende que o consumidor assumiria os riscos do contrato, perdendo o direito a um tratamento privilegiado e aplicando-se as regras do Direito Internacional Privado.

Há, também, os contratos eletrônicos *Peer-to-Peer* – P2P, quando as partes envolvidas interagem com a troca de arquivos, por meio do sistema conhecido como *peer-to-peer file sharing*, sendo irrelevante a qualidade de consumidor ou comerciante, alternando-se estas entre si. Aqui, não há dependência pela qualidade das partes, mas pelo sistema em que elas interagem, sendo que a relação estabelecida, em geral, envolve caso de violação à propriedade intelectual, podendo ser citado o famoso caso Napster<sup>201</sup>. Ou, ainda, os contratos *Business to Administration* – B2A e *Consumer to Administration* - C2A, quando a relação for entre empresa e Administração Pública ou consumidor e esta, respectivamente.

Seguindo a classificação contratual, pode-se também diferenciá-los quanto à forma de contratação, quando serão: a) *interpessoais*, nos quais se utiliza um meio

---

<sup>200</sup> MARTINS, Guilherme Magalhães. **Responsabilidade civil por acidente de consumo na internet**. Prefácio Gustavo Tepedino; apresentação Cláudia Lima Marques. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 132.

<sup>201</sup> *A&M. Records, Inc. Sony Music Entertainment, Inc., others v. Napster, julgado pelo United States Court of Appeal for He 9th Circuit*, em 12 de fevereiro de 2001. Decisão disponível em: [http://www.Droit-technologie.org/jurisprudences/US\\_appeal\\_9th\\_circuit\\_napster\\_opinion\\_120201.pdf](http://www.Droit-technologie.org/jurisprudences/US_appeal_9th_circuit_napster_opinion_120201.pdf). Acesso em 24 out. 2009. Napster, um conhecido serviço de troca de arquivos, foi acionado por alguns titulares de direitos autorais que alegavam que o serviço por ele prestado facilitava infrações aos direitos de autor.



telemático como forma de comunicação entre as partes, podendo elas interagir de forma simultânea ou não (exemplo típico – *e-mail*, sendo os contratos originários desta relação similares aos por correspondência e o verbal a distância ou por telefone), sendo sua característica principal o fato de necessitar de uma ação humana tanto para a emissão da mensagem referente à oferta (origem) como para sua aceitação; b) *interativos*, em que a pessoa interage com o sistema, que é um programa que facilita o acesso a banco de dados, com funções múltiplas, numa certa página *web* (forma predominante de contratação no comércio eletrônico, p. ex.: contratos de adesão); e, c) *intersistêmicos*, no qual computadores são utilizados como meio de convergência das vontades estabelecidas anteriormente.

Essas formas para Santos e Rossi<sup>202</sup> “[...] derivam das formas de comunicação eletrônica viabilizadas a partir da conjugação das tecnologias de computação com as tecnologias de telecomunicações, e sua aplicação, inclusive com finalidades comerciais, antecede o advento da Internet”.

Classificam-se, também, quanto ao meio em que se executam: *indiretos*, cuja execução da obrigação principal se faz dentro dos moldes tradicionais; e, *diretos* (*Contracts Performed Online* - CPO), em que a execução da obrigação objeto do contrato é feita na rede, podendo ser a entrega de produto ou serviço virtual em um meio intangível. Nesta modalidade, não importa como tenha sido prestada a obrigação pecuniária.

E, quanto à execução, poderá ser: *eletrônica*, quando todas as prestações são cumpridas eletronicamente, inclusive a de pagamento (*Contracts Performed Entirely Online*); *não eletrônica*, em que todas as prestações são cumpridas fora da rede, sendo apenas a publicidade e os primeiros contatos feitos por meio eletrônico (ex. compra de um computador via *Internet*, com pagamento em espécie); e, *mista*, na qual algumas prestações são executadas *on-line*.

Por fim, classificam-se quanto ao objeto, sendo: *de fornecimento de bens* (*supply of goods*), aqueles que, embora a contratação seja feita *on-line*, a execução se dará por meios tradicionais em função dos bens adquiridos, por exemplo, a compra de livro pelo *site Amazon.com*; *de fornecimento de serviços não eletrônicos* (*supply of non-electronic services*), que são contratos de serviços que, embora

---

<sup>202</sup> SANTOS, Manoel J. Pereira dos; ROSSI, Mariza Delapieve. Aspectos legais do comércio eletrônico – Contratos de adesão. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 36, out./dez., 2000, p. 111.

celebrados *on-line*, pela sua natureza serão executados de forma tradicional (como a compra de ingressos para uma peça de teatro); e, *de fornecimento de serviços por meio eletrônico (supply of electronic services, eletrônicos diretos ou performed online)*, que são os que têm por objeto serviço com execução que somente pode se dar pela rede, por exemplo, o *download* de programas, um contrato de acesso etc.

Com relação às partes envolvidas, no comércio eletrônico, existem os prestadores de serviços da sociedade de informação, os prestadores de serviços intermediários e, os destinatários dos serviços, conforme se depreende da Diretiva 2000/31/CE<sup>203</sup>.

Nos contratos eletrônicos, sejam eles diretos ou indiretos, pode-se dividi-los, no que tange às partes envolvidas, pelas seguintes espécies: a) *content service provider - CSP (information service provider)*, usuários e *intermediary service provider - ISP*. No entanto, alguns juristas<sup>204</sup> preferem classificá-los em: partes comunicantes e *intermediary service providers*.

Então vejamos algumas considerações acerca das partes comunicantes. Os *content service providers* (CSPs), proveem a *Internet* com informações, não realizando atividade de intermediação técnica. Eles se valem da tecnologia que permite a transmissão eletrônica de dados, disponibilizada pelos ISPs. Por exemplo: sites como *submarino.com*, *google.com*. Os *users* (destinatários finais, conforme definido pela referida Diretiva), buscam as informações na rede para uso profissional ou doméstico, sejam eles consumidores ou não.

No entanto, a análise mais detida sobre as diferentes partes envolvidas nessa comunicação, em especial, os provedores de acesso, bem como sobre as normas estabelecidas pelas Diretivas Europeias, serão vistas num segundo momento, após a que se refere aos contratos eletrônicos diretos.

Por ora, o estudo será feito com base nos contratos eletrônicos cuja execução da obrigação objeto do contrato é feita na rede (diretos), sendo o meio eletrônico fundamental para a entrega do objeto adquirido e/ou prestação do serviço contratado.

---

<sup>203</sup> COMUNIDADE EUROPEIA. **Directiva 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 08 de junho de 2000. Relativa a certos aspectos legais dos serviços da sociedade de informação, em especial do comércio eletrônico, no mercado interno (Directiva sobre comércio eletrônico)**. Disponível em: <[http://www.ancp.gov.pt/Legislacao/Documents/directiva\\_2000\\_31.pdf](http://www.ancp.gov.pt/Legislacao/Documents/directiva_2000_31.pdf)>. Acesso em: 15 dez. 2009.

<sup>204</sup> TELLINI, 2006, p. 60.

Os contratos eletrônicos diretos são aqueles cuja execução da obrigação principal é feita eletronicamente, por exemplo, a transação de bens intangíveis como o *download* de um arquivo de música.

Importante mencionar a definição de bem intangível/imaterial<sup>205</sup> pelo dicionário da língua portuguesa, qual seja, de ser aquela ‘propriedade’ ou ‘coisa’ (bem) que “*não se pode tanger, tocar, pegar*”, que é ‘impalpável’. Como também, pode-se dizer, ser um bem incorpóreo, pois “*não é constituído de matéria*”.

Para Lawand<sup>206</sup> os contratos eletrônicos podem ser formados *on-line* ou *off-line*, cuja terminologia é aplicada como sinônimo da classificação de direto ou indireto, respectivamente. Explica que estes contratos eletrônicos (*on-line* ou *off-line*) são duas formas de se realizar contratos pela *Internet*, em que se vendem ou compram serviços e bens que podem ou não ser ‘digitalizados’. Assim, o termo *on-line* é empregado em razão de o contrato ser realizado integralmente no entorno digital.

O referido autor exemplifica como hipóteses de contratação eletrônica *off-line*: a) a realização do contrato mediante oferta por sistema de informática, no qual a oferta é realizada no ambiente virtual e a aceitação enviada pelos meios ordinários já conhecidos; b) a realização do contrato mediante aceitação do sistema de informática, sendo que a proposta realizou-se através dos meios convencionais; e, c) a realização do contrato mediante oferta e aceitação por sistema de informática, de forma que a interação não seja concomitante, mas resultado em contrato inteiramente aperfeiçoado no ambiente virtual.

Todavia, para Tellini<sup>207</sup>, o contrato eletrônico ‘direto’ caracteriza-se por ter a *execução* da obrigação acertada feita totalmente *on-line*, além de o seu objeto ser a prestação de serviço eletrônica (chamados *Contract Performed Online* – CPO).

A jurista afirma que “*a intangibilidade da prestação é da essência desta espécie de contratos*”, sendo a execução aqui “*relativa à obrigação principal, ou, melhor dizendo, à prestação característica do contrato*”<sup>208</sup>. Tanto que o pagamento pode se dar pela forma tradicional (cheque, dinheiro etc.) como por meio eletrônico (transferência eletrônica, cartão de crédito, *e-money* etc.).

---

<sup>205</sup> Para Lima Marques “a discussão hoje sobre a natureza dos ‘bens virtuais’ é tão grande, que está tomando conta dos trabalhos da Uncitral e da OMC”, citando os *sites* para consulta das instituições: <<http://www.uncitral.org>> e <<http://www.wto.org>>. (MARQUES, 2004, p. 127).

<sup>206</sup> LAWAND, 2003, p. 83.

<sup>207</sup> TELLINI, 2006, p. 69.

<sup>208</sup> *Ibid.*

Ainda, esta classificação pode ser aplicada mesmo nos contratos em que seja remetido posteriormente o bem material ao adquirente, como uma 'cópia de segurança', o qual se teria como um acessório à obrigação principal.

Já para Santos e Rossi<sup>209</sup> uma das formas de classificação dos contratos eletrônicos se dá quanto à forma como eles são executados e, por este critério, o comércio eletrônico comporia duas modalidades: a direta e a indireta. Sendo a direta aquela em que o “[...] objeto do contrato eletrônico tem natureza intangível, que permita sua execução no ambiente virtual”, incluindo-se aqui o download de programas de computador, de vídeo games, de CDs e livros digitalizados, prestação de serviços como traduções, manutenção remota de programa de computador etc.. E, nesses casos, “[...] também o pagamento pode ser efetuado eletronicamente, seja mediante o uso de cartão de crédito, seja mediante *Electronic Fund Transfer – EFT*’.

Em contrapartida, a modalidade indireta é a que o objeto do contrato eletrônico “[...] tem natureza tangível, ou, ainda que intangível, que não permita sua execução no ambiente virtual”, situações em que se encontram o fornecimento de bens físicos e a prestação de serviços que requeiram atividades fora do ambiente eletrônico (conserto de objetos, instalação de equipamentos, serviços em geral, dentre outros).

A jurisprudência brasileira ainda é vaga sobre o assunto, não adentrando no mérito sobre o que entende ser contratação eletrônica direta ou indireta, apenas referindo a ocorrência da comercialização por este meio virtual. Também é escassa, não permitindo até o momento, uma análise e discussão sobre as decisões judiciais proferidas, além do que, verifica-se uma indeterminação acerca do entendimento da espécie de contrato realizado entre as partes quando da aquisição de um bem intangível, se ele se dá por meio de uma prestação de serviço ou por uma compra e venda, como também referido anteriormente sobre a questão.

Tal afirmativa se faz possível face aos seguintes julgados encontrados nos Tribunais estaduais brasileiros, conforme se pode depreender dos a seguir analisados.

Sobre a possibilidade de devolução de valores pagos para aquisição de pacote de jogos, em face de o *download* ter se dado de forma incompleta, por falha na prestação de serviços da operadora de telefonia móvel:

---

<sup>209</sup> SANTOS; ROSSI, 2000, p. 115.

TELEFONIA MÓVEL. COBRANÇA CUMULADA COM REPARAÇÃO DE DANOS. CONTRATAÇÃO DE PACOTE DE APLICATIVOS (JOGOS). DOWNLOAD INCOMPLETO. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO DE DEVOLUÇÃO DA QUANTIA DESPENDIDA. DANOS MORAIS INOCORRENTES. HIPÓTESE DE MERO DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL, SEM OFENSA A DIREITOS DA PERSONALIDADE. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO PARA AFASTAR OS DANOS MORAIS.<sup>210</sup>

Entendeu o relator que a má prestação do serviço foi inconteste, “[...] na medida em que o mero lançamento da cobrança não indica ter este sido prestado corretamente, conforme arguido pela ré como base de sua defesa”. Assim, a mera cobrança não enseja a regularidade da prestação do serviço, devendo ser elidido o direito alegado pela parte autora com prova que evidencie ter ela ‘baixado’ integralmente os aplicativos contratados. Na hipótese acima, não foi oportunizado tal prova pela parte ré e a sentença foi de procedência do pedido de devolução dos valores pagos pela aquisição daqueles.

Relativamente aos danos morais, verificou a corte que, no caso dos autos, a situação não ultrapassou os meros incômodos, inerentes à vida cotidiana e por isto mesmo não era passível de indenização por dano à esfera pessoal. A alegada perda de tempo em horário comercial, com ligações que teriam perdurado por mais de uma hora, por si só, não enseja o dano moral, conforme manifestou o relator. “Se não houve a prestação integral do serviço, a solução consiste, como visto, em condenar a ré a devolver a quantia despendida, em dobro, mas não dá azo à reparação por danos morais”.

Situação semelhante se mostra no julgado abaixo, no qual a parte ajuizou ação de declaração de inexistência de débito, com pedido de devolução das quantias indevidamente cobradas, considerando a cobrança indevida de serviços de *downloads*, não contratados.

Prestação de serviços - Telefonia móvel - Declaratória de inexistência de dívida e devolução em dobro de quantias indevidamente cobradas nos últimos cinco anos. Aumento exagerado das contas de telefone celular por cobrança de serviços de dados em alta velocidade (*downloads*) não utilizados para acesso à Internet. Sentença de improcedência reformada. Recurso parcialmente provido.

1. Ao contrato em questão, de prestação de serviço de telefonia móvel aplicam-se as normas do Código de Defesa do Consumidor (CDC), em

---

<sup>210</sup> RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. 3ª Turma Recursal Cível. Recurso Inominado n. 71002480846. Relator: Dr. Eugênio Facchini Neto. Julgado em: 27 maio 2010.

especial a possibilidade de inversão do ônus da prova nos termos do art. 6º, inciso VIM, em razão da hipossuficiência do consumidor frente ao prestador de serviço.

2. Competia à ré comprovar a licitude e exigibilidade dos valores em cobrança, que haveriam de corresponder ao plano contratado e à efetiva prestação de serviço, com o fornecimento de todas as informações suficientes e adequadas sobre a fruição e riscos, visto como é ela quem tem o monopólio de todos os mecanismos de controle das especificidades do que foi contratado e do serviço que foi prestado.

3. Não o fazendo a fornecedora de serviços, o débito é inexigível, determinando-se a devolução dos valores pagos, com correção monetária a partir de cada desembolso e juros de mora a partir da citação, apenas quanto as contas comprovadas.

4. Restituição em dobro indevida, visto como não comprovada má-fé da credora. Recurso parcialmente provido para acolhimento parcial do pedido.<sup>211</sup>

Aqui, determinada a intimação da operadora de telefonia móvel, ré no processo, a esclarecer sobre o contrato de prestação de serviços de "dados de alta velocidade", "supostamente celebrados com o autor, juntando cópia do que necessário", essa determinação não foi cumprida, pois a ré se limitou a juntar cópia de impresso informativo sobre os sistemas "WAP" (*Wireless Application Protocol*) e "VIVO DOWNLOADS" (aplicativos para jogos, dicionários, notícias, entretenimento, etc.), sem apresentar o contrato de prestação de serviços desses sistemas que teria sido firmado pela parte autora. Segundo esses informativos, "não é necessário nenhum cadastro ou assinatura de contrato para utilização, todos os telefones compatíveis com Vivo Wap já estão habilitados para o uso" e "o próprio cliente acessa o serviço através do celular e tem a opção de escolher qual o tipo de cobrança deseja". Apesar disso, o relator verificou que em nenhum dos documentos justapostos à contestação havia registro inequívoco e incontroverso de que o autor tenha feito essas opções ou acessado a ré para aquisição desses serviços.

Assim, defendeu que competia à ré comprovar a licitude e exigibilidade da cobrança dos valores, evidenciando sua compatibilidade com o plano contratado e os serviços efetivamente prestados, porque é ela a prestadora do serviço e a quem incumbe provar nos autos ter prestado todas as informações suficientes e adequadas sobre a fruição e riscos da prestação de serviços contratada, visto como é ela quem tem o monopólio de todos os mecanismos de controle do que foi contratado e do serviço que foi prestado. E, então, não provada a legitimidade e

---

<sup>211</sup> SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. 29ª Câmara de Direito Privado. Apelação com Revisão n. 1.216..823-0/5. Relator: Des. Reinaldo Caldas. Julgado em: 26 ago. 2009.

legalidade da cobrança de valores e encargos acima do valor contratado, tem-se como prática abusiva a cobrança, nos termos do artigo 39, inciso X da Lei n. 8.078/90.

Na mesma linha alhures relatada, mostra-se o julgamento do recurso que segue:

CONSUMIDOR. TELEFONIA MÓVEL. COBRANÇA DE VALORES A MAIOR DO QUE O PLANO CONTRATADO. NÃO COMPROVAÇÃO DE UTILIZAÇÃO, PELA CONSUMIDORA, DOS SERVIÇOS DE JOGOS E DOWNLOAD. DEVER DE DESCONSTITUIÇÃO DO DÉBITO. ALEGAÇÃO DE DECISÃO *ULTRA PETITA* NÃO ACOLHIDA. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO IMPROVIDO.<sup>212</sup>

A Turma Recursal do Tribunal de Justiça deste Estado manteve a procedência do pedido de desconstituição de débito, pois a ré (operadora de telefonia móvel) não se desincumbiu de seu ônus de demonstrar a utilização dos serviços pela demandante, nem mesmo que os valores eram devidos. Ressaltando que “as meras informações cadastrais internas acostadas aos autos são provas unilaterais, sendo insuficientes para emprestar guarida à sustentação defensiva da ré, detentora de conhecimento técnico em relação serviços disponibilizados no mercado”.

Não obstante tais colocações, é de se questionar sobre a necessidade de diferenciação entre contratos eletrônicos diretos/indiretos dos denominados *on-line/off-line*, considerando que essa diferença apenas será importante para caracterizar o fato de a transação comercial ter sido realizada totalmente pelo meio digital ou não.

Questão importante sobre o assunto diz respeito ao direito de arrependimento do consumidor, pois na hipótese de contratação de bem/serviço imaterial sua aplicabilidade pode ser entendida como um abuso<sup>213</sup> por parte deste.

---

<sup>212</sup> RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. 2ª Turma Recursal Cível Recurso Inominado n. 71001834365. Relator: Dr. Afif Jorge Simões Neto. Julgado em: 01 abr. 2009.

<sup>213</sup> Em contrapartida, Stefan Ernst apud Marques alerta para o fato de que “[...] muitas vezes, na compra de *software*, enquanto o consumidor está abrindo o software, aparecem campos novos perguntando se ele está de acordo com as condições gerais contratuais da empresa e que, se o consumidor não aceita as impostas condições, o programa cessa de se abrir. O autor considera que esta prática é abusiva e que as condições não podem ser incluídas no contrato”. (MARQUES, 2004, p. 119).

Entende Lima Marques que a “formalidade informativa”, constante das exigências a serem cumpridas pelos fornecedores aos consumidores nos contratos eletrônicos quanto à forma destes (por exemplo, informações obrigatórias)

[...] tem direta ligação com a possibilidade de exercício do direito de arrependimento. Assim, se a nova ‘forma’ dos contratos eletrônicos à distância não é cumprida, o prazo de arrependimento ou reflexão dilata-se (por exemplo, na Diretiva Européia de 97/7, de quatorze dias para até três meses!), tornando toda a conclusão do contrato sob condição resolutiva.

Na Diretiva 97/7 sobre vendas a distância com *marketing* direto, da União Europeia, que será vista em momento posterior, bem como na palavra de Lorenzetti, esse direito não se aplica “[...] nos casos de contratos de bolsas de valores, compra de programas de computador e gravações de áudio e vídeo, assinatura de jornais e revistas, contratos de jogo ou loteria”<sup>214</sup>.

Como já referido no primeiro capítulo, o direito de arrependimento<sup>215</sup> previsto no art. 49 do CDC pode ocasionar problemas na hipótese dos contratos eletrônicos diretos em que a execução do objeto do contrato e este em si, traduzem-se na forma digital.

Impende transcrever o entendimento de Lima Marques sobre o assunto, quando afirma que com relação ao direito de arrependimento nas contratações a distância, para a maioria das legislações e, inclusive, a brasileira (citado art. 49 do CDC) o seu exercício “[...] é livre de forma, ou melhor, pode exercer-se por qualquer forma (carta, *e-mail*, *click* indicando o erro, fax, telefonema etc.)” e, portanto,

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 próprios uso e limite de custos!<sup>216</sup>.

---

<sup>214</sup> LORENZETTI, 2004, p. 400.

<sup>215</sup> Apenas a título de esclarecimento, consoante preconiza o art. 49 do CDC quanto à abrangência da expressão “fora do estabelecimento comercial”, considerar-se-á o local físico onde está instalado o fornecedor, seja a sede de uma empresa regularmente constituída ou a residência do empresário individual, tendo em vista ainda não ser possível que computadores e/ou meios eletrônicos contratem por si só, sem a intervenção humana para a organização das atividades econômicas de uma sociedade. Nesse sentido também ANDRADE, 2004, p. 108.

<sup>216</sup> MARQUES, 2004, p. 145-146.



Nesse sentido, um exemplo levantado pela jurista é o de encomendas falsas, feitas por crianças, hackers e quaisquer outras pessoas que não tenha real interesse, desde o início, em adquirir um produto e/ou contratar um serviço digital.

Nestas situações, caso a contratação envolvesse produto/serviço material (físico - palpável), ele poderia ser devolvido e/ou cancelado e o risco desta hipótese deve ser tido como parte da espécie de negociação (a distância)<sup>217</sup>, sendo a confiança do consumidor extremamente exigida (lembrando que o bem/serviço pode nunca ser entregue ou prestado ou, ainda, o tempo de espera pode ser longo, enquanto que o pagamento geralmente é feito de forma antecipada por aquele).

Todavia, quando se trata de bem/serviço intangível (imaterial)

[...] a execução geralmente segue imediatamente à contratação, daí a dificuldade de se identificar o erro. Mesmo assim, o direito de arrependimento do consumidor deve ser assegurado, não importando se ele tentou usar ou 'abrir' o produto imaterial (*wrap-agreements*). Mais difícil é o uso do direito de arrependimento, se o *software*, por exemplo, a música 'baixada' pela Internet, já foi gravada e escutada, ou o filme já foi utilizado ou visto [...]<sup>218</sup>.

Revela Leonardi que

Inicialmente, a doutrina sustentava que o direito de arrependimento seria inaplicável aos contratos celebrados online, por duas razões distintas: a) não haveria qualquer mecanismo de pressão que pudesse influenciar a manifestação de vontade do consumidor; e b) o comércio eletrônico ocorreria dentro de um 'estabelecimento virtual', não fazendo sentido falar em compra 'fora' do estabelecimento comercial.

[...] Entretanto, a jurisprudência brasileira rechaçou essas duas teorias, tendo em vista que ambas desconsideram o principal elemento que, em princípio, se justifica o exercício do direito de arrependimento pelo consumidor na contratação a distância, ou seja, 'fora do estabelecimento comercial': a discrepância entre o produto ou serviço esperado pelo consumidor e aquele efetivamente recebido.<sup>219</sup>

Continuando, afirma

[...] em razão de sua natureza, produtos e serviços digitais somente podem ser *examinados* por meio da Internet (normalmente diretamente no *website* que os oferece para aquisição), e nunca *fisicamente*. Assim, quando se

---

<sup>217</sup> Destaca-se que "[...] aqui este 'risco' para o consumidor não advém do meio eletrônico e sim da contratação à distância, não sendo substancialmente outro do que a compra por catálogo ou por correspondência". (MARQUES, 2004, p. 146).

<sup>218</sup> Ibid., p. 146-147.

<sup>219</sup> LEONARDI, Marcel. Produtos e serviços digitais e direito de arrependimento. **Revista de Direito de Informática e Telecomunicações**, Belo Horizonte, v. 1. n. 1, jul./dez. 2006, p. 148-149.

adquire um produto digital ou se contrata um serviço prestado exclusivamente *online*, o consumidor não é surpreendido nem frustrado em suas expectativas, pois tem a oportunidade de examiná-los previamente ***tal como eles são***, realizando esse exame *do único modo possível*, diretamente no meio eletrônico. Em razão disso, o que inviabiliza o exercício do direito de arrependimento pelo consumidor nessas hipóteses não é, propriamente, o *local* em que os produtos ou serviços foram adquiridos, mas sim a própria *natureza* desses produtos ou serviços. Não se trata de invocar o superado conceito de 'estabelecimento virtual', mas sim de reconhecer que *a própria natureza de produtos digitais e de serviços prestados exclusivamente online afasta os elementos que justificam a aplicação do direito de arrependimento*, pois o consumidor pode avaliá-los previamente, sem surpresas posteriores.

Todavia, data vênua o entendimento acima exposto, há que se considerar a possibilidade de o consumidor ao adquirir produto e/ou serviço digital não ter sua expectativa garantida, pois diferentemente do que é dito, não tem como examiná-los previamente. Um exemplo disso é a situação em que o consumidor adquire um áudio que acredita possuir determinado conteúdo (considerando a não disponibilização deste anteriormente à conclusão do negócio jurídico), no entanto, ao realizar o *download* do arquivo e ouvi-lo, verifica não ser o conteúdo que esperava ter adquirido. E, assim, não há como se ter inaplicável o direito de arrependimento inserido nesta hipótese.

Ou ainda, no caso de um consumidor adquirir *software* para utilização de determinado programa em seu computador, o qual promete infinitas funções que, também, após o *download* do arquivo do programa e sua correta instalação no aparelho eletrônico do consumidor, este verifica que ele não corresponde às suas expectativas em função da *impossibilidade de conhecimento prévio do funcionamento deste*.

Lógico que a questão está longe de admitir o direito de arrependimento de forma absoluta ao consumidor quando se tratar de contratação eletrônica de bens intangíveis, mas, tendo em vista que a tecnologia da informação se desenvolve com rapidez tamanha que a cada instante novas técnicas de segurança e de melhoria nas transações negociais são desenvolvidas, é possível que os fornecedores criem um meio de possibilitar o prévio exame do conteúdo digital e, assim, permitir àquele o conhecimento pleno do produto ou serviço a ser adquirido (por exemplo, atualmente é possível ouvir o conteúdo ou parte deste de um arquivo de áudio e, assim, decidir sobre o interesse em sua aquisição antes da sua efetivação).

Lima Marques ao se referir sobre a contratação eletrônica direta, afirma que

“na jurisprudência brasileira, sem considerarmos os Juizados Especiais Cíveis (JECs), ainda encontramos poucos casos”, sendo que “os mais interessantes referem-se ao direito de arrependê-lo ou de poder identificar seu próprio erro ou engano na contratação *on-line*”<sup>220</sup>, citando o julgado que segue.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO COLETIVA CONTRA PROVEDOR DE *INTERNET*. DETERMINAÇÃO DE DISPONIBILIZAÇÃO DE ÍCONE DO *SITE* DO PROVEDOR QUE VIABILIZE O PEDIDO DE CANCELAMENTO DO SERVIÇO E IMPRESSÃO DE COMPROVANTE.

É direito básico do consumidor a simetria entre o contrato e o distrato (artigo 6º, inciso II, CDC), não observando tal preceito o provedor que contrata sem quaisquer formalidades, mas, para resilir, exige que o pedido seja formalizado por carta registrada ou junto a sua central de atendimento, à mercê do assédio de seus treinados atendentes.

A concessão de medida liminar na presente ação não só é possível como necessária porque, além de presentes os requisitos da antecipação de tutela, está em conformidade com o Código de Defesa do Consumidor - artigo 84 -, que a prevê com o fim de assegurar o resultado prático, de modo a evitar prejuízos irreparáveis à sociedade.

As dificuldades técnicas alegadas pela agravante para a implementação da medida são pouco críveis, pois a criação de um *link* onde o usuário possa fazer o pedido de cancelamento não acarreta risco maior do que o hoje existente em qualquer outro *link* por meio do qual o usuário preste informações pessoais e solicite serviços, tampouco exige maiores elucubrações que rotinas já existentes nas páginas da *web*. Afinal, o ordinário é que uma grande empresa de operação de *Internet* domine os meandros de sua atividade, sendo o prazo de 90 (noventa) dias mais do que suficiente para oferecer aos seus assinantes um ícone para o pedido de cancelamento do serviço com a expedição de número de protocolo com possibilidade de ser impresso. AGRAVO NÃO PROVIDO.<sup>221</sup>

O recurso limitou-se à antecipação de tutela deferida com o escopo de impor à parte agravante (Universo Online Ltda.) a imediata disponibilização de ícone em seu *site*, facultando ao assinante o pedido de cancelamento do serviço e a respectiva impressão do comprovante, via *Internet*. O relator discorreu sobre os direitos básicos do consumidor, previstos no artigo 6º, inciso II do CDC (educação e divulgação sobre o consumo adequado de produtos e serviços, assegurada a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações), afirmando que se deveria preservar a simetria dos pactos e que, em havendo facilidades para o contrato, inadmissível que se dificultasse o distrato. “Quiçá sob os argumentos de que pelo pedido por telefone os atendentes poderiam ‘captar eventuais hesitações’ de um

---

<sup>220</sup> MARQUES, 2004, p. 207-208.

<sup>221</sup> RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. 17ª Câmara Cível. Agravo de Instrumento n. 70005950704. Relator: Des. Alzir Felipe Schmitz. Julgado em: 24 jun. 2003.

possível trote”. O julgador entendeu serem suficientes os dados trazidos aos autos para a caracterização dos pressupostos da tutela antecipada.

No que tange às dificuldades técnicas para a efetivação da medida, para evitar tautologia, foi reproduzida parte do despacho exarado pelo juízo singular quando da análise do pedido de concessão do efeito suspensivo, *in verbis*:

O termo de ‘declaração técnica’ que acompanhou o pedido é vago e pouco esclarecedor. Simples modificações de design no ‘site’ podem ser realizadas em poucos minutos, como ordinariamente ocorre com a inserção de anúncios e notícias. Certamente a equipe que trata da manutenção do sistema possui um fluxograma completo deste, o que permite identificar, quase de imediato, dentre as opções possíveis, a melhor forma de inserir link que permita o cancelamento da assinatura. A ‘construção’ de tal ‘link’, assim como da rotina e ‘interface’ é singela, visto poder ela ser calcada nas que hoje são empregadas para a assinatura do serviço pelo cliente. Há, aqui uma facilidade para validação. Os dados pessoais do assinante já estão em poder do embargante, que, simplesmente, terá que os conferir, mediante perguntas e respostas, com aquele que deseja cancelar o serviço. O assinante emprega ordinariamente, ainda, ‘login’ específico e senha, o que, por si só, são elementos de validação. O estabelecimento do subsistema de conferência dos dados fornecidos com os dados armazenados, por óbvio, não requer grande ‘esforço’ de qualquer programa, mesmo que neófito. As considerações acerca da possibilidade de infiltração no sistema por ‘hackers’ são pueris. A forma de proteção hoje adotada contra a ação de intrusos no sistema é preservada e reproduzida em novas rotinas de interação com o público estabelecidas pelo ‘site’. Assim, a criação de um ‘link’ de cancelamento não traria risco maior do que o hoje existente em qualquer outro ‘link’ por meio do qual o usuário preste informações pessoais e solicite serviços.

Perseguindo-se o raciocínio, mesmo que dificuldade houvesse de estabelecer, de imediato, uma interação entre os dados colhidos e validados e os sistemas de ‘Cadastro, Atendimento ao Assinante, Bilhetagem, Cobrança, Segurança, entre outros’, bastaria que sistema imprimisse relatório idêntico ao confeccionado pelas atendentes que hoje realizam o cancelamento e a manutenção, a partir deste ponto, do sistema já existente até o estabelecimento gradual de outro, caso necessário. Não é verdadeira, pois, a afirmação de que o cumprimento da providência exige ‘tecnologia e conceitos não dominados’ pelo agravante. O ‘link’ de cancelamento exige apenas uma rotina específica dentro do sistema hoje em operação, rotina esta, como visto, que pode ser praticamente copiada de outra já existente. Quanto aos ‘conceitos não dominados’, certamente corariam os técnicos da embargante se soubessem que tão baixa aptidão profissional lhes foi imputada, desmerecendo a assertiva maiores comentários deste Juízo. Óbvio que todo o processo não pode ser feito em um dia ou dois, mas talvez em sete e, certamente, em duas semanas, já incluídos testes. Quiçá em noventa dias. Fato é, entretanto, que tempo nenhum é suficiente quando não queremos desenvolver algo.

O subsistema antes tratado, diga-se ainda, deveria ter sido implementado desde o estabelecimento do serviço, sendo o ‘afogadilho’ ora existente culpa exclusiva da omissão inicial do agravante. Por fim, não posso deixar de registrar que seria aconselhável que a embargante requeresse o trâmite do feito em segredo de justiça, pois os seus argumentos são a melhor propaganda da concorrência.

Por fim, esclareceu-se que o pedido era de espaço na página principal da UOL, na *Internet*, com ícone específico e com destaque, possibilitando o pleito de *cancelamento* do serviço, do qual a administradora deve fornecer número de protocolo por meio de mensagem automática e com a possibilidade de impressão do documento por parte do consumidor. Ressaltando-se que em momento algum o pedido foi de *cancelamento automático* via *Internet*, o que talvez fosse possível, mas não era objeto da demanda.

Ainda, com relação ao direito de arrependimento nos contratos eletrônicos diretos, cabe citar o julgamento a seguir pelas Turmas Recursais Cíveis deste Estado.

TELEFONIA. AQUISIÇÃO DE JOGO PELA INTERNET. ARREPENDIMENTO. DESATENDIMENTO AO ÔNUS DA PROVA. DANO MORAL NÃO CONFIGURADO.

1. Em se tratando de obrigação contraída através do serviço de internet disponibilizado através da telefonia móvel, dúvida não há de que poderia o autor ter exercido o direito de arrependimento, fulcro no art. 49 do CDC. Desatendimento, contudo, ao ônus da prova, restando indemonstrado o exercício, no prazo legal, de tal direito, já que sequer indicou um número de protocolo de atendimento.

2. Necessário considerar, de outro canto, que o autor é pessoa com alto grau de instrução, atualmente cursando ensino superior, assim, não se mostra crível que este tenha sido induzido a proceder à compra de um jogo de forma indesejada.

3. Tampouco se vislumbra no ocorrido um evento que logre ultrapassar a barreira do mero transtorno, uma vez que se constitui em fato cotidiano, mero aborrecimento ou dissabor que a vida em sociedade impõe e que não importa em ofensa a qualquer direito de personalidade. RECURSO IMPROVIDO.<sup>222</sup>

Na concepção do magistrado, embora o relato do autor não se revestisse de verossimilhança, não havia dúvida de que, em se “[...] tratando de obrigação contraída através do serviço de internet disponibilizado através da telefonia móvel, de que poderia o autor ter exercido o direito de arrependimento, fulcro no art. 49 do CDC”. Todavia, no caso e apreço, não logrou ele demonstrar o tenha exercido no prazo legal, pois sequer soube indicar um número de protocolo. E, assim não o fazendo, deixou de atender ao ônus probatório que se lhe impunha, qual seja, o de demonstrar os fatos constitutivos de seu direito (art. 333, inciso I, do CPC), considerando não ser possível exigir-se da ré, “[...] sem que ao menos tenha sido indicado um número de protocolo de atendimento, a demonstração de que o

---

<sup>222</sup> RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. 1ª Turma Recursal Cível. Recurso Inominado n. 71002867877. Relator: Dr. Luiz Antônio Alves Capra. Julgado em: 14 abr. 2011.

consumidor não manifestou o arrependimento, já que se constitui em prova negativa”.

Também se considerou o fato de que o autor era pessoa com alto grau de instrução, à época cursando ensino superior, assim, não se mostrava crível que ele tivesse sido induzido a comprar um jogo de forma indesejada. Referindo o julgador que “tampouco se vislumbra no ocorrido um evento que logre ultrapassar a barreira do mero transtorno, uma vez que se constitui em fato cotidiano, mero aborrecimento ou dissabor que a vida em sociedade impõe e que não importa em ofensa a qualquer direito de personalidade”, pelo que se entendeu pela improcedência do pedido.

Tal posicionamento vem ao encontro da hipótese de que o caso concreto irá delimitar a possibilidade ou não de admitir-se o direito de arrependimento, tendo em vista que diversas questões devem ser analisadas nesse momento, como o tempo decorrido entre a execução do contrato e o exercício do direito de reflexão, o objeto da contratação, as informações prestadas a respeito de ambos, a capacidade de compreensão do conteúdo do instrumento contratual pelo consumidor, dentre diversas outras características verificáveis caso a caso.

Todos esses apontamentos são importantes à tarefa dos aplicadores do Direito, pois podem alterar consideravelmente os direitos das partes contratantes nesse meio que, embora tenha uma enorme capacidade de resolução de seus conflitos com a utilização da legislação e princípios existentes no direito atual, por vezes, permite o surgimento de dúvidas e indagações específicas a determinados questionamentos encontrados.

Disso, depreende-se que o caso concreto e a evolução das tecnologias e dos estudos sobre o tema é que irão definir quando será ou não possível o direito de arrependimento no caso dos contratos eletrônicos diretos.

Outra importante situação a ser analisada com relação aos contratos eletrônicos diretos, considera a hipótese de vício no produto adquirido pelo consumidor, produto este que é de natureza imaterial, ocorrendo a “desmaterialização dos vícios” destacada por Lima Marques.

A professora afirma que “vício é a desconformidade da ‘coisa’ material ou imaterial com o legitimamente esperado, com o prometido, com o informado, mas é também falha na forma da prestação esperada como um todo”. E, para ela:

Se os contratos devem ser executados conforme a boa-fé (art. 4.º, III, do CDC, combinado com o art. 422 do CCBBr./2002), a informação prestada por meio eletrônico ou na publicidade sobre o serviço ou produto material ou imaterial (arts. 30 e 31 do CDC) deve ser cumprida. Se a prestação não é aquela informada, não é conforme e há vício. A dificuldade está em identificar esta desconformidade em um meio desmaterializado e sobre um objeto imaterial, ou fazer um tópico e fluido com os do comércio eletrônico. Ora, se no comércio eletrônico 'dados' e 'informações' transformaram-se em 'produtos' e serviços de consumo, há dois tipos desmaterializados de vícios da informação: o vício da informação *stricto sensu* (aquele identificado pelo CDC, por exemplo, no art. 18, *in fine*, e 20, *in fine*, do CDC), referente à disparidade entre a informação pré-contratual da oferta ou publicidade e o 'produto' ou 'serviço' efetivamente prestado ou o contrato ou manual técnico enviado no comércio eletrônico; e o vício do produto informacional ou eletrônico, um vício de qualidade ou de quantidade do produto ou serviço, que quebra a confiança do consumidor (por exemplo, rapidez do serviço, atualização das informações ou dados, segurança dos dados etc.), vício agora também desmaterializado, o que pode bem trazer muitos problemas de prova<sup>223</sup>.

Nesse sentido, a publicidade enganosa e o vício de consentimento quando da contratação eletrônica possuem pontos importantes a ser registrados, conforme decisão a seguir mencionada, que bem se manifesta a respeito.

A lide se estabeleceu em razão de que ao navegar a autora pelo *site* da *bol*, apareceu propaganda anunciando a possibilidade de ganhar um computador novo em um minuto. Assim, acreditando se tratar de uma promoção, efetuou o cadastro no respectivo endereço eletrônico, momento em que foi informada que, em verdade, teria adquirido um *software* no valor de R\$ 247,72, quando nem mesmo possui um computador em sua residência. Recebido o *cd-rom* após uma semana, alegou a autora que procedeu à sua devolução via correio, informando que nunca teve intenção de adquirir tal mercadoria. Todavia, diante da tentativa infrutífera extrajudicial em rescindir o negócio jurídico, requereu a anulação da avença por vício de consentimento.

CIVIL. ANULAÇÃO DE NEGÓCIO JURÍDICO. SENTENÇA QUE EXTINGUI O FEITO POR ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. INSUBSISTÊNCIA. DEMANDA CORRETAMENTE AJUIZADA EM FACE DA PROPONENTE DO NEGÓCIO. IRRELEVÂNCIA DO FATO DE TER A COBRANÇA SIDO DELEGADA PARA TERCEIRA EMPRESA. DECISÃO EXTINTIVA REFORMADA. APLICABILIDADE DO ART. 515, § 3º, DO CPC. AUTORA (MENOR DE IDADE) QUE ADQUIRIU MERCADORIA VIA INTERNET ACREDITANDO TRATAR-SE DE PROMOÇÃO. PROPAGANDA QUE MENCIONAVA "GANHE UM COMPUTADOR EM UM MINUTO" QUANDO, NA VERDADE, SERIA PARA A COMPRA DE SOFTWARE. PUBLICIDADE ENGANOSA EVIDENCIADA. EXEGESE DO ART. 37 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. DOLO CONTRATUAL DA EMPRESA RÉ.

---

<sup>223</sup> MARQUES, 2004, p. 86-87.

ANULAÇÃO DA AVENÇA QUE SE IMPÕE NA HIPÓTESE. RETORNO DAS PARTES AO STATUS QUO ANTE. RECURSO PROVIDO.<sup>224</sup>

O julgador afastou de pronto a hipótese de extinção do feito por ilegitimidade *ad causam* porquanto, “em que pese os atos de cobrança terem sido realizados por uma terceira pessoa jurídica, no caso a Net Cobrança Ltda., o negócio jurídico foi celebrado com a ré (Ebpc Criação Venda Softwares por Dowload S/A), empresa esta que deverá responder pela validade ou invalidade da avença”. Para ele “o ingresso de empresa de cobrança no feito em nada poderia alterar a conclusão dos fatos, haja vista que somente exerce seus atos em nome da credora originária”.

A sustentação da autora, como referido, foi no sentido de que fora vítima de propaganda enganosa na *Internet*, sendo que após o recebimento e a respectiva devolução imediata do bem com a informação do seu desinteresse no negócio, a ré emitiu boleto de pagamento, transferido a cobrança para a empresa Net Cobrança Ltda. Dessa forma, diante da preocupação da inscrição de seu nome em órgão de proteção ao crédito ou mesmo de demanda judicial de cobrança, pretendeu a anulação da avença. Colhida prova testemunhal produzida em juízo, na qual foi ouvida uma amiga da autora que sabia dos fatos pela amizade entre ambas, o relator concluiu que a atitude da empresa ré em divulgar propaganda constando os dizeres: "ganhe um computador em um minuto", ao passo que, em verdade, se tratava de aquisição de programa de computador, configurou a prática de publicidade enganosa, situação esta expressamente vedada pelo Código de Defesa do Consumidor, conforme previsto no seu art. 37.

Ademais, levou ainda em consideração que a autora era menor de idade à época da contratação (16 anos), não possuindo capacidade plena de seus direitos, bem como que a mercadoria foi prontamente devolvida à empresa ré e o próprio CDC, prevendo situação similar à analisada, dispõe quanto ao prazo para o exercício do direito de arrependimento, nos termos do seu art. 49. Logo, entendeu ser maliciosa a atitude da ré, a configurar dolo contratual, fato este que autorizou a anulação do contrato consoante preconiza o Código Civil vigente. Discorreu afirmando que “o dolo, um dos vícios mais corriqueiros na prática forense, possui como característica a intenção maliciosa do alienante de ludibriar o comprador, omitindo ou declarando falsas verdades a fim de celebrar negócio manifestamente desvantajoso

---

<sup>224</sup> SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. 3ª Câmara de Direito Civil. Apelação Cível n. 2009.017627-2, Relator: Des. Marcus Tulio Sartorato. Julgado em: 02 jun. 2009.



para a outra parte". E que o próprio Código Civil em seu art. 147 dispôs que "nos negócios jurídicos bilaterais, o silêncio intencional de uma das partes a respeito de fato ou qualidade que a outra parte haja ignorado, constitui omissão dolosa, provando-se que sem ela o negócio não se teria celebrado". Sobre a publicidade enganosa colacionou doutrina e decidiu que o negócio jurídico deveria ser anulado, retornando as partes ao *status quo ante*.

O julgamento destacado traz importante reflexão sobre o comprometimento dos magistrados e aplicadores do Direito em estudar o tema do comércio eletrônico e seus efeitos em diversas outras questões jurídicas.<sup>225</sup>

---

<sup>225</sup> Com relação aos direitos autorais, o julgamento do PARANÁ. Tribunal de Justiça. 6ª Câmara Cível Agravo de Instrumento n. 561.551-4. Relator Des. Xisto Pereira. proferido em: 25 ago. 2009, tem interessante abordagem sobre a história dos casos mais importantes para o desenvolvimento do comércio eletrônico e sobre o conteúdo do provimento liminar postulado pela parte e o seu caráter 'desmaterilizado', tópico já discutido neste trabalho. Vale transcrever partes do voto: "No caso em exame, em que se busca antecipadamente uma tutela específica para a remoção do ilícito, diante dos contornos do contraditório, é necessário analisar, mediante cognição sumária, a plausibilidade da existência da ilicitude sustentada pela agravante e, em caso positivo, o perigo da continuidade da sua prática a ensejar um justificado receio de ineficácia do provimento final. Pois bem. O sistema *peer-to-peer* (ponto a ponto) ou "P2P" permite que os internautas compartilhem entre si arquivos ou ficheiros de vídeo, de áudio e de programas de computador (software). De acordo com o site Wikipédia, a enciclopédia livre, 'O compartilhamento de arquivos ou partilha de ficheiros é a atividade de tornar arquivos disponíveis para outros usuários através de download pela Internet e também em redes menores. Na maioria dos casos, o compartilhamento de arquivos segue o modelo P2P, no qual os arquivos são armazenados e servidos pelos computadores pessoais dos usuários. A maioria dos que participam do compartilhamento de arquivos também faz download de arquivos que outros usuários compartilham. Às vezes essas duas atividades estão ligadas umas às outras. O compartilhamento de arquivos é diferente da troca de arquivos, no qual o download de arquivos de uma rede P2P não requer upload<sup>18</sup>, apesar de que algumas redes oferecem incentivos para o upload como créditos ou forçam o compartilhamento de arquivos que estão sendo baixados no momento'. O internauta, para se utilizar dessas redes *peer-to-peer*, deverá instalar em seu computador um programa apropriado (software), que na espécie é o K-Lite Nitro, fornecido pelos agravados. Essa prática, por conta da violação de direitos autorais, foi objeto de demandas judiciais em outros países, como conta Victor Eptácio Cravo Teixeira em seu trabalho intitulado 'A regulabilidade e a propriedade intelectual das reproduções musicais no ciberespaço', verbis: 'Serão brevemente relatadas três das mais interessantes disputas judiciais entre representantes das corporações fonográficas e empresas especializadas em softwares capazes de disseminar reproduções musicais pela Internet: a) MP3.com: Em 1997, um empresário chamado Michael Robertson vislumbrou na Internet uma grande oportunidade para desenvolver um negócio. Pesquisou tecnologias de distribuição e produção musical no ciberespaço, tendo optado pela utilização do MP3 e tecnologias de streaming, através de sua página virtual, MP3.com. Robertson começou suas atividades encorajando artistas a produzir e distribuir música através de seu site, do que não diferia de outros negociantes da Internet, a exemplo do EMusic.com. A idéia do MP3.com diferia no fato de que propunha um sistema de fazer negócios distinto daquela já instituída pela indústria fonográfica, que guia as atividades dos artistas com vistas a que sejam populares. Em contraponto, o papel da página virtual seria o de apenas distribuir o arquivo musical, mediante assinaturas pagas de usuários, deixando aos artistas apenas o encargo de serem criativos e populares. O artista seria popular pela natural demanda do público, pois o MP3.com fazia estatísticas automáticas das músicas mais ouvidas, projetando o artista para o topo da lista dos preferidos pelo público, sem a interferência das gravadoras, as quais usualmente se preocupam em fazer com que determinado artista seja preferido pelas rádios. E o ponto nevrálgico desse imbróglgio era que, ao contrário da indústria fonográfica, MP3.com não cobrava dos artistas pela distribuição de suas obras, nem se arrogava possuir titularidade sobre as obras desses.

---

Através do MP3.com, o usuário poderia ouvir as músicas por duas maneiras: a) o usuário comprava um CD (compact disc) numa página virtual, a qual imediatamente avisaria ao MP3.com da disponibilidade das correspondentes músicas na conta daquele específico usuário, que passaria a podê-las ouvir também por meio de seu computador, conectado à Internet; b) o usuário já era legítimo proprietário de um CD, o qual, quando tocado num computador com acesso à Internet, era identificado pelo MP3.com, que, por sua vez, disponibilizava as respectivas músicas na conta daquele usuário. Uma vez disponibilizado na conta do MP3.com um arquivo musical na Internet, o usuário titular poderia escutá-la em qualquer outro computador conectado à rede mundial de computadores, sem a necessidade do CD. Para dispor de um grande acervo musical, o MP3.com foi obrigado a legitimamente comprar 50.000 CD's, digitalizá-los e compactá-los através da tecnologia MP3. Apenas cinco dias após o lançamento desse novo serviço em sua página virtual, o MP3.com recebeu uma notificação da RIAA (Recording Industry Association of America), juntamente com outras quatro gravadoras, para que encerrasse suas atividades. Alguns dias mais tarde, MP3.com já estava respondendo a uma ação judicial milionária, sob o argumento de reprodução ilegal dos CD's adquiridos e da inaplicabilidade da doutrina do fair use (propósitos não-comerciais do uso das obras). Eram argumentos favoráveis ao MP3.com: a) o fato de que os clientes somente estavam autorizados a por em suas contas músicas de CD's por eles legitimamente adquiridos; b) burlas aos direitos de autor existiam igualmente fora do ciberespaço; c) serviço prestado pela empresa servia para agregar valor aos cd's, aumentando-lhes a procura e as vendas; d) o serviço prestado pela empresa poderia ser facilmente executado pelos próprios consumidores; e) direito de proporcionar ao consumidor um espaço livre em que pudesse armazenar seu próprio conteúdo, acessível de qualquer lugar. Nada obstante aos razoáveis argumentos aduzidos pelo MP3.com, apenas nove meses mais tarde um juiz federal norte-americano veio a condená-lo ao pagamento de uma multa de 180.000.000,00 de dólares. Quase um ano depois, o MP3.com foi vendido a um dos autores da ação judicial, a Vivendi Universal.

Napster: Em evolução tecnológica ao MP3.com, o Napster, situado na página virtual Napster.com, desenvolveu um protocolo (código) capaz de permitir intercâmbio de dados armazenados nas memórias dos computadores pessoais dos usuários. Esse método de intercâmbio popularizou-se pela sigla P2P (peer-to-peer), que vem a significar um intercâmbio de dados na Internet de usuário final a usuário final. O Napster elaborou um cadastro que armazenava a referência aos arquivos musicais e ao endereço eletrônico das pessoas que os possuíam no computador pessoal. Quando um usuário procurava alguma música na página virtual do Napster, o cadastro apontava quem detinha aquele específico arquivo, e se estava naquele momento conectado à Internet. Em caso positivo, o usuário poderia estabelecer uma conexão direta com o computador indicado, a fim de obter uma cópia do arquivo pretendido. Assim sendo, o Napster era responsável por estabelecer um vínculo entre aqueles que desejavam fazer cópias de arquivos musicais, mas não se responsabilizava pelos atos desses indivíduos. De fato, não era o Napster quem disponibilizava o arquivo eletrônico a ser copiado, mas um cidadão comum, usuário da rede mundial de computadores. A reação da indústria fonográfica foi imediata, através da promoção de ação judicial contra o Napster, sob a acusação de infração dolosa e contribuição à infração aos direitos de autor. O Napster contra-argumentou alegando que a reprodução de arquivos musicais através da tecnologia P2P configurava uso lícito (fair use) e não-comercial pelo consumidor de um gravador digital de áudio, afora a adução da irresponsabilidade dos servidores pelo conteúdo que armazenam, enquanto não notificados da ilegalidade desses dados (seção 512, 'a' e 'd', do Digital Millennium Copyright Act). Além disso, dentre outros argumentos, o Napster afirmou que significativa porcentagem das trocas de arquivos em sua página virtual tinha como objeto obras não protegidas pelo direito autoral, o que fazia invocar o precedente da imunidade de responsabilidade por contribuição à infração de direitos autorais, determinada pela Suprema Corte Norte-Americana, quando da discussão judicial sobre a legalidade dos videocassetes. Ainda que bem fundamentadas as razões da defesa, a Corte de Apelações considerou que o Napster foi responsável por contribuição a infrações ao direito autoral, mas somente após o recebimento de notificação da violação pelo titular do direito. Napster, então, foi obrigado a retirar do sistema todas as músicas cuja propriedade fosse protegida pelo direito autoral.

c) Kazaa: O degrading do Napster precipitou a popularização de outra tecnologia P2P de intercâmbio de dados, a qual permite troca de diversos tipos de arquivos, não somente aqueles musicais, e não necessita de um cadastramento central de usuários e correspondentes arquivos disponíveis para serem copiados. Dentre as páginas virtuais que utilizaram esse tipo de tecnologia, destacou-se a empresa holandesa Kazaa, logo acionada pelas gravadoras européias Buma e Stemra, com o objetivo de cessar as alegadas infrações aos seus direitos autorais. Em 1.<sup>a</sup> instância, a Justiça holandesa determinou o desligamento do Kazaa

---

da Internet, como forma de impedir a reprodução ilícita de músicas, sob multa pecuniária, fundado no raciocínio de que tal medida viesse a impedir a troca ilícita de arquivos. Todavia, a experiência empírica de tal medida e o laudo pericial produzido no processo convenceram o juiz de que o intercâmbio de dados através do programa oferecido pelo Kazaa ocorre independentemente do funcionamento da respectiva página virtual. A Corte de Recursos holandesa compreendeu serem atos relevantes ao direito autoral somente aqueles praticados pelos usuários do software desenvolvido pelo Kazaa, considerando que prover os meios para a reprodução de obras protegidas não equivale à infração de reproduzi-las. Ainda, a 2.<sup>a</sup> instância da Holanda levou em consideração a considerável proporção do uso lícito da tecnologia desenvolvida pelo Kazaa, que permite a troca de qualquer tipo de dados, entre fotos, livros eletrônicos, dentre outros". O software K-Lite Nitro, de propriedade dos agravados, conforme demonstra a perícia realizada na antecedente ação cautelar preparatória de produção antecipada de prova, assim funciona: 'O K-Lite Nitro é uma interface que permite ao usuário interagir com sua principal ferramenta para conexão com as redes P2P. Quando o usuário faz a requisição de uma busca por músicas (ou outros arquivos) através da tela de BUSCA do software K-Lite, o programa GIFT é acionado. Este programa é a base do sistema, é ele quem faz a busca nas quatro redes conhecidas (Ares, FastTrack, Gnutella e OpenFT). Logo que as respostas da pesquisa vão chegando, as mesmas são encaminhadas para o software K-Lite Nitro, a quem compete a organização dos arquivos para a visualização do usuário (organiza em Grid). Mesmo com a busca não completa, o usuário já poderá acionar o download do arquivo desejado. O Gift é o responsável pelo gerenciamento do arquivo para que o mesmo chegue em condições de uso, embora erros possam ocorrer. Na tela de visualização (montada pelo K-Lite Nitro) é exibido um campo que identifica a qual rede pertence cada arquivo (vide Anexo III), ou seja, informa ao usuário de qual cliente (usuário) e em que rede o arquivo baixado está disponível'. Feita essa necessária explicação, é de se perguntar: É plausível, já que estamos em cognição não exauriente, que perante a nossa legislação sejam ilícitas (antijurídicas) as condutas dos agravados e dos internautas que utilizam o software K-Lite Nitro? A resposta é desenganadamente positiva. Nos incisos que aqui nos interessam e a seguir vão transcritos do art. 5.<sup>o</sup> da Lei Federal n.<sup>o</sup> 9.610/1998, que regula os direitos autorais, entendendo-se sob essa denominação os direitos de autor e os que lhes são conexos, constam as seguintes definições: 'IV - distribuição - a colocação à disposição do público do original ou cópia de obras literárias, artísticas ou científicas, interpretações ou execuções fixadas e fonogramas, mediante a venda, locação ou qualquer outra forma de transferência de propriedade ou posse; [...] VI - reprodução - a cópia de um ou vários exemplares de uma obra literária, artística ou científica ou de um fonograma, de qualquer forma tangível, incluindo qualquer armazenamento permanente ou temporário por meios eletrônicos ou qualquer outro meio de fixação que venha a ser desenvolvido; VII - contrafação - a reprodução não autorizada; IX - fonograma - toda fixação de sons de uma execução ou interpretação ou de outros sons, ou de uma representação de sons que não seja uma fixação incluída em uma obra audiovisual; [...] XI - produtor - a pessoa física ou jurídica que toma a iniciativa e tem a responsabilidade econômica da primeira fixação do fonograma ou da obra audiovisual, qualquer que seja a natureza do suporte utilizado'. O inciso V do art. 7.<sup>o</sup>, por sua vez, estabelece que 'são obras intelectuais protegidas as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro, tais como as composições musicais, tenham ou não letra'. Como facilmente se percebe, a Lei de Direitos Autorais protege todas as composições musicais, de modo que a sua utilização, com finalidade lucrativa ou não, depende de prévia autorização. É o que dispõe, nesse passo e aqui importa, o seu art. 29, incisos I, VII, IX e X, verbis: 'Art. 29. Depende de autorização prévia e expressa do autor a utilização da obra, por quaisquer modalidades, tais como: I - a reprodução parcial ou integral; [...] VII - a distribuição para oferta de obras ou produções mediante cabo, fibra ótica, satélite, ondas ou qualquer outro sistema que permita a usuário realizar a seleção da obra ou produção para percebê-la em um tempo e lugar previamente determinados por quem formula a demanda, e nos casos em que o acesso às obras ou produções se faça por qualquer sistema que importe em pagamento pelo usuário; [...] IX - a inclusão em base de dados, o armazenamento em computador, a microfilmagem e as demais formas de arquivamento do gênero; X - quaisquer outras modalidades de utilização existentes ou que venham a ser inventadas'. Essas normas, segundo dispõe o art. 89, 'aplicam-se, no que couber, aos direitos dos artistas intérpretes ou executantes, dos produtores fonográficos e das empresas de radiodifusão', por isso ditando o art. 93 que 'O produtor de fonogramas tem o direito exclusivo de, a título oneroso ou gratuito, autorizar-lhes ou proibir-lhes: I - a reprodução direta ou indireta, total ou parcial; II - a distribuição por meio da venda ou locação de exemplares da reprodução; [...] V - quaisquer outras modalidades de utilização,

Dessa forma, caso haja um fato do serviço ou produto, nos termos dos art. 12 a 17, do CDC, se ocorrer violação da incolumidade físico-psíquica do consumidor, a insegurança ou um dano no uso dos dados e informações do contrato ou dos dados e informações negociais que possibilitaram a avença ou o pagamento do negócio jurídico do comércio eletrônico, deve-se seguir a mesma linha acima

---

existentes ou que venham a ser inventadas'. Em cognição sumária, repita-se, típica deste momento processual, tem-se que todas essas normas, interpretadas de forma sistemática<sup>38</sup>, apontam para a claríssima (como a luz do sol) e fortíssima (como o fogo azul) verossimilhança no sentido de ser ilícita (antijurídica) a atuação dos internautas que, se utilizando de software que possibilita a conexão às redes peer-to-peer, deixam publicamente à disposição e/ou efetuam download de arquivos musicais pela Internet. Isso porque, é lógico concluir que essa simples disponibilização pública de um arquivo musical para tal compartilhamento (troca) indica que a obra já passou por uma reprodução e se encontra armazenada em um computador. E efetuada sua cópia, esse procedimento segue infinitamente adiante. E assim é porque, segundo o inciso VI do art. 5.º da Lei de Direitos Autorais, como seu viúvulo atrás, constitui 'reprodução' a 'cópia de um ou vários exemplares... de um fonograma, de qualquer forma tangível, incluindo qualquer armazenamento permanente ou temporário por meios eletrônicos ou qualquer outro meio de fixação que venha a ser desenvolvido', enquanto a 'distribuição', de acordo com o inciso IV desse mesmo artigo, também se caracteriza pela 'colocação à disposição do público ... de cópia de fonogramas, mediante ... qualquer forma de transferência de propriedade ou posse'. Veja-se, então, que a 'reprodução direta e indireta, total ou parcial' de uma obra, a sua 'distribuição por meio de venda..., para oferta de obras ou produções mediante cabo, fibra ótica, satélite, ondas ou qualquer outro sistema que permita ao usuário realizar a seleção... ou produção para percebê-la em um tempo e lugar previamente determinados por quem formula a demanda', o seu 'armazenamento em computador' e 'quaisquer outras modalidades de utilização, existentes ou que venha a ser inventadas', somente são consideradas lícitas (jurídicas) com a 'prévia e expressa' autorização do titular do respectivo direito autoral". [...] "Quanto ao fornecedor da ferramenta, vale dizer, daquele que, mediante lucro indireto, oferece publicamente o software que possibilita o download dos arquivos musicais, nota-se que os agravados, segundo consta da inicial do feito de origem, cujo fato é incontroverso nos autos, até porque a prova é farta nesse sentido, com o fornecimento público do software K-Lite Nitro obtêm lucro indireto pela exploração econômica de publicidades (anúncios de variadas empresas e outros sites, todos pagos), além do comércio de dados pessoais dos internautas [...]". "[...] Em outras palavras, a atividade de programas peer-to-peer (P2P), de trocas de arquivos com obras intelectuais, como o Napster e o KaZaA, passou expressamente a ser crime no Brasil, punido com pena mais rígida. De igual forma são tratados sites que disponibilizam esses arquivos [...]". "[...] Salvo melhor juízo, lucro indireto pode ocorrer em episódios de sites que disponibilizem arquivos e tenham sua renda proveniente de outras fontes - indiretas, como anúncios de publicidade de terceiros. Ocorre que essas normas, como observa o mencionado autor, apenas previu a possibilidade 'de cópia única privada, para aqueles que já tinham adquirido a obra legalmente. Fala-se em analogia à cópia de backup prevista na Lei do Software'. Por isso, diante de todo o exposto, não se sustenta o argumento, com o devido respeito, constante na decisão recorrida de que 'a tecnologia empregada no software e serviço K-Lite Nitro seria em tese neutra, pois pode ser utilizada tanto para fins lícitos como ilícitos, dependendo da intenção do usuário, o que ocorre com a própria Internet. Equipara-se assim à situação do fabricante de faca, eis que este disponibiliza produto que pode ser utilizado para o bem (na culinária, por exemplo, o que configura ato lícito) ou para o mal (como instrumento para lesionar ou matar alguém injustamente, o que configura ato ilícito) e não pode evitar que seu produto seja utilizado para o mal por parte de quem adquire'. Frise-se, além do mais, que a existência de outros softwares de propriedade de terceiros, semelhantes ao K-Lite Nitro, bem como a utilização de outras ferramentas para tornar possível a conexão às redes peer-to-peer (P2P) não afasta, por óbvio, a responsabilidade, em tese, civil e criminal dos agravados [...]". "[...] Na espécie, por meio de tutela inibitória antecipada para a remoção do ilícito, diante dos vários pleitos deduzidos na inicial do feito de origem, transcritos no relatório deste acórdão, visa a agravante, em linhas gerais, que se impeça, utilizando-se o internauta do software K-Lite Nitro, o download de arquivos musicais e/ou fonogramas cuja titularidade pertence aos seus associados [...]".

mencionada pela autora. Cabendo referir, também, que “[...] as garantias contratuais, antes fisicamente expressas em anexos, em faturas, impressos, prospectos e papéis, também se desmaterializaram no comércio eletrônico”<sup>226</sup>.

Não é de se olvidar a hipótese de má-fé por parte do consumidor<sup>227</sup> que, por exemplo, adquire num *site* da *Internet* um grande número ou até mesmo um único CD de música, ouve-o e grava as músicas que lhe interessam e, antes do decurso do prazo apontado no art. 49 do CDC, exerce seu direito de recesso ou pede a devolução do seu dinheiro, com base na alegação de vício do produto (art. 18, §1º do CDC).

Ademais, com relação às despesas decorrentes do exercício do direito de recesso (arrependimento) previsto no Código de Defesa do Consumidor, Grinover<sup>228</sup> entende que

O Código garante o direito de arrependimento, de forma pura e simples, sem que do consumidor se exija a declinação dos motivos que o levaram a arrepender-se do negócio. A denúncia vazia do contrato de consumo é direito do consumidor, que não pode ser apenado com o pagamento das despesas oriundas daquele contrato resolvido, justamente porque sua atividade é lícita e jurídica. Podem as partes, entretanto, estabelecer cláusula contratual no sentido de carrear as despesas de frete, postagem e demais encargos ao consumidor, no caso de agir este com dolo ou culpa grave. A cláusula que, genericamente, determinar o ressarcimento do fornecedor é contrária ao art. 49 do Código, porque praticamente inibe o exercício do direito de arrependimento, tornando-o inoperante.

De tudo o que foi dito, é possível a compreensão de que o direito de arrependimento, como previsto no ordenamento consumerista não pode ser completamente afastado do consumidor nas hipóteses de contratação de bens ou serviços imateriais, dado o retrocesso que tal atitude ocasionaria ao Direito do Consumidor, que tanto busca proteger a parte mais vulnerável da relação. A hipossuficiência aqui está constatada no momento em que o fornecedor, proprietário

---

<sup>226</sup> Ibid., p. 87.

<sup>227</sup> Andrade cita um caso verídico, mas que não foi levado ao Judiciário, no qual “[...] o consumidor entrou no site de certa montadora de veículos automotores, adquiriu e recebeu um automóvel popular, e, tal como no exemplo anterior, antes de esgotado o prazo do dispositivo legal mencionado, exercendo seu direito de recesso, pretendia devolver o produto e receber o dinheiro de volta”. Nesse caso o autor ressalta que, “[...] além de o produto ser extremamente conhecido, a montadora colocou de forma destacada no site que o consumidor poderia fazer um *test drive* com o veículo em qualquer concessionária sua. Os fatores externos emanados do procedimento do consumidor – boa-fé objetiva -, nesses dois exemplos, fazem-nos intuitivamente inferir que ele não tenha agido de boa-fé objetiva ou subjetiva, quer no plano jurídico, quer no plano moral, não podendo assim exercitar o direito de recesso”. (ANDRADE, 2004, p. 107)

<sup>228</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini et. al. **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 4. ed. São Paulo: Forense Universitária, 1996. p. 328.

e organizador do seu *site*, possui todas as condições de demonstrar a sua boa-fé com o simples fornecimento de todas as informações necessárias ao objeto do contrato a ser perfectibilizado. Enquanto que o consumidor, na maioria das vezes, não tem grandes conhecimentos sobre a tecnologia da informação e apenas pretende que a sua contratação seja o mais próximo possível das negociações tradicionalmente conhecidas, com o grande estímulo do comércio eletrônico de fornecer idênticos produtos e serviços disponibilizados nas relações comerciais habituais com uma rapidez e facilidade de atendimento das suas necessidades sem comparação. Sem falar na vantagem de o consumidor sequer precisar se deslocar ao estabelecimento comercial do fornecedor para realizar a transação.

De outro lado, como alhures referido, não se pode afastar a possibilidade de conduta de má-fé<sup>229</sup> por parte do consumidor, devendo, portanto, ser aplicados os princípios norteadores das relações contratuais consumeristas, em especial, o da boa-fé<sup>230</sup>, no intuito de aferir a veracidade das informações trazidas pelas partes contratantes quando da ocorrência de um conflito.

---

<sup>229</sup> A questão da má-fé por parte do consumidor é lembrada por Andrade ao refletir: “Para ilustrar, figure-se a hipótese de consumidor que adentra no site de uma corretora de valores e contrata a compra de ações. Como se trata de contrato à distância, poderia o consumidor, em sete dias, desistir da aquisição? A pessoa que regularmente adquire gêneros alimentícios da mesma marca em determinado site pode exercer o direito de recesso? O art. 49 do Código de Defesa do Consumidor deve ser interpretado sistematicamente com os demais artigos do estatuto legal ao qual pertence, e não de forma isolada. Assim, seriam negativas as respostas às indagações acima, pois não estaria, em princípio, evidenciada a boa-fé objetiva do consumidor – *caput* do art. 4º, parte final, do Código de Defesa do Consumidor -, nem harmonizados os interesses dos participantes da relação de consumo – inc. III do art. 4º do Código de Defesa do Consumidor. É interessante notar que se, no primeiro caso – compra de ações -, fosse possível o exercício do direito de recesso, isso poderia implicar enormes e injustificados prejuízos ao fornecedor, e tão-somente porque efetuou o contrato eletronicamente, ou seja fora do estabelecimento comercial. Além disso, seria proporcionada uma vantagem indevida para o consumidor, que apenas confirmaria a aquisição se lhe adviesse lucro, já que teria sete dias para especular com o dinheiro alheio. O eminente professor Nelson Nery Junior, um dos autores do Código de Defesa do Consumidor, citando interessante exemplo em que o consumidor que frequentemente faz compras por telefone com o mesmo fornecedor não poderia alegar o direito de recesso, também leciona no sentido de que a aplicação do direito de recesso previsto no art. 49 do Código de Defesa do Consumidor depende do caso concreto”. (ANDRADE, 2004, p. 111-112).

<sup>230</sup> Sobre o ponto Andrade salienta que “[...] na gênese da relação jurídica virtual que encerra um relacionamento sem a presença física de qualquer dos participantes, o fornecedor deverá atuar demonstrando sua boa-fé, fornecendo ao consumidor que acessa seu estabelecimento virtual – site – todas as informações acerca do produto ou do serviço, bem como de todas as condições do contrato. O consumidor, ao acessar um estabelecimento empresarial virtual, não tem contato real com o produto ou serviço; em razão disso, por mais fidedigna que seja a imagem do produto, ela será sempre uma representação que poderá não corresponder às suas expectativas, uma vez que a imagem de um produto não demonstra com clareza a sua tridimensionalidade, não permite que seja tateado e tampouco exala odor. Assim, a perfeita descrição do produto é essencial para que a relação de consumo seja realizada de modo a atender aos interesses do fornecedor e do consumidor”. (Ibid., p. 109-110).

Disso, tem-se que todos os estudos e debates sobre o tema são importantíssimos, afinal, já em 1999, num estudo comparativo internacional feito sobre comércio eletrônico<sup>231</sup>, sob a coordenação da *Consumers International*, verificou-se que o consumidor, ao comprar pela *Internet*, tinha o seu direito à reparação de danos extremamente atingido, pois, apenas 53% das empresas (dentre os *sites* pesquisados) possuíam política de devolução de bens e somente 32% divulgavam informações sobre como proceder a reclamações. Sendo uma minoria que informava quais as leis seriam aplicáveis na hipótese de conflito (se do comprador ou do vendedor), sem contar os produtos que jamais chegaram aos respectivos adquirentes e a espera na devolução de dinheiro após a devolução do produto, por mais de cinco meses depois.

Lima Marques enfatiza que em 2002

[...] cerca de 90% dos negócios concluídos por meios eletrônicos eram referentes a bens imateriais e serviços. O comércio eletrônico de *hard goods* (objetos corpóreos adquiridos por meios eletrônicos) era estimado em apenas 10%, especialmente livros e CDs. Sendo que, neste caso, quando o objeto é corpóreo, geralmente os consumidores (e comerciantes) adquirem, por meio eletrônico, somente os produtos já conhecidos, já experimentados ou de marcas famosas, denominados produtos 'confiáveis' (*Erfahrungsgüter/Vertrauensgüter*)<sup>232</sup>.

Vale ressaltar que os riscos são os mesmos da contratação tradicional, sendo que o que é preciso é um aprofundamento jurídico dos aplicadores do Direito sobre o assunto e, em alguns aspectos, a definição de conceitos e regramentos específicos somente para os casos em que a legislação vigente não seja capaz de alcançar-lhes o direito, a fim de proteger as partes contratantes por essa nova forma.

### 3.1.2 A ingerência dos provedores de acesso na sua formação

Conforme citado há pouco, com relação às partes envolvidas, no comércio eletrônico existem os prestadores de serviços da sociedade de informação, os

---

<sup>231</sup> Disponível em: <[http://ec.europa.eu/dgs/health\\_consumer/library/surveys/sur12\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/dgs/health_consumer/library/surveys/sur12_en.pdf)>. Acesso em: 24 mar. 2012.

<sup>232</sup> Pesquisa disponível em: <<http://www.mct.gov.br/index.php/content/view/73431.html>>, conforme indicação pela autora. (MARQUES, 2004, p. 85).

prestadores de serviços intermediários e os destinatários dos serviços (Diretiva 2000/31/CE<sup>233</sup>)<sup>234</sup>.

Os contratos eletrônicos (diretos ou indiretos) podem ser divididos, no que tange às partes envolvidas, pelas seguintes espécies: a) *content service provider - CSP (information service provider)*, usuários e *intermediary service provider - ISP*. No entanto, alguns doutrinadores<sup>235</sup> preferem classificá-los em: partes comunicantes e *intermediary service providers*.

Os *content service providers (CSPs)*, proveem a *Internet* com informações<sup>236</sup>, não realizando atividade de intermediação técnica. Eles se valem da tecnologia que permite a transmissão eletrônica de dados, disponibilizada pelos *ISPs* (por exemplo, *sites* como *submarino.com*, *google.com*). Os *users (destinatários finais*, conforme definido pela referida Diretiva), buscam as informações na rede para uso profissional ou doméstico, sejam eles consumidores ou não.

Depreende-se do art. 2º, inciso III, do Projeto de Lei n. 4.906-A de 2001<sup>237</sup> que “remetente de uma mensagem eletrônica - a pessoa pela qual, ou em cujo nome, a mensagem eletrônica é enviada ou gerada antes de seu armazenamento, caso este se efetue”, e destinatário (inciso IV) é a “pessoa designada pelo remetente para receber a mensagem eletrônica”.

Os *intermediary service providers (ISPs)* desenvolvem atividade de intermediação técnica na rede telemática, facilitando o acesso e a difusão da informação. Conforme previsto no art. 2º, inciso V, do referido Projeto: “intermediário, com respeito a uma mensagem eletrônica - a pessoa que, em nome de outra, envia, recebe ou armazena a mensagem eletrônica ou presta outros serviços com relação a essa mensagem”.

---

<sup>233</sup> COMUNIDADE EUROPEIA, **Diretiva 2000/31/CE**.

<sup>234</sup> Para Santos e Rossi “o provedor de acesso é quem disponibiliza o acesso à Internet por parte dos usuários, realizando os serviços de conexão. O provedor de conteúdo é quem fornece material ou informações à rede através de um provedor de acesso. Também se usam os termos provedor de serviço e provedor de presença: o primeiro disponibiliza serviços na rede; o segundo disponibiliza na rede as páginas, imagens e outras informações do cliente”. (SANTOS; ROSSI, 2000, p. 106)

<sup>235</sup> TELLINI, 2006, p. 60.

<sup>236</sup> Sobre as diferentes formas de se verificar a classificação das informações, Múgica ensina: “Interesante resulta, sobre el particular, la distinción entre información como consejo, información como servicio e información como produto. Esta última es la información técnica cualificada, ya que de ella se desprende una expectativa de seguridad en función de la presentación y de la utilización previsible por los destinatários. Esta expectativa de seguridad no existe en la información como consejo, ni en la información como servicio”. (RESPONSABILIDADE de los provedores de información em internet. In: DERECHO de la sociedad de la información. Granada: Comares, 2007. p. 88-89).

<sup>237</sup> BRASIL, 2001.



Todavia, pode ser feita uma subdivisão dos *intermediary service providers* - ISPs: *access providers*, os quais oferecem acesso à rede; *host providers*, que oferecem ao *content provider* um espaço do próprio disco rígido, onde se aloja um *site*; *network operators*, que são responsáveis pelo fornecimento dos cabos e satélites da rede de telecomunicações, pela qual as informações são veiculadas.

Os ISPs podem oferecer apenas acesso, são os chamados *Access only ISPs*, ou um pacote de serviços incluindo telefonia, rádio e televisão.

Santos e Rossi<sup>238</sup> explicam

De um lado, existem os provedores que, como parte de suas operações regulares, desenvolvidas no mercado convencional, disponibilizam ao público em geral, usuário da Internet, através de suas *home pages*, uma variedade de informações, bens e serviços, muitas vezes em caráter gratuito, mas que geralmente exigem do interessado o pagamento de uma taxa de *subscrição* ou uma *compensação* de natureza econômica. Nestes casos, o espaço cibernético é tratado como um mecanismo alternativo de comercialização, sendo, pois, visto mais como um veículo de *marketing* e difusão comerciais que são desenvolvidas basicamente no chamado mercado convencional.

De outro lado, existem as empresas que estabelecem no espaço cibernético verdadeiros *estabelecimentos comerciais virtuais*, porque, através de seus *sites*, os usuários podem consultar o catálogo de bens e serviços oferecidos, escolher o que desejam adquirir, fazer o pedido e pagar *on line*, completando a transação sem ter que recorrer a mecanismos tradicionais, como confirmação do pedido via fax ou telefone, cobrança bancária ou reembolso postal. São, dessa forma, verdadeiras transações comerciais que começam, através da oferta ou da demanda, e se consumam no meio digital, nas quais o único diferencial relativamente a mercado convencional é a utilização de documentos eletrônicos.

Em todas essas hipóteses, as operações que se realizam *on line* envolvem (1) *fornecedores de bens e serviços*, uma vez que tanto o provedor de acesso quanto o provedor de conteúdo disponibilizam serviços e produtos que podem ser adquiridos e/ou utilizados pelo usuário da Internet; (2) *consumidores*, ou seja, usuários da Internet que adquirem bens ou utilizam serviços disponibilizados no espaço cibernético como destinatários finais, e (3) uma *contratação bilateral* que precisa ser formalizada dentro das condições do ambiente digital, porquanto a transação tem que ser concluída instantaneamente, mediante documento eletrônico e sem complicações burocráticas.

Para os autores é importante se fazer a distinção da atuação dos intermediários e dos agentes do comércio eletrônico no processo de contratação eletrônica desenvolvido na forma acima referida. Sendo que os fornecedores de informações e de produtos e os usuários conseguem adentrar no espaço virtual por meio do provedor, que fornece serviços de conexão e de transmissão de informações (tanto ao ofertante como ao adquirente), o qual é conhecido como

---

<sup>238</sup> SANTOS; ROSSI, 2000, p. 118.

provedor de acesso e é apenas um intermediário no comércio eletrônico de informações, bens e serviços. Isso porque “será o fornecedor de informações e produtos quem irá efetivamente atender às necessidades do consumidor”, ressalvando que o provedor de acesso poderá também ser provedor de conteúdo, situação em que não atuará como intermediário nas operações de comércio eletrônico<sup>239</sup>.

Quanto ao meio utilizado para acesso e transmissão de dados, pode ser feito por um sistema tecnológico tradicional de telecomunicações, como um meio analógico – *modem ADSL*, permitindo uma conexão veloz; por um cabo de banda larga – *cable modem*, ou por uma combinação *dial-up* e por satélite, sem falar dos diversos meios de acesso da telefonia móvel.

Assim, os *Access-Only ISPs*, *Cable Company ISPs* e *Telecommunications Company ISPs*, em conjunto com as empresas provedoras de acesso via satélite, compõem a rede de interconexão, que viabiliza a transferência de dados entre os usuários da *Internet*.

Importante entender cada um deles separadamente, ainda que de forma breve.

*Access Company ISPs* são as empresas que oferecem o acesso à rede, promovendo o serviço de conexão a esta, inclusive, fornecendo os meios necessários para a viabilidade da navegação. Por vezes, eles fornecem também o *software* ou o *hardware* e, em geral, não possuem conexão direta com a *Internet* e se valem das grandes redes de acesso controladas por um operador de telecomunicações.

*Cable Company ISPs* são as empresas que exploram redes de cabos de fibra óptica, antes originadas para oferecer serviço de transmissão de imagens (vídeos), que foram compelidas pelos provedores de acesso a sujeitar a rede de cabos ópticos à transmissão de dados de *Internet*. Isso, a fim de tornar o mercado mais competitivo.

E, *Telecommunications Company ISPs* são as companhias de telecomunicações, as quais têm infraestrutura para transmissão de dados. Elas vendem o direito de uso de seus meios de conexão aos servidores de acesso e também transportam informações digitalizadas por meio dos seus sistemas.

---

<sup>239</sup> SANTOS; ROSSI, 2000, p. 118.

Algumas exploravam só o serviço de telefonia, mas, hoje, também atuam como provedores de acesso (por exemplo, Oi-Brasil Telecom, Telefônica, Tim, Claro, GVT, NET etc.).

No Brasil, a atividade dos ISPs é regulada pela Lei n. 9.472/1997, a Lei Geral de Telecomunicações - LGT<sup>240</sup>, a qual em seu artigo 60 define que são considerados serviços de telecomunicação: “a transmissão, emissão ou recepção por fio, radioeletricidade, meios ópticos ou outro processo eletromagnético de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza”. O art. 61 da mencionada LGT, enfatiza que a atividade dos *access-only providers* “não é considerada serviço de telecomunicação, mas ‘serviço de valor adicionado’ ”.

Nesse sentido, há um precedente do Superior Tribunal de Justiça sobre a natureza da atividade para efeito da incidência do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS, no qual a Turma Julgadora decidiu que serviço de acesso não é telecomunicação (Resp n. 456.650, Ministra Eliana Calmon, julgado em 24/06/2003<sup>241</sup>).

Não obstante, com relação a esse entendimento Tellini<sup>242</sup> discorda “não apenas porque está em desacordo com a tendência natural de unificação dos serviços de comunicações eletrônicas, mas também porque não é uma boa técnica”. Mas ressaltando que “caso serviço de acesso não seja considerado telecomunicação, o serviço de telefonia prestado por uma rede local (como por exemplo a Siemens em Porto Alegre) que se vale da rede maior para funcionar não será telecomunicação: absurdo!”.

Dessa forma, vale dizer que as partes comunicantes (*content service providers* ou usuários) usam a estrutura formada pelo *intermediary service provider*, sendo que apenas grandes instituições podem abdicar em parte deste intermediário, com estruturas de acesso próprias, em razão do alto custo da tecnologia empregada. Porém, uma vez na rede, mesmo por meio de acesso direto, a

---

<sup>240</sup> BRASIL. Lei n. 9.472, de 16 de julho de 1997. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicação, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional n. 08, de 1995. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L9472.htm>>. Acesso em: 15 dez. 2009.

<sup>241</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2ª Turma. Recurso Especial n. 456.650. Relatora: Ministra Eliana Calmon. Julgado em 24 jun. 2003. Disponível em: <<http://www.direitovivo.com.br/asp/noticias.asp?id=8415>>. Acesso em: 15 dez. 2009.

<sup>242</sup> TELLINI, 2006, p. 65.

transmissão de dados sempre dependerá da participação dos ISPs. E, para que o objeto de um contrato cuja execução seja inteiramente *on-line* possa ser transmitido entre duas partes comunicantes, viabilizando seu cumprimento, é imprescindível a participação dos *Access-Only Company ISPs* e demais agentes da rede de interconexão (*Telecommunications Company ISPs* e *Cable Company ISPs*, conhecidos como *Network Operators*).

Os *Access Providers* e os agentes da cadeia de telecomunicações, utilizando-se de *hardware* e *software* adequados, permitirão que as informações transitem em seus sistemas desde a origem até o seu destino, devendo zelar para que o serviço prestado seja idôneo para a consecução do fim esperado, sendo possível compará-los aos serviços de transportes, correios e telecomunicações.

Os intermediários do serviço de informação devem utilizar todos os meios tecnológicos disponíveis para que os bens transportados - informações digitalizadas - não apenas cheguem ao destino inalterados, como não sejam violados, ou seja, que um terceiro não tenha acesso (*hackers*) e não sejam contaminados por vírus na rede. Embora complexas, a maioria das redes telemáticas pode ser periciada por técnicos para localizar pontos vulneráveis e identificar os responsáveis e os danos provocados pelos ataques de *hackers* e pela contaminação dolosa de vírus.

Com o que, sobre a divisão de responsabilidades existem algumas particularidades a serem analisadas. Tais como, os *ISPs* vistos como prestadores de serviços de transportes, tendo a transmissão de dados na *Internet* como atividade de transporte de informações, a qual pode ser comparada ao transporte internacional de mercadorias. Neste, há o transporte de cargas combinado (ou sucessivo), no qual o transportador só assume a responsabilidade pelo dano ocorrido no transporte que se responsabilizou, pelos demais, ficará responsável somente o agente expedidor, tendo o usuário uma relação direta com os outros transportadores intervenientes na operação; e o multimodal, no qual um sujeito assume frente ao carregador (emitente) a obrigação de efetuar, ele e por sua conta, todo o transporte, utilizando diversos meios, responsabilizando-se pelo todo.

O tratamento de responsabilidade dos *ISPs* como transporte combinado faz com que a responsabilidade de cada um dos participantes da rede de interconexão

seja limitada ao responsável pela parte do trajeto em que ocorreu o dano<sup>243</sup>. A dificuldade está em face à ausência de regulamentação específica e pelo fato de que a solidariedade não se presume, mas deriva de lei.

No mesmo norte, Santolim<sup>244</sup> salienta

A noção de que, na relação de consumo, se estabelece uma condição de solidariedade entre as diversas condições de fornecedores (segundo o art. 3º da Lei 8078/90), integrantes do processo de produção de bens e serviços, pode ser identificada em diversos tópicos, no microsistema do Código de Defesa do Consumidor Brasileiro (Parágrafo único do art. 7.º e arts. 18 e 19, por exemplo). A solidariedade, como é consabido, não se presume, resulta da lei ou da vontade das partes (Código Civil, art. 265). Mas deve ser destacado que 'lei' não é apenas a regra, mas é a *norma*, que, como se sabe, tem alcance mais amplo. Ao dizer que não se admite a técnica da presunção, o legislador está a indicar a necessidade de norma prevendo a solidariedade, como ocorre nos casos indicados no Código de Defesa do Consumidor.

Já no tratamento como transporte multimodal, por consequência, se responsabilizaria o *Access-Only Provider* que contratou com a parte por toda a transmissão dos dados, ainda que os erros ou falhas ocorram em sistema de outro *ISP* na transmissão. Nesta última, a solução se mostra mais interessante pela localização imediata do *intermediary service provider* responsável.

Ainda quanto à responsabilidade, tem-se o *ISP* como prestador de serviço de comunicação, sendo análoga aos gestores de serviços de telefonia, responsáveis apenas pelos danos derivados diretamente da própria atividade e não oriundos de terceiros que utilizam os serviços.

Há, também, importante questão quanto à qualificação da responsabilidade dos *ICPs* e *ISPs* como contratual ou extracontratual. Por exemplo, pela Diretiva<sup>245</sup> o

---

<sup>243</sup> Santolim leciona: "Outra hipótese flagrada de solidariedade obrigacional no comércio eletrônico envolve a relação entre o fornecedor do produto ou serviço e o prestador de outro serviço, que é o de 'hospedagem' do 'site' que permite a transação por meio eletrônico: Na realidade, as duas hipóteses cogitadas são distintas, e não devem merecer o mesmo tratamento jurídico, no que tange à responsabilidade obrigacional. Na relação que se estabelece entre o portal e o *site* de venda, pode ocorrer que o responsável pelo portal esteja em posição de solidariedade com o *site* de venda, uma vez que se caracterize seu interesse econômico (ainda que indireto), no êxito deste empreendimento. Quem organiza o portal seleciona os *sites* que o integrarão, com o objetivo de torná-lo mais qualificado perante o consumidor, colocando-se, assim, como integrante da cadeia de fornecimento. O mesmo não se dá no tocante ao prestador de serviços que hospeda o portal, cuja atividade não é seletiva, mas apenas funciona como requisito técnico indispensável ao acesso à rede. Aqui, eventual responsabilidade, se existente, só poderá ser por atividade própria, como ocorre, por exemplo, se não adotar providências para a retirada do portal da rede ante evidências ou elementos de que há dano ou risco de dano aos consumidores pela atividade por ele desenvolvida". (SANTOLIM, 1995a, p. 81)

<sup>244</sup> Ibid., p. 79-80.

<sup>245</sup> ESPANHA. Directiva 97/7/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho de 20 de Maio de 1997. Relativa à proteção dos consumidores em matéria de contratos à distância. **Jornal Oficial n. L 144**

provedor não será responsabilizado por conteúdo ilícito armazenado que cause danos, mas sim pela forma como prestou o serviço contratado, estando a responsabilidade limitada ao prévio conhecimento das informações transmitidas. Caso contrário, haveria a inviabilização da economia da informação<sup>246</sup>.

Pelo Código Civil Brasileiro vigente<sup>247</sup>, o parágrafo único do artigo 927 define que “haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”. No entanto, há exceções a esta responsabilidade objetiva, previstas na referida lei, as quais estão dispostas nos artigos 932 e 933, como no caso dos pais pelos filhos menores; tutores e curadores pelos pupilos e curatelados; empregadores pelos empregados; donos de hotéis etc. onde se albergue por dinheiro, pelos hóspedes, moradores e educandos; e aqueles que gratuitamente tenham participado no produto do crime.

No que tange às relações de consumo, aplica-se o Código de Defesa do Consumidor<sup>248</sup>, cuja disposição do art. 14 afirma que “o fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos”. Sendo que “o serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias

---

de 04 jun. 1997 p. 0019 – 0027. Disponível em: <<http://europa.eu.int/eur-lex/lex/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31997L0007:PT:HTML>>. Acesso em: 24 mar. 2012.

<sup>246</sup> Sobre o ponto, importante transcrever breve discussão feita por Santos e Rossi no sentido de que: “Com efeito, tem sido sustentado que o intermediário que fornece serviços de armazenamento de arquivos e sistemas para operacionalização da oferta de contratação eletrônica não é responsável pelo conteúdo das informações transmitidas ou armazenadas. Nesse sentido é o disposto no art. 10 da proposta legislativa elaborada pela OAB. No entanto, já se considerou nula a cláusula contratual através da qual o provedor de acesso se exonera de qualquer responsabilidade pelas transações comerciais efetuadas on-line, seja através da Internet em geral, seja via *sites* disponibilizados pelo provedor. O argumento é o de que, ou a responsabilidade é contratual, caso em que a cláusula exonerativa é vedada nos termos dos arts. 25 e 51 do CDC, ou a responsabilidade do provedor de acesso é de natureza extracontratual, decorrente de fato capaz de gerar obrigação para o provedor em face do negócio jurídico realizado com terceiros através de seus serviços, caso em que a cláusula é ineficaz. Na verdade, nos casos em que o provedor de acesso, e razão dos serviços por ele prestados, vier a causar prejuízos às partes de uma contratação eletrônica, a responsabilidade do provedor subsistirá, ainda que não responda pelo negócio jurídico celebrado entre o consumidor e o provedor de conteúdo. Embora intermediário no que se refere à relação de consumo entre o fornecedor e o adquirente de produtos, o provedor de acesso será responsável pelos prejuízos que sua ação ou omissão vier a causar, como prestador dos serviços de conexão e transmissão de informações”. (SANTOS; ROSSI, 2000, p. 120-121).

<sup>247</sup> BRASIL, 2002, p. 212.

<sup>248</sup> BRASIL, 1990, p. 809.

relevantes como: modo de fornecimento, resultado e riscos que se esperam dele e a época em que foi fornecido” (art. 14, §1º, CDC).

Ressalte-se haver hipóteses de exclusão da responsabilidade objetiva quando o fornecedor provar que, prestado o serviço, o defeito inexistiu; ou, a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro (previsão do art. 14, §3º, do CDC).

Aqui, também se manifesta Vasconcelos<sup>249</sup> afirmando que

Na esteira dessa política de proteção ao consumidor, observa-se que uma das inovações mais importantes do CDC foi a responsabilidade objetiva prevista para os fornecedores, dela não podendo fugir, por exemplo, as empresas *ponto.com*, os provedores e todos aqueles que forneçam produtos ou prestem serviços via internet. Cabe a esses fornecedores, ao invés de alegarem lacunas da lei, munirem-se de ferramentas legais para se preservarem antecipadamente com uma estrutura capaz de evitar danos por prejuízos causados.

Ainda, na responsabilidade por vício do serviço prestado, conforme art. 20 do código consumerista<sup>250</sup>:

**Art. 20.** O fornecedor de serviços responde pelos vícios de qualidade que os tornem impróprios ao consumo ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade com as indicações constantes da oferta ou mensagem publicitária, podendo o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha:

- I - a reexecução dos serviços, sem custo adicional e quando cabível;
- II – a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de perdas e danos;
- III – o abatimento proporcional do preço.

Dessa forma, explicam Santos e Rossi<sup>251</sup> que a atuação dos provedores (de acesso e de conteúdo) e dos usuários da *Internet* caracteriza típica relação de consumo, pois os provedores obrigam-se, respectivamente, a: prestar serviços de conexão e de transmissão de informações, pelos quais disponibiliza acesso aos *sites* e *home pages* e fornece atividades complementares (comunicação interpessoal – correio eletrônico e *chats*, transmissão de dados, serviços de boletins – BBS, telefonia, radiodifusão etc.); e a realizar oferta e comercializar bens e serviços, fornecidos à medida que o usuário ao aceitar a oferta de contratação eletrônica, adere aos termos e às condições de fornecimento contidas naquela.

---

<sup>249</sup> VASCONCELOS, Fernando Antônio de. **Internet: responsabilidade do provedor pelos danos praticados**. Curitiba: Juruá, 2005. p. 164.

<sup>250</sup> BRASIL, 1990, p. 810.

<sup>251</sup> SANTOS; ROSSI, 2000, p. 119.

## Os autores esclarecem que

A diferença entre as duas atividades é que, enquanto o provedor de acesso assume uma obrigação de prestação tipicamente de execução continuada, o segundo nem sempre estabelece uma relação jurídica duradoura. Não obstante, ambos utilizam o método de contratação de massa, através dos quais a formação do vínculo contratual se dá basicamente por adesão. E, nessa condição, as relações jurídicas estabelecidas entre os fornecedores e os usuários dentro do espaço cibernético ficam sujeitas às normas do CDC. Não obstante isso, nota-se a tendência de reforçar a proteção do consumidor através de medidas adicionais aplicáveis aos contratos eletrônicos.<sup>252</sup>

Especificamente sobre o fenômeno do comércio eletrônico de consumo, também Santolim<sup>253</sup> destaca do regime de proteção ao consumidor no direito brasileiro o princípio da boa-fé objetiva, da proteção da parte vulnerável e da solidariedade obrigacional entre os fornecedores, como já referido supra, princípios estes que serão a base da construção teórica sobre a responsabilidade civil dos provedores de *Internet*<sup>254</sup>.

E Vasconcelos<sup>255</sup> também defende

Além das empresas virtuais que operam na área mercantil ou da prestação de serviços, não podem se descuidar dessas precauções os provedores, pois é grande sua responsabilidade em promover o acesso, facilitar a comunicação e manter os seus usuários num clima de transparência, segurança e privacidade, a fim de que a boa-fé objetiva seja aplicada em toda a sua extensão.

No que diz respeito aos provedores de *Internet* na Argentina<sup>256</sup>, o Decreto n. 1.653/2003<sup>257</sup> obriga todos os prestadores dos serviços de telecomunicações

---

<sup>252</sup> Ibid.

<sup>253</sup> SANTOLIM, Cesar Viterbo Matos. **A aplicação dos princípios de proteção do consumidor e o comércio eletrônico no direito brasileiro**. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2004. p. 67.

<sup>254</sup> Martins entende que “[...] o caso concreto poderá indicar que o provedor efetivamente integra a cadeia de fornecedores, quando não desempenhar a função de mero hospedeiro ou intermediário, mas figurar, em relação ao fornecedor final do produto ou serviço, como uma empresa subsidiária ou integrante do mesmo grupo societário, ou então, como na hipótese acima mencionada, de que o portal tenha participação nos lucros daquele que efetivou o fornecimento ao consumidor, ficando assim caracterizado o seu interesse econômico no êxito daquele empreendimento”. (MARTINS, op. cit., p. 139-140).

<sup>255</sup> VASCONCELOS, 2005, p. 164.

<sup>256</sup> A Ley n. 26.388/2008 tornou mais rígidas as penas para crimes cibernéticos no citado país. A punição se dá para piratas virtuais e acusados de pedofilia na *Internet* e estende aos *e-mails* a proteção dada às cartas, considerando-se ‘invioláveis’. Caso alguém abrir ou desviar um *e-mail* que não é seu, pode ter aplicada uma pena de até 06 meses, caso a mensagem seja enviada para outra pessoa ou publicada, poderá ter aplicada uma pena de até um ano. Ainda, a invasão de sites privados, possui pena de até 06 meses de prisão e, caso se trate de páginas e sistemas do



(aplicando-se também à telefonia móvel) a armazenar todos os *e-mails* e mensagens de *chats*, registrar e sistematizar dados pessoais e domiciliários de seus usuários e clientes, por um período de 10 anos, para que estes estejam à disposição da Justiça (Poder Judiciário e Ministério Público), quando ela desejar e na forma da lei. Referida disposição tem por objetivo servir de ferramenta de segurança para evitar sequestros e casos de narcotráfico, uma vez que a Justiça poderia recorrer à informação se precisasse.

Já quanto aos provedores de *Internet* no Brasil, há os projetos de Leis do Senado n. 76/2000, que define e tipifica os delitos informáticos e o n. 137/2000, que estabelece novas penas aos crimes cometidos com utilização de meios de tecnologia de informação e telecomunicação; ambos substituídos pelo Projeto de Lei da Câmara n. 89/2003<sup>258</sup>, que altera o Decreto-Lei n. 2.848/1940 - Código Penal e a Lei n. 9.296/1996 e dá outras providências. Tal Projeto dispõe sobre os crimes cometidos na área de informática e suas penalidades, dispondo que o acesso de terceiros, não autorizados pelos respectivos interessados, a informações privadas mantidas em redes de computadores, dependerá de prévia autorização judicial. Sem falar no Projeto de Lei do Senado n. 672/1999 já citado, que dispõe sobre o comércio eletrônico, também arquivado, todavia, apresentado por novo Projeto, como também mencionado.

Ausente legislação específica sobre o assunto, Santolim<sup>259</sup> sustenta que a utilização de “princípios instrumentais, como o da transparência e o da vulnerabilidade, ou finalísticos, como são a boa-fé e a autonomia privada, pode ser o melhor caminho para orientar a atuação dos aplicadores do Direito”, vez que “a adoção de legislação específica sobre o comércio eletrônico” não seria “indicação segura de reforço ou mesmo manutenção do paradigma protetivo dos consumidores”.

---

governo, pena de até um ano. (ARGENTINA. **Ley n. 19798/2008**. Modificaciones alCodigo Penal en lo referido a delitos informaticos. Publicada em 25 jun. 2008. Disponível em: <<http://www1.hcdn.gov.ar/BO/boletin08/2008-06/BO25-06-2008leg.pdf>>. Acesso em: 25 mar. 2012.

<sup>257</sup> ARGENTINA. **Ley n. 25873/2003**. Modifícase la Ley Nº 19.798, en relación con la responsabilidad de los prestadores respecto de la captación y derivación de comunicaciones para su observación remota por parte del Poder Judicial o Ministerio Público. Publicada em 17 dez. 2003. Disponível em: <<http://www1.hcdn.gov.ar/BO/boletin04/2004-02/BO09-02-2004leg.pdf>>. Acesso em: 25 mar. 2012.

<sup>258</sup> O projeto está na Câmara dos Deputados desde 07 de agosto de 2008, situação encontrada no *site* do Senado, verificada em: <[http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p\\_cod\\_mate=63967](http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=63967)>.

<sup>259</sup> SANTOLIM, 2004, p. 105.

Por todas essas considerações e questões jurídicas levantadas é que se mostra importante o estudo do tema, principalmente, no âmbito da contratação eletrônica direta, no intuito de sanar os eventuais problemas que surgirão nesse novo tipo de negócio e nessas novas relações estabelecidas por meio eletrônico.

### 3.1.3 As Diretivas Europeias sobre contratos eletrônicos

No âmbito internacional, já existem ações coletivas que se destinam a desenvolver e a implantar modelos de autorregulamentação como, por exemplo, o *Global Business Dialogue on Electronic Commerce (GBDe)*<sup>260</sup>, traduzido por Diálogo Global sobre Negócios no Comércio Eletrônico, que tem como principais atuadores cerca de 70 diretores-presidentes de empresas-líderes em *Internet* e comércio eletrônico no mundo e constitui um fórum para a liderança empresarial referente à *Internet*.<sup>261</sup>

A principal ênfase desse grupo está no fato de procurar mostrar aos governos que é preciso evitar uma mera adaptação ao modelo eletrônico das tradicionais leis e regulamentações de proteção do consumidor, mas, desenvolver voluntariamente diretrizes para os negócios virtuais, que podem ser colocadas em prática no mundo todo.

Alguns outros grupos foram criados, visando garantir uma proteção ao consumidor equivalente a que tem em outras formas de comércio. Podem ser citados, dentre eles, um Grupo de Trabalho Sobre Proteção do Consumidor, formado pelas mais importantes associações empresariais, grupos de defesa do consumidor e representantes do governo federal e das províncias que, desenvolveu e publicou os Princípios Canadenses para Proteção do Consumidor no Comércio Eletrônico (*Principles of Consumer Protection for Electronic Commerce – A Canadian Framework*, publicado pela indústria do Canadá<sup>262</sup> em novembro de 1999)<sup>263</sup>. De

---

<sup>260</sup> Disponível em: <<http://www.gbde.org>>. Acesso em: 05 nov. 2005.

<sup>261</sup> Explica Henry que o GBDe “visa incentivar um ambiente voltado ao mercado de desenvolvimento futuro do comércio eletrônico global e reconhece a necessidade de envolver governos e organismos internacionais em um diálogo coordenado para solucionar muitas das questões que surgem da Internet”. (HENRY, Denis. Comércio eletrônico: a auto-regulamentação do setor é um modelo viável? In: SILVA JÚNIOR, Ronaldo Lemos; WAISBERG, Ivo. **Comércio eletrônico**. Tradução Celita G. Schermann. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 237)

<sup>262</sup> Disponível em: <<http://strategis.ic.gc.ca/SSG/ca01185e.html>>. Acesso em: 24 mar. 2012.

<sup>263</sup> “O objetivo desses princípios é guiar e influenciar o comportamento dos comerciantes eletrônicos para assegurar proteção equivalente à que tem em outras formas de comércio. Os princípios estabelecem, entre outros, as informações que os comerciantes devem colocar à disposição dos consumidores sobre si próprios e as mercadorias e serviços à venda, especificam a necessidade

forma semelhante, foi desenvolvida no Reino Unido outra iniciativa que visa às mesmas garantias, a TrustUK<sup>264</sup>.

Fazendo uma reflexão superficial da questão abordada, é interessante citar o entendimento de Henry<sup>265</sup>

Não existe uma solução única e totalmente abrangente para lidar com o vasto número de questões levantadas pela Internet e pelo comércio eletrônico. [...] Um possível resultado podem ser tratados internacionais; ou, alternativamente, os países podem incorporar em suas leis nacionais as leis e políticas modelo desenvolvidas por organismos internacionais, como a OCDE e a UNCITRAL. Os esforços internacionais, por sua natureza, entretanto, provavelmente têm diante de si um prazo mais longo. Existem, neste íterim, várias questões que devem ser tratadas na legislação nacional, independentemente dos esforços internacionais. Por exemplo, leis dirigidas ao reconhecimento de assinaturas digitais ou proteção de direitos à propriedade intelectual em um mundo virtual são respostas apropriadas e necessárias para facilitar o crescimento do comércio eletrônico.

A importância do entendimento exposto pelo autor possui como exemplo digno de referência neste capítulo e de estudo pela doutrina sobre o tema, a União Europeia, que com suas Diretivas a respeito do comércio eletrônico e outras questões similares relacionadas, tem conseguido definir conceitos e permitir uma abrangência de suas regulações no âmbito de toda a sua comunidade, o que facilita o desenvolvimento seguro das relações de consumo nesse meio.

Em resumo, para a proteção dos consumidores nesses tipos de contratos se podem utilizar diversos mecanismos e instrumentos jurídicos, como os que seguem.

Primeiro, a autorregulação da atividade dos provedores de bens e serviços para gerar confiança nos consumidores, ou seja, o estabelecimento pelos próprios operadores do direito de Códigos éticos, de conduta ou de práticas adequadas para dar confiabilidade à sua utilização.

Nesse sentido a Diretiva Europeia 2000/31/CE<sup>266</sup> que regula o comércio eletrônico apresenta muito bem esses códigos de conduta e incentiva a elaboração destes de forma voluntária, a permitir a determinação dos tipos de informações que podem ser prestadas para efeitos de comunicação comercial.

---

de segurança e proteção da privacidade eficazes em seus *sites*, com base no código de privacidade do modelo da CSA (Associação de Normas Canadenses) e asseguram, aos consumidores, acesso a meios justos e eficazes para resolver problemas com suas transações eletrônicas". (Ibid.).

<sup>264</sup> Disponível em: <<http://trustuk.uk.org>>. Acesso em: 05 nov. 2005.

<sup>265</sup> HENRY, op. cit., p. 244.

<sup>266</sup> COMUNIDADE EUROPEIA, **Directiva 2000/31/CE**.

Com efeito, na parte expositiva da supracitada Diretiva, estabelece-se que para suprimir os entraves ao desenvolvimento dos serviços transfronteiriços na Comunidade que os membros das profissões regulamentadas poderiam propor na Internet, é necessário garantir, em nível comunitário, o cumprimento das regras profissionais previstas para proteger o consumidor ou a saúde pública. Os códigos de conduta em nível comunitário constituem a melhor forma para determinar as regras deontológicas aplicáveis à comunicação comercial, sendo necessário incentivar a sua elaboração ou eventual adaptação, sem prejuízo da autonomia dos organismos e associações profissionais (32). E, por conseguinte, determina-se que “os Estados-Membros e a Comissão deverão incentivar a elaboração de códigos de conduta. Tal fato não deverá alterar o caráter voluntário desses códigos e a possibilidade de as partes interessadas decidirem livremente se aderem ou não a esses códigos”(49).

Também a lei espanhola que regula o comércio eletrônico promove a elaboração de códigos de conduta ao considerar que são um instrumento de autorregulação especialmente aptos a adaptar os diversos preceitos da legislação às características específicas de cada setor.

Um exemplo desse tipo de código de autorregulação profissional se encontra no *Programa Regional eConfianza*<sup>267</sup>, que é uma iniciativa do *Instituto Latino-Americano de Comércio Eletrônico – ILCE*, com o objetivo de incentivar e gerar uma maior e melhor oferta de produtos e serviços *on-line* que cumpram com as boas práticas dos negócios feitos pela *Internet*, gerando uma experiência positiva nos consumidores. O objetivo primordial do *Programa Regional eConfianza* é o desenvolvimento do comércio eletrônico sobre bases firmes e confiáveis e isso será possível, mediante o estabelecimento de parâmetros, práticas e características de confiança para as transações eletrônicas. E, assim, ampliar a confiança do público nas empresas que se utilizam do comércio eletrônico e contam com algumas ou todas as características aderidas ao *Programa Regional eConfianza*, ajudando as empresas para que obtenham tais caracteres para se diferenciar de seus concorrentes.

---

<sup>267</sup> Veja o Código em: <<http://econianza.org/ar/?c=codigo-econianza>>.

No Brasil também existem iniciativas desse tipo como a do Comitê de Compras Coletivas da Câmara de Comércio Eletrônico<sup>268</sup>, que busca estabelecer boas práticas e evitar a criação de uma lei específica sobre este.

Segundo, no ordenamento administrativo, podem ser impostas medidas dirigidas à organização do mercado que se concretizem na imposição de proibições ou na exigência de autorizações administrativas e outros requisitos complementares

---

<sup>268</sup> “Envolvido em recentes problemas com os órgãos de defesa do consumidor, o setor de compras coletivas anunciou nesta terça (29) o lançamento de um código de autorregulamentação para disciplinar as práticas no segmento, o que mais cresce no *e-commerce* brasileiro. A iniciativa é do Comitê de Compras Coletivas da Câmara Brasileira de Comércio Eletrônico (*camara-e.net*), que reúne as principais empresas do setor, responsáveis por 85% do volume total – sendo que 80% está nas mãos de três: *ClickOn*, *Groupon* e *Peixe Urbano*. Ao todo, há nada menos de 1200 sites do tipo em atividade no país. De acordo com Tiago Camargo, assessor jurídico do *ClickOn* e um dos envolvidos na produção do código, o objetivo das empresas é estabelecer parâmetros para evitar que a imagem do segmento seja danificada de modo irreversível. ‘Se não houver limites para o que pode ser feito, podemos cair numa crise de confiança irreversível’, afirma. Camargo diz que o setor sabia que, com o crescimento, viriam os problemas. ‘É uma atividade de risco, porque vendemos o serviço de terceiros, de um parceiro’, diz. A autorregulamentação prevê regras mais claras para as boas práticas em compras coletivas, como não permitir ofertas falsas (na qual o preço original é inflado, criando um desconto ilusório); sistemas mais claros de *opt-in/out* (aceitar/sair de *mailing* de ofertas); não realizar vendas que infrinjam a lei, como produtos importados sem a cobrança das taxas alfandegárias e desrespeito a códigos de classe (serviços médicos e de fisioterapia, por exemplo). A ideia, explica, é que o comitê tenha no segmento de compras coletivas o mesmo papel que o Conar na publicidade – embora nenhum anunciante seja obrigado a seguir o código do setor, na prática todos o respeitam. Além disso, a implantação de uma autorregulamentação é, de certa forma, uma maneira de se antecipar à uma legislação específica para o setor, que pode engessar o segmento. ‘O código de defesa do consumidor ainda é moderno e serve inclusive para nós’, argumenta. Segundo Camargo, um dos grandes desafios do setor foi estabelecer métricas aperfeiçoadas para a escolha de parceiros (evitando vendas que irão superar a capacidade de entrega e/ou atendimento, por exemplo). ‘Aprendemos com os erros’, diz. Ele também explica que essa avaliação irá ajudar a identificar os estabelecimentos que querem ‘viver de cupons’, em vez de usar a ferramenta para fidelizar e trazer novos clientes. Problemas com os Procons: para o assessor jurídico, os recentes problemas com os órgãos de defesa do consumidor devem-se, em boa parte, à falta de conhecimento de como funciona o segmento, ainda relativamente novo. ‘Estamos tendo várias reuniões com eles para explicar o que são as compras coletivas’, diz. Ele diz que os Procons precisam entender que, quando há algum problema na entrega do serviço/produto, o máximo que o *site* de compra coletiva pode fazer é devolver o dinheiro. ‘Não somos varejistas’, argumenta. ‘Estamos nos esforçando para deixar claro o que é responsabilidade de quem nessa relação’, afirma. Segundo ele, as conversas com os órgãos de defesa têm sido amistosas. ‘Eles estão vendo que somos empresas sérias, que ninguém está aqui para dar golpes nos consumidores’, diz. ‘Afim, nem eles previam essa situação (em que há um intermediário na venda)’, argumenta. Outro ponto é o número de problemas sobre o total de vendas. De acordo com Camargo, o setor vendeu, ao todo, mais de 2 milhões de cupons este ano – com apenas 767 reclamações no Procon. ‘O barulho está muito mais alto do que a real proporção’, argumenta. Próximos passos: após a aprovação do código de ética e autorregulamentação, os próximos passos do comitê serão a divulgação de uma Cartilha de Orientação aos Consumidores e de um Selo de Qualidade em Compras Coletivas, ambos previstos para o mês que vem. ‘Quem seguir o código poderá exibir o selo no *site*’, explica Camargo. As empresas que fazem parte do comitê já contarão com essa certificação a partir de dezembro. Para ele, o setor não vive um momento de saturação, mesmo com a recente onda de problemas. ‘O setor irá se consolidar. O comércio de descontos não vai acabar nunca’, diz. Ele acredita que ainda há espaço para evoluir, e cita a possibilidade de no futuro, os usuários receberem ofertas no celular, conforme o local onde estejam, com a geração instantânea do cupom. Notícia publicada em: <<http://www.camara-e.net/2011/11/30/setor-de-compras-coletivas-lanca-codigo-de-etica/>>. Acesso em: 24 mar. 2012.

como a adequada identificação do vendedor, a inscrição do comerciante em determinados Registros Públicos ou comerciais ou a homologação dos mecanismos ou técnicas utilizadas para realizar o contrato. O adequado cumprimento dessas medidas de controle pelos fornecedores deverá ser fiscalizado pelos órgãos da Administração Pública, que terão o poder sancionador nos casos em que houver o descumprimento ou o cumprimento defeituoso daquelas.

Deve-se proibir, condenar e sancionar expressamente condutas comerciais como as seguintes: exigência de pagamento antecipado quando exista o direito de arrependimento previamente reconhecido pela lei ao consumidor; utilização de denominações (termos) confusas para realizar contratos promocionais, isto é, que se fale de promoções, ofertas, de liquidação ou outras fórmulas similares para anunciar fraudulentamente tipos de contratos que não correspondam à realidade; o oferecimento conjunto e como uma unidade de contratação, de dois ou mais tipos de bens ou serviços, sem que isso seja justificado<sup>269</sup>; o envio de produtos ou informações não solicitadas<sup>270</sup>; dentre outras (art. 7º da Directiva 2000/31/CE<sup>271</sup>).

Ainda, deve-se estabelecer a exigência de autorização administrativa e inscrição em registro especial para poder desenvolver esses contratos especiais a distância; da mesma forma, deve-se estabelecer a necessidade de ter autorização e homologação dos mecanismos utilizados para celebrá-los; e, também, deve-se exigir uma identificação adequada etc.

---

<sup>269</sup> Conforme o artigo 39, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor brasileiro, é vedado ao fornecedor “condicionar o fornecimento de produto ou de serviço ao fornecimento de outro produto ou serviço”. Podem existir algumas exceções como nos casos em que haja uma relação funcional entre os produtos ofertados, nos casos que seja prática comercial comum vender certos produtos em quantidades superiores a um determinado mínimo, quando se ofereça, simultaneamente, a possibilidade de adquirir os produtos em separado e a seu preço habitual, ou quando se trate de lotes ou grupos de produtos apresentados conjuntamente por razões estéticas ou para serem destinados à distribuição de brindes.

<sup>270</sup> Essa proibição prevista no artigo 39, inciso III do CDC, proíbe o fornecedor de “enviar ou entregar ao consumidor, sem solicitação prévia, qualquer produto, ou fornecer qualquer serviço”, “inexistindo obrigação de pagamento” e considerando-se os produtos remetidos ao consumidor “amostra grátis”. (BRASIL, 1990, p. 811).

<sup>271</sup> “**Art. 7º.** Comunicação comercial não solicitada **1.** Além de outros requisitos de informação constantes da legislação comunitária, os Estados-Membros que permitam a comunicação comercial não solicitada por correio electrónico por parte de um prestador de serviços estabelecido no seu território assegurarão que essa comunicação comercial seja identificada como tal, de forma clara e inequívoca, a partir do momento em que é recebida pelo destinatário. **2.** Sem prejuízo da Directiva 97/7/CE e da Directiva 97/66/CE, os Estados-Membros deverão tomar medidas que garantam que os prestadores de serviços que 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”. (COMUNIDAD EUROPEIA, **Directiva 2000/31/CE**).

Conforme a mencionada Diretiva da União Europeia e a lei espanhola de comércio eletrônico, a prestação de serviços da sociedade de informação não estará sujeita à autorização prévia, mas isto não afetará os regimes de autorização previstos no ordenamento jurídico que não tenham por objeto específico e exclusivo a prestação por meio eletrônico dos correspondentes serviços.

Por fim, também se podem estabelecer vários mecanismos e técnicas de proteção do consumidor que participa como parte contratante no negócio eletrônico, como: a) impor a obrigação de fornecer ao consumidor a necessária informação, tanto prévia à celebração do contrato para que o seu consentimento possa se formar convenientemente, como posterior àquela para facilitar a sua execução e a satisfação plena do adquirente. A ausência dessas informações supõe um descumprimento contratual por parte do fornecedor e leva a uma sanção civil que consiste em atribuir ao consumidor uma ação para atacar a validade do contrato ou de alguma de suas cláusulas, mediante a declaração de nulidade total ou parcial deste ou a atribuição ao comprador de uma faculdade de revogação ou resolução do contrato<sup>272</sup>.

---

<sup>272</sup> Nesse sentido se mostra o artigo 6º da Diretiva Europeia 97/7/CE sobre contratos negociados a distância, que dispõe expressamente que quando o provedor não tenha cumprido as obrigações de informação a que se refere o artigo 5º, o prazo para a revogação do consentimento será de três meses. **Art. 5º.** Confirmação por escrito das informações. **1.** Em tempo útil na execução do contrato e o mais tardar, no que diz respeito a bens que não tenham que ser entregues a terceiros, no momento da entrega, o consumidor deve receber confirmação por escrito, ou através de outro suporte durável à sua disposição, das informações a que se refere o n. 1, alíneas a) a f), do artigo 4º, a menos que essas informações já tenham sido fornecidas ao consumidor antes da celebração do contrato, por escrito ou através de outro suporte durável à sua disposição e facilmente utilizável. Devem ser sempre fornecidos: - uma informação por escrito sobre as condições e modalidades de exercício do direito de rescisão, na acepção do artigo 6º, incluindo nos casos referidos no n. 3, primeiro travessão, do artigo 6º, - o endereço geográfico do estabelecimento do fornecedor no qual o consumidor pode apresentar as suas reclamações, - as informações relativas aos serviços pós-venda e às garantias comerciais existentes, - as condições de resolução do contrato quando este tiver duração indeterminada ou superior a um ano. **2.** O n. 1 não se aplica aos serviços cuja execução seja efetuada através de uma técnica de comunicação à distância, quando tais serviços forem prestados de uma só vez, e facturados pelo operador de técnica de comunicação. Todavia, o consumidor deve em todo o caso poder tomar conhecimento do endereço geográfico do estabelecimento do fornecedor no qual pode apresentar as suas reclamações". **Art. 6º.** 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. Para o exercício deste direito, o prazo é contado: - em relação a bens, a partir do dia da sua recepção pelo consumidor sempre que tenham sido cumpridas as obrigações referidas no artigo 5º, - em relação a serviços, a partir do dia da celebração do contrato ou a partir do dia em que tenham sido cumpridas as obrigações referidas no artigo 5º, se tal suceder após a celebração do contrato, desde que o prazo não exceda o prazo de três meses indicado no parágrafo seguinte. Se o fornecedor não tiver cumprido as obrigações referidas no artigo 5º, 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

Com efeito, as Diretivas da Comunidade Europeia aplicáveis estabelecem a exigência de proporcionar ao consumidor uma informação prévia ao contrato<sup>273</sup>, tanto sobre o objeto, de modo que seja suficiente para que possa dar adequadamente o consentimento e proceder à execução do contrato, como sobre a faculdade de arrependimento que lhe assiste em determinadas circunstâncias.

---

contrato. Se as informações referidas no artigo 5º forem fornecidas dentro do prazo de três meses, o consumidor dispõe, a partir desse momento, do prazo de sete dias úteis indicado no primeiro parágrafo. **2.** Quando o direito de rescisão tiver sido exercido pelo consumidor, nos termos do presente artigo, o fornecedor fica obrigado a reembolsar os montantes pagos pelo consumidor sem despesas para este. As únicas despesas eventualmente a cargo do consumidor decorrentes do exercício do seu direito de rescisão serão as despesas directas da devolução do bem. O reembolso deverá ser efectuado o mais rapidamente possível, e sempre no prazo de trinta dias. **3.** Salvo acordo em contrário entre as partes, o consumidor não pode exercer o direito de rescisão previsto no n. 1 nos contratos: - de prestação de serviços cuja execução tenha tido início, com o acordo do consumidor, antes do termo do prazo de sete dias úteis previsto no n. 1, - de fornecimento de bens ou de prestação de serviços cujo preço dependa de flutuações de taxas do mercado financeiro que o fornecedor não possa controlar, - de fornecimento de bens confeccionados de acordo com especificações do consumidor ou manifestamente personalizados ou que, pela sua natureza, não possam ser reenviados ou sejam susceptíveis de se deteriorarem ou perecerem rapidamente, - de fornecimento de gravações áudio e vídeo, de discos e de programas informáticos a que o consumidor tenha retirado o selo, - de fornecimento de jornais e revistas, - de serviços de apostas e loterias. **4.** Os Estados-membros devem prever na respectiva legislação que: - se o preço do bem ou do serviço total ou parcialmente coberto por um crédito concedido pelo fornecedor, ou - se esse preço for total ou parcialmente coberto por um crédito concedido ao consumidor por um terceiro, com base num acordo celebrado entre o terceiro e o fornecedor, o contrato de crédito é resolvido, sem direito à indenização, se o consumidor exercer o seu direito de rescisão em conformidade com o n. 1. As modalidades de resolução do contrato de crédito são estabelecidas pelos Estados-membros". (COMUNIDADE EUROPEIA. **Directiva 97/7/CE**, do Parlamento Europeu e do Conselho de 20 de Maio de 1997. Relativa à proteção dos consumidores em matéria de contratos à distância. Jornal Oficial n. L 144 de 04/06/1997 p. 0019 – 0027. Disponível em: <<http://europa.eu.int/eur-lex/lex/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31997L0007:PT:HTML>>. Acesso em: 24 mar. 2012)

<sup>273</sup> Sobre as obrigações prévias ao início do procedimento de contratação, estabelece o art. 27, da Lei Orgânica da Espanha n. 34/2002: "**Artículo 27. Obligaciones previas al inicio del procedimiento de contratación.** Además del cumplimiento de los requisitos en materia de información que se establecen en la normativa vigente, el prestador de servicios de la sociedad de la información que realice actividades de contratación electrónica tendrá la obligación de informar al destinatario de manera clara, comprensible e inequívoca, y antes de iniciar el procedimiento de contratación, sobre los siguientes extremos: Los distintos trámites que deben seguirse para celebrar el contrato; Si el prestador va a archivar el documento electrónico en que se formalice el contrato y si éste va a ser accessible; Los medios técnicos que pone a su disposición para identificar y corregir errores en la introducción de los datos, y La lengua o lenguas en que podrá formalizarse el contrato". O mesmo artigo da lei espanhola dispõe, também, em seu inciso 2, sobre os casos em que o prestador não terá obrigação de facilitar as informações acima referidas, sendo estes quando: ambos os contratantes assim acordarem e nenhum deles tiver a característica de consumidor; ou, quando o contrato se tenha celebrado exclusivamente mediante intercâmbio de correio eletrônico ou outro tipo de comunicação eletrônica equivalente, quando esses meios não tenham sido empregados com exclusivo propósito de eludir o cumprimento de tal obrigação. A Diretiva da União Europeia 97/7, dispõe sobre o assunto no art. 6º e no inciso 3 do mesmo artigo, estabelecendo em quais casos seus dispositivos não podem ser aplicados, mesmo quando se tratar de contratos realizados a distância. (ESPANHA. Ley 34, de 11 de julho de 2002. Ley de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico. **Jornal Oficial da Comunidade Européia**. Disponível em: <<http://europa.eu.int/eur-lex/lex/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32000L0031:PT:HTML>>. Acesso em: 24 mar. 2012; e COMUNIDADE EUROPEIA, **Directiva 97/7/CE**).



As Diretivas que se ocupam dos contratos celebrados fora dos estabelecimentos comerciais e dos contratos celebrados a distância impõem ao vendedor a obrigação de informar necessariamente ao consumidor, previamente à outorga do consentimento deste e por meio de oportuna proposta comercial, de uma série de termos<sup>274</sup> referentes à identidade do provedor, às características essenciais do bem ou serviço, o preço e a forma de pagamento, a forma e os custos de entrega do produto, o prazo de validade da oferta e a existência de um direito de resolução, cuja ausência se entende que vicia o consentimento do consumidor.

Do mesmo modo, se estabelece que tal proposta deve expressar inequivocamente que se trata de uma proposta comercial, que deve ser clara e compreensível e, nesse caso, que o uso da técnica a distância tem caráter oneroso<sup>275</sup>.

Por último, em ambos os casos se exige confirmação escrita da informação mencionada para facilitar a execução do contrato<sup>276</sup>.

O próprio Código de Defesa do Consumidor brasileiro não é alheio a esta preocupação e exige no seu art. 31 (como regra geral e, portanto, aplicável às vendas a distancia), que a oferta de produtos à venda deve assegurar ao

---

<sup>274</sup> O Art. 4º da diretiva sobre vendas a distância exige, quanto à informação que deve ser prestada ao consumidor antes da celebração de qualquer contrato a distancia e com a antecedência necessária, o seguinte: a) a identidade do provedor e no caso de contratos que requeiram o pagamento adiantado, seu endereço; b) as características essenciais do bem ou do serviço; c) o preço do bem ou do serviço, incluídos todos os impostos; d) os custos de entrega, se for o caso; e) as formas de pagamento, entrega ou execução; f) a existência de um direito de resolução, quando houver; g) o custo da utilização da técnica de comunicação a distancia quando se calcule sobre uma base distinta da tarifa básica; h) o prazo de validade da oferta ou do preço; i) quando for o caso, a duração mínima do contrato, quando se tratar de contratos de fornecimento de produtos e serviços destinados a sua execução permanente ou repetida. (COMUNIDADE EUROPEIA. **Directiva 97/7/CE**)

<sup>275</sup> O artigo 4º, 2 da Diretiva dispõem que a finalidade comercial deve resultar inequívoca, devendo ser informado ao consumidor de modo claro e compreensível, mediante qualquer meio adequado à técnica de comunicação a distancia utilizada e deverá respeitar, em particular, os princípios de boa-fé em matéria de transações comerciais, assim como os princípios de proteção daqueles que são incapazes de contratar, segundo a legislação nacional dos diferentes Estados-membros, como os menores de idade e, por sua vez, o art. 39 da LOCM, dispõe que “En todas las propuestas de contratación deberá constar, inequívocamente, que se trata de una propuesta comercial.... se deberá informar al consumidor de que la utilización de una técnica de comunicación a distancia para la transmisión del pedido tiene carácter oneroso, a menos que este extremo resulte evidente....y deberán cumplirse las disposiciones vigentes sobre respeto a la intimidad y sobre protección de los menores...”. (COMUNIDADE EUROPEIA. **Directiva 97/7/CE**).

<sup>276</sup> O art. 5º da Diretiva exige esta confirmação escrita da informação quando dispõe que “El consumidor deberá recibir confirmación por escrito o mediante cualquier otro soporte duradero a su disposición de la información mencionada ...” e que, em todo caso, deverão ser facilitadas: a informação escrita sobre as condições e modalidades de exercício do direito de resolução, ....; a direção geográfica do estabelecimento do provedor, onde o consumidor pode apresentar suas reclamações; a informação relativa aos serviços pós-venda e as garantias comerciais existentes etc. (Ibid.).

consumidor informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre as características do objeto, suas qualidades, composição, preço e garantia, para que ele possa dar adequadamente seu consentimento. Do mesmo modo e especificamente para as vendas a distância, exige no seu art. 33 a perfeita identificação do fabricante, cujo endereço deve constar na embalagem, na publicidade e em todos os impressos utilizados na transação comercial<sup>277</sup>. E isso é perfeitamente lógico, pois, conforme o art. 46 os contratos celebrados com consumidores não os obrigarão, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo.

No Direito Comunitário Europeu, tanto em matéria de contratos negociados fora do estabelecimento mercantil, como de contratos negociados a distancia, se atribui ao consumidor o direito de resolução que poderá ser exercido no prazo mínimo de sete dias úteis para rescindir o contrato, sem penalização e sem indicação dos motivos, sendo o único gasto que se poderia imputar ao consumidor, do custo direto da devolução das mercadorias ao provedor<sup>278</sup>.

Em particular, a Diretiva 97/7/CE estabelece no art. 6<sup>o</sup><sup>279</sup> que

---

<sup>277</sup> A lei espanhola sobre comércio eletrônico, no seu “**art. 10. Información general. 1.** Sin perjuicio de los requisitos que en materia de información se establecen en la normativa vigente, el prestador de servicios de la sociedad de la información estará obligado a disponer de los medios que permitan, tanto a los destinatarios del servicio como a los órganos competentes, acceder por medios electrónicos, de forma permanente, fácil, directa y gratuita, a la siguiente información: a) Su nombre o denominación social; su residencia o domicilio o, en su defecto, la dirección de uno de sus establecimientos permanentes en España; su dirección de correo electrónico y cualquier otro dato que permita establecer con él una comunicación directa y efectiva. Los datos de su inscripción en el Registro Mercantil en el que, en su caso, se encuentren inscritos o de aquel otro registro público en el que lo estuvieran para la adquisición de personalidad jurídica o a los solos efectos de publicidad. c) En el caso de que su actividad estuviese sujeta a un régimen de autorización administrativa previa, los datos relativos a dicha autorización y los identificativos del órgano competente encargado de su supervisión. d) Si ejerce una profesión regulada deberá indicar: **1.º** Los datos del Colegio profesional al que, en su caso, pertenezca y número de colegiado. **2.º** El título académico oficial o profesional con el que cuente. **3.º** El Estado de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo en el que se expidió dicho título y, en su caso, la correspondiente homologación o reconocimiento. **4.º** Las normas profesionales aplicables al ejercicio de su profesión y los medios a través de los cuales se puedan conocer, incluidos los electrónicos. e) El número de identificación fiscal que le corresponda”. (ESPAÑA. **Ley 34**).

<sup>278</sup> Lima Marques afirma que a “[...] ‘formalidade informativa’ tem direta ligação com a possibilidade de exercício do direito de arrependimento. Assim, se a nova ‘forma’ dos contratos eletrônicos à distância não é cumprida, o prazo de arrependimento ou reflexão dilata-se (por exemplo, na Diretiva Europeia de 97/7, de quatorze dias para até três meses!), tornando toda a conclusão do contrato sob condição resolutiva”. (MARQUES, 2004, p. 121-122).

<sup>279</sup> Vale lembrar o entendimento já esposado de Lorenzetti, no sentido de que “o direito de arrependimento não se aplica (art. 6º.) nos casos de contratos de bolsas de valores, compra de programas de computador e gravações de áudio e vídeo, assinatura de jornais e revistas, contratos de jogo ou loteria”, bem como que “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

En todo contrato negociado a distancia, el consumidor dispondrá de un plazo mínimo de siete días laborables para rescindir el contrato sin penalización alguna y sin indicación de los motivos. El único gasto que podría imputarse al consumidor es el coste directo de la devolución de las mercancías al proveedor<sup>280</sup>.

Por sua vez, o Código de Defesa do Consumidor no art. 49 do Capítulo VI, dedicado à proteção contratual dos consumidores, depois de fazer referência à contratação de fornecimento de produtos e serviços ocorrer fora do estabelecimento comercial, especialmente por telefone ou a domicílio<sup>281</sup>, estabelece o direito de arrependimento para o consumidor:

O consumidor pode desistir do contrato, no prazo de 07 (sete) dias a contar de sua assinatura ou do ato de recebimento do produto ou serviço, sempre que a contratação de fornecimento de produtos e serviços ocorrer fora do estabelecimento comercial, especialmente por telefone ou a domicílio<sup>282</sup>.

Estabelecendo a continuação no seu parágrafo único que se o consumidor exercitar este direito, os valores eventualmente pagos, a qualquer título, durante o prazo de reflexão, serão devolvidos de imediato, corrigidos monetariamente<sup>283</sup>, o que deve ser aplicado por analogia aos contratos eletrônicos.

Cabe aludir, ainda, o artigo 11º, 3 da Diretiva 97/7/CE sobre contratos negociados a distância, que permite expressamente aos Estados-membros estabelecer que “la carga de la prueba de la existencia de una información previa, de la confirmación por escrito o del respeto a los plazos y del consentimiento del consumidor, puedan recaer en el proveedor”<sup>284</sup>.

---

todas as informações ali expostas, terá a possibilidade de copiar todo o conteúdo e, no final, exercer o seu direito de arrependimento”, o que já foi analisado e questionado quando do capítulo sobre as especificidades da contratação eletrônica direta. (LORENZETTI, 2004, p. 401-402).

<sup>280</sup> COMUNIDADE EUROPEIA. **Directiva 97/7/CE**.

<sup>281</sup> Também se aplicaria este dispositivo às vendas por correio celebradas contra devolução, conforme o entendimento de Coelho. (COELHO, Fabio Ulhoa. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 154)

<sup>282</sup> BRASIL, 1990, p. 812.

<sup>283</sup> Conforme entendimento de NERY JUNIOR, Nelson. **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998. p. 391.

<sup>284</sup> COMUNIDADE EUROPEIA, **Directiva 97/7/CE**.

Nesse sentido determina o CDC, cujo art. 6º, inciso VIII<sup>285</sup> reconhece como regra geral ser um direito básico do consumidor “[...] a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive, com a inversão do ônus da prova a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência”. Ademais, se pode entender que o referido Código impõe ao fornecedor, em qualquer hipótese, o ônus de provar a veracidade de suas alegações com relação à existência e o conteúdo dos contratos celebrados com consumidores, por interpretação analógica do seu art. 38<sup>286</sup>.

É o estabelecimento de um princípio geral de irrenunciabilidade dos direitos concedidos neste ponto ao consumidor, princípio que também se generalizou como técnica complementar de proteção dos consumidores. Este princípio que vem inspirando todo o novo direito contratual de proteção dos consumidores se socorre com distintas e variadas formulações no Direito Comunitário Europeu, em particular no art. 6º da Diretiva sobre contratos negociados fora do estabelecimento comercial e no art. 12 da Diretiva sobre contratos negociados a distancia. A primeira dessas normas é taxativa ao dispor que “El consumidor no podrá renunciar a los derechos que le sean conferidos en virtud de la presente Directiva”, acrescentando à continuação seu art. 7º, que “si el consumidor ejerciere su derecho de renuncia, los efectos jurídicos de la renuncia se regularán de acuerdo con la legislación nacional, en particular, en lo referente al reembolso de pagos relativos a los bienes o a las prestaciones de servicios, así como a la restitución de mercancías recibidas”. A segunda delas não é menos específica e seu art. 12, 1 emprega carácter imperativo às disposições contidas na Diretiva ao dispor: “los consumidores no podrán renunciar a los derechos que se les reconozcan en virtud de la transposición al Derecho nacional de la presente Directiva”.

Isto é, os ordenamentos jurídicos necessitam complementar em matéria de contratação eletrônica os mecanismos tradicionais de reparação individual com outros novos que tenham carácter preventivo e estejam presididos pela tutela de interesses coletivos dos consumidores em geral. Sua finalidade é impedir, dentro do possível, os abusos dos comerciantes/fornecedores que possuem posição

---

<sup>285</sup> BRASIL, op. cit., p. 808.

<sup>286</sup> Ibid., p. 811.

privilegiada na relação e proteger os consumidores que possam ser vítimas destes abusos, tanto individualmente como coletivamente.

Em geral essas técnicas jurídicas estão postas a melhorar a prestação do consentimento por parte do consumidor, evitando que ele o preste sem estar completamente seguro de querer prestá-lo e sabendo muito bem qual é o seu alcance. Com isso, se quer evitar que o comerciante/fornecedor, com as sofisticadas técnicas comerciais e publicitárias que utiliza ou com os complexos mecanismos contratuais que utiliza para facilitar a prestação do consentimento, façam que o consumidor preste um consentimento que não é plenamente desejado e querido. Sendo que, para tanto, se utilizam fundamentalmente duas técnicas: obrigar o comerciante/fornecedor a proporcionar ao consumidor toda a informação necessária para que possa valorar adequadamente se quer ou não consentir (informação completa sobre o bem ou serviço a contratar e suas características essenciais e informação detalhada sobre o preço e as condições da negociação, que em algumas ocasiões devem ser expressas por formalidades específicas); conceder ao consumidor um período de reflexão para contratar que assegure a certeza do seu consentimento.

Sobre a diretiva, manifestou-se Draetta<sup>287</sup>

La direttiva in esame, in stretta osservanza del principio di sussidiarietà, si limita a porre poche e fondamentali norme tese ad assicurare che l'ordinamento interno degli Stati membri non osti ad un 'uso effettivo' dei contratti per via elettronica (art. 9 della direttiva), senza proporsi in alcun modo um'armonizzazione dei sistemi normativi nazionali. In particolare, gli Stati membri devono assicurare che i requisiti relativi alla formazione dei contratti interni non siano tali da ostacolare la formazione dei contratti elettronici e non li privino di efficacia e di validità in quanto stipulati per via elettronica<sup>288</sup>.

Por fim, vale mencionar que o disposto no art. 5º da Diretiva 1999/93/CE<sup>289</sup>, nas palavras de Menke<sup>290</sup>,

<sup>287</sup> DRAETTA, Ugo. Internet e commercio elettronico: nel diritto Internazionale dei privati. In: *CONTRATTI e commercio internazionale*. 2. ed. riveduta e aggiornata. Milano: Giuffrè, 2005. p. 78.

<sup>288</sup> Tradução livre: "A diretiva em exame, em estrita observância ao princípio da subsidiariedade, se limita a algumas regras básicas destinadas a assegurar que o direito interno dos Estados-Membros não obste ao 'uso efetivo' dos contratos eletrônicos (artigo 9º da Diretiva), sem propor de algum modo uma harmonização dos sistemas nacionais de regulação. Em particular, os Estados-Membros devem assegurar que os requisitos relativos à formação dos contratos internos não são susceptíveis de impedir a formação dos contratos eletrônicos e nem lhe privá-los de eficácia e validade, por serem celebrados pela via eletrônica".

<sup>289</sup> "Artigo 5º. Efeitos legais das assinaturas electrónicas. 1. Os Estados-Membros assegurarão que as assinaturas electrónicas avançadas baseadas num certificado qualificado e criadas através de dispositivos seguros de criação de assinaturas: a) Obedecem aos requisitos legais de uma

[...] reconhece a mera assinatura eletrônica – a princípio baseada em qualquer meio de atribuição de autoria – mas também não lhe confere o efeito jurídico diferenciado. Como se viu, no âmbito europeu, apenas a assinatura eletrônica avançada baseada num certificado qualificado válido (e, portanto, estribada na técnica da criptografia assimétrica) terá os mesmos efeitos da assinatura manuscrita.

A União Europeia, portanto, deve ser vista como um modelo de parceria entre os países integrantes da comunidade, estabelecida com o intuito de melhor atender aos interesses das partes contratantes no âmbito das contratações virtuais, em especial, de proteção aos consumidores, considerando a capacidade de ingerência desses negócios de forma abrangente em seus países.

Na América Latina, poderia se cogitar de uma reunião dos países do Mercosul para o estabelecimento de diretrizes próximas às verificadas na Comunidade Europeia, pois, como se tem percebido, ainda deve levar um tempo até que orientações gerais de âmbito internacional (mundial) sejam desenvolvidas sobre o assunto, em que pese os esforços já reconhecidos nesse sentido de diversas entidades governamentais.

---

assinatura no que se refere aos dados sob forma digital, do mesmo modo que uma assinatura manuscrita obedece àqueles requisitos em relação aos dados escritos; e b) São admissíveis como meio de prova para efeitos processuais. 2. Os Estados-Membros assegurarão que não sejam negados a uma assinatura electrónica os efeitos legais e a admissibilidade como meio de prova para efeitos processuais apenas pelo facto de: — se apresentar sob forma electrónica, — não se basear num certificado qualificado, — não se basear num certificado qualificado emitido por um prestador de serviços de certificação acreditado, — não ter sido criada através de um dispositivo seguro de criação de assinaturas”. (COMUNIDADE EUROPEIA. Directiva 1999/93/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Dezembro de 1999, relativa a um quadro legal comunitário para as assinaturas electrónicas. **Jornal Oficial** n. L 13 de 19/01/2000. p. 12-20. Disponível em: <[http://eur-lex.europa.eu/Result.do?T1=V3&T2=1999&T3=93&RechType=RECH\\_naturel&Submit=Pesquisar](http://eur-lex.europa.eu/Result.do?T1=V3&T2=1999&T3=93&RechType=RECH_naturel&Submit=Pesquisar)>. Acesso em: 24 mar. 2012).

<sup>290</sup> MENKE, 2005, p. 145-146.

## CONCLUSÃO

Se a revolução econômica e tecnológica é inegável, cabe ao jurista acompanhá-la, identificando as implicações jurídicas e adaptando, quando necessário, os parâmetros doutrinários ao novo contexto socioeconômico.

A utilização das redes de computadores na atividade negocial vem instigando os juristas a cogitar da necessidade de adaptação de diversos institutos do direito privado, notadamente na seara contratual. Já existem importantes estudos em língua portuguesa tratando especificamente dos desafios que as modernas tecnologias da informação impõem à dogmática contratual, no que se refere, em especial, à definição do lugar e do momento de conclusão dos contratos, à identificação dos sujeitos contratuais, à forma das declarações de vontade, à validade das declarações de vontade e à proteção da confiança dos consumidores em relação aos novos métodos contratuais oferecidos por intermédio da Internet.

É bem verdade que a *Internet* não cria um espaço livre, alheio ao Direito, sendo aplicáveis as normas legais vigentes aos contratos em geral também aos contratos eletrônicos, além dos princípios norteadores do Direito Civil e Contratual em si, bem como das relações consumeristas, quando for a hipótese vivenciada.

Na prática comercial, notadamente, também surgem inovações jurídicas decorrentes da alteração das relações de mercado que, ao longo do tempo, vão se incorporando ao direito privado comum, fazendo com que o Direito se adapte às evoluções tecnológica e sociológica que acontecem a todo momento no mundo moderno.

Como ainda não se consolidaram na doutrina institutos jurídicos especificamente relacionados à *Internet* e, por decorrência, ao comércio eletrônico, de modo que, em vez de um enquadramento estático e meramente exegetico, esse novo campo da experiência social demanda uma análise jurídica um tanto prospectiva, mais voltada ao âmbito dos 'modelos jurídicos'.

A perspectiva dos estudos deve ser a da curiosidade, muito além do que propor soluções a um problema, mas trazer o problema, discutindo sua existência e as atuais respostas no direito vigente e, caso não encontradas, aí sim verificar as demais formas de resolução com base no direito comparado, nos princípios gerais de direito, na jurisprudência etc.

Bem verdade a notoriedade da capacidade de surgimento e superação de novas tecnologias quando se trata de informática. Chama atenção, ainda, como cada vez mais essas inovações são postas à disposição de um número de pessoas que também só aumenta, a tal ponto que se verifica que o contato e o manuseio de computadores não são mais um privilégio de poucas pessoas conhecedoras do assunto.

E, a medida em que o fenômeno da massificação no uso da informática produz novas formas de relacionamento social, é imperativo que o Direito também, como área de conhecimento humano (dentre outras qualidades), dirija suas atenções ao tratamento da matéria, enfrentando-a no que possui de novo e no que se limita a reproduzir o que já existe.

De todos os questionamentos, posicionamentos, estudos, reflexões e análises propostas neste trabalho, pode-se afirmar que não há como discordar que o meio eletrônico nada traz de novidade ao que já se conhece sobre a formação dos contratos e da respectiva eficácia probatória de seus instrumentos, mas que o 'novo' consiste nas diferentes formas de compreensão do tema, as quais merecem atenção do direito e dos seus aplicadores e estudiosos.

A correta identificação da pergunta ainda é a melhor maneira de se chegar rapidamente à resposta. Por isso, a aparente contradição é resolvida quando se esclarece que, de um lado as fontes tradicionais do direito podem suportar as alterações inseridas pela moderna tecnologia da informação, sendo suficiente o uso da hermenêutica em todas as suas possibilidades; e, de outro, há a necessidade de se fazer um processo de adequação dessas inovações às exigências do direito, especificando os requisitos necessários para que o suporte eletrônico seja viável.

Pelo que se vê, a doutrina possui um papel fundamental, eis que aos juristas incumbe a tarefa de propor e posicionar os problemas que ocorrem no direito, antes mesmo de buscar soluções a estes.

No trabalho proposto foi feito um estudo inicial com as características gerais da contratação eletrônica, especificando a declaração de vontade no ambiente virtual, destacando a importância dos princípios nas relações contratuais por meio eletrônico, além de explicar os institutos contratuais dessa forma de negociação, como a formação dos contratos eletrônicos, a prova no seu âmbito e a aplicação do Direito Consumerista com relação a estes.



Uma vez que nos contratos eletrônicos a caracterização do consentimento de uma das partes é mais complexa, pois a transação se efetua por meio virtual e exige inúmeras peculiaridades para garantir a segurança e a efetividade dessa forma de contratar. Além da percepção de que os princípios tradicionais do direito civil merecem estudos para verificar onde e como se enquadram quando há dúvidas sobre o tema dos contratos eletrônicos, sendo também os estudos aprofundados a ponto de entender que novas questões surgem com o advento destes e que exigem atenção, principalmente, pelo fato de não haver nada juridicamente definido sobre o assunto.

Ora, no sistema brasileiro, contratos realizados por meio virtual somente dependerão de forma especial quando o ordenamento jurídico assim o exigir, o que difere bastante os contratos eletrônicos da forma tradicional de contratar, está no fato de que essa possui uma maior facilidade de acesso aos seus termos e à prova de sua existência, o que ainda não ocorre tanto com os contratos virtuais, mas que diante da evolução constante das tecnologias, a segurança desse meio já não é tão inferior, dada a regência dos documentos eletrônicos como visto.

Eis que, do mesmo modo que a forma no contrato virtual se apresenta mediante um documento eletrônico, a prova no contrato eletrônico direto também depende da utilização desse elemento. E, por essas questões é necessário que as garantias dos consumidores sejam tuteladas, já que com o ambiente virtual há inúmeras possibilidades de não estarem bem protegidas em face do meio eletrônico ainda não permitir a segurança almejada a esses que são considerados partes vulneráveis da relação negocial, na maioria das situações vivenciadas.

Feitas considerações de uma forma abrangente da contratação eletrônica, passou-se ao exame específico do objeto dessa dissertação, analisando-se os contratos realizados por meio eletrônico no qual o cumprimento da obrigação e/ou a prestação do serviço se dá diretamente pelo mesmo ambiente virtual, sendo os chamados contratos eletrônicos diretos.

Estes diferenciados pela 'desmaterialização' do meio contratual, do seu objeto, dos seus vícios e de todas as formas contratuais até então conhecidas pela sociedade. Sendo o desafio nesse momento a extrema desmaterialização dos negócios jurídicos no comércio eletrônico, gerando uma reação do Direito para adaptar suas normas a este fenômeno, a fim de validar o negócio jurídico concluído

integralmente pela *Internet* ou em quase sua totalidade, como nos casos dos contratos eletrônicos diretos.

De imensa importância o fato de que nos contratos eletrônicos cuja execução da obrigação objeto do contrato é feita na rede (diretos), o meio eletrônico é fundamental para a entrega do objeto adquirido e/ou para a prestação do serviço contratado.

E, como consequência, diversos apontamentos são feitos quanto às situações experimentadas na contratação tradicional e que, na estabelecida em ambiente virtual em que a desmaterialização impera, podem gerar grande dúvida sobre como será aplicado o mesmo direito até então vigente. Como, por exemplo, o direito de arrependimento, a realização e formalização do contrato totalmente por meio eletrônico a estabelecer novas formas de prova da contratação, bem como de comunicação entre as partes no momento da proposta e de sua aceitação, dentre outras indagações.

Aqui nunca será demasiado ressaltar que os riscos são idênticos aos da contratação tradicional, sendo preciso um aprofundamento jurídico dos aplicadores do Direito sobre o tema em alguns aspectos, como a definição de conceitos e regramentos específicos somente para os casos em que a legislação vigente não puder lhes alcançar o direito, a fim de proteger as partes contratantes por essa nova forma.

Por tudo isso é que se propôs a abordagem dos contratos eletrônicos diretos, negócios ainda não comuns na seara dos Tribunais e das desavenças judiciais, mas que cada vez mais são utilizados pelos consumidores usuários da contratação eletrônica e que merecem ter protegidos os mesmos direitos alcançados pela forma tradicional de contratar.

## REFERÊNCIAS

ALBERTIN, Alberto Luiz. **Comércio eletrônico: modelo, aspectos e contribuições de sua aplicação**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

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

ARGENTINA. **Ley n. 19798/2008**. Modificaciones al Código Penal en lo referido a delitos informáticos. Publicada em 25 jun. 2008. Disponível em: <<http://www1.hcdn.gov.ar/BO/boletin08/2008-06/BO25-06-2008leg.pdf>>. Acesso em: 25 mar. 2012.

\_\_\_\_\_. **Ley n. 25873/2003**. Modifícase la Ley Nº 19.798, en relación con la responsabilidad de los prestadores respecto de la captación y derivación de comunicaciones para su observación remota por parte del Poder Judicial o Ministerio Público. Publicada em 17 dez. 2003. Disponível em: <<http://www1.hcdn.gov.ar/BO/boletin04/2004-02/BO09-02-2004leg.pdf>>. Acesso em: 25 mar. 2012.

BENJAMIN, Antônio Herman V. O conceito jurídico de consumidor. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 628, fev. 1988.

BORRUSO, Renato. **Computer e diritto II**. Milano: [s.n.], 1989.

BRASIL. Código Civil: Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. In: VADE Mecum. 12. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_. Código de Defesa do Consumidor, Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. In: VADE Mecum. 12. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_. **Código de Processo Civil**, Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

\_\_\_\_\_. Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro, Decreto-lei 4.657, de 4 de setembro de 1942. In: TAPAI, Gisele de Melo Braga (Coord.). **Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro**. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

\_\_\_\_\_. **Lei n. 9.472, de 16 de julho de 1997**. *Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicação, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional n. 08, de 1995*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L9472.htm>>. Acesso em: 15 dez. 2009.

\_\_\_\_\_. **Medida Provisória 2.200-2**, de 24 de agosto de 2001. Institui a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira – ICP-Brasil, transforma o Instituto de Tecnologia da Informação em autarquia, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.senado.gov.br/atividade/Materia/Detalhes.asp?p\\_cod\\_mate=48085&titul](http://www.senado.gov.br/atividade/Materia/Detalhes.asp?p_cod_mate=48085&titul)>

o=MSG%20913%20de%202001%20%28%20Origem:%20PRESIDENCIA%20DA%20REPUBLICA%20%29>. Acesso em: 24 mar. 2012.

\_\_\_\_\_. **Projeto de Lei n. 4.906-A de 2001**. Dispõe sobre o comércio eletrônico, tendo parecer: da Comissão Especial, pela constitucionalidade, juridicidade, boa técnica legislativa e, no mérito, pela aprovação, deste e dos de nºs 1.483/99 e 1.589/99, apensados, com substitutivo. Relator: Deputado Julio Semeghini. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=29955>>. Acesso em: 24 mar. 2012.

CARVALHO, Ana Paula Gombogi. **Contratos via internet**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

CASSANO, Giuseppe. *Commercio elettronico e tutela del consumatore: a cura di Giuseppe Cassano. IL DIRITTO Privato Oggi: serie a cura di Paolo Cendon. Milano: Giuffrè, 2003.*

COELHO, FABIO ULHOA. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1991.

COMISSÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DIREITO MERCANTIL INTERNACIONAL. **Lei Modelo da UNCITRAL sobre Comércio Eletrônico**, Resolução n. 51/162 da Assembleia Geral de 16 de dezembro de 1996. Disponível em: <[http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral\\_texts/electronic\\_commerce/1996Model.html](http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/electronic_commerce/1996Model.html)>. Acesso em: 24 mar. 2012.

COMUNIDADE EUROPEIA. **Directiva 97/7/CE**, do Parlamento Europeu e do Conselho de 20 de Maio de 1997. Relativa à proteção dos consumidores em matéria de contratos à distância. *Jornal Oficial* n. L 144 de 04/06/1997 p. 0019 – 0027. Disponível em: <<http://europa.eu.int/eur-lex/lex/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31997L0007:PT:HTML>>. Acesso em: 24 mar. 2012.

\_\_\_\_\_. Directiva 1999/93/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Dezembro de 1999, relativa a um quadro legal comunitário para as assinaturas electrónicas. *Jornal Oficial* n. L 13 de 19/01/2000. p. 12-20. Disponível em: <[http://eur-lex.europa.eu/Result.do?T1=V3&T2=1999&T3=93&RechType=RECH\\_naturel&Submit=Pesquisar](http://eur-lex.europa.eu/Result.do?T1=V3&T2=1999&T3=93&RechType=RECH_naturel&Submit=Pesquisar)>. Acesso em: 24 mar. 2012.

\_\_\_\_\_. **Directiva 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 08 de junho de 2000**. *Relativa a certos aspectos legais dos serviços da sociedade de informação, em especial do comércio eletrônico, no mercado interno (Directiva sobre comércio eletrônico)*. Disponível em: <[http://www.ancp.gov.pt/Legislacao/Documents/directiva\\_2000\\_31.pdf](http://www.ancp.gov.pt/Legislacao/Documents/directiva_2000_31.pdf)>. Acesso em: 15 dez. 2009.

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

DE LUCCA, Newton. **Aspectos jurídicos da contratação informática e telemática**. São Paulo: Saraiva, 2003.

\_\_\_\_\_. Títulos e contratos eletrônicos: o advento da informática e seu impacto no mundo jurídico. Eficácia probatória dos contratos celebrados pela internet. In: DE LUCCA, N. et. al. (Coord.). **Direito & Internet: aspectos jurídicos relevantes**. São Paulo: Edipro, 2001.

DIAS, Jean Carlos. **O direito contratual no ambiente virtual**. Curitiba: Juruá, 2001.

DRAETTA, Ugo. Internet e commercio elettronico: nel diritto Internazionale dei privati. In: **CONTRATTI e commercio internazionale**. 2. ed. riveduta e aggiornata. Milano: Giuffrè, 2005.

ESPANHA. Directiva 97/7/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho de 20 de Maio de 1997. Relativa à proteção dos consumidores em matéria de contratos à distância. **Jornal Oficial n. L 144** de 04 jun. 1997 p. 0019 – 0027. Disponível em: <<http://europa.eu.int/eur-lex/lex/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31997L0007:PT:HTML>>. Acesso em: 24 mar. 2012.

\_\_\_\_\_. Ley 34, de 11 de julho de 2002. Ley de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico. **Jornal Oficial da Comunidade Européia**. Disponível em: <<http://europa.eu.int/eur-lex/lex/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32000L0031:PT:HTML>>. Acesso em: 24 mar. 2012

FINDELSTEIN, Maria Eugênia. **Aspectos jurídicos do comércio eletrônico**. Porto Alegre: Síntese, 2004.

GARCIA JÚNIOR, Armando Álvares. **Contratos via internet**. São Paulo: Aduaneiras, 2001.

GAZZONI, Francesco. Contatto reale e contatto físico: ovvero l'accordo contrattuale sui trampoli. **Rivista di Diritto Commerciale**, Roma, n. 11-12, p. 655-668, 2002.

GRECO, Marco Aurélio. **Internet e direito**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2000.

GOMES, Orlando. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GÓMEZ, Jesus Miguel Lobato. Ventas especiales y protección del consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 12, n. 47, ano 12, jul./set. 2003.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito das obrigações: parte especial, contratos**. 12. ed. reform. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 6, t.1.

GRINOVER, Ada Pellegrini et. al. **Código brasileiro de defesa do consumidor:** comentado pelos autores do anteprojeto. 4. ed. São Paulo: Forense Universitária, 1996.

HENRY, Denis. Comércio eletrônico: a auto-regulamentação do setor é um modelo viável? In: SILVA JÚNIOR, Ronaldo Lemos; WAISBERG, Ivo. **Comércio eletrônico.** Tradução Celita G. Schermann. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. **Minidicionário Houaiss da Língua Portuguesa.** Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

IRTI, Natalino. 'É vero, ma... – Replica a Giorgio Oppo. **Rivista di Diritto Civile,** Padova, n. 2, p. 273-278, 1999

\_\_\_\_\_. Scambi senza accordo. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile,** Milano, n. 2, p. 347-364, 1998.

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

LEONARDI, Marcel. Produtos e serviços digitais e direito de arrependimento. **Revista de Direito de Informática e Telecomunicações,** Belo Horizonte, v. 1. n. 1, jul./dez. 2006.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Teoria geral das obrigações.** São Paulo: Saraiva, 2005.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de direito civil.** 6. ed. rev. e atual. por José Serpa Santa Maria. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1988. v. 1: Introdução, parte geral e teoria dos negócios jurídicos.

LORENZETTI, Ricardo L. **Comércio eletrônico.** Tradução Fabiano Menke com notas de Cláudia Lima Marques. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARTINS, Guilherme Magalhães. **Responsabilidade civil por acidente de consumo na internet.** Prefácio Gustavo Tepedino; apresentação Cláudia Lima Marques. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARQUES, Claudia Lima. **Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002:** convergências e assimetrias. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

\_\_\_\_\_. **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.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

\_\_\_\_\_. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor:** o novo regime das relações contratuais. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao código de defesa do consumidor**: arts. 1º a 74: aspectos materiais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao Código Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MENKE, Fabiano. **Assinatura eletrônica**: aspectos jurídicos no direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MERCOSUL. **Resolução n. 21/2004, GMC**. *Dispõe sobre o direito à informação do consumidor nas transações comerciais através da internet*. Disponível em: <<http://www.mercosul.gov.br/normativa/resolucao/2004/mercosul-gmc-res-no-21-04/>>. Acesso em 15 de dezembro de 2009.

MIRAGEM, Bruno Nunes Barbosa. O conceito de domicílio e sua repercussão nas relações jurídicas eletrônicas. A aplicação da Lei no espaço e a internet sob a perspectiva do direito brasileiro. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 5. n. 19, jul./set. 2004

NERY JUNIOR, Nelson. **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.

OPPO, Giorgio. Disumanizzazione del contratto? **Rivista di Diritto Civile**, Padova, n. 5, p. 525-533, 1998.

PECK, Patrick. **Direito digital**. São Paulo: Saraiva, 2002.

PINTO, Paulo Mota. **Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico**. Coimbra: Almedina, 1995.

RESPONSABILIDADE de los proveedores de información em internet. In: DERECHO de la sociedad de la información. Granada: Comares, 2007.

RIBEIRO, Luciana Antonini. Direito de arrependimento nas relações internáuticas. **Revista de Direito da Informática e das Telecomunicações**, Belo Horizonte, v. 1. n. 1, jul./dez. 2006.

SANTOLIM, Cesar Viterbo Matos. **A aplicação dos princípios de proteção do consumidor e o comércio eletrônico no direito brasileiro**. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2004.

\_\_\_\_\_. **Formação e eficácia probatória dos contratos por computador**. São Paulo: Saraiva, 1995a.

\_\_\_\_\_. Os princípios de proteção do consumidor e o comércio eletrônico no direito brasileiro. **Revista Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 55, 1995b.

SANTOS, Manoel J. Pereira dos; ROSSI, Mariza Delapieve. Aspectos legais do comércio eletrônico – Contratos de adesão. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 36, out./dez. 2000.

TELLINI, Denise Estrela. **Regime de direito internacional privado na responsabilidade dos provedores de internet**. Porto Alegre: Fabris, 2006.

VASCONCELOS, Fernando Antônio de. **Internet: responsabilidade do provedor pelos danos praticados**. Curitiba: Juruá, 2005.

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

ZANCANELLA, Luiz Carlos. Certificação digital. In: Seminário de Direito e Tecnologia da Informação, 2, 2005, Caxias do Sul. **[Anais...]**



**JURISPRUDÊNCIA**

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. 17ª Câmara Cível. Agravo de Instrumento n. 70005950704. Relator: Des. Alzir Felipe Schmitz. Julgado em: 24 jun. 2003.

\_\_\_\_\_. 1ª Turma Recursal Cível. Recurso Inominado n. 71002867877. Relator: Dr. Luiz Antônio Alves Capra. Julgado em: 14 abr. 2011.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. 2ª Turma Recursal Cível Recurso Inominado n. 71001834365. Relator: Dr. Afif Jorge Simões Neto. Julgado em: 01 abr. 2009.

\_\_\_\_\_. 3ª Turma Recursal Cível. Recurso Inominado n. 71002480846. Relator: Dr. Eugênio Facchini Neto. Julgado em: 27 maio 2010.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. 3ª Câmara de Direito Civil. Apelação Cível n. 2009.017627-2, Relator: Des. Marcus Tulio Sartorato. Julgado em: 02 jun. 2009.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. 29ª Câmara de Direito Privado. Apelação com Revisão n. 1.216.823-0/5. Relator: Des. Reinaldo Caldas. Julgado em: 26 ago. 2009.