

Universidade Federal do Rio Grande do Sul
Faculdade de Direito
Programa de Pós-Graduação em Direito

**A formação do vínculo no contrato eletrônico
e a proteção do consumidor**

Antonia Espíndola Longoni Klee

Porto Alegre
2008

Universidade Federal do Rio Grande do Sul
Faculdade de Direito
Programa de Pós-Graduação em Direito

**A formação do vínculo no contrato eletrônico
e a proteção do consumidor**

ANTONIA ESPÍNDOLA LONGONI KLEE

Dissertação elaborada e defendida como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, com ênfase em Direito Privado, desenvolvida sob a orientação da Professora Doutora Claudia Lima Marques.

Porto Alegre
2008

Dedico este trabalho aos meus pais,
João Antonio e Heloísa Beatriz.

AGRADECIMENTOS

À Professora Doutora Claudia Lima Marques, pela orientação segura, pela confiança que sempre demonstrou na minha capacidade, pelos constantes incentivos, ensinamentos e oportunidades que me proporcionou durante o período de convivência, bem como pela compreensão infinita e aceitação das minhas limitações. Espero um dia corresponder às expectativas dela em relação a mim.

Ao Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior, Mestre e inspiração, pela valiosa oportunidade de poder iniciar a minha vida profissional ao seu lado, no escritório Ruy Rosado de Aguiar Advogados Associados; pela sábia orientação, pela compreensão e generosidade, bem como pelo modelo de vida dedicada ao estudo e ao trabalho.

Ao Professor Manoel André da Rocha e ao Departamento de Direito Público e Filosofia do Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, pelo incessante apoio e incentivo, e pela oportunidade de realização do Estágio Docente na disciplina de Introdução à Ciência do Direito, no segundo semestre de 2004, em cumprimento dos requisitos exigidos pela CAPES para a concessão de bolsa de estudos.

Ao Professor Doutor Adalberto de Souza Pasqualotto e ao Professor Doutor Cesar Viterbo Matos Santolim, por terem prontamente aceitado participar de minha banca no Exame de Qualificação de Mestrado, bem como por todas as críticas e sugestões feitas ao trabalho, que muito me auxiliaram na conclusão do escrito.

À CAPES, pela concessão da bolsa de estudos de Mestrado durante os dois primeiros anos do curso e pelo indispensável incentivo financeiro recebido.

À Universidade Federal do Rio Grande do Sul, instituição pública, gratuita e de qualidade, da qual me orgulho de ser aluna desde a Graduação em Direito.

À Secretaria do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, na pessoa da Sra. Rosmari de Azevedo, por todo o apoio, o incentivo e a compreensão recebidos.

À Dra. Geraldina Viçosa, por todo o apoio emocional oferecido ao longo destes anos.

Aos meus avós maternos, Mário Machado Espíndola (em memória) e Hedy Fettermann Espíndola, por terem me recebido de braços abertos, com muito amor, carinho e atenção, no momento em que preparava o Vestibular para Direito da UFRGS.

Aos meus pais, João Antonio e Heloísa Beatriz, pelo amor incondicional, o carinho e a educação que sempre me proporcionaram e, em especial, pelo incentivo constante para aprofundar os meus estudos e através deles me realizar profissionalmente; pelo exemplo de vida digna dedicada ao trabalho e à família.

Às minhas irmãs, Beatriz e Mariela, por me ensinarem que viver é uma arte.

À minha valiosíssima “equipe” no escritório Ruy Rosado de Aguiar Advogados Associados, Ana Cristina Ramalho da Conceição, Rosangella Martins de Arruda, Magda De Conto, Vanessa da Silva Pires, Ferhi Mahmood, Elisa Alves de Oliveira e Íris Berndt, pela convivência e pelo auxílio competente, silencioso, tranqüilo, cotidiano e bem-humorado.

Às bibliotecárias da Biblioteca da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, pelo auxílio oferecido durante a busca de bibliografia, na pessoa de sua Bibliotecária-Chefe (ao tempo da realização da pesquisa bibliográfica), Sra. Naila Touguinha Lomando.

Ao Carlos Henrique Gutierrez, também conhecido como Guti, que, já no primeiro ano de faculdade, apelidou-me de Sra. Traça, por ter tornado o meu trabalho de pesquisa mais eficaz, ao rapidamente providenciar as cópias de que precisei, desde os tempos da Iniciação Científica.

Às bibliotecárias da Biblioteca do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, pela colaboração indispensável na pesquisa bibliográfica, na pessoa de sua Diretora, Sra. Vera Lúcia Pressotto. Em especial, à bibliotecária Lucia Souza Aiquel e ao Nilo Cláudio Machado, pelo auxílio imprescindível.

Aos meus amigos, família que escolhi, em especial ao Fabio Costa Morosini, pelo apoio e incentivo e pela inestimável amizade. Às queridíssimas Melissa Guimarães Castello e Ana Gerdau de Borja, irmãs de coração; à Mel agradeço particularmente por ter me dado o “empurrão” que faltava para o término da dissertação. À Cristina Stringari Pasqual e ao Marco Antônio Pasqual, companheiros no pensamento de que “vai dar certo”!

Ao Fernando Freitas de Souza, pessoa que tive a sorte de encontrar e escolhi ter ao meu lado neste momento, meu tesouro, por me fazer imensamente feliz.

A todos, muitíssimo obrigada!

*Tu beso se hizo calor,
luego el calor, movimiento,
luego gota de sudor
que se hizo vapor, luego viento
que en un rincón de La Rioja
movió el aspa de un molino
mientras se pisaba el vino
que bebió tu boca roja.*

*Tu boca roja en la mía,
la copa que gira en mi mano,
y mientras el vino caía
supe que de algún lejano
rincón de otra galaxia,
el amor que me darías,
transformado, volvería
un día a darte las gracias.*

*Cada uno da lo que recibe
y luego recibe lo que da,
nada es más simple,
no hay otra norma:
nada se pierde,
todo se transforma.*

*El vino que pagué yo,
con aquel Euro italiano
que había estado en un vagón
antes de estar en mi mano,
y antes de eso en Torino,
y antes de Torino, en Prato,
donde hicieron mi zapato
sobre el que caería el vino.*

*Zapato que en unas horas
buscaré bajo tu cama
con las luces de la aurora,
junto a tus sandalias planas
que compraste aquella vez
en Salvador de Bahía,
donde a otro diste el amor
que hoy yo te devolvería*

*Cada uno da lo que recibe
y luego recibe lo que da,
nada es más simple,
no hay otra norma:
nada se pierde,
todo se transforma.*

(Jorge Drexler, Todo se transforma)

QUINO. Mafalda. São Paulo: Global, [1982]. v. 2.

RESUMO

O trabalho é um estudo dos contratos eletrônicos à luz do direito do consumidor. Discorre sobre a proteção do consumidor no ordenamento jurídico brasileiro, segundo a Constituição da República de 1988, o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil brasileiro de 2002. Expõe a criação do Código de Defesa do Consumidor e a relação deste com o Código Civil. Ressalta a importância de um “diálogo de fontes” entre o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor, que devem ser interpretados conforme a Constituição. Analisa como ocorre a formação do vínculo e a manifestação da vontade nos contratos eletrônicos, com base nas relações estabelecidas entre consumidor pessoa física e fornecedor, tendo como enfoque os contratos de adesão e os contratos à distância. Examina o contrato eletrônico como contrato de consumo e aborda a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor aos contratos celebrados pela Internet. Faz referência às regulamentações do comércio eletrônico concebidas por outros países, como sugestões que podem ser adotadas pelo Brasil, caso o legislador entenda ser preciso regulamentar. Conclui que a legislação brasileira já existente de proteção e defesa do consumidor é plenamente aplicável aos contratos eletrônicos celebrados entre consumidores e fornecedores e que o aplicador da lei deve conhecer a experiência legislativa de outros países para conferir uma proteção mais eficaz do consumidor que utiliza o meio eletrônico para se relacionar com fornecedores.

Palavras-chave: Comércio Eletrônico. Contrato Eletrônico. Proteção do Consumidor.

ABSTRACT

The paper is a study on electronic contracts under the light of the consumer rights. It considers the consumer protection in the Brazilian legal system pursuant to the Constitution of 1988, the Consumer Defense and Protection Code, and the Brazilian Civil Code of 2002. The text expounds on the creation of the Consumer Defense and Protection Code, and its association with the Civil Code. It points out the importance of a “dialogue of legal sources” between the Civil Code and the Consumer Defense Code, which must be construed according to the Constitution. It analyses how the formation of an agreement and the manifestation of consent occur in electronic contracts, based on the established relationships between individual consumers and suppliers, focusing on adhesion contracts and distance contracts. It examines the electronic contract as a consumption contract and approaches the applicability of the Consumer Defense and Protection Code to contracts entered via the Internet. Reference is also made to the electronic commerce regulations conceived by other countries, which are treated as recommendations that could be adopted by Brazil in the event that a legislator feels more effective regulation to be necessary. This work finally assesses that existing Brazilian legislation on consumer protection is wholly applicable to electronic contracts enacted between consumers and suppliers and that the law enforcer should understand the legislative experience of other countries so as to ensure more efficient protection for the consumer who utilizes the electronic medium to do business with suppliers.

Keywords: Electronic Commerce. Electronic Contract. Consumer Protection.

ABREVIATURAS

ADCT	Ato das Disposições Constitucionais Transitórias
art.	artigo
B2B	<i>Business to business</i>
B2C	<i>Business to consumer</i>
CC/2002	Código Civil de 2002 – Lei n. 10.406/2002
CDC	Código de Defesa do Consumidor – Lei n. 8.078/1990
inc.	inciso
n.	número
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJ/RS	Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	12
2 A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	21
2.1 A Constituição da República de 1988 e a proteção do consumidor	24
2.2 O diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil brasileiro de 2002	35
2.3 O vínculo contratual no Código de Defesa do Consumidor	52
3 A FORMAÇÃO DO VÍNCULO E A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR NO COMÉRCIO ELETRÔNICO	76
3.1 O contrato eletrônico como contrato de consumo	81
3.2 A aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos contratos celebrados pela Internet	95
3.3 O exemplo da legislação comparada de proteção ao consumidor que contrata pela Internet	107
4 CONCLUSÃO	119
REFERÊNCIAS	122

1 INTRODUÇÃO

A globalização e o comércio internacional decorrentes do desenvolvimento cultural, social e econômico da humanidade suscitam preocupações¹. Um dos desdobramentos mais emblemáticos da globalização é a criação da Internet², fenômeno que une a comunidade global num mundo virtual, por meio da comunicação facilitada pela rede internacional, que extinguiu o espaço, conforme declarou Jayme³, e representou uma verdadeira ruptura com o passado⁴. Essa comunicação facilitada pela Internet determina uma maior vulnerabilidade daqueles que se comunicam⁵. Entre eles, encontram-se os consumidores, que se relacionam

¹ JAYME, Erik. O direito internacional privado do novo milênio: a proteção da pessoa humana face à globalização. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito PPGDir/UFRGS*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 85, mar. 2003.

² Lorenzetti ensina que “A Internet é ‘uma rede internacional de computadores interconectados, que permite que se comuniquem entre si dezenas de milhões de pessoas, bem como o acesso a uma imensa quantidade de informações de todo o mundo’. Pode-se observar algumas características juridicamente relevantes: é uma rede aberta, posto que qualquer um pode acessá-la; é interativa, já que o usuário gera dados, navega e estabelece relações; é internacional, no sentido de que permite transcender as barreiras nacionais; existe uma multiplicidade de operadores; tem uma configuração de sistema auto-referente, que não tem um centro que possa ser denominado ‘autoridade’, opera descentralizadamente e constrói a ordem a partir das regras do caos; tem aptidão para gerar suas próprias regras com base no costume; apresenta uma aceleração do tempo histórico; permite a comunicação em ‘tempo real’ e uma ‘desterritorialização’ das relações jurídicas; diminui drasticamente os custos das transações”. LORENZETTI, Ricardo Luis. *Comércio eletrônico*. Tradução de Fabiano Menke. Notas de Claudia Lima Marques. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 24-26.

Afirma-se que o termo “Internet” foi utilizado pela primeira vez em 1974. MERCOSUL.COM (Org.). B2B: uma alternativa para a expansão de seus negócios na Internet. São Paulo: Cia. Latino-Americana de Negócios On-Line, 2000. p. 6.

A Internet também pode ser assim definida: “[...] rede internacional de computadores interconectados, que permite a seus usuários um intercâmbio célere e dinâmico de conteúdos [...]”. MOTTA, Fernando Previdi; GUELMANN, Karine Rose; CASTILHO, William Moreira. Reflexões sobre o direito do consumidor e a Internet. In: CAPAVERDE, Aldaci do Carmo; CONRADO, Marcelo (Org.). *Repensando o direito do consumidor: 15 anos do CDC: 1990-2005*. Curitiba: Ordem dos Advogados do Brasil, Seção do Paraná, 2005. p. 242.

Martins afirma que a Internet é uma das facetas mais emblemáticas da globalização. MARTINS, Guilherme Magalhães. *Formação dos contratos eletrônicos de consumo via Internet*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 3.

³ JAYME, Erik. O direito internacional privado do novo milênio: a proteção da pessoa humana face à globalização. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito PPGDir/UFRGS*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 86, mar. 2003. Nesse texto, o autor ressalta a característica de ubiquidade inerente ao comércio eletrônico. O texto também foi publicado em JAYME, Erik. O direito internacional privado no novo milênio: a proteção da pessoa humana face à globalização. In: MARQUES, Claudia Lima; ARAUJO, Nadia (Org.). *O novo direito internacional: estudos em homenagem a Erik Jayme*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 3-20.

⁴ WALD, Arnoldo. A evolução do contrato no terceiro milênio e o novo Código Civil. In: ALVIM NETO, José Manuel de Arruda; CÉSAR, Joaquim Portes Cerqueira; ROSAS, Roberto (Coord.). *Aspectos controvertidos do novo Código Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 61.

⁵ MARQUES, Claudia Lima. *Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 72.

com fornecedores de produtos e serviços⁶, celebrando contratos, vinculando-se pela Internet, que é um novo ambiente de relacionamento interpessoal.

Concorde-se com Wald, quando afirma que:

Poucos institutos sobreviveram por tanto tempo e se desenvolveram sob formas tão diversas quanto o contrato, que se adaptou a sociedades com estruturas e escalas de valores tão distintas quanto as que existiram na Antigüidade, na Idade Média, no mundo capitalista e no próprio regime comunista⁷.

A adaptação do contrato ao desenvolvimento social, econômico e cultural da humanidade garantiu a sua permanência no mundo jurídico. No Brasil, exemplos da evolução do instituto contratual são o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002, que apresentam o contrato sob um novo enfoque, com finalidades e regime jurídico que se afastam do direito clássico, justificando uma reflexão sobre a matéria⁸. Essa reflexão deve ser ainda mais cautelosa, ao se tratar dos contratos celebrados com consumidores pela Internet. Faz-se mister adaptar o contrato à

⁶ O Código de Defesa do Consumidor (CDC) define o conceito de fornecedor em seu art. 3º. Marques discorre sobre o conceito de fornecedor em MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 393-426.

Veja, também, PASQUALOTTO, Adalberto de Souza. Conceitos fundamentais do Código de Defesa do Consumidor. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 80, n. 666, p. 52, abr. 1991.

Para os comentários ao art. 3º. do CDC, veja NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 108-124.

Da mesma forma, veja FILOMENO, José Geraldo Brito. Disposições gerais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 9. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. p. 46-50.

Bessa expõe o conceito de “fornecedor equiparado”, ao lado do “conceito genérico” de fornecedor trazido pelo art. 3º. do Código de Defesa do Consumidor. Explica o autor que o CDC indica e detalha, em outras passagens que não no art. 3º., atividades desenvolvidas por fornecedores de produtos e serviços que estão sujeitas à lei. Por isso, a definição de “fornecedor equiparado” leva em consideração a preponderância da atividade do fornecedor e não da configuração de um fornecedor com todos os requisitos exigidos pelo *caput* do art. 3º. BESSA, Leonardo Roscoe. *Aplicação do Código de Defesa do Consumidor: análise crítica da relação de consumo*. Brasília: Brasília Jurídica, 2007. p. 84-87.

⁷ WALD, Arnoldo. O contrato: passado, presente e futuro. *Cidadania e Justiça*, Brasília, v. 4, n. 8, p. 43, jan./jun. 2000.

⁸ Marques analisa a evolução da teoria contratual em MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 49-299.

Veja, também, ROPPO, Enzo. *O contrato*. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988. p. 308 et seq.

evolução constante do mundo e da tecnologia⁹, levando em consideração os princípios da teoria geral dos contratos¹⁰.

A Internet originou-se num sistema de interligação de redes de computadores nos Estados Unidos da América, no período da Guerra Fria, durante a década de 1960, para fins de proteção militar e industrial¹¹. A rede mundial de computadores tinha e tem como característica a garantia do acesso ágil às informações, não possuindo um centro único de emissão e recepção de dados. Surgiu da necessidade de distribuição de informações de forma descentralizada. Em tempo de guerra, isso era especialmente importante, devido à possibilidade de ocorrer qualquer ataque que destruísse o centro de comando das operações militares. Com a Internet, os dados podiam continuar a ser transmitidos, independentemente de pontos de comunicação específicos que porventura viessem a ser destruídos. Posteriormente, a rede de interligação de computadores passou a ser utilizada nas universidades e nos laboratórios de pesquisas norte-americanos. Num terceiro momento, disseminou-se ao redor do mundo. Assim, uma grande quantidade de informação passou a estar disponível às pessoas e às instituições que tinham acesso à rede.

A Internet é uma rede mundial de computadores operada por pessoas que interagem e se comunicam trocando entre si, em tempo real, mensagens, arquivos de textos, de dados e de imagens. Uma vez utilizada pelas empresas, a Internet possibilitou a negociação sem fronteiras, tanto na relação entre empresas (*business*

⁹ Wald afirmou que “A força das palavras e das instituições se mantém no tempo, mas para tanto é preciso adaptá-las à evolução constante do mundo e da tecnologia [...]”. WALD, Arnoldo. O contrato: passado, presente e futuro. *Cidadania e Justiça*, Brasília, v. 4, n. 8, p. 49, jan./jun. 2000.

¹⁰ Elias afirma que “não deve ser perseguido um novo paradigma de contrato, uma vez que, historicamente, após as alterações fundamentais (estruturais), a teoria geral dos contratos permanece com capacidade de ajuste e adaptação para fenômenos como o desenvolvimento do comércio eletrônico”. ELIAS, Paulo Sá. *Contratos eletrônicos e a formação do vínculo*. São Paulo: Lex, 2008. p. 69.

¹¹ Martins afirma que a origem da Internet “remonta aos anos 60, durante a Guerra Fria, quando o governo norte-americano deu vida ao projeto ARPANET (precursor da Internet, criado pela ARPA – *Advanced Research Projects Agency* – Agência de Projetos de Pesquisa Avançada), no sentido de uma ligação entre computadores militares e industriais, em 1969, por intermédio da rede telefônica, de modo a prevenir um possível ataque nuclear, inexistindo, em razão de tal preocupação, um centro de controle único a ser destruído”. MARTINS, Guilherme Magalhães. *Formação dos contratos eletrônicos de consumo via Internet*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 33.

Da mesma forma, afirma-se que a criação da Internet ocorreu na década de 1960, nos Estados Unidos da América, entretanto, foi reconhecida como um fenômeno global apenas na década de 1990, com a criação de *World Wide Web*, ou, simplesmente, “www”, cuja idéia básica foi criada por Tim Berners-Lee em 1989. MERCOSUL.COM (Org.). B2B: uma alternativa para a expansão de seus negócios na Internet. São Paulo: Cia. Latino-Americana de Negócios On-Line, 2000. p. 5 e p. 7.

to business – B2B)¹², quanto na relação entre empresas e consumidores (*business to consumer – B2C*)¹³.

Na esfera jurídica, a preocupação consiste em verificar como serão resolvidas as problemáticas existentes no mundo real, quando transpostas para o mundo virtual, buscando inspiração nos princípios consagrados pela Constituição da República de 1988 e aplicando os preceitos dispostos no Código de Proteção e Defesa do Consumidor, em conjunto com as disposições do Código Civil de 2002, objetivando sempre a melhor e mais eficaz proteção do consumidor. Mais do que uma efetiva alteração na sistemática das relações, a Internet impõe uma necessidade de transposição e de adaptação de conceitos e, no que couber, de adequação da legislação já existente¹⁴, a ser complementada pela regulamentação específica dos aspectos inovadores da rede mundial de computadores, numa perspectiva civil-constitucional.

Uma das características da Internet é a total ausência de um controle centralizado ou de um órgão regulador, o que está modificando as relações comerciais no mercado de consumo dos países. Questões como a facilidade de

¹² O B2B também é conhecido como *e-biz*, definido como “o intercâmbio de produtos, serviços ou informação entre empresas, mais do que entre empresas e consumidores”. MERCOSUL.COM (Org.). B2B: uma alternativa para a expansão de seus negócios na Internet. São Paulo: Cia. Latino-Americana de Negócios On-Line, 2000. p. 34.

¹³ Ballarino refere que, além dos contratos B2B e dos B2C, há os P2P (*peer to peer*), que “são aqueles concluídos entre sujeitos de mesmo ‘grau’, conhecidos principalmente pelas trocas de arquivos musicais segundo as modalidades da Napster”. BALLARINO, Tito. A Internet e a conclusão dos contratos. In: POSENATO, Naiara (Org.). *Contratos internacionais: tendências e perspectivas: estudos de direito internacional privado e direito comparado*. Ijuí: Unijuí, 2006. p. 203.

¹⁴ O Professor Doutor Cesar Viterbo Matos Santolim, pioneiro no tratamento dos aspectos jurídicos do comércio eletrônico, em sua excelente Dissertação de Mestrado defendida na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, em 1993, posteriormente publicada em forma de livro, *Formação e eficácia probatória dos contratos por computador*. São Paulo: Saraiva, 1995, sustenta que a proteção do consumidor no comércio eletrônico pode se dar pela aplicação dos princípios já consagrados nessa esfera, quais sejam, a boa-fé objetiva, a transparência, a confiança, a probidade, a vulnerabilidade, a solidariedade obrigacional e a autonomia privada. SANTOLIM, Cesar Viterbo Matos. Os princípios de proteção do consumidor e o comércio eletrônico no direito brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 14, n. 55, p. 55, jul./set. 2005.

Pode-se afirmar que Santolim foi inspirado pelo magnífico Clovis Verissimo do Couto e Silva, emérito professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, que ponderou: “Certamente, o mundo jurídico tem lacunas, mas isso significa que ele está em constante evolução, dinamizando, em contato com as necessidades sociais, os seus princípios, de modo que abranjam situações não previstas anteriormente”. COUTO E SILVA, Clovis Verissimo do. *A obrigação como processo*. São Paulo: J. Bushatsky, 1976. p. 113.

Junqueira assevera que aos contratos eletrônicos também são aplicáveis os princípios da obrigatoriedade, da autonomia da vontade, do consensualismo e da boa-fé. JUNQUEIRA, Miriam. *Contratos eletrônicos*. Rio de Janeiro: Mauad, 1997. p. 111.

Seguindo os passos de Santolim e Junqueira, Elias afirma que aos contratos celebrados pela Internet são aplicáveis, além dos princípios já referidos, o da leal cooperação e o da informação. ELIAS, Paulo Sá. *Contratos eletrônicos e a formação do vínculo*. São Paulo: Lex, 2008. p. 70.

acesso a informações com baixo custo, a facilidade de comunicação e troca de dados por meio do correio eletrônico, a realização de negócios diversos através da Internet e a divulgação de toda e qualquer informação têm influenciado a vida do consumidor, que se vê desprotegido nas relações que estabelece no mercado de consumo com fornecedores de produtos e serviços acessíveis pela Internet. Isso decorre da utilização da rede de computadores por um grande número de pessoas, para realizar atividades que anteriormente se faziam com a presença física de ambas as partes.

A insegurança, gerada pela crise de confiança ¹⁵ característica da massificação social ¹⁶ e da pós-modernidade ¹⁷, é o principal obstáculo ao desenvolvimento das relações comerciais por vias eletrônicas. Grande parte dos consumidores, a quem o comércio eletrônico é destinado, ainda não se sente segura em realizar suas transações através da Internet, porque elas devem garantir privacidade na troca de informações particulares.

Mais ainda, o público alvo do comércio eletrônico é um mercado promissor, com expectativas elevadas no tocante ao sucesso das relações travadas virtualmente, pelo baixo custo que possuem. Da mesma forma, a segurança das transações feitas através da rede incentivará o crescimento do comércio eletrônico ¹⁸.

¹⁵ A crise da confiança existente na sociedade de massa acarreta uma mudança radical na interpretação do princípio contratual clássico da autonomia da vontade, conforme se verá ao longo do presente estudo.

Marques, inspirada em Larenz, afirma que “O meio virtual parece ter abalado este princípio-pressuposto (o princípio da confiança) das relações contratuais. Seja pela despersonalização das partes contratantes, do meio, do objeto, seja pela sua complexidade, distância, atemporalidade ou internacionalidade, a conclusão é que, no meio eletrônico, há muita ‘desconfiança’”. MARQUES, Claudia Lima. *Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 94-95.

¹⁶ MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. Crise e modificação da idéia de contrato no direito brasileiro. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, v. 19, n. 56, p. 69, nov. 1992.

¹⁷ MARQUES, Claudia Lima. *Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 31.

¹⁸ O Brasil conta com a Câmara Brasileira de Comércio Internacional, que divulgou os seguintes dados, em pesquisa divulgada mais recentemente: “As compras pela Internet de CDs, DVDs, livros e outros bens de consumo, somadas à aquisição de automóveis e serviços ligados ao turismo, somaram R\$ 4,4 bilhões no primeiro trimestre de 2007. O resultado significa um crescimento de 57% em relação ao mesmo período do ano passado (de R\$ 2,8 bilhões). Esta é a principal constatação do Índice de Varejo On Line (VOL), estudo divulgado pela E-Consulting e pela Câmara Brasileira de Comércio Eletrônico (camara-e.net). CÂMARA BRASILEIRA DE COMÉRCIO INTERNACIONAL. *Gastos com bens de consumo, turismo e automóveis pela Internet somaram R\$ 4,4 bilhões no 1º trimestre*. Disponível em: <<http://www.camara-e.net/interna.asp?tipo=1&valor=4114>>. Acesso em 26 ago. 2008.

Veja, também, o site do Departamento de Comércio Norte-Americano, que realiza pesquisas anuais sobre os dados estatísticos do comércio eletrônico. O último relatório é de 2006 e aponta que o “e-commerce” cresceu mais rapidamente do que a atividade econômica de todos os setores cobertos

No Brasil, a proteção do consumidor, agente vulnerável da relação de consumo, é disposta na Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990, que entrou em vigor em 11 de março de 1991, legislação conhecida como Código de Proteção e Defesa do Consumidor (CDC), de nítida inspiração constitucional, conforme se depreende da leitura dos artigos constitucionais que serão referidos. Ademais, o art. 4º. do CDC¹⁹ determina os objetivos da Política Nacional das Relações de Consumo, indicando os princípios que devem ser respeitados, inclusive com relação à proteção do consumidor que contrata pela Internet.

Para tratar da proteção do consumidor na rede mundial de computadores, é relevante analisar a fase da formação das relações que ocorrem virtualmente. Os contratos formados através da rede são acordos de vontade assim como os realizados entre os contratantes sentados em uma mesa. Por isso, é preciso diferenciar contrato eletrônico²⁰ de contrato informático²¹, o que será feito mais detalhadamente no ponto 3.1 do trabalho²².

A legislação brasileira já existente de proteção e defesa do consumidor é plenamente aplicável aos contratos eletrônicos celebrados entre consumidores e

pela pesquisa. Disponível em: <<http://www.census.gov/eos/www/ebusiness614.htm>>. Acesso em 23 ago. 2008.

¹⁹ Grau afirma que o art. 4º. do CDC é bastante peculiar, porque não pode ser considerado norma de conduta (aquela que disciplina o comportamento dos indivíduos ou a atividade de grupos), nem norma de organização (aquela que possui caráter instrumental e tem por objetivo estruturar o funcionamento de órgãos ou de processos técnicos de identificação e aplicação de normas). Seria, no dizer do autor, “norma-objetivo”, uma vez que determina obrigações de resultado, ou seja, os *fins* da Política Nacional das Relações de Consumo; “ela define resultados a serem alcançados”. GRAU, Eros Roberto. Interpretando o Código de Defesa do Consumidor; algumas notas. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 5, p. 185-186 e p. 188, jan./mar. 1993.

Veja, também, DE LUCCA, Newton. *Direito do consumidor: teoria geral da relação de consumo*. Prefácio Ruy Rosado de Aguiar Júnior. São Paulo: Quartier Latin, 2003. p. 185.

Veja, da mesma forma, os comentários ao art. 4º. do CDC por FILOMENO, José Geraldo Brito. Da política nacional de relações de consumo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 9. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. p. 66-111.

Veja, ainda, NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 124-133.

Para uma análise jurisprudencial do art. 4º. do CDC, veja MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e; MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: artigo por artigo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 142-166.

²⁰ O contrato eletrônico ou por meios eletrônicos é aquele que se realiza mediante a utilização de algum elemento eletrônico, tendo este elemento influência decisiva, real e direta, sobre a formação da vontade, desenvolvimento ou interpretação do acordo futuro. SANTOS, Maria Cecília de Andrade. Contratos informáticos: breve estudo. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 88, n. 762, p. 32, abr. 1999.

²¹ O contrato informático é aquele que tem por objeto bens ou serviços informáticos. São divididos em contratos de *hardware* , de *software* e de serviços. SANTOS, Maria Cecília de Andrade. Contratos informáticos: breve estudo. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 88, n. 762, p. 32, abr. 1999.

²² Em termos gerais, o contrato eletrônico é aquele que se realiza mediante a utilização de meio eletrônico; o contrato informático é aquele que tem por objeto bens e serviços informáticos, como o *download* de um *software* .

fornecedores²³, uma vez que a Internet não é uma nova fonte de obrigações, nem cria um novo tipo contratual, mas é um outro meio através do qual o consumidor pode se relacionar com os fornecedores de produtos e serviços. Por meio da Internet, o fornecedor vai ao encontro do consumidor, utilizando-se, muitas vezes, dos contratos de adesão²⁴ e dos contratos à distância, mediante técnicas de comunicação por computadores, *e-mail* e páginas na Internet (por exemplo, *sites* e *chats*).

O CDC define consumidor como “toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”²⁵. No presente trabalho, o

²³ Nas palavras de Santolim: “[...] as normas já existentes, submetidas à correta hermenêutica, são suficientes para a construção de um ‘ piso mínimo ’ que suporte as demandas trazidas pela tecnologia da informação [...]”. E acrescenta: “[...] evidencia-se a necessidade da utilização dos princípios, como responsáveis pela manutenção da coesão do sistema jurídico [...]”. SANTOLIM, Cesar Viterbo Matos. Os princípios de proteção do consumidor e o comércio eletrônico no direito brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 14, n. 55, p. 56, jul./set. 2005.

²⁴ No presente trabalho, adotar-se-á a expressão “contrato de adesão” sem, no entanto, desconsiderar que parte importante dos doutrinadores, entre eles os franceses, afirma que o mais correto seria denominar essa forma de contratar de “contrato por adesão”. Contratos de adesão são aqueles que resultam da adesão, pelo adquirente (pelo consumidor, no contrato de consumo), a cláusulas gerais estabelecidas de forma unilateral pelo proponente (pelo fornecedor, no contrato de consumo).

²⁵ O CDC define consumidor em seu art. 2º. Também, encontram-se definições de consumidor no Parágrafo Único do art. 2º., no art. 17 e no art. 29 do Código de Defesa do Consumidor.

Para uma definição doutrinária bastante completa dos conceitos de consumidor dispostos pelo CDC, veja a já clássica obra de MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 302-393.

Veja, também, PASQUALOTTO, Adalberto de Souza. Conceitos fundamentais do Código de Defesa do Consumidor. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 80, n. 666, p. 50, abr. 1991.

Igualmente, veja NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 94-108; p. 235 e p. 385-386.

Da mesma forma, veja os comentários ao art. 2º. do CDC por FILOMENO, José Geraldo Brito. Disposições gerais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 9. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. p. 28-46.

Quanto aos comentários ao art. 17 do CDC, veja DENARI, Zelmo. Da qualidade de produtos e serviços, da prevenção e da reparação dos danos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 9. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. p. 208-209.

Para os comentários ao art. 29 do CDC, veja BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. Das práticas comerciais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 9. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. p. 263-265.

Para completar a análise dos conceitos de consumidor, vistos sob o enfoque da jurisprudência brasileira e do “diálogo” entre o CDC e o Código Civil de 2002, veja MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e; MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: artigo por artigo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 83-112; p. 324-334 e p. 451-460.

Bessa considera “consumidor por equiparação” aqueles definidos no Parágrafo Único do art. 2º., no art. 17 e no art. 29, todos do Código de Defesa do Consumidor. BESSA, Leonardo Roscoe. *Aplicação do Código de Defesa do Consumidor: análise crítica da relação de consumo*. Brasília: Brasília Jurídica, 2007. p. 61.

campo de análise se restringirá às relações estabelecidas entre consumidor pessoa física e fornecedor, que também são chamadas de relações *business to consumer*, ou, simplesmente, B2C.

O art. 6º. do CDC²⁶, ao estipular os direitos básicos do consumidor, não exemplificou os meios pelos quais o contrato de consumo deva ser celebrado para conferir tais direitos, concluindo-se, portanto, que em qualquer meio em que se realizar uma contratação de consumo, inclusive a Internet, o consumidor terá seus direitos assegurados.

O presente trabalho pretende analisar como ocorre a formação do vínculo e a manifestação da vontade nos contratos eletrônicos – aqueles celebrados por meio de computadores conectados à Internet –, que também são chamados de contratos por meios eletrônicos. Estes contratos tanto podem ser entre presentes (os chamados contratos interativos, celebrados por meio de *chats*), como entre ausentes (caso em que o *e-mail* é utilizado como meio de comunicação entre as partes contratantes, ou a página eletrônica que o fornecedor disponibiliza na Internet). O enfoque maior será sobre a questão dos contratos à distância, porque o meio eletrônico reforça a vulnerabilidade dos consumidores.

É preciso reler o Direito à luz da Constituição da República e adaptá-lo à nova realidade do “mundo virtual” que representa a Internet, desmaterializado, no qual o documento em papel está sendo substituído por impulsos elétricos, que levam a mensagem e transmitem a informação para quem se deseja que as receba. Isso é, o papel, que antes era o meio, está sendo substituído pela Internet, caracterizando uma verdadeira revolução cultural, “em virtude do abandono do texto escrito e

Miragem também reflete sobre o conceito de “consumidor equiparado”, em MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. *Direito do consumidor: fundamentos do direito do consumidor; direito material e processual do consumidor; proteção administrativa do consumidor; direito penal do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 83-84.

²⁶ Para uma análise do art. 6º. do CDC, veja MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e; MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*: artigo por artigo. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 174-219. Veja, também, FILOMENO, José Geraldo Brito. Dos direitos básicos do consumidor. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 9. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. p. 136-164. Veja, ainda, NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 140-157.

assinado manualmente como o único documento vinculatório do ponto de vista jurídico”²⁷.

Considerando o exposto acima, percebe-se a importância de estudar os contratos eletrônicos à luz do direito do consumidor. Para tanto, no Capítulo 2, aborda-se a proteção do consumidor no ordenamento jurídico brasileiro, partindo das disposições presentes da Constituição da República de 1988 e analisando a aplicação conjunta do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil de 2002 – o que se denominou de “diálogo das fontes”²⁸ – aos contratos celebrados pela Internet. Ainda, analisam-se os conceitos de negócio jurídico, contrato e contrato de adesão e suas características com relação à manifestação de vontade, necessários para embasar o exposto no capítulo seguinte. No Capítulo 3, trata-se da formação do vínculo contratual e a proteção do consumidor no comércio eletrônico, examinando-se o contrato eletrônico como contrato de consumo e a aplicação do Código de Defesa do Consumidor ao meio eletrônico. Também, expõe-se a regulamentação do comércio eletrônico feita por alguns países, como exemplo que pode ser adotado pelo Brasil, caso o legislador entenda necessária a regulamentação. Contemplando-se o exposto nos Capítulos 2 e 3, analisa-se se as normas de proteção do consumidor existentes no ordenamento jurídico brasileiro são aplicáveis aos contratos de consumo celebrados pela Internet. Da mesma forma, sugere-se que o aplicador da lei e o legislador devem conhecer a experiência legislativa comparada para conferir uma proteção mais eficaz ao consumidor que utiliza o meio eletrônico para se relacionar com fornecedores no mercado, tanto na aplicação da legislação já existente, como no caso de se elaborar lei específica que regule as relações de consumo por meios eletrônicos.

²⁷ WALD, Arnaldo. A evolução do contrato no terceiro milênio e o novo Código Civil. In: ALVIM NETO, José Manuel de Arruda; CÉSAR, Joaquim Portes Cerqueira; ROSAS, Roberto (Coord.). *Aspectos controvertidos do novo Código Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 63.

O mesmo autor acrescenta: “Efetivamente, a idéia do texto escrito está ligada à origem da história da humanidade que conhecemos, pois até os Dez Mandamentos pressupunham um texto escrito. Quer a inscrição se fizesse na pedra, no papiro ou no papel, à mão ou utilizando a impressão, o documento escrito e assinado era condição básica de qualquer pacto, compromisso ou contrato que se revestisse de importância e seriedade. [...] o documento escrito passou a ser, há muitos séculos, a principal forma de manifestação das partes. Assim, o ato de declaração de vontade dos contratantes constava sempre de um documento por eles subscrito. A nova economia, admitindo a assinatura eletrônica e os *e-mails*, constitui pois uma modificação cultural da maior importância, com reflexos na própria formação e educação das novas gerações, passando a exigir profunda alteração legislativa”. WALD, Arnaldo. A evolução do contrato no terceiro milênio e o novo Código Civil. In: ALVIM NETO, José Manuel de Arruda; CÉSAR, Joaquim Portes Cerqueira; ROSAS, Roberto (Coord.). *Aspectos controvertidos do novo Código Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 63.

²⁸ A questão do “diálogo das fontes” será analisada no ponto 2.2.

2 A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O período que estamos vivendo, de constantes mudanças, é definido por Wald como a era da incerteza e da descontinuidade, do desaparecimento das distâncias e das fronteiras e da completa renovação das ciências²⁹, exigindo do jurista a sua adaptação. O mesmo autor assevera que a informática desempenha o papel de catalisadora das mudanças estruturais no mundo de hoje e é “tão ou mais importante quanto o foi o da eletricidade e da máquina a vapor no século passado (Século XIX)”³⁰.

Para se adaptar às mudanças sociais, a ciência jurídica vem se desenvolvendo ao longo dos tempos. Um exemplo dessa adaptação, ainda que remoto, foi o surgimento do direito comercial, durante a Idade Média, pensado como autônomo em relação ao direito comum (mais tarde, também chamado de direito civil), quer no aspecto histórico, quer no aspecto de suas fontes, quer no aspecto de sua jurisdição. Com o desenvolvimento sócio-econômico, deixou, paulatinamente, de ser o direito dos comerciantes, centrado no sujeito, para fixar-se no objeto, que passou a ser o comércio. Hoje, como se sabe, esse ramo do direito está centrado nos conceitos de empresa e de empresário³¹.

A evolução social no Brasil reclamou leis que regulassem as novas relações que iam sendo travadas. Como o projeto de Código Civil Brasileiro tardava em ser aprovado, viu-se, na década de 1980, com a instalação da Assembléia Constituinte, a oportunidade de inserir na Constituição da República matérias que eram reguladas pelo Código Civil de uma forma que não mais atendia às necessidades sociais (porque refletia as concepções individualistas da ideologia liberal, em uma época em que esses ideais não eram mais aceitos), estabelecendo uma forma de pensar a

²⁹ WALD, Arnaldo. A evolução do contrato no terceiro milênio e o novo Código Civil. In: ALVIM NETO, José Manuel de Arruda; CÉSAR, Joaquim Portes Cerqueira; ROSAS, Roberto (Coord.). *Aspectos controvertidos do novo Código Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 59-60.

³⁰ WALD, Arnaldo. A evolução do contrato no terceiro milênio e o novo Código Civil. In: ALVIM NETO, José Manuel de Arruda; CÉSAR, Joaquim Portes Cerqueira; ROSAS, Roberto (Coord.). *Aspectos controvertidos do novo Código Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 65.

³¹ Para uma análise mais detalhada do desenvolvimento do direito da empresa, veja RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de empresa: Lei n. 10.406, de 10.01.2002*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 3 et seq. Veja, também, GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito de empresa: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 31 et seq. Ainda, veja LIPPERT, Marcia Mallmann. *A empresa no Código Civil: elemento de unificação do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

família, a propriedade e o contrato segundo uma ordem mais social, mais ética e solidária³².

O mesmo ocorreu com o Código de Defesa do Consumidor, que revolucionou a ordem jurídica brasileira, introduzindo novos princípios contratuais no ordenamento jurídico vigente então³³. Assim como já o tinha feito Augusto Teixeira de Freitas, que, no Século XIX, lançou as sementes da unificação do direito privado, inspirando juristas na América Latina (Argentina, Chile, Uruguai e Paraguai) e na Europa (Itália e Alemanha), os juristas brasileiros, mais uma vez, saíram à frente de seu tempo, editando, no final do Século XX, um código específico para regular as relações de consumo, sendo, posteriormente, seguido por quase todos os países latino-americanos, como a Argentina³⁴, a Venezuela³⁵, o Paraguai³⁶ e o Uruguai³⁷. Note-se que Colômbia³⁸ e Peru³⁹ possuem legislações de proteção do consumidor anteriores ao CDC.

³² Já em 1969, quando foi criada uma Comissão Revisora e Elaboradora do Código Civil, pensava-se na alteração geral do Código Civil de 1916 no que se referia a certos valores considerados essenciais, tais como o de eticidade, de socialidade e de operabilidade. Veja REALE, Miguel. *História do novo Código Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 37 et seq.

³³ NORONHA afirma que o direito do consumidor nasceu da “necessidade de tutelar interesses que não eram adequadamente contemplados pelo Direito das Obrigações”. NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações: fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1, p. 117.

Veja AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Aspectos do Código de Defesa do Consumidor. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, v. 13, n. 52, p. 167-187, jul. 1991.

³⁴ Em nível infraconstitucional, a Argentina possui a *Ley de Defensa del Consumidor*, Lei n. 24.240, de 1993, regulamentada pelo Decreto 1.798, de 1994, e modificada pelas Leis 24.568, de 1995, 24.787, de 1997, e 24.999, de 1998. Este texto encontra inspiração no Código de Defesa do Consumidor Brasileiro e, juntamente com este, é considerada a legislação mais avançada no âmbito da proteção do consumidor, dentre os países do MERCOSUL. Entretanto, apesar das semelhanças, o grau de proteção do consumidor na Argentina ainda é menor do que no Brasil. ARGENTINA. Ley n. 24.240/1993. *Ley de Defensa del Consumidor*. *Revista de Derecho del Consumidor*, São Paulo, n. 26, p. 292-308, abr./jun. 1998.

³⁵ VENEZUELA. Ley n. 4.898/95. *Ley de Protección al Consumidor y al Usuario*. Disponível em <<http://www.gobiernoenlinea.ve/legislacion-view/sharedfiles/158.pdf>>. Acesso em 02 abr. 2008. Veja, também, VENEZUELA. Ley n. 4.898/95. *Lei venezuelana de proteção ao consumidor e ao usuário*. *Revista de Derecho del Consumidor*, São Paulo, n. 26, p. 309-327, abr./jun. 1998.

³⁶ PARAGUAY. Ley n. 1.334/98. *Ley de Defensa del Consumidor y del Usuario*. *Revista de Derecho del Consumidor*, São Paulo, n. 30, p. 247-255, abr./jun. 1999.

³⁷ URUGUAY. Ley n. 17.250/2000. *Ley de Relaciones de Consumo*. Disponível em <<http://www.chasque.apc.org/damaso/ecosur/Legislacion/ley17250.pdf>>. Acesso em 09 ago. 2008. Veja, também, URUGUAY. Ley 17.189/1999. *Dictanse normas relativas a las relaciones de consumo*. *Revista de Derecho del Consumidor*, São Paulo, v. 9, n. 34, p. 244-252, abr./jun. 2000.

³⁸ A Colômbia possui o Estatuto do Consumidor desde 2 de dezembro de 1982, quando aprovou o Decreto 3.466, “por el cual se dictan normas relativas a la idoneidad, la calidad, las garantías, las marcas, las leyendas, las propagandas y la fijación pública de precios de bienes y servicios, la responsabilidad de sus productores, expendedores y proveedores, y se dictan otras disposiciones”. COLOMBIA. Estatuto del Consumidor. Decreto 3.466, diciembre 2 de 1982. *Revista de Derecho del Consumidor*, São Paulo, n. 27, p. 228-240, jul./set. 1998.

³⁹ O Peru não regulamentou a proteção e a defesa do consumidor em uma única norma. Nesse país, vigora o Decreto Legislativo 716 – *Ley de protección al consumidor*, de 07.11.1991, publicado em

Noronha ensina que:

Quanto ao Direito do Consumidor, naquela matéria que constitui seu núcleo essencial, que é o contrato celebrado entre fornecedor e consumidor, autonomizou-se simultaneamente frente ao Direito das Obrigações e ao Comercial. Como anteriormente os consumidores estavam na maioria das vezes sujeitos às regras comerciais, até se pode dizer que ele rompeu com o Direito Comercial, mas isso sem voltar ao seio do Direito das Obrigações. Como, porém, o Comercial já constituía desmembramento do das Obrigações, pode dizer-se que também o Direito do Consumidor é desdobramento do Direito das Obrigações⁴⁰.

Passados já mais de dezessete anos da entrada em vigor da Lei n. 8.078, de 1990, é preciso refletir sobre o papel representado pelo Código de Defesa do Consumidor no sistema de fontes normativas. O CDC “desempenhou o papel deflagrador de um repensar crítico do direito privado, criando nos anos 90 um movimento conhecido como *consumerismo*, que procurava se afastar ao máximo da dogmática liberal e patrimonialista do direito civil original⁴¹. Em outras palavras, o Código Civil é o “tronco⁴² do qual advém o microssistema⁴³ do Código de Defesa do

09.11.1991, modificado pelo Decreto Ley 25.868, publicado em 24.11.1992, Decreto Ley 26.506, publicado em 20.07.1995 e pelo Decreto-Legislativo 807, publicado em 18.04.1996. Além do Decreto Legislativo 716, o Peru conta com o Decreto Ley 26.122 – Ley sobre represión de la competencia desleal, de 24.12.1992, que sofreu modificações, o Decreto Legislativo 691 – Normas de la publicidad en defensa del consumidor, de 05.11.1991, que sofreu modificações, o Reglamento de la ley de normas de la publicidad en defensa del consumidor, de 13.10.1994, e a Ley 26.739 – Establecen horario en el cual podrá realizarse publicidad de cigarrillos a través de medios radiales o televisivos. PERU. Leis peruanas de defesa do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 26, p. 328-349, abr./jun. 1998.

⁴⁰ NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações: fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1, p. 317.

⁴¹ TEPEDINO, Gustavo. Código de Defesa do Consumidor, Código Civil e complexidade do ordenamento. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 14, n. 56, p. 9, out./dez. 2005.

Nas palavras de Hironaka e Tartuce, “A Lei n. 8.078/1990 trouxe uma revolução no modo de pensar os contratos, a partir também de uma concepção social”. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio. O princípio da autonomia privada e o direito contratual brasileiro. In: _____ (Coord.). *Direito contratual: temas atuais*. São Paulo: Método, 2007. p. 62.

⁴² LIPPERT, Marcia Mallmann. *A empresa no Código Civil: elemento de unificação do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 154.

⁴³ Marques ensina que “Mister é, pois, analisar o CDC como sistema, como contexto construído, codificado, organizado, de identificação do sujeito beneficiado. Como é um pequeno sistema, especial, subjetivamente, e geral, materialmente, utilizaremos aqui a expressão de Natalino Irti, microssistema, para o descrever”. MARQUES, Claudia Lima. A Lei 8.078/90 e os direitos básicos do consumidor. In: BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 45.

Veja, também, LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. Tradução de Véra Maria Jacob de Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 49.

Veja, ainda, MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. *Direito do consumidor: fundamentos do direito do consumidor; direito material e processual do consumidor; proteção administrativa do consumidor; direito penal do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 30-31.

Consumidor; o direito do consumidor “surgiu para reduzir a disparidade de poder entre os fornecedores e os consumidores, que resultava da aplicação das regras do Direito das Obrigações e do Direito Comercial”⁴⁴.

Por isso, existe a necessidade de se coordenar a atuação do Código de Defesa do Consumidor – lei especial ou lei geral das relações de consumo⁴⁵ - com o novo Código Civil – lei geral das relações entre iguais, com âmbito de abrangência maior –, para que se tenha um sistema jurídico eficiente e justo, conforme será analisado.

É importante ressaltar, utilizando-se das palavras de Tepedino, que:

O Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor não podem ser considerados diplomas contrastantes senão complementares, no âmbito da complexidade do ordenamento, instrumentos para a promoção da solidariedade e do personalismo constitucionais⁴⁶.

Mantendo esse pensamento presente, passamos, agora, a analisar a importância do texto constitucional para a proteção do consumidor no Brasil e, em especial, no âmbito das contratações pela Internet.

2.1 A Constituição da República de 1988 e a proteção do consumidor

Na época da codificação (Século XIX), o valor fundamental era constituído pelo indivíduo, por sua liberdade de escolher suas próprias metas e seus objetivos, assumindo sozinho o risco do sucesso e do fracasso⁴⁷. Nas últimas décadas do Século XX, verificou-se, no Brasil, fenômeno que já havia ocorrido na Alemanha, após a Segunda Guerra Mundial: passou a Constituição da República a ocupar o

⁴⁴ NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações: fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1, p. 119.

⁴⁵ Amaral Júnior explica a expressão “lei geral das relações de consumo” ao afirmar: “Na condição de corpo de normas homogêneas e sistematizadas, que dizem respeito, ainda que de forma genérica, a princípios que se encontram no campo do direito civil, comercial, administrativo, penal e processual, o código se constitui em verdadeiro microssistema normativo, dotado de lógica própria e regras específicas para a proteção dos conflitos concernentes às relações de consumo. O Código de Defesa do Consumidor assume o papel de norma geral das relações de consumo, cabendo ao Código Civil, no âmbito do direito privado, a função residual, como aliás reconhece o artigo 23 do Código de Defesa do Consumidor em relação aos vícios dos produtos ou serviços”. AMARAL JÚNIOR, Alberto. *Proteção do consumidor no contrato de compra e venda*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 217.

⁴⁶ TEPEDINO, Gustavo. Código de Defesa do Consumidor, Código Civil e complexidade do ordenamento. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 14, n. 56, p. 10, out./dez. 2005.

⁴⁷ BODIN DE MORAES, Maria Celina. Constituição e direito civil: tendências. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 89, n. 779, p. 52, set. 2000.

centro do nosso sistema jurídico. Nas palavras de Oliveira, “[...] o diploma fundamental deixou de ser visto apenas como um conjunto de aspirações políticas e teve reconhecida a sua força normativa, bem como foi reconhecido o caráter vinculativo e obrigatório de suas disposições”⁴⁸.

O Século XX foi um período de importantes transformações na esfera jurídica, sobretudo no que diz com a defesa da pessoa humana. Por isso, foi no decorrer desse século que os direitos das crianças, das mulheres, das minorias raciais, dos idosos, dos adolescentes, dos portadores de deficiências e dos consumidores foram globalmente difundidos⁴⁹. A Constituição e, posteriormente, o novo Código Civil não podiam deixar de atentar para esse fato, o que os distinguem do Código Civil de 1916, que se situava todo ele na área do direito privado⁵⁰.

No Brasil, como não se obtinha sucesso com a reforma do Código Civil de 1916, nem se aprovava o novo Código Civil – que tramitou entre as casas legislativas por mais de vinte anos –, coube à Constituição incorporar princípios do direito privado, para atender às necessidades sociais⁵¹.

A transposição das normas diretivas do sistema de direito civil do texto do Código Civil para o da Constituição acarreta importantes conseqüências jurídicas. Essas conseqüências são observadas a partir da alteração da tutela que era oferecida, pelo Código, ao “indivíduo”, para a proteção, garantida pela Constituição, à dignidade da pessoa humana⁵² e por ela elevada à condição de fundamento da República Federativa do Brasil⁵³.

⁴⁸ OLIVEIRA, Ana Maria Pereira de. O novo Código Civil *versus* o Código de Defesa do Consumidor: uma breve reflexão à luz da Constituição Federal. In: ANDRADE, André Gustavo Corrêa de (Org.). *A constitucionalização do direito: a Constituição como locus da hermenêutica jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 295.

⁴⁹ BODIN DE MORAES, Maria Celina. Constituição e direito civil: tendências. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 89, n. 779, p. 51, set. 2000.

⁵⁰ REALE, Miguel. *História do novo Código Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 262.

⁵¹ Marques assevera que “A Constituição Federal de 1988 [...] é o centro irradiador e o marco de reconstrução deste direito privado que denominei [...] de ‘solidário’. A Constituição é a *garantia* e o *limite* de um direito privado construído sob seu sistema de valores, o qual inclui a defesa do consumidor”. MARQUES, Claudia Lima. Campo de aplicação do CDC. In: BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 66.

Veja, também, MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. *Direito do consumidor: fundamentos do direito do consumidor; direito material e processual do consumidor; proteção administrativa do consumidor; direito penal do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 35-40.

⁵² Sarlet ensina o significado jurídico da expressão “dignidade da pessoa humana”: “[...] temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as

O Texto Constitucional empreendeu radical transformação no direito civil, elegendo a dignidade da pessoa humana como valor central do ordenamento, que funcionalizou as relações jurídicas patrimoniais⁵⁴. A Constituição, elemento unificador do sistema, está situada no vértice do ordenamento jurídico e, portanto, às suas normas devem se subsumir as demais, num movimento harmonizador, que espelha o fundamento de validade da legislação infraconstitucional⁵⁵. Nas palavras de Tepedino, “o legislador da década de 90 [...] estabelece um nexo de legitimidade entre a Constituição e as leis infraconstitucionais [...]”⁵⁶. O mesmo autor complementa seu pensamento, ao afirmar ser urgente “procurar soluções interpretativas que ampliem a proteção da pessoa humana, atribuindo-se a máxima efetividade social aos princípios constitucionais e aos Tratados internacionais que ampliam o leque de garantias fundamentais da pessoa humana”⁵⁷.

A importância do Código Civil para a concretização de um novo projeto político explica-se não só pela complexidade atual da gestão da coisa pública, mas também pelas novas aspirações existenciais, postas em uma ordem de prioridades em que o cidadão consumidor transita entre a família, a empresa, a atividade contratual e a propriedade, a exigir procedimentos de prevenção, de precaução e de responsabilidade⁵⁸. Assim concebidas, as leis extracodificadas corroboravam o papel constitucional do Código Civil no que concerne às relações privadas,

condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos”. SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2001. p. 60.

⁵³ BODIN DE MORAES, Maria Celina. Constituição e direito civil: tendências. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 89, n. 779, p. 57, set. 2000.

⁵⁴ TEPEDINO, Gustavo. O novo Código Civil: duro golpe na recente experiência constitucional brasileira. In: _____. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. t. 2, p. 358.

Abordando o direito do consumidor, Marques assevera que “[...] os contratos de consumo – de forma mais branda, mas não menos importante e efetiva, em face dos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana – também se tornaram um ponto de encontro de direitos individuais constitucionais”. MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 256.

⁵⁵ CARPENA, Heloísa. *Abuso do direito nos contratos de consumo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 135-136.

⁵⁶ TEPEDINO, Gustavo. O Código Civil, os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa. In: _____. (Coord.). *Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 13.

⁵⁷ TEPEDINO, Gustavo. A incorporação dos direitos fundamentais pelo ordenamento brasileiro: sua eficácia nas relações jurídicas privadas. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, v. 54, n. 341, p. 15, mar. 2006.

⁵⁸ TEPEDINO, Gustavo. Direito civil e reforma social. In: _____. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. t. 2, p. 371-372.

permitindo que situações não previstas pudessem ser reguladas excepcionalmente pelo Estado⁵⁹.

Com o intuito de adequar o ordenamento jurídico vigente às necessidades sociais, a Constituição da República se refere, em seu art. 5º.⁶⁰, a um grande número de figuras e institutos jurídicos de direito civil, visando sempre a proteger a pessoa humana⁶¹. Diante da Constituição de 1988 e da proliferação dos chamados microssistemas, como, por exemplo, o Estatuto da Criança e do Adolescente⁶², a Lei de Locações⁶³, a Lei dos Planos de Saúde⁶⁴, o Estatuto do Idoso⁶⁵ e o Código de Defesa do Consumidor, é imperioso reconhecer que o Código Civil não ocupa mais o centro das relações de direito privado. Tal pólo foi deslocado, a partir da consciência da unidade do sistema e do respeito à hierarquia das fontes normativas, para a Constituição, base única dos princípios fundamentais do ordenamento jurídico⁶⁶, que descrevem um projeto de sociedade a ser realizado através dos valores por ela mesmos escolhidos como prevalentes⁶⁷.

Dado o caráter normativo dos princípios constitucionais, que contêm os valores ético-jurídicos fornecidos pela democracia, a entrada em vigor da Constituição de 1988 significou a completa transformação do direito civil, em um direito que deixou de encontrar nos valores individualistas codificados o seu fundamento axiológico⁶⁸.

Tepedino acrescenta:

⁵⁹ TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e relação de direito civil na experiência brasileira. In: _____. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. t. 2, p. 26.

⁶⁰ Veja comentários ao art. 5º. da Constituição da República por NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Constituição Federal comentada: e legislação constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 124-177.

⁶¹ REALE, Miguel. *História do novo Código Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 264.

⁶² Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, e dá outras providências.

⁶³ Lei n. 8.245, de 18 de outubro de 1991. Dispõe sobre as locações dos imóveis urbanos e os procedimentos a elas pertinentes.

⁶⁴ Lei n. 9.656, de 3 de junho de 1998. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde.

⁶⁵ Lei n. 10.741, de 1º. de outubro de 2003. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências.

⁶⁶ BODIN DE MORAES, Maria Celina. A caminho de um direito civil constitucional. *Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, n. 1, p. 62, jul./dez. 1991.

⁶⁷ CARPENÁ, Heloísa. *Abuso do direito nos contratos de consumo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 138.

⁶⁸ BODIN DE MORAES, Maria Celina. Constituição e direito civil: tendências. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 89, n. 779, p. 57, set. 2000.

O reconhecimento da força normativa dos princípios constitucionais e dos preceitos internacionalmente recebidos pelo Estado brasileiro torna-se método indispensável para a abertura do horizonte de proteção dos direitos humanos, especialmente nas relações jurídicas de direito privado, em cujo domínio seria impossível ao legislador disciplinar todas as situações em que a pessoa humana demanda proteção específica da sociedade tecnológica⁶⁹.

É nesse ambiente apontado por Tepedino que se torna necessário reconhecer, cada vez mais, a dimensão atribuída pelo ordenamento jurídico vigente ao princípio da dignidade da pessoa humana⁷⁰. É, com efeito, esse o princípio ético-jurídico capaz de atribuir unidade valorativa e sistemática ao direito civil, ao contemplar espaços de liberdade no respeito à solidariedade social. Bodin de Moraes afirma que “o antagonismo público-privado perdeu definitivamente o sentido”⁷¹, porque a Constituição de 1988 tem entre seus fundamentos a dignidade da pessoa humana⁷² e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e, entre seus objetivos, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a erradicação da pobreza, colocando, no vértice do ordenamento jurídico brasileiro, os valores existenciais⁷³.

Segundo Reale, “os elaboradores da nova Lei Civil brasileira optaram pela compreensão do Direito em função de princípios jurídicos e metajurídicos, como os da eticidade e da socialidade”⁷⁴, inspirados no texto constitucional.

Tepedino assevera:

⁶⁹ TEPEDINO, Gustavo. A incorporação dos direitos fundamentais pelo ordenamento brasileiro: sua eficácia nas relações jurídicas privadas. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, v. 54, n. 341, p. 15, mar. 2006.

⁷⁰ Tepedino afirma que a dignidade da pessoa humana é verdadeira “cláusula geral da tutela e promoção da pessoa humana, tomada como valor máximo pelo ordenamento”. TEPEDINO, Gustavo. A incorporação dos direitos fundamentais pelo ordenamento brasileiro: sua eficácia nas relações jurídicas privadas. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, v. 54, n. 341, p. 26, mar. 2006.

⁷¹ BODIN DE MORAES, Maria Celina. Constituição e direito civil: tendências. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 89, n. 779, p. 59, set. 2000.

⁷² Sarlet afirma que “O princípio da dignidade da pessoa humana, ao menos como fundamento e medida para uma vinculação direta dos particulares, poderá assumir, portanto, relevância autônoma apenas onde não se estiver em face de uma vinculação desde logo expressamente prevista no texto constitucional”. SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, v. 55, n. 352, p. 85, fev. 2007.

⁷³ BODIN DE MORAES, Maria Celina. A caminho de um direito civil constitucional. *Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, n. 1, p. 65, jul./dez. 1991.

Veja, também, TEPEDINO, Gustavo. A incorporação dos direitos fundamentais pelo ordenamento brasileiro: sua eficácia nas relações jurídicas privadas. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, v. 54, n. 341, p. 25, mar. 2006.

⁷⁴ REALE, Miguel. *História do novo Código Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 263.

Ao contrário do que de ordinário se verifica no processo de codificação, o Código Civil de 2002 não traduz uma uniformidade política e ideológica, em razão da distância entre os contextos políticos do início e da conclusão de sua elaboração. Tal circunstância indica a complexidade axiológica da nova codificação brasileira, a exigir especial atenção da atividade do intérprete⁷⁵.

Não é autorizado ao legislador, e muito menos ao intérprete, adaptar os preceitos constitucionais à sua vontade, conferindo significado pessoal às definições do constituinte, em favor de sua própria pré-compreensão do sistema. O Código Civil é o que a ordem pública constitucional permite que possa sê-lo, assim como ocorre com o Código de Defesa do Consumidor. E a solução interpretativa do caso concreto só se afigura legítima se compatível com o mandamento constitucional⁷⁶.

A Constituição de 1988 aponta, em seu Preâmbulo, a igualdade e a justiça como “valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos”⁷⁷, e, no seu art. 1º., inclui a dignidade da pessoa humana como fundamento da República⁷⁸, o que demonstra ter sido todo o sistema jurídico voltado para a proteção da pessoa humana. Sarlet explica que:

[...] existe um dever geral de respeito por parte de todos (Estado e particulares) em relação aos direitos fundamentais, isto em se levando em conta o velho adágio [...] de que os direitos de uns encontram seu limite nos direitos dos outros [...]⁷⁹.

⁷⁵ TEPEDINO, Gustavo. Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002. In: _____ (Coord.). *A Parte Geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. 3. ed. rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. XVIII.

Veja, do mesmo autor, TEPEDINO, Gustavo. A noção de direito adquirido no diálogo de fontes normativas: um ensaio na perspectiva civil-constitucional. In: MARQUES, Claudia Lima; ARAUJO, Nadia (Org.). *O novo direito internacional: estudos em homenagem a Erik Jayme*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 127-137.

⁷⁶ TEPEDINO, Gustavo. O novo e o velho direito civil. In: _____. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. t. 2, p. 400-401.

⁷⁷ Consta no Preâmbulo da Constituição de 1988: “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil”.

Veja BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988: arts. 1º. a 4º. 2. ed.* São Paulo: Saraiva, 2001. v. 1, p. 453-456.

⁷⁸ Veja os comentários ao art. 1º. da Constituição da República em BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988: arts. 1º. a 4º. 2. ed.* São Paulo: Saraiva, 2001. v. 1, p. 457-477.

⁷⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, v. 55, n. 352, p. 85, fev. 2007.

Nessa ordem de idéias, e fundada no princípio da igualdade, a Constituição da República, ao cuidar dos direitos e garantias fundamentais, estabeleceu, no seu art. 5º., XXXII, que “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”⁸⁰.

A seguir, ao dispor sobre a ordem econômica e financeira (Título VII), no Capítulo I, intitulado “Dos princípios gerais da atividade econômica”, o legislador constituinte estabeleceu, no art. 170, V⁸¹, a defesa do consumidor, ao lado da soberania nacional, da função social da propriedade e da livre concorrência.

Ademais, o art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT)⁸² determinou que o Congresso Nacional, em cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborasse o Código de Defesa do Consumidor⁸³.

Tais dispositivos denotam o objetivo do constituinte em estabelecer a Política Nacional das Relações de Consumo, uma disciplina jurídica única e uniforme, dedicada a tutelar os interesses patrimoniais e morais de todos os consumidores⁸⁴. Nas palavras de Sarlet, “o Estado passa a aparecer, assim, como devedor de uma postura ativa, no sentido de uma proteção integral e global dos direitos fundamentais

Reconhece-se que coube à Constituição de 1988 o papel de reunificar o sistema de direito brasileiro, depois do período de descodificação, representado pela elaboração de inúmeras legislações esparsas. Assim, FACHIN, Luiz Edson. As relações jurídicas entre o novo Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor: elementos para uma teoria crítica do direito do consumidor. In: CAPAVERDE, Aldaci do Carmo; CONRADO, Marcelo (Org.). *Repensando o direito do consumidor: 15 anos do CDC (1990-2005)*. Curitiba: Ordem dos Advogados do Brasil, Seção Paraná, 2005. p. 30.

De forma pioneira, Irti tratou da “descodificação”: “Il processo di decodificazione indica un consumo sempre più ampio di norme speciali, che si pongono, in luogo del codice civile, come esclusivo o principale regime di singoli istituti o di intere categorie de negozi. La decodificazione riguarda il rapporto tra norme speciali e codice civile; la consolidazione esprime un grado di svolgimento storico della disciplina speciale”. IRTI, Natalino. *L'età della decodificazione*. Milano: A. Giuffrè, 1979. p. 60.

⁸⁰ Veja os comentários ao art. 5º., XXXII da Constituição da República em BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988: arts. 5º. a 17. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 2, p. 170-175.

⁸¹ Veja os comentários ao art. 170, V, da Constituição da República em BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988: arts. 170 a 192. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. v. 7, p. 32-33.

⁸² Veja os comentários ao art. 48 do ADCT em BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988: arts. 233 a 250. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 9, p. 427.

⁸³ Marques afirma que: “[...] a Constituição Federal de 1988 é a origem da codificação tutelar dos consumidores no Brasil, pois no art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias encontra-se o mandamento (*Gebot*) para que o legislador ordinário estabelecesse um Código de Defesa e Proteção do Consumidor [...]”. MARQUES, Claudia Lima. Introdução ao direito do consumidor. In: BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 25.

⁸⁴ OLIVEIRA, Ana Maria Pereira de. O novo Código Civil versus o Código de Defesa do Consumidor: uma breve reflexão à luz da Constituição Federal. In: ANDRADE, André Gustavo Corrêa de (Org.). *A constitucionalização do direito: a Constituição como locus da hermenêutica jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 297.

[...]”⁸⁵. Por isso, pode-se afirmar que, “na esteira da Constituição, o Código de Defesa do Consumidor representa [...] um símbolo desta nova teoria dos contratos”⁸⁶.

Assim que, em 11 de março de 1991, entrou em vigor a Lei n. 8.078/1990, o Código de Defesa do Consumidor (CDC), que buscou inspiração em modelos legislativos estrangeiros já vigentes, como as leis gerais de Espanha⁸⁷, Portugal⁸⁸, Itália⁸⁹, México⁹⁰ e Québec⁹¹, além do Direito norte-americano, e que se revelou, desde a sua edição, um diploma moderno cujas normas e princípios são de ordem pública e de interesse social e, por isso, de aplicação imediata.

O Código de Defesa do Consumidor decorre diretamente da Constituição da República de 1988⁹², e tem o caráter de verdadeiro microsistema jurídico⁹³, inter e multidisciplinar, aplicável a toda e qualquer relação jurídica de consumo, inclusive aos contratos de consumo celebrados por meios eletrônicos, ou seja, pela Internet.

⁸⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, v. 55, n. 352, p. 55, fev. 2007.

⁸⁶ MATTIETTO, Leonardo de Andrade. O direito civil constitucional e a nova teoria dos contratos. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 181.

Nas palavras de Vieira: “O Código de Defesa do Consumidor – Lei 8.078, de 11.09.1990, editada sob a égide e determinação da Constituição Federal de 1988 (art. 170, V) – rompe com o pensamento individualista da concepção liberal clássica, delineada pelo Código Civil, representando a evolução e a positivação da teoria da função social do contrato, que desde o Século XIX já se esboçava no pensamento de Jhering e de Morin dentre outros juristas”. VIEIRA, Iacyr de Aguiar. A autonomia da vontade no Código Civil brasileiro e no Código de Defesa do Consumidor. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 90, n. 791, p. 39, set. 2001.

⁸⁷ Espanha – Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, Lei n. 26/1984.

⁸⁸ Portugal – Lei n. 29, de 22 de agosto de 1981.

⁸⁹ Itália – Lei n. 281, de 30 de julho de 1998.

⁹⁰ Veja íntegra da Lei mexicana de proteção do consumidor, com as alterações realizadas em 2004, em MEXICO. Ley Federal Mexicana de Protección al Consumidor – 2004. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 15, n. 59, p. 311-355, jul./set. 2006. Anteriormente, havia a Ley Federal de Protección al Consumidor, de 5 de fevereiro de 1976.

⁹¹ Québec – Loi sur la Protection du Consommateur, promulgada em 1979.

⁹² Nas palavras de Marques, “[...] a Constituição Federal de 1988 interessou-se indiretamente pela contratação que envolve consumidores, tanto no momento em que identificou este novo sujeito de direitos fundamentais, o consumidor (art. 5º., XXXII, da CF/88), como no momento em que assegurou sua proteção, apesar da livre iniciativa de Mercado (art. 170, V, da CF/88) e concomitante com a possibilidade de privatização, concessão e outros métodos de iniciativa privada em atividades antes exercidas pelo Estado, como é o caso da saúde, educação, habitação, previdência, etc.”. MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 257 e p. 656.

Veja, também, PASQUALOTTO, Adalberto de Souza. Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 6, p. 34, abr./jun. 1993.

Ainda, veja MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. *Direito do consumidor: fundamentos do direito do consumidor; direito material e processual do consumidor; proteção administrativa do consumidor; direito penal do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 42-43.

⁹³ TEPEDINO, Gustavo. Código de Defesa do Consumidor, Código Civil e complexidade do ordenamento. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 14, n. 56, p. 9-11, out./dez. 2005.

Irti elabora a noção de “microsistema”: “A ben vedere, le leggi, che si sogliono ancora denominare ‘speciali’, sottraggono a mano a mano intere materie o gruppi di rapporti all’á disciplina del codice civile, costituendo *micro-sistemi di norme*, con proprie ed autonome logiche”⁹⁴. Em outra passagem de sua obra, o mesmo autor define “microsistema” como “un piccolo mondo di norme”⁹⁵.

As normas constitucionais são dotadas de supremacia, bem como são as principais normas do sistema, não podendo ser contrariadas por qualquer outra norma jurídica, de modo que é essencial seu papel na teoria das fontes do direito civil⁹⁶. Sarlet leciona que:

[...] os direitos fundamentais, na qualidade de princípios constitucionais e por força do postulado da unidade do ordenamento jurídico, aplicam-se relativamente a toda ordem jurídica, inclusive privada [...], bem como a necessidade de se protegerem os particulares também contra atos atentatórios aos direitos fundamentais, provenientes de outros indivíduos ou entidades particulares⁹⁷.

A proteção jurídica do consumidor não pode ser estudada senão como um momento particular da ordem pública constitucional, que tem por objetivo maior a tutela da personalidade e dos valores existenciais⁹⁸. A rigor, portanto, o esforço hermenêutico do jurista moderno volta-se para a aplicação direta e efetiva dos

⁹⁴ IRTI, Natalino. *L’età della decodificazione*. Milano: A. Giuffrè, 1979. p. 25.

⁹⁵ IRTI, Natalino. *L’età della decodificazione*. Milano: A. Giuffrè, 1979. p. 34.

⁹⁶ BODIN DE MORAES, Maria Celina. A caminho de um direito civil constitucional. *Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, n. 1, p. 67, jul./dez. 1991.

Esta questão é conhecida como a da “eficácia externa” ou “eficácia em relação a terceiros” dos direitos, liberdades e garantias. Hoje, conforme refere Canotilho, prefere-se “a fórmula ‘efeitos horizontais’ ou a expressão ‘eficácia dos direitos, liberdades e garantias na ordem jurídica privada’”. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1286.

⁹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, v. 55, n. 352, p. 56, fev. 2007.

Veja, também, CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1286-1287.

⁹⁸ TEPEDINO, Gustavo. Os contratos de consumo no Brasil. In: _____. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. t. 2, p. 124.

Ramos refere que “[...] a Constituição Federal brasileira de 1988 foi levada a refletir, em várias de suas normas, um perfil solidarista e intervencionista, atendendo, ao menos formalmente [...], a pressões sociais, na busca de mecanismos capazes de suprir as necessidades dos cidadãos, em especial dos excluídos”. RAMOS, Carmem Lucia Silveira. A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 15.

valores e princípios constitucionais⁹⁹, não apenas na relação Estado-indivíduo, mas também na relação interindividual, situada no âmbito dos modelos próprios do direito privado¹⁰⁰, como os contratos celebrados entre consumidores e fornecedores pela Internet.

Fachin afirma que:

A promulgação do Código de Defesa do Consumidor remete a um capítulo histórico em que padece uma ruptura não apenas na seara privada, mas uma crise que abarca todo o sistema jurídico moderno, pois se demonstram situações fáticas as quais o Direito não consegue, com sua configuração codificada, resolver¹⁰¹.

Isso ocorreu, porque o Código Civil de 1916 não continha as disposições necessárias para bem regular a sociedade de consumo, respeitando os direitos do consumidor. Um exemplo claro dessa necessária regulação está no art. 4º. do Código de Defesa do Consumidor (CDC), que determina os princípios norteadores da Política Nacional das Relações de Consumo, fixando uma série de princípios a serem atendidos: o respeito à dignidade, à saúde e à segurança do consumidor, a proteção de seus interesses econômicos e a melhoria da sua qualidade de vida. O dispositivo confirma a ruptura do legislador especial para com a técnica regulamentar e patrimonialista do Código Civil¹⁰². Os preceitos do Código de Defesa

⁹⁹ A aplicação direta e efetiva dos valores e princípios constitucionais às relações privadas é denominada por Canotilho de “eficácia horizontal imediata”, ou seja, eficácia que irradia diretamente dos direitos fundamentais. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1287-1288.

¹⁰⁰ BODIN DE MORAES, Maria Celina. A caminho de um direito civil constitucional. *Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, n. 1, p. 67, jul./dez. 1991.

¹⁰¹ FACHIN, Luiz Edson. As relações jurídicas entre o novo Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor: elementos para uma teoria crítica do direito do consumidor. In: CAPAVERDE, Aldaci do Carmo; CONRADO, Marcelo (Org.). *Repensando o direito do consumidor: 15 anos do CDC (1990-2005)*. Curitiba: Ordem dos Advogados do Brasil, Seção Paraná, 2005. p. 29.

¹⁰² Como o CDC entrou em vigor durante o período em que ainda se aplicava o Código Civil de 1916 e, posteriormente, este diploma foi substituído pelo Código Civil de 2002, é importante se estabelecer o “diálogo” entre o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor.

Fachin afirma que “O Código Civil, em vigor desde 10 de janeiro de 2003, não traz em suas raízes este viés constitucional – quiçá poderíamos dizer, inclusive, democrático – já que nado durante o regime ditatorial brasileiro, anterior, inclusive, à discussão da própria constituinte. FACHIN, Luiz Edson. As relações jurídicas entre o novo Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor: elementos para uma teoria crítica do direito do consumidor. In: CAPAVERDE, Aldaci do Carmo; CONRADO, Marcelo (Org.). *Repensando o direito do consumidor: 15 anos do CDC (1990-2005)*. Curitiba: Ordem dos Advogados do Brasil, Seção Paraná, 2005. p. 47.

Pasqualotto refere que o Código de Defesa do Consumidor surgiu no cenário jurídico brasileiro num momento de grande defasagem do direito civil frente à realidade social. PASQUALOTTO, Adalberto de Souza. O Código de Defesa do Consumidor em face do Código Civil de 2002. In: PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos; PASQUALOTTO, Adalberto de Souza (Coord.). *Código de Defesa do*

do Consumidor dão expressão, dão corpo e dão vida ao ditado constitucional, em favor da dignidade do consumidor e de valores extrapatrimoniais que devem proteger o contratante em situação de inferioridade¹⁰³ e vulnerabilidade.

A elaboração por juristas, a aprovação por legisladores, a entrada em vigor e a aplicação expressiva do Código de Defesa do Consumidor pelos tribunais brasileiros¹⁰⁴ é prova da necessidade de fragmentação legislativa referida por Perin Junior¹⁰⁵, porque o Direito é estático, enquanto os fenômenos sociais são dinâmicos.

Segundo Karam, deve-se “pensar no Código (Civil) não como algo globalizante ou totalizante, senão como um elemento central do sistema jurídico, a agasalhar as normas mais estáveis, *standards*, que possibilitam a harmonização dos demais microssistemas”¹⁰⁶. Bodin de Moraes afirma que esse pensamento deve respeitar os valores existenciais que, porque privilegiados pela Constituição, tornam-se prioritários no âmbito do direito civil¹⁰⁷.

Tendo-se em vista a aprovação e entrada em vigor do novo Código Civil – lei geral do direito civil – em data posterior à entrada em vigor do Código de Defesa do Consumidor – lei geral das relações de consumo – faz-se mister analisar o “diálogo”¹⁰⁸ entre essas duas normas infraconstitucionais, visando, sempre, à

Consumidor e o Código Civil de 2002: convergências e assimetrias. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 131.

¹⁰³ TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. In: _____. *Temas de direito civil*. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 17.

¹⁰⁴ Em pesquisa nos bancos de dados eletrônicos dos dois principais tribunais brasileiros, acessíveis pela Internet, em 9 de agosto de 2008, verificou-se a existência de 175 decisões em colegiado (acórdãos) do Supremo Tribunal Federal que aplicam, direta ou indiretamente, as normas do Código de Defesa do Consumidor (CDC). No Superior Tribunal de Justiça, na mesma data, verificou-se a existência de 2.565 acórdãos que aplicam, direta ou indiretamente, as normas do CDC.

¹⁰⁵ PERIN JUNIOR, Ecio. A teoria da vontade na formação dos contratos e a autonomia do Direito Comercial em relação ao Direito Civil face ao projeto do novo Código Civil. *Jus Navigandi*, Teresina, v. 4, n. 45, set. 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=518>>. Acesso em: 07 jun. 2008.

¹⁰⁶ KARAM, Munir. O processo de codificação do direito civil: inovações da Parte Geral e do Livro das Obrigações. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 87, n. 757, p. 14, nov. 1998.

¹⁰⁷ BODIN DE MORAES, Maria Celina. A caminho de um direito civil constitucional. *Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, n. 1, p. 68, jul./dez. 1991.

Este também é o pensamento de Martins-Costa, em MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. Crise e modificação da idéia de contrato no direito brasileiro. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, v. 19, n. 56, p. 72-73, nov. 1992.

¹⁰⁸ De acordo com o Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa, “diálogo”, substantivo masculino, significa: 1. fala em que há a interação entre dois ou mais indivíduos; colóquio, conversa 2. *p.ext.* contato e discussão entre duas partes em busca de um acordo 3. conjunto das palavras trocadas pelas personagens de um romance, filme etc.; fala que um autor atribui a cada personagem 4. obra em forma de conversação com fins expositivos, explanatórios ou didáticos 5. INF na computação, intercâmbio informacional entre dois elementos de um sistema; troca de sinais entre computadores que se comunicam através de uma rede; interação 6. INF processo de entrada humana e resposta imediata da máquina que configura uma conversa entre um computador interativo e seu usuário 7. MÚS composição em que as vozes ou os instrumentos se alternam ou respondem 8. POL troca de

proteção mais efetiva do consumidor, à luz do valor constitucional da dignidade da pessoa humana.

2.2 O diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil brasileiro de 2002

De acordo com o exposto acima, afirma-se que, no Brasil, a proteção do consumidor tem inspiração constitucional¹⁰⁹. Esse fenômeno decorreu da demora em se aprovar o novo Código Civil (2002), uma vez que o Código Civil de 1916 já não oferecia mais respostas aos conflitos sociais emanados da aceleração dos negócios¹¹⁰.

Da mesma forma, pode-se afirmar que a elaboração do Código de Defesa do Consumidor é o resultado da “era da descodificação” – expressão cunhada por Irti –, tempo de uma cotidiana e penetrante conquista de território por parte das leis especiais, que ocorreu no segundo pós-guerra na Europa, com seus reflexos no Brasil. A elaboração de diversas leis especiais, para regular as relações jurídicas que se tornavam cada vez mais presentes na sociedade e não encontravam respostas no Código Civil, reservou ao código um papel residual¹¹¹.

Irti refere que a relação entre direito geral (neste caso, o direito civil) e direito especial (neste caso, o direito do consumidor) nasce do confronto de duas normas

idéias, discussão de pontos de vista ou contatos diplomáticos (entre representantes de grupos, nações etc.) 9. TEAT um dos processos básicos de comunicação e expressão do personagem no teatro; seqüência de falas trocadas pelos personagens, a qual faz a ação dramática caminhar, sem que seja necessária a figura de um narrador [...]. ETIM lat. *dialogus*, 'id'. adp. do gr. *diálogos*, ou 'conversação, diálogo', ligado ao gr. *lógos* 'palavra' [...]. HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001. p. 1.031.

Para Marques, o “diálogo entre o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor” consiste na aplicação simultânea, coerente e coordenada de muitas leis ou fontes de direito privado, sob a luz da Constituição Federal de 1988. MARQUES, Cláudia Lima. Diálogo das fontes. In: BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 87.

¹⁰⁹ Marques afirma que “o direito do consumidor é um reflexo do direito constitucional de proteção afirmativa dos consumidores”. MARQUES, Cláudia Lima. Introdução ao direito do consumidor. In: BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 24.

¹¹⁰ Fachin declara que “Em virtude destas alterações tornou-se premente o surgimento de legislações especiais que abarcassem esta realidade alheia aos corpos codificados”. FACHIN, Luiz Edson. As relações jurídicas entre o novo Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor: elementos para uma teoria crítica do direito do consumidor. In: CAPAVERDE, Aldaci do Carmo; CONRADO, Marcelo (Org.). *Repensando o direito do consumidor*. 15 anos do CDC (1990-2005). Curitiba: Ordem dos Advogados do Brasil, Seção Paraná, 2005. p. 28.

¹¹¹ IRTI, Natalino. *L'età della decodificazione*. Milano: A. Giuffrè, 1979. p. 26-27 e p. 60.

Em outra passagem, o mesmo autor assevera que “Il codice civile ha perduto il carattere di centralità nel sistema delle fonti [...]”. IRTI, Natalino. *L'età della decodificazione*. Milano: A. Giuffrè, 1979. p. 33.

jurídicas, que são o elemento de fato em comum, enquanto a norma mais ampla compreende em seu conteúdo o elemento de fato da norma menos ampla, e esta regula uma relação específica¹¹². O autor continua, afirmando que a disciplina tratada pela lei especial será quase idêntica àquela da lei geral, mas com um desenvolvimento correspondente à individualidade do fato¹¹³. Ou seja, os princípios gerais, contidos no Código Civil, formarão o macrosistema, com o que os princípios das leis especiais terão conformidade e formarão os microsistemas, sendo sempre interpretados à luz dos princípios constitucionais, que se encontram no vértice do ordenamento jurídico¹¹⁴, de modo a privilegiar os valores não-patrimoniais, a dignidade da pessoa humana, os direitos sociais e a justiça distributiva. Nas palavras de Neves, “o Direito Civil está penetrado por toda a ordem constitucional, e não por um só tipo de norma, já que toda e qualquer norma poderá, possivelmente, incidir sobre e regular uma relação civil”¹¹⁵.

O advento do Estado Democrático de Direito levou o Estado a adotar uma postura mais participativa, passando a intervir nas relações privadas em três

¹¹² No original: “La relazione di Diritto generale e diritto speciale nasce dal raffronto tra due norme giuridiche, che hanno l’*elemento di fatto in comune*, in quanto la norma più ampia comprende nel suo contenuto l’elemento di fatto della meno ampia, e questa vi aggiunge soltanto un momento proprio”. IRTI, Natalino. *L’età della decodificazione*. Milano: A. Giuffrè, 1979. p. 24.

No Brasil, veja IRTI, Natalino. *L’età della decodificazione*. *Revista de Direito Civil: imobiliário, agrário e empresarial*, São Paulo, v. 3, n. 10, p. 25, out./dez. 1979.

Em outra passagem, Irti afirma que “[...] la norma speciale nasce per regolare una classe più ristretta di casi”. IRTI, Natalino. *L’età della decodificazione*. Milano: A. Giuffrè, 1979. p. 54.

¹¹³ No original: “La disciplina dettata dalle legge speciale sarà così fundamentalmente identica a quella della legge generale, ma con una aggiunta o uno svolgimento corrispondenti all’individualità del fatto”. IRTI, Natalino. *L’età della decodificazione*. Milano: A. Giuffrè, 1979. p. 24.

No Brasil, veja IRTI, Natalino. *L’età della decodificazione*. *Revista de Direito Civil: imobiliário, agrário e empresarial*, São Paulo, v. 3, n. 10, p. 25, out./dez. 1979.

¹¹⁴ Irti anuncia que essa foi a resposta política encontrada pelo aplicador da lei no período entre as duas Guerras Mundiais do Século XX para manter a unidade do sistema jurídico frente à perda de centralidade do Código Civil pelo surgimento de inúmeras legislações especiais. IRTI, Natalino. *L’età della decodificazione*. Milano: A. Giuffrè, 1979. p. 68-69.

Nas palavras do autor: “L’unità è ricostruita mediante la gerarchia delle fonti: le norme speciali attuano programmi e indirizzi enunciati nella Costituzione, cioè, in norme che, poste al vertice della piramide, sovrastano norme speciali e codice civile”. IRTI, Natalino. *L’età della decodificazione*. Milano: A. Giuffrè, 1979. p. 71 e p. 72.

Sanseverino, demonstrando visão diametralmente oposta, afirma que “parece haver um certo exagero na conclusão de que a Constituição ocupa o vértice do sistema de direito privado, afastando do seu eixo central o Código Civil”, porque este diploma legal “continua desempenhando o papel de eixo central do sistema de direito privado”. Complementa o mesmo autor, dizendo: “Os microsistemas normativos circundam-no (o Código Civil) como satélites, buscando nele, freqüentemente, subsídio para integração e complementação de suas regras, como ocorre com o Código de Defesa do Consumidor”. SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 83-85.

¹¹⁵ NEVES, Gustavo Kloh Muller. Os princípios entre a teoria geral do direito e o direito civil constitucional. In: RAMOS, Carmen Lucia Silveira et al (Org.). *Diálogos sobre direito civil: construindo a racionalidade contemporânea*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 18.

aspectos do regime contratual: (1) criando, através da lei, uma superioridade jurídica da parte mais fraca, que compensasse a sua inferioridade econômica ou social; (2) reconhecendo e apoiando grupos organizados de representação, como os sindicatos; (3) adotando o *dirigismo contratual*¹¹⁶, consistente na proibição ou imposição de certo conteúdo a alguns contratos, ou condicionando sua eficácia à autorização do Poder Público¹¹⁷.

O Código Civil de 1916 foi elaborado segundo os princípios do Século XIX, entre eles a liberdade, a propriedade privada e autonomia da vontade. Mesmo sendo um código do Século XX, seus princípios basilares eram os de outra época, do Século XIX. Foi então que, no início da década de 1990, entrou em vigor o Código

¹¹⁶ Lôbo esclarece que “O dirigismo contratual parte da realidade de uma economia dirigida. Sendo o contrato o instrumento jurídico de circulação econômica de bens e serviços, se a economia é dirigida o contrato é dirigido. [...] No direito econômico o dirigismo contratual é visto como um dos aspectos do intervencionismo, como técnica de atuação do Estado no e sobre o domínio econômico, após a substituição do mercado livre – típico do Estado liberal – por um mercado administrado, ordenado e organizado”. LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Dirigismo contratual*. *Revista de Direito Civil: imobiliário, agrário e empresarial*, São Paulo, v. 14, n. 52, p. 65, abr./jun. 1990.

O mesmo autor explica o desenvolvimento histórico do dirigismo contratual: “A intervenção do Estado no contrato se processou historicamente desta forma: em uma primeira fase, tem uma função protetiva, favorecendo os economicamente mais fracos, adotando uma atitude de retaguarda. Intervém para estabelecer, pelos meios jurídicos, o equilíbrio. Em uma segunda fase, o Estado põe-se à vanguarda, passando a determinar previamente as regras do jogo, de acordo não mais com os interesses dos particulares, mas com o interesse social. Agora não apenas intervém: dirige”. LÔBO, Paulo Luiz Netto. *O contrato: exigências e concepções atuais*. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 25.

Bdine Júnior assim define a expressão “dirigismo contratual”: “[...] uma representatividade do Estado, que intervém para, agindo como representante da grande massa de contratantes, ‘negociar’ os termos do ajuste em condições de igualdade com os economicamente fortes. Assim, o Estado – tanto quanto possível, economicamente forte ou, ao menos, titular do poder de dizer e aplicar o direito – age em relação aos detentores do poder econômico, em nome dos contratantes mais frágeis, igualando o poder e a liberdade contratual”. BDINE JÚNIOR, Hamid Charaf. *Cessão da posição contratual*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 30.

Nas palavras de Borges, dirigismo contratual significa “[...] de um lado, enorme restrição à autonomia da vontade, mas em contrapartida, uma tutela maior à parte economicamente mais fraca, desistindo-se de uma falsa igualdade jurídica e, por via de expedientes legais, buscando-se a implantação de uma igualdade de fato, no plano contratual”. BORGES, Nelson. *A teoria da imprevisão no direito civil e no processo civil: com referências ao Código Civil de 1916 e ao novo Código Civil*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 65.

Em outras palavras, a expressão significa intervencionismo estatal em busca do equilíbrio contratual, impulsionado pelos problemas sociais e econômicos, restringindo a autonomia da vontade. SCHMITT, Cristiano Heineck. *Cláusulas abusivas nas relações de consumo*. Prefácio Claudia Lima Marques. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 59.

Hironaka e Tartuce manifestam a opinião de que “O Código de Defesa do Consumidor brasileiro, por sua estrutura e filosofia, mostra-se como um típico exemplo de normativa destinada a produzir o *dirigismo contratual*, isto é, normativa protetiva que contém vivamente a intervenção do Estado nos contratos”. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio. O princípio da autonomia privada e o direito contratual brasileiro. In: _____ (Coord.). *Direito contratual: temas atuais*. São Paulo: Método, 2007. p. 62.

Veja, também, SANTOS, Antonio Jeová. *Função social, lesão e onerosidade excessiva nos contratos*. São Paulo: Método, 2002. p. 40.

¹¹⁷ BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. *Princípios e regras de interpretação dos contratos no novo Código Civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 46.

de Defesa do Consumidor, que trouxe uma nova visão para a teoria dos contratos, segundo a qual o princípio da boa-fé objetiva¹¹⁸ deveria ser observado nas relações contratuais. O CDC veio, ainda, suprir uma carência legislativa dentro do ordenamento jurídico brasileiro, devido à demora em se aprovar um novo Código Civil.

Enquanto o Código Civil de 1916 servia para regular as relações jurídicas estabelecidas entre pessoas iguais, o CDC é dirigido aos sujeitos de direitos diferentes. Por serem sujeitos diferentes, o legislador sentiu a necessidade de proteger a parte mais fraca da relação contratual, para resguardar as expectativas legítimas dos consumidores, de acordo com a confiança e a boa-fé.

O novo Código Civil, em vigor desde 2003, é permeado em várias de suas disposições pelo princípio da boa-fé objetiva¹¹⁹, também considerado cláusula geral. Além disso, os princípios informadores desse código não são aqueles tomados de um individualismo extremo, mas princípios de ordem social, de socialidade e de solidariedade¹²⁰.

Aguiar Júnior assevera que, do Código Civil antigo para o novo, “houve completa alteração do eixo interpretativo do contrato”¹²¹. Da mesma forma, ainda afirma:

Em vez de considerar-se a intenção das partes e a satisfação de seus interesses, o contrato deve ser visto como um instrumento de convívio social e de preservação dos interesses da coletividade,

¹¹⁸ Sobre o princípio contratual da boa-fé, veja MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 1984. 2 v.

No Brasil, veja MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

Veja, também, da mesma autora, MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. Mercado e solidariedade social entre *cosmos* e *taxis*: a boa-fé nas relações de consumo. In: _____ (Org.). *A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 639, em que afirma “O Código de Defesa do Consumidor teve a vantagem, sobre o ordenamento de direito privado comum, de deixar expresso em seu texto o mandamento de agir segundo a boa-fé objetiva”.

¹¹⁹ Veja MARTINS-COSTA, Judith. Mercado e solidariedade social entre *cosmos* e *taxis*: a boa-fé nas relações de consumo. In: _____ (Org.). *A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 611-661.

¹²⁰ Veja REALE, Miguel. *O projeto de código civil: situação atual e seus problemas fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 9.

Veja, também, MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister; BRANCO, Gérson Luiz Carlos. *Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 64.

¹²¹ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Projeto de Código Civil: as obrigações e os contratos. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 89, n. 775, p. 19, maio 2000.

onde encontra a sua razão de ser e de onde extrai a sua força – pois o contrato pressupõe a ordem estatal para lhe dar eficácia¹²².

É sob a influência desse modelo renovado de contrato – centrado no pluralismo das fontes¹²³ – que entra em vigor o novo Código Civil, limitando e dirigindo a liberdade contratual – como já o fazia o Código de Defesa do Consumidor – conforme sua função social e elegendo como princípios norteadores a probidade¹²⁴ e a boa-fé. Embora esses dois princípios não fossem totalmente desconhecidos pelo Código Civil de 1916, é certo que hoje a leitura que se lhes impõe, à luz de todo o processo evolutivo do Direito vivido no curso do Século XX, não poderá ser mais a mesma, exigindo do intérprete, por essa mesma razão, uma revisão principiológica de seus conceitos¹²⁵.

O novo Código Civil não cria, mas dá operacionalidade aos comandos constitucionais, razão pela qual se impõe uma compreensão dos princípios basilares do direito contratual de acordo com os princípios constitucionais¹²⁶.

¹²² AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Projeto de Código Civil: as obrigações e os contratos. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 89, n. 775, p. 19, maio 2000.

¹²³ Segundo Marques, “Em seu Curso Geral de Haia, de 1995, o mestre de Heidelberg, Erik Jayme, ensinava que, em face do atual ‘pluralismo pós-moderno’ de um direito com fontes legislativas plúrimas, ressurgiu a necessidade de coordenação entre as leis no mesmo ordenamento, como exigência para um sistema jurídico eficiente e justo. Cada vez mais se legisla, nacional e internacionalmente, sobre temas convergentes. A pluralidade de leis é o primeiro desafio do aplicador da lei contemporâneo. A expressão usada comumente é ‘conflito de leis no tempo’, a significar que haveria uma ‘colisão’ ou conflito entre os campos de aplicação dessas leis. Assim, por exemplo, uma lei anterior, como o Código de Defesa do Consumidor, de 1990, e uma lei posterior, como o novo Código Civil brasileiro de 2002, estariam em ‘conflito’, daí a necessária ‘solução’ do ‘conflito’ [...]”. MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 665.

Veja, também, da mesma autora, MARQUES, Claudia Lima. Diálogo das fontes. In: BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 87.

Ainda, veja TEPEDINO, Gustavo. A noção de direito adquirido no diálogo de fontes normativas: um ensaio na perspectiva civil-constitucional. In: MARQUES, Claudia Lima; ARAUJO, Nadia (Org.). *O novo direito internacional: estudos em homenagem a Erik Jayme*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 127-137.

Irti refere-se ao diálogo entre a norma mais geral e a norma mais especial da seguinte forma: “Il rapporto tra codice e legge, già descritto nei termini di generale e speciale, si converte in quello di disciplina *generale* e disciplina *residuale*: dove generale è la legge esterna, e residuale il codice. Il codice civile, che pur regola fattispecie più ampie (ossia, povere di elementi e note individuanti), e perciò teoricamente generali, è abbassato, nel concreto dell’esperienza giuridica, a diritto residuale. Generale è veramente la legge, nata come eccezionale o speciale, che a mano a mano ha conquistato cerchie più vaste di destinatari ed ormai obbedisce ad una logica propria ed autonoma”. IRTI, Natalino. *L’età della decodificazione*. Milano: A. Giuffrè, 1979. p. 35.

¹²⁴ BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. *Princípios e regras de interpretação dos contratos no novo Código Civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 75.

¹²⁵ BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. *Princípios e regras de interpretação dos contratos no novo Código Civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 47.

¹²⁶ BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. *Princípios e regras de interpretação dos contratos no novo Código Civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 49.

Concorde-se com Mattietto, quando afirma que:

O contrato, tal como regulado no Código de 1916, passa por uma expressiva evolução em seu conceito, finalidade e conteúdo, na trajetória que leva à Constituição de 1988 e, subseqüentemente, ao Código de Defesa do Consumidor¹²⁷.

Por isso, pode-se sustentar que o Código Civil consiste no macrossistema de direito civil, enquanto as legislações esparsas – como, por exemplo, a Lei n. 8.245, de 18 de outubro de 1991, que dispõe sobre as locações dos imóveis urbanos, bem como a Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990, que trata da proteção do consumidor – consistem em microssistemas¹²⁸ que regulam atividades mais específicas e precisam ter a sua aplicação coordenada com a aplicação do Código Civil, em um verdadeiro “diálogo das fontes”¹²⁹, na expressão de Jayme.

Uma manifestação clara do necessário “diálogo das fontes” entre o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor foi realizada pelo Centro de Estudos

Marques ensina que “[...] o direito do consumidor é, no Brasil, um ramo do direito privado, ao lado do direito civil e comercial (hoje, após a unificação das obrigações civis e comerciais no Código Civil de 2002, denominado de direito de empresa). Teríamos assim, como afirmamos anteriormente, um novo direito privado brasileiro, determinado pela Constituição, como tripartite, formado pelo direito civil, pelo direito da empresa e pelo direito do consumidor”. MARQUES, Claudia Lima. Introdução ao direito do consumidor. In: BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 40.

¹²⁷ MATTIETTO, Leonardo de Andrade. O direito civil constitucional e a nova teoria dos contratos. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 172.

¹²⁸ O microssistema normativo do consumidor regula a relação de consumo, em que há manifesta desigualdade material entre os sujeitos envolvidos, quais sejam, o fornecedor e o consumidor. Veja SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 87.

¹²⁹ A idéia do “diálogo das fontes” possibilita a aplicação concomitante de duas normas, quando isso for possível. Em outras palavras, é a possibilidade de coordenação sistemática destas fontes. Trata-se de um diálogo de coerência, de conexão, de complementaridade. A tese é atribuída ao jurista alemão Erik Jayme e foi trazida ao Brasil pela Professora Doutora Claudia Lima Marques. Segundo Marques, é “expressão visionária do grande mestre Erik Jayme, [...] a permitir a aplicação simultânea, coerente e coordenada das plúrimas fontes legislativas convergentes. ‘Diálogo’ porque há influências recíprocas, ‘diálogo’ porque há aplicação conjunta das duas normas ao mesmo tempo e ao mesmo caso, seja complementarmente, seja subsidiariamente, seja permitindo a opção voluntária das partes sobre a fonte prevalente ou mesmo permitindo uma opção por uma das leis em conflito abstrato. Uma solução flexível e aberta, de interpenetração, ou mesmo a solução mais favorável ao mais fraco da relação (tratamento diferente dos diferentes)”. MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 663, p. 665 e p. 667-668.

No original, veja JAYME, Erik. Identité culturelle et Intégration: le droit international privé postmoderne: cours général de droit international privé. In: *Recueil des cours: collected courses of The Hague Academy of International Law*: 1995. The Hague: Martinus Nijhoff, 1996. t. 251, p. 259.

Veja TEPEDINO, Gustavo. A noção de direito adquirido no diálogo de fontes normativas: um ensaio na perspectiva civil-constitucional. In: MARQUES, Claudia Lima; ARAUJO, Nadia (Org.). *O novo direito internacional: estudos em homenagem a Erik Jayme*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 127-137.

Judiciários do Conselho da Justiça Federal, que, ao se reunir em Brasília, no Superior Tribunal de Justiça, entre 1º. e 3 de dezembro de 2004, durante a III Jornada de Direito Civil, aprovou o Enunciado n. 167, que orienta a interpretação dos arts. 421 a 424 do Código Civil no seguinte sentido:

Com o advento do Código Civil de 2002, houve forte aproximação principiológica entre esse Código e o Código de Defesa do Consumidor, no que respeita à regulação contratual, uma vez que ambos são incorporadores de uma nova teoria geral dos contratos¹³⁰.

É preciso reafirmar, de acordo com Bodin de Moraes, que “a leitura da legislação infraconstitucional deve ser feita sob a ótica dos valores constitucionais”¹³¹. O “direito civil constitucional” tem provocado renovação no direito civil brasileiro, reflexo da preocupação com a construção de uma ordem jurídica mais adequada aos problemas sociais. Entre estas preocupações pode-se destacar a do direito contratual que, além de marcar as operações econômicas, volta-se à promoção da dignidade da pessoa humana¹³². E não deve ser diferente o tratamento, quando o contrato for celebrado por meios eletrônicos, porque os vínculos estabelecidos pela Internet estão sob o ordenamento jurídico constitucional de proteção e defesa dos consumidores.

Incumbe ao intérprete reler a legislação civil à luz da Constituição, de modo a privilegiar os valores não-patrimoniais, a dignidade da pessoa humana, o desenvolvimento de sua personalidade, os direitos sociais e a justiça distributiva, à qual devem se submeter a iniciativa econômica privada e as situações jurídicas

¹³⁰ CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. Centro de Estudos Judiciários. Enunciados aprovados: III Jornada de Direito Civil. Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IIIJornada.pdf>>. Acesso em 06 maio 2008.

Veja, também, AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de (Org.). *III Jornada de Direito Civil*. Brasília: CJF, 2005. p. 58-59.

¹³¹ BODIN DE MORAES, Maria Celina. A caminho de um direito civil constitucional. *Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, n. 1, p. 69, jul./dez. 1991.

Marques assevera que “[...] certos estão aqueles que consideram a Constituição Federal de 1988 como o centro irradiador e o marco de reconstrução de um direito privado brasileiro mais social e preocupado com os vulneráveis de nossa sociedade, um direito privado solidário”. MARQUES, Cláudia Lima. Introdução ao direito do consumidor. In: BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 27.

¹³² TEIZEN JÚNIOR, Augusto Geraldo. *A função social no Código Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 80.

patrimoniais, conforme mencionou Teizen Júnior¹³³. Essa posição reforça ainda mais o que acertadamente afirmou Marques:

[...] a proteção do consumidor é um valor constitucionalmente fundamental, é um direito fundamental e é um princípio da ordem econômica da Constituição Federal, princípio limitador da autonomia da vontade dos fortes em relação aos fracos ou vulneráveis, construindo um novo direito privado mais consciente de sua função social¹³⁴.

É neste contexto que o Código de Defesa do Consumidor se insere. A Constituição ocupa um nível superior no ordenamento jurídico, impondo, a qualquer relação contratual, seja ela do Código Civil ou do Código de Defesa do Consumidor, subordinação àqueles princípios constitucionais. A Constituição invade a órbita do direito civil impondo contornos, delimitações, priorizando-se a pessoa humana e o respeito à sua intangível dignidade¹³⁵. E assim deve ser, porque o respeito à Lei Maior, a sua aplicação e sua efetividade devem estar presentes no cotidiano dos cidadãos, na forma de um livro aberto e conhecido por todos e não como um instrumento hermético aplicado apenas pelos juízes e tribunais.

A intervenção direta do Estado nas relações de direito privado, por outro lado, não significa um agigantamento do direito público em detrimento do direito privado que, dessa maneira perderia espaço, como temem alguns. Muito ao contrário, a perspectiva de interpretação civil-constitucional permite que sejam revigorados os institutos de direito civil, muitos deles defasados da realidade contemporânea – e, por isso mesmo, banidos ao esquecimento e à ineficácia –, reforçando-os, de molde a torná-los compatíveis com as demandas sociais e econômicas da sociedade atual¹³⁶.

Através da constitucionalização do direito civil houve uma reestruturação do princípio da força obrigatória dos contratos, tornando-o mais flexível, com a admissão da interferência do Estado para corrigir os rigores do contrato ante o

¹³³ TEIZEN JÚNIOR, Augusto Geraldo. *A função social no Código Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 81-82.

¹³⁴ MARQUES, Claudia Lima. Introdução ao direito do consumidor. In: BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 28.

¹³⁵ TEIZEN JÚNIOR, Augusto Geraldo. *A função social no Código Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 85-86.

¹³⁶ TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. In: _____. *Temas de direito civil*. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 22.

desequilíbrio de prestações, fosse pela alteração radical das condições de seu cumprimento, fosse pela manifestação da vontade não completamente liberta¹³⁷. Por isso, o princípio da autonomia da vontade¹³⁸, ou autonomia privada¹³⁹, segundo

¹³⁷ BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. *Princípios e regras de interpretação dos contratos no novo Código Civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 51.

¹³⁸ Veja FERREIRA DA SILVA, Luís Renato. *Revisão dos contratos: do Código Civil ao Código do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 7-40.

Veja, também, SCHMITT, Cristiano Heineck. *Cláusulas abusivas nas relações de consumo*. Prefácio Claudia Lima Marques. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 37-38.

Da mesma forma, veja ALTERINI, Atilio Aníbal; LÓPEZ CABANA, Roberto M. *La autonomía de la voluntad en el contrato moderno*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1989.

Ainda, veja NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 2-4, nota de rodapé 2.

Igualmente, veja BARBOZA, Heloisa Helena. Reflexões sobre a autonomia negocial. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas*. Estudos em homenagem ao Professor Ricardo César Pereira Lira. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 407-423.

Martins-Costa resume bem a diferença entre “autonomia da vontade” e “autonomia privada”. Veja MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. Mercado e solidariedade social entre *cosmos* e *taxis*: a boa-fé nas relações de consumo. In: _____ (Org.). *A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 614-615.

Para uma rápida e esclarecedora exposição sobre o desenvolvimento histórico do princípio da autonomia da vontade, desde o Século XIX na França e seus reflexos no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor, veja VIEIRA, Iacyr de Aguiar. A autonomia da vontade no Código Civil brasileiro e no Código de Defesa do Consumidor. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 90, n. 791, p. 31 et seq., set. 2001.

Para Prata, “autonomia da vontade” significa “Princípio, em virtude do qual, dentro dos limites estabelecidos na lei, a vontade livremente expressa tem o poder de criar, modificar e extinguir relações jurídicas”. PRATA, Ana. *Dicionário jurídico*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1992. p. 72.

Em outra sede, a mesma autora assevera: “A autonomia privada ou liberdade negocial traduz-se, pois, no poder *reconhecido* pela ordem jurídica ao homem, prévia e necessariamente qualificado como sujeito jurídico, de juridicizar a sua atividade (designadamente, a sua atividade econômica), realizando livremente negócios jurídicos e determinando os respectivos efeitos”. PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Almedina, 1982. p. 11.

¹³⁹ Com relação à expressão “autonomia privada”, a definição de Menezes Leitão para o termo é a que segue: “Em sentido literal, a expressão ‘autonomia privada’ (do grego ‘auto’, próprio e ‘nomos’, regra) consiste na possibilidade que alguém tem de estabelecer as suas próprias regras. Tecnicamente, porém, deve-se referir que as regras jurídicas caracterizam-se pela generalidade e abstração, pelo que elas não podem ser criadas por ato dos privados. Efetivamente, o que os privados criam são comandos, que só para eles vigoram. A autonomia privada é assim a possibilidade de alguém estabelecer os efeitos jurídicos que se irão repercutir na sua esfera jurídica. [...] na autonomia privada existe uma permissão genérica de conduta, porque a todos os sujeitos da ordem jurídica é reconhecida esta possibilidade de produção de efeitos jurídicos, não havendo nenhum que dela seja excluído. [...] A autonomia privada consiste assim num espaço de liberdade, já que, desde que sejam respeitados certos limites, as partes podem livremente desencadear os efeitos jurídicos que pretendem”. MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles de. *Direito das obrigações: introdução*. Da constituição das obrigações. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2005. v. 1, p. 21.

Perlingieri entende por autonomia privada: “[...] o poder, reconhecido ou concedido pelo ordenamento estatal a um indivíduo ou a um grupo, de determinar vicissitudes jurídicas como consequência de comportamentos – em qualquer medida – livremente assumidos. [...] liberdade de regular por si as próprias ações ou, mais precisamente, de permitir a todos os indivíduos envolvidos em um comportamento comum determinar as regras daquele comportamento através do entendimento comum. [...] ela se traduz, antes de tudo, na liberdade de negociar, de escolher o contratante, de determinar o conteúdo do contrato ou do ato, de escolher, por vezes, a forma do ato”. PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 17.

alguns juristas, bem como outros princípios contratuais, presentes no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor, deve ser interpretado tendo-se em vista a dignidade da pessoa humana, princípio máximo do ordenamento jurídico, base da Constituição da República. Isso é, o princípio da autonomia da vontade ainda está presente na teoria geral dos contratos, mas sofreu alterações, necessárias para adaptar o contrato à sociedade atual.

Embora seja observado na doutrina e na jurisprudência o uso indiscriminado das expressões “autonomia da vontade” e “autonomia privada” como se fossem sinônimas, acredita-se – contrariando doutrina autorizada, conforme será demonstrado – que têm conceitos distintos.

Amaral Neto esclarece bem a distinção conceitual entre autonomia da vontade e autonomia privada:

A esfera de liberdade de que o agente dispõe no âmbito do direito privado chama-se autonomia, direito de reger-se por suas próprias leis. Autonomia da vontade é, assim, o princípio de direito privado pelo qual o agente tem a possibilidade de praticar um ato jurídico, determinando-lhe o conteúdo, a forma e os efeitos. Seu campo de aplicação é, por excelência, o direito obrigacional, aquele em que o agente pode dispor como lhe aprouver, salvo disposição cogente em contrário. E, quando nos referimos especificamente ao *poder* que o particular tem de estabelecer as regras jurídicas de seu próprio comportamento, dizemos, em vez de autonomia da vontade, autonomia privada. Autonomia da vontade, como manifestação de liberdade individual no campo do direito, e autonomia privada, como poder de criar, nos limites da lei, normas jurídicas, vale dizer, o poder de alguém de dar a si próprio um ordenamento jurídico e, objetivamente, o caráter próprio desse ordenamento, constituído pelo

Díez-Picazo e Gullón definem autonomia privada: “La autonomía privada es el poder de dictarse uno a sí mismo la ley o el precepto, el poder de gobernarse uno a sí mismo. Podría también definirse como un poder de gobierno de la propia esfera jurídica, y como está formada por relaciones jurídicas, que son el cauce de realización de intereses, la autonomía privada puede igualmente conceptuarse como el poder de la persona para reglamentar y ordenar las relaciones jurídicas en las que es o ha de ser parte”. DÍEZ-PICAZO, Luis; GULLÓN, Antonio. *Sistema de derecho civil*: introducción. Derecho de la persona. Autonomía privada. Persona jurídica. 11. ed. 2. reimpr. Madrid: Tecnos, 2005. v. 1, p. 379. Veja, dos mesmos autores, DÍEZ-PICAZO, Luis; GULLÓN, Antonio. *Instituciones de derecho civil*: introducción. Parte general. Derecho de la persona. 2. ed. 1. reimpr. Madrid: Tecnos, 2000. v. 1, t. 1, p. 234.

Betti, por sua vez, ensina que autonomia privada quer dizer: “[...] actos de autodeterminación, de autorregulación de los intereses propios entre los mismos interesados. Autorregulación que en la conciencia social es ya considerada como obligatoria para las partes, antes aún de que el acto ascienda a la dignidad de negocio jurídico; no se tiene por un programa puro y simple al que las partes quedan libres de atenerse o no [...], sino como un criterio vinculante, como una regla de conducta que reclama ser observada y que, en caso de inobservancia, se acompaña en la vida social de sanciones más o menos enérgicas o seguras, tanto de carácter específico [...], como de carácter genérico [...]”. BETTI, Emilio. *Teoría general del negocio jurídico*. 2. ed. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1959. p. 43.

agente, diversa mas complementarmente ao ordenamento estatal. A autonomia privada constitui-se, portanto, em uma esfera de atuação do sujeito no âmbito do direito privado, mais propriamente um espaço que lhe é concedido para exercer a sua atividade jurídica. Os particulares tornam-se, desse modo, e nessas condições, legisladores sobre seus próprios interesses. A autonomia privada é o poder que os particulares têm de regular, pelo exercício de sua própria vontade, as relações de que participam, estabelecendo-lhes o conteúdo e a respectiva disciplina jurídica. Sinônimo de autonomia da vontade para grande parte da doutrina contemporânea, com ela porém não se confunde existindo entre ambas sensível diferença. A expressão “autonomia da vontade” tem uma conotação subjetiva, psicológica, enquanto a autonomia privada marca o poder da vontade no direito de um modo objetivo, concreto e real¹⁴⁰.

Por outro lado, para Ferreira de Almeida, os conceitos de “autonomia da vontade” e de “autonomia privada” são sinônimos, e o autor complementa, afirmando:

Se alguns autores estabelecem um conceito neutro de autonomia privada, evidenciando a relação entre um poder ou possibilidade e um efeito jurídico como resultado, as noções da doutrina (ainda dominante) introduzem-lhe uma legitimação e um fundamento dirigido à vontade ou, em fórmulas de compromisso, à vontade declarada. Autonomia privada e vontade aparecem assim numa interligação indissociável, não admirando, portanto, que a expressão autonomia da vontade seja usada com o significado de (e expressão equivalente a) autonomia privada¹⁴¹.

Assim como Ferreira de Almeida, Pontes de Miranda utiliza como sinônimo de autonomia da vontade e as expressões “auto-regramento da vontade” e “autonomia privada”. Afirma o autor:

Todas as vezes que as regras jurídicas aludem a suportes fáticos, em que a vontade seja um dos elementos, admitem elas que esses suportes fáticos se componham ou não se componham. Dizem, também, *até onde* se pode querer. Portanto, supõe-se que alguém *queira* ou *não-queira*. O auto-regramento, a chamada ‘autonomia da vontade’, não é mais do que isso. [...] é o espaço deixado às vontades, sem se repelirem do jurídico tais vontades. Enquanto, a respeito de outras matérias, o espaço deixado à vontade fica *por fora* do direito, sem relevância para o direito; aqui, o espaço que se deixa

¹⁴⁰ AMARAL NETO, Francisco dos Santos. *Direito civil: introdução*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 347-348.

Veja, também, AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica: perspectivas estrutural e funcional. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, p. 5-41, 1989. Estudos em homenagem ao Professor Doutor Ferrer-Correia.

¹⁴¹ FERREIRA DE ALMEIDA, Carlos. *Texto e enunciado na teoria do negócio jurídico*. Coimbra: Almedina, 1992. v. 1, p. 8.

à vontade é relevante para o direito. É *interior*, portanto, às linhas traçadas pelas regras que o limitam. [...] A 'autonomia da vontade' não é mais do que o nome que se dá à possibilidade de se fazer elemento nuclear do suporte fático, suficiente para tornar *jurídicos* atos humanos, a vontade. [...] A chamada 'autonomia da vontade', o auto-regramento, não é mais do que 'o que ficou às pessoas'. [...] O que caracteriza o auto-regramento da vontade é poder-se, com ele, compor o suporte fático dos atos jurídicos com o elemento nuclear da vontade¹⁴².

Lôbo também utiliza as expressões “autonomia da vontade” e “autonomia privada” como sinônimas:

Daí o princípio determinante da liberdade de contratar, ou da autonomia da vontade (dita autonomia privada ou auto-regramento da vontade, expressões que usamos indistintamente, porquanto a negativa ou a preferência de uma contra as outras não indicam razões bastantes de convencimento)¹⁴³.

Há autores que afirmam que, atualmente, a expressão “autonomia da vontade” vem sendo substituída pela expressão “autonomia privada”. É o caso de Noronha, que afirma que considera as expressões sinônimas e que o termo “autonomia privada” é expressão que tende a substituir “autonomia da vontade”¹⁴⁴. Compartilhando da mesma opinião de Noronha, Bdine Júnior afirma que:

A denominação 'princípio da autonomia da vontade' vai aos poucos sendo substituída por 'princípio da autonomia privada', na medida em que aquela se vincula à concepção individualista e liberal, enquanto esta identifica melhor o conceito social do contrato. [...] A expressão

¹⁴² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado: parte geral: negócios jurídicos*. Representação. Conteúdo. Forma. Prova. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954. t. 3, p. 54-56.

¹⁴³ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *O contrato: exigências e concepções atuais*. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 85.

¹⁴⁴ NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 111 e 113.

“O princípio da autonomia privada traduz-se na liberdade de as pessoas regularem, através de negócios jurídicos (contratos e negócios unilaterais), os seus interesses, em especial no que diz respeito à produção e à distribuição de produtos e serviços. A autonomia privada é fundamento dos princípios da liberdade contratual, do consensualismo e do efeito relativo dos contratos”. NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 18. Veja, também, NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações: fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1, p. 391.

Quanto ao princípio da autonomia da vontade, ensina: “[...] segundo o qual o homem só pode ser vinculado pelas obrigações que ele próprio, voluntariamente, haja assumido. Dizia-se que era em respeito ao princípio da autonomia da vontade que se reconhecia às partes a liberdade contratual e acrescentava-se que era em nome e em consequência desta que se obrigavam as partes a cumprir o estipulado”. NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 42-43 e p. 112.

‘autonomia privada’ identifica a liberdade de as pessoas regularem por contratos, ou negócios jurídicos unilaterais, seus interesses, no que se refere à circulação e produção de bens e serviços, respeitados, porém, o interesse geral da ordem pública. Dessa forma, a definição destaca a repercussão social do contrato, afastando-se da noção de liberdade de contratar, ou contratual, insuscetível de limites e fundada na vontade como fundamento preponderante no direito contratual¹⁴⁵.

Igualmente, Hironaka e Tartuce afirmam que:

[...] o princípio da autonomia privada substitui a autonomia da vontade diante da valorização da pessoa humana (*a autonomia não é da vontade, mas da pessoa*) e também tendo em vista a contemporânea mitigação da vontade nas relações negociais¹⁴⁶.

Já, com relação à expressão “autonomia privada”, Gomes a define como conseqüência do princípio político da autonomia da vontade¹⁴⁷. Em outra passagem, utiliza-se da definição de Betti, ao afirmar que autonomia privada é a auto-regulação dos interesses particulares¹⁴⁸.

Parece-me que, enquanto autonomia privada é a liberdade conferida pelo Estado para contratar (liberdade de contratar ou de não contratar), autonomia da vontade é a liberdade contratual que possuem as partes de se vincularem conforme a sua vontade, ou seja, liberdade de fixar o conteúdo do contrato.

Por isso, deve-se considerar que o princípio da autonomia da vontade ainda vigora na teoria geral dos contratos, embora tenha sido adaptado para se adequar à sociedade de massas. Ou seja, a autonomia da vontade não desapareceu do ordenamento jurídico, embora alguns autores pensem que ele evoluiu e foi substituído pela autonomia privada.

Essa adaptação sofrida pela autonomia da vontade foi examinada por Storer:

Enquanto na concepção clássica da autonomia da vontade a lei pressupunha uma igualdade formal entre as partes para legitimar o exercício da liberdade contratual, a concepção contemporânea do

¹⁴⁵ BDINE JÚNIOR, Hamid Charaf. *Cessão da posição contratual*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 16.

¹⁴⁶ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio. O princípio da autonomia privada e o direito contratual brasileiro. In: _____ (Coord.). *Direito contratual: temas atuais*. São Paulo: Método, 2007. p. 46.

¹⁴⁷ GOMES, Orlando. *Transformações gerais do direito das obrigações*. 2. ed. aum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. p. 42.

¹⁴⁸ GOMES, Orlando. *Transformações gerais do direito das obrigações*. 2. ed. aum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. p. 43.

princípio em questão evidencia a desigualdade de fato que existe entre os homens, a influenciar significativamente o desenvolvimento de suas relações contratuais e a merecer a intervenção do Estado nos pactos celebrados, bem como a imposição de condutas ético-jurídicas no desenvolvimento das relações contratuais contemporâneas, bem como de todas as relações civis¹⁴⁹.

Por sua vez, Boulos assim definiu os contornos das modificações ocorridas no ordenamento jurídico, com a entrada em vigor do novo Código Civil:

(O novo Código Civil) ao disciplinar, de forma inovadora, a figura do abuso de direito e ao estabelecer que o limite da liberdade contratual é a função social do contrato, traçou os contornos da autonomia privada de forma diversa daquela desenhada pelo legislador de 1916. E o fez por meio de *normas de ordem pública* ou de *imperatividade absoluta* que constituem o principal meio de que se vale o Estado para limitar a autonomia privada¹⁵⁰.

Como antes assinalado, a Constituição de 1988 produziu grande impacto no ordenamento jurídico brasileiro, pois, ao erigir, como fundamento da República, a dignidade da pessoa humana, colocou-a no centro das preocupações de todo esse ordenamento, o que afetou sobremodo o direito civil, até então voltado para o aspecto patrimonial, herdado do Século XIX.

Marques¹⁵¹, inspirada em Jayme, reflete sobre a aplicação simultânea do Código Civil e do Código de Defesa do Consumidor, ambas leis ordinárias, um podendo servir de base conceitual para o outro, pois um é geral e o outro é especial (ou geral das relações de consumo). Também, uma lei pode completar a aplicação

¹⁴⁹ STORER, Aline. Autonomia da vontade: a ficção da liberdade. Considerações sobre a autonomia da vontade na teoria contratual clássica e na concepção contemporânea da teoria contratual. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, v. 56, n. 363, p. 114-115, jan. 2008.

¹⁵⁰ BOULOS, Daniel Martins. A autonomia privada, a função social do contrato e o novo Código Civil. In: ALVIM NETO, José Manuel de Arruda; CÉSAR, Joaquim Portes Cerqueira; ROSAS, Roberto (Coord.). *Aspectos controvertidos do novo Código Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 126-127.

¹⁵¹ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 585 e p. 663.

A autora assegura que “[...] pode haver a coexistência da nova lei geral em face da anterior lei, desde que compatíveis. A lei especial anterior continua em vigor, ao lado da lei geral nova, no que não for incompatível, sendo necessário examinar a finalidade das duas leis. [...] Ocorre que o CDC não trata de nenhum contrato em especial, mas se aplica a todos, a todos os tipos de contratos, se contratos de consumo. Neste caso não revogará as normas especiais referentes a estes contratos, que, relembre-se, nem sempre serão de consumo, dependendo da possibilidade de caracterização das partes como consumidor e fornecedor, mas afastará simplesmente a aplicação das normas previstas nas leis especiais que forem incompatíveis com o novo espírito tutelar e de equidade do CDC”. MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 629-630.

da outra, dependendo do caso concreto. Uma terceira hipótese seria a existência de influências recíprocas entre as duas leis, sendo possível, nesse caso, a redefinição do campo de aplicação de cada um dos códigos¹⁵².

Nas palavras de Marques:

[...] ambas as leis (o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002) se aplicam à mesma relação jurídica de consumo e colaboram com a mesma finalidade, a de cumprir o mandamento constitucional. Neste sentido, não é o CDC que limita o Código Civil, é o Código Civil que dá base ao CDC e o ajuda, e, se o Código Civil for mais favorável ao consumidor do que o CDC, não será esta lei especial que limitará a aplicação da lei geral (art. 7º. do CDC), mas sim dialogarão à procura da realização do mandamento constitucional de proteção especial do sujeito mais fraco¹⁵³.

Sobre a aplicação conjunta do CDC e de outras leis especiais, há recentes julgamentos do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJ/RS), realizando o mencionado “diálogo das fontes”¹⁵⁴.

¹⁵² Para uma explicação detalhada sobre os três tipos de diálogo das fontes, veja MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 693-701.

¹⁵³ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 588.

¹⁵⁴ Veja: “Apelação cível. Seguros. Plano de saúde. Revisão de contrato. Cláusula que prevê aumento de 30% da mensalidade em decorrência da alteração da faixa etária. Diálogo de fontes: CDC, Lei dos Planos de Saúde e Estatuto do Idoso. Cuidando-se de contrato de longa duração, celebrado ainda em 1982, revela-se abusivo o reajuste das mensalidades em função da mudança de faixa etária. Acolhido o pleito de afastamento do percentual correspondente. Procedência da demanda. Recurso desprovido”. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Apelação cível n. 70018594648*, da 6ª. Câmara Cível. Apelante: Assistência Médica São Paulo Sul Ltda. Apelada: Lourdes Barbisan. Relator: Ubirajara Mach de Oliveira. Porto Alegre, 13 de dezembro de 1997. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>>. Acesso em: 18 fev. 2008.

No mesmo sentido: “Plano de saúde. Idoso. Aumento da contribuição em razão de ingresso em faixa etária diferenciada. Previsão contratual. Aumento de aproximadamente 67,79%. Abusividade configurada. Aplicação simultânea da Lei 9.565/98 e do Código de Defesa do Consumidor. Doutrina do ‘diálogo das fontes’. Redução do percentual de acréscimo para 30%. Precedente jurisprudencial. Recurso parcialmente provido, por maioria. Dentre os novos sujeitos de direito que o mundo pós-moderno identifica, a Constituição Federal de 1988 concede uma proteção especial a dois deles, que interessa ao tema dos planos de saúde: o consumidor e o idoso. Disto resultam alguns efeitos no âmbito do direito privado, destacam-se uma comprometida interpretação da lei e das cláusulas contratuais e um maior rigor no controle de cláusulas abusivas. O idoso é um consumidor duplamente vulnerável, necessitando de uma tutela diferenciada e reforçada. Não se afigura desarrazoada a cláusula contratual de plano de saúde que, de forma clara e destacada, preveja o aumento da contribuição do aderente ao plano em razão de ingresso em faixa etária em que os riscos de saúde são abstratamente maiores, em razão da lógica atuarial que preside o sistema. Todavia, revela-se abusiva e, portanto, nula, em face do Código de Defesa do Consumidor, a cláusula de reajuste em percentual tão elevado que configure uma verdadeira barreira à permanência do segurado naquele plano. Em tal situação, considerando os enormes prejuízos que teria o segurado se migrasse para outro plano ao atingir idade de risco, justifica-se a redução do percentual de reajuste. Aplicação do princípio da razoabilidade e da proporcionalidade a justificar a redução do aumento de 67,79 para 30%”. RIO GRANDE DO SUL. Turmas Recursais Cíveis. *Recurso cível n. 71001423714*, da 3ª.

Com base na idéia de Marques, é possível afirmar que o “diálogo” das duas leis em referência ocorre por meio da coordenação do macrosistema do Código Civil com o microsistema do Código de Defesa do Consumidor; conseqüentemente, o CDC tende a ganhar maior efetividade, pois seus princípios básicos são quase os mesmos do CC/2002. Ademais, a opção legislativa pelas cláusulas gerais, adotadas no Código Civil, tende a facilitar essa coordenação, adequando os dois ordenamentos aos casos concretos.

Ascensão assegura que “o essencial é a integração científica (do direito do consumidor) no Direito Civil, de maneira a resolver harmônica e conjuntamente as questões que hoje aparecem cindidas entre Direito Civil e Direito do Consumidor”¹⁵⁵.

Tepedino afirma:

[...] a disciplina contratual do Código Civil de 2002, embora contenha diversos preceitos aparentemente sobrepostos ou colidentes com o CDC, jamais pode ser considerada revogadora da normativa de tutela do consumidor. Mais uma vez é preciso afirmar a unidade do ordenamento e compatibilizar as normas relacionadas aos contratos de adesão, de seguro, de corretagem, de transporte, e assim por diante, com as normas do CDC. O critério de vulnerabilidade [...] mais uma vez deverá servir para estabelecer os limites de incidência de ambos os diplomas¹⁵⁶.

O mesmo autor atesta que:

Turma Recursal Cível. Recorrente: Unimed. Recorrida: Vera Maria Cintra Trommer. Relator: Eugênio Facchini Neto. Porto Alegre, 4 de dezembro de 2007. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>>. Acesso em: 18 fev. 2008..

E, também: “Agravado de instrumento. Plano de saúde. Reajuste de mensalidade. Faixa etária. Abusividade configurada. O contrato deve ser analisado sob o prisma do Código de Defesa do Consumidor, o qual, considerando a teoria do diálogo das fontes, recebe parâmetros interpretativos conferidos por leis posteriores. Assim, mediante a aplicação conjunta do CDC, da Lei dos Planos de Saúde, e do Estatuto do Idoso, tem-se que o reajuste do valor do prêmio, em razão de ter a parte alcançado 70 anos de idade, revela-se abusivo. Agravado de instrumento provido”. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Agravado de instrumento n. 70020356200*, da 5ª. Câmara Cível. Agravantes: Antônio Meneghini e Iracema Pramio Meneghini. Agravada: Unimed Cooperativa de Serviços de Saúde dos Vales do Taquari e Rio Pardo Ltda. Relator: Umberto Guaspari Sudbrack. Porto Alegre, 22 de agosto de 2007. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>>. Acesso em: 18 fev. 2008).

¹⁵⁵ ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito europeu do consumidor e direito brasileiro. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 32, p. 190, out./dez. 2007.

¹⁵⁶ TEPEDINO, Gustavo. Código de Defesa do Consumidor, Código Civil e complexidade do ordenamento. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 14, n. 56, p. 11, out./dez. 2005.

Do mesmo autor, veja TEPEDINO, Gustavo. A noção de direito adquirido no diálogo de fontes normativas: um ensaio na perspectiva civil-constitucional. In: MARQUES, Claudia Lima; ARAUJO, Nadia (Org.). *O novo direito internacional: estudos em homenagem a Erik Jayme*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 127-137.

A interpretação do Código Civil não pode, sob pena de se revelar desconforme à Constituição, excluir do âmbito de proteção do CDC os *consumidores contratantes*. Ao contrário, destinam-se os preceitos codificados a regular tipos contratuais que, quando inseridos em relações de consumo, avocam as disposições de ordem pública em defesa do consumidor¹⁵⁷.

O CDC é um código, um microssistema aplicável apenas para os sujeitos vulneráveis, definidos como tais os consumidores. O novo Código Civil é um código geral, um macrossistema que regula as relações estabelecidas entre iguais, sejam estes sujeitos civis ou empresários. Ademais, esses corpos legislativos “não são completamente autônomos: guardam, cada um, as suas especificidades, vinculando-se, porém, através da ‘ponte’ dos princípios constitucionais e dos princípios gerais do ordenamento”¹⁵⁸.

O CDC é lei anterior ao Código Civil, especial, de ordem pública e elaborada por determinação constitucional, de acordo com o mandamento expresso contido no art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT). Ademais, está incluído no rol dos direitos fundamentais, art. 5º., XXXII da Constituição da República de 1988, portanto, numa hierarquia de cláusula pétrea¹⁵⁹.

Conforme assevera Pasqualotto, o Código de Defesa do Consumidor é a lei especial das relações de consumo¹⁶⁰. O que justifica a sua existência é a desigualdade provocada pelo mercado, em que um fator estrutural de desequilíbrio exige proteção à parte mais fraca. O desequilíbrio estrutural decorre da organização inerente às empresas e da concomitante desorganização dos consumidores individuais, que procuram atender às suas necessidades com os bens e serviços oferecidos na sociedade de consumo. A forma mais comum de o consumidor se

¹⁵⁷ TEPEDINO, Gustavo. Código de Defesa do Consumidor, Código Civil e complexidade do ordenamento. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 14, n. 56, p. 11, out./dez. 2005. Veja, do mesmo autor, TEPEDINO, Gustavo. A noção de direito adquirido no diálogo de fontes normativas: um ensaio na perspectiva civil-constitucional. In: MARQUES, Claudia Lima; ARAUJO, Nadia (Org.). *O novo direito internacional: estudos em homenagem a Erik Jayme*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 127-137.

¹⁵⁸ MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. Crise e modificação da idéia de contrato no direito brasileiro. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, v. 19, n. 56, p. 82, nov. 1992.

¹⁵⁹ MARQUES, Claudia Lima. Introdução ao direito do consumidor. In: BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 40.

¹⁶⁰ PASQUALOTTO, Adalberto de Souza. O Código de Defesa do Consumidor em face do Código Civil de 2002. In: PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos; PASQUALOTTO, Adalberto de Souza (Coord.). *Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002: convergências e assimetrias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 145.

vincular com o fornecedor na atualidade é por meio dos contratos de adesão, que serão examinados no ponto 2.3 abaixo.

Essa desigualdade entre consumidor e fornecedor provocada pelo mercado fica ainda mais visível, quando se trata de contratos celebrados pela Internet. Ao se utilizar de contratos eletrônicos, o consumidor muitas vezes não sabe com quem está contratando, nem se receberá o produto ou se o serviço que está adquirindo será entregue ou efetuado, assim como não sabe se será resguardado em seus direitos e em sua dignidade.

Depois de se examinar a Constituição de República de 1988 e a proteção do consumidor no ordenamento jurídico brasileiro, bem como o diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002 para melhor proteger o consumidor, faz-se necessário analisar o vínculo contratual no Código de Defesa do Consumidor, apresentando alguns conceitos.

2.3 O vínculo contratual no Código de Defesa do Consumidor

Para tratar da formação do vínculo contratual e a proteção do consumidor no comércio eletrônico, é preciso trazer algumas definições, como a de negócio jurídico, contrato, contrato de adesão e relação contratual de fato – ou conduta social típica, ou contato social, ou comportamento concludente, ou, ainda, conduta concludente –, enfocando em todos eles a manifestação de vontade.

Negócio jurídico é a manifestação de vontade destinada à criação, modificação ou extinção de relações jurídicas¹⁶¹, nas palavras de Amaral Neto. Em outra sede, o mesmo autor assim define negócio jurídico: “ato e instrumento de autonomia privada, auto-regulamento dos próprios interesses do agente, em suma, fonte normativa. [...] instrumento de realização da autonomia privada, é declaração de vontade criadora de normas jurídicas”¹⁶².

¹⁶¹ Amaral Neto define negócio jurídico como “declaração de vontade privada destinada a produzir efeitos que o agente pretende e o direito reconhece”. Esses efeitos são a constituição, a modificação ou a extinção de relações jurídicas que vinculam as partes envolvidas. Os elementos do negócio jurídico são a vontade negocial e a autonomia privada. AMARAL NETO, Francisco dos Santos. *Direito civil: introdução*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 371-373.

¹⁶² AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica: perspectivas estrutural e funcional. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, p. 9 e p. 13, 1989. Estudos em homenagem ao Professor Doutor Ferrer-Correia.

Serpa Lopes define negócio jurídico como sendo a “manifestação de vontade tendente a produzir um determinado efeito jurídico”¹⁶³.

Pontes de Miranda conceitua negócio jurídico como ato jurídico que possui como elemento fático a manifestação de vontade:

O conceito surgiu exatamente para abranger os casos em que a vontade humana pode criar, modificar ou extinguir direitos, pretensões, ações ou exceções, tendo por fito esse acontecimento do mundo jurídico. Naturalmente, para tal poder fático de escolha supõe-se certo auto-regramento de vontade, dito ‘autonomia da vontade’ [...] ¹⁶⁴.

Von Tuhr assim explica o conceito de negócio jurídico: “[...] manifestación de voluntad de uno o varios particulares, que suelen designarse, encaminada a producir efectos de derecho, con el término procesal de ‘partes’: crear, modificar o extinguir un derecho o una relación jurídica”¹⁶⁵.

Larenz afirma:

[...] son negocios jurídicos los actos, en especial las declaraciones, de una persona por lo menos limitadamente capaz, cuya finalidad sea producir efectos jurídicos. Negocios jurídicos obligatorios son aquellos que se dirigen a una obligación del actor. De ellos nace una relación obligatoria cuando se asume un deber de prestación ¹⁶⁶.

Betti ensina que o negócio jurídico é a manifestação suprema da autonomia privada, “al que el Derecho atribuye el nacimiento, la modificación o la extinción de relaciones jurídicas entre particulares”¹⁶⁷. Em outra passagem, o mesmo autor assevera que o negócio jurídico

[...] garantiza y protege la autonomía privada, en la vida de relación, en cuanto se dirige a ordenar intereses dignos de tutela en las relaciones que los afectan. [...] Es el acto con el cual el individuo regula por sí los intereses propios en las relaciones con otros (acto

¹⁶³ SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de direito civil: introdução, parte geral e teoria dos negócios jurídicos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960. v. 1, p. 403.

¹⁶⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado: parte geral: negócios jurídicos*. Representação. Conteúdo. Forma. Prova. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954. t. 3, p. 3.

¹⁶⁵ VON TUHR, Andreas. *Tratado de las obligaciones*. Traducción del alemán y concordado por W. Roces. Granada: Comares, 2007. p. 81.

¹⁶⁶ LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Versión española y notas de Jaime Santos Briz. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958. t. 1, p. 55.

¹⁶⁷ BETTI, Emilio. *Teoría general del negocio jurídico*. 2. ed. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1959. p. 47.

de autonomía privada) y al que el Derecho enlaza los efectos más conformes a la función económico-social que caracteriza su tipo (típica en este sentido)¹⁶⁸.

Roppo assevera que negócio jurídico é “uma declaração de vontade dirigida a produzir efeitos jurídicos”¹⁶⁹. Segundo o mesmo autor, a vontade é elemento chave para a sua definição¹⁷⁰.

O exemplo mais claro de negócio jurídico é o contrato, “fonte geral das obrigações, pois sempre que uma pessoa quer obrigar-se para com outra, que aceita, torna-se vinculada, se observados os pressupostos legais do contrato”¹⁷¹.

Segundo o modelo tradicional da teoria clássica, o contrato é acordo de vontades que resulta de uma discussão entre contratantes igualmente livres. Assim, ambas as partes intervêm mais ou menos na sua elaboração. Isso é, a existência de uma absoluta igualdade entre as partes contratantes, tendo ambas poder negocial idêntico e, por conseguinte, a mesma possibilidade de ditar as cláusulas contratuais, constitui, naturalmente, o pressuposto da aplicação integral de todas as conseqüências da autonomia da vontade.

Almeida Costa assim conceituou contrato:

O negócio jurídico diz-se *bilateral* ou *contrato*, quando existe nele a manifestação de duas ou mais vontades, com conteúdos diversos, prosseguindo distintos interesses e fins, até opostos, mas que se ajustam reciprocamente para a produção de um resultado unitário. A uma *proposta* ou *oferta* corresponde uma *aceitação*. Está-se diante de declarações de vontade convergentes. Em regra, essas várias manifestações de vontade reduzem-se a dois lados ou partes, pelo que se alude comumente a contratos ou negócios jurídicos bilaterais. Todavia, algumas vezes, podem configurar-se como *plurilaterais*, de que se encontra exemplo no contrato de sociedade¹⁷².

Roppo ensina a seguinte definição de contrato:

¹⁶⁸ BETTI, Emilio. *Teoría general del negocio jurídico*. 2. ed. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1959. p. 51-52.

¹⁶⁹ ROPPO, Enzo. *O contrato*. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988. p. 49.

¹⁷⁰ ROPPO, Enzo. *O contrato*. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988. p. 49.

¹⁷¹ SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de direito civil: fontes acontratuais das obrigações: responsabilidade civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1962. v. 5, p. 134.

¹⁷² ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. *Noções fundamentais de direito civil*. 4. ed., rev. e atual. com a colaboração de Henrique Sousa Antunes. Coimbra: Almedina, 2001. p. 42.

O contrato é, por regra, um ato, um negócio, *bilateral*. Isto é, para que exista um contrato é necessário, por regra, que existam pelo menos duas partes, e que cada uma delas exprima a sua vontade de sujeitar-se àquele determinado regulamento das recíprocas relações patrimoniais, que resulta do conjunto das cláusulas contratuais. É necessário, em concreto, que uma parte proponha aquele determinado regulamento, e que a outra parte o aceite. O contrato forma-se precisamente quando essa *proposta* e essa *aceitação* se encontram, dando lugar àquilo que se chama o *consenso* contratual. Só nesta condição o regulamento se torna vinculativo para as partes e cria direitos e obrigações: vendedor e comprador devem ambos declarar querer vender, e respectivamente comprar, tal coisa por tal preço; de contrário, não se forma nenhum contrato de compra e venda, ninguém adquire a propriedade da coisa, ninguém se torna credor do preço¹⁷³.

O Código Civil brasileiro de 2002 reconhece expressamente como fonte de obrigações os contratos, no art. 427¹⁷⁴. Um dos elementos essenciais à formação dos contratos é a manifestação de vontade, também chamada de consentimento¹⁷⁵. Theodoro Júnior afirma que “o contrato se fez presente como projeção natural da vontade e do consenso”¹⁷⁶. Independentemente do conceito que se dê a contrato, alguns princípios são universalmente reconhecidos como fundamentais para a disciplina contratual, como o princípio da autonomia da vontade¹⁷⁷.

Lisboa afirma que os princípios gerais contratuais existem para garantir a liberdade, a segurança, a estabilidade das relações jurídicas e a justiça¹⁷⁸. Esses princípios sofreram uma profunda transformação em face da evolução socioeconômica pela qual passou a sociedade, principalmente, a partir da segunda metade do Século XX, com o intuito de preservar essa razão de ser dos princípios e adequá-los à nova realidade.

¹⁷³ ROPPO, Enzo. *O contrato*. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988. p. 73.

¹⁷⁴ Veja os comentários ao art. 427 do Código Civil de 2002 em ASSIS, Araken de. *Dos contratos em geral*. In: ALVIM, Arruda; ALVIM, Thereza (Coord.). *Comentários ao Código Civil Brasileiro: do direito das obrigações: arts. 421 a 578*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. 5, p. 155-172.

¹⁷⁵ AMADEO, Nelson Fatte Real. Força obrigatória das tratativas na formação dos contratos. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 140, abr. 1953.

¹⁷⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Contratos. Princípios gerais. Tendências do direito contratual contemporâneo. Abrandamento dos princípios tradicionais. Intervenção estatal crescente. Impacto do Código de Defesa do Consumidor. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 88, n. 765, p. 12, jul. 1999.

¹⁷⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Contratos. Princípios gerais. Tendências do direito contratual contemporâneo. Abrandamento dos princípios tradicionais. Intervenção estatal crescente. Impacto do Código de Defesa do Consumidor. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 88, n. 765, p. 13 e 15, jul. 1999.

¹⁷⁸ LISBOA, Roberto Senise. Princípios gerais dos contratos. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 89, n. 745, p. 30, nov. 1997.

A oferta e a aceitação são os mecanismos mais usuais para a formação do contrato e estão reguladas no Código Civil, no art. 427 e seguintes, e no art. 30¹⁷⁹ e seguintes do Código de Defesa do Consumidor, na hipótese de relações de consumo.

No Século XX, enquanto se dava importância exacerbada à vontade declarada, “a tendência atual é a de examinar a ‘qualidade’ da vontade manifestada pelo contratante mais fraco e não a sua simples manifestação”¹⁸⁰, como afirma Marques. Assim, somente a vontade racional, realmente livre, autônoma e informada, legítima, tem o poder de determinar a formação e, conseqüentemente, os efeitos dos contratos, inclusive os de consumo¹⁸¹.

Atualmente, na celebração dos contratos de consumo, examina-se a conduta negocial do fornecedor, valorando-a e controlando-a, pois depende dessa conduta a formação do vínculo e a determinação das obrigações a que o consumidor se vincula. Esse controle da liberdade do mais forte será exercido sempre com base nos princípios maiores da boa-fé e da proteção da confiança na sociedade de consumo¹⁸².

Gomes assim define a teoria da confiança:

¹⁷⁹ O art. 30 do Código de Defesa do Consumidor estipulou o princípio da vinculação contratual do fornecedor ao consumidor, por meio da publicidade. Isto é, a publicidade suficientemente precisa é a que possui referência objetiva necessária, que possa ser averiguada pelo consumidor. AMARAL JÚNIOR, Alberto do. *Proteção do consumidor no contrato de compra e venda*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 239.

Veja, também, PASQUALOTTO, Adalberto de Souza. *Os efeitos obrigacionais da publicidade no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 100 et seq.

Para uma análise do art. 30 do CDC, bem como da oferta no Código de Defesa do Consumidor em comparação com o Código Civil, veja PASQUAL, Cristina Stringari. *Estrutura e vinculação da oferta no Código de Defesa do Consumidor*. 150 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2003.

¹⁸⁰ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor. o novo regime das relações contratuais*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 712.

¹⁸¹ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor. o novo regime das relações contratuais*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 712.

¹⁸² MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor. o novo regime das relações contratuais*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 713.

Para a abordagem mais aprofundada do paradigma da proteção da confiança nos contratos eletrônicos, veja obra pioneira e excelente de MARQUES, Cláudia Lima. *Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor: um estudo de negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 31 et seq.

Coelho acredita que a “Confiança é a chave para o desenvolvimento do comércio eletrônico” e que, para o comércio eletrônico se afirmar como alternativa de consumo, deve inspirar credibilidade. COELHO, Fábio Ulhoa. *Direitos do consumidor no comércio eletrônico*. *Revista do Advogado*, São Paulo, v. 26, n. 89, p. 32, dez. 2006.

Constitui a *teoria da confiança* abrandamento da *Erklärungstheorie*, que concede prelázia da declaração sobre a vontade sob o fundamento de que o direito deve visar antes à certeza do que à verdade. Também denominada teoria do crédito social, empresta valor à aparência da vontade, se não é destruída por circunstâncias que indiquem má-fé em quem acreditou ser verdadeira. Havendo divergência entre a vontade interna e a declaração, os contraentes de boa-fé, a respeito dos quais tal vontade foi imperfeitamente manifestada, têm direito a considerar firme a declaração que se podia admitir como vontade efetiva da outra parte, ainda quando esta houvesse errado de boa-fé ao declarar a própria vontade. Enquanto, pois, tem um dos contratantes razão para acreditar que a declaração corresponde à vontade do outro, há de se considerá-la perfeita, por ter suscitado a legítima confiança em sua veracidade. Protege-se, desse modo, oferecendo-se maior segurança ao comércio jurídico, ao destinatário da relação jurídica, mas sob outros fundamentos que não os da *Erklärungstheorie*. [...] a declaração de vontade é eficaz, ainda quando não corresponda à vontade interna do declarante, se o destinatário não souber, ou não puder saber, que não corresponda à vontade¹⁸³.

Portanto, pode-se afirmar que o princípio da autonomia da vontade continua em vigor, mesmo que se afirme que a teoria dos contratos está em “crise”¹⁸⁴. Essa “crise”, período de alteração da teoria contratual, limitou a manifestação da vontade do contratante mais fraco na formação do contrato e proporcionou a proteção da confiança despertada no consumidor.

É preciso diferenciar as “crises” do contrato. Enquanto uma crise foi a da modernidade¹⁸⁵, que relativizou o princípio *pacta sunt servanda* e trouxe inovações à

¹⁸³ GOMES, Orlando. *Transformações gerais do direito das obrigações*. 2. ed. aum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. p. 14.

Sobre a teoria da confiança, veja MOTA PINTO, Paulo Cardoso Correia da. *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*. Coimbra: Almedina, 1995. p. 25-30.

Veja, também, MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 1984. v. 2, p. 1234-1251.

¹⁸⁴ Benjamin sustenta a posição de que o contrato não está em crise; o que está em decadência é a teoria contratual clássica. Veja BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e. Apresentação. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto do. *Proteção do consumidor no contrato de compra e venda*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. XXII.

Ferreira de Almeida também se refere à “crise do contrato”, afirmando que surgiu da evolução e tendências do contrato como instituto jurídico, em FERREIRA DE ALMEIDA, Carlos. *Texto e enunciado na teoria do negócio jurídico*. Coimbra: Almedina, 1992. v. 1, p. 10-11.

Veja, também, AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica: perspectivas estrutural e funcional. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, p. 5-41, 1989. Estudos em homenagem ao Professor Doutor Ferrer-Correia.

Veja, ainda, MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. Crise e modificação da idéia de contrato no direito brasileiro. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, v. 19, n. 56, p. 59, nov. 1992.

Igualmente, veja LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. Tradução de Véra Maria Jacob de Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 540.

¹⁸⁵ Com relação à crise da modernidade, Jamin afirma que a conhecemos: “[...] c’est celle de la conception individualiste et libérale du contrat. On sait aujourd’hui que cette conception n’était pas

teoria contratual clássica – como o surgimento do direito do consumidor –, a “nova crise do contrato”¹⁸⁶ é fundada no princípio da confiança despertada entre as partes contratantes, no vínculo de colaboração celebrado entre elas.

No final da década de 1980 e início da década de 1990, muitos autores começaram a abordar a questão da “crise da modernidade” e seu reflexo no Direito, mais especificamente, o impacto sobre seus principais institutos, como a responsabilidade civil, a propriedade e o contrato. O assunto se mantém atual, haja vista as constantes modificações sociais que implicam uma ininterrupta adaptação da Ciência Jurídica¹⁸⁷. Lôbo expõe: “A crescente industrialização, o desenvolvimento técnico, a explosão demográfica, forjando uma sociedade de massas, levaram o contrato a um estado de *crise*. Crise, esclareça-se, que é menos do contrato e mais do esquema contratual tradicional”¹⁸⁸.

exactement celle des codificateurs, mais qu'elle a pris corps durant le XIXe siècle, sous la double influence d'un spiritualisme d'inspiration vaguement kantienne et d'une libéralisation progressive des échanges économiques, pour trouver finalement sa traduction juridique dans l'idée d'autonomie de la volonté, celle-ci n'eût-elle été vraiment théorisée que par ses détracteurs”. JAMIN, Christophe. Quelle nouvelle crise du contrat? Quelques mots en guise d'introduction. In: JAMIN, Christophe; MAZEAUD, Denis (Dir.). *La nouvelle crise du contrat*. Paris: Dalloz, 2003. p. 8. Ao longo da obra, o autor, em conjunto com outros, analisa a questão da “nova crise do contrato”, fundamentando-a na multiplicação das cláusulas gerais e suas consequências.

Alterini e López-Cabana, ao tratarem da autonomia da vontade no contrato moderno, definiram de uma forma simples e ao mesmo tempo bastante significativa o termo “crise”: “la expresión *crisis* quiere significar *cambio*”. Em seguida, os autores complementam, afirmando que o que às vezes se chama de “crise do contrato” é, em realidade, a “crise da autonomia da vontade”. ALTERINI, Atilio Aníbal; LÓPEZ CABANA, Roberto M. *La autonomía de la voluntad en el contrato moderno*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1989. p. 12 e p. 14.

¹⁸⁶ Inspirada na obra francesa de Christophe Jamin e Denis Mazeaud, mas defendendo outro fundamento para a “nova crise do contrato”, Marques coordenou a excelente obra brasileira, de que vale a leitura: MARQUES, Claudia Lima (Coord.). *A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual*. Prefácio Ruy Rosado de Aguiar Júnior. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

Veja, em especial, o artigo em que Marques defende a noção de que a “nova crise do contrato” é a crise de confiança típica da atual fase aprofundada da sociedade pós-moderna. MARQUES, Claudia Lima. A chamada nova crise do contrato e o modelo de direito privado brasileiro: crise de confiança ou de crescimento do contrato? In: _____ (Coord.). *A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual*. Prefácio Ruy Rosado de Aguiar Júnior. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 17-86.

Ainda, a mesma autora também afirma que o contrato passa por uma “nova crise” em outra sede: veja MARQUES, Claudia Lima. Proteção do consumidor no comércio eletrônico e a chamada nova crise do contrato: por um direito do consumidor aprofundado. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 15, n. 57, p. 9-59, jan./mar. 2006, que reproduz extratos e conclusões de duas obras da mesma autora, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, e *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.

¹⁸⁷ Veja LÔBO, Paulo Luiz Netto. *O contrato: exigências e concepções atuais*. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 6.

¹⁸⁸ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *O contrato: exigências e concepções atuais*. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 87.

Quando a existência do Código de Defesa do Consumidor ainda era uma novidade no sistema jurídico brasileiro, Amaral Júnior asseverou:

Antes de analisar a crise do paradigma do direito privado moderno, é necessário precisar, com um mínimo de rigor, o que queremos entender com o termo *crise*. A noção de crise não é nova, nem se constitui apanágio da época moderna. Contudo, é nas sociedades modernas, caracterizadas pelo processo de relativização das estruturas de poder e de *status*, onde o lugar do homem na hierarquia social não mais aparece como dado da natureza, que ela se apresenta em toda a sua intensidade, permeando o desenvolvimento das ciências sociais e do próprio direito. [...] podemos definir a crise do paradigma do direito privado moderno como incapacidade de resolver os novos problemas sociais dentro dos limites de possibilidades estruturais estabelecidas pelo sistema do direito privado, que se consolida com o movimento codificador de fins do século XVIII e início do século XIX. [...] a crise afeta os princípios básicos que permitem a organização de todo o direito privado [...]¹⁸⁹.

Santos assevera que “A crise é do dogma *pacta sunt servenda*, da autonomia da vontade tal como lavrada na época do liberalismo econômico”¹⁹⁰. O mesmo autor faz uma análise bastante interessante sobre a crise (ou o apogeu?) do contrato nos tempos atuais. Reflete que, se o contrato estivesse mesmo em crise, ele tenderia ao desaparecimento. Entretanto, vê-se, pelo contrário, a massificação dos contratos, por meio dos contratos de adesão, e sua multiplicação, através do surgimento de novos tipos e novas formas de contratar¹⁹¹.

Roppo não acredita na “morte do contrato”, nem no fato de o contrato estar em “crise”, também não aceita a idéia de estar havendo uma “fuga ao contrato”. O jurista italiano afirma que o contrato é instrumento de trocas econômicas e que a crescente “contratualização” das operações econômicas é uma situação irreversível. “O contrato não está ‘morto’, mas está simplesmente ‘diferente’ de como era no passado [...] parece legítimo falar de uma passagem a um novo modelo de contrato, adequado às exigências dos novos tempos”¹⁹².

¹⁸⁹ AMARAL JÚNIOR, Alberto do. *Proteção do consumidor no contrato de compra e venda*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 62-63.

¹⁹⁰ SANTOS, Antonio Jeová. *Função social, lesão e onerosidade excessiva nos contratos*. São Paulo: Método, 2002. p. 24.

¹⁹¹ Veja SANTOS, Antonio Jeová. *Função social, lesão e onerosidade excessiva nos contratos*. São Paulo: Método, 2002. p. 52-58.

¹⁹² ROPPO, Enzo. *O contrato*. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988. p.21 e p. 347.

Na evolução da teoria geral dos contratos, como afirma Roppo, existe uma “tendência para a progressiva redução do papel e da importância da vontade dos contraentes”¹⁹³, a que chamou de objetivação do contrato¹⁹⁴. Esse fenômeno pode muito bem ser observado na disciplina jurídica brasileira, ao compararmos, de início, o Código Civil de 1916 e o Código de Defesa do Consumidor (CDC).

Esse processo de objetivação do negócio jurídico e do contrato – o contrato visto como instrumento de circulação de riquezas – realça a redução do elemento subjetivo da vontade e a importância do elemento objetivo da declaração¹⁹⁵.

Marques assegura que “o valor decisivo do contrato está em ser o instrumento jurídico que possibilita e regulamenta o movimento de riquezas dentro da sociedade”¹⁹⁶, uma vez que “remedeia a desconfiança básica entre homens e funciona como instrumento, antes individual, hoje social, de alocação de riscos para a segurança dos envolvidos e a viabilização dos objetivos almejados pelas partes”¹⁹⁷. O contrato “é o negócio jurídico por excelência”, no qual o “consenso de vontades dirige-se para um determinado fim”¹⁹⁸.

A concepção de contrato vem sofrendo uma evolução sensível desde a industrialização e o surgimento da sociedade de consumo, massificada, na qual os meios de comunicação exercem influência decisiva nas relações entre os indivíduos.

O elaborador do Código Civil de 1916 foi influenciado pela concepção clássica de contrato, que está ligada ao princípio da autonomia da vontade e ao seu reflexo mais importante, que é o dogma da liberdade contratual¹⁹⁹, numa visão individualista e liberal. A vontade dos contratantes, declarada ou interna, é o elemento principal do

¹⁹³ ROPPO, Enzo. *O contrato*. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988. p. 297.

¹⁹⁴ A objetivação do contrato ocorre por causa da “tendência para a progressiva redução do papel e da importância da vontade dos contraentes, entendida como momento psicológico da iniciativa contratual”. ROPPO, Enzo. *O contrato*. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988. p. 297 e p. 69.

¹⁹⁵ ROPPO, Enzo. *O contrato*. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988. p. 301.

¹⁹⁶ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 50.

¹⁹⁷ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 50.

¹⁹⁸ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 50.

¹⁹⁹ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 54.

contrato, representando não só a origem, mas também a legitimação do contrato e de seu poder vinculante obrigatório²⁰⁰.

Segundo o princípio da autonomia da vontade, a obrigação contratual tem por fonte a vontade das partes²⁰¹, que origina a força obrigatória dos contratos, deixando à lei o papel secundário, residual e supletivo de colocar à disposição das partes contratantes instrumentos que assegurem o cumprimento dos contratos.

A teoria contratual clássica considera que o princípio da força obrigatória dos contratos advém da idéia de que a vontade é o elemento essencial da relação contratual. A vontade das partes, uma vez manifestada, liga os sujeitos da relação por um contrato. Esses sujeitos, iguais entre si, têm direitos e obrigações e não poderão se desvincular, a não ser através de outro acordo de vontade ou pelas figuras da força maior e do caso fortuito²⁰², segundo a máxima *pacta sunt servanda*.

Sabe-se, porém, que, atualmente, conforme reflete Menezes Leitão, “essa igualdade jurídica (dos sujeitos) não tem correspondência no plano econômico, dado que em certos contratos uma das partes tem maior força econômica e maior domínio de informação do que a outra parte”²⁰³. Isso é o que ocorre entre consumidor e fornecedor no mercado de consumo, ao celebrarem contratos que, na sua maioria, são contratos de adesão. Nesse caso, a parte mais fraca vê-se constringida, por fraqueza negocial ou carência de informação, a aceitar celebrar negócios em condições que normalmente não seriam aceitas, se tivesse outra possibilidade de satisfação das suas necessidades econômicas. Daí que o ordenamento jurídico tenha que abandonar o paradigma da tutela absoluta da autonomia da vontade para estabelecer, em determinados casos, a proteção da parte mais fraca, do contratante débil²⁰⁴, o que implica aceitar restrições pontuais à liberdade de contratar.

²⁰⁰ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 54.

²⁰¹ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 60.

²⁰² MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 62.

²⁰³ MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles de. *Direito das obrigações: introdução*. Da constituição das obrigações. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2005. v. 1, p. 25.

²⁰⁴ Expressão utilizada por MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles de. *Direito das obrigações: introdução*. Da constituição das obrigações. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2005. v. 1, p. 26.

Veja POLO, Eduardo. *Protección del contratante débil y condiciones generales de los contratos*. Madrid: Civitas, 1990. p. 35.

Veja HIRUELA, María del Pilar; OSSOLA, Federico Alejandro. El contratante débil: determinación de la categoría jurídica. *Anuario de Derecho Civil de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Católica*, Córdoba, n. 5, p. 147-154, 2000.

Por isso, na sociedade de consumo, não é mais o modelo tradicional de contrato²⁰⁵ – centrado no liberalismo e na igualdade entre as partes – o mais utilizado. Nessa esfera, fornecedores e consumidores comumente utilizam o contrato de adesão, cujo texto depende de aprovação prévia da autoridade competente, ou é estabelecido unilateralmente pelo fornecedor de produtos e serviços, para se relacionar²⁰⁶.

Marques define contrato de adesão:

[...] aquele cujas cláusulas são preestabelecidas unilateralmente pelo parceiro contratual economicamente mais forte (fornecedor), *ne varietur*, isto é, sem que o outro parceiro (consumidor) possa discutir ou modificar substancialmente o conteúdo do contrato escrito²⁰⁷.

Para os italianos, o consumidor é o “contraente debole”. Bianca assevera que a inserção da disciplina dos contratos de consumo na parte geral dos contratos, no Código Civil italiano, confirma que mudou o velho quadro normativo fundado no axioma da intangibilidade do ato de autonomia privada. Nas palavras do autor italiano, “Il controllo sostanziale del contratto è cioè in funzione della tutela di un contraente istituzionalmente debole e il nuovo principio del diritto dei contratti sancisce il dovere della parte forte di non abusare del suo potere contrattuale per squilibrare a sua favore il regolamento del contratto”. BIANCA, Massimo Cesare. *Diritto civile: il contratto*. 2. ed. Milano: A. Giuffrè, 2000. v. 3, p. 394.

Veja, também, ao se referir a consumidor como “contratante débil” ao longo de seu livro, ROPPO, Enzo. *O contrato*. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988.

Os franceses referem-se ao consumidor como “la partie la plus faible”. Veja CALAIS-AULOY, Jean; STEINMETZ, Frank. *Droit de la consommation*. 7. éd. Paris: Dalloz, 2006. p. 2.

No Brasil, veja LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Condições gerais dos contratos e cláusulas abusivas*. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 66.

²⁰⁵ Menezes Leitão define a concepção tradicional de contrato: “[...] um contrato é composto por duas declarações negociais, a proposta e a aceitação, que têm que ser necessariamente coincidentes entre si por forma a gerar o mútuo consenso. MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles de. *Direito das obrigações: introdução. Da constituição das obrigações*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2005. v. 1, p. 474. Bianca afirma que “Il contratto è l'accordo di due o più parti per costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale. [...] Il contratto nella più ampia categoria dell'atto di autonomia privata o negozio giuridico, cioè dell'atto mediante il quale il soggetto dispone della propria sfera giuridica”. BIANCA, Massimo Cesare. *Diritto civile: il contratto*. 2. ed. Milano: A. Giuffrè, 2000. v. 3, p. 1-2.

Roppo considera contrato “a veste jurídico-formal de operações econômicas. [...] uma iniciativa que não se configure como operação econômica não pode constituir matéria de um contrato, [...] portanto, o contrato opera exclusivamente na esfera do econômico”. ROPPO, Enzo. *O contrato*. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988. p. 11.

²⁰⁶ WALD, Arnoldo. A evolução do contrato no terceiro milênio e o novo Código Civil. In: ALVIM NETO, José Manuel de Arruda; CÉSAR, Joaquim Portes Cerqueira; ROSAS, Roberto (Coord.). *Aspectos controvertidos do novo Código Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 68.

É o que dispõe o art. 54 do CDC.

²⁰⁷ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor. o novo regime das relações contratuais*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 71.

Amaral Júnior afirma que o contrato de adesão não é um tipo contratual, mas “um modo de formação dos contratos, em que são utilizados modelos e formulários uniformes”²⁰⁸.

Schmitt assim define contrato de adesão:

O contrato de adesão [...] possui como característica essencial a ausência de discussão preliminar sobre o conteúdo negocial e, por conseqüência, a imposição unilateral desse conteúdo previamente elaborado por uma das partes, configurando-se, por esse motivo, em uma técnica de conclusão de negócios e de disciplina das relações contratuais²⁰⁹.

Criticando o contrato de adesão, Roppo afirma que:

[...] a liberdade contratual de uma das partes expande-se e potencializa-se, por assim dizer, à custa da liberdade contratual da outra: e a substancial compreensão da liberdade contratual desta última tem a sua causa direta no mais completo e não contrariado exercício da liberdade contratual que a contraparte, graças à sua posição economicamente dominante, tem o poder de desenvolver²¹⁰.

O Código de Defesa do Consumidor define “contrato de adesão” no *caput* de seu art. 54: “[...] é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo”²¹¹.

Almeida Costa afirma que o contrato de adesão caracteriza-se pelo fato de ser organizado de antemão e unilateralmente por uma das partes, “que oferece ao público um modelo negocial uniforme e padronizado, de sorte que as pessoas que

²⁰⁸ AMARAL JÚNIOR, Alberto do. *Proteção do consumidor no contrato de compra e venda*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 116.

²⁰⁹ SCHMITT, Cristiano Heineck. *Cláusulas abusivas nas relações de consumo*. Prefácio Claudia Lima Marques. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 70-71.

²¹⁰ ROPPO, Enzo. *O contrato*. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988. p. 318.

²¹¹ Para os comentários ao art. 54 do CDC, veja NERY JUNIOR, Nelson. Da proteção contratual. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 9. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. p. 632-638.

Veja, também, NUNES, Luiz Antônio Rizzato. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 626-635.

Para uma análise da aplicação do art. 54 do CDC pelos tribunais, veja MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e; MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: artigo por artigo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 800-817.

com ela queiram contratar ficam confinadas a uma aceitação ou rejeição pura e simples e em bloco, sem qualquer possibilidade de debate”²¹². E acrescenta o autor: “O traço comum consiste na referida superação do processo contratual clássico, como consequência dos fornecimentos massificados ou em série de bens e serviços, que avultam em nossos dias”²¹³.

As normas contratuais dos contratos de adesão têm eficácia *erga omnes*²¹⁴. Ou seja, “um público, um sujeito plural indeterminado, cede, pressionado pela necessidade de valer-se do bem ou do serviço”²¹⁵. Embora haja apenas a aceitação passiva do consumidor ao conteúdo contratual imposto pelo fornecedor, é negócio jurídico bilateral, é contrato. O contrato de adesão por meio da Internet será analisado no ponto 3.1.

É conveniente reproduzir o afirmado por Lôbo, na oportunidade em que se manifestou sobre as modificações nas relações contratuais, porque pode ser utilizado para entender a formação do vínculo entre os contratantes pela Internet, sob o aspecto da aparente ausência de vontade e suas consequências:

Em lugar da *vontade*, tem surgido um elemento estranho à composição original: o interesse social. E assim o suporte fático do contrato se torna mais complexo, cheio de elementos necessários à sua completação. Às vezes, a vontade se vê substituída pela conduta do particular, sendo indiferente se é voluntária ou não. Os princípios fundamentais do contrato não conseguem ter mais uma aplicação generalizada. O Estado social desconsidera noções como *consentimento*, *intangibilidade do contrato*, *força obrigatória do contrato*. O esquema contratual clássico que se configura na *oferta* e na *aceitação* também não se aplica na maioria das novas categorias contratuais²¹⁶.

Noronha assim se manifestou a respeito da massificação da contratação, que podemos afirmar que também ocorre na Internet:

²¹² ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. *Noções fundamentais de direito civil*. 4. ed., rev. e atual. com a colaboração de Henrique Sousa Antunes. Coimbra: Almedina, 2001. p. 46.

²¹³ ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. *Noções fundamentais de direito civil*. 4. ed., rev. e atual. com a colaboração de Henrique Sousa Antunes. Coimbra: Almedina, 2001. p. 47.

²¹⁴ VILANOVA, Lourival. Prefácio. In: LÔBO, Paulo Luiz Netto. *O contrato: exigências e concepções atuais*. São Paulo: Saraiva, 1986. p. XII.

²¹⁵ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *O contrato: exigências e concepções atuais*. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 68.

²¹⁶ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *O contrato: exigências e concepções atuais*. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 88.

Especificamente no que diz respeito à massificação nos contratos, ela é consequência inexorável do próprio processo capitalista de progressiva concentração industrial e comercial, que não só reduziu o número de empresas existentes no mercado, como também exigiu que elas, por razões de racionalidade econômica, pela necessidade de reduzir custos, pelo imperativo de acelerar o ritmo dos negócios, simplificassem as suas transações, através da adoção de técnicas contratuais uniformes, com prefixação de cláusulas gerais²¹⁷.

Com efeito, o contrato de adesão é produto da cultura de massa e da sociedade de consumo, representando clara restrição à liberdade contratual. Por isso, é tão importante a valorização da declaração e a tutela da confiança despertada no consumidor, conforme observou Noronha:

[...] o interesse primacial da questão do *fundamento da vinculatividade do contrato* consiste em mostrar que este não obriga propriamente porque tenha sido “querido”, porque fundamentalmente se deva dar relevância à vontade livre das partes (liberdade contratual), mas basicamente porque é necessário, do ponto de vista social, tutelar a confiança dos agentes econômicos e, com essa finalidade, do ponto de vista jurídico, garantir *segurança* ao negócio celebrado. Como fato social, o negócio jurídico é instrumento fundamental na produção e distribuição de riqueza. Isto significa que o fundamento básico da vinculatividade não está na *autonomia da vontade*, mas no princípio de tutela da *boa-fé* [...]²¹⁸.

Roppo revela que o contrato de adesão, que denomina de “contratação standardizada”, é fenômeno de “despersonalização das relações contratuais e de automatismo na atividade destinada a constituí-las”²¹⁹. Continua o autor:

[...] (a contratação standardizada se dá) através do emprego de condições gerais, módulos e formulários, predispostos antecipadamente, por uma parte, para uma massa homogênea e indiferenciada de contrapartes (contratos de massa): aqui a aceitação – do consumidor, do utente, do inquilino, etc. – resume-se, no máximo, a um simples ato de *adesão* mecânica e passiva do esquema pré-formulado, muito longe do significado que, na época clássica do liberalismo contratual, se atribuía ao conceito de ‘declaração de vontade’: também aqui a declaração contratual se

²¹⁷ NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 71-72.

²¹⁸ NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 82.

²¹⁹ ROPPO, Enzo. *O contrato*. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988. p. 302.

Veja, também, MARQUES, Claudia Lima. *Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor*: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 64.

traduz num *comportamento socialmente tipicizado*. No fenômeno dos contratos standard, há, pois, um outro aspecto saliente, que consiste no abuso de poder econômico que a parte 'forte' (predisponente) exerce em prejuízo das partes 'débeis', a si contrapostas no mercado ('aderentes') [...]²²⁰.

Martins-Costa reflete sobre o direito dos contratos e a massificação social:

Numerosos estudos têm versado, já há longos anos, a questão da massificação social e os seus reflexos no campo do Direito: a explosão demográfica, a expansão da classe média e seu acesso aos bens de consumo – ao menos nos países desenvolvidos – questões ligadas às novas formas de vida urbana, ao estágio atual do capitalismo, às linhas de força da economia mundial, aos padrões culturais vigentes nas áreas urbanizadas são fatores que projetam eficácia em todas as províncias do Direito. Nenhum de seus campos, contudo, parece ter sido mais afetado pela 'standardização' social do que o Direito das Obrigações, em especial o Direito dos Contratos: aí, hoje, se verificam, por exemplo, inúmeras formas de vinculação negocial, onde sequer se cogita do papel da vontade a reclamar espaço e qualificação jurídica²²¹.

Expressando o mesmo pensamento, Lôbo assevera:

Na verdade, todas as operações jurídicas que surgiram e estão surgindo no Estado social atestam a superação da teoria tradicional do contrato como expressão da vontade ou da autonomia da vontade, e como ato de auto-regulação dos interesses de duas partes em pé de igualdade. A linha voluntarista da concepção do contrato se torna absolutamente inidônea. Fala-se já de relações contratuais de fato, doutrina criada por Haupt, ou de produção de regras objetivas ou de regras derivadas da confiança, mais que da vontade²²².

Conforme se depreende da leitura dos autores *supra* referidos, todos eles aproximam a declaração de vontade contratual na sociedade massificada de um interesse social²²³, de um comportamento socialmente tipicizado²²⁴, de uma relação

²²⁰ ROPPO, Enzo. *O contrato*. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988. p. 302-303.

²²¹ MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. Crise e modificação da idéia de contrato no direito brasileiro. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, v. 19, n. 56, p. 69, nov. 1992.

²²² LÔBO, Paulo Luiz Netto. *O contrato: exigências e concepções atuais*. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 38.

Assim, também, MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 1984. v. 1, p. 555.

²²³ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *O contrato: exigências e concepções atuais*. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 88.

²²⁴ ROPPO, Enzo. *O contrato*. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988. p. 302-303.

contratual de fato²²⁵. Isso ocorre porque a utilização desmesurada dos contratos de adesão não leva em consideração a vontade da parte que se vê constrangida a aceitar as cláusulas contratuais, para ver seus interesses econômicos atendidos. Porque a manifestação da vontade não é totalmente livre, valoriza-se a sua declaração, tutelando-se a confiança despertada. Isso é, apesar de a manifestação de vontade do consumidor não ser totalmente livre, valoriza-se a sua declaração, tutelando-se a confiança despertada no cumprimento do contrato de adesão de uma forma qualificada.

Menezes Cordeiro, ao mencionar a doutrina das “relações contratuais de fato”, desenvolvida por Haupt, afirma que foi Dölle que introduziu as idéias de confiança e da necessidade da sua proteção, do escopo do negócio e do respeito pelos patrimônios de cada um. Isso é, Dölle distingue deveres de proteção, assistência e manutenção, deveres de indicação, esclarecimento e comunicação e deveres de entrega patrimonial, derivados da relação de proximidade – que gera a confiança – entre pessoas que não estão vinculadas contratualmente, mas também não são estranhas entre si²²⁶.

O mesmo autor ensina que nas chamadas “relações contratuais de fato” está incluída a situação dos “contatos sociais típicos”, “próprios do tráfego nacional de massas, em que as pessoas se vão encontrar investidas em ocorrências contratuais, seja qual for a sua vontade, apenas por assumirem comportamentos tipificados que, no decurso social, a isso conduzem [...]”²²⁷.

²²⁵ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *O contrato: exigências e concepções atuais*. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 38.

²²⁶ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 1984. v. 1, p. 560 e p. 641-648.

Segundo Menezes Leitão, Haupt “defendeu que, embora o contrato seja o instrumento do tráfego jurídico mais importante, na moderna organização da vida social efetuam-se a todo o momento prestações em que não se escolhe um parceiro contratual ou que não podem ser imputadas ao conteúdo de um contrato celebrado pelas partes, por faltarem as necessárias proposta e aceitação. [...] Em consequência, o autor questiona a essencialidade do acordo contratual para a constituição de uma situação jurídica contratual, considerando que ela pode derivar de simples fenômenos de fato, constituindo o que denomina ‘relação contratual de fato’”. MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles de. *Direito das obrigações: introdução. Da constituição das obrigações*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2005. v. 1, p. 475-476.

Sobre as “relações contratuais de fato”, Menezes Cordeiro assevera: “Lançada por Günther Haupt, em 1941, esta orientação postula, no essencial, a possibilidade de constituição de relações jurídicas de tipo contratual, através de meros comportamentos materiais, independentemente de declarações negociais e sem correspondência nos deveres legais tradicionais”. MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 1984. p. 555.

²²⁷ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 1984. v. 1, p. 645.

Ferreira da Silva menciona que o contrato de adesão é fruto da “minoração” da vontade na sociedade de massas. Segundo o autor, o exemplo mais radical dessa minoração da vontade seria a “conduta social típica”, expressão cunhada por Larenz, ou “ato existencial”, para Couto e Silva. No caso, a vontade é desconsiderada, pois, mesmo que existente no momento da formação, o direito considera os resultados fáticos²²⁸.

Nas palavras de Larenz:

El moderno tráfico en masa trae consigo que en algunos casos, de acuerdo con la concepción del tráfico, se asuman deberes, nazcan obligaciones, sin que se emitan declaraciones de voluntad encaminadas a tal fin. En lugar de las declaraciones surge la oferta pública, y de hecho de una prestación y la aceptación de hecho de esta prestación por el que toma parte en le tráfico. Ambas, la oferta pública de hecho y la aceptación de hecho de la prestación, no suponen (a falta de la correspondiente conciencia de declaración) declaraciones de voluntad, pero sí implican una conducta que por su significado social típico tiene los mismos efectos jurídicos que la actuación jurídica negocial. Tal es, p. ej., el caso de la utilización del tranvía, del autobús, de una balsa o de un vehículo análogo del transporte público. [...] Trátase, por consiguiente, en estas “relaciones de obligación derivadas de conducta social típica” de relaciones jurídicas que intrínsecamente han de considerarse según el Derecho de obligaciones, a pesar de que su nacimiento no exige la existencia de un contrato²²⁹.

É importante ressaltar que a teoria clássica do contrato foi superada pela dogmática atual segundo a qual o contrato é vínculo de colaboração entre as partes²³⁰. Nas palavras de Borges, “Da explicação de contrato como acordo de

²²⁸ FERREIRA DA SILVA, Luís Renato. *Revisão dos contratos: do Código Civil ao Código do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 29-30.

Roppo assevera que as transformações que ocorreram na teoria contratual serviram para “garantir ao máximo a estabilidade e a continuidade das relações contratuais, e portanto, das relações econômicas, e, por esta via, de assegurar-lhes aquele dinamismo que é postulado pelos modos de funcionamento das modernas economias de massa. Para que um tal objetivo seja conseguido, o contrato não pode mais configurar-se como o reino da vontade individual, a expressão direta da personalidade do seu autor, exposto, por isso, a sofrer, de forma imediata, os reflexos de tudo quanto pertence à esfera daquela personalidade e daquela vontade; para servir o sistema da produção e da distribuição de massa, o contrato deve, antes, tornar-se, tanto quanto possível, autônomo da esfera psicológica e subjetiva em geral do seu autor, insensível ao que nesta se manifesta e sensível sobretudo ao que se manifesta no ambiente social, nas condições objetivas de mercado: o contrato deve transformar-se em instrumento objetivo e impessoal, para adequar-se à objetividade e impessoalidade do moderno sistema de relações econômicas. ROPPO, Enzo. *O contrato*. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988. p. 309.

²²⁹ LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Versión española y notas de Jaime Santos Briz. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958. t. 1, p. 58-60.

²³⁰ COUTO E SILVA, Clovis Verissimo do. *A obrigação como processo*. São Paulo: J. Bushatsky, 1976. p. 65.

vontades representantes de interesses opostos, passa-se à noção de contrato como vínculo de cooperação²³¹.

Isso é:

Deixando no passado a idéia de oposição, antagonismo e contrariedade entre as partes, chega-se à percepção da necessidade de atuação cooperativa entre os pólos da relação contratual, pois ambas têm interesses em jogo dependentes da atuação recíproca. A satisfação dos interesses de uma das partes depende de atuação da outra, como antes. Mas se alguém se propõe a, em contrapartida ao atendimento de seus interesses, praticar ação direcionada à satisfação dos interesses de outrem, aquele alguém deve atuar colaborando, cooperando para que o contrato atinja seus fins, que são de interesse de ambos²³².

É necessário mencionar a noção de “vínculo contratual” elaborada pelos juristas. Almeida Costa define “vínculo contratual” como a “relação jurídica validamente surgida de um contrato”²³³. O vínculo contratual se dá mediante “uma proposta de negócio, seguida de uma imediata aceitação, para que se tenha a sua formação”²³⁴. Em outras palavras, o vínculo contratual é o estabelecimento do liame entre credor e devedor²³⁵.

Pode-se perguntar, então, por que uma das partes precisa ser protegida, se o contrato é vínculo de colaboração? A resposta está em que, mesmo sendo vínculo de colaboração, nos contratos de consumo, as partes não são economicamente iguais; os consumidores não têm a mesmo nível de poder econômico, acesso à informação e grau de instrução dos fornecedores. Por isso, é preciso proteger o consumidor em sua vulnerabilidade frente ao fornecedor.

Roppo refere-se ao vínculo entre as partes como “jogo contratual”. ROPPO, Enzo. *O contrato*. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988.

Wald refere-se à existência de uma *affectio contractus*, que seria o vínculo de colaboração existente entre as partes contratuais, para vislumbrar no contrato um ponto de equilíbrio necessário, um instrumento de colaboração entre os contratantes, no interesse de ambos e da própria sociedade. “Em vez de adversários, os contratantes passaram a ser caracterizados como parceiros, que pretendem ter, um com o outro, uma relação equilibrada e igualitária, tendo em vista uma maior fraternidade e justiça”. WALD, Arnoldo. *O contrato: passado, presente e futuro*. *Cidadania e Justiça*, Brasília, v. 4, n. 8, p. 45, jan./jun. 2000.

Veja, também, WALD, Arnoldo. A evolução do contrato no terceiro milênio e o novo Código Civil. In: ALVIM NETO, José Manuel de Arruda; CÉSAR, Joaquim Portes Cerqueira; ROSAS, Roberto (Coord.). *Aspectos controvertidos do novo Código Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 62.

²³¹ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Reconstrução do conceito de contrato: do clássico ao atual. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio (Coord.). *Direito contratual: temas atuais*. São Paulo: Método, 2007. p. 27.

²³² BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Reconstrução do conceito de contrato: do clássico ao atual. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio (Coord.). *Direito contratual: temas atuais*. São Paulo: Método, 2007. p. 27-28.

²³³ ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. *Direito das obrigações*. 9. ed., rev. e aum. Coimbra: Almedina, 2006. p. 283.

²³⁴ DINIZ, Maria Helena. *Tratado teórico e práticos dos contratos*. São Paulo: Saraiva, 1993. v. 1, p. 66.

²³⁵ BDINE JÚNIOR, Hamid Charaf. *Cessão da posição contratual*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 4.

Serpa Lopes bem definiu a formação do vínculo contratual, ao ensinar que:

[...] o conceito de contrato envolve o da existência de um acordo de vontades. Tal acordo depende necessariamente de dois movimentos indispensáveis à viabilidade de sua conclusão, [...] 1º) a oferta, primeiro movimento, por assim dizer, a fecundação; 2º) a aceitação, segundo movimento de gestação, que, ao se reunir ao da oferta, produz o nascimento do contrato²³⁶.

E continua o autor:

A oferta e a aceitação, como se vê, nada obstante se apresentarem como dois fatores distintos, por emanarem de pessoas diversas, guardam, contudo, entre si vínculos de interdependência, precipuamente por terem o mesmo conteúdo e serem coexistentes [...]²³⁷.

O Código de Defesa do Consumidor dispõe, em seu art. 46, que os contratos de consumo “[...] não obrigarão os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo [...]”²³⁸. Isso é, no âmbito das relações de consumo, o “vínculo contratual” só é estabelecido se o consumidor tiver ciência prévia do conteúdo do contrato²³⁹.

Marques declara:

Assim, se o fornecedor descumprir este seu novo dever de ‘dar oportunidade’ ao consumidor de ‘tomar conhecimento’ do conteúdo do contrato, sua sanção será *ver desconsiderada* a manifestação de vontade do consumidor, a *aceitação*, mesmo que o contrato já esteja assinado e o consenso formado. Em outras palavras, o contrato não

²³⁶ SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de direito civil: fontes das obrigações: contratos*. 2. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1957. v. 3, p. 81.

²³⁷ SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de direito civil: fontes das obrigações: contratos*. 2. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1957. v. 3, p. 82.

²³⁸ Sobre os comentários ao art. 46 do CDC, veja NERY JUNIOR, Nelson. Da proteção contratual. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 9. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. p. 551-555.

Veja, também, NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 556-561.

Para completar a análise do art. 46 do CDC, sob o enfoque da jurisprudência, veja MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e; MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: artigo por artigo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 633-644.

²³⁹ RÉGO, Werson. *O Código de Proteção e Defesa do Consumidor, a nova concepção contratual e os negócios jurídicos e imobiliários: aspectos doutrinários e jurisprudenciais*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 39.

tem seu efeito mínimo, seu efeito principal e nuclear que é obrigar, vincular as partes²⁴⁰.

Na sociedade de consumo massificado, geralmente, o consumidor se vincula com o fornecedor por meio do contrato de adesão. Para melhor proteger o consumidor, é necessário analisar o contrato de adesão à luz do Código Civil de 2002 e do Código de Defesa do Consumidor, realizando o “diálogo das fontes”, conforme examinado no ponto 2.2 do trabalho.

O Código Civil Brasileiro trata da figura do contrato de adesão em dois de seus artigos, o art. 423²⁴¹ e o 424²⁴², inseridos na parte em que são estabelecidas as disposições gerais contratuais. Esses dois artigos do Código Civil de 2002 devem ser lidos em conjunto com o art. 46 – já mencionado –, o art. 47²⁴³ e o art. 51, inc. I²⁴⁴, do Código de Defesa do Consumidor, quando o contrato de adesão for celebrado entre um fornecedor e um consumidor²⁴⁵.

Avaliar a manifestação de vontade é analisar a vinculatividade dos contratos, o que significa tratar das questões intermináveis sobre as teorias da *vontade* e da

²⁴⁰ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 789.

²⁴¹ Para os comentários sobre o art. 423 do Código Civil de 2002, veja ASSIS, Araken de. Dos contratos em geral. In: ALVIM, Arruda; ALVIM, Thereza (Coord.). *Comentários ao Código Civil Brasileiro: do direito das obrigações: arts. 421 a 578*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. 5, p. 101-119.

²⁴² Para os comentários sobre o art. 424 do Código Civil de 2002, veja ASSIS, Araken de. Dos contratos em geral. In: ALVIM, Arruda; ALVIM, Thereza (Coord.). *Comentários ao Código Civil Brasileiro: do direito das obrigações: arts. 421 a 578*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. 5, p. 120-127.

²⁴³ Para os comentários ao art. 47 do Código de Defesa do Consumidor, veja NERY JUNIOR, Nelson. Da proteção contratual. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 9. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. p. 555-557.

Veja, também, NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 561-563.

Para a análise jurisprudencial da aplicação do art. 47 do CDC, veja MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e; MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: artigo por artigo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 645-662.

²⁴⁴ Para os comentários ao art. 51, I, do CDC, veja NERY JUNIOR, Nelson. Da proteção contratual. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 9. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. p. 567-622.

Veja, também, NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 576-604.

Para uma análise da aplicação do art. 51, I, do CDC pelos tribunais, veja MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e; MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: artigo por artigo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 691-700.

²⁴⁵ Para uma análise da limitação da autonomia privada no Código Civil de 2002, veja HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio. O princípio da autonomia privada e o direito contratual brasileiro. In: _____ (Coord.). *Direito contratual: temas atuais*. São Paulo: Método, 2007. p. 70.

declaração. Não cabe desenvolver aqui tais teorias e suas conseqüências, por não ser este o objeto do trabalho.

É importante mencionar, apenas, que a *teoria da vontade (Willenstheorie)*, que remonta a Savigny e tem em Windscheid um de seus expoentes, considera a essência do contrato (e do negócio jurídico) na vontade criadora das partes, sustentando que ele não deve produzir efeitos quando houver divergência entre a vontade interna e a declarada, nem quando a primeira houver sido viciosamente formada, ainda que por erro; é a vontade interna que confere efeitos ao ato. Isso é, a vontade humana é considerada como fator imprescindível na criação, na modificação e na extinção de direitos e obrigações. “Em outras palavras, [...] se valoriza, ao fazer-se a exegese, a vontade que as partes tinham ao elaborar o pacto”²⁴⁶; segundo essa teoria, o essencial é a vontade interna.

A *teoria da declaração (Erklärungstheorie)*, também concebida na Alemanha do Século XIX, determina que a essência do negócio jurídico está na declaração externada; não é a vontade interna que forma o elemento constitutivo do ato jurídico, mas a declaração expressa da vontade²⁴⁷. De acordo com esse pensamento, há predominância da declaração sobre a vontade, e os casos em que o direito der relevância à vontade interna é que serão tidos como excepcionais, limitando a eficácia normal da declaração. Em outras palavras, não é a vontade interna que forma o elemento constitutivo do ato jurídico, mas a declaração dessa vontade.

Ambas as teorias possuem uma ligação estreita com o dogma da vontade, mas os defensores da teoria da declaração procuraram “bilateralizá-lo”²⁴⁸.

A conseqüência da teoria da vontade foi a formulação da *teoria da responsabilidade*; para ela, o negócio sem vontade interna será válido quando se possa atribuir culpa à parte pela declaração viciada. Amaral Neto afirma que

²⁴⁶ Para uma análise mais aprofundada, veja FERREIRA DA SILVA, Luís Renato. *Revisão dos contratos: do Código Civil ao Código do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 15.

Veja, também, SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de direito civil: fontes acontratuais das obrigações: responsabilidade civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1962. v. 5, p. 128.

²⁴⁷ FERREIRA DA SILVA, Luís Renato. *Revisão dos contratos: do Código Civil ao Código do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 16.

Veja, também, SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de direito civil: fontes acontratuais das obrigações: responsabilidade civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1962. v. 5, p. 128.

²⁴⁸ FERREIRA DA SILVA, Luís Renato. *Revisão dos contratos: do Código Civil ao Código do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 16.

Veja, também, AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 14-15.

“havendo divergência entre essa (a vontade) e a declaração, responde o declarante pelos danos que causar, se tiver culpa na divergência”²⁴⁹.

Da teoria da declaração e do princípio da boa-fé decorre a *teoria da confiança*; para ela, quando faltar a vontade interna, ou quando esta for diferente da vontade declarada, o negócio jurídico será, num primeiro momento, válido, de acordo com a declaração emitida. No entanto, será nulo quando o declaratário conheça – ou deva conhecer, caso aja com diligência – a verdadeira vontade do declarante. Ou seja, na tutela da confiança, a manifestação de vontade é mantida, em princípio, ainda quando viciada por erro.

Enquanto a teoria da vontade concentra-se no indivíduo que emite a sua vontade, a teoria da declaração e da confiança concentra-se no indivíduo que recebe a declaração da vontade. A teoria da confiança tem como fim proteger os efeitos do contrato e assegurar a proteção dos legítimos interesses e a segurança das relações²⁵⁰. O equilíbrio das relações contratuais atuais dá-se por meio da proteção da confiança e das legítimas expectativas nas relações de consumo²⁵¹, pois é a confiança o “paradigma-mãe” da boa-fé²⁵².

Gomes certifica:

[...] a teoria da validade ou da confiança, preocupada com a estabilidade das relações jurídicas, tira sua força de princípios opostos, ao valorizar a declaração de cada parte, dando-lhe o significado que a outra de boa-fé podia atribuir-lhe. Não obstante, o fundamento social que se lhe atribui não possui o sentido de uma imposição do interesse coletivo, muito embora contribua para dar maior segurança ao comércio jurídico. Pela *teoria da confiança*, não se tutelam interesses gerais contrapostos aos interesses individualísticos protegidos nos esquemas jusnaturalistas, senão o interesse individual de quem acredita numa declaração de vontade, tão individual quanto o do proponente que consente defeituosamente. É fora de dúvida, porém, que a proteção dispensada aos que contratam confiantes numa declaração de vontade aparentemente

²⁴⁹ AMARAL NETO, Francisco dos Santos. *Direito civil: introdução*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 383.

²⁵⁰ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 281.

²⁵¹ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 34.

²⁵² 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. 47.

consciente concorre para a estabilidade das relações jurídicas, que constitui, obviamente, interesse social²⁵³.

De acordo com Marques, “o paradigma da confiança é visual, da ‘declaração’ revalorizada, com o objetivo de redistribuir a Justiça para o caso”²⁵⁴ envolvendo consumidores na era da informação.

De acordo com Amaral Neto, “Para a teoria da confiança, modalidade mais próxima da declaração, esta prevalece sobre a efetiva vontade quando tenha suscitado legítima expectativa no destinatário, conforme as circunstâncias objetivas”²⁵⁵. E continua o autor: “Verificada a boa-fé do destinatário, a declaração é válida conforme a confiança que nele tenha despertado”²⁵⁶.

Ferreira da Silva assim expressou a necessidade de se impor limites à autonomia da vontade contratual na sociedade atual:

Entende-se que o essencial no contrato não é a manutenção absoluta da vontade inicial, mas a conformidade com a justiça comutativa, atendendo-se à satisfação das necessidades dos contratantes. Retoma-se a noção aristotélica entre justiça distributiva e comutativa. A comutatividade contratual importa em ver as partes em equilíbrio, tornando o pacto algo útil (inclusive no sentido econômico do utilitarismo), adotando este como norte objetivado pelo contrato. Por outro lado, a justiça, também no sentido comutativo, passa a ser o elemento protetor nas relações contratuais. Ela faz as vezes de elemento limitador dos excessos prejudiciais às partes e prejudicial da *otimização* do contrato, dando-lhe o sentido da utilidade²⁵⁷.

O contrato de adesão retrata a situação segundo a qual a vontade do aderente – que, no caso das relações de consumo, é o consumidor – não é verdadeiramente considerada, uma vez que ele não participa ativamente da estipulação das cláusulas contratuais. Por isso, pode-se dizer que na sociedade de

²⁵³ GOMES, Orlando. *Transformações gerais do direito das obrigações*. 2. ed. aum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. p. 15.

²⁵⁴ MARQUES, Claudia Lima. *Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor*. um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 49.

²⁵⁵ AMARAL NETO, Francisco dos Santos. *Direito civil*: introdução. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 383.

²⁵⁶ AMARAL NETO, Francisco dos Santos. *Direito civil*: introdução. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 383.

²⁵⁷ FERREIRA DA SILVA, Luís Renato. *Revisão dos contratos*: do Código Civil ao Código do Consumidor. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 38.

consumo há uma objetivação do contrato, imposta pela sociedade de massa, desenvolvida de forma mais estandardizada e impessoal.

Roppo assim se manifesta:

O contrato, portanto, transforma-se, para adequar-se ao tipo de mercado, ao tipo de organização econômica em cada época prevalente. Mas justamente, transformando-se e adequando-se do modo que se disse, o contrato pode continuar a desempenhar aquela que é – e continua a ser – a sua função fundamental no âmbito das economias capitalistas de mercado: isto é, a função de instrumento da liberdade de iniciativa econômica. Está agora claro que as transformações do instituto contratual, que designamos em termos de sua objetivação, não contrariam, mas antes secundam, o princípio da autonomia privada, desde que se queira ter deste princípio uma noção realista e correta: autonomia privada, portanto, não como sinônimo de “autonomia da vontade individual”, mas como forma jurídica de legitimação da liberdade econômica, da liberdade de prosseguir o lucro ou, então, de atuar segundo as conveniências de mercado – nos modos ou com as técnicas adequadas ao tipo de mercado historicamente determinado²⁵⁸.

Se a vontade do contratante for objetivada ao extremo, pode parecer que o contrato é celebrado sem a sua manifestação, e aí se considerar o fenômeno da conduta social típica. Os contratos celebrados pela Internet parecem ser conduta social típica, uma vez que as partes se relacionam sem se conhecer pessoalmente, sem se enxergar. Entretanto, conforme será exposto no ponto 3 do trabalho, na Internet são celebrados contratos, com manifestação de vontade, embora essa vontade seja manifestada por meio da adesão a um contrato pré-formulado. É preciso examinar como se dá essa manifestação de vontade.

Estabelecidos esses conceitos, faz-se necessário analisar como ocorre a vinculação entre fornecedor e consumidor no meio virtual, por meio dos contratos eletrônicos, bem como a aplicação do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil para a efetiva proteção dos consumidores que contratam pela Internet com seus fornecedores.

²⁵⁸ ROPPO, Enzo. *O contrato*. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988. p. 310-311.

3 A FORMAÇÃO DO VÍNCULO E A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR NO COMÉRCIO ELETRÔNICO

Atualmente, a Internet é um novo meio de celebrar contratos, o que torna necessária a análise da formação do vínculo através dela. À criação da Internet precederam outros meios de telecomunicação, como o rádio, o telefone e a televisão²⁵⁹. A comunicação já havia “encurtado” as distâncias entre as várias partes do mundo, mas a Internet veio revolucionar ainda mais o pensamento, por garantir o acesso ágil às informações, uma vez que não possui um centro único de emissão e recepção de dados. Os computadores interligados na rede se comunicam e trocam mensagens, arquivos de dados e imagens entre si, em tempo real, na vida presente²⁶⁰. Uma vez utilizada massivamente pelas empresas, a Internet possibilitou negociar sem fronteiras.

Lorenzetti afirma que a Internet apresenta quatro características: (1) é uma rede aberta, tendo em vista que qualquer um pode ter acesso a ela; (2) é interativa, uma vez que o usuário gera dados, navega e estabelece relações; (3) é internacional, já que permite superar as barreiras nacionais; e (4) há uma multiplicidade de operadores²⁶¹.

Do desenvolvimento da Internet surgiu a noção do tempo virtual, o tempo não-real, pela imediatidade e espontaneidade da transmissão das informações, da celebração de contratos, das relações jurídicas que podem ocorrer nesse meio. Lorenzetti reflete que “O tempo virtual, da mesma forma que o espaço, divorciou-se das categorias comunitárias e naturais que configuram o tempo real”²⁶².

Com relação ao tempo e o que ele representa atualmente, a Internet, da mesma forma com que facilita a comunicação, aumenta o número de informações

²⁵⁹ Wald anota um dado interessante: “Enquanto a utilização do rádio e, em seguida, da televisão, pela maioria da população, levou algumas décadas, o computador foi adotado em menos de vinte anos e a Internet conquistou o mundo num quinquênio”. WALD, Arnoldo. A evolução do contrato no terceiro milênio e o novo Código Civil. In: ALVIM NETO, José Manuel de Arruda; CÉSAR, Joaquim Portes Cerqueira; ROSAS, Roberto (Coord.). *Aspectos controvertidos do novo Código Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 62.

²⁶⁰ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Comércio eletrônico*. Tradução de Fabiano Menke. Notas de Claudia Lima Marques. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 33.

²⁶¹ LORENZETTI, Ricardo Luis. Informática, cyberlaw, e-commerce. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto (Coord.). *Direito & Internet: aspectos jurídicos relevantes*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 468.

²⁶² LORENZETTI, Ricardo Luis. *Comércio eletrônico*. Tradução de Fabiano Menke. Notas de Claudia Lima Marques. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 33.

disponíveis, trazendo ao consumidor a insegurança de não saber com quem contrata e não ter certeza da veracidade da informação prestada pelo fornecedor²⁶³.

A origem da Internet está relacionada ao desenvolvimento de uma nova forma de comunicação. A rede não foi criada como instrumento para a realização de trocas econômicas ou contratos de qualquer espécie. Ao contrário, até 1991, o comércio por meio da Internet era proibido pelo *National Science Foundation*²⁶⁴.

Nada obstante, o comércio é, hoje, a atividade mais atrativa e visada da Internet²⁶⁵. Canut, citando Teixeira Filho, menciona que o comércio eletrônico é considerado a mais forte onda de mudança na chamada “nova economia”, caracterizada como uma organização global de produção e consumo, baseada em tecnologia, comunicação e conhecimento²⁶⁶.

O comércio através da rede é realizado por meio da informática ou do teleprocessamento, e os contratos podem ser considerados entre presentes ou entre ausentes, conforme ocorram por transmissão instantânea (*on line*, em *chats* de fornecedores) ou diferida no tempo (*off line*, por *e-mail*)²⁶⁷. Interessa-nos mais a análise dos contratos à distância, devido à peculiaridade de acentuar a vulnerabilidade do consumidor²⁶⁸, porque a contratação à distância é aquela celebrada sem a presença física e simultânea das partes²⁶⁹.

²⁶³ Marques reflete que os contratos celebrados por computadores propiciam uma vulnerabilidade acentuada dos consumidores, ou uma “hipervulnerabilidade”, como afirma Benjamin. MARQUES, Cláudia Lima. Campo de aplicação do CDC. In: BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 75.

²⁶⁴ MULHOLLAND, Caitlin. *Internet e contratação: panorama das relações contratuais eletrônicas de consumo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 70-71.

²⁶⁵ CANUT, Letícia. *Proteção do consumidor no comércio eletrônico: uma questão de inteligência coletiva que ultrapassa o direito internacional*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 133.

²⁶⁶ CANUT, Letícia. *Proteção do consumidor no comércio eletrônico: uma questão de inteligência coletiva que ultrapassa o direito internacional*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 134.

²⁶⁷ JUNQUEIRA, Miriam. *Contratos eletrônicos*. Rio de Janeiro: Mauad, 1997. p. 23.

²⁶⁸ MARQUES, Cláudia Lima. Campo de aplicação do CDC. In: BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 75.

Coelho demonstra opinião diametralmente oposta: “A vulnerabilidade do consumidor, no comércio eletrônico, é a mesma a que se expõe no físico; e, em alguns casos, até menor”. O autor explica que através da Internet o consumidor pode calmamente visitar as páginas dos fornecedores para comparar preços, sem ser forçado a adquirir o produto. Ainda, menciona que, no comércio físico, a exposição do consumidor a constrangimento é visivelmente maior do que no eletrônico, porque o vendedor de uma loja esforçar-se-á para convencer o consumidor a fazer a compra e assim melhorar o resultado de vendas do vendedor. COELHO, Fábio Ulhoa. Direitos do consumidor no comércio eletrônico. *Revista do Advogado*, São Paulo, v. 26, n. 89, p. 33-34, dez. 2006.

²⁶⁹ A Diretiva 97/7/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 20.05.1997 relativa à proteção dos consumidores em matéria de contratos à distância determina, em seu art. 2º, alínea 4, “Técnica de comunicação à distância, qualquer meio que, sem a presença física e simultânea do fornecedor e do consumidor, possa ser utilizado tendo em vista a celebração do contrato entre as referidas partes”.

Para se falar em comércio eletrônico, é necessário, em um primeiro momento, defini-lo; Marques assim o conceitua:

É o comércio 'clássico' de atos negociais entre empresários e clientes para vender produtos e serviços, agora realizado através de contratações à distância, conduzidas por meios eletrônicos (*e-mail*, mensagens de texto, etc.), por Internet (*on-line*) ou por meios de 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 imagens²⁷⁰.

Lorenzetti também define comércio eletrônico, ou “relações jurídicas por meios eletrônicos”, como uma modalidade de compra e venda à distância, constituída pela aquisição de produtos/bens e/ou serviços através de equipamentos eletrônicos de transmissão de dados, por meio dos quais são transmitidas e recebidas as informações²⁷¹.

O autor denomina a Internet de “espaço comercial eletrônico”, caracterizado pela distância entre fornecedor e consumidor, a simultaneidade ou atemporalidade da oferta e da aceitação, assim como a desterritorialidade da contratação, realizada em “território” virtual, a imaterialidade da execução à distância e a objetividade ou “autonomia” das duas vontades exteriorizadas perante o meio eletrônico²⁷².

Marques leciona que o fenômeno da contratação por meio eletrônico é novo, por sua “fluidez, complexidade, distância, simultaneidade ou atemporalidade, desterritorialidade e objetividade ou autonomia”²⁷³.

Os contratos celebrados por meio da Internet são característicos da época que estamos vivenciando, que alguns afirmam ser um período de crise, de

Diretiva 97/7/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 20.05.1997 relativa à proteção dos consumidores em matéria de contratos à distância. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 25, p. 240, jan./mar. 1998.

²⁷⁰ MARQUES, Claudia Lima. *Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 35-36.

Veja, também, ROCHA, Roberto Silva da. Natureza jurídica dos contratos celebrados com *sites* de intermediação no comércio eletrônico. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 16, n. 61, p. 236, jan./mar. 2007.

²⁷¹ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Comércio eletrônico*. Tradução de Fabiano Menke. Notas de Claudia Lima Marques. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 76 e 91-93.

²⁷² LORENZETTI, Ricardo Luis. *Comércio eletrônico*. Tradução de Fabiano Menke. Notas de Claudia Lima Marques. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 163 e p. 325.

²⁷³ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 119.

desmaterialização, de abstração, de desumanização²⁷⁴, de objetivação²⁷⁵, de falta de confiança típica da sociedade pós-moderna²⁷⁶.

Marques, ao caracterizar os tempos pós-modernos, assevera que terminam “por decretar a insuficiência do modelo contratual tradicional do direito civil, que acabam por forçar a evolução dos conceitos do direito”²⁷⁷. Esse processo de transformação e renovação do contrato originou-se na flexibilização da interpretação do princípio da autonomia da vontade que, apesar de modificado, segue sendo regra de contratação²⁷⁸.

Já se afirmou que:

²⁷⁴ Alguns juristas italianos estão convencidos de que a contratação na sociedade de consumo – massificada por meio dos contratos de adesão, neles incluídos os contratos celebrados pela Internet – é “desumanizada” e “sem acordo”. Os autores observam que existe acordo de vontades, mas não contrato, uma vez que não haja um verdadeiro consenso, nem diálogo, já que esse acordo se caracteriza pela anulação da função da língua. Passa-se do diálogo ao silêncio. Em resumo, o ato de vontade é captado sem que haja verdadeiro consentimento. Essa despersonalização, esse silêncio ocorre, segundo eles, também no comércio eletrônico. Veja IRTI, Natalino. Scambi senza accordo. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, v. 52, n. 2, p. 347-364, giugno 1998.

Da mesma forma, veja OPPO, Giorgio. Disumanizzazione del Contratto? *Rivista di Diritto Civile*, Padova, v. 44, n. 5, p. 525-533, sett./ott. 1998.

Também, veja IRTI, Natalino. È vero, ma...: replica a Giorgio Oppo. *Rivista di Diritto Civile*, Padova, v. 45, n. 2, p. 273-278, mar./apr. 1999.

²⁷⁵ ROPPO, Enzo. *O contrato*. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988. p. 308 et seq.

²⁷⁶ MARQUES, Claudia Lima. A chamada nova crise do contrato e o modelo de direito privado brasileiro: crise de confiança ou de crescimento do contrato? In: _____ (Coord.). *A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual*. Prefácio Ruy Rosado de Aguiar Júnior. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 20.

²⁷⁷ MARQUES, Claudia Lima. Contratos bancários em tempos pós-modernos: primeiras reflexões. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 15, p. 35, 1998.

²⁷⁸ SANTOS, Antonio Jeová. *Função social, lesão e onerosidade excessiva nos contratos*. São Paulo: Método, 2002. p. 55.

O autor, ao analisar as alterações ocorridas na interpretação do princípio da autonomia da vontade e seus reflexos na teoria contratual, assim conclui: “[...] diante do inevitável progresso econômico, irmão gêmeo do desenvolvimento tecnológico, a autonomia da vontade, tal como concebida no liberalismo econômico, está em franca decadência. Não que isso seja negativo. Pelo contrário, a constatação de que os mais débeis não podem ser espremidos por quem detém o poder é fator de pacificação social. Se as partes não têm oportunidade de negociar o conteúdo do contrato, diante do fenômeno dos pactos de adesão, a autonomia da vontade sustentada pelo princípio da liberdade de contratar já não está incólume e necessita de adaptações que tanto o Código Civil como o Código de Defesa do Consumidor estão conseguindo sustentar”. SANTOS, Antonio Jeová. *Função social, lesão e onerosidade excessiva nos contratos*. São Paulo: Método, 2002. p. 57.

Este também é o pensamento de Alterini e López-Cabana. Veja ALTERINI, Atilio Aníbal; LÓPEZ CABANA, Roberto M. *La autonomía de la voluntad en el contrato moderno*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1989. p. 14.

Roppo afirma: “Os processos de objetivação do contrato determinam [...] uma erosão do papel da vontade, entendida em sentido psicológico, mas não atingiram o núcleo essencial das prerrogativas de autonomia privada, não implicaram, de per si, uma restrição da liberdade econômica dos operadores: limitam-se, antes, a adequar as suas formas de exercício, para torná-las mais funcionais às novas condições do mercado capitalista”. ROPPO, Enzo. *O contrato*. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988. p. 311.

O sistema de funcionamento da Internet propicia a consolidação da contratação em massa. A contratação por meio de redes interligadas de computadores é apenas mais uma das faces dessa realidade, dessa forma de celebrar contratos – estandardizada, anterior e unilateralmente elaborada – e veio a atender com eficiência à sede de padronização contratual, até por força de suas características de interação e aglutinação²⁷⁹.

A modificação profunda do estilo de vida das pessoas, inclusive na maneira de estabelecer vínculos contratuais, acarreta a evolução dos conceitos do direito²⁸⁰, com o objetivo de proteger o consumidor que celebra contratos eletrônicos, ou contratos nos quais a manifestação da vontade se dá por meios eletrônicos.

Conforme ensina Jayme, uma das características da pós-modernidade é a comunicação, definida por ele como sendo a “valorização extrema do tempo e do direito como instrumento de comunicação, de informação”²⁸¹. Uma das conseqüências mais visíveis da comunicação é a integração econômica que, ajudada pela utilização da Internet, possibilita que o consumidor atue em diferentes mercados. Por meio de seu computador, o indivíduo tem acesso a fornecedores localizados em qualquer lugar do mundo. Dessa atuação global surge a dúvida de como será protegido, resguardado em sua saúde, em sua segurança, em sua dignidade, o consumidor que se relaciona com seus fornecedores de produtos e serviços através da rede de computadores.

É importante ressaltar que, mesmo não havendo legislação específica para regulamentar a proteção do consumidor que contrata por meios eletrônicos, o

²⁷⁹ MOTTA, Fernando Previdi; GUELMANN, Karine Rose; CASTILHO, William Moreira. Reflexões sobre o direito do consumidor e a Internet. In: CAPIVERDE, Aldaci do Carmo; CONRADO, Marcelo (Org.). *Repensando o direito do consumidor: 15 anos do CDC: 1990-2005*. Curitiba: Ordem dos Advogados do Brasil, Seção do Paraná, 2005. p. 245.

²⁸⁰ A massificação dos contratos e negócios jurídicos num ambiente “virtual” acarreta a supressão da fase negociatória, “até porque é característica do contrato massificado a realização de oferta, em geral, por meio dos grandes canais de comunicação. Ou seja, a produção é dirigida ao consumo mediante instrumentos de intercâmbio que não têm mais origem em negociações entre as partes interessadas, mas são elaborados previamente pelo fornecedor, que busca impingir maior praticidade e vazão ao fornecimento oferecido na moderna sociedade de consumo”. MOTTA, Fernando Previdi; GUELMANN, Karine Rose; CASTILHO, William Moreira. Reflexões sobre o direito do consumidor e a Internet. In: CAPIVERDE, Aldaci do Carmo; CONRADO, Marcelo (Org.). *Repensando o direito do consumidor: 15 anos do CDC: 1990-2005*. Curitiba: Ordem dos Advogados do Brasil, Seção do Paraná, 2005. p. 249.

²⁸¹ JAYME, Erik. Identité culturelle et Intégration: le droit international privé postmoderne: cours général de droit international privé. In: *Recueil des cours: collected courses of The Hague Academy of International Law*: 1995. The Hague: Martinus Nijhoff, 1996. t. 251, p. 9-267.

Para uma detalhada explicação das quatro características da pós-modernidade, veja MARQUES, Claudia Lima. Contratos bancários em tempos pós-modernos: primeiras reflexões. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 15, p. 37-39, 1998.

consumidor está amparado pela legislação já existente, qual seja, a Constituição da República de 1988, o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002. Ademais, a fim de garantir a tutela da confiança depositada pelos consumidores na realização dos negócios celebrados por meio da Internet, deve-se lançar mão do princípio da boa-fé objetiva e dos deveres anexos de lealdade, informação, transparência, esclarecimento, veracidade, honestidade e probidade²⁸².

A partir do ponto 3.1, analisamos os contratos de consumo celebrados pela Internet, demonstramos a aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos contratos eletrônicos (3.2) e trazemos o exemplo da legislação comparada de proteção ao consumidor que contrata pela Internet (3.3).

3.1 O contrato eletrônico como contrato de consumo

No Século XIX, foi o telefone que “encurtou” a distância entre as pessoas; no Século XX e neste início de Século XXI, a Internet vem desempenhando o papel de “aproximadora”, uma vez que representa um novo meio de estabelecer vínculos entre consumidores e fornecedores.

Há dois meios de contratação que podem ser considerados antecedentes ao contrato celebrado pela Internet. São eles a venda a domicílio e a venda por correspondência. Sobre os contratos celebrados no domicílio dos consumidores, manifestou-se Amaral Júnior, afirmando ser um meio agressivo de venda:

Nos contratos celebrados fora do estabelecimento comercial, o consumidor quase sempre se encontra em posição particularmente desfavorável, não tendo possibilidade de conhecer antecipadamente o produto, de verificar a existência das qualidades prometidas, ou de compará-lo com os produtos similares oferecidos por outras empresas²⁸³.

E, sobre a venda por correspondência, o mesmo autor leciona:

²⁸² Sobre a tutela da confiança do consumidor que contrata pela Internet, veja MARQUES, Claudia Lima. *Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

Sobre a aplicação dos princípios de proteção do consumidor ao comércio eletrônico no direito brasileiro, veja SANTOLIM, Cesar Viterbo Matos. *A aplicação dos princípios de proteção do consumidor ao comércio eletrônico no direito brasileiro*. 2004. 123 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2004.

²⁸³ AMARAL JÚNIOR, Alberto do. *Proteção do consumidor no contrato de compra e venda*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 203.

Generalizada sobretudo graças ao desenvolvimento dos meios de comunicação, a venda por correspondência se converteu em importante método para a colocação do produto no mercado. A sua expansão trouxe grandes vantagens para os consumidores, possibilitando a aquisição de produtos sem qualquer deslocamento ao estabelecimento comercial do fornecedor²⁸⁴.

Também, de grande relevo para a problemática dos contratos celebrados pela Internet é a noção de contratos entre presentes e entre ausentes, e a sua respectiva distinção. Serpa Lopes ensina:

Diz-se *entre presentes* o contrato realizado mediante uma proposta seguida de uma aceitação, manifestadas ambas diretamente, entre as próprias partes contratantes ou seus representantes. [...] qualifica-se como *contrato entre presentes* o celebrado entre duas pessoas que, embora separadas por enorme distância, contudo podem se comunicar diretamente. Assim, um contrato feito por telefone entre Rio de Janeiro e Paris²⁸⁵.

E, para os contratos entre ausentes, menciona:

Denomina-se *entre ausentes* o contrato em que as partes contratantes não podem manifestar a sua oferta e conseqüente aceitação, senão *indiretamente, por meio de intermediário*, mensageiro, carta ou telegrama. Conseqüentemente, a palavra – *ausência* – é, neste caso, portadora de um significado diverso do comum, isto é, traz um sentido peculiar, em que de nenhum modo se toma em consideração a *distantia loci*. [...] qualifica-se como *entre ausentes* o contrato em que, posto formado entre partes residentes na mesma cidade ou até na mesma casa, contudo se tornou necessário, para a comunicação da oferta e da aceitação, o emprego

²⁸⁴ AMARAL JÚNIOR, Alberto do. *Proteção do consumidor no contrato de compra e venda*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 208-209.

É interessante reproduzir a conceituação dada pelo autor ao contrato por correspondência, pela semelhança que possui com o contrato celebrado pela Internet: [...] se forma pela oferta do vendedor, normalmente realizada mediante catálogos, prospectos ou anúncios que descrevem os artigos colocados à venda e indicam o seu preço. É comum o vendedor mencionar o prazo de duração da oferta, bastando que o consumidor a aceite para que o contrato seja concluído. Na prática comercial, a aceitação é conhecida sob a denominação de encomenda resultando de carta enviada ao fornecedor. Algumas empresas admitem que encomendas sejam feitas por telefone. O Código de Defesa do Consumidor determina que no caso da oferta ou venda por telefone ou reembolso postal devem constar o nome do fabricante e endereço na embalagem, publicidade e em todos os impressos utilizados na relação comercial". AMARAL JÚNIOR, Alberto do. *Proteção do consumidor no contrato de compra e venda*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 209.

²⁸⁵ SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de direito civil: fontes das obrigações: contratos*. 2. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1957. v. 3, p. 85.

de intermediários, como um mensageiro ou uma correspondência trocada²⁸⁶.

Marques afirma que a Internet, rede eletrônica de telecomunicação de massa, é um espaço novo de comércio com consumidores, chamado de comércio eletrônico. O comércio eletrônico se estabelece entre fornecedores e consumidores através de contratações à distância por meios eletrônicos (*e-mail, on line*), sem a presença física simultânea dos dois contratantes no mesmo local²⁸⁷.

Por conseguinte, devem ser adaptados esses conceitos para se compreender como se dá a vinculação entre consumidores e fornecedores pela Internet. Segundo Marques, a nova realidade contratual na sociedade de consumo é traduzida pela existência dos contratos de massa, os contratos de adesão, as condições gerais contratuais, os contratos cativos de longa duração e os contratos à distância no comércio eletrônico, todos eles elaborados unilateralmente pelos fornecedores de produtos e serviços²⁸⁸.

A sociedade de consumo massificada propicia a criação de novos canais de vínculos contratuais, que são fontes de obrigações. Há diferentes métodos para negociar em meio virtual e são inúmeras as pessoas envolvidas, entre consumidores e fornecedores.

A Internet serve para a necessidade de redução de custos e aceleração do ritmo dos negócios. Isso ocorre porque, por meio dela, o fornecedor pode ofertar

²⁸⁶ SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de direito civil: fontes das obrigações: contratos*. 2. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1957. v. 3, p. 85.

²⁸⁷ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 110.

²⁸⁸ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 64 et seq.

Na expressão "contrato de massa" está inserida a idéia de que a sociedade não seria mais de pessoas, mas de massas, conjuntos humanos, "nos quais o homem se integra como um ser autônomo e despersonalizado". MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. Crise e modificação da idéia de contrato no direito brasileiro. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, v. 19, n. 56, p. 69-70, nov. 1992, citando Díez-Picazo, Luis. *Derecho y masificación social*. Madrid: Civitas, 1987. p. 23.

Amaral Júnior acredita que o mercado moderno não existiria sem a utilização generalizada das práticas contratuais uniformes, entre elas os contratos de massa, que define como sendo a predeterminação unilateral mediante a elaboração de esquemas uniformes, "que deverão se repetir em todos os contratos celebrados pela empresa. Os contratos de massa suprimem as negociações prévias, cabendo ao aderente aceitar ou recusar em bloco o regulamento contratual que lhe é apresentado. O traço essencial que os singulariza não é tanto a diferença econômica entre as partes, mas o poder de estabelecer unilateralmente as cláusulas que farão parte do instrumento contratual". AMARAL JÚNIOR, Alberto do. *Proteção do consumidor no contrato de compra e venda*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 113 e p. 115.

Veja, também, HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio. O princípio da autonomia privada e o direito contratual brasileiro. In: _____ (Coord.). *Direito contratual: temas atuais*. São Paulo: Método, 2007. p. 43.

produtos e serviços em sua página eletrônica (*site*), possibilitando ao consumidor a aquisição mediante a aceitação da oferta, “a partir de um sinal transmitido por um teclado de computador ou qualquer outro periférico de entrada”, como o *mouse*²⁸⁹. Como o vínculo entre consumidor e fornecedor se dá silenciosamente²⁹⁰, parece um comportamento concludente. Nessa linha de raciocínio, Marques menciona que, no comércio eletrônico, os contratos são “cada vez mais uma conduta social típica (como subir em um ônibus) ou um simples *click*”²⁹¹.

Já se afirmou que a autonomia da vontade legitima o contrato e é fonte de obrigações²⁹². O contrato celebrado por meio da Internet é um exemplo de um novo modo de contratar, do qual se originam obrigações, que nascem no meio eletrônico e são transpostas para o meio convencional.

O contrato é a união de dois ou mais indivíduos para uma declaração de vontade em consenso, através da qual se define a relação jurídica entre eles²⁹³; o contrato eletrônico é a manifestação dessa vontade por meio eletrônico²⁹⁴.

Na Internet, “a exteriorização da vontade negocial se dá na forma de mensagens eletrônicas, isto é, a informação é gerada, enviada, recebida ou arquivada eletronicamente por meio ótico ou similar”²⁹⁵.

Wald assegura:

A utilização crescente dos contratos eletrônicos, nos quais se abandona o suporte de papel que, durante tantos anos, caracterizou a estrutura contratual, também modifica alguns dos aspectos da

²⁸⁹ MOTTA, Fernando Previdi; GUELMANN, Karine Rose; CASTILHO, William Moreira. Reflexões sobre o direito do consumidor e a Internet. In: CAPAVERDE, Aldaci do Carmo; CONRADO, Marcelo (Org.). *Repensando o direito do consumidor. 15 anos do CDC: 1990-2005*. Curitiba: Ordem dos Advogados do Brasil, Seção do Paraná, 2005. p. 246.

²⁹⁰ A manifestação de vontade é tácita, se dá de uma forma *silenciosa*. ROPPO, Enzo. *O contrato*. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988. p. 93-94.

Para um estudo aprofundado sobre a declaração tácita e o comportamento concludente no negócio jurídico, veja MOTA PINTO, Paulo Cardoso Correia da. *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*. Coimbra: Almedina, 1995. p. 7, et seq.

Veja, também, Betti, ao mencionar “declaração silenciosa de consentimento”. BETTI, Emilio. *Teoría general del negocio jurídico*. 2. ed. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1959. p. 112.

²⁹¹ MARQUES, Claudia Lima. Introdução ao direito do consumidor. In: BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 38.

²⁹² MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 61.

²⁹³ GOMES, Orlando. *Contratos*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977. p. 16.

²⁹⁴ GLANZ, Semy. Contratos eletrônicos. *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, São Paulo, v. 3, n. 7, p. 16, jan./mar. 2000.

²⁹⁵ ROCHA, Roberto Silva da. Natureza jurídica dos contratos celebrados com *sites* de intermediação no comércio eletrônico. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 16, n. 61, p. 236, jan./mar. 2007.

manifestação de vontade das partes, provocando novas regras de interpretação que decorrem das peculiaridades dos novos meios de transmissão²⁹⁶.

Os contratos eletrônicos são típicos da pós-modernidade²⁹⁷, celebrados, na maioria das vezes, na forma do contrato de adesão, cuja tônica é padronizada e realizada em série. Isso é, há uma predeterminação do conteúdo negocial por uma das partes, a unilateralidade na estipulação e bilateralidade somente no momento da constituição do vínculo, substituindo-se o consentimento, o acordo, a participação bilateral pela adesão indiscutida do aderente ao estipulado pela proponente.

A característica específica do contrato eletrônico é o meio eletrônico utilizado, que o torna substancialmente diferente de outros contratos, porque permite, por um lado, a interatividade e, por outro, algo semelhante às correspondências, pelo uso do *e-mail* na contratação à distância com intervalo temporal²⁹⁸. Outra distinção desse meio de contratação é o uso de imagens e de *clicks* e a conduta silenciosa²⁹⁹ dos consumidores.

Os contratos eletrônicos, pela peculiaridade do meio em que são formados, que impõe um distanciamento entre as partes contratantes, acentuam a vulnerabilidade do consumidor³⁰⁰, porque ele não “enxerga” o fornecedor. Esse distanciamento leva a pensar que os contratos celebrados por computador dispensam a manifestação de vontade ou, mesmo, que são celebrados “sem vontade”.

Seguindo esse raciocínio, pode-se pensar que na Internet, em vez de contrato de adesão, há “relação contratual de fato”³⁰¹, “conduta social típica”³⁰²,

²⁹⁶ WALD, Arnoldo. A evolução do contrato no terceiro milênio e o novo Código Civil. In: ALVIM NETO, José Manuel de Arruda; CÉSAR, Joaquim Portes Cerqueira; ROSAS, Roberto (Coord.). *Aspectos controvertidos do novo Código Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 74-75.

²⁹⁷ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 111.

²⁹⁸ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 113.

²⁹⁹ É importante ressaltar que aqui não está se falando de silêncio como manifestação de vontade e sim, de conduta em silêncio, conduta silenciosa. Veja ROPPO, Enzo. *O contrato*. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988. p. 93-95 e p. 302.

Veja, também, BETTI, Emilio. *Teoría general del negocio jurídico*. 2. ed. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1959. p. 112.

³⁰⁰ Marques refere que, nesse caso, ocorre a vulnerabilidade técnica, pela falta de especialização do consumidor em computadores e em Internet. MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 121.

³⁰¹ Roppo define “relações contratuais de fato” como “aquelas hipóteses em que uma relação socialmente relevante é, sem mais, elevada à dignidade de relação jurídica, que, por sua vez, é

“comportamento social típico”³⁰³, “contato social”³⁰⁴, “comportamento concludente”³⁰⁵, “conduta concludente”³⁰⁶, que são, nas palavras de Schmitt:

tratada pelo direito segundo a disciplina própria das relações contratuais (ainda que nelas seja duvidosa a existência de uma autêntica, e válida, declaração contratual)”. ROPPO, Enzo. *O contrato*. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988. p. 335.

Veja, também, PASQUALOTTO, Adalberto de Souza. Princípios básicos do direito contratual no novo Código Civil. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, parte 1, p. 223, fev./jun. 2002. Edição especial.

³⁰² LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Versión española y notas de Jaime Santos Briz. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958. t. 1, p. 58.

A conduta social típica também é chamada de ato existencial; refere-se a ato praticado na busca de satisfação das necessidades básicas do indivíduo, tais como a alimentação, o vestuário, a água e o transporte. COUTO E SILVA, Clovis Veríssimo do. *A obrigação como processo*. São Paulo: J. Bushatsky, 1976. p. 92.

Lôbo reproduz o pensamento de Larenz da seguinte maneira: “A desconsideração da vontade implica na impossibilidade de impugnação, pois o dever de remunerar é consequência da conduta do usuário e não da sua vontade. Assim, o usuário de um transporte público não pode negar-se a pagar o preço da passagem, alegando que se enganara. [...] Quem se comporta assim, de forma socialmente típica, diz Larenz, há de fazer-se imputar o significado genérico de sua conduta como *aceitação de contrato*, sem se considerar se dele tomou conhecimento ou se quis os efeitos jurídicos”. LÔBO, Paulo Luiz Netto. *O contrato: exigências e concepções atuais*. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 39.

Em 1986, o autor já refletia a respeito da aplicação do pensamento de Larenz sobre as condutas sociais típicas aos contratos celebrados por computador, mencionando Pontes de Miranda: “Podemos também lembrar a crescente utilização de tecnologia por computação, onde os contratos se realizam entre a massa de usuários ou consumidores e dados de programação, e bem assim do crescente uso de mecanização onde se inserem moedas ou fichas para obtenção do desejado. Apesar disso tudo, Pontes de Miranda, e, com ele, a grande maioria dos juristas, tenta salvar o consensualismo, concluindo que o fato de alguns contratos se perfazerem conforme fórmulas rígidas e tarifas não lhes retira a bilateralidade das manifestações de vontade, mesmo quando a lei estabelece a coerção ou constrição a contratar. O que se diminuiu, ou se reduziu a quase nada, afirma, foi o *laço consensualístico*. Mesmo com o risco do *nilismo dogmático*, preferimos pugnar pela reformulação da teoria do contrato, ou por uma teoria do contrato no Estado social, onde a vontade não mais exerceria um papel dominante ou de essencialidade, tentando-se dar uma resposta jurídica convincente ao que a realidade concreta e transformada impõe”. LÔBO, Paulo Luiz Netto. *O contrato: exigências e concepções atuais*. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 41.

³⁰³ Costa menciona que a nomenclatura de “relações contratuais de fato” não se mostra pacífica e que alguns autores entendem mais adequado o qualificativo “comportamentos sociais típicos”, “porque ele não induz à conclusão errônea de que se trata de processos extrajurídicos e, ao mesmo tempo, salienta o aspecto [...] de que a atribuição de relevância jurídica a tais situações resulta de uma valoração objetiva e não propriamente da vontade negocial dos participantes”. COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 9. ed., rev. e aum. Coimbra: Almedina, 2006. p. 201.

Veja, também, VIEIRA, Iacyr de Aguiar. A autonomia da vontade no Código Civil brasileiro e no Código de Defesa do Consumidor. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 90, n. 791, p. 46, set. 2001.

³⁰⁴ COUTO E SILVA, Clovis Veríssimo do. *A obrigação como processo*. São Paulo: J. Bushatsky, 1976. p. 88-89 e p. 92.

Para Vieira, o contato social justifica o nascimento de direitos e obrigações quando não existe contrato. VIEIRA, Iacyr de Aguiar. A autonomia da vontade no Código Civil brasileiro e no Código de Defesa do Consumidor. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 90, n. 791, p. 47, set. 2001.

Roppo define “contato social”: “Por contato social entende-se, aqui, o complexo de circunstâncias e de comportamentos – valorados de modo socialmente típico – através dos quais se realizam, de fato, operações econômicas e transferências de riqueza entre os sujeitos, embora faltando, aparentemente, uma formalização completa da troca num contrato, entendido como encontro entre uma declaração de vontade com valor de proposta e uma declaração de vontade conforme, como valor de aceitação: assim, por exemplo, é contato social a aquisição de bens e serviços de massa nas formas a que chamamos ‘automáticas’; [...]”. ROPPO, Enzo. *O contrato*. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988. p. 303-304.

³⁰⁵ Veja MARQUES, Claudia Lima. *Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor*. um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

[...] elementos que nos levam à busca do efetivo cumprimento da operação econômica, que é o contrato, e não mais na satisfação de formalidades preexistentes desde o período romano, que pouco contribuía para a eficácia econômica e social do contrato³⁰⁷.

Entretanto, pensa-se que, embora pareça um comportamento concludente, uma conduta social típica ou um contato social, é contrato, negócio jurídico bilateral, possui manifestação de vontade, embora essa manifestação de vontade seja objetivada e se dê por adesão.

A vulnerabilidade acentuada pelo meio é que desperta o interesse pelo estudo dessa forma de contratar na sociedade atual, porque os consumidores necessitam de proteção, e os aplicadores do direito devem conhecer e dominar as linhas básicas que regem essa relação de consumo. O consumidor que contrata por meios eletrônicos deve receber o mesmo nível de proteção que possui em seu país no comércio convencional³⁰⁸.

O primeiro elemento dos contratos celebrados na Internet é que o meio virtual permite a interatividade entre as partes, apesar da distância física que existe entre elas. Esse elemento exerce uma influência muito grande no conceito de tempo real, pois traz a idéia de tempo virtual, acelerado pelo desenvolvimento tecnológico³⁰⁹.

Roppo afirma que o comportamento concludente “são aquelas pequenas operações quotidianas, freqüentíssimas num sistema econômico caracterizado por consumos de massa, que a nossa velha doutrina civilista do início do século significativamente chamava de ‘contratos automáticos’. Nestes, [...] a vontade de aceitar não é expressa, mas resulta implicitamente e de forma, digamos, operativa, da atitude e da atividade do sujeito. [...] Um comportamento desse tipo, silencioso, mas de molde a denunciar de forma inequívoca, no quadro das circunstâncias existentes, a vontade de concluir o contrato, diz-se *comportamento concludente*”. Isso é, a manifestação de vontade para celebrar o contrato é tácita, se dá *silenciosamente*, por meio de um comportamento *silencioso*. ROPPO, Enzo. *O contrato*. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988. p. 93-95 e p. 302.

Sobre declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico, veja MOTA PINTO, Paulo Cardoso Correia da. *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*. Coimbra: Almedina, 1995. p. 7 et seq.

³⁰⁶ Betti ensina que “La conducta es calificada de *concluyente* en cuanto impone una conclusión, una *deducción* lógica que no está fundada sobre la conciencia del agente, sino sobre el espíritu de *coherencia* en el que según los puntos de vista comunes debe informarse todo comportamiento entre miembros sociales y sobre la autorresponsabilidad que es aneja, por una exigencia normativa, a la carga de conocimiento”. BETTI, Emilio. *Teoría general del negocio jurídico*. 2. ed. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1959. p. 109-110.

³⁰⁷ SCHMITT, Cristiano Heineck. *Cláusulas abusivas nas relações de consumo*. Prefácio Claudia Lima Marques. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 68.

³⁰⁸ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Comércio eletrônico*. Tradução de Fabiano Menke. Notas de Claudia Lima Marques. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 372.

³⁰⁹ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Comércio eletrônico*. Tradução de Fabiano Menke. Notas de Claudia Lima Marques. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 32-33.

Os contratos eletrônicos influenciam não apenas o conceito de tempo, mas também o conceito de território e o conceito de local de celebração do contrato, uma vez que a oferta na Internet é “global”, está na rede, não possui uma limitação territorial ou nacional.

Ademais, os contratos no meio eletrônico são aqueles em que o fornecedor não mais aparece fisicamente ou territorialmente, pois a relação se dá diretamente com o computador³¹⁰. Outro modo de expressar esse novo meio de celebrar contratos é afirmar que são contratos em “silêncio”, “sem diálogo”, porque são conduzidos mais pela imagem, pela conduta de clicar o botão do *mouse*, do que pela linguagem³¹¹.

Nas palavras de Marques:

Assim, entrando no mundo virtual dos *sites* (imagens), o caminho é repleto de imagens (e linguagens), e um simples tocar no teclado significa aceitação; um simples continuar um caminho virtual de imagens, de sons e de mínimas palavras significa uma declaração de vontade tácita; um simples continuar no *site*, em silêncio, abrindo *wraps* sem protestar ou cortar a conexão, pode significar um determinado tipo de contratação ou declaração negativa ou positiva³¹².

Pelo motivo apontado por Marques, os contratos eletrônicos de consumo são, de regra, considerados contratos de adesão, pois “se constituem de um simples

³¹⁰ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. o novo regime das relações contratuais. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 111.

Veja, também, 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. 66.

³¹¹ 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. 66.

Veja, também, MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. o novo regime das relações contratuais. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 111.

Da mesma forma, veja IRTI, Natalino. *Scambi senza accordo*. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, v. 52, n. 2, p. 347-364, giugno 1998.

Ainda, veja OPPO, Giorgio. *Disumanizzazione del contratto?* *Rivista di Diritto Civile*, Padova, v. 44, n. 5, p. 525-533, sett./ott. 1998.

Por último, veja IRTI, Natalino. *È vero, ma...: replica a Giorgio Oppo*. *Rivista di Diritto Civile*, Padova, v. 45, n. 2, p. 273-278, mar./apr. 1999.

³¹² MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. o novo regime das relações contratuais. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 113.

Sobre o tema da declaração tácita de vontade, Mota Pinto é responsável pela obra mais completa, na qual analisa a questão de forma aprofundada. Veja MOTA PINTO, Paulo Cardoso Correia da. *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*. Coimbra: Almedina, 1995.

clicar de botão, uma adesão a um esquema contratual já predisposto e eletronicamente fornecido pelo fornecedor ao consumidor”³¹³.

O meio eletrônico é “apenas um veículo a mais para a contratação à distância entre o consumidor e o fornecedor, contratação que já conhecemos desde os catálogos e as vendas por reembolso postal”³¹⁴. O contrato eletrônico não caracteriza nova tipificação contratual, apenas uma nova forma de realização, de efetivação dos contratos, porque:

[...] os contratos de compra e venda, de prestação de serviços, de consultoria, enfim, os contratos de fornecimento de bens e de serviços de consumo permanecem com a sua substância ou conteúdo, tendo sido somente modificado o meio através do qual se concluem³¹⁵.

Por isso é que se pode afirmar que os contratos celebrados por meios eletrônicos têm como característica a despersonalização³¹⁶, fenômeno cada vez mais comum na atualidade, que consiste na impossibilidade de identificar, individualizar os contratantes. Essa despersonalização decorre da impessoalidade característica dos meios de contratação pós-modernos, como os contratos de adesão celebrados por meios eletrônicos³¹⁷. Sabe-se que de um lado está o fornecedor e de outro o consumidor, mas eles não têm nome, não se distinguem do

³¹³ MULHOLLAND, Caitlin. *Internet e contratação: panorama das relações contratuais eletrônicas de consumo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 67.

³¹⁴ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 111.

³¹⁵ MULHOLLAND, Caitlin. *Internet e contratação: panorama das relações contratuais eletrônicas de consumo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 67.

³¹⁶ 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. 63.

Manifestando-se a respeito da despersonalização dos contratos de massa, veja ROPPO, Enzo. *O contrato*. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988. p. 302.

Lôbo assim se manifestou: “Uma das características das relações jurídicas de massa é sua despersonalização. Há uma clara dificuldade de identificação dos sujeitos, que não se conhecem, o que leva a figuras de anonimato. As relações jurídicas tradicionais se concebiam como relações entre indivíduos concretos, no sentido de que se estabeleciam entre pessoas perfeitamente identificadas ou identificáveis. Por outro lado, relações massificadas ou anônimas que se realizam através de *tickets*, bilhetes, bônus, etc., tendem à automatização. A automatização não se enquadra no esquema tradicional do contrato, tendo levado alguns autores a referir-se às *relações contratuais de fato*”. LÔBO, Paulo Luiz Netto. *O contrato: exigências e concepções atuais*. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 21.

³¹⁷ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 118.

grupo de pessoas que formam a sociedade de consumo, a sociedade massificada, que se relaciona por meio de contratos de adesão³¹⁸.

Uma forma de suprir essa demasiada impessoalidade na contratação e a debilidade informativa é a proteção confiança que o consumidor tem na marca do fornecedor³¹⁹, que será consagrada não apenas pelo *marketing*, mas também pela boa prática comercial no mercado, o que vai tornar o fornecedor conhecido e confiável.

Com relação à definição de contrato eletrônico, Santolim adverte que é fundamentalmente importante definir o que se entende por “comércio eletrônico” e o alcance da expressão “contrato eletrônico”³²⁰. Segundo ele, há pelo menos três situações diferentes em que se pode utilizar a definição de “comércio eletrônico”: (1) englobando todas as relações jurídicas realizadas com os meios eletrônicos; (2) limitada às relações de conteúdo negocial (“tráfego econômico de bens e serviços” entre civis); e (3) reduzida às relações comerciais/empresariais e de consumo³²¹.

Dentro da categoria de contrato eletrônico de consumo, o mesmo autor classifica os contratos por computador em três categorias: (1) “o computador como simples meio de comunicação”, quando o computador é utilizado apenas para comunicar a vontade já aperfeiçoada, equiparando-se a outros meios de comunicação como telefone, telex ou “fax”; (2) “o computador como local de encontro de vontades já aperfeiçoadas”, hipótese em que “o computador é posto a serviço das partes contratantes, não pertencendo o sistema a nenhuma delas, com exclusividade”; (3) “o computador como auxiliar no processo de formação da vontade”, “quando o computador incide diretamente no processo de formação da vontade negocial, não apenas como meio de comunicação ou mero instrumento ou local de encontro de vontades”³²². Nessa última categoria estão os contratos eletrônicos de consumo.

³¹⁸ GOMES, Orlando. *Contratos*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977. p. 133 et seq.

³¹⁹ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. o novo regime das relações contratuais. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 118.

³²⁰ SANTOLIM, Cesar Viterbo Matos. Os princípios de proteção do consumidor e o comércio eletrônico no direito brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 14, n. 55, p. 57, jul./set. 2005.

³²¹ SANTOLIM, Cesar Viterbo Matos. Os princípios de proteção do consumidor e o comércio eletrônico no direito brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 14, n. 55, p. 57-58, jul./set. 2005.

³²² SANTOLIM, Cesar Viterbo Matos. *Formação e eficácia probatória dos contratos por computador*. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 24-26.

O contrato eletrônico de consumo, segundo Santolim, é aquele em que “o computador incide diretamente no processo da formação da vontade negocial”³²³. Esse conceito é diferente da definição de contrato informático, que, segundo o mesmo autor, é o contrato que tem como objeto um bem de uso informático³²⁴, como o *download* de um *software*.

Santos e Rossi, por sua vez, propõem a seguinte classificação das formas de contratação eletrônica: (1) interpessoais, (2) interativas e (3) intersistêmicas. As contratações interpessoais são aquelas realizadas mediante correspondência eletrônica (*e-mail*). As interativas resultam de uma relação de comunicação entre uma pessoa e um sistema aplicativo. Por fim, nas contratações intersistêmicas, a comunicação eletrônica se estabelece entre sistemas aplicativos previamente programados, não havendo ação humana no momento da comunicação propriamente dita. As contratações interpessoal e interativa podem ser de consumo; a contratação intersistêmica é típica de contratos entre fornecedores (B2B), de acordo com os autores³²⁵.

Os contratos eletrônicos de consumo, nos quais o computador influencia o processo de formação da vontade do consumidor, são contratos de adesão celebrados por meios eletrônicos, automatizados, por vezes quase instantâneos, sem contato pessoal entre as partes, em que a fase das negociações preliminares é suprimida. Ou seja, a discussão das condições negociais não se conforma com a

³²³ SANTOLIM, Cesar Viterbo Matos. *Formação e eficácia probatória dos contratos por computador*. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 25.

³²⁴ SANTOLIM, Cesar Viterbo Matos. *Formação e eficácia probatória dos contratos por computador*. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 25.

Para uma análise mais aprofundada do conceito de contrato informático, veja WÜST, Graciela Cristina. Contratos informáticos. In: LÓPEZ CABANA, Roberto M. (Coord.). *Contratos especiales en el Siglo XXI*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1999. p. 435-446.

³²⁵ SANTOS, Manoel J. Pereira dos; ROSSI, Mariza Delapieve. Aspectos legais do comércio eletrônico: contratos de adesão. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 9, n. 36, p. 111, out./dez. 2000.

Outra forma de expressar a contratação intersistêmica por meios eletrônicos foi realizada por Ferreira de Almeida: “Pense-se na negociação com intervenção de computadores, em que a memória eletrônica se substitui à memória humana. Negócios jurídicos há que são celebrados através de “diálogo” entre computadores, programados para reagir à recepção de certos dados, formulando ou aceitando propostas para a conclusão de um contrato. Não sendo defensável qualificar o computador como representante ou núncio (por falta de personalidade), mas sim como auxiliar técnico, impõe-se a imputação das mensagens eletrônicas a um declarante que não interveio diretamente na decisão que, em concreto, lhe vai ser atribuída e que poderá exceder as suas previsões”. FERREIRA DE ALMEIDA, Carlos. *Texto e enunciado na teoria do negócio jurídico*. Coimbra: Almedina, 1992. v. 1, p. 91.

natureza de contratos celebrados através da Internet³²⁶. Para o consumidor poder adquirir o produto ou o serviço, precisa submeter-se às regras contratuais preestabelecidas pelo fornecedor.

Lawand afirma que “Contrato eletrônico é o negócio jurídico concretizado através da transmissão de mensagens eletrônicas pela *Internet*, entre duas ou mais pessoas, a fim de adquirir, modificar ou extinguir relações jurídicas de natureza patrimonial”³²⁷.

Cunha Júnior, da mesma forma que Lawand, define contrato eletrônico como “acordo de vontades, celebrado ou executado por via eletrônica, que visa constituir, modificar, conservar ou extinguir direitos, obrigando os respectivos acordantes”³²⁸.

Veja-se que tanto Lawand como Cunha Júnior adequaram o conceito de contrato eletrônico ao conceito já consagrado de contrato. Segundo a melhor doutrina, o contrato se constitui da fusão da oferta com a aceitação, que têm, por trás, o elemento volitivo³²⁹, que determina a prestação principal do negócio jurídico³³⁰. Nas palavras de Gomes, “contrato é negócio jurídico bilateral, ou plurilateral, que sujeita as partes à observância de conduta idônea à satisfação dos interesses que regularam”³³¹. Bessone define contrato como “acordo de duas ou mais pessoas para, entre si, constituir, regular ou extinguir uma relação jurídica de natureza patrimonial”³³².

Ainda, Cunha Júnior propõe a subdivisão dos contratos eletrônicos em duas categorias:

Em termos genéricos, o contrato eletrônico é aquele avençado ou executado pela via eletrônica. O contrato celebrado mediante meios eletrônicos, ou seja, eletrônico na sua formação, pode ser

³²⁶ MOTTA, Fernando Previdi; GUELMANN, Karine Rose; CASTILHO, William Moreira. Reflexões sobre o direito do consumidor e a Internet. In: CAPAVERDE, Aldaci do Carmo; CONRADO, Marcelo (Org.). *Repensando o direito do consumidor*. 15 anos do CDC: 1990-2005. Curitiba: Ordem dos Advogados do Brasil, Seção do Paraná, 2005. p. 247.

³²⁷ LAWAND, Jorge José. *Teoria geral dos contratos eletrônicos*. São Paulo: J. de Oliveira, 2003. p. 87.

³²⁸ CUNHA JÚNIOR, Eurípedes Brito. Os contratos eletrônicos e o novo Código Civil. *Revista CEJ*, Brasília, v. 6, n. 19, p. 68, dez. 2002.

³²⁹ COUTO E SILVA, Clovis Verissimo do. *A obrigação como processo*. São Paulo: J. Bushatsky, 1976. p. 33.

³³⁰ COUTO E SILVA, Clovis Verissimo do. *A obrigação como processo*. São Paulo: J. Bushatsky, 1976. p. 36. O autor afirma que o negócio jurídico constitui-se em centro da dogmática de direito privado. COUTO E SILVA, Clovis Verissimo do. *A obrigação como processo*. São Paulo: J. Bushatsky, 1976. p. 84.

³³¹ GOMES, Orlando. *Contratos*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977. p. 17.

³³² ANDRADE, Darcy Bessone de Oliveira. *Do contrato: teoria geral*. Rio de Janeiro, 1987. p. 21.

considerado mais eletrônico do que um contrato avençado por modo tradicional, mas com execução eletrônica. Assim, pode-se afirmar que o contrato celebrado eletronicamente é eletrônico *stricto sensu*, enquanto o contrato simplesmente executado eletronicamente o é *lato sensu*. Portanto, as duas categorias estão compreendidas dentro do escopo dos contratos eletrônicos³³³.

No direito brasileiro, o contrato se forma, isso é, o vínculo entre as partes é estabelecido, quando a proposta de uma das partes encontra a aceitação da outra parte. Na Internet não é diferente e os contratos podem ser entre ausentes ou entre presentes.

O contrato eletrônico de consumo celebrado por meio de troca de mensagens (*e-mail*) entre consumidor e fornecedor é considerado análogo ao contrato por correspondência. É contrato entre ausentes, porque as partes contratantes manifestam a oferta e a aceitação por meio de *e-mail*³³⁴, havendo um lapso temporal entre a oferta e a manifestação da aceitação.

Outro termo utilizado para denominar o contrato celebrado pela Internet é “*web-wrap agreement*”³³⁵, que engloba o contrato informático e o contrato eletrônico. Brizzio refere que “*wrap*” derivou do invólucro utilizado para a comercialização do produto, em geral papel celofane ou plástico transparente³³⁶. A autora ensina que os contratos de compra e venda de *softwares* pela Internet são chamados de “*shrink-wrap agreements*”³³⁷, porque, antes de fazer o *download* do programa, o consumidor é obrigado a “abrir o invólucro”, para ler as condições gerais do contrato estabelecidas pelo fornecedor de produtos de software³³⁸. Já os contratos eletrônicos celebrados *on line* são identificados pelas expressões “*click-wrap agreements*”, ou “*point-and-click agreements*”, ou “*click-through-page agreements*”

³³³ CUNHA JÚNIOR, Eurípedes Brito. Os contratos eletrônicos e o novo Código Civil. *Revista CEJ*, Brasília, v. 6, n. 19, p. 68, dez. 2002.

³³⁴ MARTINS, Guilherme Magalhães. *Formação dos contratos eletrônicos de consumo via Internet*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 179 et seq.

³³⁵ BRIZZIO, Claudia Rita. *Contratación mediante click-wrapping*. Disponível em: <www.alterini.org/tonline.htm>. Acesso em: 2001.

³³⁶ BRIZZIO, Claudia Rita. *Contratación mediante click-wrapping*. Disponível em: <www.alterini.org/tonline.htm>. Acesso em: 2001.

³³⁷ Ou “*blister agreement*”, ou “*end user agreement*”, ou “*tear me open*”, ou “*box-top agreement*”, ou “*envelope agreement*”, ou “*referral agreement*”; esses termos referem-se às condições gerais da compra e venda ou da cessão de direitos relativos ao *software*, mediante um acordo no qual a aceitação por parte do consumidor resulta de abrir o envoltório do suporte do *software* e de utilizá-lo. BRIZZIO, Claudia Rita. *Contratación mediante click-wrapping*. Disponível em: <www.alterini.org/tonline.htm>. Acesso em: 2001.

³³⁸ BRIZZIO, Claudia Rita. *Contratación mediante click-wrapping*. Disponível em: <www.alterini.org/tonline.htm>. Acesso em: 2001.

que denominam os contratos em que a aceitação é expressa mediante o acionamento do *mouse* do computador³³⁹ e os produtos podem ser recebidos pela Internet (*e-mail*) ou pelos Correios.

Se o contrato for celebrado por meio da aceitação da oferta de um fornecedor feita em seu *site*, é contrato de adesão celebrado entre presentes, por meio do *click*. Há autores que denominam os contratos eletrônicos de “*point & click*”, pois o contrato é concluído “mediante a pressão do texto negocial virtual, processo ao qual não é difícil atribuir a natureza de um verdadeiro sinal de linguagem, capaz de externar uma determinada vontade contratual”³⁴⁰. Ademais, o contrato celebrado pela Internet entre presentes é análogo ao contrato celebrado por telefone, por causa da “imediatez da comunicação em detrimento da presença física das partes negociantes”³⁴¹.

Marques ressalta as características dos contratos de consumo celebrados pela Internet:

Certo é que nestes contratos há acordo de vontade, há vontade, mesmo que de adesão e “de conduta social típica”; logo, há contrato, mesmo que unilateralmente elaborado e muitas vezes não acessível ao consumidor. Há uma bilateralidade essencial, apesar da unilateralidade tão visível. Há bilateralidade de vontades, pois, apesar de o fornecedor ser “virtual” e o consumidor ser “massificado”, apesar de oferecer e do eleger serem mais “automatizados”, apesar de o direito abstrair mais do plano da validade e considerar mais a confiança despertada, a declaração de oferta realizada do que a vontade interna do fornecedor, considerar mais a conduta social do consumidor do que a capacidade deste ou de quem atuou por ele ou no seu computador, há contrato no plano da existência, juridicamente relevante, e que produzirá efeitos – e muitos – no plano da eficácia. O contrato final é “velho”, o método de contratação é atual, e o meio

³³⁹ BRIZZIO, Claudia Rita. *Contratación mediante click-wrapping*. Disponível em: <www.alterini.org/tonline.htm>. Acesso em: 2001.

³⁴⁰ Santolim utiliza-se da expressão “contratos por clique”. Veja SANTOLIM, Cesar Viterbo Matos. *A aplicação dos princípios de proteção do consumidor ao comércio eletrônico no direito brasileiro*. 2004. 123 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2004. p. 49 et seq. Veja, também, do mesmo autor, SANTOLIM, Cesar Viterbo Matos. Os princípios de proteção do consumidor e o comércio eletrônico no direito brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 14, n. 55, p. 62, jul./set. 2005.

Ainda, veja BALLARINO, Tito. A Internet e a conclusão dos contratos. In: POSENATO, Naiara (Org.). *Contratos internacionais: tendências e perspectivas: estudos de direito internacional privado e direito comparado*. Ijuí: Unijuí, 2006. p. 203-204.

³⁴¹ ALMEIDA, Ricardo Gesteira Ramos de. Aspectos relevantes dos contratos eletrônicos. In: FERREIRA, Ivette Senise; BAPTISTA, Luiz Olavo (Coord.). *Novas fronteiras do direito na era digital*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 95.

de contratação – e por vezes de cumprir a prestação imaterial – é que é “novo”³⁴².

Portanto, o contrato celebrado por meios eletrônicos não podem ser considerados conduta social típica, uma vez que haja manifestação de vontade do consumidor, conforme analisado. O contrato eletrônico representa o vínculo estabelecido entre consumidor e fornecedor por meio eletrônico, na Internet; a manifestação da vontade do consumidor é objetivada e transmitida por meio eletrônico. O contrato é típico da sociedade de consumo, o meio é que é diferente. Esse vínculo tanto pode ser estabelecido mediante a troca de *e-mails*, como mediante a aceitação em bloco das cláusulas do contrato de adesão elaborado pelo fornecedor e disponibilizado à aceitação do consumidor no *site*. A manifestação da vontade, no caso dos contratos de adesão, é realizada por meio do “*click*”, que é a aceitação do contrato de adesão em meio eletrônico. Por isso, aplicam-se a tais contratos os princípios e normas estabelecidos para a proteção e defesa do consumidor, conforme será examinado no ponto 3.2.

Passa-se à análise da aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos contratos celebrados pela Internet (3.2) e, posteriormente, à exposição da legislação de proteção do consumidor que contrata por meios eletrônicos em alguns países (3.3), como modelos a serem considerados pelo legislador brasileiro, na hipótese de se regulamentar a matéria.

3.2 A aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos contratos celebrados pela Internet

É importante adaptar o contrato à evolução constante do mundo e da tecnologia, porque o “saber jurídico aponta para a necessidade de se compreender a sociedade como sistema dinâmico e em mutação constante, aparecendo o sistema jurídico como pauta aberta e em transformação permanente”³⁴³.

Com base nisso e inspirada na visão de De Lucca, segundo o qual “Dizer-se, por exemplo, que o mundo virtual é inteiramente diverso do nosso e que as nossas normas a ele não se aplicam me soa tão impróprio quanto afirmar-se exatamente o

³⁴² MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p.112.

³⁴³ AMARAL JÚNIOR, Alberto do. *Proteção do consumidor no contrato de compra e venda*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 91.

contrário, isto é, que as normas existentes têm inteira aplicabilidade e que nem precisaríamos nos preocupar com edição de novas [...]”³⁴⁴, penso que, na medida do possível, é preciso adequar a legislação já existente aos contratos celebrados pela Internet, bem como complementá-la com regulamentação específica dos aspectos inovadores da rede mundial de computadores, numa perspectiva civil-constitucional, visando à preservação da dignidade da pessoa humana.

Isso se torna necessário, na medida em que há a preocupação de se garantir o mesmo nível de proteção ao consumidor, independentemente do meio que ele utilize para celebrar contratos com seus fornecedores, seja na forma convencional, seja pela Internet.

Na sociedade atual, o consumidor tem assumido um papel cada vez mais importante. Em parte, pela sua atuação no mercado e, inclusive, pelo aumento da celebração de contratos pela Internet. Do mesmo modo, porque os estudiosos se preocuparam em “tirar o consumidor da sombra na qual o direito o mantinha oculto”³⁴⁵, propondo interpretações novas a velhos institutos e criando novas soluções para os problemas atuais.

A contratação pela Internet entre consumidores e fornecedores é reflexo dessa mutação constante e configura, de regra, relação de consumo mediante a celebração de contrato de adesão, que “pode ser reconhecido pela circunstância de que uma das partes, para celebrá-lo, há de aceitar, em bloco, as cláusulas estabelecidas pela outra”³⁴⁶.

A Internet é um novo meio de contratação, e o contrato eletrônico uma nova forma contratual. Esse contrato eletrônico não perde, contudo, a característica de ser um contrato. Por isso, aplicam-se a ele os mesmos princípios gerais contratuais, como a autonomia da vontade. E, quando esse contrato eletrônico for de consumo, no Brasil, aplica-se o Código de Defesa do Consumidor, por ser norma de ordem pública – conforme seu art. 1º. – e de aplicação imediata³⁴⁷. Isso porque, conforme

³⁴⁴ DE LUCCA, Newton. Contratos pela Internet e via computador. Requisitos de celebração, validade e eficácia: legislação aplicável. Contratos e operações bancárias. *Revista do TRT/3ª Região*, São Paulo, n. 33, p. 26, jan./mar. 1998.

³⁴⁵ ARRIGHI, Jean Michel. La protección de los consumidores y el MERCOSUR. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 2, p. 126, jun. 1992.

³⁴⁶ GOMES, Orlando. *Contratos*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977. p. 134.

³⁴⁷ Essa foi uma das conclusões a que se chegou no V Congresso Brasileiro de Direito do Consumidor, em Belo Horizonte, em 2000. MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 123.

já analisado no ponto 2.1, o direito do consumidor é um direito humano reconhecido como fundamental pela nossa Constituição – art. 5º., XXXII – e lei de origem constitucional – art. 48 ADCT. Assim, pode-se afirmar que o CDC contém normas de origem imperativa, de ordem pública e de aplicação imediata³⁴⁸.

Entretanto, no momento a dúvida persiste: será que o consumidor que contrata pela Internet alcançará o mesmo grau de proteção que recebe o consumidor que contrata por meios mais tradicionais? Desse questionamento origina-se outro: como, então, proteger esse consumidor?

Ou seja, se já é tarefa árdua, que demanda muita técnica, estudo, cuidado e precisão, legislar internamente, levando-se em conta os *standards* internacionais e o padrão de proteção já alcançado por determinados países, ainda mais difícil é tratar da proteção do consumidor no comércio eletrônico.

Mesmo que o Brasil tenha projetos de lei que procuram estabelecer certa normatização³⁴⁹, em prol da segurança do consumidor no mercado de consumo eletrônico, nenhum deles foi aprovado, e a proteção do consumidor que contrata por meios eletrônicos ocorre através da legislação consumerista já existente e na experiência trazida pela prática³⁵⁰.

Veja os comentários ao art. 1º. do CDC em FILOMENO, José Geraldo Brito. Disposições gerais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do consumidor*. comentado pelos autores do anteprojeto. 9. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. p. 21-65. Veja, também, NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 93-94.

Para uma análise da aplicação do art. 1º. do CDC pelos tribunais, veja MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e; MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*: artigo por artigo. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 59-82.

³⁴⁸ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*: o novo regime das relações contratuais. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 140-141.

³⁴⁹ No Brasil, há o Projeto de Lei n. 1.589, de 1999, sugerido pela OAB/SP e apensado ao Projeto de Lei do Senado, n. 672, de 13 de dezembro de 1999, e o Projeto de Lei da Câmara dos Deputados, n. 4.906, também de 1999.

³⁵⁰ Veja alguns casos julgados pelas Turmas Recursais Cíveis do Rio Grande do Sul sobre a proteção dos consumidores que contratam pela Internet:

Cominatória. Comércio eletrônico. Aquisição de computadores por preço promocional. Fornecedora que se nega a entregá-los, sob a alegação de que houve equívoco no valor anunciado. Relação de consumo. Oferta vinculativa. Direito do consumidor de exigir-lhe o cumprimento forçado. Exegese dos arts. 30 e 35, I, do CDC. Fornecedora que pretende eximir-se de dever de cumprir a oferta, alegando que esta proveio de erro crasso, facilmente perceptível e sanado em lapso razoável. De fato, não se olvida que a força vinculativa da oferta nas relações de consumo deve ser aplicada em harmonia com os demais princípios da disciplina contratual, dentre os quais o equilíbrio e a boa-fé, vedado o enriquecimento sem causa. Caso concreto em que não houve violação a tais preceitos, de modo que prevalece o dever da requerida de dar cumprimento à oferta veiculada, consoante a previsão contida no CDC. Litigância de má-fé não configurada. Afastamento da penalidade imposta à ré. Recurso parcialmente provido. RIO GRANDE DO SUL. Turmas Recursais Cíveis. *Recurso cível n. 71001566504*, da 3ª. Turma Recursal Cível. Recorrente: B2W – Companhia Global do Varejo. Recorrido: Andrius Silva Capellão e Vanessa Manke. Relator: Eugênio Facchini Neto. Porto Alegre,

29 de abril de 2008. Disponível em <http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/ementa.php>. Acesso em: 23 ago. 2008.

Relação de consumo. Comércio eletrônico. Internet. Empresa que realiza o anúncio e intermedeia a negociação entre os consumidores, oferecendo dispositivos de segurança. Produto enviado e impago. Fraude ao acusar o pagamento, apta a iludir o vendedor. Responsabilidade da empresa intermediadora. 1. Primeiramente, afasta-se a alegação de nulidade. O conjunto probatório é suficiente para o deslinde do feito. Deste entendimento, contrariamente ao afirmado pela ré, não decorre nenhuma violação de aos princípios da isonomia, do contraditório e da ampla defesa. 2. Igualmente inócua a propalada incompetência do Juizado Especial, em face da (suposta) necessidade de perícia. Ora, falha na prestação de serviço decorrente de comércio eletrônico é matéria recorrente no JEC, sendo os feitos deslindados com base nas provas coligidas nos autos. 3. Legitimada passivamente se encontra a ré que qualifica seus clientes, serve de intermediária para pagamentos, cobra comissões, integrando assim a cadeia de fornecedores de serviço. 4. Restou comprovado nos autos que o autor foi vítima de fraude perpetrada por terceiro, o qual, falsificando e-mail, confirmou ao autor, vendedor, a efetivação do pagamento feito pelo comprador. Se fraude houve no serviço de comércio eletrônico administrado pela ré é porque o serviço por ela oferecido não apresenta a segurança que o consumidor legítimamente espera. 5. Não há que se falar em culpa exclusiva da vítima, aqui autor, por não ter percebido que o e-mail a ele enviado não teria sido remetido pela ré, porquanto não prestou esta a devida informação no sentido de alertar o consumidor do serviço sobre a identificação do e-mail (art. 6º., III, do CDC). 6. Pela falha na informação prestada, tornou a ré o serviço inseguro, devendo ser responsabilizada nos termos do art. 14, § 1º., do CDC. 4. O valor do dano material experimentado pelo autor restou comprovado nos autos. A documentação acostada pelo autor, referente à oferta de seu Notebook Apple IBook junto ao site da ré (fls. 10/14) é apta a comprovar o valor da mercadoria, bem como as notas de fls. 15 e 20 que comprovam o pagamento do envio do produto via sedex e da comissão paga a ré-recorrente. Sentença confirmada. Recurso improvido. RIO GRANDE DO SUL. Turmas Recursais Cíveis. *Recurso cível n. 71001408822*, da 2ª. Turma Recursal Cível. Recorrente: MercadoLivre.com Atividades de Internet Ltda. Recorrido: Jorge André Toledo Pereira. Relatora: Maria José Schmitt Santanna. Porto Alegre, 30 de janeiro de 2008. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/ementa.php>. Acesso em: 23 ago. 2008. Reparação de danos materiais e morais. Comércio eletrônico. Internet. Saite de anúncios. Mercado Livre. Produto enviado e impago. Fraude ao acusar o pagamento, apta a iludir o vendedor. Responsabilidade da empresa intermediadora. I. Vendedor que demanda contra empresa de comércio eletrônico em razão de negócio malsucedido com outro particular. Postagem fraudulenta de correio eletrônico ao vendedor, como partisse do saite de anúncios, acusando o recebimento do preço e garantindo-o. Fraude apta a iludir o usuário, que acaba por remeter o produto ao comprador. II. Relação de consumo configurada. Responsabilidade objetiva da ré, não só pela incidência do CDC à espécie, mas também em razão da aplicação do disposto no art. 927, parágrafo único, do CCB. III. Dever de indenizar os danos materiais, consistentes no preço do produto entregue e impago. Danos morais inexistentes. Hipótese de mero descumprimento contratual, sem ofensa a direitos da personalidade. Mero transtorno inerente à vida de relação. Recurso parcialmente provido. Unânime. Recurso cível n. 71001287440, Terceira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator João Pedro Cavalli Junior, julgado em 17.07.2007. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/ementa.php>. Acesso em 23 ago. 2008.

Cominatória. Consumidor. Oferta veiculada em comércio eletrônico. Princípio da vinculação (art. 30 do CDC). Interpretação sistemática para fazer incidir os princípios da boa-fé e do equilíbrio (art. 4º., III, do CDC) e a vedação ao enriquecimento sem causa. 1. Não se olvida que, como decorrência do princípio da vinculação (art. 30 do CDC), está o fornecedor obrigado a honrar a oferta que veicula através de informação ou publicidade. 2. A interpretação dos dispositivos postos no CDC, no entanto, se submete aos princípios estabelecidos em seu art. 4º. e a outros princípios integrantes do sistema. Merecem destaque, na hipótese, os princípios da boa-fé e do equilíbrio (art. 4º., III, do CDC). De se considerar, igualmente, a vedação ao enriquecimento sem causa. 3. É justamente por isso que, em atenção a tais princípios, não se pode atribuir força vinculante à oferta correspondente a equipamento de informática, notadamente quando, não apenas o seu preço equivale a 25% de seu valor real, mas igualmente quando, na mesma página outro equipamento sabidamente inferior é ofertado por valor três vezes superior. Impossível não considerar, diante de tal contexto, que o consumidor, que já adquirira produtos da ré em ocasião anterior e, portanto, não pode ser considerado um neófito, tinha ciência de que era irreal o valor da oferta, tanto que insistentemente buscou a implementação do negócio. Reforça-se, ainda, a ausência de seriedade em relação ao valor estabelecido se considerada a possibilidade de parcelamento noticiada no pedido inicial. Recurso

Então, o consumidor que contrata pela Internet, por enquanto, encontra-se amparado pelas leis nacionais que regulam a proteção e a defesa do consumidor, pois essas normas são perfeitamente aplicáveis às relações jurídicas estabelecidas na Internet, uma vez que “contratos ‘eletrônicos’ também são contratos típicos dos atuais tempos pós-modernos”³⁵¹.

Entretanto, pensa-se que, quanto maior for a previsão legal dos fenômenos que ocorrem na atualidade, mais ampla e efetiva será a proteção do consumidor. Atualmente, com a ausência de legislação específica, é aplicável o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor para regular as relações jurídicas celebradas por meio da Internet, o que vem sendo feito pelos tribunais, embora não haja disposição expressa no Código de Defesa do Consumidor com relação aos contratos celebrados pela Internet.

As normas de proteção ao consumidor não são empecilhos ao desenvolvimento do comércio eletrônico. Quanto à aplicação do CDC nos contratos eletrônicos de consumo, conclui Marques:

O Código de Defesa do Consumidor deve fornecer padrões mínimos (e imperativos) à proteção de consumidores passivos em todos os contratos à distância, contratos negociados no Brasil por nacionais ou estrangeiros ou quando o marketing ou a oferta forem feitos no Brasil, inclusive nos contratos eletrônicos com fornecedores com sede no exterior [...]³⁵².

A mesma autora assim definiu a expressão “consumidores passivos”:

“Consumidores passivos” são aqueles consumidores que se encontram em seu mercado nacional, e, sem necessitar deslocar-se fisicamente de seu país, no qual recebem a oferta de publicidade, oriunda de empresas e fornecedores de outros países, nem sempre com filiais no mercado de comercialização, através de novos meios de comunicação³⁵³.

provido. RIO GRANDE DO SUL. Turmas Recursais Cíveis. *Recurso cível n. 71001084664*, da 3ª. Turma Recursal Cível. Recorrente: Dell Computadores do Brasil Ltda. Recorrido: José Rosito Neto. Relator: Luiz Antônio Alves Capra. Porto Alegre, 23 de janeiro de 2007. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/ementa.php>. Acesso em: 23 ago. 2008.

³⁵¹ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 111.

³⁵² MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 146.

³⁵³ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 858.

Esses novos elementos intensificam a força vinculativa da oferta em meio eletrônico, constante do art. 30 do CDC³⁵⁴ e do art. 434 do Código Civil³⁵⁵, chamada de “força vinculativa em face da teoria da declaração e da confiança”³⁵⁶ por Marques. De acordo com essa idéia, “a oferta ou proposta é obrigatória, tem força vinculante em relação a quem a formula, devendo ser mantida por certo tempo”³⁵⁷.

Dentre os direitos assegurados pelo CDC, no que toca aos contratos eletrônicos, está o disposto no art. 31³⁵⁸. Isso porque, certamente, uma das principais funções da Internet é propiciar o meio de apresentação e oferta de produtos e serviços. Por isso, a oferta e a apresentação de produtos e serviços através da Internet devem assegurar informações corretas, claras, precisas e ostensivas sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores.

Da mesma forma, é importante destacar a garantia presente no art. 49 do CDC, em que há previsão do direito de arrependimento, que tem como finalidade a

³⁵⁴ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 740.

Benjamin comenta o art. 30 do CDC em BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. *Das práticas comerciais*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 9. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. p. 251-503.

Veja, também, NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 387-396.

Para uma análise da aplicação do art. 30 do CDC pelos tribunais, veja MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e; MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: artigo por artigo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 461-481.

Por último, veja excelente Dissertação de Mestrado que analisa o art. 30 do CDC: PASQUAL, Cristina Stringari. *Estrutura e vinculação da oferta no Código de Defesa do Consumidor*. 150 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2003.

³⁵⁵ Veja a análise do art. 434 do Código Civil de 2002 feita por ASSIS, Araken de. *Dos contratos em geral*. In: ALVIM, Arruda; ALVIM, Thereza (Coord.). *Comentários ao Código Civil Brasileiro: do direito das obrigações: arts. 421 a 578*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. 5, p. 224-233.

³⁵⁶ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 129.

³⁵⁷ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 720-721.

³⁵⁸ Veja os comentários ao art. 31 do CDC por BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. *Das práticas comerciais*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 9. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. p. 282-289.

Veja, também, NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 396-411.

Para uma análise da aplicação do art. 31 do CDC pelos tribunais, veja MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e; MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: artigo por artigo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 482-494.

proteção da declaração de vontade do consumidor³⁵⁹, para que esta seja decidida e refletida com calma, protegida das técnicas agressivas de venda a domicílio e fora do estabelecimento comercial. Esse direito expressamente assegurado pelo CDC influenciará positivamente a proteção do consumidor que contrata por meios eletrônicos, pois a contratação pela Internet pode ser considerada uma contratação à distância.

O art. 49 do CDC menciona expressamente os contratos celebrados fora do estabelecimento comercial e por telefone e o prazo de reflexão de sete dias. A comunicação que ocorre pela Internet é análoga àquela que ocorre por telefone. Portanto, pode-se afirmar que as relações jurídicas estabelecidas em ambiente virtual também estão reguladas por esta norma³⁶⁰, porque são contratações à distância, celebradas fora do estabelecimento comercial.

Assegurar o direito de arrependimento no comércio eletrônico é uma forma de proteger o consumidor e evitar práticas abusivas por parte dos fornecedores³⁶¹. Isso porque, segundo Ferreira de Almeida:

Sob a designação de direito de arrependimento, compreendem-se todas as hipóteses em que a lei concede a um dos contratantes (o consumidor) a faculdade de, em prazo determinado e sem contrapartida, se desvincular de um contrato através de declaração unilateral e imotivada³⁶².

A razão de ser do art. 49 do CDC é a de que o fornecedor assume os riscos da prática comercial fora do estabelecimento comercial³⁶³ e, principalmente, quando se trata de comércio eletrônico. Isto não foge à finalidade de todo o microsistema

³⁵⁹ Veja os comentários ao art. 49 do CDC em NERY JUNIOR, Nelson. Da proteção contratual. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 9. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. p. 559-564.

Veja, também, NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 565-572.

Para uma análise da aplicação do art. 49 do CDC pelos tribunais, veja MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e; MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: artigo por artigo*. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 670-683.

³⁶⁰ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 856.

³⁶¹ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 870.

³⁶² FERREIRA DE ALMEIDA, Carlos. *Direito do consumo*. Coimbra: Almedina, 2005. p. 105.

³⁶³ CARVALHO, Rodrigo Benevides de. A Internet e as relações de consumo. In: SCHOUERI, Luís Eduardo (Org.). *Internet: o direito na era virtual*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 106.

do CDC, de proteção da parte mais fraca, mais vulnerável na relação de consumo. Em outras palavras, “se o contato físico com o produto, quando da entrega, desperta o sentimento de arrependimento do ato de compra, deve ser reconhecido o direito do consumidor ao desfazimento do contrato”³⁶⁴.

Ferreira de Almeida menciona que o fundamento mais comum do direito de arrependimento é:

[...] a concessão do tempo necessário para um consentimento refletido, um período de *cooling off*, que protege os consumidores contra o risco de precipitação provocada pela persuasão e pressão psicológica, pela surpresa e pela sedução dos métodos agressivos de comercialização³⁶⁵.

Ao lado desse fundamento, há outro, que é a proteção da reflexão, objetivando-se a neutralização do déficit de informação do consumidor³⁶⁶, ainda mais em situações em que é mais difícil ver o produto e verificar a sua qualidade, como o meio eletrônico.

Sobre a aplicação do art. 49 do CDC aos contratos celebrados pela Internet, o TJ/RS recentemente decidiu que “Em se tratando de compra realizada fora do estabelecimento comercial – via Internet – cabível o exercício do direito de arrependimento pelo consumidor, nos termos do art. 49, *caput*, do CDC”³⁶⁷.

³⁶⁴ COELHO, Fábio Ulhoa. Direitos do consumidor no comércio eletrônico. *Revista do Advogado*, São Paulo, v. 26, n. 89, p. 34, dez. 2006.

³⁶⁵ FERREIRA DE ALMEIDA, Carlos. *Direito do consumo*. Coimbra: Almedina, 2005. p. 107.

³⁶⁶ FERREIRA DE ALMEIDA, Carlos. *Direito do consumo*. Coimbra: Almedina, 2005. p. 107-108.

³⁶⁷ Veja a ementa do julgamento:

Ementa: Consumidor. Compra e venda fora do estabelecimento comercial. Exercício do direito de arrependimento. Pagamento mediante débito no cartão de crédito. Cancelamento. Persistência das cobranças. Legitimidade passiva da vendedora, uma vez que impossível identificar o verdadeiro causador do dano. Exegese do art. 7º., parágrafo único, do CDC. Compra efetivada pela Internet. Tendo sido legitimamente exercido o direito de desistência do negócio, em razão de suas características (art. 49 do CDC), revelou-se indevida a cobrança das parcelas relativas ao negócio desfeito. Direito à declaração de extinção do contrato e inexigibilidade das parcelas. Sentença confirmada pelos próprios fundamentos. Recurso desprovido. RIO GRANDE DO SUL. Turmas Recursais Cíveis. *Recurso cível n. 71000955773*, da 3ª. Turma Recursal Cível. Recorrente: Terra Networks Brasil S.A. Recorrido: Luciane Ávila. Relator: Eugênio Facchini Neto. Porto Alegre, 03 de outubro de 2006. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/ementa.php>. Acesso em: 30 ago. 2008. Veja as ementas de alguns casos julgados no Rio Grande do Sul:

Há outros casos em que é aplicado o art. 49 a contratos celebrados pela Internet. Veja:

Ementa: Consumidor. Preliminares rejeitadas. Compra de aparelho de ar condicionado via Internet. Exercício do direito de arrependimento (art. 49 do CDC). Solicitação de cancelamento da compra após 15 minutos de sua concretização. Parcelas creditadas em fatura de cartão de crédito. Pedido de estorno de valores não atendido pela demandada. Condenação à restituição em dobro do montante cobrado indevidamente. Hipótese de má execução contratual, que, regra geral, não dá ensejo ao pagamento de indenização por danos morais. Afastamento de tal parcela da condenação. Deram parcial provimento ao recurso. RIO GRANDE DO SUL. Turmas Recursais Cíveis. *Recurso cível n.*

Nery Junior afirma que esse direito existe *per se*, “sem que seja necessária qualquer justificativa do porquê da atitude do consumidor”³⁶⁸. Isto é, a cláusula de arrependimento incidirá plenamente, nos casos em que o contrato de consumo for celebrado fora do estabelecimento comercial. Como consequência do exercício do direito de arrependimento tem-se a satisfação do cliente³⁶⁹, que aumentará o volume das transações de consumo realizadas na rede.

Procurando aumentar a proteção do consumidor, inclusive nos contratos eletrônicos, Marques sugere a inclusão do art. 49 *bis* e parágrafos no Código de Defesa do Consumidor, para complementar a regulação do direito de arrependimento³⁷⁰. Assim, a sugestão da autora é no sentido de o consumidor poder desistir da contratação imediatamente, realizando o cancelamento da contratação, assim como aumentando o prazo para exercer o direito de arrependimento.

Além do CDC, que está em completa consonância com as diretivas europeias, no que concerne à aplicação das normas de proteção dos consumidores nos

71001388974, da 1ª. Turma Recursal Cível. Recorrente: Americanas.com. Recorrido: Marcelo Ramos Azevedo. Relator: Heleno Tregnago Saraiva. Porto Alegre, 27 de março de 2008. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/ementa.php>. Acesso em: 30 ago. 2008.

Ementa: Consumidor. Compra de aparelho de *home theater* via Internet. Exercício do direito de arrependimento (art. 49 do CDC). Solicitação de substituição do produto adquirido por outro de qualidade superior. Complementação do valor por meio de depósito em conta corrente. Demora na entrega do bem. Pedido de desfazimento do negócio. Necessidade de restituição do montante comprovadamente pago a tal título. Hipótese de má execução contratual, que, regra geral, não dá ensejo ao pagamento de indenização por danos morais. Recurso parcialmente provido. RIO GRANDE DO SUL. Turmas Recursais Cíveis. *Recurso cível n. 71001116813*, da 1ª. Turma Recursal Cível. Recorrente: Globex Utilidades S.A. – Ponto Frio. Recorrido: Patrick Jan Georg Klemt e Aline Leal Fontanella. Relator: Ricardo Torres Hermann. Porto Alegre, 19 de abril de 2007. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/ementa.php>. Acesso em: 30 ago. 2008.

³⁶⁸ NERY JUNIOR, Nelson. Da proteção contratual. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 9. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. p. 560.

³⁶⁹ FERREIRA DE ALMEIDA, Carlos. *Direito do consumo*. Coimbra: Almedina, 2005. p. 109.

³⁷⁰ “Art. 49 *bis*. Quando o fornecedor utilizar-se, seja para conclusão, seja para a execução, total ou parcial, de um contrato com consumidores, de um meio eletrônico, de telemídia, *teleshopping* ou meio semelhante de comunicação de massas, deverá organizar um meio técnico de forma que o consumidor possa ter acesso prévio ao texto do contrato e às informações impostas nos artigos 31, 33, 40 e 52 desta Lei; bem como possa informar rápida e definitivamente a ocorrência de um erro ou falha no pedido ou cancelamento imediato da contratação, sem custos financeiros para tal. § 1º. Nestes casos, deverá igualmente organizar um meio técnico de forma que o consumidor possa perenizar e arquivar o texto do contrato e receber uma confirmação, individualizada e automática, sobre o sucesso da contratação, seu tempo e local. § 2º. Quando os deveres do *caput* deste artigo forem cumpridos, o fornecedor deverá organizar um meio técnico de forma que o consumidor possa – pelo mesmo meio – comunicar seu arrependimento, em quatorze dias, de acordo com o regime imposto pelo art. 49 desta Lei, e receber uma confirmação sobre a resolução do contrato. Se o consumidor não receber as informações previstas no *caput* deste artigo, o seu prazo de arrependimento, segundo o regime do art. 49, passará para trinta dias, a partir do momento em que identificar o endereço físico do fornecedor”. MARQUES, Claudia Lima. *Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor*: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 299-300.

contratos eletrônicos, há projetos de lei brasileiros, tramitando no Congresso Nacional. O mais importante e que deve ser mencionado é o Projeto de Lei n. 1.589, de 1999, sugerido pela OAB/SP e apensado ao Projeto de Lei do Senado, n. 672, de 13 de dezembro de 1999, e o Projeto de Lei da Câmara dos Deputados, n. 4.906, também de 1999. Há também o Projeto de Lei n. 1.483, que trata da fatura eletrônica e da assinatura digital.

O Projeto de Lei da Câmara dos Deputados, n. 4.906, antigo 672, de 1999, sugere a adoção da Lei-Modelo da UNCITRAL; o Projeto de Lei n. 1.589 dispõe sobre a validade dos documentos eletrônicos e da assinatura digital.

Dentre as disposições do Projeto de Lei 4.906/2001, da Câmara dos Deputados, o que nos interessa aqui analisar são os artigos 30, 31 e 32, por se referirem à proteção do consumidor. Dispõe o artigo 30: “Aplicam-se ao comércio eletrônico as normas de defesa e proteção do consumidor vigentes no país”.

O artigo 31 desse Projeto de Lei regula a oferta de bens, serviços ou informações por meio eletrônico, que deve ser realizada em ambiente seguro; o artigo 32 trata do cumprimento de procedimentos e prazos previstos pelo CDC.

Veja-se que esse projeto de lei brasileiro prevê a aplicação do CDC à proteção do consumidor que contrata pela Internet. Se ele não eleva o nível de proteção do consumidor, pois não prevê nenhuma inovação, pelo menos não o prejudica.

Tomando como base o CDC, o Projeto de Lei n. 1.589, em seu artigo 4º., assegura ao consumidor o direito à informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com relação à oferta de contratação eletrônica³⁷¹. Esta mesma disposição é prevista pelo art. 29 do Projeto de Lei n. 1.483/99. Ainda, o art. 27 do

³⁷¹ O art. 4º. do Projeto de Lei n. 1.589/1999 determina que a oferta de contratação eletrônica deve conter claras e inequívocas informações sobre o nome do ofertante e o número de sua inscrição no cadastro geral do Ministério da Fazenda; em se tratando de serviço sujeito a regime de profissão regulamentada, o número de inscrição no órgão fiscalizador ou regulamentador; o endereço físico do estabelecimento; a identificação e o endereço físico do armazenador; o meio pelo qual é possível contatar o ofertante, inclusive o correio eletrônico (*e-mail*); o arquivamento do contrato eletrônico, pelo ofertante; as instruções para o arquivamento do contrato eletrônico, pelo aceitante, bem como para sua recuperação, em caso de necessidade; e os sistemas de segurança empregados na operação. Veja ATHENIENSE, Alexandre. Auto-aplicação do Código do Consumidor nas transações de bens corpóreos pelo comércio eletrônico na Internet. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 10, n. 38, p. 298-304, abr./jun. 2001.

Veja, também, LOPES JÚNIOR, Osmar. O comércio eletrônico e o Código de Defesa e Proteção do Consumidor. *Revista IOB de direito civil e processual civil*, São Paulo, v. 8, n. 48, p. 15-24, jul./ago. 2007.

Projeto de Lei n. 1.483/99 determina que ao comércio eletrônico sejam aplicadas as normas de defesa e proteção do consumidor vigentes no país.

Embora o Brasil ainda não possua uma lei que regulamente especificamente a matéria de contratos eletrônicos, é possível solucionar as principais controvérsias existentes hoje com a legislação que dispomos. Por isso, a simples aprovação dos projetos de lei assim como estão redigidos não será o caminho para solucionar as controvérsias relativas a contratações eletrônicas, caso não for realizada com extremo cuidado. Enquanto não houver legislação específica e elaborada com bastante cautela, para que não retarde o desenvolvimento das relações realizadas pela Internet, melhor será continuar adaptando o Código de Defesa do Consumidor a essas situações e se espelhar no exemplo das diretivas européias sobre o assunto.

Da mesma forma, o consumidor deve tomar as cautelas necessárias para celebrar contratos pela Internet. Isso porque, se ocorrem problemas nos contratos de consumo celebrados nos meios convencionais, em que o consumidor se dirige ao estabelecimento comercial do fornecedor, na Internet esses problemas podem se tornar mais freqüentes, pela despersonalização, por não saber quem é o fornecedor.

Por outro lado, os fornecedores que utilizam a Internet como mais um canal de comunicação com o consumidor devem ser transparentes com relação ao produto e/ou serviço oferecido, devem cumprir a oferta realizada, especialmente no tocante à entrega e à assistência técnica. Nas palavras de Lopes Júnior, “A confiabilidade deve ser adquirida dia após dia, através da qualidade, responsabilidade e comprometimento nos serviços oferecidos”³⁷².

Importante ressaltar a visão de Santolim, segundo o qual “Deve-se, ademais, combater a visão simplista de que a temática concernente aos negócios eletrônicos pode ser resolvida pela adoção de uma nova *lex mercatoria*”³⁷³, ao refletir que a simples adoção de novas regras e regulamentações resolverá a problemática do surgimento de novas demandas sociais, resultantes da utilização cada vez mais intensa da tecnologia da informação. Isto é, as normas já existentes são capazes de resguardar, pelo menos minimamente, os direitos dos consumidores.

O mesmo autor sustenta que “a utilização de princípios [...] pode ser o melhor caminho para orientar a atuação dos aplicadores do Direito, mormente no exercício

³⁷² LOPES JÚNIOR, Osmar. O comércio eletrônico e o Código de Defesa e Proteção do Consumidor. *Revista IOB de direito civil e processual civil*, São Paulo, v. 8, n. 48, p. 24, jul./ago. 2007.

³⁷³ SANTOLIM, César Viterbo Matos. Os princípios do consumidor e o comércio eletrônico no direito brasileiro. *Revista Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 14, n. 55, p. 55, jul./set. 2005.

de competências administrativas e jurisdicionais, mas também como um referencial para os legisladores”³⁷⁴.

É outra a opinião – da qual compartilho – de Aguiar Júnior, segundo o qual “É bom que a legislação seja feita, mas tratando de situações genéricas, estabelecendo princípios, certas garantias [...]. Se não houver normas protetoras nessas situações, o prejudicado será o consumidor”³⁷⁵.

O mesmo autor assim se manifesta:

(A escassa regulamentação do fenômeno Internet) se deve em parte à própria política adotada em relação à Internet: entre promover a regulação da atividade por leis nacionais, ou pelos acordos internacionais, ou criar uma agência internacional incumbida da regulação do sistema, ou deixar que as regras de fato surjam da própria experiência, a solução preferida foi a última: deixemos que os fatos aconteçam, que aos poucos serão ordenados em razão da exigência forçada da realidade das coisas³⁷⁶.

Todavia, a regulamentação específica do comércio eletrônico não é a única solução viável. Outra solução é a modificação das leis de proteção do consumidor já existentes. Inclusive, esse tema já foi tratado por Marques, ao sugerir a modificação de alguns dispositivos do CDC, para incluir a figura do consumidor que contrata pela Internet, como no caso do art. 49 *bis*, no CDC, referido acima.

Além disso, conforme mencionado no ponto 2.2 do trabalho, o Enunciado 167³⁷⁷ da III Jornada de Direito Civil reconheceu a aproximação que há entre o Código de Defesa do Consumidor e o novo Código Civil, visando a uma maior proteção do consumidor, inclusive quando contrata pela Internet.

Ademais, o Enunciado 173, proposto por Guilherme Magalhães Martins, reconheceu que o art. 434 do Código Civil é aplicável aos contratos celebrados por

³⁷⁴ SANTOLIM, César Viterbo Matos. Os princípios do consumidor e o comércio eletrônico no direito brasileiro. *Revista Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 14, n. 55, p. 83, jul./set. 2005.

³⁷⁵ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. E-commerce: implicações jurídicas das relações virtuais. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, v. 5, n. 104, p. 6-7, 15 maio 2001.

³⁷⁶ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Aspectos jurídicos do comércio eletrônico. Palestra apresentada no Seminário Internacional Comércio Eletrônico e Tributação, promovido pela ESAF, Brasília, 12 junho 2000. 14 p.

³⁷⁷ A Jornada foi organizada pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal e se reuniu em Brasília, no Superior Tribunal de Justiça, entre 1º. e 3 de dezembro de 2004.

meio eletrônico: “A formação dos contratos realizados entre pessoas ausentes, por meio eletrônico, completa-se com a recepção da aceitação pelo proponente”³⁷⁸.

No Brasil, enquanto não houver legislação específica sobre a proteção do consumidor que contrata por meios eletrônicos, caberá ao aplicador da lei utilizar a legislação já existente, qual seja, o Código de Defesa do Consumidor, em diálogo com o Código Civil de 2002, visando à preservação da dignidade da pessoa humana.

A elaboração de projetos de lei sobre o comércio eletrônico que assegurem a proteção do consumidor também no ambiente virtual demonstra que um dos caminhos a ser trilhado em busca da proteção do consumidor que contrata pela Internet, agente vulnerável na relação de consumo, é o da regulamentação específica.

Adotando o posicionamento de que é necessário regulamentar, penso ser importante conhecer as legislações já em vigor em outros países sobre relações de consumo estabelecidas por meios eletrônicos, para elaborar uma legislação especial – ou alterar as já existentes – com o objetivo de resguardar o consumidor em sua dignidade, inclusive quando celebra contratos pela Internet. Vejam-se alguns exemplos no ponto 3.3 abaixo.

3.3 O exemplo da legislação comparada de proteção ao consumidor que contrata pela Internet

No Brasil ainda não existe legislação específica para regulamentar a atuação dos fornecedores e consumidores no meio eletrônico. Por isso, é importante atentar para o fato de que existem leis estrangeiras que podem servir de modelo para a legislação brasileira a ser elaborada, caso se entenda necessária a regulamentação.

A Lei Modelo da UNCITRAL sobre comércio eletrônico (Model Law on Electronic Commerce of the United Nations Commission on International Trade Law)³⁷⁹ que, como o próprio nome revela, é somente um modelo com diretrizes ou recomendações para os países, contém algumas disposições sobre a formação dos

³⁷⁸ CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. Centro de Estudos Judiciários. Enunciados aprovados: III Jornada de Direito Civil. Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IIIJornada.pdf>>. Acesso em: 06 maio 2008.

Veja, também, AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de (Org.). *III Jornada de Direito Civil*. Brasília: CJF, 2005. p. 59.

³⁷⁹ O texto integral em inglês está disponível em: <<http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N97/763/57/PDF/N9776357.pdf?OpenElement>>. Acesso 22 fev. 2008.

contratos por meios eletrônicos, que determinam expressamente que não será negada a validade ou a força obrigatória da formação do contrato cujas oferta e aceitação sejam manifestadas por meio de mensagem de dados:

Article 11. Formation and validity of contracts

1. In the context of contract formation, unless otherwise agreed by the parties, an offer and the acceptance of an offer may be expressed by means of data messages. Where a data message is used in the formation of a contract, that contract shall not be denied validity or enforceability on the sole ground that a data message was used for that purpose³⁸⁰.

No âmbito da União Européia, existe a Diretiva 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de junho de 2000, relativa a certos aspectos legais dos serviços da sociedade de informação, em especial do comércio eletrônico, no mercado interno, ou, simplesmente, Diretiva sobre o comércio eletrônico³⁸¹. Essa Diretiva levou em consideração, entre outros aspectos, a garantia de segurança jurídica e a confiança do consumidor como características essenciais para o estabelecimento do comércio eletrônico no mercado interno da União Européia³⁸².

Trata-se de uma diretiva minimal³⁸³, uma vez que determina um nível mínimo de proteção ao consumidor, a ser adotado pelos países da União Européia. Os países podem escolher conferir um grau de proteção maior do que o nível previsto na diretiva a esse consumidor que contrata por meios eletrônicos³⁸⁴.

³⁸⁰ Disponível em: <<http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N97/763/57/PDF/N9776357.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 22 fev. 2008.

³⁸¹ Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32000L0031:PT:HTML>>. Acesso em: 22 fev. 2008.

³⁸² “Considerando o seguinte: [...] (7) A fim de garantir a segurança jurídica e a confiança do consumidor, é essencial que a presente diretiva estabeleça um quadro geral claro, que abranja certos aspectos legais do comércio eletrônico no mercado interno. [...]”.

³⁸³ “Considerando o seguinte: [...] (10) De acordo com o princípio da proporcionalidade, as medidas previstas na presente diretiva limitam-se ao mínimo estritamente necessário para alcançar o objetivo do correto funcionamento do mercado interno. Sempre que seja necessário intervir a nível comunitário, e a fim de garantir a existência de um espaço efetivamente isento de fronteiras internas no que diz respeito ao comércio eletrônico, a presente diretiva deve assegurar um alto nível de proteção dos objetivos de interesse geral, em especial a proteção dos menores e da dignidade humana, a defesa do consumidor e a proteção da saúde pública. Nos termos do artigo 152.o do Tratado, a proteção da saúde é uma componente essencial das outras políticas da Comunidade. [...]”.

³⁸⁴ Marques ensina que “[...] as Diretivas concernentes ao direito do consumidor são geralmente Diretivas minimais, respeitando os níveis de proteção mais altos de cada País [...]. As diretivas minimais estabelecem patamares mínimos comuns de defesa do consumidor, nunca patamares máximos”. MARQUES, Claudia Lima. Normas de proteção do consumidor (especialmente, no comércio eletrônico) oriundas da União Européia e o exemplo de sua sistematização no Código Civil

A Diretiva 2000/31/CE restringe-se às atividades econômicas prestadas através da rede³⁸⁵, não incluindo em seu âmbito de incidência os produtos e os serviços prestados por meios que não sejam a Internet. Com relação ao regime dos contratos celebrados por meios eletrônicos, a Diretiva sobre comércio eletrônico estabelece:

Artigo 9º. Regime dos contratos.

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

2. Os Estados-membros podem determinar que o n. 1 não se aplica a todos ou a alguns contratos que se inserem numa das categorias seguintes:

- a) Contratos que criem ou transfiram direitos sobre bens imóveis, com exceção de direitos de arrendamento;
 - b) Contratos que exijam por lei a intervenção de tribunais, entidades públicas ou profissões que exercem poderes públicos;
 - c) Contratos de caução e garantias prestadas por pessoas agindo para fins exteriores à sua atividade comercial, empresarial ou profissional;
 - d) Contratos regidos pelo direito de família ou pelo direito sucessório.
3. Os Estados-membros indicarão à Comissão as categorias a que se refere o n. 2 às quais não aplicam o disposto no n. 1. De cinco em

Alemão de 1896: notícia sobre as profundas modificações no BGB para incluir a figura do consumidor. *Revista de Direito Privado*, v. 1, n. 4, p. 62, out./dez. 2000.

³⁸⁵ “Considerando o seguinte: [...] (18) Os serviços da sociedade da informação abrangem uma grande diversidade de atividades econômicas. Tais atividades podem, nomeadamente, consistir na venda de mercadorias em linha. Não são abrangidas atividades como a entrega de mercadorias enquanto tal ou a prestação de serviços fora de linha. Os serviços da sociedade da informação não dão apenas a possibilidade de celebrar contratos em linha, mas também, tratando-se de uma atividade econômica, serviços que não são remunerados pelo respectivo destinatário, como os que consistem em prestar informações em linha ou comunicações comerciais, ou ainda os que fornecem ferramentas de pesquisa, acesso e descarregamento de dados. Os serviços da sociedade da informação abrangem igualmente a transmissão de informação por meio de uma rede de comunicações, de fornecimento de acesso a uma rede de comunicações ou de armazenagem de informações prestadas por um destinatário do serviço. A radiodifusão televisiva, na acepção da Diretiva 89/552/CEE, e a radiodifusão não constituem serviços da sociedade da informação, dado não serem prestados mediante pedido individual. Ao invés, os serviços transmitidos ponto a ponto, como o vídeo a pedido ou o envio de comunicações comerciais por correio eletrônico são serviços da sociedade da informação. A utilização do correio eletrônico ou de comunicações comerciais equivalentes, por exemplo, por parte de pessoas singulares agindo fora da sua atividade comercial, empresarial ou profissional, incluindo a sua utilização para celebrar contratos entre essas pessoas, não são serviços da sociedade da informação. A relação contratual entre um assalariado e a sua entidade patronal não é um serviço da sociedade da informação. As atividades que, pela sua própria natureza, não podem ser exercidas à distância e por meios eletrônicos, tais como a revisão oficial de contas de sociedades, ou o aconselhamento médico, que exija o exame físico do doente, não são serviços da sociedade da informação. [...]”. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32000L0031:PT:HTML>>. Acesso 22 fev. 2008.

cinco anos, os Estados-membros apresentarão à Comissão um relatório sobre a aplicação do n. 2, em que exporão as razões pelas quais consideram necessário manter à categoria contemplada na alínea b) do n. 2 a que não aplicam o disposto no n. 1.

Artigo 10º. Informações a prestar.

1. Além de outros requisitos de informação constantes da legislação comunitária, os Estados-membros assegurarão, salvo acordo em contrário das partes que não sejam consumidores, e antes de ser dada a ordem de encomenda pelo destinatário do serviço, que, no mínimo, o prestador de serviços preste em termos exatos, compreensíveis e inequívocos, a seguinte informação:

- a) As diferentes etapas técnicas da celebração do contrato;
- b) Se o contrato celebrado será ou não arquivado pelo prestador do serviço e se será acessível;
- c) Os meios técnicos que permitem identificar e corrigir os erros de introdução anteriores à ordem de encomenda;
- d) As línguas em que o contrato pode ser celebrado.

2. Os Estados-membros assegurarão, salvo acordo em contrário das partes que não sejam consumidores, que o prestador indique os eventuais códigos de conduta de que é subscritor e a forma de consultar eletronicamente esses códigos.

3. Os termos contratuais e as condições gerais fornecidos ao destinatário têm de sê-lo numa forma que lhe permita armazená-los e reproduzi-los.

4. Os n. 1 e 2 não são aplicáveis aos contratos celebrados exclusivamente por correio eletrônico ou outro meio de comunicação individual equivalente.

Artigo 11º. Ordem de encomenda.

1. Os Estados-membros assegurarão, salvo acordo em contrário das partes que não sejam consumidores, que, nos casos em que o destinatário de um serviço efetue a sua encomenda exclusivamente por meios eletrônicos, se apliquem os seguintes princípios:

- o prestador de serviços tem de acusar a recepção da encomenda do destinatário do serviço, sem atraso injustificado e por meios eletrônicos,
- considera-se que a encomenda e o aviso de recepção são recebidos quando as partes a que são endereçados têm possibilidade de aceder a estes.

2. Os Estados-membros assegurarão, salvo acordo em contrário das partes que não sejam consumidores, que o prestador de serviços ponha à disposição do destinatário do serviço os meios técnicos adequados, eficazes e acessíveis, que lhe permitam identificar e corrigir erros de introdução antes de formular a ordem de encomenda.

3. O n. 1, primeiro travessão, e o n. 2 não são aplicáveis aos contratos celebrados exclusivamente por correio eletrônico ou outro meio de comunicação individual equivalente.

A Diretiva 2000/31/CE sobre o comércio eletrônico, em conjunto com a Diretiva 93/12/CEE do Conselho, de 5 de abril de 1993, relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com consumidores, e a Diretiva 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, constituem elemento essencial da proteção do consumidor em matéria contratual no âmbito da União Européia³⁸⁶ e podem ser utilizadas como modelos a serem seguidos pelo legislador brasileiro, quando este elaborar o texto final da legislação específica que será aplicada na proteção e na defesa do consumidor que contrata por meios eletrônicos.

A Diretiva 97/7/CE, relativa à proteção dos consumidores em matéria de contratos à distância, é considerada a mais importante para os direitos materiais dos consumidores europeus no comércio eletrônico³⁸⁷, porque a Internet, considerada meio de contratação à distância, é meio de comunicação que acentua a vulnerabilidade do consumidor. Ademais, a distância física entre consumidor e fornecedor causa insegurança quanto às informações prestadas, à qualidade e às garantias contratuais.

³⁸⁶ Além das três diretivas já referidas, há outras diretivas aplicáveis na sua integralidade aos serviços da sociedade da informação, tais como: a Diretiva 84/450/CEE do Conselho, de 10 de setembro de 1984, relativa à publicidade enganosa e comparativa, a Diretiva 87/102/CEE do Conselho, de 22 de dezembro de 1986, relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-membros relativas ao crédito ao consumo, a Diretiva 93/22/CEE do Conselho, de 10 de maio de 1993, relativa aos serviços de investimento no domínio dos valores mobiliários, a Diretiva 90/314/CEE do Conselho, de 13 de junho de 1990, relativa às viagens organizadas, férias organizadas e circuitos organizados, a Diretiva 98/6/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de fevereiro de 1998, relativa à defesa dos consumidores em matéria de indicações dos preços dos produtos oferecidos aos consumidores, a Diretiva 92/59/CEE do Conselho, de 29 de Junho de 1992, relativa à segurança geral dos produtos, a Diretiva 94/47/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de Outubro de 1994, relativa à proteção dos adquirentes quanto a certos aspectos dos contratos de aquisição de um direito de utilização a tempo parcial de bens imóveis, a Diretiva 98/27/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 19 de maio de 1998, relativa às ações inibitórias em matéria de proteção dos interesses dos consumidores, a Diretiva 85/374/CEE do Conselho, de 25 de julho de 1985, relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-membros em matéria de responsabilidade decorrente dos produtos defeituosos, a Diretiva 1999/44/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de maio de 1999, relativa a certos aspectos da venda de bens de consumo e garantias conexas, a futura diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à comercialização à distância de serviços financeiros junto dos consumidores, a Diretiva 92/28/CEE do Conselho, de 31 de março de 1992, relativa à publicidade dos medicamentos para uso humano. Também, consta no Considerando (11) da Diretiva sobre o comércio eletrônico que ela deve ser aplicável sem prejuízo do disposto na Diretiva 98/43/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 6 de julho de 1998, relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-membros em matéria de publicidade e de patrocínio dos produtos do tabaco, que foi adotada no âmbito do mercado interno, e nas diretivas relativas à proteção da saúde pública. É preciso ressaltar que a Diretiva 2000/31/CE é complementar aos requisitos de informação fixados nas diretivas citadas acima, em especial na Diretiva 97/7/CE relativa à proteção dos consumidores em matéria de contratos à distância. Essas informações foram retiradas no texto do Considerando (11) da Diretiva 2000/31/CE, Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32000L0031:PT:HTML>>. Acesso em: 22 fev. 2008.

³⁸⁷ MARQUES, Claudia Lima. Normas de proteção do consumidor (especialmente, no comércio eletrônico) oriundas da União Européia e o exemplo de sua sistematização no Código Civil Alemão de 1896: notícia sobre as profundas modificações no BGB para incluir a figura do consumidor. *Revista de Direito Privado*, v. 1, n. 4, p. 69-70, out./dez. 2000.

No âmbito dos países membros da União Europeia, a França possui o *Code de la Consommation*, que consolidou as leis internas e as diretivas europeias sobre a proteção do consumidor³⁸⁸.

A Itália aprovou o *Codice del Consumo* em 2005 e optou por modificar pontualmente a Parte Especial de seu Código Civil para incluir a proteção do consumidor nas disposições contratuais. Ascensão noticia, a respeito do Código de Consumo italiano e os contratos eletrônicos:

Tendencialmente, propõe-se regular toda a matéria que respeita ao consumidor. Os contratos à distância, por exemplo, são regulados porque está em causa a defesa do consumidor em situações em que está mais vulnerável. Mas seria excessivo absorver no *Codice* toda a legislação existente. Por vezes faz-se apenas remissão para leis especiais em vigor. É o que se passa por exemplo com o comércio eletrônico³⁸⁹.

O mesmo autor afirma que em Portugal, o Anteprojeto de Código do Consumidor deixa de fora a matéria sobre comércio eletrônico, porque já é o objeto do Decreto-Lei n. 7, de 7 de janeiro de 2004, que transpõe a Diretiva 2000/31/CE³⁹⁰.

A lei portuguesa sobre comércio eletrônico, aprovada pelo Decreto Lei n. 7/2004, possui, entre as suas disposições, normas sobre a contratação eletrônica, regulando o âmbito de incidência da norma, a forma das declarações emitidas eletronicamente, a disponibilização de meios técnicos eficazes que permitam identificar e corrigir erros, antes de formular o pedido, direito de informação do consumidor, aviso de recepção do pedido feito pelo consumidor, apresentação dos termos contratuais e das cláusulas gerais e a oferta por meio eletrônico³⁹¹.

³⁸⁸ Veja CALAIS-AULOY, Jean; STEINMETZ, Frank. *Droit de la consommation*. 7. éd. Paris: Dalloz, 2006.

³⁸⁹ ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito europeu do consumidor e direito brasileiro. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 32, p. 181, out./dez. 2007. O autor critica o nome do código, pois pensa que o mais correto seria "Código do Consumidor", já que não está no núcleo o regime do consumo por si, mas a proteção do consumidor. ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito europeu do consumidor e direito brasileiro. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 32, p. 182, out./dez. 2007.

³⁹⁰ ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito europeu do consumidor e direito brasileiro. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 32, p. 181, out./dez. 2007.

³⁹¹ PORTUGAL. Ministério da Justiça. *Lei do comércio electrónico anotada*: aprovada pelo Decreto-Lei n. 7/2004, de 7 de janeiro, que transpõe para a ordem jurídica nacional a Directiva n. 2000/31/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de junho de 2000, relativa a certos aspectos legais dos serviços da sociedade de informação, em especial do comércio electrónico, no mercado interno. Coimbra: Coimbra Ed., 2005.

Da mesma maneira que Portugal, a Espanha também transpôs para o âmbito interno do país as disposições da Diretiva 2000/31/CE, o que resultou na Lei n. 34, de 11 de julho de 2002, a chamada Lei de Serviços da Sociedade de Informação e de Comércio Eletrônico³⁹².

Na Alemanha, depois de ter modificado o Código Civil alemão, para incluir a figura do consumidor no § 13³⁹³ e a figura do fornecedor no § 14³⁹⁴, o legislador incluiu no BGB expressa menção aos contratos celebrados por meios eletrônicos, no § 312e³⁹⁵. O legislador alemão dispõe sobre as obrigações no comércio eletrônico

³⁹² CARCELLER, Antonio Salas (Dir.). *La ley de servicios de la sociedad de la información y el comercio electrónico*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2007.

³⁹³ “§ 13 Consumatore

Consumatore è ogni persona fisica che conclude un negozio giuridico per un fine che non può essere ricondotto né alla attività imprenditoriale né alla sua attività libero professionale”. PAGNOTTA, Luca Alberto. Parte general: persone: § 1-103. In: *Codice Civile Tedesco*. Traduzione e presentazione a cura di Saltatore Patti. Milano: A. Giuffrè, 2005. p. 5.

Veja a análise sobre a modificação do BGB para a inclusão da figura do consumidor e do fornecedor na Parte Geral do Código em MARQUES, Claudia Lima. Normas de proteção do consumidor (especialmente, no comércio eletrônico) oriundas da União Européia e o exemplo de sua sistematização no Código Civil Alemão de 1896: notícia sobre as profundas modificações no BGB para incluir a figura do consumidor. *Revista de Direito Privado*, v. 1, n. 4, p. 50-93, out./dez. 2000.

³⁹⁴ “§ 14 Impreditore

(1) Impreditore è ogni persona fisica o giuridica o una società di persone avente capacità giuridica, che alla conclusione di un negozio giuridico agisce nell'esercizio dell'attività imprenditoriale o dell'attività libero professionale.

(2) Una società di persone avente capacità à una società di persone dotata della capacità di acquistare diritti e assumere obbligazioni”. PAGNOTTA, Luca Alberto. Parte general: persone: § 1-103. In: *Codice Civile Tedesco*. Traduzione e presentazione a cura di Saltatore Patti. Milano: A. Giuffrè, 2005. p. 5.

Veja a análise sobre a modificação do BGB para a inclusão da figura do consumidor e do fornecedor na Parte Geral do Código em MARQUES, Claudia Lima. Normas de proteção do consumidor (especialmente, no comércio eletrônico) oriundas da União Européia e o exemplo de sua sistematização no Código Civil Alemão de 1896: notícia sobre as profundas modificações no BGB para incluir a figura do consumidor. *Revista de Direito Privado*, v. 1, n. 4, p. 50-93, out./dez. 2000.

³⁹⁵ “§ 312e Obblighi nel commercio elettronico

(1) Se un imprenditore si serve allo scopo di concludere un contratto di fornitura di merci o di prestazione di servizi di un teleservizio o di un servizio mediatico (contratto nel commercio elettronico), egli deve

1. mettere a disposizione del cliente mezzi tecnici adeguati, efficienti e accessibili, con il cui aiuto il cliente può riconoscere e correggere errori connessi all'inserimento dei dati prima della trasmissione della sua ordinazione,

2. comunicare al cliente chiaramente e comprensibilmente, tempestivamente prima della trasmissione della sua ordinazione, le informazioni stabilite nel decreto di cui all'articolo 241 delle disposizioni preliminari al codice civile,

3. confermare al cliente senza ritardo per via elettronica la ricezione della sua ordinazione e

4. procurare al cliente la possibilità di richiamare al momento della conclusione del contratto le clausole contrattuali, comprese le condizioni generali di contratto e di memorizzarle in una forma riproducibile.

Ordinazioni e conferme di ricevimento ai sensi del periodo 1, n. 3, valgono come ricevute, se le parti, per le quali sono state determinate, possono richiamarle con le modalità ordinarie.

(2) Il comma 1, periodo 1, numeri 1 a 3 non trovano applicazione quando il contratto è stato concluso esclusivamente mediante comunicazione individuale. Il comma 1, periodo 1, numeri da 1 a 3 e periodo 2 non sono consumatori, è stato accordato altrimenti.

da seguinte forma: menciona que, se o empresário (fornecedor) utilizar, com o objetivo de celebrar um contrato de fornecimento de bens ou de serviços, de um serviço telefônico ou eletrônico (contrato no comércio eletrônico), deve disponibilizar aos consumidores técnicas adequadas, eficientes e acessíveis para a correção de erros relacionados com a inclusão de dados pessoais, antes da transmissão de seu pedido; deve informar ao consumidor, de forma clara e compreensível, sem demora, antes da transmissão de seu pedido, as informações previstas pelo § 241 do Código Civil; deve confirmar, sem demora, o recebimento do pedido eletrônico do consumidor; e deve proporcionar ao consumidor a possibilidade de tomar conhecimento e de armazenar as cláusulas contratuais, incluindo as condições gerais do contrato, de forma a poder reproduzi-las.

A inclusão de uma disposição específica sobre contrato eletrônico no BGB é uma inovação surpreendente, que deve servir de modelo ao legislador brasileiro, caso entenda pela elaboração de lei específica que regulamente a contratação por meios eletrônicos, ou objetive alterar o Código de Defesa do Consumidor.

No âmbito da América Latina, atualmente Stiglitz e Stiglitz enfatizam que na Argentina:

[...] não existem normas específicas relativas à defesa do consumidor no âmbito da contratação eletrônica, com a ressalva do art. 32 e seguintes da lei de defesa do consumidor, referindo em geral, os contratos celebrados fora dos estabelecimentos comerciais, mas que em particular se aplicam também a estas técnicas de contratação por meios eletrônicos especificamente, via Internet³⁹⁶.

Da mesma forma, é possível aplicar toda a legislação vigente na Argentina em matéria de proteção do consumidor ao consumidor que contrata pela Internet, ante a ausência de regulamentação específica.

A Lei Argentina traz uma disposição expressa, no Capítulo VII, que dispõe sobre A Venda a Domicílio, por Correspondência e Outras. O art. 33 define venda

(3) Sono salvi obblighi ulteriori di informazione nascenti da altre disposizioni. Se al cliente spetta un diritto di revoca ai sensi del § 355, il termine per la revoca, in deroga al § 355, comma 2, periodo 1, non inizia a decorrere prima dell'adempimento agli obblighi disciplinati nel comma 1, periodo 1". CUBEDDU, Maria Giovanna. Rapporti obbligatori derivanti da contratto: § 311-359. In: *Codice Civile Tedesco*. Traduzione e presentazione a cura di Saltatore Patti. Milano: A. Giuffrè, 2005. p. 185-187.

³⁹⁶ STIGLITZ, Gabriel A.; STIGLITZ, Rúben S. La protección del consumidor en la contratación por Internet. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*. Homenagem a Clóvis do Couto e Silva. Argentina e a Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre: UFRGS, Coleção Direito Comparado II, v. 1, n. 2, p. 68, set. 2003.

por correspondência como sendo “aquela em que a proposta se efetua por meio postal, telecomunicações, eletrônico ou similar e a resposta à mesma se realiza por iguais meios”³⁹⁷.

Também, a Lei dispõe de um direito de arrependimento, que pode ser exercido no prazo de 5 dias, caso a venda seja por um desses meios³⁹⁸.

Ademais, a Argentina conta com o “Proyecto Argentino sobre Regulación del Comercio Electrónico”³⁹⁹ que, em seu art. 1º., estabelece:

La presente ley tiene por objeto el establecimiento de régimen jurídico de la contratación por vía electrónica, en lo referente a Las comunicaciones comerciales, a la información previa y posterior a la celebración de contratos por esa vía y a las condiciones relativas a su validez y eficacia, así como las obligaciones de los prestadores de los servicios empleados en la formulación de ofertas y en la celebración de los contratos, tales como los operadores de telecomunicaciones y de mercados virtuales, los proveedores de acceso a Internet y de servicios de alojamiento de datos, los portales, los motores de búsqueda y cualquier otro sujeto que disponga de un sitio en Internet a través del que realice alguna de esas actividades⁴⁰⁰.

É importante notar que esse projeto de lei prevê a aplicação das normas de proteção dos consumidores no campo do comércio eletrônico:

Ninguna de las disposiciones de la presente ley se interpretará en el sentido de limitar el alcance de normas que tengan por finalidad de defensa nacional, la seguridad pública, la defensa de la competencia y de los derechos del consumidor, la protección de los datos personales, el régimen tributario y las normas internacionales incorporadas al derecho interno⁴⁰¹.

³⁹⁷ Artigo 33 da Lei Argentina de Defesa do Consumidor, n. 24.240, de 1993. Veja ARGENTINA. Ley 24.240 – Defensa del Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 26, p. 292-308, abr./jun. 1998.

³⁹⁸ Artigo 34 da Lei Argentina de Defesa do Consumidor, n. 24.240, de 1993. Artigo 34 – Revogação da Aceitação. Nos casos dos artigos 32 e 33, o consumidor tem direito a revogar a aceitação durante o prazo de cinco (5) dias corridos, contatos a partir da data em que se entregar a coisa ou se celebrar o contrato, o último que ocorrer, sem responsabilidade alguma. Essa faculdade não pode ser dispensada nem renunciada. Veja ARGENTINA. Ley 24.240 – Defensa del Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 26, p. 292-308, abr./jun. 1998.

³⁹⁹ Esta boa notícia é trazida por TINAJEROS ARCE, Érika Patricia. La protección del consumidor electrónico en los países del MERCOSUR. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 14, n. 54, p. 177, abr./jun. 2005.

⁴⁰⁰ Veja o inteiro teor do *Proyecto de ley de regulación del comercio electrónico*. Disponível em: <<http://www.internatua.org.ar>>. Acesso em: 10 jan. 2007.

⁴⁰¹ É o que dispõe o Parágrafo Único do art. 1º. do Projeto de lei argentino de regulação do comércio eletrônico. Disponível em: <<http://www.internatua.org.ar>>. Acesso em: 10 jan. 2007.

No art. 2º., o projeto de lei traz a definição de consumidor, diferenciando o usuário – que contrata pela Internet para o desenvolvimento de uma atividade comercial – do usuário final, que é o consumidor que contrata pela Internet apenas para seu próprio uso. Aqui, nota-se uma ampliação do conceito de consumidor, para incluir, entre os usuários que celebram contratos pela Internet, os que se utilizam dela para o desenvolvimento de uma atividade comercial.

Artículo 2º. Definiciones

[...]

Consumidor o usuario: la persona física o jurídica que contrata la locación o adquisición de bienes, o la prestación de servicios, a título oneroso, para su consumo propio o de su grupo familiar, o para una actividad comercial.

Consumidor o usuario final: el consumidor o usuario que no contrata ni bienes ni servicios para una actividad comercial. [...] ⁴⁰².

Além disso, o projeto de lei argentino traz disposições quanto ao seu âmbito de aplicação (art. 3º.), princípio da autorização prévia (art. 4º.), informação geral que deve proporcionar o prestador de serviços (art. 5º.), Código de Conduta (art. 6º.), contratos por via eletrônica (art. 7º.), prova dos contratos celebrados por via eletrônica (art. 8º.), obrigações prévias ao início do procedimento de contratação – informação exigida (art. 9º.), obrigações do emissor no procedimento de celebração do contrato (art. 10), responsabilidade dos operadores de redes e provedores de acesso (art. 11), responsabilidade dos prestadores de serviços que realizam cópia temporária dos dados solicitados pelos usuários (art. 12), responsabilidade dos prestadores de serviços de arquivamento e armazenamento de dados (art. 13), responsabilidade dos prestadores de serviços que facilitem acesso a conteúdos ou instrumentos de busca (art. 14) e a autoridade de aplicação (art. 15).

Já com relação à informática, a Bolívia conta com um Projeto de Lei Nacional⁴⁰³ sobre tal matéria. Esse Projeto tem como objetivo desenvolver a parte estrutural, de infra-estrutura da informática, formar pessoas especializadas tecnicamente, mas não dispõe sobre a proteção do consumidor no ambiente virtual.

Há quem diga que:

⁴⁰² Art. 2º. do Projeto de lei argentino de regulação do comércio eletrônico. Disponível em: <<http://www.internatua.org.ar>>. Acesso em: 10 jan. 2007.

⁴⁰³ Proyecto de Ley Nacional de Informática – C. I. – 07-90, La Paz, Bolivia conforme TINAJEROS ARCE, Érika Patricia. La protección del consumidor electrónico en los países del MERCOSUR. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 14, n. 54, p. 177, abr./jun. 2005.

O comércio eletrônico nos países que formam o MERCOSUL começa sem a existência de um marco regulatório preciso, deixando a massa de consumidores em uma situação de crescente desproteção, a qual deve ser atendida e regulada pelo direito. De um lado, existe a preocupação em manter um mínimo de proteção dos consumidores na legislação interna e, de outro, com a abertura de mercados e a livre concorrência, a idéia mestra é a da liberdade e facilitação do comércio internacional⁴⁰⁴.

Entretanto, prefiro ficar com aqueles que dizem que o nível de proteção alcançado no Brasil atualmente, se transposto aos outros países do MERCOSUL e aos países associados, é, em princípio, satisfatório para a proteção do consumidor, inclusive no comércio eletrônico.

Mas não se pode negar que tanto a criação de leis específicas, como a modificação das leis de proteção do consumidor, para incluir a figura do consumidor que contrata por meios eletrônicos, assegurariam um nível ainda maior, mais próximo dos *standards* internacionais.

E mais, o *standard* internacional de proteção deverá ser observado ao eliminar as assimetrias não só na proteção genérica dos consumidores do bloco, mas também na proteção dos vulneráveis enquanto consumidores que contratam por meios eletrônicos, para haver uma inserção maior do MERCOSUL no contexto do consumo internacional contemporâneo⁴⁰⁵.

A proteção do consumidor no comércio eletrônico é uma das grandes questões a serem solucionadas pelo direito, sobretudo nos processos de integração como o MERCOSUL, a exemplo da União Européia, nos quais essa proteção influencia diretamente o sucesso do bloco, na medida em que assegura e estimula o consumo intrabloco⁴⁰⁶ e entre os blocos de integração regionais.

Com o intuito de harmonizar, desde o princípio, a regulamentação das contratações por meio eletrônico – que se faz necessária –, seria aconselhável seguir o caminho já trilhado pela UNCITRAL, ao elaborar a Lei Modelo para o comércio eletrônico. Segundo Estrella Faria, “La armonización internacional de las

⁴⁰⁴ TINAJEROS ARCE, Érika Patrícia. Bolivia: protección del consumidor en el MERCOSUR: primeras observaciones sobre publicidad y oferta en el comercio electrónico. *Alfa-Redi: Revista de Derecho Informático*, Lima, n. 78, enero 2005. Disponível em: <<http://www.alfa-redi.org/revista/data/80-1.asp>>. Acesso em: 6 jun. 2005. Tradução realizada livremente.

⁴⁰⁵ FELLOUS, Beyla Esther. *Proteção do consumidor no MERCOSUL e na União Européia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 178.

⁴⁰⁶ FELLOUS, Beyla Esther. *Proteção do consumidor no MERCOSUL e na União Européia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 178.

normas aplicables a este comercio era la conclusión lógica de toda tentativa de reglamentar los efectos de un desarrollo tecnológico que ha dado lugar⁴⁰⁷.

Atualmente, há a necessidade de se definir princípios pelos quais deve se pautar o novo marco legal no campo do comércio eletrônico⁴⁰⁸. Exemplos e modelos a serem seguidos não faltam para o legislador brasileiro, conforme se exemplificou acima.

⁴⁰⁷ ESTRELLA FARIA, José A. Posibilidades y límites de la armonización del derecho en materia de contratación electrónica. *DeCITA: Revista de Direito do Comércio Internacional: temas e atualidades: Internet, comércio eletrônico e sociedade da informação*, Florianópolis, v. 5, n. 6, p. 226, 2006.

⁴⁰⁸ ESTRELLA FARIA, José A. Posibilidades y límites de la armonización del derecho en materia de contratación electrónica. *DeCITA: Revista de Direito do Comércio Internacional: temas e atualidades: Internet, comércio eletrônico e sociedade da informação*, Florianópolis, v. 5, n. 6, p. 227, 2006.

4 CONCLUSÃO

Diante de uma diversidade de fatores que levam ao surgimento de novos contratos e de variados meios de contratação, o direito não pode ficar atrelado a dogmas inertes que se adequavam a um determinado período histórico e a uma ordem econômica, política e social específica. O ideal do contrato como acordo de vontades livres e iguais está, em muitos casos, dissociado da realidade. A multiplicação dos contratos, observada na celebração de contratos de adesão, por telefone, por meios da informática – o contrato celebrado através da Internet, inclusive –, os contratos internacionais e os contratos de consumo, mostram que a maneira de se pensar o direito no Século XXI deve se transformar para, mais forte e completa, tornar-se ferramenta eficaz no trato das relações jurídicas que estão sendo estabelecidas na Internet.

A autonomia da vontade não desapareceu da teoria geral dos contratos, mas vem se adaptando ao desenvolvimento das relações jurídicas atuais. Tanto é assim que, conforme se demonstrou, alguns juristas sugerem a substituição da expressão “autonomia da vontade” por “autonomia privada”, sustentando ser esta mais adequada à realidade. A mudança do enfoque deve ser dada pela interpretação de que a manifestação de vontade das partes, em contratos de adesão, em contratos de consumo e em contratos celebrados pela Internet não se caracteriza pela entrega da vontade livre e consciente do que está sendo acordado, mas do que está sendo determinado pela parte mais forte, pelos usos do tráfego e pelas práticas comerciais.

Com o objetivo de manter o equilíbrio entre as partes contratantes e evitar que a parte mais forte – no caso dos contratos de consumo, o fornecedor – submetesse a parte mais débil – o consumidor – às suas práticas, às vezes abusivas, o Estado, manifestando-se por meio do dirigismo contratual, impôs restrições à liberdade de contratar, com base no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, no princípio da boa-fé – consagrado pelo Código de Defesa do Consumidor e atualmente também previsto no Código Civil –, nos bons costumes e na ordem pública.

A aprovação do Código de Defesa do Consumidor, no início da década de 1990, com certeza representou um extraordinário avanço para a proteção dos interesses dos consumidores. Na medida em que privilegiou o aspecto preventivo e estabeleceu medidas de grande alcance prático para os diversos setores das

relações de consumo, o Código inovou ao consagrar soluções flexíveis para a tutela dos interesses dos consumidores. Do mesmo modo, a entrada em vigor do novo Código Civil, ocorrida em 2003, não deve significar um retrocesso do nível de proteção alcançado para os consumidores. O Código Civil deve constituir instrumento fundamental para uma melhor e maior proteção da parte mais fraca na relação de consumo, visando à garantia da dignidade da pessoa humana.

Os contratos eletrônicos de consumo, conquanto se assemelhem a “comportamento concludente”, “relação contratual de fato”, “conduta social típica” ou, ainda, “contato social”, preservam, em sua essência, a natureza de contrato, na medida em que configuram acordos de vontades destinados a criar, modificar ou extinguir relações jurídicas de natureza patrimonial. O vínculo estabelecido entre consumidor e fornecedor no comércio eletrônico constitui-se, o mais das vezes, em contrato de adesão que, pela peculiaridade do meio em que celebrados, acentuam ainda mais o distanciamento entre as partes e a vulnerabilidade do consumidor.

É possível afirmar que essas alterações que estão ocorrendo, conhecidas como “a nova crise do contrato”, vêm provocando profundas mudanças na ciência do direito e, principalmente, na maneira como os princípios gerais contratuais são interpretados e acentuando a tutela da confiança despertada no consumidor de ver atendidos os seus interesses. Do mesmo modo, a ciência jurídica tem acompanhado essas alterações e procurado soluções para esse impasse, de maneira a adequar a teoria à prática. Uma maneira bastante eficaz de se proceder a essa adequação é aplicar o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil à luz dos princípios constitucionais, para proteger o consumidor em sua dignidade, saúde e segurança.

Isso é importante, porque, conforme analisado, os contratos celebrados pela Internet promovem uma acentuada despersonalização dos sujeitos que se relacionam virtualmente, fenômeno que vai de encontro à ordem constitucional inaugurada com a Constituição da República de 1988.

Neste passo, o advento de uma legislação específica, que regulamente cautelosamente o vínculo estabelecido por meio eletrônico, somente podem resultar em acréscimo da proteção e da defesa do consumidor, haja vista que as normas e princípios constitucionais e legais têm plena aplicação aos contratos eletrônicos de consumo.

A regulamentação jurídica dessas novidades técnicas impõe o reexame de conceitos tradicionais, como sempre ocorre quando novos desenvolvimentos

tecnológicos são criados. Ao jurista cabe, por um lado, empreender a releitura do sistema vigente, aprofundando a análise dos valores e dos princípios inscritos no cerne dos conceitos tradicionais, lançando mão de uma interpretação à luz da Constituição, estando sempre atento aos novos desafios; por outro, ser o mediador entre os interesses múltiplos, às vezes contraditórios, que a utilização da tecnologia gera frente às distintas categorias de atores, sejam eles fornecedores ou consumidores.

Também cabe ao jurista conciliar os princípios contratuais clássicos com a concepção pós-moderna, múltipla e pluralista de contrato, superando os impasses existentes e catalisando a verdadeira revolução cultural que está ocorrendo, iniciada pelo advento da Internet. “A nova sociedade exige, pois, um novo direito, uma nova dogmática jurídica”⁴⁰⁹.

Por último, não se pode deixar de reconhecer o importante papel que terá o Poder Judiciário na interpretação das normas de proteção dos consumidores para adaptá-las ao consumo realizado por meio da Internet. Caberá aos julgadores e à ação concretizadora da jurisprudência a tarefa de contribuir de modo decisivo para definir os limites e o alcance dos dispositivos contemplados pelo Código de Defesa do Consumidor, em diálogo com o Código Civil e almejando a proteção da dignidade da pessoa humana, ao analisar as relações contratuais de consumo pela Internet.

⁴⁰⁹ WALD, Arnoldo. A evolução do contrato no terceiro milênio e o novo Código Civil. In: ALVIM NETO, José Manuel de Arruda; CÉSAR, Joaquim Portes Cerqueira; ROSAS, Roberto (Coord.). *Aspectos controvertidos do novo Código Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 67.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de (Org.). *III Jornada de Direito Civil*. Brasília: CJP, 2005.

_____. Aspectos do Código de Defesa do Consumidor. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, v. 13, n. 52, p. 167-187, jul. 1991.

_____. Aspectos jurídicos do comércio eletrônico. Palestra apresentada no Seminário Internacional Comércio Eletrônico e Tributação, promovido pela ESAF, Brasília, 12 junho 2000. 14 p.

_____. E-commerce: implicações jurídicas das relações virtuais. *Revista Consulex*, Brasília, v. 5, n. 104, p. 6-8, 15 maio 2001.

_____. Projeto de Código Civil: as obrigações e os contratos. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 89, n. 775, p. 18-31, maio 2000.

ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. *Direito das obrigações*. 9. ed., rev. e aum. Coimbra: Almedina, 2006.

_____. *Noções fundamentais de direito civil*. 4. ed., rev. e atual. com a colaboração de Henrique Sousa Antunes. Coimbra: Almedina, 2001.

ALMEIDA, Ricardo Gesteira Ramos de. Aspectos relevantes dos contratos eletrônicos. In: FERREIRA, Ivette Senise; BAPTISTA, Luiz Olavo (Coord.). *Novas fronteiras do direito na era digital*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 83-104.

ALTERINI, Atilio Aníbal; LÓPEZ CABANA, Roberto M. *La autonomía de la voluntad en el contrato moderno*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1989.

AMADEO, Nelson Fatte Real. Força obrigatória das tratativas na formação dos contratos. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 140-145, abr. 1953.

AMARAL JÚNIOR, Alberto do. *Proteção do consumidor no contrato de compra e venda*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica: perspectivas estrutural e funcional. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, p. 5-41, 1989. Estudos em homenagem ao Professor Doutor Ferrer-Correia.

_____. *Direito civil: introdução*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ANDRADE, Darcy Bessone de Oliveira. *Do contrato: teoria geral*. 3. ed. Rio de Janeiro, 1987.

ARGENTINA. Ley 24.240 – Defensa del Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 26, p. 292-308, abr./jun. 1998.

_____. *Proyecto de ley de regulación del comercio electrónico*. Disponível em: <<http://www.internatua.org.ar>>. Acesso em: 10 jan. 2007.

ARRIGHI, Jean Michel. La protección de los consumidores y el MERCOSUR. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 2, p. 124-136, jun. 1992.

ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito europeu do consumidor e direito brasileiro. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 32, p. 179-192, out./dez. 2007.

ASSIS, Araken de. Dos contratos em geral. In: ALVIM, Arruda; ALVIM, Thereza (Coord.). *Comentários ao Código Civil Brasileiro: do direito das obrigações: arts. 421 a 578*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. 5.

ATHENIENSE, Alexandre. Auto-aplicação do Código do Consumidor nas transações de bens corpóreos pelo comércio eletrônico na Internet. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 10, n. 38, p. 298-304, abr./jun. 2001.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

BALLARINO, Tito. A Internet e a conclusão dos contratos. In: POSENATO, Naiara (Org.). *Contratos internacionais: tendências e perspectivas: estudos de direito internacional privado e direito comparado*. Ijuí: Unijuí, 2006. p. 203-228.

BARBOZA, Heloisa Helena. Reflexões sobre a autonomia negocial. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas: estudos em homenagem ao Professor Ricardo César Pereira Lira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 407-423.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988: arts. 1 a 4*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. v. 1.

_____. *Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988: arts. 5 a 17*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 2.

_____. *Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988: arts. 170 a 192*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. v. 7.

_____. *Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988: arts. 233 a 250*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 9.

BDINE JÚNIOR, Hamid Charaf. *Cessão da posição contratual*. São Paulo: Saraiva, 2007.

BENJAMIN, Antônio Herman de Vaconcellos e. Das práticas comerciais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 9. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. p. 251-503.

_____. Apresentação. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto do. *Proteção do consumidor no contrato de compra e venda*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. XIII-XXVI.

BESSA, Leonardo Roscoe. *Aplicação do Código de Defesa do Consumidor: análise crítica da relação de consumo*. Brasília: Brasília Jurídica, 2007.

BETTI, Emilio. *Teoría general del negocio jurídico*. 2. ed. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1959.

BIANCA, Massimo Cesare. *Diritto civile: il contratto*. 2. ed. Milano: A. Giuffrè, 2000. v. 3.

BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. *Princípios e regras de interpretação dos contratos no novo Código Civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. A caminho de um direito civil constitucional. *Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, n. 1, p. 59-73, jul./dez. 1991.

_____. Constituição e direito civil: tendências. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 89, n. 779, p. 47-63, set. 2000.

BORGES, Nelson. *A teoria da imprevisão no direito civil e no processo civil: com referências ao Código Civil de 1916 e ao novo Código Civil*. São Paulo: Malheiros, 2002.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Reconstrução do conceito de contrato: do clássico ao atual. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio (Coord.). *Direito contratual: temas atuais*. São Paulo: Método, 2007. p. 19-40.

BOULOS, Daniel Martins. A autonomia privada, a função social do contrato e o novo Código Civil. In: ALVIM NETO, José Manuel de Arruda; CÉSAR, Joaquim Portes Cerqueira; ROSAS, Roberto (Coord.). *Aspectos controvertidos do novo Código Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 125-136.

BRIZZIO, Claudia Rita. *Contratación mediante click-wrapping*. Disponível em: <www.alterini.org/tonline.htm>. Acesso em: 2001.

CARCELLER, Antonio Salas (Dir.). *La ley de servicios de la sociedad de la información y el comercio electrónico*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2007.

CALAIS-AULOY, Jean; STEINMETZ, Frank. *Droit de la consommation*. 7. éd. Paris: Dalloz, 2006.

CÂMARA BRASILEIRA DE COMÉRCIO INTERNACIONAL. *Gastos com bens de consumo, turismo e automóveis pela Internet somaram R\$ 4,4 bilhões no 1º trimestre*. Disponível em: <<http://www.camara-e.net/interna.asp?tipo=1&valor=4114>>. Acesso em: 26 ago. 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CANUT, Leticia. *Proteção do consumidor no comércio eletrônico: uma questão de inteligência coletiva que ultrapassa o direito internacional*. Curitiba: Juruá, 2007.

CARPENA, Heloísa. *Abuso do direito nos contratos de consumo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

CARVALHO, Rodrigo Benevides de. A Internet e as relações de consumo. In: SCHOUERI, Luís Eduardo (Org.). *Internet: o direito na era virtual*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 95-109.

COELHO, Fábio Ulhoa. Direitos do consumidor no comércio eletrônico. *Revista do Advogado*, São Paulo, v. 26, n. 89, p. 32-37, dez. 2006.

COLOMBIA. Estatuto del Consumidor. Decreto 3.466, diciembre 2 de 1982. *Revista de Derecho do Consumidor*, São Paulo, n. 27, p. 228-240, jul./set. 1998.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. Centro de Estudos Judiciários. Enunciados aprovados: III Jornada de Direito Civil. Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IIIJornada.pdf>>. Acesso em: 06 maio 2008.

COUTO E SILVA, Clovis Verissimo do. *A obrigação como processo*. São Paulo: J. Bushatsky, 1976.

CUBEDDU, Maria Giovanna. Rapporti obbligatori derivanti da contratto: § 311-359. In: *Codice Civile Tedesco*. Traduzione e presentazione a cura di Saltatore Patti. Milano: A. Giuffrè, 2005. p. 173-219.

CUNHA JÚNIOR, Eurípedes Brito. Os contratos eletrônicos e o novo Código Civil. *Revista CEJ*, Brasília, v. 6, n. 19, p. 62-77, dez. 2002.

DE LUCCA, Newton. Contratos pela Internet e via computador. Requisitos de celebração, validade e eficácia: legislação aplicável. Contratos e operações bancárias. *Revista do TRT/3ª Região*, São Paulo, n. 33, p. 20-37, jan./mar. 1998.

_____. *Direito do consumidor: teoria geral da relação de consumo*. Prefácio Ruy Rosado de Aguiar Júnior. São Paulo: Quartier Latin, 2003.

DENARI, Zelmo. Da qualidade de produtos e serviços, da prevenção e da reparação dos danos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 9. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. p. 171-250.

DÍEZ-PICAZO, Luis; GULLÓN, Antonio. *Instituciones de derecho civil*: introducción. Parte general. Derecho de la persona. 2. ed. 1. reimpr. Madrid: Tecnos, 2000. v. 1, t. 1.

_____. *Sistema de derecho civil*: introducción. Derecho de la persona. Autonomía privada. Persona jurídica. 11. ed. 2. reimpr. Madrid: Tecnos, 2005. v. 1.

DINIZ, Maria Helena. *Tratado teórico e práticos dos contratos*. São Paulo: Saraiva, 1993. v.1.

Diretiva 97/7/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 20.05.1997 relativa à proteção dos consumidores em matéria de contratos à distância. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 25, p. 237-245, jan./mar. 1998.

ELIAS, Paulo Sá. *Contratos eletrônicos e a formação do vínculo*. São Paulo: Lex, 2008.

ESTRELLA FARIA, José A. Posibilidades y limites de la armonización del derecho en materia de contratación electrónica. *DeCITA: Revista de Direito do Comércio Internacional: temas e atualidades: Internet, comércio eletrônico e sociedade da informação*, Florianópolis, v. 5, n. 6, p. 225-260, 2006.

FACHIN, Luiz Edson. As relações jurídicas entre o novo Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor: elementos para uma teoria crítica do direito do consumidor. In: CAPAVERDE, Aldaci do Carmo; CONRADO, Marcelo (Org.). *Repensando o direito do consumidor: 15 anos do CDC (1990-2005)*. Curitiba: Ordem dos Advogados do Brasil, Seção Paraná, 2005. p. 25-49.

FELLOUS, Beyla Esther. *Proteção do consumidor no MERCOSUL e na União Européia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

FERREIRA DA SILVA, Luís Renato. *Revisão dos contratos: do Código Civil ao Código do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

FERREIRA DE ALMEIDA, Carlos. *Direito do consumo*. Coimbra: Almedina, 2005.

_____. *Texto e enunciado na teoria do negócio jurídico*. Coimbra: Almedina, 1992. v. 1.

FILOMENO, José Geraldo Brito. Da política nacional de relações de consumo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 9. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. p. 66-135.

_____. Disposições gerais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 9. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. p. 21-65.

_____. Dos direitos básicos do consumidor. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 9. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. p. 136-170.

GLANZ, Semy. Contratos eletrônicos. *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, São Paulo, v. 3, n. 7, p. 15-22, jan./mar. 2000.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

_____. *Transformações gerais do direito das obrigações*. 2. ed. aum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito de empresa*: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GRAU, Eros Roberto. Interpretando o Código de Defesa do Consumidor; algumas notas. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 5, p. 183-189, jan./mar. 1993.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio. O princípio da autonomia privada e o direito contratual brasileiro. In: _____ (Coord.). *Direito contratual*: temas atuais. São Paulo: Método, 2007. p. 41-80.

HIRUELA, María del Pilar; OSSOLA, Federico Alejandro. El contratante débil: determinación de la categoría jurídica. *Anuario de Derecho Civil de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Católica*, Córdoba, n. 5, p. 147-154, 2000.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

IRTI, Natalino. *L'età della decodificazione*. Milano: A. Giuffrè, 1979.

_____. L'età della decodificazione. *Revista de Direito Civil: imobiliário, agrário e empresarial*, São Paulo, v. 3, n. 10, p. 15-33, out./dez. 1979.

_____. È vero, ma...: replica a Giorgio Oppo. *Rivista di Diritto Civile*, Padova, v. 45, n. 2, p. 273-278, mar./apr. 1999.

_____. Scambi senza accordo. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, v. 52, n. 2, p. 347-364, giugno 1998.

JAMIN, Christophe. Quelle nouvelle crise du contrat? Quelques mots en guise d'introduction. In: JAMIN, Christophe; MAZEAUD, Denis (Dir.). *La nouvelle crise du contrat*. Paris: Dalloz, 2003. p. 7-26.

JAYME, Erik. O direito internacional privado do novo milênio: a proteção da pessoa humana face à globalização. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito PPGDir/UFRGS*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 85-97, mar. 2003.

_____. Identité culturelle et Intégration: le droit international privé postmoderne: cours général de droit international privé. In: *Recueil des cours: collected courses of The Hague Academy of International Law: 1995*. The Hague: Martinus Nijhoff, 1996. t. 251, p. 9-267

JUNQUEIRA, Miriam. *Contratos eletrônicos*. Rio de Janeiro: Mauad, 1997.

KARAM, Munir. O processo de codificação do direito civil: inovações da Parte Geral e do Livro das Obrigações. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 87, n. 757, p. 11-28, nov. 1998.

LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Versión española y notas de Jaime Santos Briz. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958. t. 1.

LAWAND, Jorge José. *Teoria geral dos contratos eletrônicos*. São Paulo: J. de Oliveira, 2003.

LIPPERT, Marcia Mallmann. *A empresa no Código Civil: elemento de unificação do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LISBOA, Roberto Senise. Princípios gerais dos contratos. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 86, n. 745, p. 27-40, nov. 1997.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Condições gerais dos contratos e cláusulas abusivas*. São Paulo: Saraiva, 1991.

_____. *O contrato: exigências e concepções atuais*. São Paulo: Saraiva, 1986.

_____. Dirigismo contratual. *Revista de Direito Civil: imobiliário, agrário e empresarial*, São Paulo, v. 14, n. 52, p. 64-78, abr./jun. 1990.

LOPES JÚNIOR, Osmar. O comércio eletrônico e o Código de Defesa e Proteção do Consumidor. *Revista IOB de direito civil e processual civil*, São Paulo, v. 8, n. 48, p. 15-24, jul./ago. 2007.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Comércio eletrônico*. Tradução de Fabiano Menke. Notas de Claudia Lima Marques. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. *Fundamentos do direito privado*. Tradução de Véra Maria Jacob de Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

_____. Informática, Cyberlaw, E-Commerce. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto (Coord.). *Direito & Internet: aspectos jurídicos relevantes*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 465-508.

MARQUES, Claudia Lima. Campo de aplicação do CDC. In: BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 65-86.

_____. A chamada nova crise do contrato e o modelo de direito privado brasileiro: crise de confiança ou de crescimento do contrato? In: _____ (Coord.). *A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual*. Prefácio Ruy Rosado de Aguiar Júnior. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 17-86.

_____. *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 bancários em tempos pós-modernos: primeiras reflexões. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 15, p. 33-53, 1998.

_____. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. Diálogo das fontes. In: BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 87-99.

_____. Introdução ao direito do consumidor. In: BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 23-43.

_____. A Lei 8.078/90 e os direitos básicos do consumidor. In: BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 44-64.

_____. Normas de proteção do consumidor (especialmente, no comércio eletrônico) oriundas da União Européia e o exemplo de sua sistematização no Código Civil Alemão de 1896: notícia sobre as profundas modificações no BGB para incluir a figura do consumidor. *Revista de Direito Privado*, v. 1, n. 4, p. 50-93, out./dez. 2000.

_____. (Coord.). *A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual*. Prefácio Ruy Rosado de Aguiar Júnior. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. Proteção do consumidor no comércio eletrônico e a chamada nova crise do contrato: por um direito do consumidor aprofundado. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 15, n. 57, p. 9-59, jan./mar. 2006.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e; MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*: artigo por artigo. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARTINS, Guilherme Magalhães. *Formação dos contratos eletrônicos de consumo via Internet*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópicos no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. Crise e modificação da idéia de contrato no direito brasileiro. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, v. 19, n. 56, p. 56-86, nov. 1992.

_____. Mercado e solidariedade social entre *cosmos* e *taxis*: a boa-fé nas relações de consumo. In: _____ (Org.). *A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 611-661.

MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister; BRANCO, Gérson Luiz Carlos. *Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002.

MATTIETTO, Leonardo de Andrade. O direito civil constitucional e a nova teoria dos contratos. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 163-186.

MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 1984. 2 v.

MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles de. *Direito das obrigações: introdução. Da constituição das obrigações*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2005. v. 1.

MERCOSUL.COM (Org.). B2B: uma alternativa para a expansão de seus negócios na Internet. São Paulo: Cia. Latino-Americana de Negócios On-Line, 2000.

MEXICO. Ley Federal Mexicana de Protección al Consumidor – 2004. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 15, n. 59, p. 311-355, jul./set. 2006.

MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. *Direito do consumidor: fundamentos do direito do consumidor, direito material e processual do consumidor, proteção administrativa do consumidor, direito penal do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MOTA PINTO, Paulo Cardoso Correia da. *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*. Coimbra: Almedina, 1995.

MOTTA, Fernando Previdi; GUELMANN, Karine Rose; CASTILHO, William Moreira. Reflexões sobre o direito do consumidor e a Internet. In: CAPAVERDE, Aldaci do Carmo; CONRADO, Marcelo (Org.). *Repensando o direito do consumidor: 15 anos do CDC: 1990-2005*. Curitiba: Ordem dos Advogados do Brasil, Seção do Paraná, 2005. p. 239-254.

MULHOLLAND, Caitlin. *Internet e contratação: panorama das relações contratuais eletrônicas de consumo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NERY JUNIOR, Nelson. Da proteção contratual. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 9. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. p. 504-638.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Constituição Federal comentada: e legislação constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

NEVES, Gustavo Kloh Muller. Os princípios entre a teoria geral do direito e o direito civil constitucional. In: RAMOS, Carmen Lucia Silveira et al. (Org.). *Diálogos sobre direito civil: construindo a racionalidade contemporânea*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 3-21.

NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações: fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1.

_____. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 1994.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

OLIVEIRA, Ana Maria Pereira de. O novo Código Civil versus o Código de Defesa do Consumidor: uma breve reflexão à luz da Constituição Federal. In: ANDRADE, André

Gustavo Corrêa de (Org.). *A constitucionalização do direito: a Constituição como locus da hermenêutica jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 295-299.

OPPO, Giorgio. Disumanizzazione del contratto? *Rivista di Diritto Civile*, Padova, v. 44, n. 5, p. 525-533, sett./ott. 1998.

PAGNOTTA, Luca Alberto. Parte general: persone: § 1-103. In: *Codice Civile Tedesco*. Traduzione e presentazione a cura di Saltatore Patti. Milano: A. Giuffrè, 2005. p. 3-48.

PARAGUAY. Ley 1.334/98 de Defensa del Consumidor y del Usuario. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 30, p. 247-255, abr./jun. 1999.

PASQUAL, Cristina Stringari. *Estrutura e vinculação da oferta no Código de Defesa do Consumidor*. 150 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2003.

PASQUALOTTO, Adalberto de Souza. O Código de Defesa do Consumidor em face do Código Civil de 2002. In: PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos; PASQUALOTTO, Adalberto de Souza (Coord.). *Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002: convergências e assimetrias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 131-151.

_____. Conceitos fundamentais do Código de Defesa do Consumidor. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 80, n. 666, p. 48-53, abr. 1991.

_____. Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 6, p. 34-60, abr./jun. 1993.

_____. *Os efeitos obrigacionais da publicidade no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. Princípios básicos do direito contratual no novo Código Civil. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, parte 1, p. 219-235, fev./jun. 2002. Edição Especial.

PERIN JUNIOR, Ecio. A teoria da vontade na formação dos contratos e a autonomia do Direito Comercial em relação ao Direito Civil face ao projeto do novo Código Civil. *Jus Navigandi*, Teresina, v. 4, n. 45, set. 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=518>>. Acesso em: 07 jun. 2008.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PERU. Leis peruanas de defesa do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 26, p. 328-349, abr./jun. 1998.

POLO, Eduardo. *Protección del contratante débil y condiciones generales de los contratos*. Madrid: Civitas, 1990.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado: parte geral: negócios jurídicos. Representação. Conteúdo. Forma. Prova*. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954. t. 3.

PORTUGAL. Ministério da Justiça. *Lei do comércio electrónico anotada: aprovada pelo Decreto-Lei n. 7/2004, de 7 de janeiro, que transpõe para a ordem jurídica nacional a Directiva n. 2000/31/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de junho de 2000, relativa a certos aspectos legais dos serviços da sociedade de informação, em especial do comércio electrónico, no mercado interno*. Coimbra: Coimbra Ed., 2005.

PRATA, Ana. *Dicionário jurídico*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1992.

_____. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Almedina, 1982.

RAMOS, Carmem Lucia Silveira. A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 3-29.

REALE, Miguel. *História do novo Código Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. *O projeto de código civil: situação atual e seus problemas fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1986.

RÊGO, Werson. *O Código de Proteção e Defesa do Consumidor, a nova concepção contratual e os negócios jurídicos e imobiliários: aspectos doutrinários e jurisprudenciais*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Agravo de instrumento n. 70020356200*, da 5ª. Câmara Cível. Agravantes: Antônio Meneghini e Iracema Pramio Meneghini. Agravada: Unimed Cooperativa de Serviços de Saúde dos Vales do Taquari e Rio Pardo Ltda. Relator: Umberto Guaspari Sudbrack. Porto Alegre, 22 de agosto de 2007. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>>. Acesso em: 18 fev. 2008.

_____. Tribunal de Justiça. *Apelação cível n. 70018594648*, da 6ª. Câmara Cível. Apelante: Assistência Médica São Paulo Sul Ltda. Apelada: Lourdes Barbisan. Relator: Ubirajara Mach de Oliveira. Porto Alegre, 13 de dezembro de 1997. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>>. Acesso em: 18 fev. 2008.

_____. Turmas Recursais Cíveis. *Recurso cível n. 71001423714*, da 3ª. Turma Recursal Cível. Recorrente: Unimed. Recorrida: Vera Maria Cintra Trommer. Relator: Eugênio Facchini Neto. Porto Alegre, 4 de dezembro de 2007. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>>. Acesso em: 18 fev. 2008.

_____. Turmas Recursais Cíveis. *Recurso cível n. 71001116813*, da 1ª. Turma Recursal Cível. Recorrente: Globex Utilidades S.A. – Ponto Frio. Recorrido: Patrick Jan Georg Klemt e Aline Leal Fontanella. Relator: Ricardo Torres Hermann. Porto Alegre, 19 de abril de 2007. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/ementa.php>. Acesso em: 30 ago. 2008.

_____. Turmas Recursais Cíveis. *Recurso cível n. 71001566504*, da 3ª. Turma Recursal Cível. Recorrente: B2W – Companhia Global do Varejo. Recorrido: Andrius Silva Capellão e Vanessa Manke. Relator: Eugênio Facchini Neto. Porto Alegre, 29 de abril de 2008. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/ementa.php>. Acesso em: 23 ago. 2008.

_____. Turmas Recursais Cíveis. *Recurso cível n. 71001408822*, da 2ª. Turma Recursal Cível. Recorrente: Mercadolivre.com Atividades de Internet Ltda. Recorrido: Jorge André Toledo Pereira. Relatora: Maria José Schmitt Santanna. Porto Alegre, 30 de janeiro de 2008. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/ementa.php>. Acesso em: 23 ago. 2008.

_____. Turmas Recursais Cíveis. *Recurso cível n. 71001084664*, da 3ª. Turma Recursal Cível. Recorrente: Dell Computadores do Brasil Ltda. Recorrido: José Rosito Neto. Relator Luiz Antônio Alves Capra. Porto Alegre, 23 de janeiro de 2007. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/ementa.php>. Acesso em: 23 ago. 2008.

_____. Turmas Recursais Cíveis. *Recurso cível n. 71001388974*, da 1ª. Turma Recursal Cível. Recorrente: Americanas.com. Recorrido: Marcelo Ramos Azevedo. Relator: Heleno Tregnago Saraiva. Porto Alegre, 27 de março de 2008. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/ementa.php>. Acesso em: 30 ago. 2008.

_____. Turmas Recursais Cíveis. *Recurso cível n. 71000955773*, da 3ª. Turma Recursal Cível. Recorrente: Terra Networks Brasil S.A. Recorrido: Luciane Ávila. Relator: Eugênio Facchini Neto. Porto Alegre, 03 de outubro de 2006. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/ementa.php>. Acesso em: 30 ago. 2008.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de empresa: Lei n. 10.406, de 10.01.2002*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

ROCHA, Roberto Silva da. Natureza jurídica dos contratos celebrados com *sites* de intermediação no comércio eletrônico. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 16, n. 61, p. 230-269, jan./mar. 2007.

ROPPO, Enzo. *O contrato*. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor*. São Paulo: Saraiva, 2002.

SANTOLIM, Cesar Viterbo Matos. *A aplicação dos princípios de proteção do consumidor ao comércio eletrônico no direito brasileiro*. 2004. 123 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2004.

_____. *Formação e eficácia probatória dos contratos por computador*. São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. Os princípios de proteção do consumidor e o comércio eletrônico no direito brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 14, n. 55, p. 53-84, jul./set. 2005.

SANTOS, Antonio Jeová. *Função social, lesão e onerosidade excessiva nos contratos*. São Paulo: Método, 2002.

SANTOS, Manoel J. Pereira dos; ROSSI, Mariza Delapieve. Aspectos legais do comércio eletrônico: contratos de adesão. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 9, n. 36, p. 105-129, out./dez. 2000.

SANTOS, Maria Cecília de Andrade. Contratos informáticos: breve estudo. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 88, n. 762, p. 32-66, abr. 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2001.

_____. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, v. 55, n. 352, p. 45-94, fev. 2007.

SCHMITT, Cristiano Heineck. *Cláusulas abusivas nas relações de consumo*. Prefácio Claudia Lima Marques. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de direito civil: introdução, parte geral e teoria dos negócios jurídicos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960. v. 1.

_____. *Curso de direito civil: fontes das obrigações: contratos*. 2. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1957. v. 3.

_____. *Curso de direito civil: fontes acontratuais das obrigações: responsabilidade civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1962. v. 5.

STIGLITZ, Gabriel A.; STIGLITZ, Rubén S. La protección del consumidor en la contratación por Internet. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*. Homenagem a Clóvis do Couto e Silva. Argentina e a Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre: UFRGS, Coleção Direito Comparado II, v. 1, n. 2, p. 67-81, set. 2003.

STORER, Aline. Autonomia da vontade: a ficção da liberdade. Considerações sobre a autonomia da vontade na teoria contratual clássica e na concepção contemporânea da teoria contratual. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, v. 56, n. 363, p. 111-124, jan. 2008.

TEIZEN JÚNIOR, Augusto Geraldo. *A função social no Código Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

TEPEDINO, Gustavo. O Código Civil, os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa. In: _____ (Coord.). *Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 1-16.

_____. Código de Defesa do Consumidor, Código Civil e complexidade do ordenamento. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 14, n. 56, p. 9-11, out./dez. 2005.

_____. Os contratos de consumo no Brasil. In: _____. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. t. 2, p. 123-134.

_____. Crise de fontes normativas e técnica legislativa na Parte Geral do Código Civil de 2002. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 98, n. 364, p. 113-123, nov./dez. 2002.

_____. Direito civil e reforma social. In: _____. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. t. 2, p. 371-372.

_____. A incorporação dos direitos fundamentais pelo ordenamento brasileiro: sua eficácia nas relações jurídicas privadas. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, v. 54, n. 341, p. 11-26, mar. 2006.

_____. A noção de direito adquirido no diálogo de fontes normativas: um ensaio na perspectiva civil-constitucional. In: MARQUES, Claudia Lima; ARAUJO, Nadia (Org.). *O novo direito internacional: estudos em homenagem a Erik Jayme*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 127-137.

_____. Normas constitucionais e relação de direito civil na experiência brasileira. In: _____. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. t. 2, p. 21-46.

_____. O novo Código Civil: duro golpe na recente experiência constitucional brasileira. In: _____. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. t. 2, p. 357-360.

_____. O novo e o velho direito civil. In: _____. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. t. 2, p. 398-401.

_____. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. In: _____. *Temas de direito civil*. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 1-23.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Contratos. Princípios gerais. Tendências do direito contratual contemporâneo. Abrandamento dos princípios tradicionais. Intervenção estatal crescente. Impacto do Código de Defesa do Consumidor. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 88, n. 765, p. 11-33, jul. 1999.

TINAJEROS ARCE, Érika Patrícia. Bolivia: protección del consumidor en el MERCOSUR: primeras observaciones sobre publicidad y oferta en el comercio electrónico. *Alfa-Redi: Revista de Derecho Informático*, Lima, n. 78, enero 2005. Disponível em: <<http://www.alfa-redi.org/revista/data/80-1.asp>>. Acesso em: 6 jun. 2005.

_____. La protección del consumidor electrónico en los países del MERCOSUR. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 14, n. 54, p. 153-192, abr./jun. 2005.

URUGUAY. Ley 17.189/1999. Dictanse normas relativas a las relaciones de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 9, n. 34, p. 244-252, abr./jun. 2000.

_____. Ley n. 17.250/2000. Ley de Relaciones de Consumo. Disponível em: <<http://www.chasque.apc.org/damaso/ecosur/Legislacion/ley17250.pdf>>. Acesso em: 09 ago. 2008.

VENEZUELA. Ley n. 4.898/95. Ley de Protección al Consumidor y al Usuario. Disponível em: <<http://www.gobiernoenlinea.ve/legislacion-view/sharedfiles/158.pdf>>. Acesso em: 02 abr. 2008.

_____. Ley n. 4.898/95. Lei venezuelana de proteção ao consumidor e ao usuário. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 26, p. 309-327, abr./jun. 1998.

VIEIRA, Iacyr de Aguiar. A autonomia da vontade no Código Civil brasileiro e no Código de Defesa do Consumidor. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 90, n. 791, p. 31-64, set. 2001.

VILANOVA, Lourival. Prefácio. In: LÔBO, Paulo Luiz Neto. *O contrato: exigências e concepções atuais*. São Paulo: Saraiva, 1986.

VON TUHR, Andreas. *Tratado de las obligaciones*. Traducción del alemán y condordado por W. Roces. Granada: Comares, 2007.

WALD, Arnaldo. O contrato: passado, presente e futuro. *Cidadania e Justiça*, Brasília, v. 4, n. 8, p. 43-49, jan./jun. 2000.

_____. A evolução do contrato no terceiro milênio e o novo Código Civil. In: ALVIM NETO, José Manuel de Arruda; CÉSAR, Joaquim Portes Cerqueira; ROSAS, Roberto (Coord.). *Aspectos controvertidos do novo Código Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 59-76.

WÜST, Graciela Cristina. Contratos informáticos. In: LÓPEZ CABANA, Roberto M. (Coord.). *Contratos especiales en el Siglo XXI*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1999. p. 435-446.