

Ligia Maria Cavalcante Carneiro

**APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PROTEÇÃO DO
CONSUMIDOR AOS CONTRATOS ELETRÔNICOS**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito Público da Universidade Federal de Alagoas – UFAL, como requisito parcial para obtenção do título de mestre em Direito Público.

Orientador: Professor Doutor Paulo Luiz Netto Lôbo.

Maceió/AL
2008

Catálogo na fonte
Universidade Federal de Alagoas
Biblioteca Central
Divisão de Tratamento Técnico
Bibliotecária Responsável: Betânia Almeida dos Santos

C289a Carneiro, Lígia Maria Cavalcante.
Aplicabilidade do princípio constitucional da proteção do consumidor aos contratos eletrônicos / Lígia Maria Cavalcante Carneiro. – Maceió, 2008.
143 f.

Orientador: Paulo Luiz Netto Lôbo.
Dissertação (mestrado em Direito) – Universidade Federal de Alagoas.
Programa de Pós-Graduação em Direito. Maceió, 2008.

Bibliografia: f. 134-138.
Apêndices: p. 139-143.

1. Direito constitucional – Brasil. 2. Direito tributário – Brasil. 3. Benefício fiscal. 4. Controle da constitucionalidade. 4. Igualdade. I. Título.

CDU: 342.99:336.2

LIGIA MARIA CAVALCANTE CARNEIRO

**VIABILIDADE DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PROTEÇÃO DO
CONSUMIDOR AOS CONTRATOS ELETRÔNICOS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Alagoas – UFAL, como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre.

Orientador: Professor Doutor Paulo Luiz Netto Lôbo

Banca Examinadora, composta pelos professores abaixo, sob a presidência do Sr. Paulo Luiz Netto Lôbo, submeteu a candidata à defesa, em nível de Mestrado, e a julgou nos seguintes termos:

f. Dr. Querino Mallmann (UFAL)

Nota: 9,5 (Nove vírgula cinco)

Assinatura:



f.(a) Dr.(a) Olga Jubert Gouveia Krell (UFAL)

Nota: 9,5 (nove e meio)

Assinatura:



f.(a) Dr.(a) Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer Feitosa (UEPB)

Nota: 8,5 (oito e meio)

Assinatura:



Conclusão Geral: Aprovada.

Coordenador do Curso:

Prof. Dr. George Sarmiento Lins Júnior.

Maceió, 08 de Agosto de 2008.

A minha família, em especial minha irmã e meu sobrinho, que continuam tirando minha concentração... e que façam isso sempre!

Ao meu marido, que me fez uma mestra muito feliz!!

Agradecimentos

Ao querido e sempre estimado professor Paulo Lôbo, que novamente me permitiu ser sua orientanda, compartilhando seus fantásticos conhecimentos e o entusiasmo pelo Direito Civil.

A todos que fazem o corpo do Mestrado em Direito Público da FDA/UFAL, em especial aos professores George Sarmento e Olga Krell, à secretária Giovanna Codá, na qual descobri uma amiga inestimável e à colega de curso Carol, companhia no desespero.

A todos da 22ª Vara Cível/Família, em especial à Dra. Ana Florinda Dantas, sempre amiga, aos pacientes e queridos colegas Sofia, Linda, Dinho, Juliana, Dra. Salete e aos meus eternos estagiários.

A todos os amigos da FADIMA/CESMAC, em especial aos professores Fernando Amorim e Rachel Cabús que abriram as portas do Direito Constitucional a uma professora iniciante, assim como aos meus queridos alunos.

Aos melhores amigos e amigas que alguém pode querer, presentes em todas as horas, me dando força, incentivo e ao mesmo tempo me chamando para sair...que tanto foram privados de minha companhia nesses dois anos de dedicação: Fofa, Taci, Luciana, Louise, Ângela, Ana, Rê, Kari, Cris e Fer.

A todos o meu respeito, minha amizade, meu amor e meu muito obrigada de coração, por tornarem essa jornada mais fácil, estando sempre perto, apesar de alguns estarem muito longe...

PS: A ordem dos fatores, não altera o produto.

“Mas é claro que o sol vai voltar amanhã
Mais uma vez, eu sei
Escuridão já vi pior, de endoidecer gente sã
Espera que o sol já vem
Nunca deixe que lhe digam que não vale a pena acreditar no sonho que se tem
Ou que seus planos nunca vão dar certo
Ou que você nunca vai ser alguém
Tem gente que machuca os outros tem gente que não sabe amar
Mas eu sei que um dia a gente aprende
Se você quiser alguém em quem confiar confie em si mesmo
Quem acredita sempre alcança”.

Renato Russo e Flávio Venturini

RESUMO

A aplicabilidade do princípio constitucional de proteção do consumidor é apontada aqui como a principal saída para a solução da lacuna legislativa existente, no que tange aos novos contratos eletrônicos. De preceito desconhecido e irrelevante nas relações de consumo desenvolvidas durante o Estado Liberal, a vetor da atividade econômica do Estado Social e Constitucional de Direito, o princípio constitucional da proteção do consumidor teve que trilhar um árduo e longo caminho até ser reconhecido e valorado, trazendo para o âmbito das relações de consumo a realização da almejada colocação do consumidor vulnerável em um nível de paridade com os fornecedores de bens e serviços, através de normas protetivas daqueles. Nesse sentido, a Constituição Federal de 1988 abraçou a proteção do consumidor como um de seus ícones, consagrando-a dentre os direitos e garantias fundamentais e, como tal, direito auto-aplicável, com força normativa imediata, inobstante a determinação de elaboração de um Código de Proteção que o fortaleceu, regulando todas as particularidades das relações de consumo desenvolvidas até então. Eis que com a globalização e sua faceta mais interessante, a *internet*, deu-se início a uma nova fase nas relações de consumo, bem como no comércio internacional: Despontou o *e-commerce*, que de uma forma caótica, mas ao mesmo tempo auto-organizada, impulsionou as relações de consumo em um formato novo, cômodo e confortável, através do qual, com simples toques no mouse, pode-se adquirir bens e serviços de fornecedores nacionais ou estrangeiros, através de suas lojas virtuais. Todavia, apesar de ser apenas uma nova forma de se efetivar os tradicionais negócios jurídicos, já que se perfazem através de suporte eletrônico, muitas dúvidas e questões vêm surgindo quanto à regulação de seus principais aspectos, que ainda não foram agraciados a nível nacional com uma normativa eficaz e plena, fato que vem restringindo o exercício pleno das relações de consumo em linha, máxime em face da persistente desconfiança quanto ao meio. Neste sentido, eis que se convoca a força normativa do princípio constitucional da proteção do consumidor, presente na Carta de 1988, assim como nas Constituições dos demais países democráticos que prezam pela proteção do consumidor cidadão em sua dignidade. De modo que diante da inexistência, e mesmo da dificuldade de elaboração de uma normativa harmônica que alcance o comércio eletrônico interno e o internacional, pugna-se aqui pela invocação desta força normativa como norte para a solução das demandas que começam a bater às portas do Judiciário em torno desta nova perspectiva de formulação contratual através da *matrix*.

Palavras-chave: Comércio eletrônico. Contratos eletrônicos. Lacuna legislativa. *Internet*. Confiança do consumidor. Proteção e defesa do consumidor.

ABSTRACT

The applicability of the constitutional principle of consumer protection is indicated here as the main solution to fill the legal gap concerning the new electronic contracts. From an unknown and irrelevant precept in the consumption relationships developed during the Liberal State, to a leading factor for the economical activity of the Social and Constitutional State of Right, the constitutional principle of consumer protection walked a long hard path before being reconized and valued, bringing to the extent of consumption relationships the desired placement of a vulnerable consumer in the same level as the businesses that sell goods and services, through protective norms. According to this, The Federal Constitution of 1988 took the consumer protection as one of its icons, including it in the fundamental rights and guarantees and, like one of them, a self-aplicable right, with immediate normative power, in spite of the determination of preparation of the Protection Code, which made it stronger, rulling all developed peculiarities in the consumption relationships so far. With the globalization and one of its most interesting features, the internet, a new stage in the consumption relationships began, as well in the international business: The e-commerce was launched, what, in a chaotic but self-organized way, developed a new comfortable layout for the consumption relationships, when by a simple mouse click, it is possible to reach any kind of goods or services, from national or international businesses, through their virtual shops. However, although it is just a new way of bringing into effect traditional legal contracts, since they are made through electronic support, a lot of doubts and questions related to the regulation of their main aspects have been coming up, for there is not a whole effective national norm, which has been restricting the practice of consumption relationships due to the remaining suspicion about the way they are done. In this case, it is summoned the normative power of the constitucional principle of consumer protection, displayed in the Federal Constitution of 1988, and, as well, in the other Constitutions of all democratic countries, which values highly the consumer citizen protection and their dignity. Due to the non-existence, and even the difficulties in preparing a harmonic norm which reaches the national and international e-commerce, it is vented the invocation of this normative power as guidelines for solving the increasing demand coming around the Judicial Power related to this new contract perspective through the matrix.

Keywords: E-commerce. Electronic contract. Legal gap. Internet. Consumer confidence. Consumer protection and defense.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
CAPÍTULO I: PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR: DIREITO FUNDAMENTAL?	14
1.1 Contextualização no âmbito dos direitos fundamentais	14
1.2 A inclusão da proteção do consumidor na seara dos direitos fundamentais	17
1.3 Enquadramento da proteção do consumidor na categoria de Pontes de Miranda.....	21
1.4 Consagração constitucional e infraconstitucional no Brasil	24
1.5 Afirmação como direito fundamental	28
CAPÍTULO II: CONTRATOS ELETRÔNICOS	33
2.1 Noções iniciais acerca do mundo virtual: A <i>matrix</i>	33
2.2 As novas relações comerciais surgidas na <i>internet</i>	36
2.3 Comércio eletrônico	37
2.4 Compra e venda por meio eletrônico	41
2.5 Formação dos contratos eletrônicos	43
2.5.1 A oferta	43
2.5.2 Ausentes ou presentes?	47
2.5.3 A aceitação	49
2.5.4 Local de formação	52
2.5.5 Jurisdição competente	55
2.5.6 Determinação da lei aplicável	56
2.6 Requisitos de validade dos contratos eletrônicos	59
CAPÍTULO III: PRINCÍPIOS APLICÁVEIS AOS CONTRATOS ELETRÔNICOS	65
3.1 Princípios contratuais tradicionais	65
3.1.1 Autonomia da vontade	65
3.1.2 <i>Pacta sunt servanda</i> e relatividade subjetiva	68
3.2 Princípios contratuais sociais	69
3.2.1 Função social do contrato	69
3.2.2 Equivalência material do contrato	71
3.2.3 Boa-fé objetiva	73
3.3 Princípios contratuais no <i>e-commerce</i>	76
3.3.1 Os princípios de proteção consumerista	76
3.3.2 Os princípios de proteção contratual	78

3.3.3 Equivalência funcional dos atos jurídicos realizados por meio eletrônico com os atos jurídicos celebrados de forma tradicional	79
3.3.4 Neutralidade e perenidade das normas reguladoras do <i>e-commerce</i>	80
3.3.5 Inalterabilidade do direito contratual vigente e sua aplicação à contratação eletrônica	81
CAPÍTULO IV: O FUTURO DAS CONTRATAÇÕES ELETRÔNICAS	84
4.1 A força normativa do princípio constitucional de proteção do consumidor	84
4.2 A proteção do consumidor internauta	87
4.3 Ocorrências	92
4.4 A falta de regulamentação da rede e a Lei Modelo da UNCITRAL	99
4.5 Perspectivas	105
CAPÍTULO V: UMA PESQUISA VIRTUAL. HIPÓTESES DE APLICAÇÃO	109
5.1 Ponto inicial	109
5.2 Uma pesquisa virtual. Parte I: Particularidades do comércio na <i>internet</i>	110
5.3 Uma pesquisa virtual. Parte II: Problemáticas do comércio na <i>internet</i>	116
5.4 Uma pesquisa virtual. Parte III: O relato de um caso.....	124
CONCLUSÕES	129
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	134
APÊNDICE	139

INTRODUÇÃO

O presente trabalho traz à tona discussão envolvendo a aplicabilidade da força normativa do princípio constitucional da proteção do consumidor em face da inexistência de legislação específica regulamentadora das contratações eletrônicas, como forma de buscar uma justificativa e fundamento razoável à solução das demandas surgidas.

Dita proposta nasceu a partir de várias reflexões sobre o tema, que incluíram a análise de casos concretos divulgados na mídia, que começaram a despontar, sem que o Poder Legislativo lhes desse uma resposta imediata. Desta feita, insatisfeita com o tratamento que vinha sendo dado, ou melhor, que não vinha sendo dado à matéria e interessada em ingressar neste misterioso mundo cibernético, foi que partimos para o estudo aqui apresentado.

Ressalte-se que não se pretende trazer um trabalho inovador, que pretenda sanar os problemas advindos das contratações eletrônicas da noite para o dia, simplesmente remetendo-se sempre à Constituição e seus princípios, mas tão somente fornecer um raciocínio lógico e claro ao intérprete que possibilite a facilitação destas questões, com o recurso à força normativa, sempre que se fizer necessário efetivar a defesa do consumidor vulnerável em situações envolvendo o *e-commerce*, de forma a atrair a legislação adequada, seja a protecionista, assim como a contratual tradicional ou a convencional internacional.

Verifica-se, portanto, que na incessante busca de promover uma harmonização dos interesses antagônicos envolvidos nas relações de consumo, foi promulgado o Código de Defesa e Proteção do Consumidor brasileiro no ano de 1990. Este representou uma evolução sem precedentes no Direito nacional, tutelando situações corriqueiras no comércio de bens e serviços, que ainda não encontravam guarida normativa, fazendo valer determinação constitucional, que impunha a sua elaboração.

O CDC trouxe a lume respostas para várias situações lacunosas que atormentavam os consumidores da época, dentre as quais as crescentes problemáticas advindas da massificação da produção, quais sejam o surgimento de vícios de inadequação dos bens e serviços e de defeitos geradores de danos a seus usuários. Isto se deu através da consagração de um microsistema protetivo amplo, incluindo a adoção do regime da responsabilidade solidária dos membros da cadeia de fornecedores dos produtos e serviços postos em circulação.

Não obstante, a evolução tecnológica dos meios de comunicação nos presenteou com o mais moderno e atualizado veículo de informação, qual seja, a *internet*, despontando com ela todo o seu potencial para instrumentalizar as novas relações de consumo: o *e-commerce*, consoante já mencionado.

Todavia, por se tratar de um novo meio de contratação, no qual o consumidor desconhece o fornecedor de bens e serviços, já que se relaciona com este apenas através de *sites*, é que se impõe uma análise mais cuidadosa acerca de seus aspectos e peculiaridades de desenvolvimento, haja vista a possibilidade de o comerciante virtual, face à dificuldade para sua identificação e localização, valer-se de má-fé e de práticas escusas na realização das transações comerciais.

Para tanto, dividimos nosso trabalho em cinco partes, organizadas de modo a propiciar ao leitor uma compreensão plena de cada um de seus itens separadamente, bem como, através da junção do todo, viabilizar um entendimento conjunto que possibilite a análise das conclusões apontadas, assim como a tomada de novas posições e reflexões com base no raciocínio desenvolvido.

Iniciamos o nosso primeiro capítulo a partir do estudo da questão envolvendo os direitos fundamentais, sua positivação e aceitação nos ordenamentos jurídicos, que passaram a consagrar os valores mais relevantes no meio social, dentre os quais a proteção do consumidor vulnerável. Nesse sentido, enquadrámos o princípio constitucional da proteção do consumidor como um direito fundamental e, portanto auto-aplicável, na regência das relações de consumo ainda carentes de legislação, englobando, também, o advento do Código de Defesa do Consumidor e seu campo de atuação.

Em seguida, ingressamos em nosso segundo capítulo, já em outra dimensão do trabalho, qual seja o comércio eletrônico em todas as suas peculiaridades, incluindo uma análise conceitual sucinta, mas esclarecedora acerca da *internet*, como uma rede de comunicação global, e o despontar das negociações *online*, como forma de realização do comércio eletrônico, ou seja, o comércio de bens e serviços na rede, trazendo uma abordagem ampla, tratando de dispositivos do Código Civil de 2002, do Código de Defesa do Consumidor, dos projetos de lei em tramitação sobre o *e-commerce*, assim como das normas de direito internacional privado.

Esta segunda parte da pesquisa trará ao estudioso da matéria, uma série de dúvidas e questionamentos, quanto ao desenrolar de uma negociação em linha, sobre os quais,

difícilmente, o consumidor padrão pararia para refletir a respeito se não passasse por alguma dificuldade em sua negociação. De fato, temas como momento e local de formação, oferta e aceitação, lei aplicável e foro competente, nem passam pela mente do *ciberconsumidor* quando este se agrada de determinado bem, por suas qualidades, facilidades e preço e faz a compra via *internet*.

Suscitadas as dúvidas e principais problemas na negociação em rede, desenvolve-se um raciocínio lógico de busca de colmatação da lacuna legislativa existente, priorizando a realização da máxima proteção do consumidor vulnerável em face dos fornecedores de bens e serviços no mundo virtual.

Eis que enquadrado o contrato eletrônico em todas as categorias possíveis no âmbito do direito contratual como sendo um contrato como todos os outros, diferenciado apenas pelo suporte eletrônico que embasa sua formação, passamos no terceiro capítulo a formar uma teoria principiológica para o *e-commerce*, o que inclui a sua inserção no campo de alcance dos princípios liberais e sociais, com as devidas adaptações que se fizerem necessárias, assim como lhe garante a criação de uma ordem principiológica própria, com preceitos exclusivos ao seu regramento.

Uma vez visualizada a temática do direito fundamental de proteção do consumidor, toda a problemática envolvendo o comércio eletrônico, assim como o enfoque principiológico dado à matéria, chegamos ao quarto capítulo que versa sobre as perspectivas apontadas para a otimização do *e-commerce*, levando em consideração as idéias e conceitos desenvolvidos em todo trabalho, de modo a garantir a máxima confiança ao meio, sem restringir a sua expansão.

Contudo, insatisfeita com a análise proposta e desenvolvida, já que é um tema que se evade dos tribunais e dos livros, envolvendo nossa vida e nossa casa, diariamente, buscamos uma aproximação de toda a base teórica relatada com fatos da realidade, que trouxessem informações mais concretas acerca da prática do comércio em linha, refletindo os problemas surgidos e a inexistência de normas suficientes para solucioná-los de forma plena e objetiva.

Motivo pelo qual, trazemos no quinto e último capítulo, o relato de dados coletados em duas vertentes, através de uma pesquisa virtual: Na primeira delas, com a aplicação de um questionário, foram angariadas informações dos entrevistados acerca da realização dessas negociações, como sua intimidade com o meio, frequência de compras, produtos preferidos, além da ocorrência de alguma dificuldade no seu desenrolar ou com o produto ou serviço adquirido.

Já na segunda vertente, tomamos por base um caso concreto, através da análise de um processo em trâmite no 2º Juizado Especial Cível e Criminal da Comarca de Maceió, com o relato de todo o ocorrido nos autos, em específico, das decisões proferidas nas diferentes instâncias e seus embasamentos, demonstrando, ao estudioso, o nível em que se encontra a controvérsia da matéria.

Com efeito, dentro deste ambiente de intensa discussão quanto à efetivação dos direitos fundamentais na modernidade e das profundas transformações pelas quais vem passando o Direito é que se impõe o estudo proposto: Como forma de vislumbrar-se a realização plena do direito fundamental consagrado constitucionalmente de proteção do consumidor, mediante as novas contratações realizadas via *internet* e as problemáticas advindas do seu uso desregrado, que exigem a utilização de uma interpretação baseada em parâmetros constitucionais para sua solução, com aplicação direta e imediata do princípio de proteção consumerista, seja através do Código de Defesa do Consumidor, do Código Civil ou das normas de direito internacional privado.

Trata-se aqui, sem dúvidas, da antiga problemática do comércio, envolvendo consumidores *versus* fornecedores, não obstante, relida a partir de uma nova perspectiva constitucional, do advento dos contratos eletrônicos e da ausência de uma legislação específica de regência.

CAPÍTULO I

PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR: DIREITO FUNDAMENTAL?

1.1 Contextualização no âmbito dos direitos fundamentais

Na busca de um embasamento científico, para a solução da questão proposta em nossa temática, partiremos de algumas idéias chave acerca dos direitos fundamentais, como forma de viabilizar um melhor enquadramento da matéria, para que, ao término da exposição, não parem quaisquer dúvidas quanto à fundamentalidade do direito de proteção do consumidor.

Tomando como premissa inafastável a consagração dos direitos fundamentais, como alicerces dos sistemas jurídicos dos Estados Democráticos (e Constitucionais) de Direito, vislumbramos que estes hoje funcionam como verdadeiras medidas do grau de desenvolvimento da democracia e de valorização do ser humano como pessoa e como cidadão, em cada um destes Estados, servindo como indicativos imprescindíveis à legitimação dos poderes constituídos e ao respeito pelo seu povo¹.

Com efeito, estes direitos fundamentais refletem mais que uma evolução, uma acumulação e ampliação de prerrogativas que passaram a ser paulatinamente englobadas no patrimônio de cada ser humano, independente de raça, cor, credo, sexo e condições financeiras, conforme o surgimento de novas e infinitas necessidades do ser humano.

Ressalte-se aqui, sem entrar em maiores divagações sobre as divergências doutrinárias existentes², a preferência pela expressão *direitos fundamentais*, em detrimento de

¹ JÚNIOR, Dirley da Cunha. **Curso de Direito Constitucional**. 2 ed., Salvador: Jus Podium, 2008, pp. 515-516.

² Remetemos o leitor a obras que desvendam magistralmente tais divergências, relacionadas à utilização indiscriminada e como sinônimos de expressões como direitos naturais, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, liberdades públicas, direitos civis e etc., as quais mais refletem espécies do gênero direitos fundamentais, consoante enfocado por José Afonso da Silva, em seu Curso de direito constitucional positivo. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 1998, pp. 179-184. Ver opiniões sempre valiosas de Dirley da Cunha Júnior, na obra Controle das omissões judiciais do Poder Público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição. São Paulo: Saraiva, 2004 e Ingo Sarlet na sua obra A eficácia dos direitos fundamentais. 4 ed., Porto Alegre: Livraria Editora do Advogado, 2004.

direitos humanos ou *direitos do homem*, em adoção à perspectiva constitucional (ou estatal) utilizada por Ingo Sarlet, em sua obra *A eficácia dos direitos fundamentais*³.

Esta escolha resta melhor compreendida através das palavras de J. J. Gomes Canotilho quando afirma que:

As expressões direitos do homem e direitos fundamentais são frequentemente utilizadas como sinónimas. Segundo a sua origem e significado poderíamos distingui-las da seguinte maneira: direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista); direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espacio-temporalmente⁴.

Isto posto, apesar da tradição já consolidada de utilização das expressões *direitos do homem* ou *direitos humanos* em cartas internacionais ou declarações de direitos, frutos de uma orientação jusnaturalista, que contam com uma espécie de autojustificação⁵, nos valeremos aqui da expressão direitos fundamentais, por trazerem em seu significado a representação dos direitos naturais firmados de forma positiva.

Verifica-se, então, objetivamente, que os direitos fundamentais refletem a institucionalização dos direitos humanos em cada Estado; os quais, por sua vez, têm caráter supranacional e são reconhecidos ao homem enquanto tal, o que revela de forma inegável a sua também origem jusnaturalista.

Seria o que Pontes de Miranda chama de *direito das gentes*⁶, um direito mundialmente reconhecido e valorado, que deve sempre prevalecer sobre o direito estatal, de forma que este seja construído e elaborado segundo as diretrizes do primeiro, fazendo valer o *primado dos direito das gentes* sobre o direito interno e promovendo a homogeneidade nas instituições jurídicas de proteção ao ser humano em todo globo.

Neste sentido, ressalte-se que estamos longe de pacificar essa controvérsia acerca da origem e da natureza dos direitos fundamentais, bem como sobre as razões das inúmeras divergências nos diversos ordenamentos estatais quando de sua consagração e, de fato, não é

³ SARLET, Ingo. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4 ed., Porto Alegre: Livraria Editora do Advogado, 2004, p. 27.

⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 2003, p. 393.

⁵ TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 5 ed., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 420.

⁶ MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967**. Tomo I, 2 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970, pp. 215-227.

esta a nossa finalidade aqui; todavia, para os efeitos deste ensaio, podemos considerá-los como formas de realização da dignidade da pessoa humana, os quais revelam o conteúdo de princípios do direito das gentes⁷, que devem ser observados nas ordens estatais.

Seguindo esta linha de pensamento e tendo como base a busca incipiente de positivação dos direitos do homem, fazendo valer a sua máxima dignidade, passaram a ser elaboradas as primeiras declarações de direitos, sendo as primeiras de caráter regional, refletindo os interesses das populações locais da Inglaterra, já no século XIII, com a *Magna Charta Libertatum* de 1215, seguida pela *Petition of Rights*, de 1628, o *Habeas Corpus Act*, de 1679 e a Declaração de Direitos - *Bill of Rights* de 1689.

No século XVIII, os ideários liberais chegaram à América, trazendo consigo a valorização dos direitos fundamentais e o seu arrolamento em documentos como a Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia e a Declaração de Independência dos Estados Unidos, ambas de 1776.

Não obstante, a supra-estatalidade das declarações de direitos, como documentos capazes de orientar a elaboração de cartas constitucionais, só veio com a Revolução Francesa e a proclamação da *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*, de 1789, a qual apresentou ao mundo o seu lema: *Liberdade, igualdade e fraternidade*.

Tanto que a própria Constituição dos Estados Unidos, originária de 1787, não continha em seu bojo uma declaração de direitos, embora elencasse alguns. Apenas com as 10 primeiras emendas de 1791 foi incluído um *Bill of Rights* à Carta Americana.

Até que sob o impacto das maiores atrocidades cometidas pela raça humana contra seus pares, em nome da lei, ou seja, dentro de um auto intitulado Estado de Direito, de nacional socialismo, veio a lume a Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948, proclamada pela Assembléia Geral das Nações Unidas, afirmando que todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos.

T tecnicamente, trata-se apenas de uma recomendação que a Assembléia Geral da ONU, faz aos seus membros, não tendo, de conseguinte, força vinculante que os obrigue a tomá-la como paradigma em suas elaborações constitucionais e legais⁸. Porém, assim como as demais declarações de direitos, revelou-se uma das maneiras mais eficazes na realização e

⁷ MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967**. Tomo IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967, p. 625.

⁸ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação história dos direitos humanos**. 3 ed., São Paulo: Saraiva, 2004, pp. 223-224.

disseminação dos direitos fundamentais, já que traz em seu conteúdo, a mais completa indicação de otimização do respeito à dignidade da pessoa humana, em todas as suas formas, máxime pelo seu caráter de diretiva mundial, com um amplo alcance nas nações.

Por fim, não se poderia deixar de mencionar a Convenção Americana de Direitos Humanos, aprovada na Conferência de São José da Costa Rica, em 1969, a qual é mais conhecida como Pacto de São José da Costa Rica e determina que os Estados membros da OEA – Organização dos Estados Americanos concedam efetividade às normas de direitos fundamentais contidas em suas Constituições, comprometendo-se a respeitar os direitos e liberdades reconhecidos e garantir seu livre e pleno exercício, bem como façam valer o princípio da prevalência dos direitos mais vantajosos para a pessoa humana, sejam estes contidos em normas de direito interno ou internacional.

Com a Constituição Federal Brasileira de 1988 não foi diferente, fundando um novo Estado Democrático e Constitucional de Direito, deitou suas bases sobre um longo rol de direitos e garantias individuais, coletivos, sociais e políticos, jamais visto, tanto no Título II, nomeado Dos Direitos e Garantias Fundamentais, como em todo seu corpo, revelando a busca da realização da dignidade da pessoa humana em todas as suas dimensões através da constitucionalização dos direitos fundamentais, dentre os quais, o direito de proteção do consumidor, como passaremos a analisar adiante.

1.2 A inclusão da proteção do consumidor da seara dos direitos fundamentais

É difícil precisar o momento exato de origem do comércio, assim como da proteção do consumidor, em face das forças de mercado, haja vista que a partir do momento em que o homem nasce, surgem com ele as mais variadas necessidades para sua manutenção, e, com estas, a imprescindibilidade na aquisição de bens e serviços destinados a satisfazê-las.

A percepção quanto à necessidade de regular estas relações de consumo não foi apenas setorial, mas ao revés, foi em sentido global, fato facilmente explicável levando-se em consideração a evolução tecnológica ocorrida, principalmente na área dos transportes e das comunicações que possibilitaram a otimização e ampliação das fronteiras do comércio, para um espaço jamais imaginado pelos comerciantes: O mundo inteiro como consumidor.

Com efeito, a um dado momento, toda a comunidade internacional passou a verificar que o consumidor se encontrava desprotegido em *termos educacionais, informativos, materiais e legislativo*⁹, sendo, portanto, a vulnerabilidade do consumidor um problema mundial, que clamava por soluções efetivas e urgentes, tanto a nível local, como em caráter global.

De modo que, tendo em vista que a proteção do consumidor não era assunto relevante para uma única nação, mas supranacional, a Organização das Nações Unidas foi a primeira a manifestar-se sobre o tema na Resolução n° 2.542, de 11 de dezembro de 1969, que trata do progresso e desenvolvimento social, dispondo de forma esparsa acerca da proteção do consumidor, como um dos objetivos principais a serem atendidos para se atingir o respeito e cumprimento dos direitos humanos e das liberdades fundamentais, conforme a alínea a, do artigo 10, da Parte II que trata dos objetivos.

Dispôs, ainda, na alínea d, do artigo 15, da Parte III, que trata dos meios e métodos a serem utilizados para alcançar os objetivos traçados na resolução, a necessidade de atenção:

À difusão de informações nacionais e internacionais de caráter social para que a população tenha consciência das mudanças que se produzem na sociedade em geral, e para educar o consumidor¹⁰.

Entretanto, o passo mais importante, em termos de proteção do consumidor, foi dado apenas em 1985, com a Resolução n° 39/248, quando a ONU se posicionou, de forma categórica, sobre o tema, reconhecendo expressamente que *os consumidores se deparam com desequilíbrios em termos econômicos, níveis educacionais e poder aquisitivo*¹¹, devendo, portanto, serem adequadamente amparados.

A Assembleia Geral das Nações Unidas:

Pede a todas as organizações do sistema das Nações Unidas que elaborem diretrizes e documentos conexos sobre esferas relacionadas com a proteção do consumidor e as distribuam aos órgãos competentes dos Estados Membros

⁹ ALMEIDA, João Batista de Almeida. **Manual de direito do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 04.

¹⁰ Disponível em: <<http://daccessdds.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/259/32/IMG/NR025932.pdf?OpenElement>>. Acesso em 17 de janeiro de 2007.

¹¹ Disponível em: <<http://daccessdds.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/469/75/IMG/NR046975.pdf?OpenElement>>. Acesso em 17 de janeiro de 2007.

Com efeito, o anexo da resolução traz em seu conteúdo os objetivos, os princípios gerais, as diretrizes, assim como regras de cooperação internacional relacionadas à efetivação da proteção do consumidor.

Nos termos da resolução, cabe, aos governos, formular, fortalecer ou manter uma política enérgica de proteção do consumidor, tendo em conta suas próprias prioridades, com base em sua situação econômica e social.

O item 8 da resolução, por sua vez, dispõe que as medidas a serem tomadas, em proteção do consumidor, não devem ser convertidas em barreiras para o comércio internacional, devendo, portanto, serem compatíveis com as obrigações inerentes a este tipo de comércio.

Enfim, em 46 artigos, a resolução esclarece de forma clara e objetiva, em caráter mundial, acerca das necessidades e carências do consumidor, frente aos fornecedores de bens e serviços, pugnando pela organização de um sistema próprio de proteção do consumidor a nível local, tomando como base as particularidades de cada sociedade, mas que, no entanto, não se converta em um entrave às relações internacionais em expansão.

A partir daí, cada país passou a disciplinar a matéria de acordo com sua própria realidade e experiência vivida, uma vez que as normas enunciadas pela ONU não geravam obrigações, sendo, portanto, diretivas à formulação de uma política efetiva, que impõe a criação de uma estrutura suficiente e adequada para ser implementada.

No Brasil, a primeira legislação elaborada em defesa do consumidor foi a Lei nº 1.903/78, do Estado de São Paulo, que criou o PROCON com a função de orientar e proteger o consumidor. No que tange ao âmbito nacional, o primeiro diploma legal data de 1985 e criou o Conselho Nacional de Defesa do Consumidor, por meio do Decreto nº 91.469, o qual foi extinto e substituído pela atual Secretaria Nacional de Direito Econômico (SNDE).

Textos essenciais, contudo, surgiram a partir da década de 50. Como exemplo, podemos citar a consolidação da Lei de Economia Popular, na Lei nº 1521/51; o posicionamento repressivo ao abuso do poder econômico na Lei nº 4.137/62; a propositura da ação civil pública, tendo por alvo os danos causados em detrimento dos consumidores nas relações de consumo, com base na Lei nº 7.347/85; o sistema de repressão às infrações que atentem contra os direitos do consumidor, previsto na Lei nº 8.002/90, os quais serviram

como embasamento para o desenvolvimento de uma política de proteção do consumidor incipiente.

No aspecto constitucional, mencione-se, aqui, a Constituição de 1934, a qual inaugurou o Estado Social brasileiro, consagrando dispositivos de proteção à economia popular, em seus arts. 115 e 117 e abrindo as portas para a proteção do consumidor, ainda que por via indireta, sugerindo um início de preocupação com a sua tutela.

Neste cenário, mas incluindo os blocos de países que começaram a se compor com a globalização, podemos relatar as diretivas pioneiras elaboradas pela Comunidade Européia, as quais declinaram normas de caráter geral a serem implementadas por cada membro ao seu modo. Destacam-se, dentre outras, por terem exercido forte influência sobre o Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, as Diretivas 84/450 de 10.09.84, que trata da publicidade enganosa e a 85/374 de 25.07.85, que se refere à responsabilidade civil pelos acidentes de consumo.

Por sua vez, revelando a importância consagrada à proteção do consumidor, quando elencada dentre um dos segmentos de atuação da União Européia, fundada pelo Tratado de Maastrich de 1992¹², merece destaque, ainda, a norma inscrita no Art. II - 98º da Constituição Européia, quando afirma que: *As políticas da União devem assegurar um elevado nível de defesa dos consumidores*, na parte relativa à Carta dos direitos fundamentais da União.

No que diz respeito ao Mercosul – Mercado Comum do Sul, formado por Brasil, Argentina, Paraguai, Uruguai e mais recentemente pela Venezuela, (tendo, ainda, como países associados Bolívia, Chile, Peru, Colômbia e Equador e o México, como observador) - o qual possui a ambição de se tornar o segundo mercado comum do mundo, há uma preocupação com a elaboração de um Regulamento Comum de Defesa do Consumidor, consoante enfoque da Resolução 126/1994 do GMC – Grupo Mercado Comum. Este documento vem sendo elaborado a passos lentos pelo Comitê Técnico nº 7, e deverá conter regras comuns aos membros da comunidade, que submetam tanto comerciantes quanto consumidores, como forma de uniformizar os procedimentos protetivos e facilitar as relações internacionais entre os países formadores do bloco econômico, sendo o Código brasileiro, sem dúvidas, um marco a embasar tal elaboração legislativa¹³.

¹² NUNES, Antônio José Avelãs. **A constituição européia**: a constitucionalização do neoliberalismo. Separata do Boletim de Ciências Econômicas XLVIII. Coimbra, 2005, pp. 53-55.

¹³ CARVALHO, Andréa Benetti. Proteção jurídica ao consumidor no Mercosul. **Revista do programa de mestrado em direito da UniCEUB**, Brasília. V 2, n. 1, pp. 116-137, jan./jun., 2005. Disponível em:

De logo, adiantando aqui o início da resposta ao nosso questionamento inicial, pode-se afirmar que muito mais do que serem meras diretivas, as resoluções da ONU foram um verdadeiro portal que se abriu para o reconhecimento do direito de proteção do consumidor, como um direito fundamental de terceira geração, estando incluído na dimensão da solidariedade, que junto às dimensões da liberdade e igualdade, formam a tríade da Revolução Francesa.

1.3 Enquadramento da proteção do consumidor na categoria de Pontes de Miranda

Antes de ingressar na análise do direito fundamental do consumidor, tal como consolidado em nosso país, faremos inicialmente o seu enquadramento na teoria ponteana dos direitos fundamentais, elaborada em meados do século passado, quando o gênio de Pontes de Miranda, percebeu que a efetivação destes direitos pelos Estados, seria mais facilmente realizável com uma organização em categorias, de uma forma dogmática e prática, que viabilizasse a sua compreensão e sua proteção contra o arbítrio estatal.

Dito isto, temos como seu primeiro parâmetro de classificação a relação com a ordem jurídica, de modo que se dividem em direitos fundamentais estatais e supra-estatais, sendo os estatais aqueles previstos na Carta Constitucional de cada Estado, independente da sua positivação pelo ordenamento internacional, enquanto os supra-estatais seriam aqueles contidos nas normas de direito internacional, como a Declaração Universal dos Direitos do Homem.

Em outras palavras, o direito supra-estatal corresponde ao chamado direito das gentes, um direito de caráter universal e origem jusnaturalista, que se impõe aos Estados através de tratados celebrados e ratificados pelos países, os quais se comprometem a discipliná-los na ordem interna e *obrigam os Estados a promover medidas necessárias para torná-las executórias no plano do direito interno*¹⁴.

A ordem estatal representa o direito interno, o que inclui a construção e organização de cada país, que deve sempre ser feita em conformidade com os paradigmas ditados pelo

<<http://www.mestrado.uniceub.br/revistamestrado/pdf/Artigo%20Andrea%20Benetti%20Carvalho.pdf>>. Acesso em 19 de Janeiro de 2008.

¹⁴ SARMENTO, George. Pontes de Miranda e a teoria dos direitos fundamentais. **Revista do mestrado em Direito da Universidade Federal de Alagoas**, n. 1, ano I. Maceió: Nossa Livraria, 2006, p 20.

direito das gentes, com a coexistência pacífica entre ambos, mas sempre com o primado deste. De modo que a ordem estatal pode inovar, criando e protegendo outros direitos fundamentais não previstos na ordem internacional, mas não pode ir de encontro a ela, conforme lecionado por Pontes de Miranda, ou em suas próprias palavras: *A submissão dos Estados a regras de direito das gentes significa que desapareceu, juridicamente, a noção de independência absoluta deles: passaram a ser ordens parciais do direito, relativamente independentes*¹⁵.

Por conseguinte, a defesa do consumidor é um direito fundamental estatal, em oposição aos direitos fundamentais supra-estatais impostos por uma ordem jurídica superior e preexistente ao direito interno, uma vez que as Resoluções da Organização das Nações Unidas, conforme já salientado anteriormente, não têm o condão de vincular os Estados, pois apenas traçam normas gerais a serem implementadas pelos Estados, consoante suas particularidades.

Já o segundo parâmetro, diz respeito à organizabilidade dos direitos fundamentais, pelo que se dividem em direitos absolutos e relativos. Os absolutos seriam aqueles originários da ordem internacional e impostos aos Estados através de tratados, cabendo a estes organizar a sua proteção e realização.

Os direitos relativos, por sua vez, seriam aqueles que têm sua *fundamentalidade decorrente da própria Constituição. Sua existência é produto da livre decisão do legislador constituinte e não de obrigação imposta a todos os sujeitos de direito internacional*¹⁶, ao que têm como exemplos os direitos fundamentais estatais, estabelecidos e organizados em nível interno, sem qualquer influência internacional.

A título de fundamentação, mais uma vez nos socorremos dos exemplos elucidativos de Pontes de Miranda, quando afirma que:

A liberdade pessoal, a inviolabilidade do domicílio e a inviolabilidade da correspondência (correios, telégrafos e telefones) são tidas como direitos fundamentais absolutos. Relativos são os direitos de contrato, de comércio e indústria, e o direito de propriedade. Existem esses, mas valem conforme a lei; à diferença daqueles que se formulam de modo absoluto, apenas cabendo à lei regular as exceções¹⁷.

¹⁵ MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967**. Tomo I, 2 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970, p. 216.

¹⁶ SARMENTO, George. Pontes de Miranda e a teoria dos direitos fundamentais. **Revista do mestrado em Direito da Universidade Federal de Alagoas**, n. 1, ano I. Maceió: Nossa Livraria, 2006, p. 63.

¹⁷ MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967**. Tomo IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967, pp. 622 e 623.

Pelo que se conclui que o direito constitucional de proteção do consumidor é um direito fundamental relativo quanto à sua organizabilidade, já que sua existência depende unicamente da norma constitucional.

Seguindo na classificação dos direitos fundamentais, temos um terceiro modelo de classificação que é quanto à prestação, pelo que estes direitos se dividem em positivos e negativos, os quais, sem maiores complicações referem-se sempre ao papel desempenhado pelo Estado em relação às prestações devidas ao povo.

Os direitos fundamentais negativos correspondem às chamadas liberdades fundamentais ou direitos de defesa que protegem os indivíduos contra as arbitrariedades e desmandos do poder político, tendo sua origem no liberalismo e na reação burguesa contra o absolutismo monárquico.

Todavia, a política de não interferência, na esfera individual acabou por gerar carências na população de serviços públicos de qualidade e provedores de condições mínimas de subsistência, pelo que foram reconhecidos os direitos fundamentais positivos a prestações de caráter social, econômico e cultural, como *garantes* do novo Estado de Bem Estar Social.

Portanto, devemos enquadrar a proteção do consumidor, no que tange à sua prestação, dentre os direitos positivos que impõem prestações ao Estado, voltadas à satisfação destes direitos transindividuais, já que há uma imposição legiferante.

Pontes de Miranda nos brinda ainda com outro de seus parâmetros classificatórios dos direitos fundamentais, sendo este relacionado à subjetividade destes direitos, os quais seriam subjetivados ou insubjetivados, a depender da possibilidade ou não de concessão de vantagem subjetiva advinda a alguém pela incidência da norma de direito fundamental.

Quanto a este critério, a classificação do direito fundamental de proteção do consumidor seria um tanto contraditória, estando dentro de uma tênue linha das duas possibilidades. Pelo que, se pode dizer que do ponto de vista do consumidor atingido em sua vulnerabilidade, trata-se de um direito subjetivo, até por que as normas de direito fundamental teriam força normativa bastante para serem auto-aplicáveis, independentemente de legislação infraconstitucional complementar.

Mas sob o ângulo da necessidade de elaboração de legislação infraconstitucional regulamentadora dos direitos fundamentais, este seria não subjetivado, já que não há o direito

subjetivo do consumidor de ver a legislação elaborada, mas apenas uma expectativa de direito.

Já quanto à sanção, Pontes de Miranda diferencia os direitos fundamentais em assegurados ou não assegurados, conforme a norma constitucional lhes atribua ou não sanções de caráter civil, penal ou administrativa, em hipótese de violação da norma de direito fundamental; sanções estas que podem estar contidas na Constituição ou em leis ordinárias regulamentadoras, pelo fato da possibilidade da norma constitucional não ser uma norma bastante em si.

Neste sentido, o direito fundamental de proteção do consumidor seria um direito assegurado, já que traz em seu bojo, um imenso rol de medidas protetivas e sancionatórias ao seu descumprimento, podendo-se enquadrar também, inclusive, a possibilidade da aplicabilidade imediata da norma constitucional, independente da existência do Código de Proteção do Consumidor.

Por fim, Pontes de Miranda classifica os direitos fundamentais quanto às garantias, que podem ser institucionais ou instrumentais, conforme se direcionem à proteção de determinadas instituições sociais, como a família e a propriedade ou se destinem a garantir o exercício de outros direitos fundamentais, como as garantias gerais (condições instrumentais mínimas para o pleno exercício dos direitos fundamentais, como a existência de um Estado Democrático de Direito, uma Constituição rígida, etc); as garantias administrativas (direito de certidão, de petição, ...); as garantias processuais e os remédios jurídicos processuais.

Quanto às garantias, o direito de proteção do consumidor seria uma garantia instrumental, que se destina a assegurar um regular desenvolvimento do direito fundamental de fundo de plena cidadania do consumidor, conferindo, daí, condições instrumentais mínimas para que este possa se desenvolver.

Encerrado este tópico, sem sombra de dúvidas, já podemos vislumbrar o direito de proteção do consumidor como um real e efetivo direito fundamental estatal, relativo, positivo, subjetivado/insubjetivado, assegurado e instrumental, consagrado na esfera internacional e abraçado em nosso país na Constituição Federal de 1988 e no Código de Proteção e Defesa do Consumidor, como passaremos a analisar.

1.4 Consagração constitucional e infraconstitucional no Brasil

Visualizou-se que somente a partir da década de 70 alguns países foram inserindo, no texto constitucional, dispositivos acerca da proteção do consumidor. A primeira delas foi a Constituição de Portugal, de 1976, quando dentro das incumbências prioritárias do Estado, em seu art. 81, inc. I enfoca a garantia dos interesses e dos deveres dos consumidores; seguida pela espanhola, datada de 1978, quando afirma que:

- Art. 51 - 1. Los poderes públicos garantizaran la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la Seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos.
2. Los poderes públicos promoverán la información y la educación de los consumidores y usuarios, fomentarán sus organizaciones y oirán a éstas en las cuestiones que puedan afectar a aquéllos, en los términos que la ley establezca.
3. En el marco de lo dispuesto en los apartados anteriores, la ley regulará el comercio interior y el régimen de autorización de productos comerciales.

Assim, no âmbito da repersonalização do Direito, com fulcro no fundamento máximo da dignidade da pessoa humana, momento em que se colocou o homem e a sua realização plena no centro das relações jurídicas; e da constitucionalização dos direitos, em específico do direito civil, onde a Constituição passou a ser lente através da qual os direitos deveriam ser lidos, realizando a chamada *filtragem constitucional* lecionada por Barroso¹⁸, foi que despontou a Constituição Federal de 1988, instalando no país a nova ordem econômica, financeira e social, alicerçada em valores que objetivam a realização de um ideal de justiça igualitária.

No Brasil, a primeira Constituição Federal a consagrar a proteção do consumidor em seu texto, foi a de 1988, trazendo-a de forma expressa em alguns dispositivos e implicitamente em outros.

Para tanto, no âmbito das relações de consumo, o legislador constituinte elevou à categoria constitucional o princípio da defesa do consumidor, resgatando um atraso considerável em nossa legislação, elencando no inciso XXXII do artigo 5º, no título referente aos direitos e garantias fundamentais, a obrigação do Estado de efetivar a defesa do

¹⁸ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: (pós modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In BARROSO, Luís Roberto. (org.), **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003, p. 44.

consumidor, bem como a sua consagração como um princípio da nova ordem econômica, no inciso V do artigo 170 da Carta Magna.

Não satisfeito, o legislador constituinte previu, no artigo 48 das Disposições Constitucionais Transitórias, a elaboração de um código de defesa dos consumidores, dentro do prazo de 120 dias da promulgação da Constituição, face à possibilidade do referido princípio tornar-se mais uma norma sem qualquer efetividade social dentro do ordenamento jurídico nacional.

Com efeito, em 11.09.1990 despontou a Lei 8.078, trazendo o Código de Proteção e Defesa do Consumidor, e todas as suas inovações, regrando com especificidade magistral as relações de consumo, desde os direitos básicos do consumidor, com a inserção do instituto da inversão do ônus da prova, responsabilidade civil por fato e vício do produto, tratando, ainda, das cláusulas abusivas, contratos de adesão, e das ações coletivas para a defesa de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, em evidente resgate da cidadania nestas relações.

Notadamente, de forma implícita, mais insertos dentro do microsistema de proteção, o consumidor ainda tem em sua defesa os princípios da igualdade e do devido processo legal, a liberdade de contratação, bem como o direito de resposta, o direito de acesso à informação, a proteção judicial, dentre outros que fortalecem as demais normas protecionistas específicas.

Ressalte-se a importância desses dispositivos de proteção do consumidor na Constituição Federal, uma vez que nela devem estar reproduzidos todos os desejos do povo, suas ambições e suas necessidades, de modo que olhando o Texto Constitucional de um país, seja possível perceber que os anseios daquele povo estão sendo observados e respeitados pelos Governantes, fazendo valer seus direitos fundamentais.

E, quando se trata de consumo, todos têm interesse, haja vista que todos são consumidores em potencial. Além disso, protegendo o consumidor, está-se também protegendo o produtor, o fabricante, o vendedor, pois esses terão conhecimento prévio de como se portar na operação mercantil.

Tamanha a importância da proteção do consumidor nas relações de consumo, que o constituinte não apenas consagrou o princípio protetivo, como também o elevou à categoria de cláusula pétrea, não podendo, portanto, ser restringido ou suprimido, uma vez que o inciso XXXII, do artigo 5º, está inserido no Título dos Direitos e Garantias Fundamentais e, como tal, também goza da prerrogativa de sua auto-aplicabilidade, nos termos do § 1º do artigo 5º,

possuindo força normativa concreta, tal qual todo direito de caráter fundamental, conforme será melhor esclarecido oportunamente.

Não obstante, tais disposições Constitucionais, apesar de auto-aplicáveis, não foram suficientes para que se pudesse exigir a execução dessa proteção, pois faltava uma lei especial que tutelasse o consumidor em todas as peculiaridades e vicissitudes de uma relação de consumo, sendo, portanto, essencial a edição de uma lei que desse capacidade executória específica ao princípio protecionista, o que foi realizado com a promulgação do Código de Proteção e Defesa do Consumidor¹⁹.

O CDC, consubstanciado na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, constitui um microsistema jurídico interdisciplinar, que surgiu para dar ao princípio de proteção do consumidor capacidade de execução, uma vez que a norma constitucional, por si só, não era capaz de fazê-lo. Ademais, havia sido uma exigência do Constituinte, expressa no artigo 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Este microsistema é visto por toda a comunidade jurídica como um eficiente instrumento normativo. Isso se deve, em grande parte, por ter o legislador afirmado que suas normas são de *ordem pública e interesse social*²⁰, ou seja, cogentes e inderrogáveis pela vontade das partes, cabendo ao Judiciário apreciar, de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição nas lides que lhe forem apresentadas, as questões acerca das relações de consumo.

Destaque-se aqui que a vulnerabilidade do consumidor nas relações de consumo, indubitavelmente, é um dos pontos mais relevantes introduzidos no CDC, no inciso I, do artigo 4º. O consumidor é visto em posição de hipossuficiência e tratado como sujeito mais frágil e impotente diante do poder econômico dos grandes fornecedores, desta forma o Código tutela os desiguais, tratando os consumidores de forma diversa em relação aos fornecedores, de modo a alcançar a igualdade²¹.

Deste modo, minimizando as desigualdades existentes entre as partes contratantes, possibilita-se uma relação contratual mais paritária e harmônica, na qual há o respeito mútuo

¹⁹ Mencione-se aqui a posição recorrente na doutrina, segundo a qual, o princípio elencado no inciso XXXII, do art. 5º da CF, tem caráter de norma de eficácia limitada de princípio institutivo, e, portanto, dependente de complementação legislativa para que possa ser exigida. Não obstante, uma melhor leitura, nos revela que tal classificação, significa apenas que para a norma ter uma plena aplicabilidade necessita de legislação complementar, não obstante, como ela consagra norma constitucional com força normativa, é imediatamente exigível e auto-aplicável. Maiores esclarecimentos na obra clássica de José Afonso da Silva, *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 6 ed. 3 tiragem. São Paulo: Malheiros, 2004.

²⁰ Lei nº 8.078/90, artigo 1º.

²¹ GARCIA, Leonardo de Medeiros. **Código comentado de direito do consumidor**. Niterói: Impetus, 2005, p. 3.

entre consumidor e fornecedor, viabilizando, sem dúvidas, o ideal de efetivação concreta do direito fundamental de proteção do consumidor vulnerável nas relações de consumo.

Diante da impossibilidade de uma análise minuciosa de todos os novos aspectos trazidos pelo CDC, eis que fugiria da temática principal deste trabalho, pode-se dizer, em suma, que os contratos de consumo, regidos pelo Código de Proteção do Consumidor, devem ser alicerçados fundamentalmente nos princípios da dignidade da pessoa humana do consumidor; na liberdade de contratação, na isonomia entre os deveres e direitos das partes contratantes, na função social a ser realizada, bem como na boa-fé objetiva, a qual funciona não só como forte parâmetro interpretativo na solução das lides de consumo, mas como premissa para a validade destes contratos, fazendo valer os chamados deveres anexos contratuais de informação²², de cooperação e de proteção, que mais se revelam como direitos independentes e harmônicos do consumidor nos dias atuais.

1.5 Afirmação como direito fundamental

Eis que chegamos ao direito de proteção do consumidor como direito fundamental. Solucionando, sem mais qualquer sombra de dúvida, a questão suscitada no título deste capítulo. Revela-se como um direito fundamental de proteção do consumidor de 3ª geração ou dimensão, ou seja, um direito de solidariedade, se enquadrado dentro da teoria evolutiva das gerações de direitos, a qual dispensa maiores apresentações, criada por Karel Vasak²³ e desenvolvida entre nós por Norberto Bobbio, representando, assim, uma acumulação de novos direitos, que vão surgindo e se aperfeiçoando com o desenvolvimento da humanidade, tomando por base os eventos históricos e as inspirações axiológicas predominantes em cada momento.

E, como tal, configura-se como um direito coletivo *lato sensu*, englobando os direitos coletivos em sentido estrito, os direitos difusos e os individuais homogêneos; e não como mero direito difuso, como mormente classificado pela doutrina, uma vez que compreender-se

²² A despeito da inserção do direito de informação como um dever anexo contratual por parte da doutrina, nos filiamos ao entendimento mais moderno que considera o direito de informação um direito fundamental de fundo, já que consagrado constitucionalmente de forma autônoma no inciso XIV do art. 5º da Constituição Federal. Neste sentido: LÔBO, Paulo Luiz Netto. A informação como direito fundamental do consumidor. Anuário dos Cursos de Pós Graduação em Direito. N. 11. Recife: Universidade Federal de Pernambuco. Centro de Ciências Jurídicas. Faculdade de Direito do Recife, 2000.

²³ SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos fundamentais**: retórica e historicidade. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 259.

o direito de proteção do consumidor tão somente como um direito difuso, ou seja como espécie de um gênero, só seria possível, com a colocação deste como sinônimo de direito coletivo *lato sensu*, o que afrontaria a correção linguística exigida pelo direito.

Trata-se de um direito intenso, vivo e participativo, que envolve a todos em cada momento de nossas vidas, já que estamos sempre em torno do comércio para aquisição de bens serviços, daí a sua proximidade com as pessoas de todos os níveis e classes sociais, diferentemente do que acontece nos demais ramos de direito, os quais exigem um comportamento mais específico dentro de cada esfera de ação, que pode, ou não, vir a acontecer, tal qual no direito penal, tributário ou previdenciário.

Vivemos o direito do consumidor, tendo em vista que todos somos consumidores, em maior ou menor grau, já que estamos sempre consumindo ou desejando consumir algo que nos proporcione melhor qualidade de vida, conforto ou simples entretenimento.

Em excelente explicação Paulo Kouri, afirma que:

Esse direito é reconhecido no texto constitucional como fundamental porque o consumidor busca no mercado, na qualidade de não profissional, de destinatário de tudo o que o mercado produz, a satisfação de suas necessidades essenciais de alimentação, saúde, educação, segurança, lazer, etc²⁴.

Mas não é só, sua fundamentalidade decorre do reconhecimento paulatino de que já havia na sociedade primitiva uma tendência de comerciantes inescrupulosos se valerem de sua superioridade na relação de comércio para ludibriar o consumidor vulnerável, utilizando artimanhas e engodos para fazê-lo comprar *gato por lebre*.

De fato, esta tendência, com o passar do tempo, foi amenizada. Porém, a massificação da produção e os avanços tecnológicos, acabaram por intensificar a problemática. Nem tanto por má-fé dos fornecedores, já cientes do seu dever de segurança e adequação, mas advindos de complicações no processo produtivo massificado.

Neste contexto, vem a lume uma série de documentos supra-estatais, como as Resoluções da ONU, fornecendo diretivas e princípios para a regulação da matéria, bem como documentos internos de cada país, inclusive no formato de pequenas codificações observando

²⁴ KOURI, Paulo R. Roque A. Direito do Consumidor. Contratos, responsabilidade civil e defesa do consumidor. Apud, GARCIA, Leonardo de Medeiros. **Código comentado de direito do consumidor**. Niterói: Impetus, 2005, p.2.

as particularidades locais, e as linhas mestras ditadas, digo sugeridas, pela Organização das Nações Unidas, como a educação, informação e participação do consumidor; o incentivo à formação de associações de proteção do consumidor, assim como uma produção de bens voltada para a satisfação dos consumidores, com a prevenção de defeitos de adequação e de insegurança, além de uma polítmica de cooperação internacional.

Na mesma linha de raciocínio, e em consonância com o entendimento moderno do direito de proteção do consumidor, como um direito fundamental, foi elaborada a Carta Magna de 1988 e o Código de Defesa do Consumidor, fazendo valer o ideal de proteção do consumidor hipossuficiente.

Não obstante tal reconhecimento, o consumidor cidadão ainda encontra uma série de entraves à sua efetiva proteção, seja em virtude dos comerciantes não cumprirem com rigor os dispositivos legais, fazendo com que seus clientes sejam submetidos a tratamentos humilhantes ao exigirem seus direitos quando lesados; ou mesmo quando os próprios consumidores não têm conhecimento acerca de seus direitos, ou, ainda, quando existem lacunas no ordenamento.

É incontestável a fundamentalidade do direito constitucional de proteção do consumidor, a qual se irradia em diversas vias de negociação dentro da sociedade de informação²⁵. Entretanto, urge que medidas drásticas sejam tomadas, como forma de remediar a situação caótica na qual vem se transformando o comércio de bens e serviços, máxime com o advento das relações contratuais à distância, efetuadas no âmbito virtual da *internet*, ou seja, através da rede mundial de computadores, as quais vêm causando um enorme desconforto em consumidores enganados em *sites* de venda, que assistem suas pretensões de aquisição de bens e serviços se transformarem em dor de cabeça e prejuízo.

Citando a posição do professor Paulo Lôbo, pode-se dizer que a dimensão humana do consumidor foi regenerada na seara do direito do consumidor, onde há a sua proteção efetiva como cidadão portador de direitos constitucionalmente protegidos, de modo que *a migração para o campo dos direitos fundamentais, na concepção ampla que ostentam na atualidade, tornou-se inevitável*²⁶.

²⁵ LISBOA, Roberto Senise. O consumidor na sociedade da informação. **Revista de direito do consumidor**. n. 61, jan./mar., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

²⁶ LÔBO, Paulo Luiz Netto. A informação como direito fundamental do consumidor. **Anuário dos Cursos de Pós Graduação em Direito**. N. 11. Recife: Universidade Federal de Pernambuco. Centro de Ciências Jurídicas. Faculdade de Direito do Recife, 2000, p. 492.

Desponta neste momento inicial, encerrada esta primeira fase descritiva da pesquisa, que o direito de proteção do consumidor é um verdadeiro direito fundamental, eis que elencado no rol de direitos dos mais diversos países que prezam pela realização dos direitos humanos em seus ordenamentos, estando, portanto, incluso de forma definitiva na temática, já que realiza princípios como a dignidade, igualdade e liberdade dentro do campo contratual contemporâneo.

Vislumbra-se, ainda, que a problemática da efetivação do direito fundamental de proteção do consumidor está inserida nas mais diversas discussões da atualidade que giram em torno dos direitos fundamentais, seu reconhecimento e eficácia, as quais não serão objeto de análise aqui, já que extrapolariam o objeto desta pesquisa, sendo apenas mencionadas de forma ilustrativa, sem qualquer compromisso com maiores aprofundamentos, pois teriam força para uma nova dissertação, quiçá uma tese.

A *priori*, de acordo com as idéias esposadas por Robert Alexy, e fazendo uma analogia com a lição relacionada ao direito fundamental ambiental, trazida em sua obra²⁷, podemos enquadrar sem medo de errar, o direito de proteção do consumidor dentro da concepção dos direitos a ações positivas do Estado. Seriam as chamadas prestações, em sentido amplo, oferecidas pelo Estado, aos seus cidadãos, que englobariam os direitos à proteção e defesa do consumidor, nos mais diferentes aspectos; assim como o direito ao procedimento, como na participação de audiências públicas e iniciativas populares; e o direito a prestações em sentido estrito, incluindo tanto prestações fáticas como normativas.

Por outro lado, mas ainda dentro da seara das discussões atuais quanto aos direitos fundamentais, verifica-se que não é apenas face ao Estado que o consumidor pode exigir a realização concreta do seu direito fundamental de proteção, mas também perante os particulares, já que este direito enquadra-se no contexto da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, o qual se caracteriza nas palavras de Canotilho²⁸, como um dos problemas mais nobres da dogmática jurídica atual, trazendo para o cenário das relações sociais o compromisso de terceiros, além do Poder Público, de garantia dos valores constitucionais.

Isto se dá uma vez que, sob esta perspectiva, protegem-se direitos e deveres de particulares dentro de uma relação contratual, na qual não há intervenção direta estatal,

²⁷ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2002. p. 429.

²⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 192.

imediate, mas apenas mediata, de modo que se faz imprescindível a observância pelas próprias partes contratantes – fornecedor e consumidor - não só das regras e princípios contratuais vigentes, mas também de toda base axiológica predominante no cenário realizador do direito fundamental de proteção do consumidor.

Com este ponto de vista, acolhemos a posição adotada pelo STF e pela doutrina qualificada, quando afirma a eficácia direta ou imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas no Brasil, com base no § 1º do artigo 5º da Constituição, já que *se os direitos fundamentais também vinculam os particulares, é mais natural que essa se dê na mesma medida da vinculação do poder público*²⁹.

Trabalha-se, então, com um direito fundamental. Sem dúvidas, um direito fundamental de proteção do consumidor. Direito este reconhecido e garantido, tanto pelo Estado, quanto pelos particulares que se vinculam entre si através das contratações, pelo que se depreende que muito já foi feito para assegurar a efetividade da proteção constitucional do consumidor, como garantia fundamental. O passo mais difícil, qual seja, o seu reconhecimento como tal, já foi dado. A proteção eficaz, por sua vez, está evoluindo, sem dúvidas, mas a passos muito curtos e lentos, que não acompanham o avanço da sociedade, assim como das relações de consumo desenvolvidas em seu seio, que se transformam, alternam, misturam, mudam, na velocidade de um clique, máxime através dos novos contratos eletrônicos que passaremos a analisar agora.

²⁹ JÚNIOR, Dirley da Cunha. **Curso de Direito Constitucional**. 2 ed. Salvador: Jus Podium, 2008, p. 598.

CAPÍTULO II

CONTRATOS ELETRÔNICOS

2.1 Noções iniciais acerca do mundo virtual: A *matrix*

Início do século XXI. Suplantada definitivamente a atividade industrial como eixo propulsor da economia, passamos a vivenciar a Sociedade Pós-Industrial, conforme lecionado por Maria Amália Oliveira de Arruda Câmara³⁰, na qual valoriza-se principalmente a informação, e não a produção industrial ou a propriedade privada, daí designar-se Sociedade da Informação.

Com efeito, a característica máxima da *Era da Informação* é justamente a meta de distribuição desta, de forma adequada e equânime, viabilizando, assim, um maior acesso ao conhecimento às camadas mais desprivilegiadas da sociedade.

Neste contexto, temos como principais veículos para propagação do conhecimento os meios de comunicação como o rádio, a televisão, o cinema e a imprensa escrita, bem como o

³⁰ CÂMARA, Maria Amália Oliveira de Arruda. **A nova tecnologia da informação e o direito**: um estudo sobre os recursos que ajudam na construção do Direito de Informática. Recife: Nossa Livraria, 2005, p. 29.

mais novo membro deste time, a *internet*, a qual sem sombra de dúvida representa hoje uma das maiores evoluções tecnológicas de todos os tempos, ao lado da telefonia móvel, otimizando as chamadas *auto-estradas da informação*³¹.

Trata-se do mais rápido e completo veículo de comunicação da atualidade, podendo ser acessado em qualquer local do planeta, desde que o usuário utilize um computador previamente equipado, de modo que através do correio eletrônico (*e-mail*) pode-se encaminhar uma correspondência a um país distante, em fração de segundos, ou, ainda, realizar uma pesquisa sobre qualquer tema sem precisar sair de casa, simplesmente acessando através da rede a biblioteca mais completa de que se tem idéia, composta por um banco de dados em constante atualização e expansão.

Além dos avanços tecnológicos sem precedentes na área da computação e da telefonia, temos presenciado também, paralelamente, um outro fenômeno diretamente relacionado, qual seja a globalização. Esta pode ser entendida como uma queda de fronteiras mundiais, através da integração política, econômica, social e cultural das nações, tendo como exemplos mais marcantes a UE – União Européia e o MERCOSUL (Mercado Comum da América do Sul)³², consoante já visto.

Por conseguinte, pode-se afirmar, conforme Newton De Lucca, *que a internet passou a representar na sociedade contemporânea, a mais extremada forma do fenômeno da globalização*,³³ haja vista que a rede mundial tornou-se o veículo de comunicação mais ágil e completo do planeta, viabilizando a integração mundial, não só do conhecimento, mas também do mercado de consumo.

Desta feita, associando a *internet* a uma das facetas da globalização e como novel instrumento de transmissão da informação, temos a conexão dos dois *slogans* poderosíssimos da realidade atual, mencionados por José de Oliveira Ascensão, *que se integram e mutuamente se apóiam*³⁴, quais sejam a globalização e a sociedade da informação.

Por questões metodológicas, não nos deteremos aqui em maiores especificidades relativas à *internet*, como surgimento e expansão, uma vez que fugiria aos propósitos deste trabalho, repetindo, desnecessariamente informações que já são de notório conhecimento até dos leigos

³¹ ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito da internet e da sociedade de informação**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 67.

³² O MERCOSUL teve sua criação prevista constitucionalmente, quando foi estabelecido no parágrafo único do artigo 4º da Carta da República que “A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações”.

na disciplina. Desta feita, passaremos apenas por noções conceituais que viabilizem uma compreensão chave para a matéria em discussão.

Em termos legais, já temos uma definição de *internet* conferida pela alínea “a” do item 3 da Norma 004/95, aprovada pela Portaria nº 148, de 31 de maio de 1995, do Ministério do Estado das Comunicações, segundo a qual, trata-se de:

Nome genérico que designa o conjunto de redes, os meios de transmissão e comutação, roteadores, equipamentos, e protocolos necessários à comunicação entre computadores, bem como o software e os dados contidos nestes computadores.

Já Antônio Jeová Santos³⁵ descreve a *internet* como uma *ágora cibernética*, em alusão à praça onde se reunia a assembléia do povo na Grécia Antiga, para o desenvolvimento de atividades de mercancia, além, é claro, de ser o ponto de encontro de políticos e pensadores locais, que discutiam e questionavam os mais diversos assuntos de interesse social, exatamente igual à *internet-ágora* que temos hoje, na qual é possível pesquisar, conhecer pessoas e fazer compras com simples toques no teclado do computador.

Por sua vez, Jorge José Lawand, afirma que a *internet* é um *fenômeno jurídico*, ou seja, um acontecimento que produz efeitos no mundo do direito³⁶. Tal afirmativa afigura-se correta a partir do momento em que dentro da *internet* são desenvolvidas relações intersubjetivas que geram direitos e deveres, pretensões e obrigações, tendo como exemplo mais ilustrativo o desenvolvimento do comércio eletrônico.

E tomando como base os ensinamentos do Professor Marcos Bernardes de Mello³⁷, verificamos que o fenômeno jurídico, em uma visão integrada das dimensões axiológica, normativa e sociológica, surge através da valoração dos fatos (*lato sensu*) relevantes da vida social, transformando-os em fatos jurídicos através da sua normatização, que deverá ser observada pela sociedade de forma efetiva, por refletir os verdadeiros valores que vivem no espírito do povo.

³³ DE LUCCA, Newton. Títulos e contratos eletrônicos: o advento da informática e suas conseqüências para a pesquisa jurídica. In DE LUCCA, Newton & SIMÃO FILHO, Adalberto. **Direito & Internet: aspectos jurídicos relevantes**. 2 ed., São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 39.

³⁴ ASCENSÃO, José de Oliveira. Sociedade da informação e mundo globalizado. In Boletim da Faculdade de Direito. Studia Iuridica 73. Colloquia 12. **Globalização e direito**. Universidade de Coimbra. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p.164.

³⁵ SANTOS, Antônio Jeová. **Dano moral na internet**. São Paulo: Método, 2001, pp. 17-18.

³⁶ LAWAND, Jorge José. **Teoria geral dos contratos eletrônicos**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, p. 22.

³⁷ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**, 12. ed., São Paulo: Saraiva, 2003, pp. 12-19.

Arrolamos, a título de exemplo, as relações comerciais desenvolvidas no âmbito da rede que geram direitos e deveres para as partes envolvidas, uma vez que esta conduta de compra e venda, por revelar-se relevante juridicamente foi jurisdicizada, ou seja, transformada em suporte fático, através da norma que impõe efeitos jurídicos à sua realização, efeitos estes condizentes com os anseios e valores sociais.

Eis que desponta um novo mundo, um mundo virtual, paralelo e dependente do mundo real, no qual as pessoas pesquisam, estudam, divertem-se, conversam, conhecem outras pessoas que residem em locais distantes e fazem compras. Este local é denominado *cyberspace*, expressão criada em 1984 por Willian Gibson no livro *Neuromancer*, a pedra fundamental da literatura *cyberpunk*, obra que, por sua vez, inspirou a trilogia cinematográfica de Neo, Trinity e Morpheus: *Matrix*, a qual traz a representação do *cyberspace*. No Brasil, podemos chamá-lo de *ciberespaço*, ou em expressão preferida por Newton De Lucca, *espaço cibernético*³⁸.

2.2 As novas relações comerciais surgidas na *internet*

Perplexidade. Esta é uma palavra que se encaixa perfeitamente para descrever a percepção da possibilidade de contratação via *internet*, quando do seu advento, pelos juristas. Newton De Lucca comparou o seu espanto com a conhecida passagem da caverna de Platão, em *A República*, Livro VII³⁹, tendo em vista que nós, assim como os prisioneiros da caverna, nunca imaginamos que pudesse vir a existir outra realidade, senão aquela que nos acostumamos a ter diariamente diante dos nossos olhos. Ou, nas palavras do próprio autor:

Assim como no caso dessa metáfora – em que os homens tinham as sombras projetadas pelo fogo no fundo da caverna como se fossem o sucedâneo da própria realidade, posto ser esta a única forma de conhecimento que possuíam -, parece que estamos assistindo a uma situação semelhante à descrita pelo genial filósofo helênico, já que sempre estivemos presos a um universo no qual jamais nos foi dada a possibilidade de supor que um outro mundo, incrivelmente mais avançado do que aquele em que estamos

³⁸ DE LUCCA, Newton. Títulos e contratos eletrônicos: o advento da informática e suas conseqüências para a pesquisa jurídica *In* DE LUCCA, Newton & SIMÃO FILHO, Adalberto. **Direito & Internet**: aspectos jurídicos relevantes. 2 ed., São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 31.

³⁹ PLATÃO, **A República**. Coleção Os Pensadores. Tradução Enrique Corvisieri. São Paulo: Nova Cultural, 1997, pp. 225-256.

acostumados a habitar, já estivesse diante de nós e ocupando um espaço nunca antes imaginado...⁴⁰

Com efeito, o espaço cibernético expandiu-se e com ele as possibilidades de sua utilização para diversos fins, dentre os quais a contratação por meio eletrônico, gerando, inclusive, uma tendência mundial de substituição paulatina do meio físico pelo virtual. Todavia, para tanto, urge a necessidade de uma regulamentação específica para o *e-commerce*, tendo em vista suas peculiaridades.

Ressalte-se aqui que a reflexão sobre o novo deve cingir-se à apreciação das especificidades quanto ao meio utilizado, o ambiente virtual, haja vista que a expressão *contratos eletrônicos* traduz a realidade de efetivação dos contratos através da rede, seja de compra e venda, de prestação de serviços ou de locação, dentre outros. Tratando-se, portanto, apenas de uma nova forma de se desenvolver os velhos e já reconhecidos contratos tradicionais, em um ambiente digital.

Sob este foco, observa-se a utilização do instrumento tradicional de circulação de riquezas e de manifestação da vontade, qual seja o contrato, à disposição da nova realidade virtual, atendendo às necessidades do mundo contemporâneo, e às transformações na forma de contratar advindas da expansão da *internet*, pelo que se conclui com Paulo Lôbo que: *O sentido e o alcance do contrato refletem sempre e necessariamente as relações econômicas e sociais praticadas em cada momento histórico*⁴¹.

Inobstante o foco que se tem dado às relações comerciais desenvolvidas na rede, cabe frisar aqui que estas já vinham se realizando há mais de 20 anos através dos sistemas de troca eletrônica de dados, baseados no EDI – *Electronic Data Interchange*, em redes fechadas dos maiores conglomerados industriais, com acesso restrito a alguns operadores que já desenvolviam relações comerciais de forma estável e contínua.

Já a Internet, por sua vez, justamente por consistir numa rede aberta, prescinde, normalmente, da necessidade de um contato anterior ou de uma maior negociação prévia, bem como dispensa a estabilidade das relações entre os contratantes, facilitando, ao contrário do EDI, a celebração de negócios ocasionais e a curto prazo⁴².

⁴⁰ DE LUCCA, Newton. Títulos e contratos eletrônicos: o advento da informática e suas conseqüências para a pesquisa jurídica. In DE LUCCA, Newton & SIMÃO FILHO, Adalberto. **Direito & Internet: aspectos jurídicos relevantes**. 2 ed., São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 43.

⁴¹ LOBO, Paulo Luiz Netto. Contrato e mudança social. **Revista dos Tribunais**, RT: São Paulo, ano 84, v 722, dez. 1995, p. 44.

⁴² MARTINS, Guilherme Magalhães. **Formação dos contratos eletrônicos de consumo via internet**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 36.

Dito isto, pode-se afirmar com base em Jorge José Lawand, que o século XXI materializará a *Era da Informação, na qual as novas tecnologias e o comércio eletrônico constituirão a chave para um desenvolvimento sustentável*⁴³, sendo uma realidade inafastável das nossas vidas, acarretando a necessidade de um estudo mais aprofundado de suas repercussões, máxime, no que tange à proteção dos consumidores contratantes.

2.3 Comércio eletrônico

Para se buscar uma definição de contratos eletrônicos e, por conseguinte, analisar a problemática da proteção do *cyberconsumidor*, faz-se *mister*, inicialmente, desenvolver a idéia de comércio eletrônico ou *e-commerce*, como sendo a atividade comercial realizada dentro de um ambiente virtual, no qual fornecedores e consumidores de todo o mundo se encontram.

Enfatize-se aqui a nova tendência do *m-commerce (mobile commerce)*, para definir os novos contratos celebrados através de aparelhos de telefonia móvel, valendo-se, inclusive, da tecnologia 3G e de seus provedores; bem como de computadores portáteis, com tecnologia *wireless* ou *mini-modems*.

Consoante já salientado, o desenvolvimento da rede mundial de computadores em associação direta com a perspectiva de contratações diretas e sem intermediários, gerou o surgimento e expansão do comércio através da *internet*, como a forma mais significativa de contratação da atualidade, com a substituição paulatina do meio físico pelo virtual.

Destarte, derrubou-se a fronteira da distância e do tempo, já que nesta terceira dimensão, as negociações realizam-se de forma mais célere e eficaz, atendendo aos anseios de ambas as partes, através da celebração de típicos contratos de consumo.

O comércio desenvolvido na *web* possibilita a integração dos mercados mundiais, de forma constante e atualizada, sem limites de tempo e espaço, já que conta com uma redução dos gastos administrativos e tributários, funcionando vinte e quatro horas por dia, sete dias por semana, sem intermediários. O que, por sua vez, acarreta maiores lucros e a superação de

⁴³ LAWAND, Jorge José. **Teoria geral dos contratos eletrônicos**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, p. 8.

barreiras, já que o fornecedor conta com o mundo todo como público em potencial para aquisição de seus bens e serviços⁴⁴.

De conseguinte, pode-se afirmar que o comércio eletrônico se efetiva através do contrato eletrônico firmado entre um fornecedor virtual e um *internauta*, com a utilização de toda a nova estrutura tecnológica de informação criada nos últimos tempos, aproximando pessoas, reduzindo as distâncias, encurtando o tempo e quebrando as fronteiras, com a união de países distantes e com as mais diversas culturas. Eis o retrato da globalização.

Ainda nas palavras de Lawand:

Os contratos eletrônicos são a expressão jurídica do comércio eletrônico, que significa em sua essência, um fluxo e refluxo de bens e serviços realizados mediante uma rede de comunicações informatizada. E os problemas que suscitam não são substancialmente distintos daqueles relativos à contratação ordinária⁴⁵.

Ditos contratos revelam diferentes fases em seu desenvolvimento, de modo que apesar de intitulados contratos eletrônicos, não se realizam exclusivamente em linha, podendo mudar de dimensão e ingressar no mundo real, o que gera uma distinção entre as formas de sua realização. Assim, podemos ter contratos apenas negociados na rede, mas que são concluídos e executados fora do ambiente virtual. Também podemos ter contratos celebrados e concluídos na rede, mas que sua execução exige a forma tradicional, como por exemplo, a entrega de um dvd ou livro. Por fim, há a hipótese de todas as fases, quais sejam, negociação, conclusão e execução se efetuarem *online*, como por exemplo na compra de músicas, ou *softwares*, com *download* direto em rede.

Importante versar também, mas de forma sucinta, acerca da classificação doutrinária⁴⁶ trazida quanto a estes contratos eletrônicos, no que se refere à interação homem-máquina. São diferenciados em contratos eletrônicos intersistêmicos: Aqueles realizados em sistemas fechados ou *intranets*, através de EDI, com a comunicação entre equipamentos de empresas, previamente programados pelo homem, e respectiva troca de dados de forma autônoma.

⁴⁴ 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. 470.

⁴⁵ LAWAND, Jorge José. **Teoria geral dos contratos eletrônicos**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, p.34.

⁴⁶ LEAL, Sheila do Rocio Cercal Santos. **Contratos eletrônicos: validade jurídica dos contratos via internet**. São Paulo: Atlas, 2007, pp. 82-89.

Já os contratos interpessoais são instrumentalizados através de um computador, por meio do qual as pessoas fazem valer suas vontades e celebram a avença desejada. Dividem-se em contratos simultâneos, ou seja, quando as manifestações de vontade são emanadas no mesmo momento, em tempo real, através de videoconferências ou conversações *online*; e não simultâneos, quando há um intervalo entre as tratativas, por não estarem as vontades sendo emanadas ao mesmo momento, em sincronia, como é o caso daqueles efetuados via *e-mail*, onde há um lapso temporal entre proposta e aceitação, sendo, portanto, equiparados aos contratos entre ausentes.

Por fim, temos os contratos interativos, no qual uma pessoa, conforme o próprio nome diz, interage, não com outra pessoa, mas sim com um sistema previamente programado para receber os pedidos formulados pelos internautas. São os popularmente conhecidos *web-sites*, que trazem ao alcance do consumidor as lojas virtuais. Ao visitar um *site*, o consumidor pode adquirir os mais diversos produtos, com um simples clique do mouse, através do contrato denominado de *click-wrap agreement*.

Cabe ressaltar aqui que, para fins deste trabalho, adotaremos a posição já consagrada na Diretiva 2000/31/CE do Parlamento Europeu sobre Comércio Eletrônico, quando em seus artigos 10.4 e 11.3 exclui dos chamados contratos eletrônicos em sentido estrito, aqueles celebrados via correio eletrônico ou outro meio de comunicação individual equivalente, já que se assemelham mais àqueles concretizados à distância por via postal ou fax, nos restringindo, portanto, aos contratos celebrados entre consumidor e *web-site*.

Podemos então elencar como características primordiais dos contratos eletrônicos a desmaterialização destes, em face de sua virtualização, pois seriam contratos intangíveis, imateriais, formados por documentos eletrônicos, implementados virtualmente. Neste sentido há uma tendência em se dispensar os documentos físicos para a consubstanciação do contrato, apesar de serem, sem dúvidas, documentos escritos, já que têm seus registros armazenados nos bancos de dados das empresas.

Cite-se também a liberdade de uso amplo e irrestrito, por todos que tenham acesso à rede, relacionada à desregulamentação desta, eis que estes contratos são desenvolvidos em território virtual, sem qualquer barreira política ou geográfica, conforme analisado mais adiante, tendo em vista a relativização das noções de tempo e espaço.

Fale-se, por fim, sobre a despersonalização, pois, mais do que nunca, há uma massificação das contratações, negociando-se silenciosamente com a máquina através dos *links* dos *sites*, até a conclusão, sem qualquer presença física em seu desenvolvimento.

No que tange às modalidades de comércio eletrônico a doutrina majoritária, os classifica em três tipos: B2G – *Business to Government*, B2B – *Business to Business*, e B2C – *Business to Consumer*, a depender do tipo de contrato celebrado.

Todavia, uma minoria menciona ainda o C2C – *Consumer to Consumer*⁴⁷, como modalidade em que há o envolvimento de dois consumidores finais na realização da avença, não qualificados como fornecedores, motivo pelo qual não nos deteremos aqui em maiores detalhes.

Em poucas linhas, pode-se dizer que o B2G – *Business to Government* é o comércio em linha voltado para a satisfação das necessidades estatais. De uma forma geral, é regido por normas de Direito Administrativo, retratando, basicamente, a aquisição de bens e serviços pelo Estado para atendimento de suas finalidades, encontrando-se, ainda, em um nível elementar em nosso país, sem contar com grandes repercussões.

Já o B2B – *Business to Business* reflete as aquisições desenvolvidas em sistema de atacado por grandes fornecedores, que é o comércio realizado por grandes empresas, de modo a otimizar sua produtividade, revelando ser nos dias atuais, o que gera maiores movimentações a nível de compras e de valores, sendo regido, prioritariamente, por normas de Direito Civil e Comercial, já que não há uma relação de consumo caracterizada.

E, por fim, temos o B2C – *Business to Consumer*, objeto de nosso estudo, que é aquele especificamente voltado para as negociações efetivadas por consumidores finais em face dos fornecedores virtuais. Comércio este que cresce em progressão geométrica, atingindo todas as camadas da população que efetuam compras no varejo, regulamentadas pela normativa consumerista, seguindo o rastro deixado pelo B2B.

Enquadrado, conceituado, classificado e caracterizado nosso objeto de análise deste capítulo, quais sejam os contratos eletrônicos em sentido estrito, celebrados em linha, por um consumidor internauta e um fornecedor virtual, passamos então a uma análise minuciosa de suas especificidades e particulares, como o que os aproxima e o que os distancia dos nossos contratos chamados tradicionais, máxime aqueles de compra e venda, os mais utilizados;

⁴⁷ LIMA, Eduardo Weiss Martins de Lima. **Proteção do consumidor brasileiro no comércio eletrônico internacional**. São Paulo: Atlas, 2006, p. 15.

vislumbrando, ainda, as dúvidas e questionamentos que vêm surgindo quanto à sua regulamentação no âmbito da proteção consumerista e do direito internacional privado, no que tange às problemáticas que podem ocorrer durante sua realização.

2.4 Compra e venda por meio eletrônico

Diversas são as nomenclaturas que os definem, mas por uma questão didática, os trataremos como contratos eletrônicos⁴⁸, muito embora sejam simples contratos, espécies do gênero negócio jurídico bilateral, formados a partir de manifestações de vontade distintas, mas coincidentes, recíprocas e concordantes quanto ao objeto, conforme ensinamento do professor Marcos Bernardes de Mello⁴⁹, desenvolvidos através de um meio eletrônico, na modalidade de compra e venda.

Todavia, este contrato eletrônico guarda algumas peculiaridades em relação ao contrato tradicional, por ser desenvolvido fora do meio físico e dentro do mundo virtual, não sendo mais uma modalidade contratual, conforme já enfocado anteriormente e ratificado por Valéria Elias de Melo Gregores, *mas apenas uma forma moderna de realizar as várias espécies de contratos já conhecidas*, (dentre as quais a compra e venda), *cujas únicas distinção é o meio utilizado para a sua concretização*⁵⁰.

Esta assertiva nos leva à definição de um contrato eletrônico de compra e venda, como sendo aquele desenvolvido à distância, no qual as manifestações de vontade dos contratantes são conhecidas através de um meio eletrônico. E, muito ao contrário do que muitos possam pensar, trata-se de um contrato escrito, materializado, haja vista que permanece armazenado, com todas as suas tratativas, em linguagem de máquina nos computadores em que foi celebrado.

⁴⁸ Contratação por meio de informática, contratos por computador, contratos *online* ou contratos eletrônicos? Ver discussão em DE LUCCA, Newton. Títulos e contratos eletrônicos: o advento da informática e suas conseqüências para a pesquisa jurídica. In: DE LUCCA, Newton & SIMÃO FILHO, Adalberto. (coord.), **Direito & Internet**: aspectos jurídicos relevantes. 2 ed., São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 62 e seguintes.

⁴⁹ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência, 12. ed., São Paulo: Saraiva, 2003, p. 198.

⁵⁰ GREGORES, Valéria Elias de Melo. **Compra e venda eletrônica e suas implicações**. São Paulo: Método, 2006, p. 38.

Ainda conforme a mencionada autora é válido afirmar que o contrato eletrônico é o vínculo jurídico criado através da declaração de vontade emanada por meio eletrônico, com a finalidade de estabelecer relações entre pessoas⁵¹.

Outro ponto a ser destacado é que através da compra e venda eletrônica, podem ser adquiridos tanto bens materiais, com sua entrega no lar do consumidor, como no caso de um livro; ou mesmo bens imateriais, como programas, o que viabiliza tanto a entrega em domicílio, através de um cd de instalação com todas as instruções ou o seu envio *online* através de *download*.

Visualiza-se então que os contratos de compra e venda, celebrados na rede, guardam as mesmas características gerais dos contratos realizados da forma tradicional, nos termos do art. 481 do Código Civil:

Artigo 481 – Pelo contrato de compra e venda, um dos contratantes se obriga a transferir o domínio de certa coisa, e o outro, a pagar-lhe certo preço em dinheiro.

Entretanto, impende salientar que em face de suas particularidades, nem todas as disposições legais podem simplesmente ser aplicadas sem qualquer ponderação ou análise específica, de modo que, em linhas gerais, aplica-se o regime jurídico do contrato firmado, neste caso, em especial, a compra e venda de consumo, mas com a necessária adaptação ao meio utilizado.

Diante do exposto, pode-se dizer que a compra e venda eletrônica se dá através do acordo de vontades quanto à aquisição de determinado bem, com o pagamento de preço certo, manifestado através de meio eletrônico entre um consumidor e um fornecedor que ora podem situar-se na mesma cidade, ora em continentes diferentes.

Dito isto, passaremos a analisar as questões atinentes à formação dos contratos de compra e venda eletrônicos. Esta análise, todavia, por se referir a um novo formato de contratação ainda não regrado legalmente, será feita tomando por base um *mix* de normas, projetos, diretivas e convenções existentes no ordenamento jurídico nacional e internacional, aplicáveis ainda de forma desordenada, mas através de raciocínios que prezam pela efetividade máxima da força normativa do princípio constitucional da proteção do consumidor.

⁵¹ GREGORES, Valéria Elias de Melo. **Compra e venda eletrônica e suas implicações**. São Paulo: Método, 2006, p. 38.

2.5 Formação dos contratos eletrônicos

2.5.1 A oferta

O primeiro ponto a ser abordado aqui, de forma a trazer um esclarecimento eficaz quanto às dúvidas que pairam sobre a contratação eletrônica, será a problemática da oferta e da aceitação desta, através de manifestações de vontade, como elementos formadores do negócio jurídico da compra e venda.

De fato, a formação de um contrato eletrônico de compra e venda, não difere muito da formação de um contrato, tipo padrão, onde há uma proposta, elaborada pelo proponente, em termos claros, no que tange ao objeto, preço, forma de pagamento e entrega - e uma aceitação às condições propostas através do consentimento emanado, também de forma clara pelo seu receptor. O que diverge é o meio utilizado para a transmissão da vontade dos contratantes, já que sua exteriorização se realiza através do meio eletrônico, no *cyberspace*.

Versando sobre a matéria, relativamente aos contratos tradicionais, temos os artigos 427 a 435 do Código Civil de 2002, que terão sua análise circunscrita aos pontos que efetivamente sejam interessantes em nossa discussão.

Partindo do art. 427 do CC, que regula a chamada proposta, vislumbra-se que esta obriga o proponente, devendo ser séria e inequívoca, salvo quando o contrário constar de seus termos, da natureza do negócio proposto ou das circunstâncias que cercam o caso concreto, trazendo em seu corpo a intenção real do proponente de desenvolver a avença oferecida, fazendo valer o princípio da boa-fé depositada na relação negocial.

Neste sentido e trazendo a discussão para os contratos de consumo, regidos pelo Código de Defesa do Consumidor, verifica-se que a oferta veiculada através de informação ou publicidade, também obriga o proponente em todos os seus termos, seja qual for o meio de transmissão e de uma forma mais rígida do que ocorre nos contratos cíveis, *como uma decorrência lógica e natural da sociedade de massas que se instaurou*⁵², podendo o consumidor insatisfeito, inclusive, nos termos do art. 35 do CDC, exigir a execução forçada do contrato, além de aceitar outro produto ou serviço ou rescindir o contrato.

⁵² NUNES, Rizzato. **Curso de direito do consumidor**. 2 ed. 3 tiragem. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 389.

Com base no disposto no art. 30 do CDC, segundo o qual toda *informação ou publicidade suficientemente precisa, veiculada por qualquer meio de comunicação obriga o fornecedor*, chegamos analogicamente, aos contratos eletrônicos de consumo, onde a oferta é disposta por meio de mídia eletrônica, dentro de *sites* especializados, ou mesmo em *links* ou *banners* de outros *sites*, onde a um simples premer (apertar) do mouse, chega-se a todos os detalhes da contratação e do bem pretendido, de uma forma fácil, rápida e sem necessidade de deixar o conforto de sua cadeira e a segurança de sua residência.

Verifica-se, portanto, que a concretização de um contrato eletrônico inicia-se, precipuamente, com a oferta elaborada pelo fornecedor ao consumidor, realizada esta através da rede, primordialmente por meio de ofertas abertas permanentemente em *sites*, não havendo um formato previamente estipulado em lei. Exige-se apenas que *seja completa e transparente, e traga em seu conteúdo todos os requisitos primordiais do negócio jurídico*⁵³.

Com efeito, inexistente no ordenamento jurídico brasileiro, norma regulamentadora do comércio eletrônico. O que temos, por enquanto, são apenas projetos em tramitação, que visam de forma tímida e inexperiente regular um comércio que se pretende global, sendo o principal deles o Projeto de Lei 4906/2001, fruto do Projeto nº 672/99, de autoria do deputado Lúcio Alcântara, ao qual se encontram apensados o Projeto de Lei nº 1589/99, elaborado a partir do anteprojeto da OAB de São Paulo, e o de nº 1.483/99, compondo assim, o que seria um microsistema das relações de consumo virtuais, em caso de aprovação.

Por conseguinte, por se tratar de normas que possam vir a não se concretizar no mundo jurídico, não nos deteremos muito em sua observância, mas apenas em suas linhas gerais, que remetem às disposições internacionais de harmonização dos ordenamentos, consagradas pela UNCITRAL/CNUDCI – Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional, consoante abordaremos mais adiante.

Então, ainda versando sobre a oferta, vislumbramos que nos termos do artigo 3º do Projeto de Lei nº 1589/1999, a oferta não está sujeita a qualquer tipo de autorização prévia pelo simples fato de ser realizada por meio eletrônico, caracterizando-se, portanto, como uma mera oferta ao público, regrada pelos artigos 30 a 35 do Código de Defesa do Consumidor, a qual obriga o proponente em todos os seus termos, como uma oferta vinculatória.

A tal conclusão chega-se, em face do art. 13 do Projeto remeter o aplicador da lei às normas consumeristas vigentes, sem qualquer consideração mais específica quanto à forma de

⁵³ LAWAND, Jorge José. **Teoria geral dos contratos eletrônicos**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, p. 130.

se fazer dita aplicação, gerando, por conseguinte, mais dúvidas, incertezas e lacunas, quanto ao que deve ser interpretado como passível de utilização na regulação do comércio virtual e o que deve se restringir apenas às contratações aqui chamadas tradicionais, de modo que tamanha cláusula aberta tanto pode vir para beneficiar o consumidor, quanto para prejudicá-lo, a depender do ponto de vista dos envolvidos.

Em tese, aplicaremos então, todas as normas consumeristas do país, de forma subsidiária a um bloco de leis específicas, digo, a alguns projetos de lei que têm poucas possibilidades de virem a se tornar uma ou várias leis específicas, as quais, diga-se de passagem, muito pouco especificam a respeito de seu objeto, sendo em dados momentos mera repetição da Lei Modelo sem qualquer detalhamento. Neste caso, a força normativa constitucional não seria o bastante para admitir essa utilização? O Ordenamento Jurídico brasileiro precisa de mais uma lei, para dizer tão pouco ou quase nada, ainda por cima de forma tão confusa?

Lançada a dúvida que permeia todo esse trabalho, buscaremos sua resposta mais adiante, seguindo, por enquanto com a análise da oferta no *cyberspace*.

Assim, no local em que for veiculada a oferta, devem constar todas as informações claras e precisas quanto ao produto ou serviço ofertado, preço e forma de pagamento, prazo da oferta e de entrega do bem ou serviço adquirido, tal e qual se dá nas contratações efetivadas fora da *matrix*, além, é claro, de todos os dados possíveis para identificação e contato do fornecedor de bens e serviços. Tudo consoante determinação do art. 5º da Diretiva 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho (Diretiva sobre o comércio eletrônico)⁵⁴, seguida pelo art. 4º do Projeto de Lei nº 1.589/1999.

⁵⁴ Artigo 5º. Informações gerais a prestar 1. Além de outros requisitos de informação constantes do direito comunitário, os Estados-Membros assegurarão que o prestador do serviço faculte aos destinatários do seu serviço e às autoridades competentes um acesso fácil, directo e permanente, pelo menos, às seguintes informações: a) Nome do prestador; b) Endereço geográfico em que o prestador se encontra estabelecido; c) Elementos de informação relativos ao prestador de serviços, incluindo o seu endereço electrónico, que permitam contactá-lo rapidamente e comunicar directa e efectivamente com ele; d) Caso o prestador de serviços esteja inscrito numa conservatória de registo comercial ou num registo público equivalente, a identificação dessa conservatória e o número de registo do prestador de serviços, ou meios equivalentes de o identificar nesse registo; e) Caso determinada actividade esteja sujeita a um regime de autorização, os elementos de informação relativos à autoridade de controlo competente; (...) 2. Além de outros requisitos de informação constantes da legislação comunitária, os Estados-Membros assegurarão que, no mínimo, sempre que os serviços da sociedade da informação indiquem preços, essa indicação seja clara e inequívoca e explicitamente obrigatoriedade se inclui quaisquer despesas fiscais e de entrega. Jornal oficial das Comunidades Europeias. DIRECTIVA 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 («Directiva sobre comércio electrónico») Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2000:178:0001:0016:PT:PDF>>. Acesso em 16 de fevereiro de 2008.

Questiona-se, ainda, a problemática da revogação da oferta, admitida no que diz respeito às propostas firmadas com base no Direito Civil tradicional, no art. 429 do Código Civil, que coloca em nível de equivalência propostas e ofertas, desde que a revogação seja feita pela mesma via da oferta e que essa possibilidade tenha sido suscitada na publicidade.

Ora, discordamos dessa possibilidade na seara dos contratos de consumo, máxime nos contratos eletrônicos, uma vez que possibilita a quebra da confiança que o consumidor depositou naquela negociação, tornando, por conseguinte, relativa a vinculação à publicidade ou informação, o que entraria em choque direto com um dos princípios fundantes do Direito do Consumidor, que é a obrigatoriedade da oferta veiculada.

A fase de pontuação, mais conhecida como a negociação preliminar é restrita nesta forma de elaboração contratual, uma vez que é regida pela autonomia da vontade dos negociantes quando discutem acerca de todas as cláusulas contratuais. Os contratos eletrônicos são tomados como contratos de adesão às condições gerais de contratação, não havendo, portanto, espaço para maiores discussões, restringindo-se a liberdade contratual em decidir entre contratar ou não, muito embora já existam posicionamentos razoáveis em torno de uma admissão de expressão da autonomia da vontade dos contratantes quando da escolha da lei aplicável aos contratos internacionais, conforme trataremos adiante⁵⁵.

Pois bem, analisando os contratos eletrônicos, vislumbra-se que a fase das tratativas pode ser desenvolvida com a busca em vários *sites* especializados no produto ou serviço que se deseja adquirir, comparando preços, marcas, qualidade, além da segurança na transação eletrônica.

2.5.2 Ausentes ou presentes?

Outro ponto a ser enfatizado aqui, diz respeito à controvérsia acerca da contratação entre ausentes e presentes, a qual se reflete diretamente na discussão quanto ao momento de conclusão do negócio. De fato, que se trata de uma contratação à distância, não restam dúvidas, uma vez que efetivada através de terminais localizados em locais diversos. Contudo, os avanços tecnológicos trouxeram uma nova concepção ao entendimento de presença e ausência.

⁵⁵ AMORIM, Fernando Sérgio Tenório de. **A autonomia da vontade nos contratos eletrônicos internacionais de consumo**. Recife, 2006. Dissertação de mestrado. UFPE.

Vislumbra-se hoje uma aproximação entre o real e o virtual, ao passo em que há uma relativização dos conceitos de tempo e espaço e uma aproximação de ausentes e presentes. Com efeito, a *internet* derrubou todas as fronteiras geográficas, introduzindo uma série de possibilidades inimaginadas mesmo pelo criador da *matrix* e sua realidade virtual, William Gibson, em 1984.

Neste sentido, é que se impõem, inicialmente, algumas notas quanto às disposições consagradas pelo Código Civil nesta seara, que, de certa forma, se adaptam a nossa discussão. Explica-se:

Apesar de desconhecida a contratação virtual, da forma como a utilizamos hoje, quando da elaboração do nosso *novo-velho* Código Civil, já existia a possibilidade de contratações à distância, através do uso do telefone, telex ou fax, motivo pelo qual o legislador atento a estas relações, dispôs no art. 428 algumas normas correlatas à matéria, tendo em vista a necessidade de definir os prazos de oferta e aceitação, assim como o momento de conclusão do negócio jurídico.

Cite-se aqui a nota de Miguel Reale trazida em seu *web-site* combatendo os críticos do Código Civil de 2002, quando se referem aos desgastes sofridos pelo longo período de sua tramitação, bem como o seu atraso em relação a algumas matérias. Rebate o referido autor ponderando acerca da impossibilidade de um Código Civil versar sobre todas as matérias, máxime aquelas em estágio embrionário em seu desenvolvimento social, devendo, para tanto, serem dirigidas por leis específicas.

Reale ratifica, ainda, o entendimento aqui desposado quanto ao fato de os contratos eletrônicos serem os mesmos negócios jurídicos regrados na esfera do direito civil, todavia celebrados em um novo meio:

De mais a mais, não vejo porque a Internet implica em alterar o Código Civil, pois os negócios jurídicos concluídos por intermédio dela não deixam de ser negócios jurídicos regidos pelas normas do Código Civil, inclusive no que se refere aos contratos de adesão. A Internet atua apenas como novo meio e instrumento de intercâmbio e acordo de vontades, não interferindo na substância das disposições legais quanto aos direitos e deveres dos contratantes⁵⁶.

⁵⁶ REALE, Miguel. O novo Código Civil e seus críticos. Disponível em: <http://www.miguelreale.com.br/artigos/ncc/nccc.htm>. Acesso em 15 de janeiro de 2008.

Destarte, fulminando inicialmente, qualquer tentativa de considerar os contratos eletrônicos tão somente como contratos celebrados entre ausentes, em face da distância que aparta consumidor e fornecedor virtual, nos valem aqui do disposto no inciso I, do art. 428 que, afirma que *considera-se também presente a pessoa que contrata por telefone ou por meio de comunicação semelhante*.

Desta forma, tomando como base a expressão ou por *meio de comunicação semelhante*, inserida no dispositivo legal, chegamos analogicamente à inclusão da contratação eletrônica, realizada através de mensagem de dados, dentre as contratações entre presentes, haja vista que, de forma muito mais ampla do que em uma contratação simultânea, por via telefônica, uma contratação em linha possibilita a ambas as partes um contato ao vivo e em tempo real, não só através de áudio, mas também de vídeo e, por conseguinte, uma análise mais extensa do negócio a ser firmado.

É possível este raciocínio nos dias de hoje, em razão do alargamento dos conceitos de presença e ausência, os quais não se referem mais tão somente à possibilidade de presença física das partes contratantes, mas evoluíram para um outro conceito, qual seja o de imediatidade das manifestações de vontade. De modo que se consideram entre presentes os contratos quando há possibilidade de conhecimento instantâneo de oferta e aceitação, ao passo que serão contratos celebrados entre ausentes, aqueles em que há um lapso temporal entre o conhecimento das manifestações de vontade emanadas das partes.

A guisa de fundamentação, trazemos à colação, conclusão formulada por Ronaldo Alves de Andrade:

Então, pelo que se depreende do Código Civil, a ausência não seria física, mas decorrente da impossibilidade de contato imediato, de forma que se considera entre presentes o contrato em que a proposta seja imediatamente conhecida pelo oblato, que, por sua vez, emite sua aceitação, a qual é imediatamente conhecida pelo proponente, daí a previsão legal no sentido de ser entre presentes o contrato celebrado por telefone; pois esse meio de comunicação permite que a proposta e a aceitação sejam prontamente conhecidas pelas partes, inexistindo qualquer distância no que concerne ao conhecimento da proposta e da aceitação⁵⁷.

De conseguinte, quando a negociação se dá através de *sites* de bate-papo, com a utilização de *softwares* como o *MSN Messenger*, *IRC* e *Skype*, pode-se dizer que é uma contratação entre presentes, direta e imediata, máxime se ao computador estiver acoplada uma

⁵⁷ ANDRADE, Ronaldo Alves de. **Contrato eletrônico**: no novo Código Civil e no Código do Consumidor. São Paulo: Manole, 2004, p. 36.

câmera, com possibilidade de contato visual entre os negociantes, já que hoje muitos *websites* abrem esta possibilidade ao consumidor internauta, como forma de melhor sanar as dúvidas porventura existentes, que acabam sendo muitas, tendo em vista a insegurança que prevalece no meio.

Por outro lado, se a oferta é disponibilizada de forma permanente e aberta ao público em um *site*, caso venha a se efetivar, com a posterior aceitação, se dará entre ausentes, tendo em vista o lapso temporal existente entre a oferta colocada no *site* e a aceitação através de visita à *home page*. Muito embora haja posição doutrinária em sentido contrário, afirmando se tratar de contrato entre presentes, pelo fato dos computadores estarem simultaneamente interligados, ou seja, *online*⁵⁸.

2.5.3 A aceitação

Elaborada a oferta, como manifestação de vontade negocial do fornecedor (policitante) e chegando esta ao conhecimento do consumidor, nas formas anteriormente expostas, cabe a este aceitá-la, ou não, no mesmo ambiente virtual.

No que tange ao prazo para aceitação entre ausentes, importa ressaltar que a oferta vincula o comerciante até que o prazo informado se expire como é o caso, por exemplo, de alguns *sites* conhecidos que realizam promoções, informando que esta terá durabilidade de 72 horas, e apresentam um *timer* fazendo contagem regressiva, ou quando informam que será uma promoção de fim de semana. Já quando se tratar de ofertas sem prazo, as mesmas criam obrigações por um período de tempo razoável, que permita a sua aceitação ou, neste caso específico, enquanto estiverem sendo divulgadas na rede, gerando a pretensão de aquisição de determinados bens no internauta, conforme utilização analógica das regras dispostas no Código Civil, vez que os projetos relacionados ao tema calaram a respeito.

Verificada a proposta, cabe ao aceitante (oblato) manifestar-se de forma expressa, através do clicar o mouse, revelando sua vontade de contratar, concordando com o conteúdo contratual, acatando os termos propostos e formalizando o contrato, tendo em vista que não há qualquer impedimento legal em se considerar o premer do mouse como a manifestação de uma declaração de vontade, nos termos do art. 107 do Código Civil, segundo o qual: A

⁵⁸ ANDRADE, Ronaldo Alves de. **Contrato eletrônico**: no novo Código Civil e no Código do Consumidor. São Paulo: Manole, 2004, pp. 41-42.

validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente exigir.

A aceitação nas palavras de Jorge José Lawand:

Constitui-se no último ato do ciclo de formação dos contratos, e caracteriza-se na livre exteriorização de vontade das partes, onde há acordo sobre a proposta realizada. Trata-se na realidade, de um complemento da oferta, onde apenas no instante em que as vontades do aceitante e do polícitante coincidem se formará o vínculo jurídico contratual⁵⁹.

Entre presentes, não restam maiores dúvidas, já que a partir do aceite do contrato, passam a surtir os seus efeitos. Em sendo a contratação efetivada em tempo real, através de conversação escrita ou falada, é simultâneo o conhecimento das manifestações de vontade de ambas as partes, de modo que imediatamente após feita a proposta, cabe ao aceitante exarar a sua aceitação.

Já no caso de contratantes ausentes, a verificação da aceitação não se dá de forma tão clara e pacífica, haja vista as dificuldades que podem existir na contratação eletrônica, máxime no que se refere à transmissão das mensagens de dados, entre terminais, podendo haver atrasos, ou mesmo a não entrega do *pacote de dados* ao servidor do fornecedor, de modo que este não saberia se houve ou não o aceite à sua oferta, bem como gerando incertezas e inseguranças no oblato quanto ao atendimento de seu pedido.

Desta forma, debate-se a doutrina, bem como os legisladores da matéria quanto ao momento em que se reputa formado o contrato. Seria a partir da expedição da aceitação pelo consumidor? Ou quando do recebimento da aceitação pelo fornecedor? Agnição ou cognição? A nosso ver, e de acordo com as melhores idéias, a formalização do contrato se daria de uma terceira forma, bem mais segura. Senão, vejamos todas as hipóteses:

De acordo com a subteoria da expedição, consagrada no artigo 434 do Código Civil, os contratos entre ausentes tornam-se perfeitos desde que a aceitação é expedida, exceto quando antes dela ou com ela chegar ao proponente a retratação do aceitante, se o proponente houver se comprometido a esperar a resposta ou se ela não chegar no prazo convencionado.

Depreende-se que em se seguindo o regime padrão em nosso ordenamento, esta seria a corrente aceita, inclusive com as suas exceções que remetem à subteoria da recepção.

⁵⁹ LAWAND, Jorge José. **Teoria geral dos contratos eletrônicos**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003 p.134.

Entretanto, tendo em vista a complexidade do meio eletrônico, e a possibilidade de que o impulso enviado pelo aceitante não seja em momento algum recebido pelos computadores do ofertante, ou que demore muito para chegar em face de um *congestionamento* da rede, esta não seria a melhor opção.

No que tange à recepção, vige mais uma dúvida: Faz-se necessário para se considerar o contrato firmado apenas que o documento eletrônico da aceitação ingresse nos computadores da empresa proponente, como disposto no parágrafo 1º do art. 15 da Lei Modelo da UNCITRAL, ou que desta aceitação tome ciência o proponente? O que nos levaria ao sistema da cognição.

Eis que para sanar esta imprecisão e resolver a problemática em discussão, vislumbra-se aqui uma terceira hipótese, que de fato, é a que oferece mais segurança aos contratantes. Seria uma teoria da cognição⁶⁰ condicionada a uma confirmação gerada pelo sistema do ofertante ao consumidor de que sua proposta foi aceita e que o contrato está sendo gerado, no formato de uma mensagem automática ao aceitante, comprovando seu recebimento e inteiro conhecimento, dando detalhes quanto à aceitação da forma de pagamento proposta e o prazo de entrega do bem.

Apesar de ainda não estar consolidada juridicamente em nosso país, inobstante prevista nos arts. 16 a 21 do Projeto de Lei 4.906/2001, essa recepção da aceitação, condicionada a uma mensagem de confirmação de recebimento, já é utilizada por muitos *sites*, dentre os quais *americanas.com*, *pontofrio.com.br*, entre outros, seguindo tendência ditada para harmonização das leis reguladoras do comércio eletrônico pela Lei Modelo da UNCITRAL, o que revela, sem dúvidas ser esta hoje a melhor saída, na busca de desenvolver as relações de consumo virtuais em um clima de segurança e confiança de que a avença será efetivamente cumprida por ambas as partes.

Uma vez analisados os principais pontos controversos acerca da oferta e aceitação, no cenário das relações desenvolvidas através do *e-commerce*, dentro de um comparativo de várias espécies legislativas existentes, impõe-se aqui verificar, contudo, que questão muito mais complexa nesta seara, diz respeito à escolha de qual lei aplicável a estas contratações, principalmente em se tratando de um comércio a nível mundial, que não envolve contratantes residentes em um único país, mas ao revés, une em rede pessoas com os interesses mais diversos, situadas nos quatro cantos do globo.

⁶⁰ Acatando a teoria da cognição de forma pura: MONTENEGRO, Antônio Lindberg. **A internet em suas relações contratuais e extracontratuais**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, pp. 81-83.

2.5.4 Local de formação

O desenvolvimento e expansão da rede mundial de computadores gerou uma ampla possibilidade de contratação, de modo que um *internauta* brasileiro, estando de férias na Inglaterra, pode adquirir um bem no Japão, para ser entregue na Alemanha, simplesmente acessando uma *home page*.

De fato, tal situação, improvável há 20 anos atrás, hoje é realidade na nossa sociedade e requer uma legislação específica para a pacificação de controvérsias que porventura surjam no que tange à fixação do local de formação, à competência para apreciação de lides surgidas, e à legislação aplicável a estas.

Sem o objetivo de sanar esta problemática, eis que matéria para um novo trabalho, serão lançadas aqui, sem maiores discussões, as idéias mais atuais e mais condizentes com a realidade de efetivação da proteção do consumidor na contratação eletrônica, máxime, se envolvendo contratantes residentes em países diferentes, o que agrava a problemática.

Iniciamos tratando do ponto relativo ao local de formação destes contratos eletrônicos de consumo, lembrando que escolhemos como sendo o momento da formação deste, o instante em que o consumidor recebe do fornecedor mensagem automática confirmando a realização do negócio jurídico, ou seja, a partir do momento em que o aceitante toma conhecimento de que houve a união de vontades e celebrada a avença.

Esta reflexão surge a partir de uma nova perspectiva sob a qual devem ser analisados estes contratos eletrônicos, já que as teorias contratuais tradicionais não trazem segurança suficiente à contratação virtual, requerendo, por assim dizer, um *plus*, na sua celebração.

Partindo deste ponto de vista, visualizamos as posições civilistas que tratam da matéria, com base no art. 435 do Código Civil, segundo qual: *Reputar-se á celebrado o contrato no lugar em que foi proposto*; e no parágrafo segundo do art. 9º da Lei de Introdução ao Código Civil, que dispõe que: *A obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente*; que versam respectivamente sobre contratações a nível nacional e internacional.

Tal posição não se afigura a mais condizente com os interesses do consumidor virtual, levando a certa incongruência no firmamento do local de conclusão no endereço do

proponente, já que possivelmente mais favorável a este último, chocando-se frontalmente com o princípio da vulnerabilidade do consumidor.

Mencione-se aqui a dificuldade encontrada para localizar tal ponto de formação dos contratos eletrônicos, tendo em vista a possibilidade de realizá-los até em locais fora da jurisdição de qualquer Estado, como em águas ou em espaço aéreo internacional, com os computadores portáteis disponíveis no mercado.

Além disso, o contrato pode vir a ser celebrado em qualquer lugar pelo qual as partes estejam apenas de passagem, sem qualquer vínculo. Pelo que, para serem evitadas maiores dificuldades, recomenda-se, nos termos do art. 15, parágrafo 4 da Lei Modelo da UNCITRAL⁶¹, a fixação de forma fictícia do local de realização da avença na localidade do domicílio dos contratantes, ou onde exercem suas atividades profissionais.

Posição interessante é aquela esposada por Sylvette Guillemard⁶², quando afirma que os contratos eletrônicos reputam-se celebrados no *cyberspace*. Linha de pensamento que tornaria impossível qualquer tentativa de localização geográfica ou temporal, sendo neste universo virtual o local de encontro das vontades.

Seguindo o raciocínio aqui esposado, segundo a qual a formação do contrato se dá com a recepção de mensagem automática de confirmação pelo consumidor, nada mais justo que considerar o contrato firmado no local onde o consumidor recebe esta resposta ou, melhor, no seu endereço padrão, como exemplo o residencial, já que nele haverá a conjunção das vontades, com a confirmação automática.

Vislumbra-se, por conseguinte que as normas de direito civil existentes ainda são insuficientes para este regramento, estando de certa forma desatualizadas das novas vertentes contratuais, não se podendo simplesmente jogar as normas civilistas tradicionais sobre os contratos eletrônicos, com pequenas adaptações, que não suprem as problemáticas surgidas dessa nova forma de contratar, causando apenas mais confusão e insegurança.

⁶¹ Art 15, 4) - Salvo na existência de um entendimento diferente entre o remetente e o destinatário, a mensagem de dados deverá ser considerada como enviada do lugar onde o remetente exerce sua atividade e recebida no lugar onde o destinatário mantém seu negócio. Para efeito deste parágrafo:

- Se o remetente ou o destinatário tiver mais de um endereço comercial, deverá ser considerado o local que tiver maior relação com a transação a que a mensagem se refere ou, caso não houver transação, deverá ser considerado o lugar principal onde se realizam os negócios;

- Se o remetente ou o destinatário não tiver endereço comercial definido, como opção, a escolha deverá recair no endereço residencial;

⁶² GUILLEMARD, Sylvette. Le droit international privé face au contrat de vente cyberspatial. Disponível em: <<http://www.theses.ulaval.ca/2003/20565/20565.html>>. Acesso em: 13 jan. 2004. Apud. AMORIM, Fernando Sérgio Tenório de. **A autonomia da vontade nos contratos eletrônicos internacionais de consumo**. Recife, 2006. Dissertação de mestrado. UFPE, pp. 268-269.

A tendência hoje, assimilando os dispositivos consagrados pela Lei Modelo da UNCITRAL para o comércio eletrônico, a qual sempre inicia seus artigos, ponderando a possibilidade de um acordo entre as partes, para depois lançar as possíveis medidas a serem adotadas pelos contratantes e também, conforme a lição do professor Fernando Amorim⁶³, seria a adoção pelas partes do princípio da autonomia da vontade contratual.

Deste modo possibilita-se aos contratantes a escolha do local de firmamento da negociação, que melhor se adequa aos interesses de ambos, mas sempre fazendo valer o princípio da vulnerabilidade do consumidor que deve reger as relações de consumo, mesmo que sejam as virtuais, até por que há uma vulnerabilidade mais palpável neste formato, selecionando-se, preferencialmente, o domicílio do consumidor.

2.5.5 Jurisdição competente

Fixado, então, o local de formação do contrato, passamos à escolha da jurisdição aplicável a este, ou seja, à análise da questão da eleição do foro competente para dirimir possíveis ações relacionadas ao objeto contratual.

Com efeito, as normas padrão processuais definitivamente não se enquadram aqui, eis que prezam, em sua maioria, pela fixação do foro competente como o de domicílio do réu, indo de encontro às normas de proteção do consumidor, já que tais contratos eletrônicos são também considerados de consumo e, portanto, submetidos à força protecionista, seja a nível nacional ou internacional.

Visualiza-se que em se tratando de contratação eletrônica a nível interno, estamos confiantes de que não há qualquer dúvida quanto à força de incidência do Código de Defesa do Consumidor, com base nos princípios de facilitação de sua defesa e da vulnerabilidade, inscritos no Código e reforçados em seu art. 101, que prevê que a ação de responsabilidade civil do fornecedor de produtos e serviços poderá ser proposta no domicílio do autor.

Entretanto, com a possibilidade de o comércio eletrônico envolver partes localizadas nos mais diversos lugares do mundo, a situação adquire uma maior complexidade na sua resolução, pelo que pode vir a ocorrer um choque entre ordenamentos jurídicos envolvidos,

⁶³ AMORIM, Fernando Sérgio Tenório de. **A autonomia da vontade nos contratos eletrônicos internacionais de consumo**. Recife, 2006. Dissertação de mestrado. UFPE, pp. 268-269.

cada um atraindo a resolução das demandas para sua jurisdição. Neste caso, a melhor saída, com certeza, seriam os tratados internacionais determinarem, de forma harmônica, um caminho para a solução, fazendo valer a proteção do consumidor.

Portanto, na inexistência e até mesmo diante da impossibilidade de um regramento global ou regional acerca da problemática da jurisdição aplicável aos contratos eletrônicos podemos nos valer das disposições do art. 78 do Código Civil, do art. 95 do Código de Processo Civil, assim como da Súmula 335 do STF, segundo a qual: *É válida a cláusula de eleição de foro para os processos oriundos do contrato*; para uma possível elaboração de cláusula eletiva de foro entre os contratantes.

Na contratação tradicional, o proponente elabora o contrato, e escolhe o seu foro, como foro competente para apreciação das lides surgidas, uma vez que nenhum comerciante desejará se submeter a ordenamentos jurídicos estrangeiros desconhecidos e que lhes podem vir a ser prejudiciais. Por sua vez, na contratação internacional eletrônica é muito provável que isto igualmente venha a acontecer, retirando do consumidor a premissa que lhe garante a facilitação de sua defesa, motivo pelo qual não há que se admitir dita eleição unilateral, que se configura como uma cláusula abusiva vedada pelo CDC nacional, em seu art. 51, de forma implícita, já que este elenca situações exemplificativas e não exclusivas.

Neste sentido, em concordância com o posicionamento levantado em todo trabalho, chegamos a duas possibilidades: Ou elabora-se normativa internacional impondo a fixação do foro competente como o de domicílio do consumidor, de modo a uniformizar o tratamento internacional da matéria; ou regenera-se nos ordenamentos jurídicos a força da autonomia da vontade, possibilitando aos contratantes a escolha do foro para dirimir quaisquer lides que venham a surgir, dando preferência de escolha ao consumidor vulnerável.

Ambas as propostas são de difícil aplicação prática no mundo dos contratos eletrônicos de consumo massificados e de adesão às condições gerais, todavia levanta-se no mundo inteiro este dilema, o qual urge por uma solução rápida, que não ponha os diversos ordenamentos em choque. Até lá, todavia, ressalte-se aqui posição favorável à fixação da jurisdição brasileira aos contratos celebrados por consumidores brasileiros e domiciliados em território nacional com fornecedores estrangeiros.

2.5.6 Determinação da lei aplicável

Adotando a mesma linha de argumentação chegamos à discussão, repita-se, resumida, quanto à escolha da lei aplicável para reger os contratos eletrônicos, sempre buscando a mais favorável à proteção do consumidor.

No que tange aos contratos celebrados internamente, não há qualquer dúvida quanto à utilização do Código de Defesa do Consumidor, no que lhes for aplicável para reger tais relações, em vista da inexistência de lei específica, fazendo valer a força normativa das disposições consumeristas existentes.

De fato, a maior problemática reside na contratação eletrônica internacional, onde há um fluxo de bens e serviços entre fronteiras transnacionais, envolvendo contratantes localizados em países diferentes e submetidos as mais diversas leis.

A normativa nacional, que regula a contratação internacional, dispõe no caput do art. 9º da LICC, que: *Para qualificar e reger as obrigações aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem*; complementando no parágrafo segundo que: *A obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente*, remetendo, assim à possível utilização de uma lei estrangeira para regulamentar os conflitos advindos da contratação, caso não haja um prévio acordo entre as partes e desde que não ofenda à soberania nacional, à ordem pública e aos bons costumes.

Já no que diz respeito aos contratos eletrônicos de consumo, verifica-se a inaplicabilidade deste dispositivo, eis que afasta a norma de proteção local do consumidor, para utilizar a norma vigente no domicílio comercial do fornecedor, desconhecida pelo primeiro, fato que pode dificultar sua defesa, pelo que se impõe aqui uma análise quanto à possibilidade restrita de escolha pelas partes da norma aplicável em tais relações, fazendo valer o princípio da autonomia da vontade, desde que a serviço da proteção do consumidor.

Pelo que, levando-se em consideração as lições de Fernando Amorim⁶⁴, em sua dissertação, propõe-se a retomada da autonomia da vontade como elemento formador do contrato de consumo eletrônico, através de uma regulação harmônica, em nível de rede dessa questão, com a adoção de *norma supranacional, que estabeleça regras mínimas e de caráter geral para o comércio eletrônico no mundo virtual*⁶⁵, de forma a fazer com que a legislação acompanhe o avanço doutrinário.

⁶⁴ AMORIM, Fernando Sérgio Tenório de. **A autonomia da vontade nos contratos eletrônicos internacionais de consumo**. Recife, 2006. Dissertação de mestrado. UFPE.

⁶⁵ LEAL, Sheila do Rocio Cercal Santos. **Contratos eletrônicos: a validade jurídica dos contratos via internet**. São Paulo: Atlas, 2007, p. 122.

Para tanto, está em pauta de análise para a próxima CIDIP VII – Convenção Interamericana de Direito Internacional Privado, promovida pela OEA – Organização dos Estados Americanos, o projeto de regulamentação brasileiro, elaborado por Cláudia Lima Marques versando sobre os contratos de consumo, a qual inclui como elemento auxiliar na escolha da lei aplicável, a autonomia da vontade, mesmo que de forma restrita, citando-se aqui o artigo 2, *in verbis*:

Art. 2 - Protección contractual general

1. Los contratos y las transacciones realizadas en las que participen consumidores, especialmente los contratos celebrados a distancia, por medios electrónicos, de telecomunicaciones o por teléfono, encontrándose el consumidor en el país de su domicilio, serán regidos por la ley de ese país o por la ley que fuera más favorable al consumidor, a elección de las partes, sea la ley del lugar de celebración del contrato, la ley del lugar de ejecución, de la prestación más característica, o la del domicilio o sede del proveedor de los productos o servicios.

2. Los contratos celebrados por el consumidor estando fuera del país en el cual se domicilia se regirán por la ley del lugar de celebración del contrato o la que resulte elegida por las partes, quienes podrán optar por la ley del lugar de celebración del contrato, la ley del lugar de ejecución o la del domicilio del consumidor.

Acolhendo-se a proposta de convenção brasileira, se fará valer a autonomia da vontade, para atrair para o foro a aplicação da lei mais favorável ao consumidor, através da diretiva internacional, que permite um acordo razoável entre as partes contratantes. Dita posição implica, por conseguinte que, nem sempre a lei a ser aplicada será aquela vigente no domicílio do consumidor, mas sim a mais favorável a este e que guarde vínculos estreitos com a negociação, podendo, portanto, ser a norma de domicílio do fornecedor, do lugar de realização do contrato ou do local onde a obrigação advinda deste deve ser executada.

Depreende-se que a utilização da autonomia da vontade como elemento de conexão para a escolha da lei aplicável aos contratos eletrônicos de consumo é uma proposta razoável e que merece aprovação, desde que obedeça a alguns parâmetros de proteção do consumidor, conferindo-lhe, certa dose de liberdade de opção, dentre limites previamente estipulados de escolha, bem como se submetendo às normas imperativas de direito interno de cada país, conforme dispõe a proposta:

Art. 3 Normas imperativas

1. No obstante lo previsto en los artículos anteriores, se aplicarán necesariamente las normas del país del foro que tengan carácter imperativo, en protección del consumidor.

Vislumbra-se, então, que a escolha da lei aplicável para reger as relações de consumo na rede, deve primordialmente consagrar a força normativa do princípio constitucional da proteção do consumidor, o qual deve servir de baliza no momento desta escolha, cabendo aos aplicadores do direito e aos contratantes, realizá-la conscientes desta tendência mundial.

Cabe aos internautas imporem sua vulnerabilidade como consumidores, mas também sua força como classe aos seus fornecedores; os quais, apesar de cientes das dificuldades que a escolha de lei de um outro ordenamento jurídico pode lhes acarretar, têm plena noção da confiança e satisfação que podem despertar em seus clientes.

Isto posto, pode-se concluir que enquanto não houver uma efetiva e real regulamentação específica da matéria⁶⁶, suscita-se aqui a boa vontade dos comerciantes, os quais podem disponibilizar ao consumidor virtual, na finalização das compras, mesmo em contratos eletrônicos de consumo de adesão a condições gerais, a possibilidade de escolha da lei aplicável ao contrato que lhe seja a mais favorável, desde que o próprio comerciante não o faça.

Trata-se aqui do princípio da autonomia da vontade em uma nova roupagem, mais atual e em uma razoável adaptação aos contratos de consumo, atuando de forma limitada, sendo restringido apenas pelo princípio da proteção do consumidor e pelas imposições de ordem pública interna e internacional, bem como por normas imperativas dos Estados.

2.6 Requisitos de validade dos contratos eletrônicos

Antes de ingressar na temática da validade dos contratos eletrônicos, *mister se faz* trazer alguns esclarecimentos importantes quanto à idéia de validade, a qual deve sempre ser lida sob a ótica dos ensinamentos de Pontes de Miranda⁶⁷, o que possibilita, ao estudioso, conhecer o real sentido desta, assim como diferenciá-la das noções de existência e eficácia,

⁶⁶ Até por que o projeto de lei nº 4.906 de 2001 e os demais em apenso, que se acham em tramitação no Brasil, para regular a matéria, mais uma vez calaram a respeito, referindo-se, tão somente à possibilidade de solução de litígios através da arbitragem, no art. 51 do Projeto 1589/1999.

⁶⁷ Ressalte-se aqui que em momento algum se pretende esgotar ou mesmo fazer uma análise mais apurada quanto à teoria do fato jurídico, mas tão somente situar o leitor dentro do significado real do termo validade, facilitando seu estudo. Para maiores detalhes, recomenda-se a leitura da Teoria do fato jurídico: plano da existência. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

superando, de uma vez por todas, as dificuldades que a doutrina tradicional enfrenta ao tratar do tema.

Verifica-se que, ocorrido determinado ato ou fato no mundo e, via de consequência, composto o suporte fático de norma jurídica, esta deverá incidir sobre o fato, jurisdicizando-o e levando-o a ingressar no mundo do direito, a partir do plano da existência, onde se verificará se há formação suficiente do suporte fático.

Em se tratando de um fato jurídico onde a vontade faça parte do núcleo do suporte fático, este deverá passar pelo plano da validade, no qual será apreciada se esta manifestação de vontade é perfeita e não contém qualquer vício que possa invalidá-la. Submetem-se tão somente a esta apreciação os atos jurídicos *stricto sensu* e os negócios jurídicos, sendo, estes últimos, nosso objeto de apreciação.

Dentro do plano da validade será averiguado se há alguma deficiência na formação dos elementos complementares ou integrativos do suporte fático do ato ou negócio jurídico, que possa gerar nulidade ou anulabilidade, relacionada ao sujeito, objeto ou forma do ato jurídico. Em estando perfeito, o ato ou negócio ingressará no plano da eficácia e aí, poderá - caso preencha, os elementos relativos à eficácia - produzir seus efeitos, criando as situações ou relações jurídicas pretendidas pelas partes negociantes.

De modo sucinto, enquadrados então a questão da validade dos nossos debatidos contratos eletrônicos, espécies do gênero negócio jurídico, desenvolvidos, todavia, em um meio virtual. E, tendo em vista a persistente lacuna normativa que atormenta consumidores e fornecedores da rede, não resta qualquer dúvida quanto à aplicabilidade das normas contratuais tradicionais para a regulação da validade destes contratos, como forma de possibilitar temporariamente maior estabilidade e segurança.

No que tange à validade dos contratos eletrônicos, passamos a uma análise resumida acerca dos seus elementos, quais sejam os subjetivos, objetivos e formais, seguindo a base do art. 104 do Código Civil, segundo o qual, a validade do negócio jurídico requer agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável; forma prescrita ou não defesa em lei.

Quanto ao elemento subjetivo de validade do negócio jurídico, faz-se imprescindível que o contrato seja celebrado por agente capaz - entendido este como aquele que não se enquadra nas definições dos artigos 3º e 4º do Código Civil, que tratam respectivamente da incapacidade absoluta e relativa - sendo, portanto, apto juridicamente a efetivar todos os atos

da seara contratual, máxime aquisições através da *internet*, exarando manifestação de vontade consciente.

Destarte, caso um menor absolutamente incapaz venha a realizar uma avença, sem estar legalmente representado, este ato será nulo, nos termos do inciso I, do art. 166 do Código Civil. Por sua vez se, um menor relativamente incapaz o fizer, este ato será apenas anulável, conforme inciso I, do art. 177 da lei civil.

Não obstante a vedação legal, vislumbra-se que, na prática, não é bem assim que as coisas vêm ocorrendo, visto que a cada dia mais menores desassistidos têm acesso à rede, seja de casa, da escola ou dos computadores espalhados em bares, restaurantes ou lanchonetes. E estes, apesar da pouca idade, já negociam livros, cds e programas, sem maiores dificuldades, em face das facilidades de pagamento proporcionadas, que contam, inclusive, com a possibilidade de pagamento através de boleto, apresentável por qualquer um na rede bancária, sem grandes preocupações quanto à correta identificação da outra parte.

Impõe-se uma tomada de posição quanto a estes contratos, que aos olhos da lei não são efetivamente válidos, todavia, vêm se desenvolvendo sem qualquer problema quanto à sua nulidade. Neste sentido, para tentar elucidar essa questão, tratemos dos atos contratuais cotidianos realizados por menores, os quais, de forma corriqueira, realizam várias aquisições, como lanches, ingressos, passagens em transporte público dentre outras, sem que sejam reputadas nulas.

E os contratos eletrônicos? Poderiam estes também ser enquadrados dentre os atos cotidianos dos menores e, via de conseqüência, amenizada a sua nulidade? De fato, a melhor resposta aqui é não, já que mesmo com todos os avanços tecnológicos e expansão da rede, não se poderia jamais considerar tais atos como habituais, em razão da segurança jurídica e da boa-fé que deve permear as relações contratuais.

Todavia, não se pode fugir da realidade e fingir que tais negociações não ocorrem. Por que de fato, ocorrem. E, na maioria das vezes se completam sem qualquer dificuldade em seu desenvolvimento. Por outro lado, em ocorrendo alguma problemática, deverá o Judiciário ser chamado a se manifestar e, nestes casos, não haverá solução mais correta do que efetivamente declarar a nulidade ou anulabilidade daquele ato contratual celebrado por incapaz.

Daí concluir-se que, para se saber se um contrato é válido ou não, deve-se verificar, primeiramente, a identidade do agente para, só então, poder-se afirmar com segurança quanto

à capacidade do negociante. Porém, esta certeza só poderá ser obtida a partir do momento em que os chamados documentos eletrônicos se revestirem da mesma validade dos documentos produzidos em papel. E, para tanto, faz-se imprescindível a sua regulamentação quanto às possíveis formas de se garantir a sua inteireza⁶⁸.

Como forma de solucionar este dilema é que vêm se desenvolvendo as novas tecnologias de segurança da sociedade de informação, como as técnicas biométricas, que se valem do reconhecimento de padrões físicos do indivíduo, como análise de digital, voz e retina, que são únicos. Além, é claro, das mais difundidas hoje, até por uma questão financeira, quais sejam a criptografia, ou seja, a cifragem de mensagens em códigos, somente desvendáveis por quem possua as chaves para fazê-lo e, com base nesta, as chamadas assinaturas digitais criptografadas e atestadas por autoridades certificadoras, encarregadas das certificações digitais⁶⁹, que proporcionam maior segurança quanto à identidade do outro contratante e certeza acerca da autenticidade, confidencialidade, integridade e não repúdio das mensagens transmitidas na rede⁷⁰.

Quanto ao elemento objetivo, verificamos que este se refere à licitude do item de transação, seja de um contrato tradicional, seja de um contrato celebrado por meio eletrônico, o qual deve ser sempre lícito, ou seja, não deve contrariar a lei, tampouco a moral ou os bons costumes relevantes na região; possível, seja física ou juridicamente falando, bem como determinado ou no máximo determinável, desde que traga seus delineamentos para individualização posterior à conclusão do negócio.

Neste ponto, não restam maiores dúvidas, já que todo tipo de bem ou serviço pode ser ofertado em linha, desde que traga ao consumidor todos os dados razoáveis à conclusão da avença. Podendo tais bens, inclusive serem materiais ou imateriais, como a maioria de fato é.

Pode-se dizer que, hoje, o objeto de compra e venda que faz a *internet* girar, sem dúvidas, é a informação, seja através da negociação de programas baixados diretamente em

⁶⁸ LEAL, Sheila do Rocio Cercal Santos. **Contratos eletrônicos**: validade jurídica dos contratos via internet. São Paulo: Atlas, 2007, pp. 130-134.

⁶⁹ Para maiores esclarecimentos acerca das assinaturas, certificações digitais e criptografia, ver: QUEIROZ, Regis Magalhães Soares de & FRANÇA, Henrique de Azevedo Ferreira. Assinatura digital e a cadeia de autoridades certificadoras. *In: Direito & internet: aspectos jurídicos relevantes*, 2 ed., São Paulo: Quartier Latin, 2005, coordenada por Newton de Lucca e Adalberto Simão Filho e BLUM, Renato M. S. Opice. O processo eletrônico: Assinaturas, provas, documentos e instrumentos digitais. *In: Direito eletrônico: a internet e os tribunais*, São Paulo: Edipro, 2001, coordenada por Renato Ópice Blum, bem como excelente dissertação de mestrado defendida por Catarine Gonçalves Acioli, com o tema: O sistema de certificação digital brasileiro como ferramenta para efetivar o direito fundamental à informação no meio eletrônico. Maceió, 2006. UFAL.

⁷⁰ Tamanha a relevância da matéria que o Projeto de Lei nº 1.589 de 1999, dedica quase todo seu conteúdo às questões envolvendo documento eletrônico, assinatura eletrônica, certificados e autoridade certificadora.

linha, ou mesmo quando esta é negociada indevidamente entre empresas que buscam informações sobre consumidores potenciais, seus principais interesses e bens de consumo.

No que se refere ao serviço ofertado na rede, este também se submete aos mesmos requisitos objetivos, sejam os serviços tradicionais, que podem ser adquiridos em lojas físicas, como serviços de transporte, turismo, de entretenimento e bancários; bem como as novas possibilidades de serviços oferecidos por provedores de serviços de conexão, de e-mail, locação de espaços de publicidade na rede ou mesmo de páginas inteiras, dentre outros.

Por fim, quanto aos elementos formais dos contratos eletrônicos, vislumbra-se que o artigo 104 do Código Civil foi complementado pelo artigo 107, já mencionado aqui, segundo o qual, *a validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente exigir.*

Então, conforme a letra da lei, é válido afirmar que, via de regra, é livre a forma de manifestação de vontade negocial. Não obstante, quando houver determinação legal, em face da relevância do ato a ser praticado, faz-se imprescindível a obediência à forma especial, como no caso da compra e venda de bens imóveis, tendo em vista ser de sua essência a utilização de escritura pública.

Do mesmo modo, a manifestação dessa vontade na rede, pode se dar conforme melhor atenda aos interesses dos contratantes, permitindo-se o desenvolvimento de quaisquer contratos desde que não exijam a forma solene de realização, em face da liberdade das formas que vige no ordenamento brasileiro.

Existindo acordo de vontades quanto ao objeto e preço e utilizada uma forma prescrita ou não defesa em lei, os negociantes - através de um pedido eletrônico, consubstanciado em toques no teclado de um computador - realizam uma avença com a troca de documentos eletrônicos ou mensagens de dados, os quais nada mais são, senão *a informação que é gerada, enviada, recebida ou armazenada por meios eletrônicos, óticos ou similares, dentre os quais electronic data interchange ("EDI's"), correio eletrônico, telegrama, telex e telecópia*, nos termos das definições trazidas pelo art. 1º da Lei Modelo da UNCITRAL.

Ainda conforme a Lei Modelo, artigo 11, a manifestação de vontade por meios eletrônicos, se dará através do intercâmbio de mensagem de dados, nos seguintes termos:

1) - Na elaboração de contratos, a menos que seja objeto de acordo entre as partes, uma oferta e a aceitação de uma oferta podem ser expressas através de mensagens de dados. Como uma mensagem de dados pode ser usada na elaboração de um contrato, não poderá ser negada a validade do mesmo, tampouco a produção de seus efeitos perante a lei, sob a alegação de uso de mensagem de dados.

Desta feita, inexistindo qualquer norma regulamentadora, ou ainda qualquer vedação legal à utilização da mensagem de dados como forma de transmissão de vontade nos contratos eletrônicos e fazendo valer o princípio da liberdade das formas vigente no direito brasileiro, não se poderá negar validade a tais contratos, concluídos em um clique, sob a alegação de não se embasarem em documentação cartácea, apesar de haver uma nota de unanimidade no que se refere à necessidade urgente de tratamento específico que viabilize uma segurança extra aos negócios virtuais e que garanta sua plena validade.

Averiguadas as principais problemáticas e discussões sobre a prática atual da contratação eletrônica, como também suas peculiaridades, vislumbra-se aqui a necessidade imperiosa de um regramento específico e completo acerca da matéria, mas que não se restrinja a nível local, já que envolve relações internacionais. Mas que venha sim em âmbito mundial, de modo a evitar choques entre os ordenamentos jurídicos, fazendo valer a aplicabilidade do princípio da proteção do consumidor, não mais como um mero princípio constitucional estatal, porém transnacional, a pautar este novo comércio em rede regido por normas de direito internacional privado, embasadas nas diretrizes consumeristas.

Sob uma ótica diferente, não entraremos aqui em uma digressão analítica quanto aos contratos tradicionais, suas origens e demais aspectos. Optamos por um estudo principiológico, de modo a buscar nos preceitos da contratação tradicional quais deles se encaixam às novas contratações eletrônicas, ao mesmo tempo em que buscaremos os novos princípios que as fundamentam.

CAPÍTULO III

PRINCÍPIOS APLICÁVEIS AOS CONTRATOS ELETRÔNICOS

3.1 Princípios contratuais tradicionais

3.1.1 Autonomia da vontade

Poderíamos nos perder aqui em uma série de divagações acerca da teoria dos princípios, tão discutida dentro do campo na nova hermenêutica constitucional, destacando seus expoentes como o princípio da supremacia da Constituição, da interpretação conforme, da dignidade da pessoa humana, da razoabilidade/proporcionalidade dentre outros, assim como entrar na sempre viva discussão entre normas-regras e normas-princípios, não obstante, tal abordagem fugiria dos limites deste trabalho, além de invariavelmente levar a uma análise superficial e insuficiente da matéria⁷¹.

⁷¹ Para maiores detalhes remetemos o leitor às obras que desenvolvem a matéria com elevado grau de análise, quais sejam: ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2002, DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. São Paulo: Martins Fontes,

Motivo pelo qual nos deteremos em um estudo de caráter objetivo da teoria dos princípios aplicada aos contratos em sua linha evolutiva, tão somente sob a perspectiva civilística, sem ingressarmos em maiores detalhes acerca da teoria contratual dominante em cada momento histórico, mas tão somente enfocando os princípios reinantes em cada época.

Ab initio, partiremos da análise dos princípios embaixadores dos contratos dentro do Estado Liberal⁷², o qual surgiu como resposta ao absolutismo monárquico, quando da ascensão da burguesia e queda da aristocracia, com a finalidade precípua de limitar os poderes de Estado, em função de uma exacerbação do liberalismo e do individualismo e, via de consequência, da autonomia da vontade.

Pois bem, sem muitas delongas, chegamos ao primeiro preceito regulador dos contratos na ordem liberal, o qual se tornou o paradigma da teoria contratual, vigente até hoje, apesar de atenuado em sua essência pela sociedade de massas e seus contratos do tipo padrão submetidos às condições gerais.

Remonta-se à fonte deste princípio ao *Code* de Napoleão de 1804, o qual refletiu todo o pensamento burguês da época, servindo de modelo ao nosso Código Civil de 1916 e sua índole liberal que se manteve em plena vigência até o ano de 2002, mesmo em visível choque com as cartas constitucionais desenhadas no cenário do Estado Social a partir de 1934.

Impôs-se o dogma da autonomia da vontade, com a colocação do contrato como instrumento último de sua realização, propiciando a circulação de riqueza, a qual, naquela época consolidava-se na propriedade imóvel, transmitida através de negócios firmados com base em uma igualdade formal, tendo o consentimento manifestado de forma livre e sem vícios como fonte das obrigações.

Muito se discute quanto à terminologia empregada, autonomia da vontade, autonomia privada, auto regramento da vontade e liberdade de contratar, mas, não nos deteremos aqui nessa discussão assaz profunda, que de fato não nos levará a lugar algum

2002 e, entre nós, BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: (pós modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In BARROSO, Luís Roberto. (org.), A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003.

⁷² Não há um consenso na doutrina quanto aos princípios tradicionais, assim como os liberais dos contratos. Não obstante, levaremos à análise aqui a classificação legada por Paulo Lôbo no conjunto de sua obra, destacando apenas seus principais pontos, relevantes à compreensão dos princípios aplicáveis aos contratos eletrônicos.

neste trabalho⁷³, já que o que nos importa de fato é compreender a sua essência, a qual foi muito bem delineada por Paulo Lôbo, seguindo as lições de Karl Larenz, quando afirma que se traduziria: (...) *na possibilidade, oferecida e assegurada aos particulares pelo ordenamento jurídico, de regular suas relações mútuas dentro de determinados limites, por meio de negócios jurídicos, em especial mediante contratos*⁷⁴.

Pilar da teoria contratual tradicional, a autonomia da vontade desponta como o primado da liberdade de contratação, em suas diferentes vertentes: A liberdade de escolher o tipo contratual, dentre típicos ou atípicos; de escolher o outro contratante, com possibilidade de seleção através das melhores condições ofertadas, dentre produto, qualidade, preço, prazo; assim como o conteúdo do contrato, com ampla discussão das cláusulas contratuais a serem inseridas⁷⁵.

De fato, esta autonomia da vontade nunca foi ilimitada, indo até onde os desígnios humanos a levavam, mas ao contrário sempre se submeteu a certos freios impostos pela própria sociedade e pelo comércio, em razões de utilidade pública, de modo a não inviabilizar a vida em comunidade.

Neste sentido, podemos nos referir aqui às razões de ordem pública e aos bons costumes, que servem como baliza e grau de medida do exercício exagerado da autonomia na ordem contratual, que pode ocasionar o choque entre os interesses individuais e os sociais. Não obstante, a dificuldade aqui reside no fato de lidarmos com conceitos abertos e indeterminados, que podem ter seu conteúdo alterado conforme a forma de pensamento e a ideologia vigente em cada país.

Pode-se dizer que as limitações de ordem pública são aquelas impostas aos interesses individuais por normas cogentes, imperativas, que visam precipuamente a defesa dos interesses essenciais do Estado e da coletividade submetida a este. Tal noção vai depender do regime político adotado por cada Estado, o que inibe uma definição mais detalhada.

⁷³ Observa-se hoje uma preferência pela expressão autonomia privada à autonomia da vontade, em face da primeira refletir a realização da liberdade contratual não só em função da emanção da vontade particular, mas sim dentro de um ordenamento jurídico onde haveria esta previsão. Todavia, nos valeremos aqui da expressão autonomia da vontade de forma indiferente, funcionando tanto como princípio contratual liberal, como possível orientador do *e-commerce*.

⁷⁴ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Do contrato no Estado Social: crise e transformações**. Maceió: Edufal, 1983, p. 57.

⁷⁵ LÔBO Paulo Luiz Netto. Princípios sociais dos contratos no Código de Defesa do Consumidor e no novo Código Civil. **Revista de Direito do Consumidor**. n 42, abr./jun., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 189.

Enquanto isso, com a mesma dificuldade de delineamento de suas linhas, temos a busca da compreensão do que sejam bons costumes. Estes, como limitadores da autonomia contratual, também vão flutuar conforme a cultura e os hábitos de cada local, fazendo valer os valores ali predominantes, contemplando os modos de ser e agir. Mas, desta feita, não necessariamente através de normas jurídicas, mas sim através do senso comum de moral vigente no meio comunitário.

Ressalte-se aqui que ditas limitações sempre existiram, e ainda existem, conforme visto no capítulo anterior - revestidas em uma roupagem mais moderna, adaptadas às novas contratações - todavia não foram fortes o suficiente para impedir o uso indiscriminado da autonomia da vontade individual em detrimento dos interesses sociais, fato que acabou levando a um abuso do poder econômico e à decadência do Estado Liberal e a uma socialização cada vez mais crescente⁷⁶.

3.1.2 *Pacta sunt servanda* e relatividade subjetiva

Esclarecido o alicerce da contratação tradicional, importa analisar também seus pilares de sustentação: O *pacta sunt servanda* e a relatividade subjetiva dos contratos, já que estes, juntamente à autonomia da vontade, nos legaram a base principiológica contratual tradicional, a qual, apesar de condicionada pela nova forma de pensar do Estado Social, mantém sua presença e atualidade viva.

Assim como o dogma da autonomia da vontade, os demais princípios contratuais do Estado Liberal também tiveram seu berço no Código Napoleônico, nos artigos 1134 quando afirma que: *Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites*, o qual em livre tradução diz que as convenções legalmente firmadas têm força de lei entre aqueles que as fizeram; e o 1165, que diz: *Les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes*, segundo qual, ainda em livre tradução, as convenções não produzem efeitos senão entre aquelas partes contratantes.

Com efeito, o *pacta sunt servanda*, ou princípio da obrigatoriedade do contrato, consagra a concepção de que o negócio firmado faz lei entre as partes e, por conseguinte, deve ser cumprido tal qual conforme celebrado. Pressupõe uma avença comutativa celebrada

⁷⁶ GOMES, Orlando. **Contratos**. 18 ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999, pp. 24-25.

entre partes em igualdade, mesmo que simplesmente formal, com base na máxima: *qui dit contractuel dit juste*.

O contrato tornou-se intangível às forças estatais, submetendo-se apenas à livre vontade dos contratantes, reconhecida pelo direito, de modo que nenhuma das partes unilateralmente poderia promover a alteração de quaisquer cláusulas contratuais, o que só se admitiria através de nova declaração conjunta de vontade, garantindo-se a segurança das contratações.

Da mesma forma, não se admitia a alteração destas cláusulas, sequer judicialmente. Até que com o advento do primeiro confronto mundial, esta situação passou a ser revista excepcionalmente, em face da absoluta injustiça da aplicação do princípio em todos os seus termos, já que vários negócios firmados passaram a ter sua execução insustentável, abrindo-se espaço então para a aplicação da cláusula *rebus sic stantibus* e para a teoria da imprevisão.

Sem ingressar em maiores detalhes, pode-se dizer que a cláusula *rebus sic stantibus* era utilizada em contratos de longa duração ou execução diferida no tempo, segundo o qual não deveria haver alteração da situação de fato que havia no momento de formação contratual. Esta construção foi implementada através da adoção da teoria da imprevisão, segundo a qual a alteração no estado de fato para viabilizar a revisão contratual necessitaria ser imprevisível pelas partes contratantes e gerar uma onerosidade excessiva das prestações⁷⁷.

Portanto, apesar de amenizado em sua substância, o *pacta sunt servanda* continua vivo, ao lado da eficácia relativa dos contratos às partes contratantes, princípio este que dispõe que os efeitos da avença efetivada só se realizam entre aqueles que lançaram suas manifestações de vontade quanto ao conteúdo e seus sucessores - caso não seja uma obrigação personalíssima - não podendo tais efeitos incidir sobre terceiros estranhos à relação contratual ou sobre seu patrimônio.

Nas palavras de Carlos Roberto Gonçalves:

Mostra-se ele coerente com o modelo clássico de contrato, que objetivava exclusivamente a satisfação das necessidades individuais e que, portanto, só produziria efeitos entre aqueles que o haviam celebrado, mediante acordo de vontades. Em razão desse perfil, não se poderia conceber que o ajuste estendesse os seus efeitos a terceiros, vinculando-os à convenção⁷⁸.

⁷⁷ GOMES, Orlando. **Contratos**. 18 ed., Rio Janeiro: Forense, 1999, pp. 36-42.

⁷⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: contratos e atos unilaterais. III Vol. 3 ed., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 26.

Ressalte-se que assim como os demais princípios já elencados aqui, o da eficácia relativa também não é absoluto, sofrendo certas restrições em seu conteúdo, máxime nos dias atuais, onde o contrato deve desempenhar uma função social e não tão somente atender aos interesses particulares, conforme veremos adiante. Além, é claro de em alguns casos efetivamente poder vincular outros aos seus termos, como na estipulação em favor de terceiros, ou mesmo em caso de interessados ou credores atingidos em seus direitos.

3.2 Princípios contratuais sociais

3.2.1 Função social do contrato

A partir do momento em que a ordem principiológica liberal passou a ser excepcionada por um ou outro motivo, alguns mais radicais passaram a anunciar a morte do contrato tal como conhecido, não admitindo a possibilidade de um simples declínio no seu formato para fortalecimento através de um novo *design*, adaptado às novas ideologias do Estado Social.

Neste sentido Paulo Lôbo, pugnando por mudanças, afirma que:

Assim, é absolutamente imprestável e inadequado o modelo liberal do contrato, porque incompatível com uma função que ultrapassa a autonomia e o interesse dos indivíduos contratantes. Muito menos com uma legislação que tende a intervir na relação contratual, para proteger uma das partes até mesmo contra sua vontade⁷⁹.

Desta feita, passaram a despontar novas diretrizes a orientar as contratações já dentro de um Estado Social em expansão, reduzindo a substância e abrangência dos princípios anteriormente mencionados, os quais restaram insuficientes na nova ordem comercial, para dar vez a outros, que primavam pelo coletivo precipuamente e, tão só em segundo plano pela realização individual.

Eis então que raiaram os novos preceitos ordenadores da ordem contratual social, quais sejam a função social do contrato, a equivalência material das prestações e a boa-fé

⁷⁹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Transformações gerais do contrato. **Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Alagoas**. n. 1, ano I. Maceió: ESMAL, 2002, p. 249.

objetiva, conforme ensinamentos do professor Paulo Lôbo⁸⁰ - que são seguidos aqui - pelo que passamos ao estudo das linhas gerais do primeiro deles: a função social do contrato.

Vislumbra-se a função social como o alicerce da nova teoria contratual, substituindo a força da autonomia da vontade como pilar e, ao mesmo tempo, limitando o pleno exercício desta. Neste novo Estado, há a predominância e uma maior valorização do social em detrimento do particular, mas sem que isso signifique uma afronta à liberdade de contratação, mas tão somente que esta agora deve ser exercida não só para fazer valer os interesses individuais, mas também de toda sociedade, dentro de limites previamente estipulados.

Inaugurado o novo Estado com a Constituição Federal de 1988, esta trouxe em seu contexto a consagração da função social de forma indireta, quando em seu artigo 170 dita que a ordem econômica está submetida aos ideais da justiça social, bem como quando determina especificamente que a propriedade deve atender à sua função social. A tal conclusão se chega tendo em vista que o contrato é o instrumento de realização prática da atividade econômica, é o meio de circulação de riquezas, ou nas palavras de Paulo Lôbo: *A propriedade é o segmento estático da atividade econômica, enquanto o contrato é seu segmento dinâmico*⁸¹.

E assim foi de forma tímida que a função social do contrato ingressou em nosso ordenamento jurídico, não havendo, inclusive, qualquer menção expressa ao seu conteúdo no Código de Defesa do Consumidor, apesar deste ser o guia da efetivação da função social nos contratos de consumo.

Não obstante, quando do advento do Código Civil de 2002, esta foi abraçada de forma a não permitir mais quaisquer dúvidas quanto à sua presença e força no ordenamento nacional, dispondo em seu art. 421 que: *A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.*

Trata-se não só de um novo instrumento de interpretação dos contratos, mas também de conformação destes, que devem primar pela realização individual, ainda fazendo valer a autonomia da vontade, mas dentro de um cenário social, de forma que o contrato celebrado efetive os interesses do indivíduo como membro de uma sociedade, sem que entre em choque com os interesses deste corpo social como um todo.

⁸⁰ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípios sociais dos contratos no Código de Defesa do Consumidor e no novo Código Civil. **Revista de Direito do Consumidor**. n 42, abr./jun., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

⁸¹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípios sociais dos contratos no Código de Defesa do Consumidor e no novo Código Civil. **Revista de Direito do Consumidor**. n 42, abr./jun., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 191.

Infere-se que os contratos hodiernos devem ser visualizados sob um ponto de vista de utilidade pública e não particular. Devem ser funcionalizados na razão do social, expressando a vontade individual conforme a vontade social através do posicionamento da igualdade real das partes contratantes como alicerce da avença, expurgando a desigualdade existente entre estas, e colocando-as em um mesmo patamar de discussão, no qual o contrato poderá efetivamente atingir à sua função social, sem que haja a exploração de uma das partes pela outra, realizando uma justiça comutativa, o que nos remete ao segundo preceito regulador dos contratos no Estado Social: A equivalência material do contrato.

3.2.2 Equivalência material do contrato

Esta, por sua vez, veio derrubar a concepção de igualdade meramente formal existente na contratação liberal, para impor um paradigma totalmente novo de igualdade material, restando obsoleta a idéia de que o contrato faz lei entre as partes, para permitir a verificação e correção de possíveis desigualdades entre os contratantes, assim como entre as prestações e contraprestações firmadas.

Em lição sempre bem vinda, o professor Paulo Lôbo explica que:

Esse princípio preserva a equação e o justo equilíbrio contratual, seja para manter a proporcionalidade inicial dos direitos e obrigações, seja para corrigir os desequilíbrios supervenientes, pouco importando que as mudanças de circunstâncias pudessem ser previsíveis. O que interessa não é mais a exigência cega de cumprimento do contrato, da forma como foi assinado ou celebrado, mas se sua execução não acarreta vantagem excessiva para uma das partes e desvantagem excessiva para a outra, aferível objetivamente, segundo as regras da experiência ordinária⁸².

Desconhecido do Código Civil de 1916, foi abraçado na legislação brasileira através do Código de Defesa do Consumidor, em vários dispositivos que de forma indireta prezam por sua realização, máxime quando se referem a expressões como vulnerabilidade,

⁸² LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do Direito Civil. **Revista de informação legislativa**. nº 141, jan./mar., Brasília: Senado Federal, 1999, p 108.

harmonização de interesses, equilíbrio nas relações, equidade, equilíbrio contratual, justo equilíbrio entre direitos e obrigações das partes, dentre outras⁸³.

Já o Código Civil de 2002 o incorporou ao possibilitar a correção de prestações desproporcionais, ou a resolução por onerosidade excessiva, consoante artigos 317, 478 e seguintes, bem como quando ao tratar dos contratos de adesão, nos artigos 423 e 424 admite a interpretação mais favorável ao aderente, em caso de existência de cláusulas ambíguas ou quando considera nulas as cláusulas que impliquem renúncia antecipada a direitos.

Por conseguinte, visualiza-se que dito princípio tem por meta restabelecer o equilíbrio contratual, mantendo um perfeito sinalagma entre as partes, evidenciando assim a preocupação estatal com o contratante vulnerável, seja um aderente em contratos tradicionais ou em contratos de consumo, através de uma justa proporcionalidade entre direitos e deveres⁸⁴.

3.2.3 Boa-fé objetiva

Eis que satisfazendo nossa pretensão inicial, chegamos ao terceiro princípio contratual regulador das relações dentro do Estado Social: A boa-fé objetiva. Esta por sua vez não chegou a ser mencionada pela Carta Constitucional de 1988, apesar de ser subentendida de seus termos quando prima por uma ordem econômica embasada em ideais de justiça social e contratual, derivados da sua concepção solidária.

Da mesma forma, o Código Civil de 1916, de base liberal, não trouxe qualquer disposição específica acerca da boa-fé como base principiológica contratual, a ele fazendo apenas referências esparsas nos artigos 221, 935 e 1321, quando se refere ao casamento putativo, contraído de boa-fé, ao pagamento feito de boa-fé ao credor putativo, e ao negócio efetuado de boa-fé com mandatário, quando houver morte ou extinção do contrato desconhecida por este, respectivamente.

⁸³ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípios sociais dos contratos no Código de Defesa do Consumidor e no novo Código Civil. **Revista de Direito do Consumidor**. n 42, abr./jun., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, pp. 189-190.

⁸⁴ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 243.

Apenas com o advento do Código de Defesa do Consumidor em 1990, a boa-fé foi expressamente abraçada pelo nosso ordenamento, trazendo um novo paradigma aos contratos que, até então, só conheciam os princípios liberais como fundamento, quando em seu artigo 4º, que consagra a Política Nacional das Relações de Consumo, aponta que a boa-fé deve ser tomada como uma de suas bases.

A partir desta diretiva do art. 4º do CDC, foi desenvolvida toda normativa consumerista, visando a realização da boa-fé nestas relações. Então, ao se localizar no Código expressões que se referem à necessidade de transparência, informação, lealdade, confiança ou probidade, deduz-se daí uma preocupação com a preservação da boa-fé dos contratantes, máxime do consumidor vulnerável, podendo ser citada ainda aqui a norma do inciso IV, do art. 51 que considera nulas de pleno direito as cláusulas contratuais que *estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade*.

Mas não tardou para que a boa-fé se universalizasse dentro da teoria contratual, ao ser inserida em vários dispositivos do Código Civil de 2002, expressa ou implicitamente, podendo ser citado aqui o art. 422, dentre outros⁸⁵:

Art. 422 – Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

Dito artigo aponta a imprescindibilidade de valorização, dentro de uma negociação, da relação de confiança estabelecida entre as partes, devendo ambas agir conforme esta tal de boa-fé. Conceito aberto e indeterminado, variável aos sabores e ideologias experimentados por cada sociedade em dito momento histórico.

Neste sentido, busca-se um ideal, um padrão de comportamento razoável e aceitável nas relações sociais, utilizado pelo aplicador do direito, quando há a necessidade de sua intervenção, de modo a julgar se a parte contratante agiu ou não conforme o *homem médio*.

Mencione-se a insuficiência verificada na redação deste art. 422, quando afirma que a boa-fé deve ser observada tão somente em dois momentos, quais sejam, na conclusão e na

⁸⁵ Art. 113 – Os negócios devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

Art. 187 – Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

execução da avença, deixando em aberto o momento anterior à celebração contratual e o posterior.

Atento a esta questão, Paulo Lôbo leciona que a boa-fé é aplicável a todos os momentos da contratação, incluindo os comportamentos anteriores à celebração (*in contrahendo*), bem como naqueles após a extinção do contrato (*post pactum fiinitum*), colacionando vários exemplos do CDC que fundamentam sua posição, valendo tanto para os contratos tradicionais, como para os contratos de consumo, dentre os quais se cite aqui a inclusão na oferta da informação ou publicidade suficientemente precisa (art. 30); o dever do fornecedor de assegurar ao consumidor cognoscibilidade e compreensibilidade prévias do conteúdo do contrato (art. 46); a vinculação dos escritos particulares, recibos e pré-contratos (art. 48); assim como a exigência de continuidade da oferta de componentes e peças de reposição, após o contrato de aquisição do produto (art. 32), dentre outros⁸⁶.

Aqui, se encontra diretamente relacionada à probidade, conceito pertinente ao direito administrativo, no que tange aos princípios que devem reger a administração pública. Entretanto, vislumbra-se que se impõe também aos particulares a sua consecução, pois agindo de forma proba, honesta, realiza-se a meta de uma contratação em consonância com esta nova forma de pensar, de modo que a referência à probidade funciona como um reforço à boa-fé, sem que se pretenda inovar ou criar nova figura jurídica.

Esta boa-fé objetiva, que nos interessa, diferenciando-a daquela tão discutida sob a ótica liberal, de caráter subjetivo, traz uma nova concepção do direito civil, já que permeia toda a nova civilística, relacionando-se ao comportamento que deve reger as relações particulares, dentre as quais, as contratuais, agindo de variadas formas no nosso ordenamento jurídico. Nesta acepção é a lição de Cláudia Lima Marques, quando elenca as suas múltiplas funções: *1) como fonte de novos deveres especiais de conduta durante o vínculo contratual, os chamados deveres anexos, e 2) como causa limitadora do exercício, antes lícito, hoje abusivo dos direitos subjetivos e 3) na concreção e interpretação dos contratos*⁸⁷.

Segue a referida autora explicando que a primeira função seria criadora dos chamados deveres anexos de cooperação, cuidado e informação⁸⁸, os quais devem pautar as relações contratuais, máxime aquelas de consumo, onde há uma vulnerabilidade patente do

⁸⁶ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípios sociais dos contratos no Código de Defesa do Consumidor e no novo Código Civil. **Revista de Direito do Consumidor**. n 42, abr./jun., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 194.

⁸⁷ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**: O novo regime das relações contratuais. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.180.

⁸⁸ Ver nota nº 22.

consumidor; enquanto a segunda seria limitadora da liberdade de atuação dos contratantes, restringindo as condutas adotadas e as cláusulas contratuais a serem elaboradas; já a terceira seria a função interpretadora do princípio, de modo que todos os contratos deveriam ser observados através da lente da boa-fé, para se verificar a sua adequação às diretivas atuais⁸⁹.

Sob esta vertente interpretadora, é que se observa que o princípio da boa-fé se fulcrou na norma inscrita no art. 112 do Código Civil, quando dispõe que: *Nas declarações de vontade se atenderá mais à sua intenção que ao sentido literal da linguagem*, demonstrando que se buscará assim uma interpretação na qual a vontade contratual esteja em conformidade com a boa-fé e com os interesses sociais predominantes e não apenas com o escopo subjetivo das partes.

Este, portanto, se caracteriza como o objetivo máximo da principiologia aplicável aos contratos dentro do Estado Social: Possibilitar que o contrato funcione como o instrumento de circulação de riquezas, mas atendendo apenas aos interesses particulares que se compatibilizem com os fins sociais, de acordo com padrões de conduta que prezem pela afirmação dos direitos fundamentais da igualdade, liberdade e dignidade nas relações comerciais firmadas.

Via de consequência, não há que se falar em uma superação da ordem principiológica tradicional, mas apenas de uma conformação desta com os princípios contratuais sociais, os quais possuem a preferência de aplicação somente em caso de choque entre as duas ordens, as quais devem ser harmonizar para que o contrato se realize em sua plenitude.

3.3 Princípios contratuais no e-commerce

3.3.1 Os princípios de proteção consumerista

Uma vez discutidos os princípios contratuais vigentes em nosso ordenamento jurídico - os liberais e os sociais - os quais coexistem hoje de forma praticamente harmônica, orientando o desenvolvimento da atividade econômica brasileira, dentro do novo cenário

⁸⁹ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**: O novo regime das relações contratuais. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, pp. 181-182.

mundial, faz-se imprescindível trazer à tona, sem qualquer ânimo criativo, mas apenas ilustrativo, os princípios específicos reguladores das relações de consumo hodiernas, consagradores da proteção do consumidor vulnerável.

De fato alguns possuem um caráter inovador e particularidades relativas tão somente às relações de consumo, não obstante outros se apresentam como desdobramentos dos princípios contratuais já analisados, de modo que não nos deteremos aqui em extensas considerações quanto a estes, já que o ponto central é a necessidade de enfatizar o seu pleno emprego às relações de consumo virtuais.

Assim sendo, não há que se falar da inaplicabilidade dos princípios arrolados no CDC ao *e-commerce* em face de seu advento ser superveniente ao Código. Ao revés impõe-se esta utilização como forma de sanar temporariamente a lacuna legislativa atual em relação às novas relações virtuais e a maior vulnerabilidade do consumidor eletrônico.

Em uma rápida análise do Código de Defesa do Consumidor, verifica-se que se trata de uma lei de cunho principiológico, voltada à satisfação dos valores mais fortes na sociedade de consumo. De modo que se partindo do inciso XXXII do art. 5º da Carta Constitucional, desenvolveu-se este microssistema embasado na premente necessidade de fazer valer os direitos do consumidor como cidadão em sua dignidade, igualdade e liberdade.

De tal modo, sem maiores preocupações metodológicas ou de organização, passamos a arrolar os princípios e direitos inseridos no CDC, constantes dos seus artigos 4º e 6º, bem como aqueles dispersos em todo seu corpo, aplicáveis às relações de consumo, sendo alguns mais genéricos, orientadores de toda normativa infraconstitucional, como o princípio da dignidade da pessoa humana, a garantia de proteção à vida, saúde e segurança, a liberdade de escolha e a garantia de acesso à justiça.

Já outros, por sua vez, refletem as particularidades inerentes às relações de consumo massificadas, como os princípios da proteção e necessidade do consumidor, em face de certas aquisições imprescindíveis; da harmonia, da transparência, da informação e da confiança do consumidor, depositados na relação desenvolvida, como corolários da boa-fé; do reconhecimento da vulnerabilidade técnica, jurídica ou científica, fática ou sócio-econômica do consumidor em face do fornecedor⁹⁰, que realiza a busca da efetivação da igualdade material nas relações comerciais; bem como da responsabilidade solidária de todos os

⁹⁰ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**: O novo regime das relações contratuais. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, pp. 270-273.

membros da cadeia de produção e circulação de bens e serviços postos no mercado, que venham a causar danos ao consumidor, seja por defeito ou vício.

Mencione-se, ainda, uma série de outros direitos reconhecidos, como a proteção contra a publicidade enganosa ou abusiva, a proibição de práticas e cláusulas abusivas, a conservação do contrato com base na revisão e/ou modificação das cláusulas que estabeleçam prestações desproporcionais, ou que se tornem excessivamente onerosas em razão de fatos supervenientes, a responsabilidade por danos morais e materiais⁹¹.

Desta feita, pode se afirmar que estes princípios, direitos ou diretivas, elencados de forma não exaustiva, aplicáveis às relações de consumo ditas aqui tradicionais, são igualmente aplicáveis em toda sua extensão às novas relações de consumo em linha, já que envolvem um fornecedor-virtual e um consumidor-eletrônico, merecedores de tutela legislativa isonômica com as relações efetivadas fora da *matrix*, tendo em vista a premissa básica sustentada neste trabalho da força normativa do princípio constitucional da proteção do consumidor, o qual atrai a proteção legal do CDC para o *e-commerce*, não restando qualquer dúvida pendente.

3.3.2 Os princípios de proteção contratual

A despeito de já terem sido expostos os princípios reguladores dos contratos dentro do paradigma contemporâneo, impõem-se alguns esclarecimentos: O primeiro, diz respeito à sua aplicabilidade aos contratos celebrados em rede. De modo que, tanto os princípios da autonomia da vontade, do *pacta sunt servanda* e da eficácia relativa, quanto os da função social, da equivalência material e da boa-fé objetiva podem ser empregados como vetores do procedimento a ser seguido, sem grandes divergências do que ocorre nas contratações reguladas pelo Código Civil e pelo Código de Defesa do Consumidor.

⁹¹ NUNES, Rizzato. **Curso de direito do consumidor**. 2 ed. 3 tiragem, São Paulo: Saraiva, 2006, pp. 123-138.

Enfatizando esta aplicação, trazemos à colação mais uma vez dispositivo da Lei Modelo da UNCITRAL - consagradora de normas que visam unificar o tratamento dado ao comércio eletrônico - quando invoca o princípio da autonomia da vontade, admitindo em seu art. 4º que as partes livremente alterem por acordo as cláusulas contratuais na negociação digital.

Cite-se também a elevação da boa-fé ao plano dos princípios reguladores do comércio eletrônico internacional, através do disposto no artigo 3º da Lei Modelo, que afirma: *Na interpretação desta lei, deve-se atentar para sua natureza internacional e para a necessidade de promoção da uniformidade na sua aplicação e observância de boa-fé, primando assim pela realização do imperativo de lealdade e confiança entre as partes contratantes no meio virtualizado.*

Em verdade, como contratos eletrônicos de consumo que são, não se pode negar aplicação aos princípios negociais vigentes, sejam aqueles relativos à ordem contratual geral, bem como os pertinentes ao mercado de consumo, no tratamento desta nova forma de encontro de vontades. Sem embargo do atraso legislativo acerca da matéria, os doutrinadores já vêm se debruçando com afinco sobre esta nova possibilidade oferecida pela *internet*, inclusive nos fornecendo alguns princípios exclusivos do comércio virtual que analisaremos adiante, extraídos da Lei Modelo⁹².

3.3.3 Equivalência funcional dos atos jurídicos realizados por meio eletrônico com os atos jurídicos celebrados de forma tradicional

O primeiro dos preceitos específicos do *e-commerce*, inaugurado pela Lei Modelo é o que se refere à necessidade de concessão de um tratamento jurídico não discriminatório aos atos jurídicos negociais concluídos através da rede, tendo em vista o fato de não se embasarem em documentação cartácea, feita ou simplesmente reconhecida em cartório.

A meta aqui é proporcionar o mesmo tratamento às negociações celebradas através da via tradicional e por meio eletrônico, evitando-se quaisquer possíveis entraves ao pleno

⁹² Utilizou-se como base para esta exposição a sistematização principiológica feita por ORTIZ, Rafael Illescas, em sua obra *Derecho de la contratación electrónica*. Madrid: Civitas Ediciones, 2001 e popularizada entre nós pelas obras de LAWAND, Jorge José, *Teoria Geral dos Contratos Eletrônicos*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003 e de LEAL, Sheila do Rocio Cercal Santos. *Contratos eletrônicos: Validade jurídica dos contratos via internet*. São Paulo: Atlas, 2007.

desenvolvimento das transações através da rede, que se acham em regime de expansão, atraindo cada dia mais consumidores às suas facilidades e vicissitudes.

Está inscrito no art. 5º da Lei Modelo, quando afirma que:

Artigo 5º - Reconhecimento legal das Mensagens de Dados

A tal tipo de informação não poderão ser negados os efeitos legais, a validade nem a exequibilidade perante a lei pelo simples fato de encontrar-se sob a forma de dados;

Busca o legislador internacional conferir idêntico efeito entre as manifestações de vontade emanadas através de mensagens de dados ou troca de documentos eletrônicos, e aquelas que se revelam da forma tradicional, através de gestos, escritos ou palavra verbalizada.

Desta forma, duas finalidades são alcançadas, quais sejam: Impulsionam-se as transações eletrônicas, viabilizando uma maior credibilidade ao meio, evitando-se a imposição de possíveis obstáculos com a adoção de um critério jurídico único de valorização das mensagens transmitidas na rede; ao passo em que, por conseqüência, também se impõe a igualdade de tratamento com as emanações de vontade com base cartácea.

Daí, falar-se no critério do equivalente funcional - trazido pela Lei Modelo no guia para sua incorporação ao direito interno - que pretende dar ao documento eletrônico os caracteres de confiança, inalterabilidade e rastreabilidade presentes nos documentos com base em papel. Na definição de Fábio Ulhoa Coelho:

O princípio da equivalência funcional é o argumento mais genérico e básico da tecnologia jurídica dos contratos virtuais. Afirma que o registro em meio magnético cumpre as mesmas funções do papel. Assim as certezas e incertezas que podem exsurgir do contrato-e não são diferentes das do contrato-p⁹³.

Visa-se, então, com o festejado princípio a equiparação dos contratos padrão, com os contratos eletrônicos, no que tange aos requisitos de sua validade e desenvolvimento regular, fornecendo-lhes a mesma força probante que aqueles consubstanciados em papel, desde que atendam ao disposto no art. 6º da Lei Modelo, quando afirma que: *Como a lei exige que a*

⁹³ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. Vol. 3. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 90.

informação esteja sob a forma escrita, tal exigência será atendida por uma mensagem de dados se a informação contida na mesma estiver acessível e disponível para futura consulta.

3.3.4 Neutralidade e perenidade das normas reguladoras do *e-commerce*

A atividade comercial mundial vive em um constante movimento de expansão e de mudanças difíceis de serem imaginadas ou previstas, até por aqueles mais otimistas. Esta evolução, em alguns momentos, dificulta a sua plena regulamentação, já que a lei não costuma antever os próximos passos da vida real, ao revés a acompanha de forma lenta e atrasada.

Preocupados com esta possibilidade de engessamento das leis que podem vir a ser criadas para regular o comércio na rede, o qual está ainda em estágio inicial e tem a dinâmica como sua nota mais marcante, os criadores da Lei Modelo incluíram este preceito fundamental à sua normatização, evitando a necessidade de possíveis discussões futuras quanto a matérias que poderiam ter suas linhas gerais já traçadas.

Temos como exemplo típico o CDC brasileiro. Uma das legislações consumeristas mais avançadas do mundo que, contudo, vem tendo sua aplicação tolhida em relação aos contratos eletrônicos, por não se referir especificamente a ele, ou a qualquer possibilidade de inovação no meio.

E, é nesta busca de elaboração de leis que se mantenham sempre atuais e vigentes, regulamentando o comércio virtual hoje e amanhã, de forma permanente, que desponta o princípio da neutralidade tecnológica consagrado em duas passagens do guia para incorporação da Lei Modelo aos Estados, quando dispõe que:

Item 8 (...) Cabe assinalar que, em princípio, não se exclui nenhuma técnica de comunicação do âmbito da Lei Modelo, de forma a acolher em seu regime toda eventual inovação técnica neste campo.

Item 13. (...) Recomenda-se que todo Estado que decida regulamentar em maior detalhe o emprego destas técnicas, procure não perder de vista a necessidade de manter a desejável flexibilidade do regime da Lei Modelo.

Sob esta perspectiva, temos a *internet* e os contratos celebrados através desta, hoje em movimento de ascensão vertical. Não obstante amanhã, outro meio de transmissão de

dados mais veloz, mais eficiente ou mais seguro pode vir a ser lançado no mercado e uma lei elaborada em termos muito restritos à determinada tecnologia pode vir a se tornar obsoleta em pouco tempo.

As normas reguladoras do comércio eletrônico não podem se ater apenas às tecnologias existentes no momento de sua elaboração, mas devem sim olhar para frente, se voltar para o futuro promissor dos avanços científicos, para que não haja a necessidade constante de nova elaboração legislativa ou de alterações.

A título de exemplo, verificamos que o Projeto de Lei nº 1.589/1999, um dos quais se acha em tramitação no Brasil para regular o comércio virtual, dedica mais da metade de seus artigos à temática da certificação digital e criptografia, sem idealizar a possibilidade deste sistema cair em desuso com o advento de outro mais otimizado.

Por conseguinte, faz-se imprescindível que todas as nações, ao elaborarem suas normativas sobre a matéria, tenham sempre em mente a necessária perenidade das suas normas, as quais devem ser tecnologicamente neutras e adaptadas em cláusulas abertas que admitam a sua acomodação a novas circunstâncias.

3.3.5 Inalterabilidade do direito contratual vigente e sua aplicação à contratação eletrônica

Chegamos, então, ao terceiro e último princípio específico do *e-commerce*, extraído das normas da Lei Modelo pela doutrina, o qual se revela em total e absoluta compatibilidade com as linhas humildemente traçadas neste trabalho, funcionando como mais um fundamento às idéias aqui esposadas.

Pacificada a questão quanto à natureza do contrato eletrônico, como sendo tão somente mais um mero contrato, espécie do gênero negócio jurídico, desenvolvido sob as regras de qualquer das modalidades já existentes - como compra e venda, locação, prestação de serviços, dentre outros - celebrado através de um suporte eletrônico, não restam dúvidas acerca da plena aplicabilidade das disposições normativas contratuais vigentes em nosso ordenamento jurídico, tanto aquelas constantes no Código Civil, como as do Código de Defesa do Consumidor, desde que adaptadas às suas particularidades, fazendo valer sempre a máxima de proteção do consumidor.

Eis que entramos aqui na discussão do princípio da conservação das normas jurídicas vigentes em dado ordenamento e sua aplicação à contratação em rede. De fato, nem tudo que diga respeito à contratação tradicional ou de consumo é aplicável. Assim mantém-se a normativa vigente, com a sua utilização temporária em busca da solução de lacunas que tangenciem a inexistência de lei específica, ou servindo como complemento à legislação reguladora da matéria, já que em muitos casos, os problemas surgidos no comércio eletrônico podem ser similares àqueles encontrados na negociação tradicional.

Neste sentido, observa-se que as normas preexistentes têm elevada importância quanto às questões de interpretação dos contratos e supressão de lacunas, tanto as da teoria civilística como as de proteção consumerista, e aquelas pertencentes à seara do direito internacional privado, funcionando como vetores que viabilizam a integração e a analogia.

No entanto, verifica-se a insuficiência da normativa já existente quanto às problemáticas mais peculiares do comércio em linha, onde é inexistente qualquer regulamentação legal que sirva de um ponto de apoio mais consistente para resolver as dificuldades surgidas, principalmente no que tange à formação, meios de prova, e formato do contrato.

Pois bem, existindo tão somente uma modificação no meio físico através do qual o contrato se efetiva, saindo do suporte cartáceo para o eletrônico, não se pode pretender descartar toda a legislação vigente, considerando-a inaplicável para pretender uma nova ordem jurídica contratual. Deve-se sim, em cada situação ponderar a possível aplicação das ferramentas já existentes em consonância com as normas específicas, caso existam, já que a força normativa constitucional da proteção do consumidor impõe que tais construções sejam feitas em favor da melhor assistência ao comprador internauta.

CAPÍTULO IV

O FUTURO DAS CONTRATAÇÕES ELETRÔNICAS

4.1 A força normativa do princípio constitucional de proteção do consumidor

Confirmada a situação do princípio constitucional da proteção do consumidor como um direito fundamental, e, portanto auto-aplicável a todas as situações de vulnerabilidade do consumidor. Vislumbradas as questões relativas às principais características e dificuldades do *e-commerce*, tendo os contratos eletrônicos como seu instrumento de realização e sendo

patente a omissão legislativa a respeito. E, por fim, desvendados os princípios contratuais aplicáveis aos negócios jurídicos celebrados de forma tradicional, bem como de forma inovadora através da *internet*, chegamos ao momento de realizarmos uma análise prática, objetiva e crítica, tomando por base as discussões apresentadas.

Não obstante, para darmos prosseguimento, faz-se imprescindível abordar a temática da força normativa dos princípios, máxime do princípio constitucional da proteção do consumidor, eis que proporciona todo o alicerce a esta contenda que vem tirando o sono, tanto de juristas e aplicadores do direito, como de consumidores e internautas.

Desta feita, sem qualquer ânimo inovador, mas nos restringindo ao objeto de estudo proposto, apreciaremos a questão da força normativa constitucional e de seus princípios, proporcionando ao leitor um melhor encaixe das partes que perfazem este estudo, sem, todavia nos deter em maiores especificidades do tema tão bem desenvolvido por Konrad Hesse em sua obra *A força normativa da Constituição*, quando trata da polêmica travada entre constituição real *versus* constituição jurídica.

Muito já foi dito e não restam mais dúvidas quanto a esta força normativa: Tanto de suas regras, com aplicação direta e através de subsunção do caso concreto à norma constitucional; como de seus princípios, com a utilização de raciocínios lógicos mais rebuscados através de ponderação, garantindo a sua otimização e máxima eficácia. Contudo algumas considerações merecem ser feitas.

A normativa constitucional, de uma forma universal é composta por normas genéricas, que ditam apenas as diretrizes que devem guiar toda a elaboração do ordenamento jurídico de cada Estado, fazendo valer os interesses e ideologias presentes na comunidade em perfeita consonância com o momento de sua elaboração, mas sem descuidar da possibilidade de mudança de hábitos no seio da sociedade, elaborando assim regras e princípios abertos, adaptáveis a essas alterações.

Neste cenário, nos deparamos com a constituição jurídica de Hesse⁹⁴, que deve ser forte o suficiente para não se submeter à constituição real de Lassalle⁹⁵, formada pelos fatores reais de poder vigentes na sociedade. Para tanto, a constituição deve sempre fazer coincidir o direito à realidade político-social com reciprocidade e sintonia.

⁹⁴ HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

⁹⁵ LASSALLE, Ferdinand. **O que é uma Constituição?** São Paulo: Minelli, 2003.

Quando da elaboração da Constituição Federal de 1988, começavam a despontar as questões envolvendo a massificação das relações de consumo, motivo pelo qual o constituinte originário dispôs acerca da proteção do consumidor como direito fundamental, arrolado em seu artigo 5º, seguido das disposições determinantes da criação de lei específica que atendesse aos reclamos daquele dado momento.

Todavia, a colocação da proteção do consumidor como princípio fundamental de forma genérica, sem qualquer limitação quanto ao seu campo de atuação, nos permite hoje uma releitura muito mais ampla da sua intenção inicial de proteção das relações de consumo chamadas tradicionais, para alcançar todas as situações em que o consumidor se encontre em situação de vulnerabilidade em face de um fornecedor, já que não há qualquer restrição na letra constitucional.

Por conseguinte, conclui-se que não cabe ao legislador infraconstitucional, aos intérpretes ou aos aplicadores do direito restringirem o que a Constituição não pretendeu em momento algum fazê-lo, sendo o fim axiológico do dispositivo inserido no inciso XXXII do art. 5º a garantia de proteção de todo e qualquer consumidor, seja este *real ou virtual*.

Eis que desta forma, buscando-se a efetivação da chamada *vontade de Constituição*, através da qual se garante a constante legitimação do Estado às ideologias vigentes, é que se possibilita a máxima eficácia de suas normas, com o revigoramento de seu conteúdo, através de métodos interpretativos que façam valer a força normativa constitucional. Nesse sentido, dispõe Hesse:

A interpretação adequada é aquela que consegue concretizar, de forma excelente, o sentido (Sinn) da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação.

Em outras palavras, uma mudança das relações fáticas pode – ou deve – provocar mudanças na interpretação da Constituição. Ao mesmo tempo, o sentido da proposição jurídica estabelece o limite da interpretação e, por conseguinte, o limite de qualquer mutação normativa⁹⁶.

Deduzimos então que a letra da Constituição é o limite à criatividade de seus intérpretes, que devem pugnar pelo máximo de eficácia dentro de seus termos, o que inclui a interpretação dos princípios constitucionais, espécies mais fortes de princípios jurídicos, eis que positivados na norma fundamentadora de todo ordenamento infraconstitucional.

⁹⁶ HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991, pp. 22-23.

De modo que temos hoje os princípios constitucionais dotados de juridicidade e não somente de força integrativa da lei omissa, dentre os quais se cite aqui o da proteção do consumidor vulnerável em face um fornecedor de bens e serviços, dotado de superioridade e poder econômico, seja um conglomerado comercial, com estabelecimentos físicos ao alcance de qualquer um, seja um fornecedor virtual, que dispõe seus bens e serviços 24 horas por dia na rede.

Isto posto, só nos resta reafirmar aqui o que já foi traçado em todo este trabalho: A imperativa aplicabilidade do princípio constitucional da proteção do consumidor, em face da inexistência de norma reguladora do *e-commerce* entre nós, atraindo a utilização do Código de Defesa do Consumidor e demais normas correlatas às relações virtuais até que haja uma elaboração suficiente e específica, que venha dirimir todas as problemáticas que vêm surgindo dia a dia com a expansão desta nova forma de contratar.

De fato, no início de nossa pesquisa suscitamos apenas a força normativa do princípio constitucional da proteção do consumidor elencado no art. 5º da Carta de 1988 e dotado de auto-aplicabilidade nos termos do parágrafo primeiro do mesmo artigo. Não obstante, visualiza-se aqui a necessidade de invocar a força normativa deste princípio tal qual como consagrado em cada Constituição, de cada país onde inexista norma regulamentadora do comércio em linha, de modo a possibilitar um ponto harmônico entre todos os ordenamentos nacionais: A efetivação da proteção do consumidor virtual mundial, desamparado legalmente, através das disposições constitucionais locais.

Explica-se esta nova postura, em face da observação do funcionamento do comércio virtual, o qual não une tão somente pessoas moradoras de um mesmo estado ou país, mas pessoas situadas em países e continentes diferentes, a um simples premer do mouse. De modo que inexistindo um posicionamento unitário a favor desta imprescindível proteção, as discussões acerca da temática se transformarão em um caos a ser enfrentado no Poder Judiciário, muitas vezes despreparado para tanto, uma vez que as contendas envolvendo comércio virtual são submetidas aos Juizados Especiais Cíveis, inexperientes para lidar com questões envolvendo direito internacional privado, embasado em diretivas, tratados e resoluções.

Portanto, passamos a analisar questões de ordem prática versando acerca do dilema em estudo, passando pelas principais dificuldades enfrentadas pelos consumidores virtuais,

algumas casuísticas que vêm surgindo nos tribunais, assim como a problemática da lacuna legislativa e o futuro do comércio eletrônico.

4.2 A proteção do consumidor internauta

O Código de Defesa do Consumidor veio a lume em 1990, com a finalidade de suprir uma lacuna referente às relações consumeristas tradicionais, desenvolvidas entre um fornecedor de bens e serviços e um consumidor.

Hoje, 18 anos após a sua edição, surge uma nova lacuna diante da eclosão dos contratos eletrônicos de consumo desenvolvidos em âmbito virtual, tendo em vista todas as peculiaridades relativas ao seu desenvolvimento.

Consequentemente impõe-se ao legislador uma nova tarefa, qual seja acompanhar o desenvolvimento social e tecnológico da atualidade, regrado com especificidade esta nova forma de aperfeiçoamento dos contratos de consumo.

Entretanto, urge que o consumidor não permaneça desprotegido até a elaboração desta nova legislação, motivo pelo qual se suscita aqui a força normativa constitucional, de modo a fazer valer o princípio constitucional da proteção do consumidor, elencado no inciso XXXII do artigo 5º da Carta Magna, em sua auto-aplicabilidade, nos termos do parágrafo 1º do mesmo artigo 5º, conforme já salientado.

Desta forma, o consumidor internauta, que se deparar com a problemática de vício ou defeito do produto adquirido na rede, por exemplo, pode perfeitamente utilizar-se do Código de Proteção do Consumidor para fazer valer os seus direitos, não só em face da aplicabilidade do direito fundamental de proteção do consumidor, que se corporifica nas normas do CDC, mas também por ser a contratação eletrônica uma nova forma de efetivação dos contratos de consumo.

Levanta-se aqui a hipótese de o consumidor adquirir através de contrato eletrônico, um eletrodoméstico, como uma televisão ou aparelho de DVD, o qual após chegar à sua residência, apresenta-se defeituoso, de modo que não se preste aos fins a que se destina, proporcionando diversão e lazer ao seu adquirente ou que cause algum dano ou lesão a este.

Situações como estas, não podem deixar de ser solucionadas face à lacuna legal, devendo, via de conseqüência, serem inseridas no âmbito de atuação do Código de Defesa do

Consumidor, possibilitando ao comprador lesado acionar extra ou judicialmente o fornecedor-loja-site que fez a venda *online*, pleiteando a reparação que melhor atenda aos seus interesses.

Ainda conforme o Código, o consumidor lesado tem a possibilidade de selecionar qual o membro da cadeia produtiva será acionado, tendo em vista a responsabilidade solidária fixada. Especificamente quanto aos contratos eletrônicos, discute-se atualmente acerca da responsabilidade dos provedores pela comercialização de produtos por fornecedores em suas *home pages*.

Inicialmente, cabe diferenciar aqui que existem os provedores de acesso, os quais viabilizam a conexão do internauta à rede, conferindo-lhe um *endereço*; e os provedores de dados, aqueles que abrigam as *home pages* dos comerciantes, por exemplo, servindo como intermediários entre os consumidores e fornecedores. É exatamente esta última modalidade de provedor presente na controvérsia aqui tratada.

Através dos chamados *shopping centers eletrônicos* ou *sites* de leilão, reúnem-se diversos comerciantes pouco conhecidos para fornecerem seus bens e serviços, possibilitando-lhes um novo canal de comunicação, que aproxima compradores e vendedores de uma forma segura e monitorada, a partir de uma suposta seleção cuidadosa de participantes feita pelo intermediário⁹⁷.

Justamente estes *sites* que funcionam como pontos de encontro para a realização de negócios é que vêm causando maiores tormentos aos seus clientes, vez que muitos comerciantes inescrupulosos, se valem das facilidades oferecidas por estes intermediários, que contam com certa dose de reputação entre o público consumidor para ludibriar e trair a confiança depositada.

Tomando por base dados da realidade, visualizamos como exemplo mais próximo entre nós o www.mercadolivre.com.br, *site* de intermediação mais acessado na América Latina e o segundo maior no mundo, estando atrás apenas de seu parceiro *eBay*, o qual vem enfrentado muitas batalhas judiciais, tendo em vista o descumprimento contratual por parte de alguns dos membros de sua plataforma, que enganam os consumidores e desaparecem sem vestígio, conforme visualizaremos mais adiante.

Impõe-se, todavia afirmar e ratificar a existência de relação de consumo entre o internauta e o *site* de intermediação, sendo esta uma relação de prestação de serviço de

⁹⁷ ROCHA, Roberto Silva da. Natureza jurídica dos contratos celebrados com sites de intermediação. *Revista de Direito do Consumidor*. n 61, jan./mar., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, pp. 236-237.

aproximação de usuários, compradores e vendedores, enquadrada na hipótese do parágrafo 2º, do art. 3º do Código de Defesa do Consumidor, restando obscuro, contudo o alcance de sua responsabilização.

Para parte da doutrina não há que se falar em responsabilização solidária do provedor com o fornecedor de bens alocado em suas páginas, já que:

...a posição de provedor, nessa relação jurídica, é bastante atípica, uma vez que ele não participa diretamente do fornecimento do produto, bem como não está obrigado a conhecer o conteúdo da rede, ou seja, os produtos que estão sendo comercializados, a forma de pagamento, a garantia etc⁹⁸.

Ainda conforme a mesma autora, tal responsabilização seria ilimitada, haja vista a intermediação, não só do provedor, mas da companhia telefônica também, sem a qual não seria possível uma conexão e, de conseguinte, a contratação eletrônica⁹⁹.

A segunda corrente, por sua vez, admite sim, esta vinculação do provedor de forma solidária com o fornecedor imediato, já que há um dever de proteção da confiança que o consumidor depositou neste provedor, que não deve ser quebrada, cabendo, todavia, o exercício do direito de regresso contra o fornecedor direto, já que se abre ao consumidor a possibilidade de acionar o membro da cadeia que esteja em melhores condições de atender seu pleito, o qual nem sempre será o seu parceiro contratual.

Tal posição vem gerando a propagação de cláusula exoneratória nos contratos de assinatura de provedores. A título de exemplo, segue cláusula constante do contrato do UOL, segundo a qual:

10. CONEXÕES ("LINKS")

10.1. No SHOPPING UOL existem "links" para outros endereços ou recursos na Internet. O UOL não é responsável pela disponibilidade de tais endereços ou recursos externos e não endossa ou se responsabiliza por qualquer conteúdo, propaganda, produtos, serviços ou outros materiais contidos ou disponibilizados através de tais sites ou recursos. O USUÁRIO concorda que UOL não será responsável, direta ou indiretamente, por quaisquer custos, danos ou perdas que sejam efetivamente ou alegadamente causados por quaisquer conteúdos, produtos ou serviços disponíveis em

⁹⁸ GREGORES, Valéria Elias de Melo. **Compra e venda eletrônica e suas implicações**. São Paulo: Método, 2006, p. 115.

⁹⁹ GREGORES, Valéria Elias de Melo. **Compra e venda eletrônica e suas implicações**. São Paulo: Método, 2006, p. 118.

referidos sites ou recursos externos ou pela utilização ou confiança depositada pelo USUÁRIO em tais conteúdos, produtos ou serviços¹⁰⁰.

No mesmo sentido, e de forma mais grave, verifica-se a existência deste tipo de cláusula no contrato do Mercado Livre, típico agente intermediário, quando informa aos seus usuários, que as negociações são feitas por sua conta e risco, que não se responsabiliza por quaisquer danos ou prejuízos advindos das negociações realizadas ou não através do sítio, mesmo aquelas celebradas com base na segurança e confiança transmitida pelo intermediário e que toda transação deve ser realizada com cautela e bom senso.

Cláusulas como estas não devem ser observadas, haja vista que ferem o Código de Defesa e Proteção do Consumidor, quando este no artigo 25 veda a estipulação de cláusulas que exonerem ou atenuem a obrigação de indenizar, por serem nulas de pleno direito, conforme inciso I, do artigo 51 do CDC.

Na verdade, defendemos aqui uma análise caso a caso, já que na ausência de uma legislação específica, imperativa quanto à matéria, deve o aplicador do Direito valer-se de todos os meios hábeis na busca de uma solução justa e condizente com a realidade fática posta em discussão.

Destarte, a aplicação dos princípios, como o da proteção constitucional do consumidor, a utilização das várias formas de interpretação constitucional e infraconstitucional, bem como o recurso à analogia e aos costumes podem auxiliar ou direcionar a colmatação de tais lacunas jurídicas de forma provisória.

Desta feita, a título de exemplo não se deve imputar a responsabilidade solidária ao provedor de um *site* de compras, como o das Lojas Americanas, já que se trata de um parceiro contratual de fácil acesso, grande força econômica e com políticas de solução pacífica de controvérsias. Neste caso, seria responsabilidade por fornecimento de bens, primordialmente, enquanto que em se tratando do intermediário que não põe bens em circulação, mas apenas disponibiliza a sua divulgação, a responsabilidade seria por falha na prestação de serviço.

Por conseguinte, quando se tratar de uma compra efetuada de um desconhecido, através de *sites* como Mercado Livre, no qual um dia o parceiro está lá e no outro pode não estar, é imprescindível a responsabilização solidária deste provedor, que não se valeu dos

¹⁰⁰ Shopping UOL – Regras de uso. Disponível em: <<http://st.shopping.uol.com.br/regras-de-uso.html>>. Acesso em 03 de março de 2008.

deveres de proteção, transparência, cooperação e informação inerentes às relações de consumo, conforme teremos a oportunidade de ver mais adiante quando tratarmos das ocorrências e da análise crítica de um caso concreto.

Outro ponto a ser suscitado aqui, diz respeito ao direito de arrependimento dos consumidores no *e-commerce* e a possível aplicação do artigo 49 do Código de Proteção do Consumidor.

Apesar de uma parte da doutrina manifestar-se de forma desfavorável a esta utilização, já que na rede o comprador tem a possibilidade de verificar todos os dados do produto adquirido, pugna-se aqui pela interpretação mais favorável ao consumidor e, via de consequência, com a aplicação do direito de arrependimento às relações desenvolvidas *online*, já que caracterizadas como vendas à distância, desde que a compra, assim como o arrependimento sejam feitos de boa-fé pelo adquirente.

Esta interpretação mais ampla impõe-se, tendo em vista que nas compras desenvolvidas na rede o consumidor não possui condições de avaliar plenamente o bem que está sendo adquirido, não pode tê-lo ao alcance das mãos, tampouco de ser informado por um vendedor qualificado acerca das características do objeto, assim como ocorre nas vendas por telefone ou catálogo.

Para Jorge José Lawand:

Inicialmente, o escopo da lei foi o de proporcionar a proteção àqueles consumidores que realizassem compras através de telefone ou pelo sistema de venda a domicílio, em ambos os casos não há presença física do consumidor no estabelecimento comercial do fornecedor, sendo facultado, nas vendas à distância, de desistir de sua realização, independente da existência de qualquer vício do produto¹⁰¹.

É oportuno observar que quanto ao *dies a quo* do prazo de sete dias para reflexão, tem-se a possibilidade de veiculá-lo à assinatura do contrato ou ao recebimento do produto. Entretanto, quando da assinatura do contrato, entendida esta como o firmamento do acordo de vontades – o qual conforme exposto anteriormente se dá quando o consumidor recebe mensagem eletrônica do fornecedor, confirmando o recebimento da aceitação - o consumidor internauta ainda não teve acesso ao bem adquirido, de forma a manifestar sua satisfação com

¹⁰¹ LAWAND, Jorge José. **Teoria geral dos contratos eletrônicos**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003, p. 120.

o mesmo, daí que se faz imprescindível adotar-se como marco inicial na contagem do prazo de arrependimento a data do recebimento do produto.

No mais, por se tratar de um típico contrato de consumo e como tal caracterizar-se por ser um contrato de adesão às condições gerais, aplica-se a ao contrato eletrônico, na medida de suas particularidades todas as normas de proteção ao consumidor internauta vulnerável.

4.3 Ocorrências

Sem a finalidade de pretender esgotar o entendimento dos Juizados e Tribunais acerca da presente discussão, trouxemos à análise algumas casuísticas interessantes, que demonstram a complexidade da matéria, a qual envolve elementos de direito contratual, do consumidor, além de internacional privado.

Ab initio, apreciaremos uma notícia veiculada no *site* do Canal Justiça¹⁰², segundo a qual uma estudante de Minas Gerais, impetrou uma ação de indenização por danos morais e materiais contra o *site* de vendas Mercado Livre, tendo em vista o fato de a mesma ter adquirido um mini-gravador através do *site* no dia 15 de junho de 2004, pagando por este o valor de R\$ 193,00 (cento e noventa e três reais), com frete incluso, o qual, tão logo recebido, apresentou problemas em seu funcionamento.

Insatisfeita com o defeito, a estudante entrou em contato com o *site* intermediário e com o vendedor imediato, sendo combinado que ela deveria enviá-lo para São Paulo e receber, posteriormente, um aparelho novo, o que não veio a acontecer.

Relata, ainda, a notícia, que a estudante inconformada entrou em contato novamente com os dois, descobrindo que o vendedor havia sido desabilitado pelo *site*, sem manter qualquer contato ou pistas de seu paradeiro.

Diante desta situação, ingressou com uma ação contra o vendedor e o *site*, havendo este último alegado em sua defesa que apenas disponibilizava um espaço para oferta de bens, sem que auferisse qualquer lucro com as vendas, razão pela qual não seria parte legítima no processo, já que a negociação se efetuaria entre comprador e vendedor

¹⁰² **Site de vendas é condenado pela Justiça.** Disponível em: <<http://www.canaljustca.jor.br/index.php?id=17380>>. Acesso em 02 de junho de 2006.

O juiz da 33ª Vara Cível da Comarca de Belo Horizonte, todavia, não pensou da mesma forma, condenando o *site* a ressarcir a estudante, por danos materiais em R\$ 205,00 (duzentos e cinco reais), já que entendeu que houve falha de segurança do *site*, devendo o mesmo responsabilizar-se perante o consumidor final, julgando improcedente o pedido de danos morais.

Esta decisão prolatada em 1º grau revela-se como um paradigma a ser seguido nesta matéria, a qual se enfatize, foi proferida com base na legislação consumerista existente, sem qualquer grau de especificidade, o que nos leva a imaginar a profundidade que teria na vigência de uma legislação regulamentadora das relações de consumo na *internet*.

Seguindo nossa análise, trazemos à colação *leading case* prolatado no ano de 2002, pela terceira turma do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, que relata a problemática surgida com o advento das vendas de veículos *online*. Não obstante, a dificuldade aqui não se refere à ocorrência de vício ou defeito do bem adquirido, mas sim a não entrega do bem, mas ainda envolvendo a questão da solidariedade¹⁰³.

Conforme o relatório, elaborado pela Ministra Nancy Andriahi, trata-se de recurso especial interposto contra decisão exarada pelo Tribunal de Alçada de Minas Gerais, contra a Fiat Automóveis S/A, devido à compra de um veículo pelo sistema PÁLIO ON LINE, que não foi entregue.

Em síntese, são estes os fatos:

O requerente firmou contrato de aquisição do veículo pelo sistema PÁLIO ON LINE, com a concessionária Bom Despacho – MG, através do qual foi acertado o pagamento de 20% do valor do bem antecipadamente para efetuar a reserva e o pagamento do restante dos valores no ato de entrega, a qual se daria após dois meses da assinatura o contrato.

Todavia, na data apazada não houve a entrega do veículo, alegando o requerente que havia quitado todas as parcelas devidas. Situação que restou agravada com a falência da concessionária com a qual havia celebrado a avença, razão pela qual acionou a Fiat solidariamente, tendo em vista a oferta publicitária amplamente divulgada, através da qual esta garantiu a entrega do bem, requerendo assim, o cumprimento forçado da obrigação, nos termos da publicidade ou a rescisão.

¹⁰³ STJ. REsp 363939/MG. Relatora Ministra Nancy Andriahi. Órgão Julgador: 3ª Turma. Data do julgamento: 04.06.2002. Publicação: DJ 01.07.2002, p. 338.

O Juízo *a quo* julgou parcialmente procedente a ação, determinando à recorrida a entrega do veículo ao requerente, tão logo pagos os valores fixados no contrato, já que não houve comprovação da quitação, pelo que ambas as partes recorreram ao Tribunal de Alçada de Minas Gerais, o qual deu provimento por maioria ao recurso interposto pela Fiat, considerando inconsistentes os argumentos da inicial quanto à solidariedade do fabricante com a concessionária falida.

Esta por sua vez, insatisfeita, ingressou com recurso especial perante o STJ, argüindo a afronta a vários dispositivos do CDC, máxime a existência de um manifesto erro de direito no acórdão proferido, por não reconhecer a responsabilidade solidária existente entre concessionária e fabricante, patente na publicidade divulgada.

No voto proferido, a Ministra relatora deixou claro o enquadramento da questão no art. 34 do CDC, sem deixar qualquer dúvida quanto à responsabilização do fabricante junto à concessionária de veículos, nos termos do contrato firmado com base no Regulamento do Programa PÁLIO ON LINE, quando garante a entrega do veículo contra o pagamento do saldo de valores, *in verbis*:

No caso, despicienda se faz qualquer discussão acerca da solidariedade existente entre o fornecedor e seus prepostos ou representantes para o fim de responsabilização, nos termos do art. 34 do CDC.

A responsabilidade da recorrida há de ser constatada diante das práticas comerciais que utilizara para promover a venda de seu produto. Acrescente-se que, no caso dos autos, tal responsabilidade deve se dar de forma integral, diante da declaração de falência da concessionária com a qual o recorrente assinou o contrato.

Desta feita, pacificada estava a questão quanto à obrigação da fabricante de dar continuidade ao contrato celebrado por sua concessionária. Verificou-se, todavia a inadimplência do recorrente quanto à quitação completa do contrato, pois só constavam nos autos provas do pagamento da entrada, ou seja 20% do valor devido, até por que, de acordo com o acertado o restante do preço seria pago até o dia seguinte ao da confirmação da chegada do veículo na concessionária, confirmação feita através de telegrama, do qual não se tem notícia que foi expedido. Pelo que, com base no exposto, deu-se provimento para julgar parcialmente procedente o pedido autoral, deferindo-se o requerimento de cumprimento forçado da obrigação, desde que comprovado pelo recorrente a quitação dos valores devidos.

Com efeito, a questão da responsabilidade solidária permeia a maioria das discussões relativas aos problemas no mercado de consumo tradicional, de forma que vem se expandindo

também para o comércio eletrônico, independente da contenda disposta nos autos: não entrega do produto ou serviço ou entrega com vício ou defeito.

Neste sentido, trazemos à colação mais um julgado proferido pelo STJ, em 11.04.2000, de relevante interesse na matéria, eis que revela a temática da compra internacional, dentro do cenário da globalização, bem como o dilema relativo à aplicação da lei nacional, o qual não versa acerca de compras feitas em linha, mas se revela como um excelente paradigma a ser seguido¹⁰⁴.

Tomando por base o relatório do Ministro Aldir Passarinho, vislumbra-se a interposição de ação contra a Panasonic do Brasil LTDA, através da qual buscou o consumidor insatisfeito a reparação de uma máquina filmadora adquirida em viagem a Miami – Estados Unidos, já que aquela integra a multinacional, que tem sede em Osaka – Japão, com base na garantia norte americana, havendo a referida ação sido extinta, em primeiro grau, por considerar-se que a ré é parte ilegítima para responder pelos danos.

Inconformado, o recorrente interpôs recurso de apelação contra a sentença monocrática, alegando, em suma, a sua nulidade, já que não reconheceu os direitos fundamentais do consumidor, parte vulnerável na relação, a ausência de relatório, assim como a confusão entre preliminares e o mérito e a publicidade enganosa.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo negou provimento à apelação, mantendo a decisão por seus próprios termos, por entender que a subsidiária nacional não estava obrigada a garantir um produto, produzido e comercializado no exterior, mesmo se valendo da mesma marca, não considerando haver gerado qualquer prejuízo ao recorrente o formato lacônico do relatório, verificando, ainda, que as preliminares se confundiam com o mérito e que a elas se restringiam, pelo que partiu o recorrente para o recurso especial perante o STJ.

Relatados os autos, passou o Ministro relator a lançar o seu voto, segundo o qual, não haveria motivos para a reforma da decisão *a quo*, já que proferida em consonância com a legislação atual, sem qualquer agressão aos dispositivos do CDC apontados, não contendo tampouco qualquer vício por ter dado à controvérsia entendimento diferente ao do recorrente.

Ratificou o Ministro que apesar do adquirente ser brasileiro e residir no país, a compra se efetivou inteiramente nos Estados Unidos, com uma empresa diversa, de um

¹⁰⁴ STJ. REsp 63981/SP. Ministro Relator: Aldir Passarinho Júnior. Minsitro Relator do acórdão: Sálvio de Figueiredo Teixeira. Órgão Julgador: 4ª Turma. Data do julgamento: 11.04.2000. Publicação: DJ 20.11.2000, p. 296.

equipamento que sequer se insere na linha de fabricação nacional, trazendo exemplos vazios de comparação e questionando-se: *Como, portanto, aplicar um Código de Defesa do Consumidor brasileiro, a um negócio feito no exterior, entre uma empresa estrangeira e um turista brasileiro.* Para concluir que não há que se falar em propaganda enganosa, eis que o fato de adquirir um produto no exterior de marca presente no Brasil, não pode induzir o consumidor a pensar que a sucursal brasileira irá garantir tal produto e não conhecer do recurso especial, no que foi seguido pelo Ministro Barros Monteiro.

Não obstante, em voto inovador e ciente da realidade que vivemos, dentro de um mundo globalizado, o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira trouxe aos autos entendimento compatível com a dinâmica das novas relações de consumo, desvendado a questão de forma simples, em torno da proteção do consumidor vulnerável, em termos:

Destarte, se a economia globalizada não tem fronteiras rígidas e estimula e favorece a livre concorrência, é preciso que as leis de proteção ao consumidor ganhem maior expressão em sua exegese, na busca do equilíbrio que deve reger as relações jurídicas, dimensionando-se, inclusive, o fator risco, inerente à competitividade do comércio e dos negócios mercantis, sobretudo quando em escala internacional, em que presentes empresas poderosas, multinacionais, com sucursais em vários países, sem falar nas vendas hoje efetuadas pelo processo tecnológico e no mercado consumidor que representa o nosso País.

E assim desenvolve seu raciocínio, de forma a não permitir qualquer dúvida, no caso em análise, quanto à possibilidade de responsabilização da sucursal brasileira, um braço da mundialmente conhecida PANASONIC, uma vez que aquela se vale do renome internacional e da confiança que a marca desperta em consumidores do mundo inteiro para desenvolver suas vendas no Brasil, não havendo porque deixar de suportar eventuais conseqüências negativas, em detrimento de tantas vantagens que obtém regularmente.

Seguindo a mesma linha de pensamento, os Ministros César Asfor Rocha e Ruy Rosado de Aguiar, frisaram a internacionalização das empresas e das marcas, que passaram a atuar em nível mundial, se beneficiando de um nome já consolidado e da queda de fronteiras, para comercializar seus produtos, de modo que proporcionalmente também devem ampliar seu campo de responsabilização e, por conseguinte de garantia de qualidade dos produtos ofertados, seja no Brasil, nos Estados Unidos ou no Japão.

Visualiza-se que dito julgado traz em seu contexto uma abertura, para a regulamentação das relações de consumo internacionais desenvolvidas dentre deste novo

cenário globalizado e virtual. Trata-se de uma decisão de vanguarda, que insere na esfera de proteção do Código de Defesa do Consumidor uma compra feita por um brasileiro em outro país, com base no elemento de conexão relativo à residência do consumidor, tornando a sucursal brasileira de um conglomerado internacional responsável pelo reparo de produto, impondo a realização máxima do princípio protecionista consagrado constitucionalmente.

Não deixa de ser uma forma de responsabilidade solidária do fabricante brasileiro em relação ao norte-americano, uma vez que a lei nacional propicia ao consumidor acionar aquele parceiro contratual mais próximo e que com maior facilidade poderá sanar seu problema, neste caso a PANASONIC do Brasil, que conta com o renome e tecnologia de ponta da marca internacional, devendo arcar também com a responsabilidade que seu nome representa no mercado de consumo¹⁰⁵.

Selecionadas estas três ocorrências, de uma série de muitas que se repetem nos tribunais, máxime nos estaduais, onde a demanda já se expandiu, verificamos que o entendimento padrão na matéria é favorável às posições aqui esposadas. O que nos mostra que os aplicadores do direito vêm trabalhando a busca de soluções justamente em cima da normativa consumerista já consolidada em nosso país.

Contudo, encontramos ainda, de forma esparsa e isolada, alguns julgados que desprezam as normas protetivas. Ditas decisões são emanadas dos juízos de primeiro grau, de forma massificada, sem que estes percebam a especificidade da matéria com a qual estão lidando e a atenção que esta merece, estando absolutamente ultrapassadas, eis que embasadas em concepções civilistas e comerciais e não propriamente consumeristas.

Neste sentido, localizamos *decisum* proferido pela 3ª Turma Recursal Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em data de 25 de março de 2008, em recurso inominado interposto pelo autor-consumidor, no qual combate sentença de primeiro grau que julgou improcedente seu pleito contra o *site* intermediador, por ser parte ilegítima, julgando o feito parcialmente procedente em relação ao vendedor direto, condenando-o em danos materiais, e negando o pedido de danos morais¹⁰⁶.

Em resumo, eis os fatos:

¹⁰⁵ Maiores informações sobre este julgado que teria consagrado o *lexforismo* no ordenamento nacional, no artigo: A proteção dos consumidores no Direito Internacional Privado brasileiro, de Marília Zanchet. Revista de Direito do Consumidor. n. 62, abr./jun., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

¹⁰⁶ TJRS.Recurso inominado nº 71001415207. Órgão julgador: 3ª Turma Recursal Cível da Comarca de Santa Maria. Relatora: Maria José Schmitt Sant Anna. Data do julgamento: 25 de março de 2008.

O autor adquiriu do vendedor direto, através do *site* intermediador, um equipamento de informática, que não funcionou, sendo então devolvido ao vendedor, sob a promessa de que receberia novos equipamentos que totalizariam o valor pago, os quais nunca foram entregues. Desta feita, ingressou com uma ação requerendo a restituição do valor pago, mais despesas com correios e telefonemas, além de danos morais.

Insatisfeito com a sentença prolatada, interpôs recurso inominado contra ambos os réus, mas vindo posteriormente a desistir em relação ao vendedor direto, mantendo-se a lide apenas contra o intermediador. Este em suas contra razões baseou sua defesa em argumentos repetidos e já conhecidos, enfatizando a sua ilegitimidade passiva, por não ser causadora do prejuízo do autor, diante da inexistência de relação jurídica entre eles. Enfocou, ainda, a inaplicabilidade do CDC, uma vez que não restou comprovada a relação de consumo entre autor e réu.

Julgado o feito, a Turma Recursal, de forma unânime, confirmou a sentença por seus próprios termos, enfocando que *inexiste responsabilidade alguma da recorrida porquanto ela apenas atuou como ferramenta de aproximação das partes interessadas no negócio*. Releva, ainda, que *o fato de ela receber comissão do vendedor (e não do comprador) não tem o condão de caracterizar responsabilidade solidária, como sustenta o recorrente*, em um evidente retrocesso na matéria, desprezando todas as construções jurisprudenciais já realizadas.

A justificativa para esse desprezo ao instituto da responsabilidade solidaria repousa no fato da sentença de primeiro grau já haver condenado o fornecedor imediato ao pagamento de todas as despesas havidas pelo autor. Ressalte-se aqui que dito posicionamento revela-se inaceitável nos dias de hoje, em total incompatibilidade com o avanço das relações de consumo, eis que repulsa a responsabilidade solidária do *site* intermediário, tão somente pelo fato do vendedor direto já haver sido condenado.

Ora, dentro da cadeia de fornecedores de bens e serviços, máxime a cadeia virtualizada, não há que se negar a solidariedade existente entre seus membros. Correto o *decisum* quando condenou o fornecedor direto presente na lide, fazendo com que este arcasse com as conseqüências de sua má-fé na relação desenvolvida. Todavia, em momento algum poderia o julgador se impor contra um instituto já consolidado na lei, na doutrina e na jurisprudência pátria.

Hodiernamente são raros estes julgamentos. Na maioria dos casos já há um reconhecimento manso e pacífico da plena aplicabilidade do CDC aos contratos eletrônicos em todos os seus termos, residindo a dificuldade atual na tentativa de compatibilização das disposições dos vários países envolvidos em relações internacionais de consumo de caráter virtual.

4.4 A falta de regulamentação da rede e a Lei Modelo da UNCITRAL

Situações, como as descritas no tópico anterior, já começaram a surgir e a bater às portas do Judiciário em busca de soluções. E com a finalidade de satisfazer estes interesses dos consumidores desprotegidos é que estão sendo propostos alguns projetos de lei, para regular as mais diversas questões relativas ao *e-commerce*. No entanto, nos deteremos naqueles mais relevantes à problemática em tela, passando por uma abordagem sucinta da Lei Modelo proposta pela UNCITRAL.

Voltando ao enfoque principal de nosso trabalho, chegamos à questão de inexistência de normas específicas a reger a contratação em rede em nosso país, fato que vem gerando enorme insegurança e desconfiança nos consumidores internautas com este novo suporte para as negociações.

De fato, houve um desenvolvimento admirável das relações comerciais em linha, que não foi acompanhado pelo legislador brasileiro, o qual vem se mantendo estático em face da dinâmica da *internet*, enquanto esta permanece como uma terra sem lei.

Neste sentido, paira a discussão na doutrina. Muitos autores acham que a rede não necessita de qualquer regramento específico, pois conta com a possibilidade de se auto-regulamentar com base nos costumes de seu uso contínuo. Ainda nessa linha de pensamento, porém menos drásticos, outros autores apontam para a utilização da hermenêutica e de todos os caminhos que esta viabiliza à adequação das novas condutas¹⁰⁷.

Destarte, chegamos às idéias propugnadas para esta auto-regulamentação se dar através da nova *e-lex mercatoria*. Definição trazida por Maria Eugênia Reis Finkelstein e

¹⁰⁷ 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, pp. 469-470.

debatida por Eduardo Weiss Martins de Lima¹⁰⁸, em busca de soluções alternativas às controvérsias surgidas na rede. Seria esta *e-lex*, uma *lex mercatoria* sob nova roupagem, não mais se referindo tão somente aos usos e costumes dos antigos mercadores, aplicados às novas relações comerciais, mas aos hábitos consolidados na negociação em rede.

Consolidar-se-ia em um conjunto de regras pacificadas entre os utentes da rede, juridicamente eficazes, todavia sem ligações com os ordenamentos internos, mas embasadas no consenso que vem se formando entre os internautas quanto às negociações, de modo a consagrar normas plenamente observáveis por todos e que acompanhem o ritmo evolutivo acelerado do comércio em linha de forma mais célere que as normativas estatais.

Uma maioria, todavia, ratifica a imprescindibilidade da regulação pelo Estado, para garantir a plenitude de uso e gozo da rede por todos que se sentirem atraídos pelo mundo virtual, sem que precisem temer as particularidades de sua fruição, principalmente no que se refere à questão de segurança nas contratações, a maior vilã da *internet*.

Com razão, revela-se um tanto quanto utópica a tendência de auto-regulação da rede, sendo imprescindível a criação de normas que formalizem o comércio eletrônico em todas as suas peculiaridades, em face de sua expansão caótica e ilimitada. A dimensão das relações desenvolvidas hoje na rede, impede que seu regramento se resuma aos interesses privados envolvidos, ou mesmo que se submeta apenas às diretivas de direito interno e internacional, que viabilizem um regramento harmônico entre as nações consumeristas - o que também não será muito fácil de alcançar.

Nas palavras de Lorenzetti:

O funcionamento da Internet não é uma questão meramente privada: é uma forma extrema de globalização, como efeitos políticos e sociais que envolvem a ordem pública e a necessidade de regulamentações. Não se trata de auspicar intervenções de tipo institucional que tendam a resguardar a privacidade, o consumo, a moral, o tratamento igualitário e não discriminatório¹⁰⁹.

No que tange às relações de consumo virtuais concretizadas por inteiro em território nacional, apesar da inexistência de lei específica, há uma maior facilidade de sanar esta

¹⁰⁸ LIMA, Eduardo Weiss Martins de. **Proteção do consumidor brasileiro no comércio eletrônico internacional**. São Paulo: Atlas, 2006, pp. 169-176.

¹⁰⁹ 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. 469.

omissão, com base na lei protecionista nacional e no código civil, através de um exercício interpretativo embasado na força normativa do princípio constitucional da proteção do consumidor e nas possibilidades abertas pelo art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, que possibilita ao juiz, em caso de omissão da lei, decidir a lide com fundamento na analogia, nos costumes e nos princípios gerais do direito.

Deste modo, tenta-se conferir às relações em linha desenvolvidas internamente o tratamento dado às relações de consumo tradicionais na medida das possibilidades do ordenamento interno. No entanto, a mesma tarefa não se revela tão fácil quando lidamos com relações envolvendo partes localizadas em diferentes países, já que existe a possibilidade de choque entre as leis locais.

Nestas situações, as normativas internas por mais imparciais e neutras que sejam não se revelam suficientes para solucionar as problemáticas que vêm surgindo com o advento do *e-commerce*, pelo que se faz imprescindível a nível internacional uma unificação destas regras, as quais devem priorizar a proteção do consumidor vulnerável sem, todavia, ser um entrave ao desenvolvimento destas relações globalizadas.

Com a finalidade de colaborar para o desenvolvimento de relações comerciais internas e externas harmoniosas, no âmbito da rede mundial de computadores, foi que a UNCITRAL/CNUDCI - United Nations Commission on International Trade Law¹¹⁰ (Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional), elaborou uma lei modelo sobre comércio eletrônico em 1996, a qual conta, ainda, com um guia para auxiliar a sua incorporação aos ordenamentos jurídicos internos.

Nas palavras de Jorge José Lawand:

Podemos afirmar que se constitui no primeiro grande texto jurídico – sistemático e completo – o qual formula uma disciplina normativa para o comércio eletrônico e baseia-se em três fundamentos, a saber: dar aos legisladores a oportunidade de utilizar a mesma lei nacional e internacional; não mudar as normas jurídicas de tutela dos consumidores; e tratar somente das relações eletrônicas na área do direito civil contratual, excluindo todas as outras, como as administrativas¹¹¹.

De fato, a Lei Modelo sobre comércio eletrônico veio trazer um norte aos Estados interessados em regularizar o comércio virtual de forma uniforme, atendendo aos anseios de

¹¹⁰ Lei Modelo da UNCITRAL para o comércio eletrônico com guia para sua incorporação ao direito interno – 1996. Disponível em: http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/electcom/05-89453_S_Ebook.pdf. Acesso em 10 de fevereiro de 2008.

¹¹¹ LAWAND, Jorge José. **Teoria geral dos contratos eletrônicos**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003, p. 66.

nações com políticas econômicas e sociais diferentes, todavia unidos de forma irremediável pelo *e-commerce*.

A Lei Modelo, juntamente com o seu guia, embasado nas discussões havidas durante os trabalhos preparatórios, visa criar um marco na legislação internacional que ajude a superar os obstáculos postos ao reconhecimento dos documentos eletrônicos como documentos com força cartácea. Busca, ainda, facilitar o uso do comércio eletrônico, trazendo definições de mensagem eletrônica, intercâmbio eletrônico de dados, remetente e destinatário de mensagem eletrônica, intermediário e sistema de informação, além de normas que possibilitam a delimitação do campo de aplicação da lei, bem como relativas à sua interpretação.

No mais, consagra ainda a Lei Modelo disposições sobre a autonomia da vontade nas contratações, o reconhecimento jurídico das mensagens de dados, equiparação do documento eletrônico ao convencional, forma de reconhecimento de uma mensagem de dados como uma mensagem escrita, e de reconhecimento de assinaturas e autenticidade das mensagens em relação aos emitentes, conservação das mensagens originais, admissibilidade e força probatória da mensagem de dados, além da possibilidade de formação de contratos com a troca dessas mensagens, conforme já visto no decorrer do trabalho.

Por várias ocasiões a Lei Modelo e seus dispositivos foram trazidos à colação para ilustrar a formação e desenvolvimento da contratação no *cyberespace*, versando sempre sobre as melhores opções abertas à regulação. Assim, sem a finalidade de um maior aprofundamento quanto às disposições da Lei Modelo, até por que seria objeto de uma nova tese monográfica, mencionaremos apenas o seu primeiro artigo, por sua importância, o qual guarda a seguinte redação:

Artigo 1 – Âmbito de aplicação

Esta Lei aplica-se a qualquer tipo de informação na forma de mensagem de dados usada no contexto de atividades comerciais.

Propondo-se a ser uma Lei Modelo, traz ainda em seu artigo 1, quatro notas relativas à facilitação de sua incorporação pelos ordenamentos jurídicos, dentre as quais mencionaremos aqui a nota 2, por ser relevante à temática em estudo, por dispor que:

Nota 2 - Esta Lei não se sobrepõe a nenhuma regra legal que se destine à proteção do consumidor.

Trata-se de dispositivo que visa, de forma precípua, a não interferência nas normas consumeristas já existentes nos diversos Estados, de modo a apenas complementá-las, no que não lhes for contrário, sem restringir os direitos e garantias já positivados. Isto posto, ao se adotar lei específica regulamentadora do comércio eletrônico, com base na Lei Modelo, aquela deverá respeitar todos os princípios e valores já inscritos na norma protecionista interna, no nosso caso o CDC, trazendo a lume apenas as normas exclusivas dos negócios em rede.

Tomando como base as disposições padrão traçadas pela Lei Modelo da UNCITRAL, bem como as delimitadas pelas Diretivas da União Européia, a nível comunitário, principalmente a Diretiva 2000/31/CE, que versa sobre o comércio eletrônico e a 97/7/CE que trata da contratação à distância, dentre outras, os diversos ordenamentos jurídicos passaram a organizar internamente suas normas de regulamentação do *e-commerce*, em atenção a esta nova tendência mundial. Citem-se aqui alguns pioneiros, como Portugal, República Tcheca, Irlanda, Peru, Colômbia, Espanha, Alemanha e Estados Unidos.

E é exatamente desta forma, servindo como um paradigma para atualização dos múltiplos ordenamentos jurídicos, no que diz respeito ao *e-commerce* que a Lei Modelo vem sendo utilizada por vários países, como alicerce para suas legislações, dentre os quais o Brasil.

Hoje, existem dezenas de projetos de lei em tramitação buscando regulamentar os vários aspectos e facetas da rede mundial. Interessam-nos aqui apenas os que se relacionam ao comércio eletrônico. Por este motivo, destacaremos aqui a Medida Provisória 2.200-02/01, editada em 24 de agosto de 2001, a qual equiparou os documentos eletrônicos aos cartáceos assinados, bem como instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas, o ICP – Brasil, que tem por finalidade precípua regulamentar a certificação digital, garantindo assim a autenticidade e integridade das mensagens de dados¹¹² trocadas quando das negociações, estando em plena vigência até o presente momento.

Já no que tange à tentativa de regulamentação da matéria por lei específica no Direito brasileiro, temos o Projeto de Lei n° 1.589/1999, cujo autor é o Deputado Luciano Pizzato dentre outros, elaborado a partir de redação da Comissão Especial de Informática Jurídica da OAB/SP, dispendo sobre o comércio eletrônico, a validade jurídica do documento eletrônico e a assinatura digital. Este Projeto teve como base fundamental as disposições da Lei Modelo,

¹¹² LIMA, Eduardo Weiss Martins de. **Proteção do consumidor brasileiro no comércio eletrônico internacional**. São Paulo: Atlas, 2006, p. 72.

afirmando, inclusive, em seu artigo 13 que: *aplicam-se ao comércio eletrônico as normas de defesa e proteção do consumidor.*

Mencione-se também o Projeto de Lei nº 1.483/99, de iniciativa do Deputado Dr. Hélio, o qual busca instituir a fatura eletrônica e a assinatura digital nas transações de comércio eletrônico, que se encontra apensado ao Projeto nº 1.589/99 e ao Projeto nº 672/99 de autoria do Deputado Lúcio Alcântara - hoje Projeto de Lei nº 4.906, de 26 de setembro de 2001, do mesmo autor, que dispõe sobre o comércio eletrônico de forma genérica, e pouco trabalhada em detalhes, se limitando a copiar a Lei Modelo sem inovar ou arriscar um pouco mais em favor do consumidor.

Desta feita, as colocações já postas sobre a Lei Modelo se aplicam ao Projeto nº 4.906/2001, quanto ao seu conteúdo e metas, as quais devem ser otimizadas a partir de sua aceitação nos Estados e não simplesmente repetidas sem qualquer maior preocupação quanto à sua efetividade, tal como feito no Projeto retro mencionado, que simplesmente as copiou sem se preocupar com a sua essencial incorporação, atendendo às particularidades do comércio nacional e à proteção consumerista já vigente.

E mesmo que analisado em conjunto com os demais projetos em apenso, o pretenso microsistema das relações virtuais brasileiro já está fadado a nascer incompleto e confuso, deixando questões como as tratativas preliminares, as especificidades da oferta, o prazo para aceitação, o direito de arrependimento, a responsabilidade solidária, a questão da validade dos contratos em linha assim como da problemática da jurisdição e da lei aplicável aos negócios internacionais sem qualquer normativa ou com regras insuficientes e superficiais que sempre necessitarão de um esforço interpretativo através da conjugação de vários diplomas nacionais para a busca de soluções razoáveis e compatíveis com a máxima da defesa do consumidor.

Deste modo, no atual estágio legislativo em que nos encontramos, deve haver a integração entre as normas de tutela do consumidor, elencadas no CDC, com os dispositivos relativos às obrigações e contratos do Código Civil, bem como com os tratados, convenções e diretivas de direito internacional privado, de modo a preencher as lacunas existentes no sistema jurídico, possibilitando uma plena realização do direito fundamental de proteção do consumidor.

4.5 Perspectivas

Chegamos ao final, ponto crucial onde se deve saciar a sede do leitor trazendo à baila as respostas a todas as intrigantes discussões abordadas, analisando as problemáticas passadas, para acertar o presente, visualizando soluções para o futuro.

O comércio eletrônico é uma realidade *real*, não somente virtual. Saiu dos computadores para as nossas casas e já está indiscutivelmente inserido na rotina de todos, desde estudantes a empresários, donas de casa a juristas, todos consumidores atraídos pelas facilidades e comodidades do comércio eletrônico.

Inobstante, apesar de real, o tratamento que vem sendo dispensado ao *e-commerce* beira o imaginário. Senão, vejamos: Temos uma série de projetos em tramitação nas casas parlamentares, os quais estão com seu andamento parado, além de não proporcionarem a devida proteção que os internautas buscam, por serem normas incompletas e confusas, voltadas a questões mais técnicas, do que protecionistas.

Neste ponto, questiona-se então a concreta necessidade de promulgação de projetos de lei como os que se encontram em trâmite no Legislativo, haja vista a sua visível insuficiência para solucionar todas as demandas surgidas no comércio virtual. De modo que mesmo com a vigência destes, ainda assim, vislumbra-se a possibilidade da insegurança e desconfiança quanto ao meio permanecer na mente de consumidores e fornecedores virtuais, por não se verem dentro de um sistema fechado e voltado à sua plena assistência, mas sim entre mais um emaranhado de normas complexas e desencontradas, que sempre precisarão contar com a premissa básica da força normativa do princípio constitucional da proteção do consumidor para achar a solução mais eficaz.

Em verdade, talvez a melhor solução aqui seja uma revisão destes projetos, que já estão há muito tempo com sua tramitação parada, em busca de uma consolidação forte e unificada, condizente com o momento atual das relações de consumo virtuais. Mas ao mesmo tempo, que esteja ciente da sua dinâmica, admitindo-se uma possível abertura em caso de mudanças, que não revele despreparo do legislador, mas mostre sua atenção voltada ao futuro do comércio em linha que ainda está engatinhando e tem muito que crescer acompanhando os passos da globalização.

Neste sentido, várias saídas são apontadas para viabilizar esta perspectiva de regulamentação da rede, a qual deve primar pela busca de uma difícil harmonização, ou seja, resolver ao mesmo tempo os problemas da ordem de direito do consumidor, contratual e

internacional privado que se põem diante de nossos olhos com a celebração de contratos em linha.

Marca-se aqui a possibilidade de utilização conjunta, e não isolada, de várias formas de solução de conflitos, de modo a aperfeiçoar as garantias ao usuário da rede, tangenciando as dificuldades vividas, até a edição das disposições legislativas necessárias. Mencionando-se aqui, primeiramente, a utilização de instrumentos particulares de auto-regulamentação como a nova *e-lex mercatoria*, que de forma mais célere propicia aos contratantes regras claras e usuais de como se portar em negociações na rede.

Cite-se ainda a grande vedete do momento, qual seja a arbitragem virtual, que tem como meta equacionar dois pontos-chaves de trabalho na rede: Liberdade *versus* segurança. A liberdade de comercializar interna e internacionalmente sem barreiras neste universo paralelo, onde é possível a aproximação a um clique entre brasileiros e chineses, por exemplo; bem como a segurança de saber que suas pretensões de venda e aquisição de determinado bem ou serviço serão atendidas.

O que seria então ficção científica toma forma nos dias atuais e se corporifica através de iniciativas dos norte-americanos, pioneiros na utilização da rede para fins comerciais, através de debates para solução de conflitos, incluindo a modalidade ODR - *Online Dispute Resolution*. Nesta, as partes sem sair de casa e se valendo da rede e de seus costumes – *lex mercatoria* – resolvem suas disputas, mesmo estando situadas em países diferentes, se submetendo a procedimentos de arbitragem¹¹³.

Entretanto, enfatize-se aqui que dita submissão deve ser feita de forma voluntária pelo consumidor, como solução alternativa e extra-judicial de suas lides, caso deseje uma resposta mais célere ao seu pleito. No entanto, não se pode deixar ao livre exercício da autonomia da vontade a criação desta *e-lex mercatoria*, bem como das câmaras arbitrais virtuais, até por que sempre haverá uma parte vulnerável neste comércio em linha, qual seja o consumidor, que necessita de um amparo mínimo do Estado.

Isto posto, conclui-se de logo que por mais que se tente fugir ou simplesmente tangenciar a ordem estatal e suas leis, ainda assim estas são imprescindíveis à manutenção da ordem e segurança das relações de consumo virtuais. Não restringindo a liberdade das partes, mas sim viabilizando o seu exercício mais pleno pelos internautas, protegendo e valorando suas emissões de vontade na rede. Seguindo este raciocínio, Marcos Ehrhardt Júnior, afirma:

¹¹³ LIMA, Eduardo Weiss Martins de. **Proteção do consumidor brasileiro no comércio eletrônico internacional**. São Paulo: Atlas, 2006, p. 174.

*Acreditamos que o essencial, para aqueles que atuam no mercado das transações comerciais no espaço virtual, é a existência de regras claras e seguras*¹¹⁴.

Mas aqui se busca um meio termo razoável, haja vista que uma legislação unificada a nível internacional sobre o comércio na rede revela-se como uma quimera a ser alcançada. O mais próximo que se pode chegar disso talvez seja obtido entre os países da União Européia através de suas Diretivas, que vêm orientando as criações legais de seus Estados.

Vislumbra-se então que o desafio a médio e longo alcance está em se elaborar normas que façam valer os interesses dos consumidores de uma forma geral, mas sem inibir o desenvolvimento da rede. Não seriam necessariamente normas idênticas em cada nação ou uma única norma universal, eis que irrealizáveis, mas talvez a resposta esteja em se efetivamente fazer valer a força normativa do princípio constitucional de proteção do consumidor, presente na constituição brasileira, assim como em várias outras, como o norte para as elaborações legislativas, sejam as institucionais ou aquelas embasadas nos costumes, as quais juntas possibilitarão, sem dúvidas, o desenvolvimento e expansão dos negócios em rede, sem que os consumidores se vejam tolhidos em sua confiança, tampouco os comerciantes em sua atividade econômica.

De fato, este é o princípio do fim de nosso trabalho. Não obstante, revela apenas o começo da busca de respostas aos reclames que vêm surgindo em torno de maior confiança no mundo virtual. Inimaginado até meados do século passado, este universo paralelo hoje faz parte do nosso cotidiano de forma usual, sem que sequer nos demos conta disto.

Perspectivas? Sim, muitas. A dinâmica da rede pede e impõe a sua regulação imediata, seja através de normas positivadas ou de normas consuetudinárias, enfatizando tanto os aspectos técnicos, como os práticos da negociação *online*. Lançamos aqui apenas as principais discussões e a chave para sua resposta: A força normativa da proteção do consumidor. Com base nesta, cabe ao legislador brasileiro e ao internacional regulamentar estas relações, garantindo o impulso necessário à sua expansão e consolidação, consagrando a segurança e liberdade na rede.

A título ilustrativo, faremos uma aproximação entre teoria e a prática no próximo capítulo, de modo a fornecer ao leitor, maiores informações quanto ao estágio atual do *e-commerce* entre nós.

¹¹⁴ JÚNIOR, Marcos A. de A. Ehrardt. Sociedade da informação e o direito na era digital. **CCJUR em Revista**. Revista do Centro de Ciências Jurídicas do CESMAC. n. 5, ano 4. v. 1, jan./jul., Maceió, 2006, p. 79.

CAPÍTULO V

UMA PESQUISA VIRTUAL: HIPÓTESES DE APLICAÇÃO

5.1 Ponto Inicial

A proposta deste trabalho visa proporcionar ao leitor uma análise acerca da aplicação do princípio da proteção do consumidor em relação aos contratos eletrônicos, tendo em vista a lacuna normativa existente quanto à matéria em nosso país, a qual coexiste com uma série de projetos de lei em tramitação, mas sem muitas chances de

aprovação, além de normativas internacionais propondo uma unificação, seja a nível regional, como ocorreu na União Européia e pretende-se fazer no Mercosul, como a nível universal, consoante proposta da Lei Modelo da UNCITRAL.

Desta forma, através de uma complexa aplicação de diferentes normas e princípios concebidos tanto pelo direito civil, como pelo direito internacional privado, monta-se uma colcha de retalhos, e busca-se solucionar as problemáticas advindas do *e-commerce* de uma forma justa e compatível com a proteção consumerista.

Mas e quais seriam estes problemas? De fato, muitos. Impossíveis de serem elencados em tópico tão singelo, tampouco esgotados, eis que com a evolução deste comércio, ele tanto tende a melhorar e se expandir, como também em face desta massificação gerar novas dificuldades em seu desenvolvimento.

Com a finalidade de investigar os pontos controvertidos da negociação em rede, de forma a garantir um maior fundamento prático ao trabalho desenvolvido, realizamos uma pesquisa empírica, através da aplicação de questionários, buscando dados relevantes dentre aqueles entrevistados que fazem compras *online*, mesmo que de forma corriqueira ou esporádica, para, ao fim, fazer uma conexão com a ausência normativa e a melhor forma de saná-la.

Utilizamos aqui, como hipótese de pesquisa principal o relato da *praxis* dos internautas brasileiros no comércio eletrônico, assim como os possíveis entraves em sua realização, de forma a melhor delimitar a pesquisa, investigando suas principais ocorrências e, em alguns pontos, fazendo uma conexão com notas doutrinárias a respeito, sem se pretender, todavia, esgotar a matéria, remetendo-se o leitor aos excelentes manuais de Direito do Consumidor e demais publicações especializadas, que tratam a matéria com maestria e proficiência.

Iniciamos a pesquisa com uma visão geral, oferecida pelos entrevistados acerca do comércio em linha para, tão somente, passarmos às casuísticas e ocorrências relatadas, fazendo um estudo sistemático da realidade prática com a teoria, imprescindível à plena compreensão de seus resultados.

5.2 Uma pesquisa virtual. Parte I: Particularidades do comércio na *internet*

Tomando como ponto de partida as noções gerais esposadas neste trabalho, bem como a necessidade de fazer valer a aplicabilidade do princípio da proteção do consumidor vulnerável nas relações de consumo virtuais, passamos a desenvolver uma análise da primeira parte de nossa entrevista, que envolve questões relativas aos hábitos dos consumidores na rede.

De forma despretensiosa, e com a finalidade de obter apenas uma perspectiva de como está se desenvolvendo o comércio virtual na prática, nos propusemos a realizar uma pesquisa virtual, através do encaminhamento de *e-mails*, contendo um questionário que se encontra em anexo, para possíveis consumidores virtuais.

Com base em uma relação de *e-mails* pessoais de contato, com um total de 228 endereços, conforme lista em anexo, composta por familiares, amigos, conhecidos, alunos e colegas de trabalho, foram enviados os questionários entre os meses de setembro e outubro do ano de 2007.

Enfatize-se aqui a preferência inicial pela pesquisa através de *e-mails*, tendo em vista a necessidade de partir-se de uma determinada *elite*, possuidora ou simplesmente usuária de um computador pessoal e que, como tal, já tivesse se sentido atraída pelos encantos da rede.

Não obstante, dos 228 *e-mails* encaminhados, apenas 48 foram respondidos no lapso de tempo mencionado, trazendo a resposta às questões formuladas no questionário enviado. Motivo pelo qual, na busca de um maior respaldo para fundamentar a pesquisa desenvolvida, foram distribuídos questionários pessoalmente em consultórios médicos, repartições públicas, escritórios, academias e faculdades na cidade de Maceió, atingindo, desta forma uma faixa extremamente heterogênea de pessoas, desde jovens universitários a pessoas com idade avançada, incluindo neste rol, servidores públicos, dentistas, médicos, contadores, engenheiros, especialista em telecomunicações, bancários, agrônomos e, claro, advogados.

Vislumbra-se então um primeiro dado importante, qual seja o fato de apenas 21% dos entrevistados, ter dado um retorno à pesquisa enviada através correio eletrônico, motivada talvez por desinteresse, ou até pelo excesso de *spam* na rede, (propagandas indesejadas enviadas em demasia sem qualquer critério ou controle), ou mesmo por simples falta de tempo - o problema que atordoia a todos nos tempos modernos.

Deste modo, insatisfeita com os poucos 48 questionários respondidos virtualmente - apesar de sua relevância e qualidade, já que trouxeram dados significativos para o estudo, inclusive de entrevistados residentes em outras cidades do país, como Belo Horizonte, São

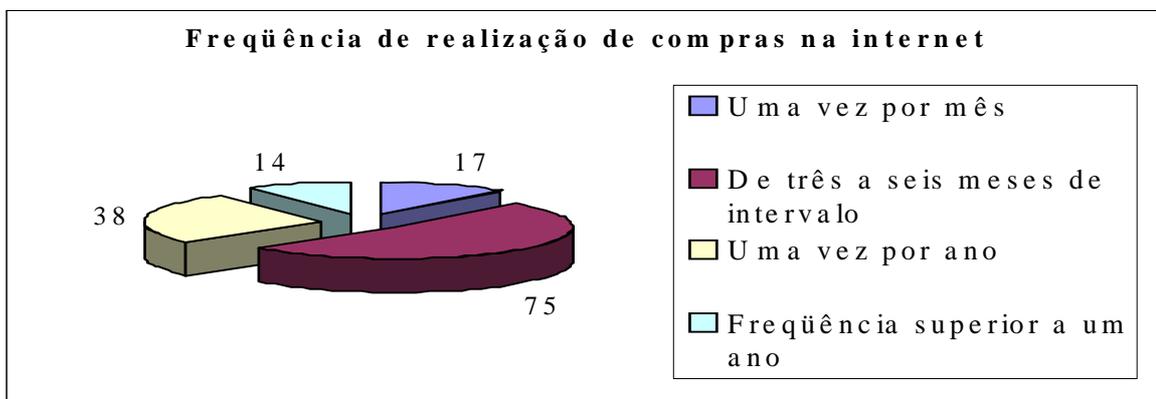
Paulo, João Pessoa, Recife e Juazeiro do Norte; os quais, diga-se de passagem, são grandes consumidores na rede, com um número razoável de compras efetivadas - foi desenvolvida aplicação dos questionários pessoalmente, perfazendo um total de 144.

Somados os 48 questionários respondidos virtualmente, aos 144 aplicados pessoalmente, tivemos um total de 192 questionários. Com certeza, não é um número suficiente para a obtenção de dados definitivos e concretos, no entanto se prestam aos fins deste trabalho, o qual visa apenas proporcionar ao leitor uma perspectiva atual do desenvolvimento do *e-commerce*.

Passando então às respostas dos questionários aplicados, seja virtualmente, seja pessoalmente, verificamos os resultados alcançados com a 1ª questão, na qual foi perguntado ao entrevistado se ele realiza, ou não, compras na *internet* de bens e/ou serviços. Dos 192 entrevistados, apenas 48 deles responderam informando que nunca fizeram compras através da *internet*, ou seja, 25% dos entrevistados. Salientando-se aqui, dado já antevisto pela pesquisadora: Das 48 pessoas entrevistadas através da rede, apenas duas delas nunca fizeram compras. O que revela sem dúvidas a sedução que o ambiente virtual desenvolve sobre aqueles mais familiarizados com seu uso cotidiano.

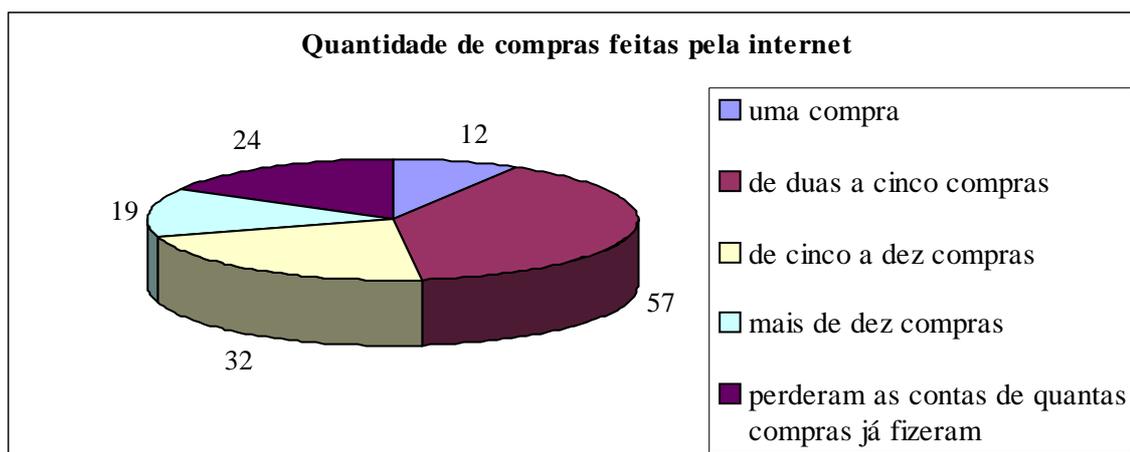
Ainda dentro da 1ª questão e, de forma vinculada à primeira resposta, perguntou-se quanto à frequência da realização destas compras, colocando-se como hipóteses fechadas: Uma vez por semana, uma vez por mês, com intervalo de três a seis meses, uma vez por ano ou com frequência superior a um ano.

Dos nossos 144 consumidores *internautas*, nenhum deles faz compras uma vez por semana, enquanto uma maioria, ou seja, 75 ou 52% dos entrevistados, realizam compras com uma frequência média de intervalo de 3 a 6 meses, conforme gráfico que segue:



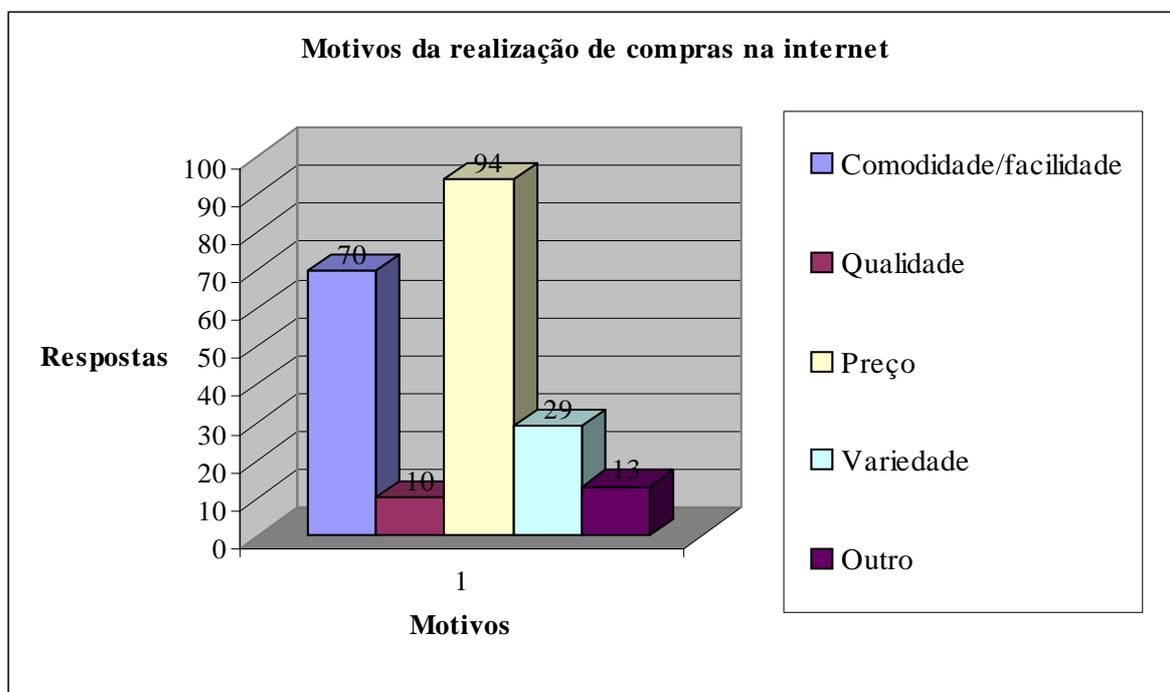
Um segundo questionamento ao entrevistado suscita quantas vezes este já fez compras na *internet*, abrindo como hipóteses fechadas: uma vez, de duas a cinco vezes, de cinco a dez, mais de dez vezes ou a hipótese de perda das contas, em face do elevado número de compras feitas.

Como resultado, verificamos que 57 dos 144 entrevistados que realizam compras na rede, já fizeram de 2 a 5 compras, o que perfaz uma média de 39,6% dos consumidores eletrônicos; ao passo que 12 entrevistados fizeram apenas uma compra e 24 entrevistados já perderam as contas, consoante dados do gráfico abaixo.



No item 1.3 do questionário, perguntou-se acerca dos motivos que levaram os consumidores a realizar suas compras na rede, preterindo a via tradicional do comércio, pelo meio virtual, ainda em aperfeiçoamento. Neste sentido, foram arroladas as seguintes hipóteses de motivos: Comodidade/facilidade, qualidade, preço, variedade e um último item, no qual se abriu a possibilidade ao entrevistado de incluir alguma outra razão não mencionada,

ressaltando-se a possibilidade de seleção de tantos itens quantos forem os reais motivos da compra.



Observando o gráfico acima, visualizam-se claramente os principais motivos da expansão do comércio virtual, o qual muito mais do que uma forma nova de contratar, trouxe conforto, economia e praticidade para os consumidores do novo século XXI, que não dispõem de tempo para compras tradicionais, enfrentando congestionamentos, filas e aglomerados de pessoas nos centros de consumo.

O consumidor brasileiro leva como primeira regra nas suas aquisições na rede a verificação do preço, sendo o motivo mais mencionado, por 94 dos entrevistados. O qual, sem dúvidas, se revela, em muitos casos, muito mais baixo. Some-se a isto, a possibilidade fantástica oferecida pelos chamados *sites de busca* de uma pesquisa rápida e completa dentre todos os fornecedores daquele produto na *net*, facilitando ao possível comprador uma análise de qual vendedor oferece menor preço e mais vantagens, sem precisar sair de casa.

O segundo motivo mais mencionado por 70 dos entrevistados, foi o que diz respeito à comodidade/facilidade na aquisição de produtos. De fato a mola propulsora da expansão dos contratos eletrônicos, é a viabilidade de realização de toda e qualquer compra sem a necessidade de sair de casa para efetuar-la.

Foram apontados também pelos entrevistados, como incentivadores das compras na *internet* os requisitos da variedade, por 29 pessoas e da qualidade por 10. Já 13 dos entrevistados, por sua vez, na hipótese outros, citaram a inexistência do produto no comércio local, como motivo para realização da compra.

Passando ao item 2 do questionário, foi perguntado aos entrevistados sobre quais tipos de produtos são adquiridos nestas compras virtuais, abrindo-se um leque que engloba possibilidades como eletrônicos, eletrodomésticos, brinquedos, cds, dvds, livros, comida, flores, além da assertiva outros, na qual o consumidor *internauta* pôde incluir qualquer outro tipo de compra, não mencionado no rol acima exposto.

Da análise das respostas, tem-se uma idéia razoável da preferência dos consumidores nas suas aquisições através da rede: Os eletrônicos. Facilidade, preço e variedade, sem dúvidas estão entre as razões para essa explosão em vendas, associadas às questões políticas e econômicas, como a queda das fronteiras através da globalização e a recente baixa da moeda norte-americana.

Neste sentido, 97 dos 144 entrevistados que afirmaram fazer compras através da rede, adquiriram equipamentos eletrônicos, estando dentre os mais adquiridos computadores e *hardwares*, celulares e acessórios, MP3, MP4, MP5, equipamentos de cd *player* e dvd *player* e máquinas fotográficas digitais.

Em segundo lugar nas aquisições dos consumidores entrevistados, estão os livros, com 90 compras no total, compras estas viabilizadas por *sites* especializados e que garantem o melhor atendimento ao cliente, citando-se como exemplos trazidos nos questionários o da Livraria Cultura e da Saraiva, dentre outros.

Muitos optam por comprar também cds e dvds através da *internet*, já que há uma gama enorme de *sites* especializados e com um acervo variado, em produtos nacionais e importados, máxime em se tratando dos consumidores de Maceió, já que inexistem lojas especializadas neste ramo.

Apenas 9 consumidores fizeram compras de brinquedos na rede, 6 adquiriram eletrodomésticos, enquanto 4 compraram flores e apenas um consumidor contratou com comida na rede.

Já na categoria outros, enquadrados 44 compras diversificadas, algumas no setor de vestuário e acessórios, incluindo bolsas e sapatos, outras no setor de cosméticos, envolvendo

maquiagem, cremes e perfumarias, além de produtos diferenciados como artigos de decoração, estetoscópio, remédio, aeromodelos, peças, combustível, dentre outros.

Mencione-se aqui que apesar da questão se referir ao item produto, muitos entrevistados incluíram também a prestação de serviços em suas respostas, estendendo nosso âmbito de análise. Desta feita, 8 entrevistados informaram que já adquiriram passagens aéreas através da rede, um entrevistado comprou um ingresso de show, enquanto outro realizou uma inscrição para concurso público.

De fato, o uso da rede vem se popularizando nestes últimos anos, com a abertura feita por *sites* de companhias aéreas no Brasil, como TAM, GOL, VARIG, WEB JET, bem como o *submarinoviagens.com.br*, que realizam vendas de passagens aéreas de uma forma prática e segura. Do mesmo modo, páginas como a da *ticketmaster* e da *ticketronic* desenvolvem diariamente a venda de ingressos dos mais variados espetáculos por todo o país, sejam teatrais, musicais ou esportivos. Enquanto a cada dia que passa, mais e mais concursos admitem a inscrição de seus participantes através da rede, como forma de facilitar o ingresso no certame de concorrentes residentes nos mais variados locais do país.

Todavia, ressalte-se a possibilidade de vícios ou defeitos na prestação destes serviços oferecidos na rede. A título exemplificativo, podemos arrolar aqui situações corriqueiras, como por exemplo o caos aéreo que tem se abatido sobre a aviação brasileira, inviabilizando a plena prestação de serviço de transporte na forma contratada. Ou mesmo a notória pane ocorrida nos sistemas da *ticketronic* em janeiro de 2006, quando das vendas dos ingressos para os shows da banda irlandesa U2, quando os órgãos de proteção do consumidor tiveram que intervir rapidamente para possibilitar a organização da venda dos ingressos; bem como as questões envolvendo não confirmação de inscrições em concursos públicos, por motivos diversos.

Eis então que desponta o novo comércio virtual, com todas as suas vicissitudes e especificidades em relação ao comércio tradicional, efetivado através de transações eletrônicas à distância, com possibilidades mais amplas de comercialização e, via de conseqüência, da ocorrência de maiores problemáticas e dificuldades em sua concretização, as quais passarão a ser abordadas mais especificamente nesta segunda parte da pesquisa que segue.

5.3 Uma pesquisa virtual. Parte II: Problemáticas do comércio na *internet*

Consumidores ávidos por novidades, ligados diariamente na *internet*, em meio ao cenário de um mercado de consumo em expansão, passam cada vez mais a confiar no meio virtual e desenvolver suas atividades neste meio. Trabalham, estudam, se divertem e agora fazem compras de produtos imprescindíveis ou mesmo supérfluos, novos ou usados, de vendedores localizados nos quatro cantos do mundo.

Até que, ao receber o tão almejado bem adquirido, deparam-se com um produto que não corresponde ao ofertado, ou é portador de vício ou defeito de fabricação. Pergunta-se: A quem recorrer? Como solucionar a questão? Existe legislação específica vigente?

Na tentativa de responder estas e outras perguntas, bem como de verificar *in loco* como está se desenvolvendo essa situação é que partimos para a análise da segunda parte da entrevista. Na qual, visualizamos os questionamentos relativos à específica problemática das compras na *internet*. Nesta os entrevistados puderam compartilhar com a pesquisadora suas experiências no comércio eletrônico, informando, inicialmente se, em algum momento, tiveram dificuldades durante a realização das compras, no que diz respeito à entrega e/ou pagamento.

Dos 144 entrevistados que já realizaram compras através do comércio eletrônico, apenas 18 já tiveram algum problema relativo à entrega e/ou pagamento, sendo que destes 18, uma maioria, ou seja, 12 tiveram transtornos no que se refere à entrega, a qual extrapolou o prazo informado pelo comerciante. As demais reclamações foram as seguintes:

- Não confirmação de compra pelo *site*;
- Compra entregue sem nota, acarretando sua apreensão pela SEFAZ;
- Mercadoria não entregue, apesar de devidamente paga;
- Mercadoria extraviada pelo porteiro do prédio;
- Inexistência do produto no estoque, apesar de anunciado no *site*;
- Aquisição de um produto que não foi entregue, vindo o comprador a descobrir que o *site* havia sido retirado do ar, após a efetivação da compra.

Enfatize-se aqui que as situações mencionadas acima, envolvem problemas ocorridos na logística das entregas, não sendo necessariamente originadas apenas por desídia dos

fornecedores, mas também por intermediários dentro dos procedimentos de entrega, os quais, todavia, podem igualmente vir a ser responsabilizados por qualquer prejuízo causado ao consumidor, em face da responsabilidade solidária de todos os membros da cadeia de produção e circulação.

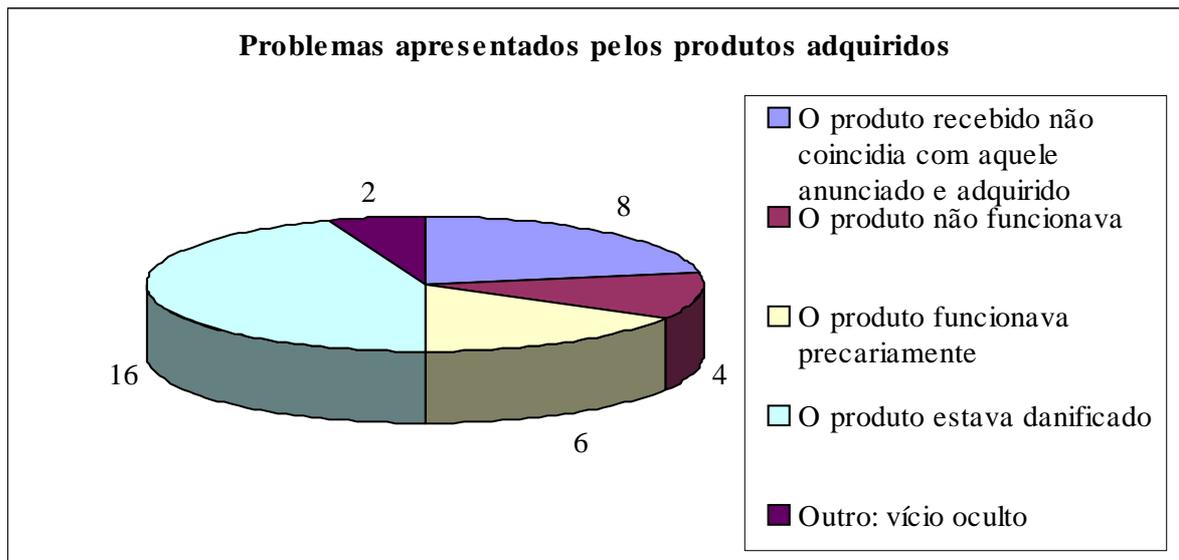
Chegamos então a 4ª questão, na qual foi perguntado aos entrevistados quanto à ocorrência de vício de adequação nos produtos adquiridos na *internet*, que fez com que eles não correspondessem às expectativas geradas pela oferta ou publicidade veiculada, já que é a sintomática mais acusada nas veiculações midiáticas sobre o tema, tanto no comércio tradicional, como em linha.

Portanto, de um total de 144 entrevistados que fazem compras na rede, apenas 34 deles tiveram dificuldades relacionadas com a aquisição de produtos viciados, ou seja, um percentual de 27,2%. Ressalte-se, todavia, que na pesquisa foram notificadas 36 ocorrências, tendo em vista que dois entrevistados passaram por duas situações de vício.

No item 4.1 da entrevista, procedeu-se a uma tentativa de classificar as ocorrências informadas, com sua melhor especificação pelos consumidores virtuais, nas seguintes situações: O produto recebido não coincidia com aquele anunciado e adquirido; o produto não funcionava; o produto funcionava precariamente, o produto estava danificado e por fim, a hipótese *outro*, na qual de forma aberta o entrevistado pôde alocar sua resposta que não se adequava nas demais alternativas.

Destarte, incluímos aqui, dois casos de vício oculto, quais sejam, o *silk* que se apagou após curto período de uso, de um par de sandálias de marca reconhecida, como nome dos dois filhos da proprietária, que havia sido presente de dia das mães e a apresentação de defeitos em produto eletrônico comprado sem garantia, três meses após o uso.

Esclareça-se que o vício é oculto quando no momento da aquisição do bem não é possível ao consumidor verificar a sua preexistência, só vindo este a se revelar posteriormente, com o início (ou tentativa) de utilização, de modo semelhante ao que ocorre na temática dos vícios redibitórios.



Analisando o gráfico acima, fica mais fácil ter uma visão acerca das dificuldades enfrentadas pelos consumidores virtuais, os quais adquirem um bem à distância, confiantes nas informações veiculadas e quando o recebem, ele não se enquadra às suas pretensões, tampouco à sua publicidade.

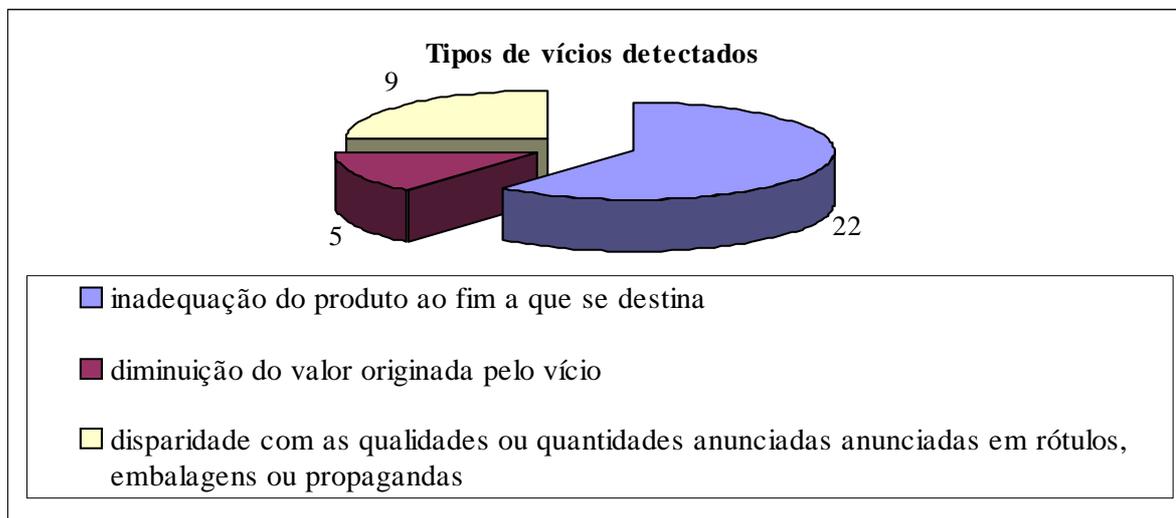
Desta feita, das 36 reclamações, 16 delas, ou seja, 44, 5% se referiram aos danos nos produtos, os quais não impedem o seu uso, tampouco seu funcionamento, mas desagradam o seu adquirente, por não estarem em completo estado de perfeição, tal como oferecido pelo comerciante. Já 8, das 36 reclamações, relataram problemas envolvendo a entrega de bem diferente daquele contratado, anunciado pelo vendedor.

Por fim, 6 reclamações informavam o funcionamento precário do produto, enquanto 4 informaram o seu não funcionamento, e outros 2 o surgimento de vício oculto, posterior ao início de utilização do bem.

Questionou-se ainda acerca de quais seriam estes bens que haviam apresentado problemas, pelo que foi relatada pelos entrevistados uma longa lista de itens, os mais variados possíveis, podendo-se citar aqui como os principais, dvds - 3, celulares e acessórios - 5, MP3-4, livros - 5, máquinas fotográficas digitais - 3, além de reclamações por um teclado, uma lavadora de roupas, um vídeo porteiro eletrônico, um MP4 e um MP5, uma apostila, um computador, dentre outros.

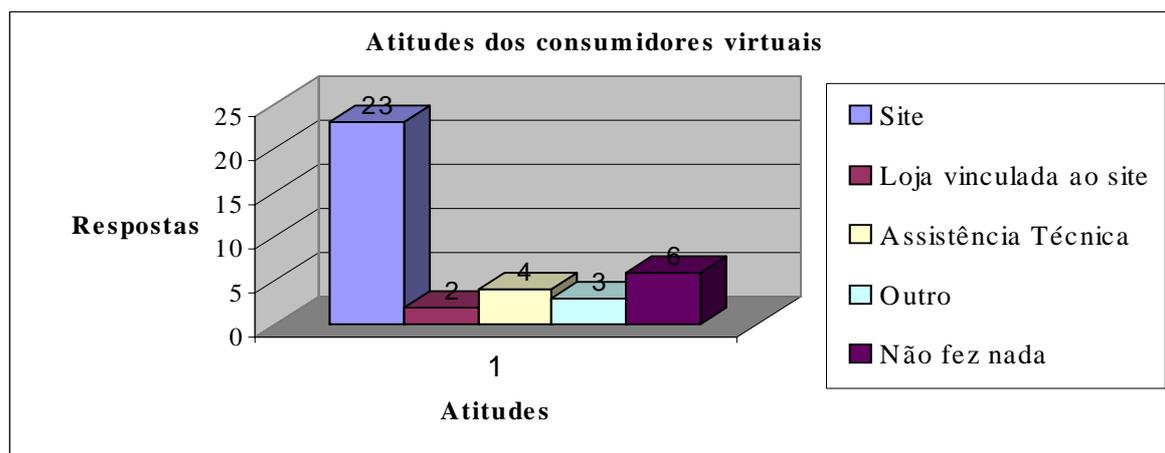
Em seguida, passou-se a um melhor enquadramento dos problemas relatados, em termos jurídicos doutrinários. Neste sentido, verificamos aqui, no que tange à pesquisa

realizada a não ocorrência de vícios de quantidade, mas tão somente de qualidade, em suas três vertentes, quais sejam: inadequação, redução do valor e disparidade informativa, conforme podemos observar no gráfico ilustrativo que segue.



Com base no gráfico acima, vislumbra-se que das 36 ocorrências relatadas, 22 se referem à inadequação do produto ao fim a que se destina, pelo fato deste ser portador de um vício; enquanto 9 têm como base a disparidade com qualidades anunciadas e apenas 5 informam a diminuição do valor originada pelo vício, ou seja, o produto se adequa ao seu uso, corresponde àquele informado na mensagem publicitária, mas por uma eventualidade, um pequeno dano talvez, teve seu valor reduzido.

Em seguida, questionou-se aos entrevistados acerca de sua atitude ao se deparar com o vício no produto adquirido, dispondo-se como possíveis respostas a procura pelo *site*, por uma loja física, caso haja uma vinculada ao *site*, pela assistência técnica, PROCON, Justiça Especializada, outro órgão qualquer ou não fez nada.

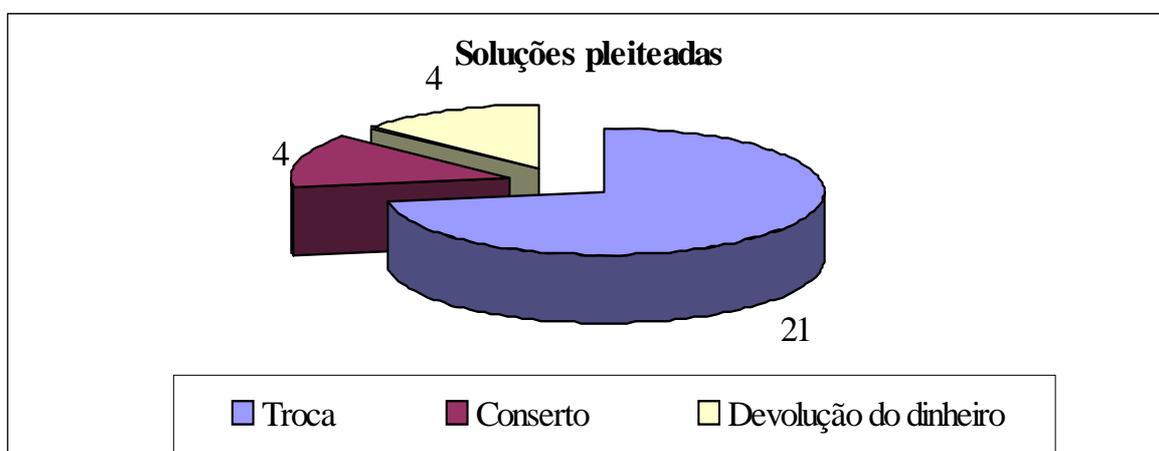


Verificou-se dos dados colhidos que 23 consumidores buscaram realizar contato imediato com o *site*, enquanto 2 buscaram um estabelecimento físico vinculado ao *site* e 4 procuraram diretamente a assistência técnica. Nenhum dos entrevistados recorreu ao PROCON ou à Justiça Especializada, 3 pessoas tomaram outra providência não informada na pesquisa. Já 6 consumidores nada fizeram, conforme se vê no gráfico acima.

Ressalte-se aqui que duas pessoas ao buscar o *site*, foram orientadas a procurar a assistência técnica autorizada, daí a existência de um total de 38 respostas, na existência de apenas 36 reclamações, pois dois dos entrevistados foram obrigados a tomar duas providências imediatas para tentar sanar seu problema.

No que tange aos consumidores que procuraram o *site* vendedor diretamente, questionou-se como foi feito este contato. Assim, 8 dos entrevistados contactaram o *site* mediante o chamado atendimento *online*, 2 através de *e-mail* e telefone, 4 apenas através de via - telefônica, 8 somente por *e-mail* e 1 via *chat*, o qual provavelmente se assemelha ao atendimento *online*, no qual o consumidor informando o problema e dados da venda consegue entrar em contato com atendentes virtuais, discutir e tirar dúvidas.

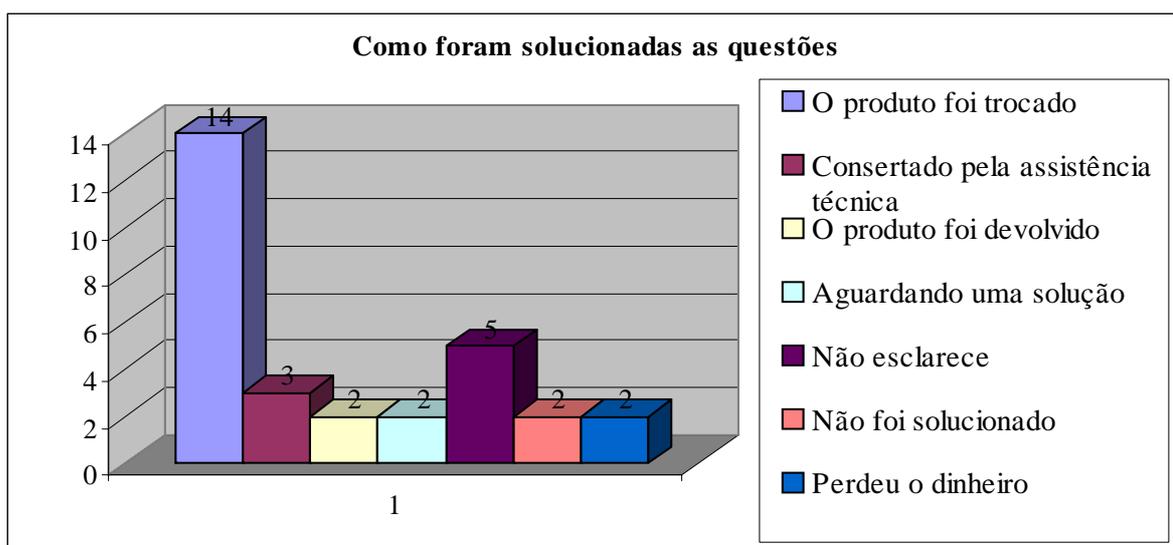
Das 29 pessoas que informaram ter buscado o *site*, uma loja física ou a assistência técnica, questionou-se então qual foi o seu pleito, ou seja, o que esperavam como solução para o seu problema. Desta feita, abriu-se um rol para que o consumidor informasse suas intenções, que incluía troca, conserto, devolução do dinheiro, abatimento no preço ou outra atitude. Eis que apenas foram selecionadas as três primeiras opções, como se vê no gráfico ilustrativo:



Dos dados expostos vislumbra-se que uma maioria esmagadora, sem dúvidas, ou seja, 72,4% dos entrevistados pleiteou a troca do produto, por um produto novo, livre de qualquer problema, tendo em vista que o que o consumidor realmente almeja é possuir o bem que adquiriu, não se interessando muito pelo conserto, (que foi opção de uma minoria, provavelmente induzidos pelos fornecedores), tampouco pela devolução do dinheiro pago.

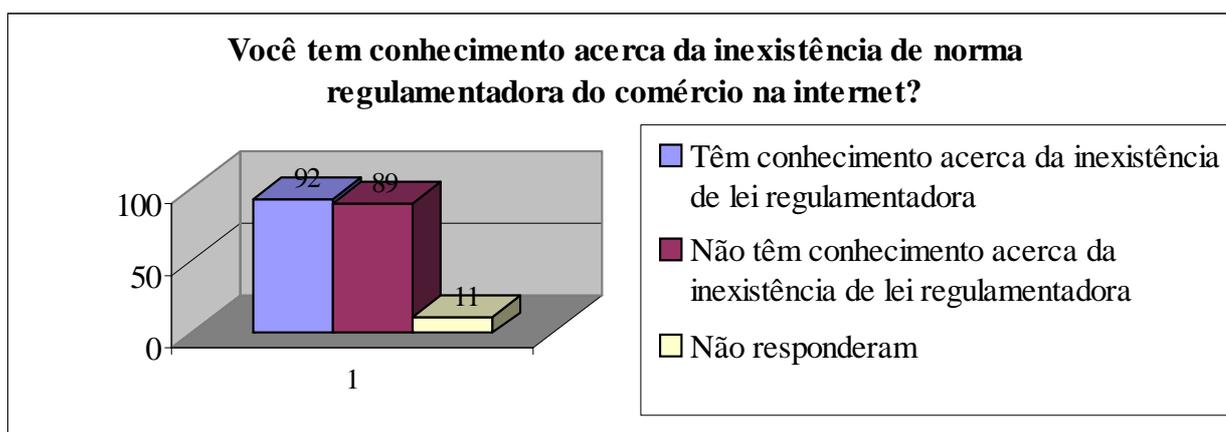
Averiguamos agora como foram solucionadas as demandas. Desta feita, dos nossos 36 problemas, informados pelos 34 entrevistados, (relembrando que 2 dos entrevistados relataram duas ocorrências), tivemos 6 pessoas que nada fizeram, conforme exposto anteriormente. De modo que aqui temos apenas as respostas a 30 reclamações, as quais foram dadas em aberto, de modo a viabilizar uma melhor exposição da situação pelo consumidor afligido.

Assim, uma maioria conseguiu efetivamente obter o que desejava, ou seja, o bem adquirido, através da troca, a qual se deu em 14 das situações reportadas. Em 3 casos o produto foi levado ao conserto na assistência técnica especializada, o que possibilita uma solução intermediária aos anseios do consumidor que desejava possuir um produto pleno em suas qualidades e não um produto defeituoso. Em 2 ocorrências houve a devolução do preço pago. Outras 2 ainda estão aguardando uma solução para o problema. Já em 5 casos não há nenhum esclarecimento quanto à solução. Mais 2 situações não foram solucionadas e 2 consumidores afirmaram haver perdido seu dinheiro.



Chegamos então a 5ª e última questão, na qual foi questionado acerca dos conhecimentos dos consumidores quanto à inexistência de lei específica regulamentando o comércio na rede mundial de computadores.

Pelo que, tomando como base os 192 entrevistados, incluindo os que já fizeram e os que não fizeram compras na *internet*, tivemos o resultado exposto no gráfico que segue:



Dá análise do gráfico acima, visualiza-se que há uma situação mediana, envolvendo os entrevistados, já que a diferença de números entre os que têm conhecimento a respeito da inexistência de norma regulamentadora do comércio virtual e os que não têm esse conhecimento é mínima, de apenas 3 entrevistados.

Tal fato revela, sem dúvidas, o interesse que a matéria desperta nas camadas mais heterogêneas da população, visto que tomando como base as respostas dos questionários, pode-se verificar que a dentista de Juazeiro do Norte, tem conhecimento acerca da inexistência de lei reguladora, enquanto uma dentista de Recife e outra de Maceió, não possuem esse conhecimento. Da mesma forma se dá com bancários, médicos, contadores, dentre outros profissionais, alguns possuindo esse conhecimento, enquanto outros não.

A posse de dito conhecimento está vinculada não só à formação de cada pessoa, já que existem profissionais nas mesmas áreas, com e sem esse conhecimento, mas relaciona-se também ao seu interesse pelo comércio eletrônico, a sua intimidade com os setores de informática e direito, além de conhecimentos gerais, os quais, sem dúvida são suscitados quando se passa a cogitar a realização de alguma compra no meio virtual. Inicialmente há muita relutância e insegurança, havendo um entrevistado mencionado que só se valia da

internet para realizar a pesquisa de preços, pois nunca tinha tido coragem para efetuar alguma compra.

Em vários questionários, nas respostas trazidas na última questão, verifica-se uma série de manifestações pessoais quanto à matéria, quando os consumidores entrevistados revelam de forma sucinta suas noções. Assim, em um caso, um consumidor informou que achava que já tinha sido editada norma regulamentadora, enquanto outros afirmaram conhecer a inexistência de norma, estando, inclusive, a par da possibilidade de utilização do CDC.

Seguindo análise das respostas, um outro entrevistado mais exaltado, chegou a afirmar que se tratava de um *comércio sem lei*. Enquanto alguns mencionaram as cautelas adotadas quando da negociação na rede, informando que em *sites* como Mercado Livre, verificavam sempre as qualificações do vendedor, optando pela utilização do Mercado Pago; ou que nunca compraram nada de valor muito elevado, acima de R\$ 300,00, a título de exemplo. Outros, por sua vez, informaram que só realizavam compras em estabelecimentos confiáveis, de preferência aqueles que possuem uma loja física de suporte.

Ainda tomando como base a última questão, visualiza-se que quase metade dos entrevistados, um total de 89 pessoas não tinham conhecimento acerca da inexistência de norma regulamentadora do comércio virtual, passando a ter este conhecimento tão somente após a aplicação do questionário.

Tal fato demonstra, *a priori*, a necessidade premente de regulação da matéria, com uma elaboração legislativa atual e abrangente, que faça valer a força do princípio constitucional de proteção do consumidor nas relações desenvolvidas na rede sem, todavia, restringir o desenvolvimento deste comércio em expansão, o qual tinha um faturamento projetado para o ano de 2007 de R\$ 6,4 bilhões, 45,45% a mais que no ano de 2006. Com um total de 9,5 milhões de compradores por meio eletrônico¹¹⁵.

Não obstante, fazendo um balanço total dos dados obtidos e analisados nesta pesquisa, pode-se afirmar que, apesar da inexistência de regulação específica da matéria, o consumidor brasileiro não se intimida, uma vez que já descobriu as vantagens de realizar compras *online*, no conforto de seu lar, estando perfeitamente adaptado a este novo ambiente.

Chegamos a um ponto onde não há mais volta. Onde o comércio virtual é uma realidade presente nos lares brasileiros e os fornecedores, cientes do crescimento veloz dessa

¹¹⁵ **Pode perder o medo de comprar pela internet.** Fonte: Jornal O Tempo. Disponível em: <<http://www.otempo.com.br/otemp/imprimir/?IdNotícia=60413>>. Acesso em 26 de novembro de 2007.

fatia de mercado estão cada dia mais evoluindo e buscando, sem sombra de dúvidas, a melhor forma de satisfazer o consumidor, cada dia mais exigente e conhecedor de seus direitos.

De forma que, para consolidar definitivamente esse *admirável mundo novo*, falta apenas uma regulação específica. E, enquanto esta não vem nos valeremos da aplicabilidade do princípio constitucional da proteção do consumidor, elencado na Carta Constitucional de 1988, para fazer valer o emprego das normas de proteção consumerista existentes em toda sua amplitude ao *e-commerce*, até que a lacuna normativa seja suprida.

5.4 Uma pesquisa virtual. Parte III: O relato de um caso

Por fim, como forma de melhor ilustrar aqui toda a tese esposada em nosso trabalho, trazemos à análise um processo, em trâmite no 2º Juizado Cível e Criminal da Comarca de Maceió, no qual se embatem partes e julgador em torno da busca de uma solução para a lide apresentada em Juízo, em face das dúvidas geradas pela lacuna normativa, refletindo assim, toda a complexidade enfrentada no momento de lidar com esse novo comércio virtual.

Abordamos aqui a não entrega do bem adquirido na rede, após ter sido pago, com o conseqüente desaparecimento do fornecedor, em um evidente caso de fraude no comércio virtual.

Na petição inicial proposta em 12 de julho de 2006, consta o relato dos fatos, segundo os quais o autor, ao chegar a sua casa no dia 26 de maio de 2006, deparou-se com sua filha menor negociando na *internet* a compra de uma máquina fotográfica digital no *site* mercadolivre.com.br, pelo que assumiu a compra e deu continuidade, negociando com um dos milhares de vendedores que atuam neste *site*, que utilizava o nome LOOKNET.

Foi acertado então o pagamento antecipado, através de depósito em conta de um terceiro do valor de R\$ 520,00, que inclui o valor da máquina, mais o frete, devendo esta ser recebida no prazo de três dias úteis, o que não se realizou. Daí por diante o autor tentou por diversas vezes contato telefônico pelo mesmo número com o qual já tinha falado com o vendedor, sem obter sucesso, momento no qual percebeu que tinha levado um golpe.

Em face do desaparecimento do fornecedor, o qual já não mais negociava no mercado livre, o autor propôs a ação em face deste último, buscando ressarcimento de danos materiais, mais danos morais no valor de quatro salários mínimos, alegando que as relações

contratuais, mesmo as virtuais, deveriam se perfazer em um ambiente de transparência e boa-fé de ambas as partes. Invocou, para tanto, a sua responsabilidade solidária, por permitir a promoção de publicidade enganosa em suas páginas, bem como pelo fato de receber comissão em cima das vendas realizadas.

Em sua contestação, o mercado livre, através de seus advogados, rebateu todas as teses levantadas, alegando inicialmente ilegitimidade ativa do autor, já que este concluiu a avença através do nome de sua filha, bem como a sua própria ilegitimidade passiva, por não ser fornecedor de produtos, mas apenas do serviço de hospedagem na *internet*.

No mérito, alega que o autor descuidou-se de todos os deveres de segurança na contratação, ignorando as recomendações passadas pelo *site* para a realização das negociações, realizando pagamento antecipado, em conta de terceiros, na aquisição de um produto com tecnologia de ponta, em valor bem inferior ao de mercado, de um vendedor sem qualquer qualificação positiva¹¹⁶, de modo que o próprio autor de forma irresponsável haveria atraído para si todo o malogro que sofreu.

Argui ainda que a natureza do serviço que desempenha a impede de ser responsável solidária para com o vendedor inescrupuloso, uma vez que desenvolve atividade similar à de corretagem, apenas disponibilizando espaço para qualquer um que, preenchendo requisitos mínimos, queira fornecer seus produtos na rede, sem que se responsabilize por suas vendas ou produtos. Afirma também que opera como os classificados de jornais atuam nas vendas, como mero intermediário, e que recebe sua remuneração em forma de comissão após a concretização da venda.

Motivos pelos quais conclui pela não aplicação das normas consumeristas ao caso, excluindo a sua responsabilização solidária, haja vista a inexistência de um dos elementos da responsabilidade civil, qual seja o nexo causal, uma vez que alega não ter dado causa em momento algum ao dano experimentado pelo requerente, não havendo assim dano material a ser ressarcido, nem o moral, pois não houve a prova da repercussão do dano sentida pelo autor.

¹¹⁶ Após o termino de cada negociação o *site* invoca as partes para que façam a qualificação da outra parte, através de um voto, que pode ser positivo, negativo ou neutro, acompanhado de um comentário que justifique. A somatória destes votos é pública e exposta a todos que navegam, propiciando assim a seleção de um vendedor e comprador com boas recomendações, os quais gozam de certa presunção de idoneidade, sendo os usuários mais qualificados conhecidos como MercadoLider, MercadoLider Gold e MercadoLider Platimnum.

Não havendo conciliação na audiência designada, passou-se à instrução e julgamento e em seguida à conclusão dos autos para sentença, exarada em data de 14 de março de 2007, pelo Juiz do 2º Juizado Especial Cível e Criminal das Relações de Consumo da Capital.

De plano, afastou o Juiz a preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam*, mantendo a ré no pólo passivo da ação, máxime em face do pedido de danos morais, não mencionando, todavia, nada acerca da preliminar de ilegitimidade ativa, para no mérito, iniciar destacando a inexistência de normas específicas que vergastem sobre a contratação eletrônica, nos seguintes termos:

Inicialmente, é importante destacar que a matéria ora versada, contratação eletrônica, não tem previsão normativa, restando a este magistrado analisá-la tendo por base analogicamente o que dispõe o CDC acerca das contratações via telefone, em conformidade com o artigo 49 daquele diploma legal, afinal, é um meio de comunicação semelhante ao que agora se discute, por se tratar igualmente de uma contratação à distância.

Em seguida, passou o Juiz a derrubar todas as alegações da requerida, vislumbrando de forma inequívoca a procedência dos argumentos lançados na exordial, bem como de sua responsabilidade, uma vez que esta tinha a obrigação de apurar, previamente, a origem das empresas cadastradas, verificando sua idoneidade, bem como por participar contratualmente com elas, auferindo lucros das vendas realizadas, seja direta ou indiretamente, devendo se responsabilizar tanto pela publicidade veiculada na página da *web*, como também pelo cumprimento das obrigações firmadas, assegurando um contato garantido com a empresa, de modo a não deixar o consumidor desprovido deste acesso.

À guisa de fundamentação, trouxe à colação dispositivos do Código Alemão, embasados nas Diretivas Europeias, segundo os quais o requerido poderia ter tomado as cautelas necessárias para evitar os transtornos causados ao autor, ratificando, ainda a responsabilidade daquele com base nas normas do CDC, que dispõem que o fornecedor responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores, seja de natureza moral ou material.

Pelo que decidiu favoravelmente ao autor, no que tange ao dano material, em R\$ 520,00, bem como ao dano moral, destacando que a fixação deste quantum indenizatório não pode ser irrisório, pois tem um caráter sancionatório, de modo que deve desencorajar o réu a praticar novamente o ato pelo qual foi punido, fixando assim em R\$ 4.000,00, ambos com atualização monetária e juros de mora.

Insatisfeita com a decisão prolatada, a parte ré interpôs recurso, para a Turma Recursal da 1ª Região, alegando de forma geral que o magistrado não compreendeu a natureza dos serviços que a recorrente presta, limitado à aproximação de interessados em comprar e vender produtos, agindo como um corretor, para no mais afirmar que houve julgamento *ultra petita*, em face da fixação dos danos morais em R\$ 4.000,00. Ratificou a sua ilegitimidade passiva, bem como a não solidariedade, em face da inexistência de nexo causal, a falta de cautela do recorrido, a natureza de intermediação dos serviços prestados pelo *site* e, por fim, a inexistência de dano moral, juntando uma série de jurisprudências.

Recebido tão somente em seu efeito devolutivo, o recurso foi devidamente contrarrasado pelo recorrido, o qual rebateu todas as declarações do recorrente, pugnando pela manutenção do *decisum*, em todos os seus termos. Não obstante, o referido processo encontra-se desde maio de 2007 parado, aguardando seu julgamento, que traga uma decisão justa e conforme as novas formas de contratar, fazendo valer o princípio da proteção do consumidor.

Da análise procedida, vislumbra-se aqui a dificuldade em se lidar com esta matéria judicialmente, haja vista a existência de inúmeras peculiaridades, que dificultam a aplicação direta das normas consumeristas tradicionais, gerando com toda certeza, muitas dúvidas até no aplicador mais consciente quanto à sua plena correção.

Inegavelmente, o *site* agiu de forma irresponsável ao permitir que pessoas desqualificadas atuassem em seu seio, inescrupulosamente, traindo a confiança depositada pelo consumidor na realização daquele negócio jurídico virtual, sem que qualquer medida preventiva fosse adotada.

Da mesma forma, buscando tangenciar a aplicação da norma mais favorável ao consumidor, se vale o *site* de teorias mirabolantes quanto à natureza de sua atividade, se incluindo dentro de atividades de corretagem, que não teriam qualquer vínculo com as partes. No entanto, se verifica claramente que seus serviços se encontram vinculados aos dos vendedores que se estabelecem em sua plataforma virtual, havendo, portanto, prévia relação contratual entre eles e configurada a relação de solidariedade.

Frise-se igualmente que não há que se fechar os olhos para o comportamento despreparado do consumidor, o qual por inocência ou displicência, não se ateu às noções básicas de segurança na rede, realizando o pagamento adiantado mediante depósito em conta de um terceiro alheio à transação.

É neste cenário de intensa discussão acerca da aplicação de teorias, de ausência de normas, de condutas inconvenientes e inexperientes, onde se debatem fornecedores e consumidores, aplicadores e doutrinadores do direito, que pousamos nosso trabalho, buscando afirmar um vetor único a direcionar as decisões a serem tomadas, qual seja: a força normativa do princípio da proteção do consumidor, impondo a utilização da norma mais favorável ao consumidor, seja ela qual for.

CONCLUSÕES

Neste trabalho buscamos vislumbrar os principais aspectos e problemáticas da contratação eletrônica como a mais nova forma de desenvolvimento das relações de consumo, dentro do cenário desenhado pela globalização, em face da inexistência de normas específicas no ordenamento nacional, bem como pelo possível choque entre as disciplinas normativas porventura dadas pelos diversos países, com base em regras de conexão e ideologias não coincidentes.

Partimos do direito constitucional e uma abordagem sobre direitos fundamentais, para chegar ao princípio da proteção do consumidor. Em seguida, ingressamos na seara do direito do consumidor, do direito contratual e do direito internacional privado, para analisar as particularidades dos contratos eletrônicos de consumo internacionais. Por conseguinte, volvemos ao direito contratual para versar acerca dos princípios contratuais aplicáveis a estes contratos, para ao término da investigação, obter uma perspectiva conjunta do momento atual e de um possível futuro do *e-commerce*, com o auxílio da pesquisa empírica realizada.

Tendo em vista a enorme gama de assuntos abordados, seria ilógico trazer-se apenas uma conclusão genérica, assim, optou-se aqui por uma série de reflexões críticas sobre os pontos fundamentais, para, ao fim, fechar a pesquisa com o pensamento chave que nos levou a iniciá-lo, o qual só foi fortalecido com o desenvolvimento dos estudos.

A primeira finalidade deste estudo foi justamente situar o leitor na temática dos direitos fundamentais, perpassando de forma sucinta por sua teoria evolutiva para chegar à consagração do direito de proteção do consumidor como um direito fundamental, a embasar o surgimento de normativas protetivas no mundo inteiro, inclusive no Brasil, consoante determinação constitucional imposta pelo artigo 5º, o qual expressamente o enquadrado como auto-aplicável.

Desta feita, justificada de forma plena e substancial a qualificação do direito fundamental de proteção do consumidor, como um direito auto-aplicável, irradiador de força normativa. Ou seja, com potencial de aplicação a situações lacunosas de forma imediata, máxime através da utilização das normas do Código de Defesa do Consumidor, que veio dar mais força a este princípio constitucional, passamos ao segundo capítulo e ao trato dos contratos eletrônicos, que nada mais são senão espécies do gênero negócios jurídicos,

celebrados através da *internet*, em todas as modalidades típicas possíveis aos contratos tradicionais, inclusive a compra e venda.

Eis que ingressamos no ponto nodal, o esclarecimento de todas as minúcias relativas ao *e-commerce*, englobando suas similitudes com os contratos tradicionais, assim como as dissensões, os seus pontos de divergência, os quais de fato são muitos, como se pôde verificar a miúde. Fato que se explica tendo em vista que várias disposições das formulações contratuais tradicionais trazidas pela LICC, assim como pelo Código Civil não consagram as melhores propostas a efetivar a proteção do consumidor, mas ao revés, destoam do princípio protecionista, por se destinarem ao regulamento de contratos tradicionais, onde há uma presunção de igualdade entre as partes, seja interna ou internacionalmente.

Além disso, as normas de direito internacional privado possuem uma tendência a se voltarem mais aos negócios entre empresas, e têm sua aplicação muito dificultada no direito interno dos demais países, quando não há adesão a estas, ou onde não há coincidência entre os elementos de conexão e as maneiras de pensar são diversas. Entretanto, ditas normas já estão em processo de adaptação a este novo suporte, com a formulação de diretivas e convenções.

Da mesma forma, as normas especiais de proteção do CDC, por se destinarem a reger os problemas surgidos até dado momento, anterior ao despontar do *e-commerce*, vêm tendo sua aplicação rechaçada em muitos casos, com o pretexto de que não se destinam ao *ciberconsumidor*, bem como por não englobarem normas relativas ao direito de consumo internacional.

Por fim, temos os projetos de leis em tramitação, tanto a nível interno como internacional que, inobstante, se revelam insuficientes para o *mister* de reger o comércio eletrônico, da forma como estão sendo propostos, haja vista que são normas confusas, onde há necessidade de um esforço interpretativo para buscar a consolidação e unificação entre elas.

Estes projetos não regulamentam todas as questões essenciais à solução dos principais problemas enfrentados atualmente, apenas repetindo em dados momentos as determinações da Lei Modelo da UNCITRAL sobre comércio eletrônico, sem incorporá-las às particularidades do direito nacional, revelando-se ainda como normas extremamente técnicas e pouco práticas, o que demonstra que sua elaboração é feita por pessoas sem qualquer intimidade com o exercício do comércio virtual, meros burocratas e parlamentares despreparados para a excelência que a função legislativa requer.

Apesar das divergências de ordem metodológica existentes na seara dos contratos eletrônicos em relação aos contratos padrão, vislumbramos que as questões de ordem teórica, máxime a base contratual se revela bem semelhante. Fato que se pode observar através da pesquisa principiológica trazida aqui, em nosso 3º capítulo, no qual se verifica que tanto os princípios da ordem liberal – autonomia da vontade, *pacta sunt servanda* e obrigatoriedade relativa dos contratos – assim como os da ordem social – função social do contrato, equivalência material do contrato e boa-fé objetiva – aplicam-se aos novos contratos eletrônicos, na medida do possível, havendo inclusive uma nova ordem principiológica a regê-los através dos seguintes preceitos: Equivalência funcional dos atos jurídicos realizados por meio eletrônico com os atos jurídicos celebrados de forma tradicional; neutralidade e perenidade das normas reguladoras do *e-commerce* e a inalterabilidade do direito contratual vigente e sua aplicação à contratação eletrônica.

Recebida inicialmente com reservas pela doutrina e pelos aplicadores do Direito, a contratação eletrônica é hoje uma realidade inafastável, a qual não se pode simplesmente fechar os olhos e fingir que não está acontecendo bem à nossa frente. Situação que implica, sem dúvidas, uma tomada de posição a seu respeito, por todos, sociedade civil, incluindo consumidores e fornecedores e poderes estatais.

Este quadro foi verificado *in loco*, através da pesquisa empírica feita pelo meio de questionários aplicados entre potenciais usuários da rede e consumidores virtuais. Nesta se verificou a sedução e o fascínio que a *internet* vem gerando nos mais diferentes grupos sociais, que de uma forma natural e espontânea já absorveram a sua utilização como parte de seu cotidiano, apesar de ainda existir um temor quanto à segurança das negociações, reforçado pela falta de uma normativa específica.

Verificou-se a elaboração de uma já citada Lei Modelo pela UNCITRAL – Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional, como um paradigma para que os Estados interessados na regulamentação do comércio eletrônico a utilizassem, gerando normas internas e internacionais harmônicas entre si. Contudo, apesar da sua boa intenção, a Lei Modelo não vem sendo suficiente para sanar todas as contradições entre os ordenamentos jurídicos que regem o comércio eletrônico com normas que não privilegiam o consumidor internacional, mas tão somente aquele interno, assim como por aqueles que não se dedicam em elaborar uma normativa forte e uniforme, como é o caso das covardes propostas brasileiras.

Portanto, urge que o comércio eletrônico tenha uma norma específica a nível interno, consagrando disposições exclusivas desta modalidade, remetendo à aplicação do CDC tão somente no que realmente for uma questão contratual genérica, passível de ser sanada pela norma consumerista tradicional sem quaisquer divergências.

No mesmo sentido, carece o comércio eletrônico celebrado entre partes residentes em países diferentes de uma regulamentação própria, que neste caso pode vir sob formatos diversos, como diretivas, resoluções, tratados e convenções que achem um consenso, um denominador comum à solução dessas demandas da forma mais harmônica possível.

Isto por que, uma uniformidade plena é algo inatingível a nível local, quanto mais em caráter internacional, envolvendo nações com características e culturas tão diversas. O mais próximo da uniformidade que se tem como exemplo é a unificação procedida na União Européia através da Diretiva 2000/31/CE, que vem servindo como exemplo para várias tentativas regionais, a exemplo do MERCOSUL.

E já que nos propomos a uma análise crítica, passamos a tecer também algumas justas sugestões. Destarte, levanta-se a idéia de fixação do domicílio do consumidor, como elemento de conexão primordial, como determinante do local de formação do contrato, da jurisdição competente e da lei aplicável, como norma imperativa a ser aceita e consagrada em todos os ordenamentos, de modo a facilitar ao consumidor vulnerável a defesa de seus interesses em um nível mais próximo da igualdade com os fornecedores.

Ou mesmo, de uma forma menos utópica e restrita, e mais próxima da nossa realidade, a confirmação da Convenção proposta para a CIDIP VII, pelo Brasil para seleção da lei aplicável aos contratos de consumo internacionais, consoante já exposto no segundo capítulo deste trabalho, que viabiliza a adoção do critério da autonomia da vontade das partes para a escolha da lei aplicável, qual seja a mais favorável ao consumidor, devendo dita proposta estender-se também aos outros pontos de discórdia, como jurisdição competente e local de formação.

Aponta-se aqui também como solução provisória e complementar às legislações, a utilização da *e-lex mercatória*, assim como dos tribunais arbitrais virtuais, que vêm tangenciando a ausência de leis específicas, bem como sanando suas contradições, com a vantagem de serem dotados da mesma dinâmica imanente às relações eletrônicas, podendo se adaptar mais facilmente às mudanças que as leis em sentido formal, contando ainda, de acordo com a nossa LICC, com o recurso à analogia, equidade e princípios gerais de direito.

Entretanto, nada supre a necessidade de uma lei forte, mesmo que seja a nível local, para garantir ao *ciberconsumidor* e ao fornecedor, a garantia de segurança e confiança neste novo suporte das relações de consumo, sem que se restrinja o desenvolvimento da atividade econômica que encontrou neste meio o caminho para uma expansão jamais pensada.

É exatamente neste ponto de enfoque que se conclui, suscitando a aplicabilidade do princípio constitucional da proteção do consumidor, como direito fundamental que é, com força normativa, nos termos do parágrafo 1º do artigo 5º da Constituição Federal, para fazer valer os direitos do consumidor lesado nas relações de consumo desenvolvidas *online*. Proporciona-se, assim, uma proteção efetiva, independentemente da elaboração de lei específica, uma vez que o consumidor não pode ser prejudicado pelo fato da criação das leis não acompanhar de perto o avanço das relações sociais, funcionando mencionado princípio como um ímã, atraindo para a solução das demandas a norma mais favorável ao consumidor, seja o CDC, o Código Civil, as disposições de direito internacional privado e, até mesmo as disposições de outros países que tiverem algum vínculo com a contratação.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACIOLI, Catarine Gonçalves. **O sistema de certificação digital brasileiro como ferramenta para efetivar o direito fundamental à informação no meio eletrônico.** Maceió, 2006. Dissertação de mestrado. UFAL.

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales.** Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2002.

ALMEIDA, João Batista de. **A proteção jurídica do consumidor.** 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____ **Manual de direito do consumidor.** São Paulo: Saraiva 2004.

AMORIM, Fernando Sérgio Tenório de. **A autonomia da vontade nos contratos eletrônicos internacionais de consumo.** Recife, 2006. Dissertação de mestrado. UFPE.

ANDRADE, Ronaldo Alves de. **Contrato eletrônico: no novo Código Civil e no Código do Consumidor.** São Paulo: Manole, 2004.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito da internet e da sociedade de informação.** Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____ Sociedade da informação e mundo globalizado. *In* Boletim da Faculdade de Direito. Studia Iuridica 73. Colloquia 12. **Globalização e direito.** Universidade de Coimbra. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: (pós modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). *In* BARROSO, Luís Roberto. (org.), **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas.** Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003.

BATISTI Leonir. **Direito do consumidor para o Mercosul: enfoque jurídico econômico dos blocos de integração.** 2 ed., Curitiba: Juruá, 2003.

BLUM, Renato M. S. Opice. O processo eletrônico: Assinaturas, provas, documentos e instrumentos digitais. *In*: BLUM, Renato Ópice. (coord.) **Direito eletrônico: a internet e os tribunais,** São Paulo: Edipro, 2001.

CÂMARA, Maria Amália Oliveira de Arruda. **A nova tecnologia da informação e o direito: um estudo sobre os recursos que ajudam na construção do Direito de Informática.** Recife: Nossa Livraria, 2005.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição.** Coimbra: Almedina, 2003.

_____ **Estudos sobre direitos fundamentais.** Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

CARVALHO, Andréa Benetti. Proteção jurídica ao consumidor no Mercosul. **Revista do programa de mestrado em direito da UniCEUB**, Brasília. V 2, n. 1, pp. 116-137, jan./jun., 2005. Disponível em <<http://www.mestrado.uniceub.br/revistamestrado/pdf/Artigo%20Andrea%20Benetti%20Carvalho.pdf>>. Acesso em 19 de Janeiro de 2008.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. Vol. 3. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação história dos direitos humanos**. 3 ed., São Paulo: Saraiva, 2004.

DE LUCCA, Newton. Títulos e contratos eletrônicos: o advento da informática e suas conseqüências para a pesquisa jurídica *In* DE LUCCA, Newton & SIMÃO FILHO, Adalberto. (coord.) **Direito & Internet: aspectos jurídicos relevantes**. 2 ed., São Paulo: Quartier Latin, 2005.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FILOMENO, José Gerado Brito. **Manual de direitos do consumidor**. 7 ed., São Paulo: Atlas, 2004.

FIÚZA, César. **Novo direito civil: curso completo**. 6 ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

GARCIA, Leonardo de Medeiros. **Código comentado de direito do consumidor**. Niterói: Impetus, 2005.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 18 ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Contratos e atos unilaterais**. III Vol. 3 ed., São Paulo: Saraiva, 2007.

GRECO, Marco Aurélio. **Internet e Direito**. São Paulo: Dialética, 2000.

GREGORES, Valéria Elias de Melo. **Compra e venda eletrônica e suas implicações**. São Paulo: Método, 2006.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

JÚNIOR, Dirley da Cunha. **Controle das Omissões Judiciais do Poder Público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____ **Curso de Direito Constitucional**. 2 ed., Salvador: Jus Podium, 2008.

JÚNIOR, Marcos A. de A. Ehrardt. Sociedade da informação e o direito na era digital. **CCJUR em Revista**. Revista do Centro de Ciências Jurídicas do CESMAC. n. 5, ano 4. v. 1, jan./jul., Maceió, 2006.

LASSALLE, Ferdinand. **O que é uma Constituição?** São Paulo: Minelli, 2003.

LAWAND, Jorge José. **Teoria geral dos contratos eletrônicos**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003.

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

LISBOA, Roberto Senise. O consumidor na sociedade da informação. **Revista de direito do consumidor**. n. 61, jan./mar., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007

LÔBO, Paulo Luiz Netto. A informação como direito fundamental do consumidor. **Anuário dos Cursos de Pós Graduação em Direito**. N. 11. Recife: Universidade Federal de Pernambuco. Centro de Ciências Jurídicas. Faculdade de Direito do Recife, 2000.

_____ Constitucionalização do Direito Civil. **Revista de informação legislativa**. nº 141, jan./mar., Brasília: Senado Federal, 1999

_____ Contrato e mudança social. **Revista dos Tribunais**, RT: São Paulo, ano 84, v 722, dez. 1995.

_____ **Direito das obrigações**. Brasília: Brasília Jurídica, 1999.

_____ **Do contrato no Estado Social**: crise e transformações. Maceió: Edufal, 1983.

_____ Princípios sociais dos contratos no Código de Defesa do Consumidor e no novo Código Civil. **Revista de Direito do Consumidor**. n 42, abr./jun., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____ Transformações gerais do contrato. **Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Alagoas**. n. 1, ano I. Maceió: ESMAL, 2002.

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.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**: O novo regime das relações contratuais. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MARTINS, Guilherme Magalhães. **Formação dos contratos eletrônicos de consumo via internet**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MELLO, Heloísa Carpena Vieira de. Responsabilidade civil no código de defesa do consumidor. **Revista de direito do consumidor**. V. 28, São Paulo: Revista dos Tribunais, out./dez., 1998.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência, 12. ed., São Paulo: Saraiva, 2003.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967**. Tomo I, 2 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970

_____. **Comentários à Constituição de 1967.** Tomo IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967.

MONTENEGRO, Antônio Lindberg. **A internet em suas relações contratuais e extracontratuais.** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

NUNES, Antônio José Avelãs. **A constituição europeia:** a constitucionalização do neoliberalismo. Separata do Boletim de Ciências Econômicas XLVIII. Coimbra, 2005.

NUNES, Rizzato. **Curso de direito do consumidor.** 2 ed. 3 tiragem, São Paulo: Saraiva, 2006.

PLATÃO, **A República.** Coleção Os Pensadores. Tradução Enrique Corvisieri. São Paulo: Nova Cultural, 1997.

Pode perder o medo de comprar pela internet. Fonte: Jornal O Tempo. Disponível em: <<http://www.otempo.com.br/otemp/imprimir/?IdNotícia=60413>>. Acesso em 26 de novembro de 2007.

QUEIRÓZ, Regis Magalhães Soares de & FRANÇA, Henrique de Azevedo Ferreira. Assinatura digital e a cadeia de autoridades certificadoras. *In:* DE LUCCA, Newton & SIMÃO FILHO, Adalberto. (coord.) **Direito & internet:** aspectos jurídicos relevantes, 2 ed., São Paulo: Quartier Latin, 2005.

REALE, Miguel. **O novo Código Civil e seus críticos.** Disponível em: <http://www.miguelreale.com.br/artigos/ncc/nccc.htm>. Acesso em 15 de janeiro de 2008.

ROCHA, Roberto Silva da. Natureza jurídica dos contratos celebrados com sites de intermediação. **Revista de Direito do Consumidor.** n 61, jan./mar., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos fundamentais:** retórica e historicidade. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SANTOS, Antônio Jeová. **Dano moral na internet.** São Paulo: Método, 2001.

SARLET, Ingo. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 4 ed., Porto Alegre: Livraria Editora do Advogado, 2004

SARMENTO, George. Pontes de Miranda e a teoria dos direitos fundamentais. **Revista do mestrado em Direito da Universidade Federal de Alagoas,** n. 1, ano I. Maceió: Nossa Livraria, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 15 ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais.** 6 ed. 3 tiragem. São Paulo: Malheiros, 2004.

Site de vendas é condenado pela Justiça. Disponível em: <<http://www.canaljustca.jor.br/index.php?id=17380>>. Acesso em 02 de junho de 2006.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 5 ed., São Paulo: Saraiva, 2007

VAZ, Patrícia Milano. O consumo internacional através dos provedores de acesso à internet. **Revista de Direito do Consumidor**. n 52, out./dez., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

ZANCHET, Marília. A proteção dos consumidores no Direito Internacional Privado brasileiro. **Revista de Direito do Consumidor**. n. 62, abr./jun., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

APÊNDICE

A aplicabilidade do princípio constitucional da proteção do consumidor aos contratos eletrônicos

Pesquisadora: Ligia Maria Cavalcante Carneiro, analista judiciária do Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas, professora de Direito Constitucional da FAA/IESA e do CESMAC/FADIMA, especialista em Direito Constitucional pelo CESMAC/FADIMA, mestranda em Direito Público pela UFAL/FDA, sob orientação do professor doutor Paulo Luiz Netto Lôbo.

Questionário desenvolvido com a finalidade de verificar, no meio virtual, como se comportam consumidores e fornecedores de produtos, diante de problemáticas surgidas durante a negociação, máxime sobre a aquisição de produtos recebidos com vícios (defeitos) e a lacuna normativa que paira sobre os contratos eletrônicos na legislação brasileira.

Profissão:

Idade:

Cidade:

1. Você faz compras através da *internet* de bens ou serviços?

Sim Não

1.1 Se sua resposta foi **sim** ao item anterior, com qual frequência você o faz?

uma vez por semana;

uma vez por mês;

de três a seis meses;

uma vez por ano;

frequência superior a um ano.

1.2 Se sua resposta foi **sim** ao item 1, quantas vezes você já fez compras pela *internet*?

uma

duas a cinco

cinco a dez

mais de dez

perdeu as contas

1.3 E por qual motivo você fez compras na *internet*?

Comodidade/facilidade;

Qualidade;

Preço;

Variedade;

outro, especifique: _____

2. Qual tipo de produto você adquire ou já adquiriu através da *internet*?

eletrônicos: _____ dvds

eletrodomésticos: _____ livros

brinquedos; comida

cds; flores

outros: _____

3. Alguma dessas compras já apresentou algum problema em sua realização? Alguma dificuldade na entrega ou no pagamento, por exemplo?

Sim Não

3.1 Especifique, em caso positivo.

4. E os produtos adquiridos? Apresentaram algum vício (defeito), que fez com que eles não correspondessem às suas expectativas?

() Sim () Não

4.1 Especifique, em caso positivo.

() o produto recebido não coincidia com aquele anunciado e adquirido;

() o produto não funcionava;

() o produto funcionava precariamente;

() o produto estava danificado;

() outro: _____

4.2 Qual(is) foi(ram) o(s) produto(s)?

4.3 Como você poderia enquadrar o problema apresentado?

() inadequação do produto ao fim a que se destina;

() diminuição do valor originada pelo defeito;

() disparidade com as qualidades ou quantidades anunciadas em rótulos, embalagens ou propagandas.

4.4 Qual foi sua atitude diante da situação? Quem você procurou?

() Site;

() loja, caso haja uma loja física vinculada ao site;

() assistência técnica;

() PROCON;

() justiça especializada;

() outro;

() não fez nada.

4.5 Se tentou entrar em contato com o site, como o fez?

4.6 O que você pleiteou:

() troca;

() conserto;

() devolução do dinheiro;

() abatimento no preço;

() outro: _____

4.7 Como foi solucionada a questão?

5. Você tem conhecimento de que ainda não existe lei específica regulamentando o comércio pela internet?