

**OS PRINCÍPIOS DE PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR E O COMÉRCIO  
ELETRÔNICO NO DIREITO BRASILEIRO**

**Cesar Viterbo Matos Santolim**

Porto Alegre  
2004



## **Agradecimentos**

Ao Professor Antonio Herman Vasconcelos e Benjamin, que ofereceu as condições para o aprofundamento da pesquisa necessária a este trabalho junto a Tarlton Law Library, da Texas University-Austin, a qual igualmente agradeço.

Aos de sempre: meu filho, Ricardo, minha mulher, Marta, e meus pais, Lilia e Aramy.

## SUMÁRIO

<b>ESCLARECIMENTOS E METODOLOGIA .....</b>	<b>6</b>
<b>INTRODUÇÃO: O COMÉRCIO ELETRÔNICO E O DIREITO – A IMPORTÂNCIA DO EXAME DE PRINCÍPIOS.....</b>	<b>8</b>
<b>1 AS RELAÇÕES JURÍDICAS POR MEIO ELETRÔNICO, O COMÉRCIO ELETRÔNICO E A CONTRATAÇÃO POR MEIO ELETRÔNICO .....</b>	<b>20</b>
<b>1.1 A noção de contrato eletrônico .....</b>	<b>23</b>
<b>1.2 A validade e a eficácia dos contratos eletrônicos .....</b>	<b>27</b>
1.2.1 <i>Forma e prova.....</i>	31
1.2.1.1 Documento eletrônico .....	31
1.2.1.2 Assinaturas (firmas) eletrônicas e digitais.....	36
1.2.2 <i>Momento .....</i>	38
1.2.3 <i>Lugar.....</i>	43
<b>1.3 Espécies de comércio eletrônico .....</b>	<b>44</b>
1.3.1 <i>EDI e Internet.....</i>	45
1.3.2 <i>Business-to-business (B2B) e Business-to-consumer (B2C).....</i>	46
<b>1.4 Peculiaridades do comércio eletrônico através de redes abertas de computador (Internet).....</b>	<b>51</b>
1.4.1 <i>Os “contratos por clique”.....</i>	51
1.4.2 <i>A jurisdição e o “espaço virtual” .....</i>	59
<b>2 A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR.....</b>	<b>63</b>
<b>2.1 Boa-fé objetiva.....</b>	<b>68</b>
2.1.1 <i>Transparência .....</i>	77
2.1.2 <i>Confiança.....</i>	86
2.1.3 <i>Probidade.....</i>	90

<b>2.2 Vulnerabilidade .....</b>	<b>92</b>
<b>2.3 Solidariedade obrigacional .....</b>	<b>98</b>
<b>2.4 Autonomia privada .....</b>	<b>102</b>
<b>A APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS.....</b>	<b>105</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>108</b>

## **ESCLARECIMENTOS E METODOLOGIA**

O presente trabalho assume como dados (e não como hipóteses) alguns aspectos e conceitos da tecnologia da informação e do Direito do Consumidor, não havendo o propósito de discutir ou questionar os seus conteúdos, a menos que esta tarefa seja necessária ou importante às suas conclusões.

Desta maneira, é possível que algumas expressões ou termos técnicos comportem significados distintos daqueles com que foram empregados, o que não significa o desconhecimento desta polissemia, mas apenas a avaliação sobre a sua eventual irrelevância, para os fins do estudo.

Quanto à metodologia empregada, após a Introdução, onde se buscará contextualizar a importância do uso de princípios na hermenêutica jurídica contemporânea, o trabalho divide-se em duas partes: na primeira, é feita a apresentação de algumas posições doutrinárias acerca do comércio eletrônico; na segunda, realiza-se o exame acerca da principiologia específica de proteção ao consumidor, na sua incidência sobre o comércio eletrônico.

Ainda quanto à metodologia, destaque-se a ênfase na análise da doutrina, com foco secundário na legislação e na jurisprudência. Isto porque, a partir da hipótese de trabalho desenvolvida (sobre a aplicabilidade de princípios

de proteção do consumidor ao comércio eletrônico), a consistência dos argumentos depende essencialmente de aspectos conceituais, dos quais, via de regra, a lei e a decisão judicial são tributários.

## O COMÉRCIO ELETRÔNICO E O DIREITO – A IMPORTÂNCIA DO EXAME DE PRINCÍPIOS

O Direito está em permanente aperfeiçoamento. Ao contrário de outras áreas do conhecimento humano, destinadas a descrever situações, o Direito tem conteúdo prescritivo, onde a descrição de fatos é apenas o primeiro passo para a integral produção do fenômeno jurídico.

Giovanni Sartori, entre tantos outros, já alertava para a dissociação entre as ciências naturais e as ciências sociais, pois se naquelas *há uma “determinação causal”* (a causa é condição necessária e suficiente), nestas *há “indeterminação causal”* (dada a causa “c” não posso saber antecipadamente se haverá o efeito “e”, e a causa passa a ser condição apenas necessária, mas não mais suficiente)<sup>1</sup>. Assim, muito embora seja certo que a implementação do comércio eletrônico como prática social não dependa exclusivamente de uma abordagem jurídica, é indesmentível que sem esse elemento fundamental estará abortada a possibilidade de que o uso deste instrumento tecnológico possa ser feito. É que o “comércio” pressupõe relação social, e não há relação social infensa (potencialmente) ao Direito.

Informe produzido no último seminário da Organização Mundial do Comércio ([www.wto.org](http://www.wto.org)) sobre comércio eletrônico dá conta de que o comércio

---

<sup>1</sup> SARTORI, Giovanni. **A Política**: lógica e método nas ciências sociais. 2.ed. Brasília:UnB, 1997, p.48.

mundial on-line atingiria, já naquele ano, cerca de 2,3 trilhões de dólares, com projeções de 12,9 trilhões de dólares no ano de 2006, dos quais 18,4 % (561,8 bilhões de dólares) em relações diretas com o consumidor final<sup>2</sup>. Estes dados revelam a magnitude do “e-commerce”, assinalando importância de toda e qualquer análise que permita a melhor compreensão do fenômeno. A par de sua importância quantitativa, os negócios eletrônicos vem introduzindo novos modelos de gestão, determinando o surgimento da “empresa em rede”<sup>3</sup>, com importantes repercussões jurídicas também deste processo. Por estes motivos, o tema não escapa à preocupação dos juristas, bastando atentar para a significativa produção doutrinária sobre o assunto nos últimos três ou quatro anos.

A denominada “sociedade pós-industrial” oferece, como uma de suas mais importantes características, aquilo que Domenico De Masi indica como “novas lógicas” de funcionamento<sup>4</sup>, o que repercute imediatamente no universo jurídico, chamado a prescrever soluções para os novos fatos sociais que vão se multiplicando, atribuindo-lhes valor, assimilando-os como parte do seu conteúdo normativo e dimensionando a sua efetividade, ao interferir nestes

---

<sup>2</sup> Segundo KATZ, Martha. Avoiding the Perils and Pitfalls of E-Commerce. **Maryland Bar Journal**, nov./dec. 2000, p. 39, pesquisas publicadas ainda no ano de 1999 indicavam que o número de usuários da Internet cresceria de 97 milhões em 1998 para 320 milhões em 2002, e que os negócios envolvendo o comércio eletrônico, de um patamar de 32 bilhões de dólares em 1998 evoluiriam para cerca de 425 bilhões de dólares no ano de 2000, chegando a 1,4 trilhões de dólares no ano de 2003.

<sup>3</sup> Manuel CASTELLS, Manuel. **A Galáxia da Internet**. Rio de Janeiro: Zahar, 2003, p. 58, diz que a *empresa em rede* é “a forma organizacional construída em torno de projetos de empresas que resultam da cooperação entre diferentes componentes de diferentes firmas, que se interconectam no tempo de duração de dado projeto, reconfigurando suas redes para a implementação de cada projeto”. E, mais adiante: “embora a firma continue sendo a unidade de acumulação de capital, direitos de propriedade (em geral) e administração estratégica, a prática empresarial é executada por redes *ad hoc*”.

<sup>4</sup> “Na era industrial, toda organização (a Igreja, o Estado, o exército, a empresa etc.) funcionava à base de uma lógica própria, de que era zelosa protetora, impedindo a invasão de qualquer outra lógica. Na era pós-industrial, assistimos a fenômeno oposto: a hibridização das várias formas organizativas [...] As novas tecnologias, com a sua penetrabilidade, têm destruído os

mesmos fatos sociais, pela produção de novos, outros, o que é típico da atividade do Direito.

Iain Ramsay<sup>5</sup> alerta para o fato que uma característica da “economia global” é o seu desenvolvimento assimétrico, com o declínio de conceitos explicativos como “centro” e “periferia”, gerando profundas desigualdades e polarizações não apenas entre países e regiões do “Norte” e do “Sul”, mas, internamente, entre setores desenvolvidos e subdesenvolvidos, dentro da mesma região. Daí porque, nas abordagens jurídicas sobre as tecnologias da informação é possível valer-se de cotejos entre distintos ordenamentos, vinculados a também distintas realidades sócio-econômicas, sem prejuízo maior quanto às conclusões obtidas.

Não pode haver dúvida sobre o fato de que aquilo que se convencionou denominar *Cyberspace*<sup>6</sup> suscita algo de novo para todos que tem em suas preocupações a atividade de regulação social<sup>7</sup>, em particular os juristas. Mas deve ser também indubitoso que esta atividade de regulação nunca é resultado de uma descoberta, mas sim de um processo de

---

antigos limites entre os setores, atividades e critérios gerenciais [...]” (DE MASI, Domenico. **O Futuro do Trabalho**. Rio de Janeiro: José Olympio, 1999, p. 183).

<sup>5</sup> RAMSAY, Iain. Consumer Protection in the Era of Informational Capitalism. In: WILHELMSSON, Thomas; TUOMINEN, Salla; TUOMOLA, Heli (Org.). **Consumer Law in the Informational Society**. The Hague: Kluwer, 2001, p. 47.

<sup>6</sup> Segundo JOHSTON, David; HANDA, Sunny; MORGAN, Charles. **Cyberlaw**. Toronto: Stoddart, 1997, (What you need to know about doing business Online), (p. 259), *cyberspace* é a expansão tridimensional de uma rede de computadores, na qual transitam toda a espécie de sinais eletrônicos de som e imagem e os seus usuários podem, através dos códigos e endereços adequados, explorar e apropriar-se destas informações.

<sup>7</sup> Pierre LÉVY, afirma que “[...] Com o espaço cibernético, temos uma ferramenta de comunicação muito diferente da mídia clássica, porque é nesse espaço que todas as mensagens se tornam interativas, ganham uma plasticidade e têm uma possibilidade de metamorfose imediata [...]”. Como é consabido, a relação entre Direito e linguagem é orgânica, de onde se extrai a importância desta observação. (LÉVY, Pierre. A Emergência do Cyberspace e as mutações culturais. PELLANDA, Nize Maria Campos; PELLANDA, Eduardo Campos. **Ciberespaço: um hipertexto com Pierre Lévy**. Porto Alegre: Artes e Ofícios, 2001, p.13)

construção<sup>8</sup>. Questões como a “desterritorialização” e o “tempo virtual”, com os seus conseqüências, como a impossibilidade de criar “barreiras nacionais” ao uso das novas tecnologias ou, ainda, a “privatização do tempo”, afetando categorias tradicionais nas quais se baseia o Direito<sup>9</sup>, geram a convicção sobre a necessidade de um tratamento diferenciado daquele que se fez, no passado, em relação a outras inovações tecnológicas. Com isso não se pretende, como eventualmente já se afirmou<sup>10</sup>, que se esteja no limiar de um “novo” Direito (*Cyberlaw* ou *Cyberdroit*), onde as categorias, conceitos e princípios teriam de ser todos refeitos. Esta solução somente seria aceitável se restasse demonstrada a incapacidade dos modelos jurídicos vigentes em assentar as condições para sua funcionalização em relação às novas tecnologias da informação<sup>11</sup>. Daí a preocupação em estabelecer uma clivagem dos novos problemas, a partir da perspectiva de soluções normativas já existentes, de modo a verificar sobre a sua efetividade nestes casos. O foco deste trabalho está nesta direção, utilizando-se de princípios já consagrados em matéria de proteção ao consumidor e verificando a sua aplicabilidade a uma das manifestações do uso das novas tecnologias, que é o comércio eletrônico.

---

<sup>8</sup> “Code is never found; it is only ever made, and only ever made by us”, como afirma LESSING, Lawrence. **Code and Other Laws of Cyberspace**. New York: Basic Books, 1999, p. 6

<sup>9</sup> Veja-se, a propósito, (LORENZETTI, Ricardo. **Comercio Electrónico**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2001, p. 13 et seqs.)

<sup>10</sup> “Não se trata apenas de mudanças de paradigmas, mas também de mudanças de concepções valorativas na produção e na prática jurídica, definindo posturas e diretrizes não mais destinadas a amparar a segurança, a eficiência e a dominação do poder normativo vigente, mas a buscar um conceito mais amplo de justiça. A abordagem do Direito em face da tecnologia não deve ser meramente regulatória, no sentido de legislar sobre cada novo aspecto trazido pelo avanço da técnica [...]”, afirma NEGER, Antonio Eduardo Ripari. O Ordenamento Jurídico em face da Realidade Tecnológica. In: FERREIRA, Ivette Senise; BAPTISTA, Luiz Olavo (Coord.). **Novas Fronteiras do Direito na Era Digital**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 16.

<sup>11</sup> Elsa Dias Oliveira observa que “[...] encontramos ... diversas orientações que se baseiam na premissa de que nem todas as situações ocorridas no *ciberespaço* assumem contornos absolutamente distintos daquelas que se passam fora deste ambiente, e que, como tal exigam tratamento especial [...]”. (OLIVEIRA, Elsa dias. **A Proteção dos Consumidores nos Contratos celebrados através da Internet**. Coimbra: Almedina, 2002, p. 175.)

Joseph Sommer sustenta que “nem *Cyberlaw* ou ‘*law of the Internet*’ existem”, nem podem existir, e são conceitos que trazem alguns perigos<sup>12</sup>. Porque a tecnologia e o direito são socialmente mediatizados, corpos legislativos não respeitam saltos tecnológicos, e tecnologias não são definidas no direito. Somente se consideramos a Internet como sendo um singular fenômeno social podemos ter expectativa de ver um “direito da Internet”, afirma o mesmo Sommer<sup>13</sup>.

A percepção sobre a existência de novas demandas sociais, resultantes da utilização cada vez mais intensa da tecnologia da informação, por certo conduz a também novas soluções jurídicas, particularmente com a elaboração de novas regras, seja em diplomas legais já existentes (alterações nos Códigos já existentes, por exemplo), seja pela produção de leis específicas, quanto ao documento eletrônico, ao comércio eletrônico, à proteção de dados em meios eletrônicos ou a proteção do consumidor no comércio eletrônico, apenas para lembrar os casos mais comuns. Mas a insistência quanto à conveniência de reformulação legislativa, com o intuito claro de fornecer segurança no tráfico eletrônico, não pode funcionar no sentido inverso: se entendido que, mais do que meramente conveniente ou aperfeiçoador, um novo paradigma<sup>14</sup> jurídico é absolutamente necessário, o

---

<sup>12</sup> “This Article has several things to say about “cyberlaw,” or the “law of the Internet.” First, neither concept usefully exists [...] Second, not only is “cyberlaw” nonexistent, it is dangerous to pretend that it exists[...] Third, few of the legal issues posed by the new informatics technologies are novel [...] Fourth, most legal doctrines are flexible and likely to accommodate new social practices in their interstices [...] Fifth, substantial changes to the legal landscape sometimes occur, and they are sometimes caused by new technologies. [...] Much of the best work is not really “about” cyberlaw at all. Instead, it applies existing legal doctrine or political theory to a new arena [...]” (SOMMER, Joseph. Against Cyberlaw. **Berkeley Technology Law Journal**, fall 2000, p. 1147).

<sup>13</sup> Ibidem, p. 1227.

<sup>14</sup> A expressão deve ser entendida como foi empregada por Thomas S. Kuhn: “[...] realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornecem problemas e

que também se estará afirmando é que o atual sistema normativo está incapacitado

a fornecer soluções adequadas às novas demandas sociais. Deve-se combater a visão simplista de que a temática concernente aos negócios eletrônicos pode ser resolvida pela adoção de uma nova *lex mercatoria*<sup>15</sup>.

Na realidade, não existe antagonismo entre as duas abordagens, uma propositiva (novas leis, novas redações a dispositivos de Código Civil ou de Código do Consumidor) e outra conservadora (as normas já existentes, submetidas a correta hermenêutica, são suficientes para a construção de um “piso mínimo” que suporte as demandas trazidas pela tecnologia da informação), mas sim complementaridade. Sem perder de vista a conveniência da produção de novas normas, até para acelerar a ruptura com certos padrões culturais, pode-se, com o uso de outros instrumentos, fornecer um quadro suficiente a dar segurança às pessoas que travam contato com as questões jurídicas decorrentes da implementação da tecnologia da informação.

Neste contexto, qualquer análise que se pretenda fazer a partir de uma abordagem jurídica não pode desconhecer a importância do exame dos princípios, como elementos essenciais a dinamicidade do sistema. Na

---

soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência [...]” (A Estrutura das Revoluções Científicas, p. 13).

<sup>15</sup> SCIANCALEPORE, Giovanni. La Tutela del Consumatore: profili evolutivi e commercio elettronico. In: SICA, Salvatore; STANZIONE, Pasquale (Org.). **Commercio elettronico e categorie civilistiche**. Milano: Giuffrè, 2002, p. 191. afirma que “[...] è proposta l’illegittima identificazione delle norme negoziali con quelle giuridiche, sebbene, invece, solo queste ultime rappresentino la concreta attuazione di ‘un potere autoritario pubblico’ [...]” À sua vez, PERLINGIERI, Pietro. Metodo, Categorie, Sistema nel Diritto del Commercio Elettronico. In: SICA, Salvatore; STANZIONE, Pasquale (Org.). **Commercio elettronico e categorie civilistiche**. Milano: Giuffrè, 2002, p. 10-11, demonstra que não existe uma única fonte para esta *lex mercatoria*, que pudesse ser uma *lex electronica* (como menciona OLIVEIRA, **A Proteção dos Consumidores...**, p. 339), inviabilizando a sua utilização. Diga-se, a propósito, que esta mesma Autora revela preocupação de que “[...] No que respeita directamente aos consumidores, parece-nos que uma *lex electronica* poderia significar uma diminuição do nível de protecção [...]” (Ibidem, p. 342).

hermenêutica contemporânea há quem reconheça o papel que têm os princípios como integrantes do sistema normativo, ao lado das regras, exercendo a precípua tarefa de atingir aos fins buscados pelo sistema jurídico. Sem adentrar na específica discussão acerca dos critérios que devam ser utilizados para distinguir *princípios* e *regras*, não parece haver mais qualquer controvérsia relevante quanto à inclusão dos princípios no sistema de normas que caracteriza o universo jurídico.

Karl Larenz destaca a “importância dos princípios jurídicos para a formação do sistema” jurídico, na sua consagrada *Metodologia da Ciência do Direito*, definindo-os como “pautas diretivas de normação jurídica”. Já segundo Humberto Ávila<sup>16</sup>:

[...] princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção [...]

Na mesma linha, consagradora da relevância de uma “concepção principal<sup>17</sup> do Direito”, Lorenzetti destaca<sup>18</sup> que os princípios

[...] não só são perenes ao passar do tempo, como sua importância cresce cada vez mais. Ante o evidente desprestígio da lei, produzido pela superprodução legislativa, ante o peso esmagador que têm os digestos e as oscilações da jurisprudência, ante a multiplicidade de ordenamentos que convivem no contexto da globalização do mundo, cada vez

<sup>16</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 70.

<sup>17</sup> Como consta na tradução original, a cargo da Prof<sup>a</sup>. VERA MARIA JACOB DE FRADERA. (LORENZETTI, Ricardo. **Fundamentos do Direito Privado**. Tradução Vera Maria Jacob de Fradera. São Revista dos Tribunais, 1998.)

<sup>18</sup> *Ibidem*, p. 312.

mais se postula uma tarefa de simplificação sobre a base de princípios [...]

Diz mais o renomado jurista: “com estas características de simplicidade e de alta hierarquia os princípios constituem uma ‘estrutura’, uma ‘arquitetura’ do ordenamento jurídico privado”<sup>19</sup>.

Stephen Davidson e Katheryn Andresen<sup>20</sup> alertam para o fato que preocupações sobre a legislação em tema de comércio eletrônico emanam tanto dos consumidores quanto dos fornecedores. Aspectos que inquietam os consumidores incluem privacidade, cláusulas abusivas, eficácia dos contratos concluídos através de meios a distância e a garantia de que os princípios legais preexistentes serão mantidos. Do ponto de vista dos comerciantes ou fornecedores, por outro lado, existe uma preocupação em promover segurança para os consumidores ao realizar negócios através da Internet, mas também existem fortes interesses em proteger a própria segurança da sua propriedade intelectual e dos seus interesses comerciais. Segundo os mesmos autores, o futuro do comércio eletrônico será determinado pelo seu sucesso em aproximar estas necessidades divergentes através de regulações, estabelecendo limites que possam ser globalmente reconhecidos e aceitos. Muitos sistemas jurídicos possuem normas destinadas a proteger o interesse dos consumidores, mas a existência de um sistema de proteção do consumidor deve oferecer à pessoa média recursos suficientes para realizar negócios de modo tal que possam estar focada apenas nos interesses específicos em jogo, sem que tenha que despendar sua atenção com o conhecimento de tecnologia (muitas vezes

---

<sup>19</sup> LORENZETTI. **Fundamentos...**, p. 313.

<sup>20</sup> DAVIDSON, Stephen; ANDRESEN, Katheryn. UCITA and other U.S. laws in an international perspective. **Practising Law Institute Patents, copyrights, trademarks and Literary Property Course Handbook Series**, apr./may 2000, p. 557.

sofisticada) da qual dependa a certeza sobre a validade e a eficácia jurídicas das transações. As novas tecnologias da informação acrescentaram complexidades para os consumidores, especialmente para aqueles residentes em um país diferente daquele onde o fornecedor está localizado, a quem muitas vezes sequer conhecem, sendo que, ainda, os negócios são concluídos em padrões temporais absolutamente inéditos, na história da humanidade.

Quando se conjuga (a) a intensidade e (b) a velocidade do efeito da tecnologia da informação sobre o fenômeno jurídico com (c) a impossibilidade de se produzirem leis com a capacidade de tratar minudentemente destes avanços, (muitas vezes, quando um texto estiver sendo promulgado, a tecnologia adotada pode já ser outra) evidencia-se a necessidade da utilização dos princípios, como responsáveis pela manutenção da coesão do sistema jurídico, ainda que reconhecido como um “sistema aberto”<sup>21</sup>.

Na mesma linha do que já se teve oportunidade de sustentar no passado<sup>22</sup>, muito antes de *necessário*, um regime legal diferenciado para os documentos eletrônicos, os contratos eletrônicos e a proteção do consumidor na contratação eletrônica talvez possa ser apenas *conveniente*<sup>23</sup>. Não é

---

<sup>21</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-Fé no Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 321, lembra que “... entre os autores que admitem a natureza normativa dos princípios entende-se que o seu caráter fundante se situa como um dos principais, senão o principal traço individualizador ... Por vezes, os princípios vêm considerados como critério de caracterização de um determinado ‘campo’ ou disciplina jurídica. Em outra acepção, ainda ligada ao seu caráter fundante, os princípios vêm adjetivados – os chamados princípios fundamentais –, os quais podem ser ... estruturantes de um inteiro ordenamento jurídico.”

<sup>22</sup> SANTOLIM, Cesar Viterbo Matos. **Formação e Eficácia Probatória dos Contratos por Computador**. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 34.

<sup>23</sup> As dificuldades que podem advir da afirmação da necessidade de um regime legal diferenciado igualmente não passaram despercebidas por SMEDINGHOFF, Thomas J.; BRO, Ruth Hill. Moving with change: Electronic Signature Legislation as a Vehicle for advancing E-Commerce. **Practising Law Institute Patentes, Copyrights, trademarks and Literary Property Course Handbook Series**, apr./may 2000, p. 528 [...] Taking such varied approaches to what qualifies as an electronic signature, what types of transactions can be

possível ignorar que toda espécie de mudança sempre gera, com maior ou menor intensidade, alguma espécie de reação. Particularmente no universo do Direito, área do conhecimento humano povoada (compreensivelmente) por um forte elemento conservador, é natural que as novas tecnologias da informação sejam tratadas como demandas por “novas leis” ou “novos princípios”. Isso é ainda mais evidente em sistemas jurídicos de tradição continental, como o brasileiro, onde a lei escrita representa um papel nuclear. Essas alternativas (a construção de um “novo Direito”, substitutivo do anterior, ou de um “Direito paralelo”, continente, em separado, das soluções específicas para estes problemas), todavia, sugerem um profundo grau de incerteza e insegurança, ao negarem aos paradigmas existentes a capacidade de enfrentar as demandas jurídicas propostas pelas novas tecnologias da informação.

Sem descartar a possibilidade do *aprimoramento* dos sistemas jurídicos existentes (e seus microsistemas internos), através de novos textos legais e da reconstrução da doutrina e da jurisprudência, muito antes de se afiançar a idéia de uma “revolução jurídica” é importante buscar a correspondência entre estas novas situações e as regras e princípios já conhecidos, especialmente estes, pelo seu caráter “imediatamente finalístico” e “primariamente prospectivo”, como conceituado por Ávila.

---

undertaken electronically, and what types of parties may use electronic signatures may only be making matters worse for e-commerce. For example, one problem created by statutes that authorize the use of electronic signatures only for transactions involving certain types of parties, or only for certain types of transactions, is that it raises a concern that, by implication, any other use of electronic signatures is not authorized. By providing for the enforceability of electronic signatures in certain limited types of transactions, the legislature may have implicitly evidenced an intention to preclude the enforceability of electronic signatures in other types of transactions. To put it another way, we would not need specific legislation authorizing the use of electronic signatures if electronic signatures were generally enforceable. And, of course, when different states set different standards as to what attributes are required for an electronic signature before it will be considered enforceable, businesses face daunting practical difficulties in using electronic signatures for transactions on a nationwide (not to mention a worldwide) basis.”

Caso seja viável estabelecer que os conteúdos mínimos, inafastáveis, da proteção ao consumidor são aplicáveis também ao comércio eletrônico, particularmente no caso do direito brasileiro (mas, eventualmente, também em outros sistemas jurídicos), aquelas demandas identificadas por Davidson, Andresen estarão atendidas, e a tarefa de “construção permanente” a que se propõe o Direito já terá seus alicerces principais assinalados.

Para que se possa avaliar esta hipótese, é imprescindível um exame (ainda que singelo) acerca da noção de “contratualidade”, tal como está posta no Direito contemporâneo, bem como uma breve apreciação sobre as hipóteses de utilização dos meios eletrônicos para a prática de atos jurídicos, o que determina a primeira parte do estudo, de índole predominantemente descritiva. Em uma segunda etapa, de caráter prospectivo, examina-se então sobre a vinculação dos princípios orientadores da proteção ao consumidor, em particular no Direito brasileiro, ao “comércio eletrônico”, e a sua (in)suficiência para a solução dos casos concretos.



## 1 AS RELAÇÕES JURÍDICAS POR MEIO ELETRÔNICO, O COMÉRCIO ELETRÔNICO E A CONTRATAÇÃO POR MEIO ELETRÔNICO

Com o intuito de obter uma maior precisão conceitual, é fundamental definir o que se entende por “comércio eletrônico”, bem como o alcance da expressão “contrato eletrônico”. Ainda que reduzida a análise à expressão “comércio”, deve ser negado seu conteúdo unívoco, pois tanto pode ser compreendida em um sentido restrito (como “atividade comercial” ou “atividade empresária”, conforme as características de cada sistema jurídico<sup>24</sup>) como em um sentido amplo, envolvendo todas as atividades negociais. A agregação do qualificativo “eletrônico” não é menos problemática, pois, como destaca Gema Botana García<sup>25</sup>, a noção de “comércio eletrônico” pode envolver outros meios eletrônicos que não apenas os computadores. Afirma a autora espanhola que não se pode ignorar que o *hardware* pode ser um televisor, ao invés de um computador, e que a rede pode ser um sistema de radiotransmissão, baseado em antenas emissoras e receptoras, ao invés de cabos, e que tudo isso faz parte também da infraestrutura da sociedade da informação, tanto se é para receber o sinal da televisão convencional como por satélite, ou, ainda, para a informação proveniente da Internet.

---

<sup>24</sup> O Código Civil Brasileiro de 2002, no seu art. 966, define “empresário”, a partir de uma concepção objetivo/funcional, seguindo a linha adotada pela legislação antecedente, **quanto ao conceito de “comerciante”**.

<sup>25</sup> BOTANA GARCÍA, Gema Alejandra. Noción de Comercio Electrónico. In: BOTANA GARCÍA, Gema Alejandra (Coord.). **Comercio Electrónico y Protección de los Consumidores**. Madrid: La Ley, 2001: **“No se deve olvidar, sin embargo, que el *hardware* puede ser un televisor en vez de un ordenador y que la red puede ser el sistema de radiotransmisión basado en antenas emisoras y receptoras en vez de cables, y que todo ello conforma también parte de la infraestructura de la sociedad de la información, tanto si es para recibir la televisión convencional como por satélite o para información proveniente de Internet .”** (p. 8).

Patricia Fry<sup>26</sup> pretende oferecer uma resposta à pergunta sobre “o que é o comércio eletrônico”, sugerindo que, em algumas transações, um meio é mesmo “parte inerente” do objeto da transação e as decisões sobre os direitos originados recebem o foco deste objeto. Neste contexto, Barret Willingham<sup>27</sup> esclarece que, embora não exista uma definição aceita internacionalmente, comércio eletrônico geralmente envolve a produção, distribuição, publicidade, venda ou entrega de bens e serviços através de meios eletrônicos. Appolónia Martínez Nadal<sup>28</sup> igualmente reconhece o pouco rigor até agora empregado no uso da expressão, mas entende que, de forma ampla, pode ser definido como “todo intercâmbio de dados por meios eletrônicos, esteja relacionado ou não com a atividade comercial em sentido estrito” e, de forma estrita, “deve circunscrever-se às transações comerciais eletrônicas, ou seja, de compra e venda de bens ou prestação de serviços, bem como as negociações prévias e outras atividades ulteriores relacionadas, ainda que não sejam estritamente contratuais, desenvolvidas através dos mecanismos que proporcionam as novas tecnologias de informação”. Lorenzetti<sup>29</sup>, depois de criticar o excessivo alcance do conceito adotado em Comunicação da União Européia, inclina-se por reconhecer a presença de dois elementos essenciais à noção de “comércio eletrônico”: (a) a natureza da atividade, caracterizada pelo “meio tecnológico” e (b) pela circunstância de que melhor seria valer-se da expressão “relações jurídicas por meios eletrônicos”, que compreendem tanto relações de direito público como de direito privado, do

---

<sup>26</sup> FRY, Patricia. Introduction to the UETA: principles, policies and provisions. **Idaho Law Review**, 2001. p. 238.

<sup>27</sup> WILLINGHAM, Barret. Electronic Commerce and the Free Trade Area of the Americas. **Nafta: Law Business Review of the Americas**, summer 2000, p. 484

<sup>28</sup> MARTÍNEZ NADAL, Apolónia. **Comercio Electronico, Firma Digital y Autoridades de Certificación**. Madrid: civitas, 2000, p. 27.

<sup>29</sup> LORENZETTI. **Comercio Electrónico**, p. 53.

que o termo *e-commerce*, restrito às relações onde há finalidade de lucro (e, aqui, se pode fazer analogia com a idéia de “atividade econômica organizada”, como quer o Código Civil Brasileiro). Arnaldo Wald<sup>30</sup>, citando Semy Glanz, lembra “a dificuldade de simplificar sua conceituação, ao considerá-lo simplesmente como tendo sido celebrado por meio de programas de computador ou outros aparelhos com tais programas, que dispensam assinatura ou exigem assinatura codificada ou senha” e Newton De Lucca<sup>31</sup>, a partir da mesma remissão, reconheça a explicação como correta, diz que “para que ela seja plenamente entendida, tornar-se-á necessária uma incursão sobre os demais conceitos dela integrantes, tais como: *programas de computador ou aparelhos com programas de computador [...]*”.

Para qualquer noção que se adote sobre o sentido da expressão “comércio”, o universo das relações jurídicas onde o meio eletrônico funciona como elemento instrumentalizador vai muito além do âmbito estritamente comercial ou empresarial. Basta referir a importância já hoje reconhecida ao papel das relações entre os indivíduos e as estruturas governamentais, bem como a idéia de “governo eletrônico”, para lembrar hipóteses importantes de atividades não-comerciais onde existe ênfase no uso do meio eletrônico. Restringindo-se àquelas relações de caráter negocial, onde há tráfico econômico de bens e serviços (mesmo que sem atividade organizada), ainda se define um campo mais amplo do que o da atividade empresária.

O conceito de “relação de consumo”<sup>32</sup>, ao menos como

---

<sup>30</sup> WALD, Arnold. Os Contratos Eletrônicos e o Código Civil. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto (Coord.). **Direito & Internet**. São Paulo: EDIPRO, 2000, p. 16.

<sup>31</sup> DE LUCCA, Newton. Títulos e Contratos Eletrônicos. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto (Coord.). **Direito & Internet**. São Paulo: EDIPRO, 2000, p. 47.

<sup>32</sup> LISBOA, Roberto Senise. **Relação de Consumo e Proteção Jurídica do Consumidor no Direito Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 6, informa que “de forma

empregado no Direito Brasileiro, determina ainda uma outra possibilidade para o emprego da expressão “comércio eletrônico”.

Admitindo-se que o emprego da locução “eletrônico” não fique limitado aos “computadores” (*stricto sensu*), mas indica qualquer das tecnologias da informação (como ocorre na televisão interativa, por exemplo), há pelo menos três situações distintas, às quais se pode aplicar a definição de “comércio eletrônico”, da mais ampla à mais restrita:

a) englobando todas as relações jurídicas realizadas com os meios eletrônicos;

b) limitada às relações de conteúdo negocial (“tráfego econômico de bens e serviços”), ainda que não como decorrência de atividade organizada para este fim (relações jurídicas inter-individuais, ou “civis”);

c) reduzida às relações comerciais/empresariais e de consumo, cada qual com campos de incidência próprios, e não excludentes, o que significa ser possível que uma relação jurídica seja, simultaneamente, comercial/empresarial e de consumo.

### **1.1 A noção de contrato eletrônico**

As dificuldades que surgem para situar o comércio eletrônico no

---

implícita, o legislador adotou a teoria da causa na relação jurídica de consumo, tornando-se necessária a análise da causa da aquisição ou da utilização do produto ou do serviço”, além da identificação da presença de “elementos subjetivos (fornecedor e consumidor) e objetivos (produto ou serviço)” (Ibidem, p.5).

campo da contratualidade (e, com mais amplitude, no dos negócios jurídicos) não são nem exclusivas deste tipo de relação jurídica, e nem tampouco podem ser consideradas como algo exatamente contemporâneo. Boa parte dos questionamentos jurídicos em torno do comércio eletrônico estão relacionados com a consideração da vontade como elemento nuclear dos negócios jurídicos (e, portanto, dos contratos), o que é objeto de controvérsias intensas<sup>33</sup>, a partir de distintas teorias<sup>34</sup>.

<sup>33</sup> Natalino IRTI e Giorgio OPPO travaram interessante debate sobre o tema, a partir do artigo *Scambi senza accordo*. (IRTI, Natalino. Saambi Senza Accordo. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Milano, n.2, p. 3470364, 1998.) Neste trabalho, o professor da Universidade de Roma, a partir da figuração sobre uma série de atos sociais praticados por um sujeito hipotético, procura demonstrar que, ao lado das relações negociais de fonte contratual, caracterizadas, do ponto de vista do resultado discursivo, como dotadas de comportamento *dialógico*, existem, em paralela progressividade, situações onde este diálogo vai se reduzido, até a inexistência, que ocorreria exatamente às transações “telemáticas”, com o uso de meios eletrônicos. OPPO fixou as bases da sua contrariedade a esta linha de pensamento em outro artigo, (OPPO, Giorgio. *Disumanizzazione del Contratto?* **Rivista di Diritto Civile**, Padova, n. 5, p. 525-533, 1998.), onde, após questionar se, de fato, o *resultado dialógico* é elemento essencial dos contratos, afirma que, mesmo no caso dos meios telemáticos ou eletrônicos há acordo (“[...] *l'accordo non presuppone una o altra lingua ma solo l'espressione di voleri concordanti [...]*”, p. 529). Estas objeções mereceram ainda uma réplica de IRTI, Natalino. É vero, ma ... – Replica a Giorgio Oppo. **Rivista di Diritto Civile**, Padova, n. 2, p. 273-278, 1999, e, ainda, uma análise de GAZZONI, Francesco. *Contatto Reale e Contatto Fisico* (Ovverosia l'accordo contrattuale sui trampoli. **Rivista del Diritto Commerciale**, Roma, n. 11-12, p. 655-668, 2002.

<sup>34</sup> Carlos FERREIRA DE ALMEIDA, nas primeiras páginas da sua obra “Texto e Enunciado na Teoria do Negócio Jurídico”, depois de afirmar que “[...] há décadas que se fala em crise: crise do negócio jurídico, crise do contrato, crise do direito contratual, declínio do contrato ou da liberdade contratual, desagregação da doutrina do contrato, corrupção do pensamento contratual, aporia da autonomia privada ou tão somente crise da concepção liberal do contrato [...]” (FERREIRA DE ALMEIDA, Carlos. **Texto e Enunciado na Teoria do Negócio Jurídico**. Coimbra: Almedina, 1992, p. 11), apresenta uma síntese das teses relacionadas com os “limites do negócio jurídico”, para além das teorias voluntaristas (SAVIGNY, WINSCHIED, ZITELMANN, referidos na p. 9), que estariam divididas em dois grupos: (a) restritivas – que “têm ... em comum a recusa de uma qualificação negocial a actos que, segundo outras concepções, já foram, ou são ainda, considerados como de natureza negocial” –, onde situam-se a (a.1) doutrina das relações contratuais de fato (Günter HAUPT) e dos comportamentos sociais típicos (Karl LARENZ), (a.2) equiparação fundada na analogia entre “simples acordos” – “comportamentos dotados de consciência da acção, aos quais falta a vontade negocial” (p. 31, Horst BARTHOLEMEYCZYK) ou entre “quase-contratos” (p. 33, Johannes KÖNDGEN) com os contratos, (a.3) imputação de de um comportamento (Alfred MANIGK) e responsabilidade pela confiança (Claus-Wilhelm CANARIS) e (b) extensivas – “... Se as doutrinas restritivas procuram uma fonte alternativa para o negócio jurídico, as doutrinas extensivas procuram uma fonte alternativa para a vontade ...” (p. 53) – englobando (b.1) as teorias negociais da confiança (von CRAUSHAAR, Götz) e da responsabilidade (Emilio BETTI), onde, então, estes elementos aparecem não como fundamento de uma situação não-negocial, como em MANIGK e CANARIS), mas de colocá-los como dado nuclear do suporte fáticos dos negócios jurídicos, ao lado da vontade e (b.2) teorias que “conferem ao fenómeno comunicativo um papel particular no acto jurídico” (p. 59), caracterizando “orientações objectivistas que não apelam à confiança, como suporte

Superada a perspectiva dos negócios jurídicos com ênfase concedida às manifestações de vontade como fonte geradora de obrigação impor-se-ia, necessariamente, a exclusão de todos os casos onde o elemento volitivo não integrasse o suporte fático da norma jurídica. Estas abordagens não explicam o comércio eletrônico (como, de toda sorte, não são suficientes para a análise de um número substancial de outras situações), do ponto de vista do direito, em toda sua extensão. Na medida em que adote uma dentre as diversas outras concepções existentes, é possível que se transite desde uma noção onde o comércio eletrônico é gênero, do qual o “contrato eletrônico” seria uma espécie, ao lado de outra, que contemplaria, por exemplo, os “comportamentos sociais típicos” de Larenz<sup>35</sup> ou as “relações contratuais de fato”, de Haupt, até um contexto onde os conceitos teriam alcance semelhante.

Lorenzetti<sup>36</sup> lembra que "el racionalismo iluminista y la codificación decimonónica vincularon estrechamente al contrato con el consentimiento, y a éste con la expresión de voluntad libremente ejercida por un sujeto" mas que, contemporaneamente, se está diante da elaboração de uma **concepção objetiva do contrato**, "en que la obligación contractual sea un fenómeno de atribución de efectos jurídicos, basados en la voluntad, pero que también admiten otros supuestos derivados directamente de la ley". Assim ampliando-

---

alternativo ou decisivo do valor negocial de um comportamento” (pp. 60/61), com representação em Franz WIEACKER e em Christof KELLMANN. Após crítica a estas distintas posições, mas convicto da “necessidade de superar a ideia de vontade como critério e como limite do negócio jurídico” (p. 69), o autor português, fundado em John AUSTIN, adota a noção de “negócio jurídico como acto performativo”, “enquanto negócio jurídico de direito privado” (p. 258) definido como “acto de efeitos jurídicos conformes ao seu significado, criando, modificando substancialmente ou extinguindo por meio imprevisto situações jurídicas das quais pelo menos um dos seus agentes é titular [...]”.

<sup>35</sup> “[...] las obligaciones pueden nacer: de los negocios jurídicos, de la conducta social típica, de hechos legalmente reglamentados y, finalmente y por excepción, de un acto de soberanía estatal com efectos constitutivos en materia de Derecho privado [...]”, LARENZ, Karl. **Derecho de Obligaciones**. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958, v. 1, p. 55.

<sup>36</sup> LORENZETTI. **Comercio Electrónico**. p. 167.

se o espaço da contratualidade, ou ainda adotando-se a noção de “contratos relacionais”<sup>37</sup>, onde “[...] há vínculo, mas não necessariamente contratual [...]”<sup>38</sup>, de fato não se está fazendo outra coisa senão reconhecer a dificuldade que existe diante do quadro desenhado pelo sistema tradicional (dicotômico) acerca das fontes das obrigações. Somente a superação deste paradigma é que permite compreender uma série de fenômenos jurídicos contemporâneos, entre os quais o das relações surgidas no comércio eletrônico. Joel Timóteo Ramos Pereira é outro que constata a mesma dificuldade, chegando a afirmar sobre a existência de “negócios jurídicos” onde haveria, por exemplo, “exceções à incapacidade dos menores, ou seja, apesar destes terem celebrado negócios jurídicos, em seu nome, tal facto não os torna anuláveis, nem pode levar à sua anulação”. Dentre estes, elenca os “negócios jurídicos próprios da vida corrente do menor que, estando ao alcance da sua capacidade natural, só impliquem despesas, ou disposições de bens, de pequena importância (v.g., a compra pela Internet de um CD ou de um livro)”<sup>39</sup>. Lembre-se aqui a existência de regra expressa no Código Civil Português – art. 127, nº 1, b – acerca da validade dos negócios jurídicos praticados por absolutamente incapazes, em certas circunstâncias.

Margaret Radin refere que o advento do comércio eletrônico em um ambiente que opera globalmente em rede está criando (mais) uma “crise do

---

<sup>37</sup> A idéia de “relational contract”, em contraste com a de “discrete contract”, vem exposta por MACNEIL, Ian. **The Relational Theory of Contract: selected works of Ian Macneil**. London: Sweet & Maxwell, 2001, em especial nas p. 133-152, e tem como fundamento a visão sobre a natureza sociológica das relações contratuais, que, neste caso, estariam assentadas em um suposto de “cooperação” e não de uma simples “troca” de bens (veja-se a introdução à edição inglesa da obra de MACNEIL, onde consta o estudo de David CAMPBELL, “Ian Macneil and the Relational Theory of Contract”, p. 9-15.

<sup>38</sup> LIMA MARQUES, Cláudia. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 82.

<sup>39</sup> RAMOS PEREIRA, Joel Timóteo. **Direito da Internet e Comércio Electrónico**. Lisboa: Quid Iuris, 2001, p. 177-178.

contrato”, como instituto legal destinado às relações interpessoais dotadas de eficácia vinculante, gerando, até mesmo, certo tipo de proposta no sentido da existência de uma atividade que tornaria as soluções jurídicas dispensáveis<sup>40</sup>.

No direito positivo brasileiro, desde a vigência da Lei nº 8078/90 (“Código de Defesa do Consumidor”) tem-se referência a situações que poderiam ser consideradas “condutas típicas”, como fonte de relação obrigacional (*ex vi* do disposto, por exemplo, no art. 29 – que equipara aos consumidores todas as pessoas expostas às práticas nele previstas – ou no art. 30 – pelo qual toda a informação ou publicidade veiculada com relação a produtos e serviços objeto de oferta obrigam o fornecedor).

Outro aspecto que não tem passado despercebido pela doutrina é o que envolve a distinção entre “oferta ao público” e “convite a contratar”, que possui relevância na contratação eletrônica<sup>41</sup>.

### **1.1 A validade e a eficácia dos contratos eletrônicos**

Mesmo reconhecendo que o âmbito da contratualidade não contém todas as hipóteses de fatos jurídicos produzidos no comércio eletrônico, é evidente que é nesta matéria que residem as maiores demandas de caráter jurídico. O uso de meios eletrônicos para o aperfeiçoamento de

---

<sup>40</sup> “Some people argue that actors should be able to make whatever deals they like, period, without benefit of a legal oversight system. They argue that technology renders such ‘private’ deals possible as never before” (RADIN, Margaret. *Retooling Contract for the Digital Era*. In: IMPARATO, Nicholas (Ed.). **Public Policy and the Internet: Privacy, Taxes and Contract**. Standferr (CA): Hoover Institute, p. 116)

<sup>41</sup> FERREIRA DE ALMEIDA, *Texto e Enunciado ...*, p. 586 e p. 806, enfatiza a distinção entre estas duas situações, inclusive para apontar sobre a diferente tradição entre a doutrina acerca dos sistemas jurídicos dos países latinos, receptivos a idéia da proposta contratual dirigida ao público, e a relativa ao direito germânico, que é refratária a esta figura.

contratos tem sido objeto de diferentes estudos, de onde se pode observar já a existência de um conteúdo doutrinário significativo sobre a matéria.

As primeiras análises realizadas tinham como foco mesmo a possibilidade de um contrato celebrado através de meio eletrônico preencher os pressupostos de validade exigidos pelo Direito. Ainda em 1997, Jonathan Rosenoer indagava “Are Electronic Agreements Enforceable?”. Para, logo adiante, responder que “[...] at this time, there is no clear answer [...]”<sup>42</sup>.

O conceito de "contrato eletrônico" pode, assim, ser considerado também sob um ângulo relacionado ao emprego da expressão quando se examina não só a fase da formação do contrato, também o da sua execução ou o do seu cumprimento<sup>43</sup>. É certo que contratos formados eletronicamente podem ter a sua execução ou cumprimento realizados por outro meio, tanto quanto é possível que pactos celebrados por um meio não eletrônico venham a ser executados eletronicamente. Para o propósito de verificar a aplicação dos princípios orientadores da proteção ao consumidor ao “comércio eletrônico”, entretanto, interessam fundamentalmente aqueles casos onde o aperfeiçoamento da relação se faz por meio eletrônico (contratos por computador *stricto sensu*, que, doravante, serão denominados simplesmente contratos eletrônicos), pois, nos demais casos, onde a formação do contrato não ocorreu por meio eletrônico, não se vislumbra qualquer caráter de complexidade nas relações jurídicas produzidas, que não aquelas que são

---

<sup>42</sup> ROSENOER, Jonathan. **CyberLaw**: the Law of the Internet. New York: Springer, 1996, p. 237.

<sup>43</sup> RECALDE CASTELLS, Andre. Comercio y Contractación Electrónica. **Informática y Derecho – Revista Iberoamericana de Derecho Informático**, 1999, p. 40, afirma que “[...] en un sentido lato por comercio electrónico entendemos los contratos en los que las declaraciones de voluntad negociales se emiten por medios electrónicos ... Sin embargo, puede concebirse un concepto más estricto en el que no sólo el pedido de los bienes o

objeto de estudo e análise pela doutrina própria.

Desde algum tempo, se tem sustentado o fato que o uso do meio (eletrônico) não é determinante da validade ou da eficácia do aperfeiçoamento de um ato jurídico. Em outras palavras, é perfeitamente viável, do ponto de vista jurídico, que um contrato seja aperfeiçoado utilizando-se exclusivamente meios eletrônicos, uma vez que estejam assegurados alguns requisitos técnicos<sup>44</sup>, que garantam a confiabilidade das transações e desde que as regras vigentes sobre a matéria sofram interpretação adequada, com a utilização de princípios que permitam resgatar a sua finalidade<sup>45</sup>.

Esta posição consolidou-se a partir de várias manifestações posteriores, na doutrina brasileira em particular. Entre outros, Miriam Junqueira, citando Mariza Rossi, refere que “a prova dos contratos firmados através do EDI não requer obrigatoriamente a criação de novas previsões legais”<sup>46</sup>. José Cruz e Tucci afirmou que “as técnicas de certificação disponíveis na atualidade permitem garantir razoavelmente segurança do comércio eletrônico [...]” e que “[...] a eficácia probatória dos contratos eletrônicos deve ser autorizada sem quaisquer óbices e subordinada à prudente análise do julgador [...]”<sup>47</sup>. Wald, ao tratar da matéria referente à validade dos contratos eletrônicos, defendeu que “[...] este papel importante de construção dogmática poderia ser exercido pela

---

servicios que constituyen el objeto del contrato, sino también el cumplimiento de las obligaciones por las partes (entrega, pago) se realiza por medios electrónicos [...]”

<sup>44</sup> “Para que a manifestação de vontade seja levada a efeito por um meio eletrônico ... é fundamental que estejam atendidos dois requisitos ... sem os quais tal procedimento será inadmissível: a) o meio utilizado não deve ser adulterável sem deixar vestígios, e; b) deve ser possível a identificação do(s) emitente(s) da(s) vontade(s) registrada(s) [...]” (SANTOLIM, **Formação e Eficácia...**, p. 33).

<sup>45</sup> “[...] as fontes tradicionais do direito suportam as modificações trazidas pela moderna tecnologia informática, bastando que se use a hermenêutica com todas as suas possibilidades (Ibidem, p. 41).

<sup>46</sup> JUNQUEIRA, Miriam. **Contratos Eletrônicos**. Rio de Janeiro: MAUAD, 1997, p. 66.

jurisprudência, aplicando os princípios gerais do Código e superando a letra da lei [...]”<sup>48</sup>. Érica Barbagalo entende que “[...] a legislação pátria dá abrigo aos contratos eletrônicos, prescindindo, destarte, da edição de novas regras para que esses surtam seus efeitos no mundo jurídico [...]”<sup>49</sup>. Maurício Matte, referido-se aos contratos eletrônicos, constatou que “[...] em nada inovaram a não ser o meio físico utilizado, continuando, por ser uma expressão de vontades, perfeitamente aceitáveis em sua forma, principalmente por não haver restrições legais [...]”<sup>50</sup>. Sérgio Marques Gonçalves afirma que “[...] não há óbice legal ao contrato eletrônico, mas será necessário mostrar a existência de toda uma cadeia lógica de fatos e ações das partes [...]”<sup>51</sup>. Newton De Lucca garante que “[...] A primeira observação a ser feita sobre os contratos telemáticos, ao que parece, não obstante sua aparente obviedade, é que nada impede possam eles ser livremente celebrados pelos que assim o desejarem. Inexiste norma jurídica em nossa ordenação que proíba a realização de contratos por tal meio [...]”<sup>52</sup>. Já Guilherme Magalhães Martins: “[...] Nas formas contratuais em tela , a utilização do meio eletrônico, inobstante a verificação de circunstâncias que lhe são peculiares, não afasta a incidência da mesma variedade de situações e eventos que podem vir a ocorrer na fase de formação

---

<sup>47</sup> CRUZ e TUCCI. Eficácia Probatória dos Contratos celebrados pela Internet. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto (Coord.). **Direito & Internet**. São Paulo: EDIPRO, 2000, p. 280.

<sup>48</sup> WALD, Arnold. Um novo Direito para a nova Economia: Os Contratos Eletrônicos e o Código Civil. In: GRECO, Marco Aurélio; MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). **Direito e Internet**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 20.

<sup>49</sup> BARBAGALO, Erica Brandini. **Contratos Eletrônicos**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 90.

<sup>50</sup> MATTE, Maurício. **Internet: Comércio Eletrônico**. São Paulo: LTr, 2001, p. 88.

<sup>51</sup> MARQUES GONÇALVES, Sérgio. O Comércio Eletrônico e suas implicações jurídicas: A Defesa do Consumidor. In BLUM, Renato Opice (Coord.). **Direito Eletrônico**. São Paulo: EDIPRO, 2001, p. 234.

<sup>52</sup> DE LUCCA, Newton. **Aspectos Jurídicos da Contratação Informática e Telemática**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 94.

dos contratos em geral [...]”<sup>53</sup>. Passados alguns poucos anos da pergunta formulada por ROSENBERG, vê-se que esta é uma discussão superada.

### 1.2.1 Forma e prova

#### 1.2.1.1 Documento eletrônico

Quando se examinam os aspectos formais da realização de um “contrato eletrônico” há um pressuposto essencial a ser considerado, que é aquele atinente ao conceito de “documento eletrônico”. Embora sabido que a presença de um “documento”<sup>54</sup> não é exigência para a formalização de um contrato, é certo que há casos onde a forma “escrita” se coloca como requisito de validade ou de eficácia do negócio jurídico, o que impõe considerações sobre a sua presença através de meios eletrônicos.

---

<sup>53</sup> MARTINS, Guilherme Magalhães. **Formação dos Contratos Eletrônicos de Consumo via Internet**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 123.

<sup>54</sup> Em SANTOLIM. **Formação e Eficácia...**, p. 33-34, já se teve a ocasião de examinar a extensão deste conceito. Ali se disse que “[...] qualquer que seja [...] o suporte utilizado para oportunizar a manifestação de vontade [...] para que se possa cogitar, efetivamente, da feitura de um documento [...] é imprescindível que tal suporte seja dotado de mecanismos de proteção que impeçam a modificação de seu conteúdo sem deixar vestígios [...] Da mesma forma [...] é absolutamente essencial que se tenha como proceder à identificação daquele que manifesta sua vontade [...]”.

No caso do direito brasileiro, por exemplo, a exigência quanto à forma inserida no art. 108 do Código Civil traz como consequência a impossibilidade da realização de contrato para a constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre bens imóveis através de meio eletrônico, sempre que o valor da transação exceder trinta vezes o maior salário mínimo do país.

Documento é um *registro qualificado*. Não apenas informa sobre o conteúdo de fatos, mas permite, por si só, caracterizá-los, indicando, ainda, a sua vinculação a determinado(s) sujeito(s) de direito. Para que um registro eletrônico seja considerado um “documento eletrônico” é necessário, portanto, que ele esteja revestido de certos requisitos técnicos, que, por garantirem sua indelebilidade e a identificabilidade das partes, possam conferir-lhe esta qualificação. Lorenzetti<sup>55</sup> adota critério um pouco diverso, pois não considera a identificabilidade das partes como desqualificadora do conceito de “documento”, optando por distinguir o “documento firmado” do “documento não firmado”. Nem por isso deixa-se de reconhecer que o conceito de “documento” envolve elementos adicionais ao de simples “registro” ou “dado”.

Dias de Oliveira igualmente manifesta sua preocupação quanto aos aspectos formais envolvendo o documento e o comércio eletrônicos, lembrando que “[...] durante muitos anos o papel foi o principal veículo de transmissão da vontade e de prova dessa vontade [...]”<sup>56</sup>.

De uma forma geral, a doutrina (e, depois, a legislação, onde ela se produziu) orientou-se no sentido da adoção do “princípio da equivalência

---

<sup>55</sup> LORENZETTI. **Comércio Eletrônico**, p. 63.

<sup>56</sup> OLIVEIRA. **A Protecção dos Consumidores...**, p. 153-157.

funcional”, que determina serem os documentos e contratos eletrônicos dotados da mesma validade e eficácia jurídica que seus congêneres em papel (suporte cartáceo), uma vez que atendam aos requisitos da indelebilidade dos conteúdos e da identificabilidade das partes, antes citados<sup>57</sup>. Esta é a linha, entre outros textos, da “Lei Modelo” para o Comércio Eletrônico, da UNCITRAL (United Nations Commission on International Trade Law)<sup>58</sup>, do E-Sign Act (legislação federal norte-americana), da UETA (Uniform Electronic Transactions Act, também dos EUA)<sup>59</sup> e da Diretiva 1999/93/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho (art. 5º, 2)<sup>60</sup>.

A consideração deste princípio é essencial à correta hermenêutica acerca de diversas disposições legais sobre a forma, inclusive e especialmente em matéria de proteção ao consumidor. Veja-se, por exemplo, o que dispõem os arts. 46 (“os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores [...] se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance”), 48 (“as declarações de vontade constantes de escritos particulares”) e 49 (“o consumidor pode desistir do contrato, no prazo de 7 (sete) dias a contar da sua assinatura”), do Código de Defesa do Consumidor, regras onde uma interpretação meramente literal conduziria a exigência de suporte cartáceo, o que não é verdadeiro.

---

<sup>57</sup> OLIVEIRA. **A Proteção dos Consumidores...**, p. 155, depois de reconhecer que “[...] as exigências de forma solene, *in casu*, nos contratos celebrados com os consumidores, podem constituir um obstáculo à fluidez do tráfego comercial eletrônico [...]” aponta para a existência de solução a partir de texto expresso de lei, no direito português (o art. 3º, nº 1, do Dec.-Lei nº 290-D/99, que assegurou que o requisito legal da forma escrita estará preenchido, no caso do documento eletrônico, se o seu conteúdo for suscetível de representação como declaração escrita).

<sup>58</sup> Texto integral em [www.uncitral.org](http://www.uncitral.org).

<sup>59</sup> Acerca das distinções de tratamento à matéria no E-Sign Act e na UETA, veja-se o trabalho de NIMMER, Raymond. *Electronic Signatures and Records: the New U.S. perspective. Computer & Internet Lawyer*, dec. 2000.

<sup>60</sup> Textos integrais das Diretivas em [www.Europa.eu.int](http://www.Europa.eu.int).

Amelia Boss<sup>61</sup>, ao comparar a UETA à Lei Modelo da UNCITRAL, enfatiza que uma das mais notáveis características tanto da UETA quanto da Lei Modelo é a sua natureza minimalista. Mais do que pretender regular ou impor regras específicas para o comércio eletrônico, os textos têm como preocupação fundamental remover as barreiras existentes ao desenvolvimento do comércio eletrônico, de modo a assegurar que as trocas eletrônicas possam prosseguir, sem impor nenhum requisito adicional.

Neste sentido, destaca a mesma autora, exerce papel importante o “princípio da equivalência funcional”, antes referido. Em outras palavras, não deve haver discriminação contra o documento eletrônico, ou assinatura ou contrato, com base no fato de que ele está em meio eletrônico e não em papel<sup>62</sup>.

Fry<sup>63</sup>, analisando as barreiras legais ao comércio eletrônico, diz que talvez o primeiro e um dos mais importantes desafios é apresentado pelo simples fato de que o registro das transações pode ser efetuado em meio estritamente eletrônico, sem o equivalente em papel.

Segundo a mesma autora, o primeiro passo para criar a base de um sistema legal para o comércio eletrônico é afastar as barreiras que lhe são impostas, e a primeira e mais óbvia barreira encontrada no direito diz respeito à exigência de forma específica para certas transações. Depois de superada esta primeira etapa, é necessário identificar as medidas que são impostas às transações formalizadas em papel e analisar até que ponto estas medidas

---

<sup>61</sup> BOSS, Amelia. The UETA in a Global Environment. **Idaho Law Review**, 2001, p. 279.

<sup>62</sup> Ainda segundo BOSS, outro princípio que orienta tanto a lei modelo quanto a UETA é o da “neutralidade tecnológica”, que significa que não deve haver discriminação feita em previsões legais entre os vários tipos de tecnologia eletrônica que podem ser utilizados para a prática de atos jurídicos.

podem ser estendidas para os meios eletrônicos. Assim, torna-se necessário identificar e entender as medidas que serão implementadas através do uso do papel e dos requisitos de assinatura. Conforme Fry, estas funções podem ser divididas em (a) prova e memória, (b) aviso e comunicação, (c) solenidade e precaução e (d) título ou propriedade.

Por *prova e memória*, Fry entende que o texto em papel pode ser conservado no tempo e está capacitado a revelar, no futuro, como foi originalmente construído. A informação colocada no papel suporta uma inferência de que a transação efetivamente ocorreu e oferece uma prova razoável e confiável dos termos desta transação. Da mesma maneira, a informação guardada em outros meios pode suportar a mesma inferência. Quanto a *aviso e comunicação*, o fato de o texto em papel poder ser enviado por uma parte e recebido pela outra, com a comunicação de uma informação, assim como a habilidade de uma pessoa para acessar a informação, constituem funções do registro em papel. Uma vez mais, entretanto, o meio não é elemento essencial. Essa função pode ser atendida (e, até, com melhor eficiência e eficácia), pelos meios eletrônicos. No que tange à *solenidade e precaução*, os escritos em papel, e as eventuais formalidades exigidas para sua leitura e assinatura, podem ser usados para significar para os indivíduos que os atos praticados possuem uma certa relevância e que vão gerar determinadas conseqüências. Nestas circunstâncias, outra vez, a informação é o elemento crítico, não o meio utilizado. Por fim (*título ou propriedade*), o escrito (ele mesmo) pode ser um título, isto é, um item de propriedade, que pode ser transferido e vendido. Como no mundo dos computadores, entretanto,

---

<sup>63</sup> FRY. Introduction to the UETA ..., p. 243-246.

inumeráveis cópias podem ser feitas sem que uma possa ser distinguida uma da outra, neste único caso os dados eletrônicos não servem às mesmas funções que os dados em papel.

A conclusão que se pode extrair das observações feitas por Fry é para reafirmar-se o “princípio da equivalência funcional”, já que, de todas as funções que o suporte cartáceo desempenha para a caracterização do documento eletrônico, apenas uma delas (que, na teoria dos títulos de crédito, resultará no princípio da cartularidade), não pode ser atendida satisfatoriamente pelos meios eletrônicos.

Mas, além das funções já destacadas, é importante reconhecer que a forma assume progressivamente um papel de proteção da confiança<sup>64</sup>, e não mais de mero mecanismo para caracterizar a literalidade dos atos praticados, com o que se insere como aspecto importante da tutela jurídica dos sujeitos vulneráveis, como se observará adiante, no item 2.1.2.

#### 1.2.1.2 Assinaturas (firmas) eletrônicas e digitais

As considerações acerca da adaptabilidade do uso de meios eletrônicos ao conceito jurídico de “documento”, como tradicionalmente reconhecido, não impediram que, nos anos recentes, um número significativo de textos legais fosse produzido, com a finalidade específica de regular a matéria.

---

<sup>64</sup> Veja-se, a respeito deste aspecto, “Uma mera formalidade”, de Danilo DONEDA. In: SILVEIRA RAMOS, Carmen Lucia et al (Org.). **Diálogos sobre Direito Civil**. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2002, p. 191.

A partir do *Utah Digital Signature Act* (1995), do Estado norte-americano de Utah, elaborado com os expressos propósitos (entre outros) de “facilitar o comércio por meio de mensagens eletrônicas confiáveis” e “minimizar a incidência de assinaturas digitais forjadas e a fraude no comércio eletrônico”, chegou-se a um quadro onde a grande maioria dos sistemas jurídicos contemporâneos, vinculados aos países mais desenvolvidos economicamente, possuem legislação sobre o assunto. Acompanhando a posição da doutrina, esta legislação vem distinguindo o conceito de “assinatura ou firma eletrônica” (gênero) do de “assinatura ou firma digital” (espécie), conferindo-lhes também distinta eficácia, conforme o caso.

Quanto ao primeiro conceito, que é de caráter genérico<sup>65</sup>, está associado a qualquer forma de identificação aplicável a um dado eletrônico. Já a noção de “assinatura digital” vincula-se à utilização de técnica específica, com a mesma finalidade, à qual a legislação reconhece o efeito de conferir identificabilidade ao registro eletrônico, que é, via de regra, a “criptografia assimétrica”<sup>66</sup>. Embora a “primeira geração” de leis reconhecendo as assinaturas digitais tenha feito expressa referência a esta tecnologia como a única possível a ser empregada<sup>67</sup> (desconsiderando, assim, o “princípio da

---

<sup>65</sup> A legislação de UTAH define “Assinatura Eletrônica” como “an electronic sound, symbol, or process attached to or logically associated with a record and executed or adopted by a person with the intent to sign the record”, conceito assumido pela maior parte das legislações estaduais norte-americanas (Alabama, Arkansas, California, Colorado, Delaware, Florida, Hawaii, Idaho, Indiana, Iowa, Kansas, Kentucky, Michigan, Minnesota, Montana, Nebraska, North Dakota, Oregon, Pennsylvania, Rhode Island, South Dakota, Tennessee, Virginia, Wyoming). Segundo a Diretiva 199/93/CE, “assinatura eletrônica” consiste em “dados sob a forma eletrônica, ligados ou logicamente associados a outros dados eletrônicos, que sejam usados como método de autenticação” (art. 2º, 1). Fonte: [www.mbc.com](http://www.mbc.com).

<sup>66</sup> Sobre criptografia assimétrica veja-se, por todos, VOLPI, Marcelo. **Assinatura Digital**. Rio de Janeiro: Axcel Books, 2001.

<sup>67</sup> Assim as leis dos estados norte-americanos do Arizona, Florida, Illinois, Indiana, Iowa, Louisiana, Maryland, Minnesota, Missouri, Montana, New Hampshire, New Mexico, North Dakota, Utah e Washington, entre outros). Fonte: [www.mbc.com](http://www.mbc.com).

neutralidade tecnológica<sup>68</sup>), textos posteriores vêm adotando linha mais flexível. A Diretiva 1999/93/CE, embora faça referência à criptografia assimétrica (art. 2º, 7), confere-lhe um caráter exemplificativo, não ficando o conceito de “assinatura eletrônica avançada” (forma qualificada de assinatura eletrônica) atrelado exclusivamente a esta tecnologia. No mesmo sentido, a legislação do Estado da Califórnia (EUA), também de 1999. Diante do avanço tecnológico constante, esta orientação mais recente parece ser a mais adequada, para evitar a necessidade de reiteradas alterações legislativas destinadas a acomodar as novas técnicas de identificabilidade e indelebilidade de “documentos eletrônicos”. De qualquer maneira, para quem entenda que “assinatura digital” é só a que usa criptografia assimétrica, forçoso será reconhecer que o gênero “assinatura eletrônica” há de compreender outras espécies às quais haverá de se reconhecer a mesma eficácia daquelas, uma vez que demonstrem cumprir com as mesmas finalidades (“assinaturas biométricas”<sup>69</sup>, por exemplo).

### 1.2.2 *Momento*

---

<sup>68</sup> No texto da “Lei Modelo” da UNCITRAL (art. 9º, 2), indica-se que qualquer tecnologia pode ser utilizada para gerar eficácia probatória aos documentos eletrônicos, desde que seja garantida a geração, o arquivamento e a integridade da mensagem, e a identificação do seu autor. Veja-se, também, a nota 57.

<sup>69</sup> GARFINKEL, Simson. **Database Nation**. Sebastopol (CA): O’Reilly, 2000, p. 55-59 relaciona algumas formas de identificação biométrica, bem como analisa o mecanismo de funcionamento desta tecnologia, a partir da combinação entre um dispositivo capaz de mensurar algum aspecto do corpo humano e um banco de dados. Entre outras possibilidades referentes a tipologia física das pessoas estão o exame das impressões da retina e da íris dos olhos, digitalização de assinaturas manuscritas, impressões digitais, geometria das mãos, impressões de voz e reconhecimento facial.

Maria del Pilar Perales Viscasillas<sup>70</sup> aponta para o que denominou “crise” na categoria que distingue entre *presentes* e *ausentes*, quando se trata de comércio eletrônico. Esta é uma distinção tradicionalmente feita pela doutrina, a partir da qual cada sistema jurídico adota uma dentre várias teorias existentes para a definição do momento da celebração de um contrato (manifestação, expedição, recepção, cognição – ou conhecimento). Assim o era no Código Civil de 1916 (arts. 1081 e 1082) e prossegue no Código Civil de 2002 (arts. 428 e 430), no direito brasileiro. O problema não passou despercebido também à doutrina pátria, como se percebe do registro feito por Luis Wielewicki<sup>71</sup>.

Todavia, um dos elementos mais perceptíveis da distinção (a proximidade física entre as partes contratantes) já fora superado desde que se admitiu a caracterização como entre presentes dos contratos realizados por telefone (no Brasil, já em texto expresso do Código Civil de 1916 – art. 1081, I), mesmo à distância, indicando que o critério mais adequado era o da “imediatez” da resposta<sup>72</sup>, a tal ponto de ser questionável mesmo a função prática da distinção<sup>73</sup>. Semelhante é a posição de Wielewicki:

Considerando-se a brevidade de envio e recebimento de mensagens eletrônicas, é possível concluir que, independentemente da definição do binômio ausentes *versus* presentes, a formação dos *contratos eletrônicos* sujeita-se a

<sup>70</sup> PERALES VISCASILLAS, Maria del Pilar. Formación del Contrato. In: BOTANA GARCÍA, Gema Alejandra (Coord.). **Comercio Electrónico y Protección de los Consumidores**. Madrid: La Ley, 2001, p. 410.

<sup>71</sup> “Outra questão relevante quando se trata da contratação eletrônica é saber se os instrumentos que a possibilitam podem caracterizar uma contratação entre ausentes ou entre presentes ...”, como afirma em WIELEWICKI, Luis. Contratos e Internet: Contornos de uma Breve Análise. In: SILVA JÚNIOR, Ronaldo Lemos da; WAISBERG, Ivo (Org.). **Comércio Eletrônico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 206.

<sup>72</sup> SANTOLIM. **Formação e Eficácia**..., p. 12; PERALES VISCASILLAS, op. cit., p. 411.

<sup>73</sup> “[...] esa clasificación de los contratos tiene que ser superada, ya que resulta claramente insuficiente para acomodar a los modernos medios de comunicación que emplean las partes como vehículo para la exteriorización del consentimiento contractual [...]” (PERALES VISCASILLAS, loc. cit.)

regimes distintos, de acordo com a duração do período existente entre oferta e aceitação contratuais [...]<sup>74</sup>

Na Comunidade Européia, a par da existência de diretiva “relativa à proteção dos consumidores em matéria de contratos à distância” (Diretiva 97/7/CE<sup>75</sup>), ainda a já mencionada Diretiva 2003/31/CE<sup>76</sup> sugere que a solução mais adequada para a definição sobre o momento do aperfeiçoamento dos contratos eletrônicos envolve o uso adequado da tecnologia, fracionando-se em duas etapas: o prestador de serviço tem que (a) acusar o recebimento da encomenda do destinatário, por meio eletrônico, considerando-se que (b) tanto a encomenda quanto o aviso do recebimento são vinculativos no momento em que as partes a que estão endereçadas têm a possibilidade de acessá-los. A mesma disposição determina, ainda, que os Estados-Membros assegurem que o prestador de serviços disponibilize ao destinatário “os meios técnicos adequados, eficazes e acessíveis, que lhe permitam identificar e corrigir erros” de introdução de dados, antes de formular a ordem de encomenda, sendo que esta determinação não pode ser afastada por convenção entre as partes, nas relações de consumo.

Lorenzetti, refere ainda a diferença entre contratos *instantâneos*, *não-instantâneos* e os que implicam *venda à distância a consumidores*, para dedicar particular atenção ao caso dos contratos *não instantâneos* que, sem caracterizar uma relação de consumo, são celebrados por meio eletrônico,

---

<sup>74</sup> WIELEWICKI. Contratos e..., loc. cit.

<sup>75</sup> ROCHA/CORREIA/RODRIGUES/ANDRADE/CARREIRO, Leis do Comércio Eletrónico – Notas e Comentários, p. 289, além de [www.europa.eu.int](http://www.europa.eu.int).

<sup>76</sup> “Relativa a certos aspectos legais dos serviços da sociedade de informação, em especial do comércio eletrônico, no mercado interno”, conhecida como “Diretiva sobre o Comércio Eletrónico”, de 08/06/2000, em *Ibidem*, p. 325.

podendo então ser qualificados como entre *ausentes*<sup>77</sup>.

Distinção semelhante é feita por María José Azar<sup>78</sup>, que parte previamente de outro contraste, entre comunicações *interativas* e *não-interativas* (onde apenas nas primeiras se permite a “imediatez” da resposta), para dizer que os contratos serão entre “presentes”, no primeiro caso (tanto quanto às comunicações *automáticas*, feitas entre computadores previamente programados), e entre “ausentes” no segundo caso (ou, mesmo diante de comunicação interativa, por qualquer motivo não for possível a resposta imediata). Em outras palavras (“contratação pela troca de e-mails” e “contrato por adesão eletrônica”, também Frederico Eduardo Zenedin Glitz estabelece a mesma distinção<sup>79</sup>.

Estas distinções possuem significativa dimensão no plano da eficácia dos contratos celebrados, pois, como refere Elsa Dias Oliveira existem “... autores que defendem que a divulgação de bens e serviços num sítio Internet deverá ser considerada, por regra, como *invitatio ad offerendum*. Já no caso de ser utilizado o correio electrónico, a qualificação da mensagem como convite ou proposta a contratar dependeria da análise do seu próprio conteúdo e também do número de mensagens iguais que fossem enviadas a outros destinatários ...”<sup>80</sup>

Já a polémica acerca da aplicabilidade da noção de *contrato à*

<sup>77</sup> LORENZETTI. **Comercio Electrónico**, p. 197.

<sup>78</sup> AZAR, Maria José. El Consentimiento em la Contratación de Consumo por Internet. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 42.

<sup>79</sup> GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin. A contemporaneidade contratual e a regulamentação do comércio eletrônico. In RAMOS, Carmen Lucia Silveira et al. (Org.) **Diálogos sobre Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 209.

<sup>80</sup> OLIVEIRA. **A Protecção dos Consumidores ...**, p. 87.

*distância* aos contratos eletrônicos é conhecida<sup>81</sup> e, de fato, guarda íntima conexão com a preservação das categorias tradicionais sobre contratação (entre “presentes” ou entre “ausentes”), já antes questionada.

A reconhecer-se a manutenção da distinção feita tradicionalmente, é forçoso admitir que os contratos eletrônicos podem ser celebrados tanto de modo instantâneo (como ocorre no caso da conexão “on-line” entre dois sistemas previamente programados<sup>82</sup>) como de forma sucessiva, ou não-instantânea (contratos realizados através de “e-mail”, por exemplo), de onde podem ser entre *presentes* ou entre *ausentes*, conforme o caso. O mesmo art. 11 da Diretiva 2003/31/CE reconhece esta circunstância, quando dispõe que as regras sobre a obrigatoriedade de o prestador de serviço (a) acusar o recebimento da encomenda e (b) colocar a disposição do destinatário meios técnicos adequados à prevenção de erro não se aplicam “aos contratos celebrados exclusivamente por correio eletrônico ou outro meio de comunicação individual equivalente”.

Da mesma forma, a constação sobre tratar-se de “oferta ao público” ou “convite a contratar” dependeria do exame das circunstâncias que cercam o caso concreto, podendo existir tanto uma quanto outra situação.

---

<sup>81</sup> BOTANA GARCÍA. Noción de Comercio... p. 47, ainda que se posicione no sentido de que os contratos na Internet sejam “contratos à distância”, não deixa de referir pensamento diverso (MATEU DE ROS), na linha de que os contratos na Internet, ainda que se gerem e se executem a distância, se parecem muito mais a contratação física ou presencial habitual do que com os tradicionais contratos entre ausentes e a compra e venda à distância.

<sup>82</sup> Aquela situação que designou-se – a partir de um conceito mais restrito do que seria um “contrato por computador” – como sendo onde o sistema informatizado funciona como verdadeiro “auxiliar” no processo de formação da vontade (SANTOLIM. **Formação e Eficácia** ..., p. 25).

### 1.2.3 Lugar

Não existem muitas alternativas a considerar para a determinação do “lugar” de celebração dos contratos eletrônicos que não estejam fundadas em presunções. Diante do já comentado fenômeno da “desterritorialização”, o “lugar” onde um contrato eletrônico ocorre é “virtual”, e não “real” ou do mundo físico. Daí a imprescindibilidade, para o Direito, do uso da técnica das presunções.

Basicamente, são duas as possibilidades de indicação sobre o lugar da celebração dos contratos eletrônicos, valendo-se de presunções. A solução tradicional<sup>83</sup> é a de que é a residência do peticitante que define o lugar do contrato (art. 9º, *caput*, da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro e art. 435 do mesmo Código Civil<sup>84</sup>). É a alternativa proposta por Marques Gonçalves<sup>85</sup>, entre outros, até mesmo para as relações de consumo. Outro caminho é o proposto por Lorenzetti, que, embora reconheça a majoritária orientação legislativa, como regra geral, em considerar o domicílio do ofertante como o lugar de celebração do contrato, enfatiza ser outra, e inversa, a

<sup>83</sup> Inclusive em matéria de Direito Internacional Privado (LICC, art. 9º, § 2º).

<sup>84</sup> Examinando a matéria acerca das normas conflituais nos países do MERCOSUL, FERREIRA DA SILVA, Luis Renato Das regras contratuais no MERCOSUL: as normas conflituais e as normas de Direito Material. In: BASSO, Maristela (Org.). **Mercosul**: seus efeitos jurídicos, econômicos e políticos nos países-membros. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 193, afirma que, no que tange a estas normas, “[...] a regra do direito pátrio é a incidência da lei do local de celebração do contrato e, quando realizado entre pessoas ausentes, a da residência do proponente. Em qualquer circunstância, prevalece a regra nacional para a forma, quando esta integra a substância do ato [...]”.

<sup>85</sup> “[...] por expressa determinação do legislador brasileiro, fixou o local de constituição da obrigação em razão da residência do proponente ... Assim sendo, o consumidor brasileiro que contratar com uma empresa de outro país, sem estabelecimento no Brasil, terá de ver-se obrigado a utilizar-se das leis daquele Estado, com exceção dos casos onde haja acordos de cooperação, uma vez que se aplicam as regras de Direito Internacional Público que dependem de adesão de cada país ...” (MARQUES GONÇALVES. O Comércio Eletrônico..., p. 235)

tendência em matéria de relações de consumo. Nesta hipótese, o domicílio do consumidor é o determinante da identificação do lugar do contrato<sup>86</sup>.

Ainda outra distinção possível leva em conta o fato de o contrato eletrônico valer-se ou não do sistema de “correio eletrônico” (*e-mail*). Conforme Andrea Gaudenzi<sup>87</sup>, “nel caso di un contratto concluso attraverso la posta elettronica il luogo di conclusione sarà il *luogo fisico* dove è collocato il *server* del *provider* che riceve la posta elettronica per conto del contraente”.

### **1.3 Espécies de comércio eletrônico**

Existem ao menos dois diferentes critérios segundo os quais se pode estabelecer uma classificação do comércio eletrônico. Pode-se tomar como referência tanto o sistema utilizado (redes abertas ou redes fechadas de computadores) quanto as partes envolvidas na relação (com ou sem a presença de consumidores). De fato, com grande frequência, os dois critérios se confundem. A grande maioria das relações de comércio eletrônico com a participação de consumidores ocorre em redes abertas de computador, mas não é impossível que se dêem em redes fechadas, e nem tampouco que as relações comerciais que não são de consumo sejam estabelecidas através de redes abertas. Ao conceito de “rede aberta de computadores” corresponde hoje a idéia de Internet<sup>88</sup>, embora seja perfeitamente possível cogitar-se na

---

<sup>86</sup> LORENZETTI. **Comercio Electrónico**. p. 200-201.

<sup>87</sup> GAUDENZI, Andrea Sirotti. **Il Commercio Elettronico nella Società dell'Informazione**. Napoli: Sistemi Editoriali, 2003, p. 26.

<sup>88</sup> Conforme esclarece MATTE. **Internet...**, p. 26-29), “[...] a grande rede surgiu na década de 1960 quando, em função do crescimento do comunismo, os militares norte-americanos criaram um projeto que preocupava-se em montar, nos dizeres de OLAVO JOSÉ GOMES

existência de mais de uma “rede aberta de computadores”, como a experiência já logrou demonstrar.

### 1.3.1 EDI<sup>89</sup> e Internet.

Segundo Willingham<sup>90</sup>, os dois modos mais conhecidos de comércio eletrônico são: (1) o intercâmbio eletrônico de dados (EDI), entre sistemas fechados de computadores e (2) os negócios através da Internet, em redes abertas de computador.

Na mesma linha, MARTÍNEZ DE NADAL<sup>91</sup>, diz que o EDI consiste na realização de transações comerciais de forma automatizada, com o

---

ANCHIESCHI, ‘uma arquitetura, cujo objetivo era funcionar como um sistema de comunicação independente, mesmo que Washington fosse riscada do mapa por um ataque nuclear. A Internet nasceu sem um centro de comando. Não tem dono nem governo, cresce espontaneamente como capim e qualquer corporação venderia a alma para tê-la a seu serviço’. Anteriormente denominada de ARPANet (por ser a rede da organização Advanced Research Projects Agency – Rede da Agência de Projetos de Pesquisa Avançada), evoluiu por meio das universidades e instituições que, com o passar dos tempos, foram sentindo necessidade e vislumbrando reduções de custos ao dispor de uma ligação a ela. Com o advento do e-mail (electronic mail ou mensagem eletrônica), em 1974, por Ray Tomlinson, iniciou-se o processo de massificação de sua utilização. Dois anos após, Tomlinson, juntamente com Vinton Cerf e Robert Khan, inventaram o protocolo de comunicações TCP (Transmission Control Protocol) que aliado com o IP (Internet Protocol) formaram o padrão da Internet e possibilitaram a troca de informações entre máquinas baseadas em tecnologias diferentes. À medida que as interligações das instituições e universidades foram aumentando por todo o globo, seus usuários vêm lutando para facilitar sua utilização. A World Wide Web (Teia Global), um sistema projetado para unir, ou entrelaçar, os vastos recursos da Internet, vem a ser uma tentativa de solucionar esse problema. Criada no European Particle Physics Laboratory – CERN, em Genebra, a Teia Global (World Wide Web, abreviada como ‘WWW’) foi concebida originalmente como um sistema de intercâmbio para hipertexto baseado na Net, que permitiria aos físicos europeus compartilharem um ‘universo de documentos’. A Internet, então, durante muito tempo foi utilizada para uso exclusivamente científico e governamental, somente sendo liberada para uso comercial em 1987 e, no Brasil, a partir de 1995, sendo que o comércio eletrônico apenas começou a dar seus primeiros passos em meados de 1998.”

<sup>89</sup> Sigla para “Electronic Data Interchange”.

<sup>90</sup> WILLINGHAM. *Electronic Commerce and the Free Trade Area of the Americas*. p. 485.

<sup>91</sup> MARTÍNEZ DE NADAL. *Comercio Electrónico...*, p.29

intercâmbio, em formato padronizado, de ordens de compra, venda e pagamento, realizadas de computador a computador, dentro de comunidades setoriais, e, geralmente, através de redes fechadas (as denominadas VAN, ou *Value-Added Networks*) cujo uso, previamente pago, é proporcionado pelos correspondentes provedores de serviços. Ainda segundo a mesma doutrina, há outro contexto do comércio eletrônico, baseado na Internet, que é conhecido como “comércio eletrônico aberto”, e se caracteriza por ser um comércio sem a necessidade de acordos bilaterais previamente negociados entre partes que não necessariamente mantêm relações estáveis.

### *1.3.2 Business-to-business (B2B) e Business-to-consumer (B2C)*

O comércio eletrônico entre partes não-consumidoras (isto é, onde não se caracteriza uma relação de consumo), é identificado como “B2B”. Considerando-se a circunstância de que se trata de relações entre comerciantes ou empresários, onde ambas as partes desenvolvem atividades de fito lucrativo, a forma mais usual de estabelecimento deste tipo de relação é através de redes fechadas de computador (EDI). No entanto, conforme lembra Michael Greenlee<sup>92</sup>, o comércio eletrônico B2B pode dar-se também através da Internet, e permite acordos com o que denomina de clientes “primários” e “secundários”. No primeiro tipo de relação, que ocorre, geralmente, entre empresas que exercem alguma forma de parceria comercial, para a compra e venda de bens e/ou o fornecimento de serviços, valendo-se de uma rede de computadores, adota-se um entre dois métodos: (a) acordo entre as partes que

inclui os termos aplicáveis a compradores e vendedores no B2B “web site” (usando a Internet), e regras gerais sobre os negócios assim realizados ou (b) contratos de compra e de venda diferentes, com partes distintas, mas que, coletivamente, formam igualmente um conjunto de termos e condições, diferentes de um acordo entre parceiros comerciais singulares. No segundo caso, o acordo ocorre entre um provedor de acesso a Internet e o seu cliente, e irá permitir a terceiros realizar negócios com o cliente do serviço de provimento de acesso.

---

<sup>92</sup> GREENLEE, Michael. Affect of UETA, UCITA and E-Signatures Legislation on Exchange and ASP Agreements. In: PLOTIKIN, Mark E.; STREET, F. Lawrence (Org.). **Solving the Legal Issues Affecting B2B Transactions**. New York: Practising Law Institute, 2001, p. 289.

De uma forma geral, a doutrina, a jurisprudência e mesmo a maior parte dos textos legais já elaborados sobre o assunto vêm assegurando a preservação dos sistemas protetivos dos consumidores, no comércio eletrônico. Em um dos primeiros trabalhos sobre o tema, Oliver Hance já destacava que uma vez estabelecida a relação de consumo, não poderia haver dúvida quanto à plena incidência do regime protetivo próprio dos consumidores<sup>93</sup>.

A análise do comércio eletrônico voltado ao consumidor (B2C) impõe uma prévia distinção entre duas situações: aquela que envolve os chamados "bens digitais" (*digital goods*) e a que trata dos "bens convencionais", ou "comuns" ou "ordinários" (*ordinary goods*)<sup>94</sup>. Lena Olsen<sup>95</sup> destaca que no primeiro caso o consumidor não apenas usa o meio eletrônico para o aperfeiçoamento do negócio, mas também a execução ou o cumprimento do contrato é feita do mesmo modo. Isso pode ocorrer na aquisição de *softwares*, por exemplo, onde a entrega do "bem digital" é feita por meio eletrônico (via *download* do programa). Outra hipótese ocorre quando, embora o aperfeiçoamento do contrato se faça por meio eletrônico, a sua

---

<sup>93</sup> "As soon as a contract is concluded between a consumer and a trader (to simplify matters), the transaction in question is quite minutely regulated by consumer protection law. Consumer protection is provided both by *general laws* and by laws *specifically* applicable to long-distance selling, or to a certain product or service, which usually apply on the Internet as elsewhere". (HANCE, Oliver. **Business and Law on the Internet**. New York: MacGraw Hill, 1996, p. 161.)

<sup>94</sup> DE NAYER, Benoît. The Consumer in Electronic Commerce: Beyond Confidence In: WILHELMSSON, Thomas; TUOMINEN, Salla; TUOMOLA, Heli (Org.). **Consumer Law in the Informational Society**. The Hague: Kluwer, 2001, p. 117, refere que "[...] A distinction is often made between *direct e-commerce* and *indirect e-commerce*. The first one is the electronic ordering of tangible goods, the second refers to electronic delivery of intangibles. The second category of e-commerce is more susceptible to create new problems for consumers [...]".

<sup>95</sup> OLSEN, Lena. The Information Duty in Connection with Consumer Sales over the Net. In: WILHELMSSON, Thomas; TUOMINEN, Salla; TUOMOLA, Heli (Org.). **Consumer Law in the Informational Society**. The Hague: Kluwer, 2001, p. 148.

execução opera-se pela tradição, através do encaminhamento físico do "bem", pelo correio ou outro meio de transporte.

Ramos Pereira chama a atenção para as características próprias do comércio eletrônico voltado para os consumidores<sup>96</sup>:

O Direito dos consumidores na Internet deve ser perspectivado com mais precauções e garantias, atenta a especificidade do consumo na Internet, que se pode resumir em cinco caracteres:

- 1) Inexistência de contacto pessoal entre consumidor e fornecedor;
- 2) Dificuldade do consumidor em apurar a idoneidade e honestidade do fornecedor e vice-versa;
- 3) Inexistência de certeza de que a prestação contratual de uma ou de outra parte será cumprida;
- 4) Dificuldade em descobrir a identidade e endereço real do fornecedor que se pode ocultar através de um endereço electrónico verdadeiro, mas com identidade e endereço postal falsos;
- 5) Dificuldade probatória da outorga do negócio jurídico, firmado através de um "clique" num botão do rato, sem a aposição de qualquer assinatura num contrato.

Benôit De Nayer<sup>97</sup>, sob outra perspectiva, indica as cinco características que o comércio eletrônico voltado para o consumidor possui:

a) *mediatização*, porque está fortemente ligado ao seu condutor, a rede eletrônica de computadores, que torna-se constantemente mais complexa e intrincada para o consumidor;

b) *aceleração e virtualização*, no sentido de que reduzindo-se o tempo necessário para obter um produto ou serviço tende-se a beneficiar o consumidor. Entretanto, alerta o pesquisador do *Centre de Droit de la Consommation*, da Bélgica, que deve-se ter presente que esta aceleração

<sup>96</sup> RAMOS PEREIRA. *Direito da Internet e...*, p. 169.

<sup>97</sup> DE NAYER. *The Consumer...*, p. 119.

essencialmente beneficia o fornecedor, pois os estoques podem ser submetidos a uma rotatividade maior, criando também melhores condições de fluxo financeiro;

c) *internacionalização*, eis que o comércio eletrônico é essencialmente internacional, suscitando, por isso, questões particularmente complexas no campo da jurisdição, como adiante se verá. De Nayer<sup>98</sup> menciona mesmo que “a distinção tradicional entre consumidor ativo e passivo, baseada na Convenção de Roma, parece estar superada pelos recentes avanços da tecnologia”;

d) *parcelização*, pois, na medida em que os custos de transação tendem a diminuir com o uso dos processos automatizados, o modelo econômico baseado no campo do *e-commerce* é freqüentemente assentado em transações de pequeno valor (“pay-per-use”);

e) *transparência*, já que as tecnologias utilizadas no *e-commerce* tendem a agravar a assimetria de informação entre fornecedores e consumidores, impondo a necessidade de reequilibrar esta relação através de medidas que possam esclarecer estes últimos. Os fornecedores podem adquirir condições de “quase invisibilidade” para esconder suas reais identidades dos consumidores.

---

<sup>98</sup> DE NAYER. The Consumer..., p. 121.

## **1.4 Peculiaridades do comércio eletrônico através de redes abertas de computador (Internet)**

### **1.4.1 Os “contratos por clique”**

Mark Budnitz<sup>99</sup> aborda como os contratos são formados na Internet. Aponta para os aspectos que considera relevantes: (a) o que constitui a aceitação do consumidor diante da oferta do vendedor, (b) quais são os termos e condições do contrato, (c) que conduta o consumidor manifesta para que a sua concordância seja capaz de vinculá-lo, (d) quando um consumidor submete a sua ordem de compra a um vendedor pela Internet, se isto constitui a aceitação do consumidor para a oferta do vendedor ou é o consumidor quem está fazendo oferta, (e) se a última hipótese está correta, o que constitui a aceitação do vendedor e (f) se o contrato está sendo formado, por quais termos e condições fica obrigado o consumidor.

Todos estes itens podem ser observados também naquilo que o mesmo autor caracteriza como uma “típica” transação on-line, onde o consumidor inicia na *home page* do vendedor, clica em atalhos que existem na página contendo vários itens para venda, seleciona os itens que quer, através de um “clique” do seu mouse como indicado, que coloca cada item dentro de um recipiente de compras virtual. Então o consumidor procederá um virtual *check-out* da transação, onde serão solicitados vários tipos de informação em

---

<sup>99</sup> BUDNITZ, Mark. Consumers Surfing for Sales in Cyberspace: what constitutes acceptance and what legal terms and conditions bind the consumer? **Georgia State University Law Review**, summer 2000, p. 742.

um formulário on-line. As informações mais comuns incluirão seu nome e endereço, e uma conta de cartão de crédito, bem como lhe será solicitado que indique a sua preferência quanto ao modo dos bens serem enviados. O vendedor poderá solicitar que ele se registre e que também escolha uma senha. Neste ponto a página solicita ao consumidor para clicar em um “botão” virtual, o qual transmite a informação do computador do consumidor para o servidor de Internet do vendedor. Este botão pode ser nominado “aceito” (ou “*submit*”), ou expressão semelhante. Em algum momento posterior, o vendedor enviará ao consumidor um e-mail, confirmando a ordem de compra. Em razão do contrato se formar através de vários “clicks” do mouse do computador do consumidor, mediante vários passos do processo de compra on-line, estes acordos são conhecidos como “contratos por clique” (*click-trough contracts* ou *clickwrap agreements*).<sup>100</sup>

Muito embora os “*click agreements*” constituam realmente a mais “típica” situação de comércio eletrônico na Internet, não são uma exclusividade da negociação através de redes abertas de computador, pois também na aquisição de “software de balcão”, por exemplo, os consumidores são

---

<sup>100</sup> RING JÚNIOR, Carlyle C. UCITA: Contract Rules for Information Commerce. In: NIMMER, Raymond T. (Org.). **Understing Eletronic Contracting: UCITA**, E signature, federal state and foreign regulations. New York: Practising Law Institute, 2001., apresenta uma relação de casos, na jurisprudência norte-americana, reconhecendo a validade e a eficácia dos shrinkwraps e dos click-wraps agreements: ProCD, Inc. v. Zeidenberg (adiante comentado), Compuserve v. Patteron, Hill v. Gateway 2000, Inc., Brower V. Gateway 2000, Inc., M. A. Morteson Co., Inc. v Timberline Software Corp., Caspi v. Microsoft Network, L. L. C. et. Al., Hotmail Corp. v. Van\$Money Pie, Inc., Rudder v. Microsoft Corp., Green Book Int’l Corp. v. Inunity Corp., Micro Star v. Formgen, Inc., Management Computer Controls, Inc. v. Charles Perry Const., Inc., Arizona Retail Sys., Inc. v. Software Link, Inc., Storm Impact, Inc. v. Software of the Month Club e Groff v. America Online, Inc. . Por sua vez DUBANEVICH, Keith S.; SHEBIEL, Alec J. Minimizing Exposure: personal jurisdiction in the silicon forest. **Oregon State Bar Bulletin**, dec. 2001 afirmam que “A ‘clickwrap agreement’ allows the consumer to manifest her assent to the terms of a contract by “clicking” on an acceptance button on the website. If the consumer does not agree to the contract terms, the website will not accept the consumer’s order. Such agreements are common on websites that sell or distribute software programs that the consumer downloads from the website”.

chamados a “concordar” com as condições do contrato de licenciamento, através de um “clique”, como condição necessária para a instalação do programa, merecendo, por isso, um tratamento especial da doutrina.

Richard Raysman e Peter Brown<sup>101</sup> sustentam que a obrigatoriedade dos “*click agreements*” faz surgir duas questões fundamentais para o direito contratual, relacionados com a formação do contrato e com a própria caracterização da manifestação de vontade. Referem que na maneira usual de formação de um contrato, a negociação das cláusulas ocorre antes da efetiva entrega do bem ou da prestação do serviço. Pelo contrário, quando alguém adquire um programa de computador que apresenta um “*click agreement*” no momento da sua instalação, isto significa que ele já adquiriu o produto, e, no entanto, está sendo demandado a concordar com os termos do contrato que, presumidamente, já se perfectibilizou. Neste caso, perguntam os referidos autores, o contrato se forma no momento da compra do *software* ou depois, quando o consentimento é fornecido através do “clique” na tela do computador? Outro aspecto, segundo Raysman, Brown é que os “*click agreements*” indicariam dificuldades em relação a caracterização da vontade do contratante aderente, porque o comprador/consumidor não a manifesta por uma “assinatura escrita”, mas apenas pelo “clique” na tela do computador. Aqui, retorna-se a problemática gerada pela substituição do meio cartáceo pelo meio eletrônico, antes examinada.

---

<sup>101</sup> RAYSMAN, Richard; BROWN, Peter. Clickwrap License Agreements. **New York Law Journal**, 11 aug. 1998 apud BAUMER, David; POINDEXTER, J. C. **Cyberlaw and E-Commerce**. New York: McGraw Hill, 2002, p. 74)

À sua vez, Jeffrey Cunard e Jennifer Coplan<sup>102</sup>, tratando da obrigatoriedade dos contratos on-line, e, mais especificamente, dos “*click agreements*”, dizem que é prática comum nos websites solicitar aos usuários que manifestem sua concordância, em contratos on-line, através do clique em uma caixa marcada “eu concordo”. Embora alguns consumidores tenham eventualmente objetado que este tipo de acordo gera contratos de adesão não obrigatórios, porque (a) ou o usuário não tem a oportunidade de negociar os termos (b) ou, nestes acordos, não haveria uma manifestação de concordância para a formação do contrato, apenas “clicando” em uma “caixa”, reconhecem os mesmos autores que várias decisões judiciais, e recente legislação, apóiam a obrigatoriedade dos “contratos por clique”<sup>103</sup>.

---

<sup>102</sup> CUNARD, Jeffrey; COPLAN, Jennifer. Selected Topics in E-Commerce Law. **Practising Law Institute New York Practice Skills Course Handbook Series**, nov. 2000, p. 405.

<sup>103</sup> CUNARD e COPLAN citam os precedentes Hotmail vs. Money Pie, onde, embora o caso seja largamente citado como indicando a obrigatoriedade dos “click agreements”, de fato a corte não indicou, e especificamente, a natureza do contrato como “click”, Caspi vs. Microsoft, onde a corte determinou que, segundo o sentido geral das coisas, não há distinção significativa entre meio eletrônico ou meio impresso como formato no qual são colocados os termos de um contrato. Já com relação aos “shrinkwrap agreements”, vários casos têm indicado, com diferentes resultados, a sua obrigatoriedade. Considerando que tais acordos possuem algumas analogias com os “click agreements”, derivadas do fato de que são contratos de massa, ou seja contratos não negociados, convém referir o precedente ProCD vs. Zeidenberg, pois nesta decisão ficou definida a obrigatoriedade dos “shrinkwrap agreements”, exceto quando os termos são passíveis de objeção nos mesmos níveis aplicados aos contratos em geral, como ocorre com a ausência de boa-fé. Quanto à legislação, tanto a UCITA, cujo âmbito está limitado às transações envolvendo informações computadorizadas, definidas para cobrir acordos envolvendo informação na forma eletrônica, que é obtida através do uso de um computador ou capaz de ser processada através de um computador, quanto a UETA, que regula o uso de dados e assinaturas eletrônicas em transações de negócios, comerciais ou governamentais, com o propósito de fornecer “standards” uniformes sobre os quais dados e assinaturas eletrônicas terão eficácia legal, reconhecem implicitamente os “clickwrap agreements”. A UETA permite, além dos aspectos mencionados, que um dado ou uma assinatura não deixarão de ser reconhecidos, quanto os seus efeitos legais ou obrigatórios, somente porque estão em forma eletrônica ou por que um dado eletrônico foi usado na formação do contrato. Já um novo conceito na UCITA é que agentes eletrônicos podem manifestar concordância e criar contratos vincula ativos. Um agente eletrônico é essencialmente um programa de computador ou um outro meio automatizado que atua em uma negociação dando início a uma ação ou respondendo a uma mensagem eletrônica sem a intervenção de nenhum indivíduo. A UCITA também inclui detalhadas regras e procedimentos regulando a contratação eletrônica, inclusive com respeito a atribuição, a autenticação e reconhecimento de dados eletrônicos como equivalentes a “escritos”.

Esta situação particular é também objeto da análise de Leo Clarke<sup>104</sup>, que indaga sobre se os “click agreements” (e, também, os “shrinkwraps agreements”<sup>105</sup>, não seriam “forma sob outro nome”. Diz Clarke que “shrinkwraps” e “clickwraps” são espécies particulares de acordos informais: “é até certo ponto surpreendente que a questão se eles devem ser obrigatórios segundo seus próprios termos deva ter gerado quantidade tão substancial de comentários”. Ainda segundo o mesmo Autor, em razão de alguns problemas relacionados com a maneira como suas cláusulas são elaboradas, bem como com o contínuo desenvolvimento da tecnologia da informação, surgiram teorias de que os acordos “shrinkwraps” e “clickwraps” deveriam ser considerados obrigatórios por motivos outros que aqueles aplicados aos contratos tradicionais. Os “shrinkwraps” apresentariam, segundo Clarke, mais obstáculos para a sua obrigatoriedade, ao mesmo modo que as formas tradicionais, uma vez que eles são “reverse unilateral contracts”<sup>106</sup>. “Click agreements”, entretanto, apresentam argumentos mais fortes para a sua obrigatoriedade, porque sua natureza on-line permite que tanto o contratante estipulante quanto o contratante aderente tenha vantagens com o uso destas novas tecnologias, superando-se algumas das barreiras derivadas do consentimento presumido: (a) baixos custos de informação; (b) complexidade e diferenciação de produtos; (c) preços.

---

<sup>104</sup> CLARKE, Leo L. Performance Risks, Form Contracts and UCITA. **Michigan Telecommunication and Technology Law Review**, 2000-2001, p. 27.

<sup>105</sup> Os “shrinkwraps agreements” são contratos onde a concordância do consumidor se dá ao romper o invólucro plástico que envolve a embalagem do produto, muito utilizado no mercado de “softwares”, mas que não se caracteriza como um “contrato eletrônico” e, portanto, não são objeto deste estudo.

<sup>106</sup> Segundo o direito norte-americano, um “reverse unilateral contract” é aquele em que se obtém uma “promise” (declaração de vontade dirigida a um comportamento), em troca de uma “performance” (o cumprimento de um compromisso, ou a realização concreta de uma ação). Como destacam John CALAMARI e Joseph PERILLO, neste caso o ofertante não faz uma declaração, mas pratica uma ação e obtém, em troca, do aceitante, não uma ação, mas

A utilidade da noção de “comportamento concludente”<sup>107</sup> na perfectibilização dos contratos pela via eletrônica é evidente, pois é significativa a incidência de declarações tácitas de vontade nestes casos, determinando a importância desta abordagem para a solução das questões antes suscitadas por Budnitz.

Holly K. Towle sustenta<sup>108</sup>, mesmo, que a manifestação de vontade nascida pelo “clique” em um botão virtual não se distingue das formas tradicionais:

So what is a manifestation of assent and is it a new or old concept? The answer is that it is a form of contractual consent and is an old concept. The fact that contracts can be made without traditional signatures (assuming no statute of frauds requirement) has long been recognized. As explained in the Restatement (Second) of Contracts 19 (1979), "words are not the only medium of expression," "conduct may often convey as clearly as words a promise or an assent to a proposed promise," and "there is no distinction in the effect of the promise whether it is expressed in writing, or orally, or in acts, or partly in one of these ways and partly in others.

Outro estudo realizado sobre a matéria é o de Lawrence Street<sup>109</sup>, que destaca a importância do precedente *ProCD, Inc. v. Zeidenberg*, onde se assinalou o caráter obrigatório dos “*shrinkwraps agreements*”, para, logo adiante indagar sobre as conseqüências da extensão desta orientação aos

---

uma declaração (CALAMARI, John D; PERILLO, Joseph M. *Contracts*. 3th ed. St. Paul: West Group, 1999, p. 93).

<sup>107</sup> MOTA PINTO, Paulo. **Declaração Tácita e Comportamento Concludente no Negócio Jurídico**. Coimbra: Almedina, 1995, p. 746-747, assinala que “[...] Na declaração ‘tácita’ a doutrina põe em destaque o facto de se realizar uma inferência a partir de factos concludentes. À conduta a partir da qual se pode efectuar uma ilação poderemos chamar ‘*comportamento concludente*’. Julgamos que este deve ser visto como constituindo o *elemento objectivo* da ‘declaração tácita’, o qual é determinado, como na declaração expressa, por via *interpretativa* [...]”.

<sup>108</sup> TOWLE, Holly. *E-Commerce Contract Law*. **Practising Law Institute Patentes, Copyrights, trademarks and Literary Property Course Handbook Series**, sep. 2000.

<sup>109</sup> STREET, F. Lawrence. **Law of the Internet**. Charlottesville(IV): Lexis Law, 1997, p. 34.

contratos “on-line”. Afirmar Street que é possível para um vendedor “on-line” apresentar o conteúdo das cláusulas contratuais de modo a forçar o comprador/consumidor a percorrer toda a sua extensão antes de poder manifestar seu consentimento, através do “clique” no botão específico. Desta maneira, se estaria a garantir um modo mais seguro de justificar a presunção de conhecimento do contratante aderente, quanto às suas obrigações.

Já na doutrina nacional, vale referir a análise de Wielewicki<sup>110</sup>:

Uma das formas mais correntes de contratação eletrônica são os chamados *click-through agreements* ou *contratos por clique*. Os contratos por clique são assim chamados porque seus termos são aceitos mediante confirmação digital na tela de um monitor, geralmente realizada com uso de um *mouse*.

Antes da realização do negócio jurídico, é aberto um arquivo eletrônico com o texto integral do contrato. A continuação do negócio somente é possibilitada mediante um clique num “botão eletrônico” que veicule uma expressão de concordância com os termos apresentados. Caso a parte não aceite os termos, a formação do contrato não se completa.

Tendo-se em vista a unilateralidade do estabelecimento das cláusulas contratuais, é possível enquadrar a natureza jurídica dos *contratos por clique* como a de um contrato de adesão. Em se tratando de relação de consumo, é perfeitamente viável a aplicação de todas as normas de defesa do consumidor, segundo a definição do art. 54 do Código de Defesa do Consumidor – CDC.

Efetivamente, os “contratos-por-clique” constituem inovação tecnológica de grande repercussão no campo da proteção do consumidor, eis que se torna possível a realização de negócios instantaneamente, com imediatidade entre oferta (via de regra, oferta ao público) e aceitação. É o consumidor quem decide pela aquisição do produto ou do serviço, através do acesso que faz ao *site* do fornecedor, do mesmo modo que faz quando sai de

---

<sup>110</sup> WIELEWICKI. Contratos e..., p. 207.

sua residência e se dirige ao local (físico) onde está situado este mesmo fornecedor. Trata-se de uma autêntica “reprodução virtual” de um cenário comum, mas nem por isso livre de circunstâncias que podem por em risco este mesmo consumidor, como adiante se observará.

Ainda outro aspecto a ser considerado diz respeito a “linguagem” adotada para a confecção do contrato eletrônico, como foi analisado por Clayton P. Gillette, tratando da substituição da HTML (*HyperText Markup Language*) pela XML (*Extensible Markup Language*)<sup>111</sup>, ao lembrar que são problemas distintos os que decorrem de um duplo sentido para uma mesma expressão daqueles outros, onde há um mesmo sentido para duas diferentes expressões, e que o uso da linguagem XML é representativo do primeiro caso.

De fato, quando se busca a fixação de novos padrões para a perfectibilização dos contratos eletrônicos (o que é indispensável no uso das tecnologias da informação), deve ser levado em conta que é possível que se esteja conferindo mais de um sentido à mesma expressão, ou se faça o uso de mais de uma expressão com o mesmo sentido. O problema não é específico dos contratos eletrônicos, mas, inequivocamente, apresenta um potencial de ocorrências muito maior nesta área.

---

<sup>111</sup> “Here, there are two sources of problems: the two-word, one-meaning problem and the one-word, two-meaning problem. One is internal to the XML process. It is prosaic to recognize that the success of XML depends on the ability of companies in the same markets to agree on content definitions for semantics. Implementation of that observation is more difficult, and the very nature of XML aggravates the problem. Language is funny. Speakers may mean something different from what listeners hear”, GILLETTE, Clayton. Interpretation and Standardization in Electronic Sales Contracts. **Southern Methodist University Law Review**, Fall, 2000, p. 1436.

#### 1.4.2 A jurisdição e o “espaço virtual”

Outra particularidade acerca das relações negociais estabelecidas através de redes abertas de computador, como a Internet, diz respeito ao estabelecimento de critérios de jurisdição. Quando se trata do comércio eletrônico que usa sistemas informatizados em redes fechadas, como o EDI, não é difícil precisar o lugar onde ocorreu o fato jurídico, especialmente quando se revestir de natureza contratual, e, daí, extrair-se o conjunto de regras sobre a jurisdição aplicável. Isto porque, mesmo quando uma transação específica der-se por meio exclusivamente eletrônico, terá havido, antes, alguma forma de negociação prévia que permita esta ocorrência, e dela se poderá obter o indicativo sobre a jurisdição aplicável.

A mesma solução não vale para as transações verificadas em redes abertas, pois é característica essencial desta hipótese que qualquer pessoa possa estabelecer contato, inclusive de natureza negocial, com outra, pelo simples fato de estar conectado à rede, sem qualquer relação antecedente.

Fica assinalado, desta forma, o caráter transnacional das relações jurídicas que se estabelecem em redes abertas de computador, o que já foi amplamente reconhecido pela doutrina<sup>112</sup>.

---

<sup>112</sup> Veja-se VIGLIAR, Salvatore. *Consumer Protection e transazioni on-line: breve analisi della policy comunitaria*. In: SICA, Salvatore; STANZIONE, Pasquale (Org.). **Commercio elettronico e categorie civilistiche**. Milano: Giuffrè, 2002, p. 228.

Dennis Rice<sup>113</sup> destaca que a Internet, como novo meio de comércio e comunicação, apresenta duas novas questões em matéria de jurisdição. Primeiro, a Internet diminui a importância da localização física das partes envolvidas na transação. Esta diminuição resulta do fato de que as transações no “ciberespaço”, falando rigorosamente, não tem lugar em nenhuma localização geográfica ou jurisdição em particular. Segundo, a Internet altera o equilíbrio de poder entre comprador e vendedor. Ela permite aos compradores dispor de volumes de informações e novas ferramentas de análise, como “ciberagentes” denominados “bots”<sup>114</sup>. Também, por tornar as limitações geográficas quase que inteiramente irrelevantes, a Internet altera o equilíbrio de poder entre comprador e vendedor.

Desta maneira, é fundamental examinar, a partir dos princípios básicos em matéria jurisdicional, quais são as alternativas de solução aplicáveis ao comércio eletrônico na Internet, em particular quando tenha por objeto relações de consumo, dada a natureza das regras aplicáveis nesta área, sabidamente de ordem pública.

Os primeiros precedentes conhecidos sobre a matéria, nos EUA, envolveram (a) uma disputa sobre nome de domínio na Internet (*Zippo Manufacturing Co. v. Zippo Dot Com, Inc.*) e (b) situação em que uma empresa, situada em um Estado norte-americano disponibilizou serviços na Internet, acessível em outro Estado, onde outra empresa operava sob o mesmo nome comercial (*Cybersell, Inc. v. Cybersell, Inc.*)<sup>115</sup>. Como resultado das análises

---

<sup>113</sup> RICE, Denis. Jurisdiction in Cyberspace: which law and forum apply to securities transactions on the Internet? **University of Pennsylvania Journal of International Economic Law**, fall 2000, p. 585.

<sup>114</sup> Veja-se item 2.1.1, adiante.

<sup>115</sup> Casos relatados in *Software and Internet Law*, p. 775 e seqs.

realizadas nestes casos, restou estabelecido um sistema de teste, em três partes, com o objetivo de identificar sobre a possibilidade do exercício de jurisdição extravagante (extraterritorial), alcançando não-residentes: (a) o não-residente demandado deve ter praticado o ato jurídico no local sob jurisdição, (b) a demanda deve ter relação com os atos praticados nestas circunstâncias e (c) o exercício da jurisdição deve apresentar-se como razoável<sup>116</sup>.

Como regra geral, em matéria de direito internacional, admite-se que um país possa estender sua jurisdição a um não-residente apenas em caráter excepcional, segundo um “reasonable standard”, que inclui, entre outros aspectos, aqueles relacionados aos casos em que o não-residente desenvolve uma atividade no país (mas somente no tocante a esta atividade), e enquanto o não-residente, mesmo fora do espaço territorial de um país, prossegue nesta atividade, de modo a produzir um efeito substancial, direto e previsível, neste mesmo país.

Já no tocante às relações de consumo, indica-se a possibilidade do exercício de jurisdição tendo como referência o domicílio do consumidor, consequência da sua caracterização como hipossuficiente, como ocorre, por exemplo, no Tratado de Roma (Comunidade Européia), art. 5º, ou, no Brasil, na Lei nº 8078/90 (Código de Defesa do Consumidor), art. 101, I.

Em se tratando de comércio eletrônico efetuado através de redes abertas de computador, como é a Internet, é da natureza mesmo das relações que se estabelecem entre as partes a circunstância de estarem em diferentes locais, no mais das vezes cada uma delas sob a incidência de uma jurisdição

---

<sup>116</sup> RICE, op. cit., p. 14.

(ordinária) própria. As soluções para enfrentar os problemas de jurisdição e competência daí decorrentes necessariamente terão que adotar um dos critérios recém examinados, ou uma forma combinada de ambos. Um *site* de venda de produtos hospedado em um provedor com sede em São Paulo pode ser acessado por um usuário de computador localizado no Rio de Janeiro ou em Buenos Aires e é evidente que se demandará uma solução específica e diferenciada para cada caso.

No comércio eletrônico (como, de igual modo, em outras áreas, como o comércio marítimo), a transnacionalidade não tem caráter excepcional, mas é elemento natural da relação jurídica, daí porque falar-se aqui em jurisdição “extraordinária” chega a constituir verdadeira contradição.

## 2 A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR

A proteção do consumidor<sup>117</sup> está assentada em uma série de princípios, cuja relação pode (e deve) ser objeto de discussão. Alguns destes princípios freqüentemente se superpõem, pois, *deveres de otimização*<sup>118</sup> que são, possuem como característica a já referida *pretensão de complementaridade*, determinando que, no exame das situações fáticas, é possível identificar a presença de mais de um princípio interferente, com maior ou menor nível de importância, ao mesmo tempo. Do ponto de vista da hierarquia desta proteção, não apenas o ordenamento jurídico brasileiro mas vários outros sistemas contemporâneos contemplaram esta tutela nos seus textos constitucionais<sup>119</sup>.

Não se desconhece a importância de distinguir *princípio* de *cláusula geral*<sup>120</sup>, como também não se ignora a existência de ponto de vista que não atribui relevância a esta distinção. Sem reproduzir ou aprofundar a discussão desta temática, cabe apenas investigar sobre as posições mais significativas da doutrina, particularmente no Brasil, acerca do assunto.

Nesta linha, é fundamental identificar o conjunto dos princípios jurídicos aplicáveis particularmente ao micossistema de proteção do

---

<sup>117</sup> Conforme Antônio Herman V. BENJAMIN, no direito brasileiro "... consumidor é todo aquele que, para seu uso pessoal, de sua família, ou dos que se subordinam por vinculação doméstica ou protetiva a ele, adquire ou utiliza produtos, serviços ou quaisquer outros bens ou informação colocados a sua disposição por comerciantes ou por qualquer outra pessoa natural ou jurídica, no curso de sua atividade ou conhecimento profissionais". (BENJAMIN, Antônio Herman V. O Conceito Jurídico de Consumidor. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 628, fev. 1988, p. 78.)

<sup>118</sup> Na concepção de Robert ALEXY, adotada por ÁVILA, **Teoria dos Princípios**, p. 28).

<sup>119</sup> Veja-se o trabalho de NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. **A Proteção Constitucional do Consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, em especial p. 69-85.

consumidor, para que se possa verificar sobre a sua adequação ao comércio eletrônico.

João Batista de Almeida<sup>121</sup> identifica a tutela do consumidor realizada a partir da presença de três princípios: (a) isonomia, ou vulnerabilidade do consumidor, (b) boa-fé e (c) eqüidade. O mesmo autor, agora valendo-se da doutrina de Benjamin, aponta para a existência de oito deles: (a) vulnerabilidade, (b) intervenção estatal, (c) da transparência, (d) boa-fé, (e) responsabilização objetiva, (f) solidariedade obrigacional, (g) facilitação do acesso à justiça e (h) sancionamento das desconformidades de consumo. Cláudia Lima Marques<sup>122</sup>, analisando especificamente matéria contratual, elenca quatro princípios básicos: (a) transparência, (b) boa-fé, (c) eqüidade (equilíbrio) contratual e (d) proteção da confiança. O Código Civil Brasileiro, ao disciplinar as relações contratuais em geral, indica ainda a aplicação do princípio da probidade (art. 422). Alinne Novais<sup>123</sup>, diz que “[...] uma grande marca da evolução da teoria contratual [...] foi a superação do dogma da autonomia da vontade como máximo balizador do direito contratual, para a adoção de dois novos princípios para tal posição – o princípio da boa-fé objetiva e o princípio da tutela do hipossuficiente [...]”.

As eventuais discrepâncias não são significativas e, ademais, como refere Ávila “[...] o importante não é saber qual a denominação mais correta desse ou daquele princípio. O decisivo, mesmo, é saber qual é o modo

---

<sup>120</sup> Por todos, MARTINS-COSTA. **A Boa-Fé...**, p. 315.

<sup>121</sup> ALMEIDA, João Batista de. **A Proteção Jurídica do consumidor**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 45-47

<sup>122</sup> LIMA MARQUES. **Contratos no Código de...**, p. 594 (quanto aos princípios da transparência e da boa-fé) e p. 740-741 (quanto aos princípios da eqüidade contratual e da proteção da confiança).

<sup>123</sup> NOVAIS, Aline Arquette Leite. **A Teoria Contratual e o Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p.71.

mais seguro de garantir sua aplicação e sua efetividade [...]”<sup>124</sup>.

A eqüidade, instrumento fundamental para a integração das normas jurídicas, pode ser considerada não um *princípio*, e sim como uma técnica a ser utilizada, de modo a construir a adequada argumentação para legitimar a aplicação do direito<sup>125</sup>. Eduardo Bittar<sup>126</sup> diz que “a eqüidade é recurso utilizável como critério de mensuração e adaptação da norma ao caso, para que da observância de uma estrita legalidade não se venha a ser mais arbitrário do que onde as leis não estão presentes”. Francesco Donato Busnelli lembra que “[...] nei principi dell’UNIDROIT l’equità non è mai espressamente menzionata, mentre la buona fede è elevata al rango di principio [...]”<sup>127</sup>.

Efetivamente, entendida deste modo, a eqüidade tem caráter meramente instrumental<sup>128</sup>, sem um conteúdo axiológico próprio, e destina-se a permitir ao aplicador da norma jurídica considerar as situações particulares do caso concreto<sup>129</sup>, sendo possível reconhecer que tanto na busca do equilíbrio

<sup>124</sup> ÁVILA. **Teoria dos Princípios**, p.16.

<sup>125</sup> “Lo sappiamo già: la *lex* è interpretativa della *aequitas*, il principe è interprete della *aequitas*, la *interpretatio* è riduzione della *aequitas*, la *iurisdictio* è instaurazione e conservazione della *aequitas*. Ma che cos’è e in che cosa consiste quella realtà onnipresente?”, afirma GROSSI, Paolo. **L’Ordine Giuridico Medievale**. Roma: Laterza, 1999, p. 175, para dizer, logo adiante, que a visão medieval da *aequitas* não coincide com o moderno conceito de *eqüidade*, um “espaço interpretativo livre nas mãos dos juízes” (Ibidem, p. 177).

<sup>126</sup> BITTAR, Eduardo. **A Justiça em Aristóteles**. 2.ed. São Paulo: Forense Universitária, 2001, p. 142.

<sup>127</sup> BUSNELLI, Francesco Donato. Note in Tema di Buona Fede ed Equità. **Rivista di Diritto Civile**, Padova, n.5, set./ott. 2001, p. 547.

<sup>128</sup> PONTES DE MIRANDA diz que “a rigor, eqüidade é apenas palavra-válvula, com que se dá entrada a todos os elementos intelectuais ou sentimentais que não caibam nos conceitos primaciais do método de interpretação” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1974, p. 345-346).

<sup>129</sup> Conforme ARISTÓTELES, “toda lei é de ordem geral, mas não é possível fazer uma afirmação universal que seja correta em relação a certos casos particulares. Nestes casos, então, em que é necessário estabelecer regras gerais, mas não é possível fazê-lo completamente, a lei leva em consideração a maioria dos casos, embora não ignore de falha decorrente desta circunstância [...] Então o eqüitativo é, por sua natureza, uma correção da lei onde esta é omissa devido à sua generalidade [...]” (ARISTÓTELES. **Ética a Nicômacos**. p. 109).

contratual<sup>130</sup> como na vedação à estipulação de cláusulas abusivas<sup>131</sup> verifica-se o uso da equidade. Reconhecida a assimetria entre as partes envolvidas na transação (tenha ela ou não caráter negocial), e sendo uma delas hipossuficiente, impõe-se seja considerada esta desigualdade, inclusive (mas não só) para os fins de estabelecer o equilíbrio contratual. De outro lado, leva-se em conta esta condição assimétrica também para o exame de outros comportamentos do consumidor, que tenham como referência a sua vulnerabilidade.

Já no sentido empregado por Lima Marques<sup>132</sup>, há identidade entre a tutela enfocada e o que se identifica como sendo a consideração sobre a condição de vulnerabilidade do consumidor.

Estas observações são importantes para a delimitação do rol dos itens de proteção ao consumidor, a seguir determinado, e seu confronto com as situações fáticas surgidas no comércio eletrônico. Não se pretende, com isso, obter uma descrição exaustiva dos princípios que orientam a proteção do consumidor, mas apenas identificar as suas manifestações principais, para que se possa aferir sobre sua aplicabilidade aos casos específicos decorrentes do uso das novas tecnologias da informação.

Como no âmbito do “comércio eletrônico” estão inseridas diversas relações jurídicas, algumas de caráter inequivocamente negocial, outras onde a

---

<sup>130</sup> LIMA MARQUES anota o princípio da equidade na sua correlação com a garantia da preservação do equilíbrio contratual. (LIMA MARQUES. **Contratos no...**)

<sup>131</sup> BATISTA DE ALMEIDA vê neste princípio (a equidade) a fonte geradora da vedação à estipulação de cláusulas abusivas, considerando que a regra sobre a interpretação das cláusulas contratuais fazer-se de forma mais favorável ao consumidor decorre de um outro princípio, o da isonomia, que, contudo, parece melhor se adequar à noção de *postulado normativo*, como afirma ÁVILA. **Teoria dos Princípios**, p. 93.

<sup>132</sup> “[...] institui o CDC normas imperativas, as quais proíbem a utilização de qualquer cláusula abusiva, definidas como as que assegurem vantagens unilaterais ou exageradas para o

caracterização como negócio jurídico irá depender da teoria que se adote sobre esta categoria, necessária é a identificação de princípios que ou possam ser aplicáveis a qualquer destas relações, ou apenas a uma delas. Assim, é possível afirmar-se a existência de, ao menos, três princípios fundamentais (genéricos) que dirigem a proteção do consumidor no direito brasileiro (boa-fé objetiva, vulnerabilidade e solidariedade obrigacional) e um voltado especificamente à proteção contratual, em geral, mas que também se aplica às relações de consumo (autonomia privada). A boa-fé objetiva, a sua vez, comporta subprincípios (ou princípios derivados): transparência, confiança e probidade.

A operacionalização efetiva dos princípios de proteção é apenas uma parte do conjunto de mecanismos de tutela jurídica ao consumidor, além do aparato legislativo, da jurisprudência e da atuação de instituições e organizações políticas<sup>133</sup>. Mas, especialmente em áreas com forte dinamicidade socio-econômica, onde as estruturas jurídicas são postas em confronto com situações de transição<sup>134</sup> (como é o caso do comércio eletrônico), o uso de princípios pode ser intensificado, de modo a conduzir a atividade do Direito sem significativas dificuldades, geradas, por exemplo, pela

---

fornecedor de bens e serviços, ou que sejam incompatíveis com a boa-fé e a equidade [...]” (LIMA MARQUES. **Contratos no...**, p. 741)

<sup>133</sup> A. BROOKE OVERBY sustenta que o papel desempenhado pelas instituições e organizações políticas na proteção ao consumidor tem sido freqüentemente subvalorizado, nos Estados Unidos e na União Européia (OVERBY, A. Brooke. An Institutional Analysis of Consumer Law. **Vanderbilt Journal of Transnational Law**, nov. 2001.). Outro interessante estudo sobre o papel desempenhado pelas organizações na proteção do consumidor está em HARLAND, David. The Consumer in the Globalized Information Society : The Impact of the International Organizations. In: WILHELMSSON, Thomas; TUOMINEN, Salla; TUOMOLA, Heli (Org.). **Consumer Law in the Informational Society**. The Hague: Kluwer, 2001, p.3.

<sup>134</sup> PISUKE, Heiki. Consumers in a Transition Economy. In: WILHELMSSON, Thomas; TUOMINEN, Salla; TUOMOLA, Heli (Org.). **Consumer Law in the Informational Society**. The Hague: Kluwer, 2001, p. 38, diz que “[...] In transition economics, consumers experience a technological shock as a result of rapid developments in the technology field [...]” , concluindo que “[...] the development of consumer policy and consumer law in transition

ausência de legislação<sup>135</sup>.

### **2.1 Boa-fé objetiva.**

Não por acaso, o primeiro princípio a ser considerado quando se observam as relações de jurídicas onde há proteção ao consumidor é o da boa-fé objetiva. Isto porque trata-se de diretriz orientadora não apenas no âmbito do microsistema do código de defesa do consumidor mas, na realidade, que atinge todo o sistema jurídico. Na lição de Couto e Silva, "a influência da boa-fé na formação dos institutos jurídicos é algo que não se pode desconhecer ou desprezar". Larenz<sup>136</sup> lembra que o princípio da boa-fé significa que cada um deve guardar fidelidade a palavra dada e não defraudar a confiança ou abusar delas, já que forma a base indispensável de todas as relações humanas. Mais do que isso, supõe que cada um se conduza como cabia esperar, quando intervenham no tráfico das relações jurídicas, como contratantes ou meros participantes em virtude de outros vínculos jurídicos.

Judith Martins-Costa, que vê a boa-fé como *cláusula geral*, não deixa de reconhecer a possibilidade de que possa ocorrer a situação onde esta contenha um *princípio*. "Aí, sim, se poderá dizer que determinada norma é, ao

---

economics may be of particular interest to the lawyers of countries in transition, as well as to the lawyers and politicians of advanced countries [...]" (Ibidem, p. 44).

<sup>135</sup> SMEDINGHOFF; BRO. Moving with change..., observam que nem sempre a adoção de novas leis produz o resultado positivo que se espera: "Unfortunately, the legislative approaches to what appears to be a simple issue of merely removing barriers to e-commerce have been somewhat varied and inconsistent, and may have actually made the situation worse ..."

<sup>136</sup> LARENZ. **Derecho de Obligaciones**. v. 1, p. 142

mesmo tempo, princípio e cláusula geral”<sup>137</sup>. No tema específico da proteção ao consumidor, no Direito Brasileiro, é precisamente o que ocorre, diante do conteúdo dos incisos III, IV e V do art. 6º da Lei nº 8078/90 (Código de Defesa do Consumidor), expressões da boa-fé objetiva, entendida esta como “modelo de conduta social, arquétipo ou *standard* jurídico, segundo o qual ‘cada pessoa deve ajustar a própria conduta a este arquétipo, obrando como obraria um homem reto: com honestidade, lealdade, probidade’.”<sup>138</sup>

Em verdade, quando se fala de boa-fé objetiva se a está destacar a indispensável dimensão sociológica que está presente no fenômeno jurídico, pois não se pode pensar na atuação do Direito como meio de regulação social onde não haja atenção à idéia de que as pessoas ao se relacionarem umas com as outras devem fazê-lo segundo padrões de comportamento que possam ser exigidos de todos, por igual, dentro das circunstâncias que envolvem cada caso.

É neste sentido que Lima Marques<sup>139</sup> afiança tratar-se a boa-fé do “princípio máximo orientador do CDC” caracterizando aquilo que Martins-Costa<sup>140</sup> aponta como um verdadeiro fundamento das normas civis: a eticidade. O direito privado é visto como um direito dos particulares inseridos em um ambiente social, o que faz com que a proteção dos indivíduos somente possa ser concretizada quando vista em seu contexto comunitário.

Esta mesma eticidade é referida por Almeida Costa<sup>141</sup>, vinculando-a explicitamente ao princípio da boa-fé, para acrescentar que este

---

<sup>137</sup> MARTINS-COSTA. **A Boa-Fé...**, p. 323.

<sup>138</sup> MARTINS-COSTA. **A Boa-Fé...**, p. 411.

<sup>139</sup> LIMA MARQUES. **Contratos no...**, p. 671.

<sup>140</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **Diretrizes Teóricas no Novo Código Civil Brasileiro**. p. 131.

modelo de atuação está presente em todas as relações jurídicas e, particularmente, no âmbito dos vínculos contratuais, quer seja quanto à sua formação, a integração ou, ainda, execução, na linha do que Antonio Menezes Cordeiro analisou como “a boa fé como regra de conduta”<sup>142</sup>.

Uma das áreas mais evidentes do contato entre a tutela da boa-fé objetiva, na proteção dos consumidores, e o comércio eletrônico, ocorre com relação aos dados solicitados a estes, quando do contato com os fornecedores. É fácil compreender que, em se tratando de “aproximações virtuais”, fica inviabilizado o anonimato das relações estabelecidas, ao menos formalmente. No contato físico, é possível que um consumidor passe verdadeiramente despercebido ao fornecedor (e vice-versa), como pode acontecer no caso da aquisição de um jornal na banca de revista, por exemplo. No comércio eletrônico mesmo uma transação de pequeno ou insignificante valor econômico exigirá que o consumidor indique alguns dados pessoais, seja para a entrega do bem ou para a prestação do serviço, seja para efetuar o seu pagamento.

Nevenko Misita<sup>143</sup> aponta para uma relação de princípios básicos concernentes a garantias mínimas que devem ser oferecidas pelos ordenamentos jurídicos no campo da proteção de dados aos consumidores, área onde se evidencia com intensidade a boa-fé objetiva:

a) *licitude*, segundo o qual há um requisito de que nenhum dado ou informação sobre qualquer pessoa deve ser obtido ou processado de modo

---

<sup>141</sup> ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. **Direito das Obrigações**. 8.ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 263

<sup>142</sup> MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. **A Boa Fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2001, Capítulo II, da Parte Segunda, p. 527-660.

<sup>143</sup> MISITA, Nevenko. The Protection of Privacy: a Consumer Perspective. In: WILHELMSSON, Thomas; TUOMINEN, Salla; TUOMOLA, Heli (Org.). **Consumer Law in the Informational Society**. The Hague: Kluwer, 2001, p. 267.

ilícito ou injusto, nem ser utilizado para fins contrários aos seus propósitos específicos;

b) *precisão*, o que significa dizer que os responsáveis pela compilação dos dados, tanto quanto pela sua conservação, são obrigados a proceder verificações regulares sobre a sua correção e relevância, de modo a evitar que os arquivos, tanto quanto for possível, não possuam informações incorretas ou passíveis de omissões;

c) *propósito específico*, ou seja: a finalidade primeira para a qual o dado foi obtido (e a sua utilização segundo este objetivo) deve ser especificada e deve ser legítima e, quando assim estabelecido, o arquivo deve receber uma certa publicidade ou ser devolvido aos cuidados das pessoas aos quais eles são concernentes;

d) *acesso de sujeitos interessados*, em razão do qual qualquer pessoa deve ter o direito de saber se as informações a seu respeito estão sendo obtidas e processadas de forma adequada, e também de fazer as necessárias retificações;

e) *não discriminação*, que proíbe a compilação de dados que dêem ensejo a qualquer forma de discriminação arbitrária ou ilícita, incluindo informações sobre origem étnica ou racial, cor, vida sexual, etc.;

f) *segurança*, que requer a adoção dos meios adequados para a proteção dos arquivos contra perigos naturais, como perdas ou destruição acidentais, ou decorrentes de atos humanos, como acessos não autorizados, uso impróprio dos dados ou contaminação por programas de computador (“vírus”);

g) *livre fluxo transfronteiriço de dados*, segundo o qual, a partir de

equivalentes salvaguardas para a proteção de privacidade oferecidas em suas respectivas legislações, dois ou mais Estados devem permitir o livre fluxo de dados entre si, isto é, as informações devem estar habilitadas a circular tão livremente quanto seja possível entre eles, tanto quanto dentro das fronteiras de cada um;

h) *supervisão e sanções*, sob o qual os Estados devem determinar, em suas legislações, as autoridades responsáveis pela supervisão dos demais princípios, que devem ser dotadas de imparcialidade e independência, bem como de competência técnica.

O tema da proteção dos dados referentes aos consumidores, na realidade, está conectado a uma tutela mais ampla, que diz respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana, como vêm reconhecendo a doutrina e a jurisprudência. Sergio Amadeo Gadea destaca (isto já na introdução de sua obra “*Informática y Nuevas Tecnologías*”) a decisão do Tribunal Constitucional da Espanha, de 1993, onde restou assinalada esta nova garantia, incorporada a partir do artigo 18.4 da Constituição Espanhola<sup>144</sup>.

Mesmo o uso da criptografia, técnica difundida como ensejadora de soluções seguras para a confecção dos documentos eletrônicos, revela potencial ofensivo ao interesse dos consumidores<sup>145</sup>.

Uma análise da legislação espanhola sobre o tema (Lei Orgânica

---

<sup>144</sup> “[...] como modo de respuesta a la nueva forma de amenaza concreta a la dignidad y los derechos de la persona, tratándose de un instituto de garantía de otros derechos, fundamentalmente el honor e la intimidad, pero también de un instituto que es, en si mismo, un derecho o libertad fundamental, el derecho a la libertad frente a las potenciales agresiones a la dignidad y la libertad de la persona provenientes de un uso ilegítimo del tratamiento mecanizado de datos, lo que la Constitución Española llama la informática [...]” (AMADEO GADEA, Sergio. **Informática y Nuevas Tecnologías**. Madrid: La Ley, 2001, p. 40)

<sup>145</sup> Veja-se o trabalho de BUTLER III, James W., *Safe and legal E-Commerce: Legal and Regulatory issues raised by the use and export of Encryption Technology*. **Practising Law**

15/1999), efetuada por Pedro Munar Bernat<sup>146</sup>, depois de identificar alguns conceitos fundamentais (“tratamento de dados” e “dados pessoais”), aponta para situações envolvendo dados pessoais que dizem respeito especificamente ao comércio eletrônico:

a) o endereço TCP/IP (*Transmission Control Protocol/Internet Protocol*), que é a identidade do computador na rede;

b) a utilização de *cookies*, matéria a ser examinada no tocante ao subprincípio da transparência.

Também a legislação italiana sobre a segurança dos dados (Lei nº 675/96) merece especial menção, diante da preocupação específica com o ônus que atribui àquele que coleta dados de outrem (mesmo dos consumidores) pela guarda e segurança destas informações. O art. 15 da Lei nº 675/96 é expresso no sentido de que os dados pessoais objeto de processamento informatizado ficam submetidos à uma obrigação de custódia e controle, “inclusive em relação ao conhecimento adquirido com base no progresso técnico”, de modo a minimizar os riscos de destruição e perda, acesso não autorizado ou distinto daquele para o qual os dados foram obtidos.

Stefano Fadda<sup>147</sup>, ao examinar particularmente a questão referente ao necessário acompanhamento dos avanços tecnológicos quanto

---

**Institute Patentes, Copyrights, trademarks and Literary Property Course Handbook Series**, jun. 2000.

<sup>146</sup> MUNAR BERNAT, Pedro. Protección de Datos en el Comercio Electrónico. In: BOTANA GARCÍA, Gema Alejandra. Noción de Comercio Electrónico. In: BOTANA GARCÍA, Gema Alejandra (Coord.). **Comercio Electrónico y Protección de los Consumidores**. Madrid: La Ley, 2001, p. 280.

<sup>147</sup> FADDA, Stefano. La Tutela dei Dati Personali del Consumatore Telematico. In: CASSANO, Giuseppe (Org.). **Comercio Elettronico e Tutela dei Consumatore**. Milano: Giuffrè, 2003: “[...] il mercato offre programmi *antivirus* limitatamente solo a certe tipologie di sistemi informatici (anche perché non tutti i sistemi informatici sono soggetti ad attacchi da parte di *virus*), mentre l’aggiornamento di tali programmi (per costituire una barriera efficace) dovrebbe essere effettuato con cadenza quotidiana, e non certo semestrale [...]”, p. 305.

aos programas anti-vírus, por aquele a quem cabe o dever de guarda dos dados pessoais, afirma que o mercado oferece programas *antivirus* limitadamente, só para certos tipos de sistemas informáticos (ainda porque nem todos os sistemas informáticos são sujeitos ao ataque da parte dos *virus*), enquanto a atualização de tais programas (para constituir uma barreira eficaz) deve ser efetuado com rotina cotidiana, e não apenas semestral.

Este raciocínio é válido também para outras medidas de segurança que possam envolver a proteção das informações obtidas por fornecedores, dos consumidores, por ocasião do comércio eletrônico, como a utilização de programas que impeçam o acesso indevido ou não-autorizado, como os *firewalls*.

Além dos cuidados com a obtenção, conservação e utilização dos dados dos consumidores, atribuídos aos fornecedores, cogita-se também sobre a existência de uma nova noção de privacidade (*privacy possibile*, segundo Fadda<sup>148</sup>), resultante do uso da tecnologia da informação. Ocorre que as informações fornecidas pelos consumidores podem ser submetidas tanto a tratamento estático como dinâmico, havendo significativas diferenças, do ponto de vista da sua proteção, em um ou em outro caso.

Quando se solicita ao consumidor o fornecimento de dados pessoais, tendo em vista uma transação realizada eletronicamente, e estas informações guardam conexão e proporção com a finalidade da relação jurídica estabelecida, remanescerá ao fornecedor, destinatário destes dados, apenas a responsabilidade pela sua conservação e utilização. É o que se pode denominar de tratamento estático da informação.

Todavia, sempre que as informações obtidas forem objeto de cruzamento, cotejo ou integração com outras informações, sobre o mesmo consumidor, através de um processo dinâmico de manipulação de dados que é característico dos sistemas informatizados, pode-se estar diante de violações de privacidade, tuteláveis na forma da proteção dos direitos da personalidade. Isso pode acontecer tanto diante do tratamento de informações prestadas conscientemente pelo usuário/consumidor quanto (o que é mais provável) na combinação destes dados e de outros, obtidos sem o seu conhecimento, como quando da utilização de *cookies*, por exemplo (veja-se 2.1.1).

Outro tema ligado à aplicação do princípio da boa-fé objetiva nas relações de consumo estabelecidas no comércio eletrônico é o que diz respeito a prática de atos onde a vontade não integra o suporte fático (não-negociais, portanto, segundo as teorias voluntaristas do negócio jurídico), porém inequivocamente dotados de eficácia jurídica, como aqueles praticados por absolutamente incapazes<sup>149</sup>.

Embora se possa reafirmar, como regra genérica, a invalidade dos *contratos* celebrados por absolutamente incapazes, como os menores, admite-se amplamente o reconhecimento da eficácia jurídica de atos (como negócios jurídicos ou como atos-fatos, atos reais ou atos existenciais) por eles praticados, sob certas circunstâncias. Ou seja: no campo específico do comércio eletrônico, as soluções a serem empregadas para o tráfico jurídico envolvendo a participação de absolutamente incapazes não irão ser diferentes

---

<sup>148</sup> FADDA. La Tutela dei Dati..., p. 308.

<sup>149</sup> BAUMER; POINDEXTER. **Cyberlaw...**, p. 37 sob a perspectiva que é própria di direito norte-americano, afirmam que “[...] E-Commerce facilitates purchases by minors because their age is not detectable, forcing online vendors collect more information about the purported buyer and perhaps only accepting purchases through a credit card [...]”.

daquelas que já vem sendo propostas para situações outras, onde o problema já havia sido detectado.

Esta soluções, todavia, não serão como aquela ventilada por setores da doutrina que se mantêm fixados em uma perspectiva voluntarista das relações jurídicas com a participação de absolutamente incapazes, no comércio eletrônico. Segundo esta linha de compreensão destes fatos jurídicos, o caminho necessário será o da invalidação (“[...] Internet purchases by minors are disaffirmable as with any other contract [...]”, conforme Baumer e Poidexter), embora os mesmos Autores admitam, em caráter excepcional, o direito a ressarcimento, pelo fornecedor<sup>150</sup>.

Mesmo mantendo-se a idéia de que a vontade é elemento essencial do suporte fático dos negócios jurídicos, se o comércio eletrônico envolvendo a participação de absolutamente incapazes tiver como objeto a circulação de bens e serviços que possam integrar a atividade “existencial” destes sujeitos de direito, valendo-se da “teoria do contato social”<sup>151</sup>, não há que questionar sobre a *validade* destes atos, que não seriam, então, negócios jurídicos, mas atos-fatos.

Ainda, e por outro lado, não se pode desconhecer a circunstância de que a boa-fé objetiva não funciona apenas como mecanismo de proteção do consumidor, mas, paradigma que é da eticidade nas relações obrigacionais, pode ser considerada, eventualmente, também a favor dos fornecedores,

---

<sup>150</sup> Os mesmos BAUMER; POINDEXTER. **Cyberlaw...**, loc. cit. mencionam que “[...] most states have na exception in the case of *necessaries*. Na adult party who contracts to supply a minor with **necessary** goods and services (food, clothing, shelter and job-related products as employment placement services and even automobiles) can recover the *fair market value* of the necessary from the minor or his parents [...]”.

<sup>151</sup> COUTO E SILVA, Clóvis V. do. **A Obrigação como Processo**. São Paulo: Bushatasky, 1976, p. 88.

hipótese ventilada por Adalberto Simão Filho, ao dizer que “[...] mesmo no mundo virtual pode o consumidor não estar agindo dentro do espírito da boa-fé e transparência necessário para que este obtenha resultados efetivos no campo patrimonial ou moral no caso de dano indenizável [...]”<sup>152</sup>.

Entretanto, tomada a boa-fé objetiva em seu sentido mais amplo, não há como deixar de considerar que este princípio é, na realidade, embora ele próprio gerador de conseqüências próprias e imediatas, matriz de outros três princípios, diretamente vinculados ao cumprimento dos deveres secundários decorrentes das relações obrigacionais: a transparência, a confiança e a probidade.

### 2.1.1 *Transparência*

Conforme a doutrina, a idéia de transparência nada mais é do que uma derivação do princípio maior da boa-fé objetiva<sup>153</sup>, sem que isso indique, todavia, a sua desimportância. Sem dúvida alguma, um dos aspectos mais significativos da proteção ao consumidor é o seu direito a uma informação clara e correta sobre o produto ou serviço a ser adquirido, daí decorrendo a necessidade de que as relações entre consumidores e fornecedores sejam pautadas em um ambiente de absoluta visibilidade.

---

<sup>152</sup> SIMÃO FILHO, Adalberto. Dano ao Consumidor por invasão do Site ou da Rede. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto (Coord.). **Direito & Internet**. São Paulo: EDIPRO, 2000, p. 111.

<sup>153</sup> LIMA MARQUES. **Contratos no...**, p. 595.

No estudo “Law in Cyber Space”, conduzido pelo Grupo de Trabalho sobre os Aspectos Legais da Tecnologia da Informação criado pelo *Commonwealth Secretariat*<sup>154</sup> ficou assinalado (pp. 20/21) o escopo protetivo dos consumidores, acerca do direito à informação, no comércio eletrônico, identificado em três diferentes segmentos:

- a) informação sobre o fornecedor;
- b) informação acerca dos bens e dos serviços que estão sendo adquiridos;
- c) informação sobre o negócio que está sendo realizado, incluindo o processo de confirmação da compra e o meio de pagamento utilizado.

Não se desconhece o fato de que a idéia de transparência funciona também no sentido de preservar o princípio da autonomia privada<sup>155</sup>, já que sem esta condição o próprio processo de formação da vontade do consumidor fica prejudicado.

Olsen<sup>156</sup> enfatiza a importância do acesso à informação como mecanismo de garantia da liberdade de escolha do consumidor, particularmente no comércio eletrônico ([...] Within the Electronic Commerce, information is regarded as the basis for the consumer's freedom of choice[...]).

---

<sup>154</sup> WORKING GROUP OF LEGAL ASPECTS OF INFORMATION TECHNOLOGY. **Law in Cyber Space**. London: Commonwealth Secretariat, 2001, p. 20-21.

<sup>155</sup> LIMA MARQUES. **Contratos no...**, p. 598.

<sup>156</sup> OLSEN. **The Information Duty...**, p. 147.

José de Oliveira Ascensão<sup>157</sup> lembra que, muito embora seja possível o acesso a um “site” da Internet de modo direto (para tanto sendo necessário o correto endereçamento), o mais comum é que isso ocorra com o uso programas de busca, que se valem exatamente de “referências” constantes nos “sites” e que permitem as conexões determinantes da característica de rede, que possui a Internet. Há que se investigar até onde estas referências interconexas são *juridicamente admissíveis*, refere o mesmo autor.

Seja através do acesso à informação, seja ante a vedação a práticas de publicidade intrusivas ou ocultas ao consumidor, várias são as situações onde a observância ao princípio da transparência impõe-se no comércio eletrônico. A título meramente exemplificativo, examinam-se alguns destes casos:

a) *Hyperlinks*: além de meras referências, é possível estabelecer-se ligações entre os “sites”, através de “referências qualificadas”, que aparecem nas páginas da Internet em destaque, através de realce e cor diferente, que se denomina *hipertexto* ou *hiperlink*, bastando ao usuário, com a aplicação do “mouse”, “clique” sobre ele para ser remetido a outra página;

b) *Metatags* ou *metanames*: através do uso de linguagens específicas, próprias para redes abertas de computador (como a *html*), que são reconhecidas pelos computadores, mas não são percebidas pelos usuários, é possível que programas de busca reconheçam palavras-chave que não aparecem (visualmente) nas páginas da Internet. Dito de outra forma, as expressões ficam “ocultas” em sinais que somente os computadores são

---

<sup>157</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. **Estudos sobre Direito da Internet e da Sociedade da Informação**. Lisboa: Almedina, 2001, p. 199.

capazes de identificar, não se mostrando diretamente aos consumidores. Como consequência desta técnica, é possível realizar publicidade valendo-se do uso indevido de nomes e marcas, sem que isso possa ser identificado através do simples acesso ao “site” que incide em eventual concorrência desleal, o que pode causar prejuízos ao consumidor. Hipoteticamente, um usuário da Internet pode, valendo-se de um programa de busca, introduzir como palavra-chave um determinado produto, da marca  $\beta$ , e é encaminhado ao site de uma empresa concorrente desta marca, onde não se visualiza a marca buscada de forma aparente, mas ela consta na “linguagem de máquina” que é reconhecida pelo programa de busca.

Nesta linha de raciocínio, Ascensão<sup>158</sup> aborda a questão referente aos *metatags*:

Os instrumentos de busca referenciam a meta-informação disponível sobre os vários servidores.

Partimos de uma noção ampla de meta-informação – como informação sobre os recursos disponíveis em rede legível pela máquina.

Nas buscas a que procede, o navegador detecta os termos referentes à matéria pedida pelo internauta que se encontram nos diversos sítios. Será atraído pelo número de vezes que a palavra é utilizada, por exemplo, escolhendo os sítios de maior utilização por se presumir serem os mais directamente relevantes.

Mas o titular do sítio também pode, ele próprio, adoptar descritores ou palavras-chave que exprimam o conteúdo do sítio e que aparecem salientados como indicativos desse conteúdo. É então que se fala propriamente de *metatags*. Na primeira página, por exemplo, indicam-se as várias matérias que estão versadas naquele sítio. O navegador é então atraído por essa indicação do conteúdo.

Vê-se assim que o navegador permite encontrar os sítios relevantes, independentemente do conhecimento do nome do domínio ou outra indicação electrónica, e mesmo que o utente ignore à partida a existência do sítio em questão.

Perante isto, compreende-se que os sítios que desejam atrair visitantes – os sítios comerciais, nomeadamente – procurem os

---

<sup>158</sup> ASCENSÃO. **Estudos sobre Direito...**, p. 213.

descritores (palavra com que vamos designar daqui por diante, por simplicidade, os *metatags*) mais sugestivos e mais utilizados pelos internautas, para os trazer a visitar o sítio em questão.

c) *Banners*: é um sinal gráfico, ou um texto (ou ambos), com finalidade publicitária, e que permite se chegar a outra página (ou “site”), específica do fornecedor do produto ou serviço que se está anunciando. Muitas vezes este material não está identificado como publicidade, levando o usuário inadvertido a cometer equívocos, dirigindo-se a informações ou dados não buscados originariamente;

d) *Cookies*: são arquivos de dados gerados a partir de informações que os programas navegadores recebem dos servidores da Internet, e que podem ser utilizados para identificar o consumidor, quando de novo ingresso em um determinado “site”. Eventualmente, podem conter outros conteúdos, até mesmo podendo enviar dados do computador do usuário ao responsável pela inserção do *cookie*, informando os seus movimentos na rede<sup>159</sup>. Como enfatiza Ascensão, contrastando as noções de *navegante* (usuário ou internauta) e *navegador* (programa utilizado no acesso à rede)

[...] Aparentemente, o elemento activo é o internauta; e o navegador é o instrumento passivo, que reage às suas instruções.

Mas pode a relação concretizar-se afinal de modo muito diverso. O programa pode estar estruturado de maneira que se torna afinal activo.

As solicitações do indagante podem ser memorizadas, de maneira que o navegador possa entrar em conta com elas. Assim, se o navegante visita vários sítios o navegador pode memorizar as solicitações anteriores. E com essas vai adquirindo o conhecimento do perfil do internauta e com isso

---

<sup>159</sup> Acerca do potencial ofensivo dos *cookies* (e também dos *spywares*, que serão examinados na letra “h”), veja-se o trabalho de ZANELATTO, Marco Antonio. *Condutas Ilícitas na Sociedade Digital*. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 44, 2002.

preparar respostas individualizadas, no sentido de corresponderem ao desenho do indagante que resulta daquelas solicitações.

Assim as respostas dadas, ou os sítios visitados, não têm necessariamente o carácter estático que aparentam. Podem proporcionar respostas *maleáveis*, que se adaptam ao perfil do navegante, utilizando aqueles dados.

Na progressão, o navegador pode memorizar as informações recolhidas para utilizações futuras. E pode armazená-las onde menos seria de esperar – na própria memória do terminal do indagante, de maneira a estarem disponíveis em cada nova utilização.

Fala-se então em *cookies* – conjunto de informações de que habitualmente o internauta não se dá conta, que estão armazenados no seu próprio domínio e permitem mobilizar os dados essenciais de indagações anteriores [...] <sup>160</sup>

e) *Spamming*: consiste no envio de publicidade indesejada, através de e-mail, o que pode causar uma série de inconvenientes ao consumidor, ante o excesso de correspondência em sua caixa de correio eletrónico: bloqueio de novas mensagens, maior tempo para a leitura das mensagens, cujo custo é suportado pelo destinatário (e, aqui, uma importante distinção com os serviços de “mala direta” não solicitados, por correio convencional, onde o custo é suportado pelo remetente). Christiane Féral-Schuhl <sup>161</sup> aponta para o fato de que tanto a Diretiva relativa à proteção dos consumidores em matéria de contratos à distância (Diretiva 97/7/CE, de 20/05/1997) quanto a relativa à proteção de dados pessoais (Diretiva 97/66/CE, de 15/12/97), e, ainda, a (específica) relativa a certos aspectos legais dos serviços da sociedade de informação, em especial do comércio electrónico, no mercado interno (Diretiva 2000/31/CE, de 08/06/2000) impõem aos Estados membros da Comunidade Europeia o dever de estabelecer, em suas legislações, disposições protegendo os usuários de computador contra o envio automático de mensagens não solicitadas, com finalidade comercial;

<sup>160</sup> ASCENSÃO. **Estudos sobre Direito da...** p. 208-209.

f) *ShopBots*: através de programas de computador, é possível obter-se um sistema de comparação automática de preços, criando, assim, um verdadeiro “comprador virtual”, que opera sem a intervenção humana direta, por ocasião de cada transação. Ocorre que, como advertem Lemley, Menell, Merges, Samuelson<sup>162</sup>, este sistema não é completamente transparente, pois nem sempre é possível obter, por exemplo, os custos de frete a serem cobrados por um fornecedor sem uma visita específica ao seu “site”. Alguns fornecedores têm criado obstáculos ao uso destes programas de “busca comparativa de preços”, (a) porque tendem a cobrar preços mais altos que os normais, valendo-se da ignorância do consumidor em obter o mesmo produto de um outro fornecedor ou (b) porque oferecem serviços adicionais, que resultam em aumento de custos e de preços, serviços estes que não são identificados pelos *ShopBots*, gerando distorções na informação aos consumidores.

Verifica-se, assim, um curioso paradoxo: os programas de “busca comparativa de preços” tanto podem funcionar como um incremento à aplicação do princípio da transparência como, em sentido inverso, prejudicar o amplo acesso do consumidor às informações concernentes a produtos e serviços.

Por outro lado, como destacam os mesmos autores recém citados, o surgimento destes programas oferece uma oportunidade aos consumidores de exercer as suas preferências em um ambiente de escala mundial, coberto pelas redes abertas de computador, como a Internet.

---

<sup>161</sup> FÉRAL-SCHUHL, Christiane. **Cyberdroit**. 3.ed. Paris: Dalloz, Dunod, 2002, p. 184.

<sup>162</sup> LEMLEY, Mark et al. **Software and Internet Law**. New York: Aspen Law, 2000, p. 1032.

g) *Collaborative Filtering*: cuida-se de programas que, a partir das manifestações de preferência de um determinado consumidor, localizam outros consumidores com preferências semelhantes, intercambiando as informações e gerando novas sugestões de consumo a cada um deles, baseadas nas informações obtidas. Em um estágio mais sofisticado, um *collaborative filter* pode ser conectado a um *ShopBot*.

Igualmente Féral-Schuhl<sup>163</sup>, comentando a situação sobre a relação entre os consumidores e a Internet, não perde de vista a importância da proteção dada pela aplicação do princípio da transparência, quando afirma que “[...] L’offre présentée sur une page web doit être particulièrement précise, claire et compréhensible [...]”. Destaca, em particular, a importância acerca da correta identificação do fornecedor (vendedor do produto ou prestador do serviço), onde distingue três situações:

- l) para os sites localizados na França: uma página “web” contendo uma oferta de produtos ou serviços deve indicar o nome da empresa, seus números telefônicos, o endereço de sua sede e, se ele é diferente, aquele do estabelecimento responsável pela oferta;

<sup>163</sup> FÉRAL-SCHUHL. **Cyberdroit**: Pour les sites localisés en France: une page web contenant une offre de produits ou services doit indiquer le nom de l'entreprise, ses coordonnées téléphoniques, l'adresse de son siège et, si elle est différente, celle de l'établissement responsable de l'offre ... Pour le sites localisé dans un État membre de l'Union européenne: la directive du 20 mai 1997, après avoir rappelé que l'utilisation de techniques de communication à distance ne doit pas conduire à une diminution de l'information fournie au consommateur, instaure une obligation renforcé pour le fournisseur qui doit informer le consommateur. Ce dernier doit donc recevoir “en temp utile, avant la conclusion de tout contrat à distance” les informations suivantes: l'identité du fournisseur et, en cas de contrat nécessitant un paiement anticipé, son adresse. En tout état de cause, il doit lui communiquer l'adresse géographique de l'établissement où le consommateur peut présenter des réclamations. Por les sites localisés das un pays tiers: il conviendra de se référer aux lois nationales éventuellement applicables, ce qui peut être de nature à soulever des problèmes de conflits de loi [...]. (p. 168 e 169-170).

II) para os sites localizados em um Estado membro da União Européia: a diretiva de 20 de maio de 1997, depois de haver lembrado que a utilização de técnicas de comunicação à distância não deve conduzir a uma diminuição da informação fornecida ao consumidor, impõe uma obrigação para o fornecedor, que deve ser informar ao consumidor. Este último deve receber, em tempo útil, diante da conclusão de qualquer contrato à distância, as seguintes informações: a identidade do fornecedor e, em caso de contrato que exija pagamento antecipado, o seu endereço. Em qualquer caso, ele deve comunicar o endereço geográfico do estabelecimento onde o consumidor pode apresentar suas reclamações;

III) Para os *sites* localizados em um país estrangeiro: é conveniente a referência às leis nacionais eventualmente aplicáveis, que podem ser de natureza a solucionar os problemas de conflito de leis.

h) *Spywares*: há programas de computador, a maior parte deles fornecida gratuitamente (em sistema denominado *freeware*), cuja utilidade declarada, para o usuário, é uma, mas que se prestam, na realidade, a extrair e remeter informações deste mesmo usuário, com finalidade comercial. Assim, sem o conhecimento do consumidor, o programa, por exemplo, monitora quais os *sites* por ele acessados, e com que frequência isto é feito, permitindo a identificação do seu perfil de preferências, o que se constitui em um núcleo de informações dotado de interesse comercial. Com a venda ou disponibilização destes dados a terceiros, o fornecedor do *software* licenciado “gratuitamente”

ao usuário obtém a sua remuneração.

### 2.1.2 Confiança.

Por detrás da noção de confiança encontra-se a garantia ao consumidor da adequação do produto e dos serviços às expectativas legítimas que este mesmo consumidor tem em relação à atividade de consumo. Na aceção de Lima Marques<sup>164</sup> “[...] a manifestação de vontade do consumidor é dada almejando alcançar determinados fins, determinados interesses legítimos”. Como consequência deste carácter *teleológico* do comportamento do consumidor, ainda segundo a mesma autora:

[...] leis imperativas irão proteger a confiança que o consumidor depositou no vínculo contratual, mais especificamente na *prestação contratual*, na sua *adequação* ao fim que razoavelmente dela se espera, irão proteger também a confiança que o consumidor deposita na *segurança* do produto ou do serviço colocado no mercado [...]

Menezes Cordeiro indica textualmente que o princípio da confiança surge como “conteúdo material da boa fé”, e que a “proteção da confiança opera mercê de preceitos específicos ou, em termos gerais, através da boa fé”<sup>165</sup>

Linda Goldstein, analisando especificamente o tema da

---

<sup>164</sup> LIMA MARQUES. **Contratos no...**, p. 979.

<sup>165</sup> MENEZES CORDEIRO. **A Boa Fé...**, p. 1298-1299.

publicidade na Internet, destaca a importância que têm os recentes esforços visando imprimir confiança aos consumidores nas transações do “e-commerce”<sup>166</sup>.

Jorge Miquel Rodríguez<sup>167</sup> alerta para uma característica fundamental na difusão das mensagens publicitárias, peculiar ao comércio eletrônico: a possibilidade de *individualizar* o destinatário da mensagem, de modo que se possa ter uma idéia clara dos seus gostos e preferências e, inclusive, de outros aspectos relevantes, como seu nível econômico.

Como consequência deste fato, intensifica-se a responsabilidade do autor da publicidade, que pode ver analisada sua conduta não apenas sob paradigmas genéricos, mas levando em conta, também, situações individuais. Embora pareça paradoxal, a situação conhecida de *oferta ao público* pode ser, ao mesmo tempo, uma *oferta individual*, particularizada, e dirigida especificamente a um determinado consumidor.

Também Botana García<sup>168</sup>, valendo-se da análise da Resolução

<sup>166</sup> “Internet usage continues to grow at exponential rates with marketers and consumers embracing the new media in increasing numbers. Although initial concerns over the security of online transactions once hindered the growth of e-commerce, technological solutions have paved the way for the Internet to emerge as a major entertainment medium and vehicle for commercial transactions. By 2003-2005, e-commerce is expected to approach a trillion dollars. Businesses are overwhelmingly embracing the efficiency and the convenience of the Internet. Business to business transactions on the Internet account for approximately 80% of e-commerce activity. Efforts by both regulators and e-tailers are increasing consumer confidence in online transactions.” (GOLDSTEIN, Linda. Advertising on the Internet. **Practising Law Institute Patentes, Copyrights, trademarks and Literary Property Course Handbook Series**, feb./mar. 2001, p. 865)

<sup>167</sup> MIQUEL RODRÍGUEZ, Jorge. Problemática Jurídica de la Publicidad en Internet. In: BOTANA GARCÍA, Gema Alejandra (Coord.). **Comercio Electrónico y Protección de los Consumidores**. Madrid: La Ley, 2001, p. 246.

<sup>168</sup> BOTANA GARCÍA. Noción de Comercio...: La confianza de los consumidores constituye un requisito indispensable para que éstos acepten la sociedad de la información y tomen parte de ella, considera el Consejo que los consumidores están especialmente interesados en temas relacionados con: a) la accesibilidad y la asequibilidad; b) la facilidad de uso de equipos y aplicaciones y las competencias necesarias para utilizarlos; c) la transparencia, la cantidad y la calidad de la información; d) la equidad de las prácticas comerciales, las ofertas y las condiciones contractuales; e) la protección de los niños frente al contenido inadecuado; f) la seguridad de los sistemas de pago, incluida la firma electrónica; g) el régimen jurídico

de 19 de janeiro de 1999 do Conselho da União Europeia sobre a dimensão relativa aos consumidores na sociedade da informação, que considerou que as novas tecnologias de informação e comunicação podem oferecer vantagens aos consumidores, mas podem, também, dar lugar a novos contextos comerciais com os quais estes mesmos consumidores não estão familiarizados, e que podem colocar em perigo seus interesses, comenta que a confiança dos consumidores constitui um requisito indispensável para que eles aceitem a sociedade de informação e tome parte dela, sendo que o Conselho Europeu considera que os consumidores estão especialmente interessados em temas relacionados com:

- a) a acessibilidade e a exequibilidade;
- b) a facilidade no uso do equipamentos e aplicações e a capacidade para utilizá-los;
- c) a transparência, a quantidade e a qualidade da informação;
- d) a equidade das práticas comerciais, das ofertas e das condições contratuais;
- e) a proteção dos menores frente aos conteúdos inadequados;
- f) a segurança dos sistemas de pagamento, incluída a assinatura eletrônica;
- g) o regime jurídico aplicável às transações que os consumidores

---

aplicable a las transacciones que los consumidores efectúen en el nuevo entorno con respecto tanto a la elección del régimen jurídico como a la viabilidad de las disposiciones existentes; h) la atribución de responsabilidades; i) la intimidad y la protección de los datos personales; j) el acceso a unos sistemas eficaces de recurso y resolución de litigios; k) la tecnología de la información como instrumento informativo y educativo. El Consejo considera que para instaurar la confianza de los consumidores es necesario que exista en las nuevas tecnologías un nivel de protección equivalente al que rige en las transacciones tradicionales de los consumidores, aplicándose a los nuevos productos y servicios que ofrece la sociedad

efetuem no novo ambiente, tanto quanto à eleição deste regime quanto como a viabilidade das disposições existentes;

- h) a atribuição de responsabilidades;
- i) a intimidade e a proteção de dados pessoais;
- j) acesso a sistemas eficazes de recurso e solução de litígios;
- k) a tecnologia da informação como instrumento informativo e educativo;

Ainda segundo a mesma autora, o Conselho Europeu considera que, para inaurar a confiança dos consumidores , é necessário que exista nas novas tecnologias um nível de proteção equivalente ao que rege as transações tradicionais dos consumidores, aplicando-se aos novos produtos e serviços que oferece a sociedade da informação os princípios vigentes em matéria de política dos consumidores.

Uma das manifestações mais evidentes sobre a aplicação dos princípio da confiança ao comércio eletrônico ocorre quanto à necessidade de os fornecedores de produtos e serviços garantirem aos consumidores a existência de mecanismos efetivos para a correção de erros que possam vir a ocorrer durante a transação, especialmente nos *click agreements*. Como destacam Baumer e Poindexter<sup>169</sup>, no texto da UCITA encontra-se ressalva<sup>170</sup>

---

de la información los principios vigentes en materia de política de los consumidores ...” p. 20.  
<sup>169</sup> BAUMER; POINDEXTER. **Cyberlaw...**: “If the consumer makes an error by clicking on the wrong dot, and if there is no reasonable method for immediate detection and/or correction of this error, “the consumer is not bound by an electronic message that the consumer did not intend and which was caused by an electronic error, if the consumer ...”does several things upon learning of the error or the reliance by the other party [the vendor], whichever occurs first: (1) notifies the other party of the error; and (2) causes delivery to the other party of all copies of the information [generally software] or pursuant to reasonable instructions from the other party, delivers to another person or destroys all copies; and (3) has not used or received any benefit from the information or caused the information or benefit to be made available to a third party. In ordinary English, the consumer is required to act promptly when (s)he discovers

expressa neste sentido, pois se o consumidor pratica um erro ao “clique” no ponto inadequado, e não existir nenhum “método razoável” de imediata detecção ou correção deste erro, o consumidor não está vinculado por uma mensagem eletrônica que ele não enviou intencionalmente, a qual foi motivada por um erro eletrônico, se o consumidor adotar uma de várias providências para acusar este erro ou restaurar a confiança da outra parte (o fornecedor), o que ocorrer em primeiro lugar: (a) notificar o fornecedor do erro, (b) remeter a outra parte todas as cópias da informação obtida (geralmente, *softwares*), ou, mediante razoáveis instruções dadas pelo fornecedor, entregar estas cópias a outra pessoa ou destruí-las e (c) não ter usado ou obtido qualquer benefício da informação, ou permitido este uso ou benefício a terceiros. Em linguagem direta, ao consumidor é exigido agir prontamente quando percebe um erro.

### 2.1.3 Probidade

O princípio da probidade, referido no art. 422 do Código Civil Brasileiro, conduz toda a atividade contratual, com reflexos também no comércio eletrônico.

Entendida a probidade como “integridade de caráter”, “retidão” ou

---

an error” (p. 79).

<sup>170</sup> Ressalva também destacada por TOWLE, Holly. Legal Developments in Electronic Contracting. **Practising Law Institute Patentes, Copyrights, trademarks and Literary Property Course Handbook Series**, jun. 2000.: “UCITA also creates a consumer defense to contracts formed by an “electronic error.” Thus, even if the contract can be attributed to consumer X, that consumer has a defense if he or she qualifies under the new defense. “Electronic error” is a defined term that means an error in an electronic message created by a consumer using an information processing system if a reasonable method to detect and correct or avoid the error was not provided. Section 214 (1). Obviously, it behooves vendors

“honradez”, se está a assinalar uma das facetas da boa-fé objetiva<sup>171</sup>, que diz respeito ao comportamento individual dos sujeitos de direito, complementando-se a idéia de transparência e de confiança.

Uma clara evidência da aplicação deste princípio se observa em uma das disposições da UCITA (*Uniform Computer Information Transactions Act*), já antes referida. De acordo com a seção 102(5) deste estatuto padrão norte-americano, proposto pela NCCUSL (*National Conference of Commissioners of Uniform State Laws*), se estabelece um “procedimento de atribuição” (*attribution procedure*), fixado pela lei, regra administrativa ou acordo de vontades, para verificar se um evento eletrônico é atribuível a uma pessoa determinada ou para detectar alguma modificação ou erro na informação. Aqui, como em outros casos, é essencial que se identifique o comportamento íntegro e correto das partes envolvidas, que poderão valer-se, em princípio, de qualquer tecnologia apta à produção destes resultados, nas quais se destaca a criptografia assimétrica (a matéria já foi objeto de comentário ao tratar-se do documento eletrônico).

Segundo Baumer e Poindexter<sup>172</sup>, é possível visualizar-se caso de

---

and consumers if error correction procedures are provided: the vendor who provides such procedures can depend upon the contract received, and the consumer can avoid mistakes.”

<sup>171</sup> Adota-se aqui a posição, que é a de Judith MARTINS-COSTA, no sentido de que a probidade deriva da boa-fé objetiva (MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao Código Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v.5, p. 173), e não o contrário, como se sustenta no “Curso de Direito Civil”, de Washington de Barros MONTEIRO, de onde se extrai que “... O princípio da probidade versa sobre um conjunto de deveres exigidos nas relações jurídicas e, em especial, os de veracidade, integridade, honradez e lealdade. Desse princípio decorre logicamente o da boa-fé, que reflete não apenas uma regra de conduta, mas consubstancia a eticidade orientadora da construção jurídica do Código Civil de 2002 [...]” (MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. 3.ed. Atualizado por Carlos Alberto Dabus Maluf e Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, 2003, v.5, p. 11). Emílio BETTI também destaca a preponderância da boa fé, enfatizando a presença, entre os ônus (não obrigações) concernentes ao exercício da autonomia privada, o de prudência (*avvedutezza*) e o de diligência (*diligenza*). (BETTI, Emilio. **Teoria Generale del Negozio Giuridico**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1994, p. 109-111.)

<sup>172</sup> BAUMER; POINDEXTER. **Cyberlaw...**, p. 77.

“attribution procedure” em dois casos: (a) na falta de um acordo específico, a parte que depende de uma “atribuição” de identidade ou de conteúdo é a responsável pela sua prova (“[...] in other words, if a vendor receives an order for an item from a customer and bills the customer, the vendor has the burden of showing that the customer placed the order if the customer denies responsibility [...]”); (b) existindo um procedimento “razoável” para atribuir-se a identidade e o conteúdo da informação (razoabilidade vista à luz da natureza da transação realizada), então o comprador estaria adstrito a efetuar o pagamento pelo produto ou serviço, exceto de puder provar que não os solicitou.

## **2.2 Vulnerabilidade**

Segundo melhor doutrina, existem várias técnicas com a aptidão de tornar o consumidor mais fragilizado no contexto da relação contratual. Paulo Valério Dal Pai Moraes destaca o tecnicismo, a complexidade e a extensão contratual, o caráter de predisposição que é típico dos contratos de adesão, à generalidade dos contratos, o estado de necessidade em que se encontra o consumidor, a dimensão dos caracteres dos contratos, a exclusão de oferecimentos inicialmente prometidos nas primeiras cláusulas, a remissão feita a documentos arquivados, a utilização de conceitos vagos e indeterminados, o regime de monopólio, a existência de variados e inéditos fornecimentos de produtos e serviços, a realização de contratos fora do

estabelecimento comercial, os contratos “cativos de longa duração” e a imposição de cláusulas abusivas.

Como uma das conseqüências desta situação, decorre a regra geral de que a interpretação judicial dos contratos se fará em favor dos consumidores, que aparece, por exemplo, no art. 47 do Código de Defesa do Consumidor brasileiro.

Dentre as várias manifestações do princípio da vulnerabilidade do consumidor está a vedação ao estabelecimento de cláusulas abusivas, matéria consagrada não só pela doutrina e pela jurisprudência mas também, no direito brasileiro, por texto expreso de lei (Seção II do Capítulo VI do Título I da Lei nº 8078/90 – Código de Defesa do Consumidor). Segundo Lourdes Blanco Pérez-Rubio<sup>173</sup>, determinada cláusula contratual pode ser considerada abusiva porque está em oposição ao princípio da boa-fé e ao justo equilíbrio das contraprestações, sendo que a boa-fé deve ser entendida em seu sentido objetivo<sup>174</sup>.

Outro importante aspecto a ser destacado, sob o ponto de vista de reconhecer-se a vulnerabilidade do consumidor, diz respeito ao denominado “direito de arrependimento” (ou de “desistência”, “recesso”, “retratação”, ou, ainda, “reflexão”), que envolve a possibilidade do exercício de um direito potestativo, extintivo da relação obrigacional (por revogação), expressamente previsto no art. 49 do Código de Defesa do Consumidor Brasileiro, e, de resto,

---

<sup>173</sup> BLANCO PÉREZ-RUBIO, Lourdes. Cláusulas Abusivas en la Contractación Electrónica. In: BOTANA GARCÍA, Gema Alejandra (Coord.). **Comercio Electrónico y Protección de los Consumidores**. Madrid: La Ley, 2001, p. 510.

<sup>174</sup> “... como un criterio valorativo de las obligaciones de cada parte en el que hay que tener en cuenta no sólo la honradez subjetiva de la persona, sino principalmente las reglas objetivas de la honradez en el comercio o en el tráfico jurídico ...”, “Cláusulas abusivas en la contractación electrónica”, *Loc. Cit.*

presente na maior parte das legislações protetivas de consumidores, com variações quanto ao período **em que pode ser exercido**<sup>175</sup>. De forma bastante sintética, pode-se afirmar que a técnica de ensejar-se ao consumidor a possibilidade de (unilateralmente e sem indicação de motivo) extinguir a relação obrigacional já constituída tem dupla finalidade. Considerando-se que a relação de consumo se dá fora do estabelecimento comercial (“especialmente por telefone ou a domicílio”, diz a lei brasileira), (a) ou bem o consumidor não tem o contato direto (físico ou concreto) com o produto ou serviço que está adquirindo<sup>176</sup>, como ocorre nas compras por telefone ou por catálogo, (b) ou, mesmo isso ocorrendo, coloca-se em posição passiva, objeto de ação “invasiva” pelo fornecedor, o que pode causar-lhe especial constrangimento, como acontece na contratação “a domicílio”<sup>177</sup>.

Féral-Schuhl também analisa “la faculté de rétractation”<sup>178</sup>, dizendo que é exatamente porque o consumidor não tem a possibilidade *in concreto* de ver o produto ou conhecer as características do serviço antes da conclusão do contrato que ele é beneficiado por um direito de “retratação”.

Luis Miranda Serrano (que denomina estas duas situações recém referidas como de *déficit de informação* e *déficit de reflexão*,

<sup>175</sup> Veja-se, a respeito, LIMA MARQUES. **Contratos no...**, p. 703.

<sup>176</sup> Segundo VIGLIAR. *Consumer Protection...*, p. 226, “considerando che il consumatore non há in concreto la possibilità di visionare il bene o di prendere conoscenza della natura del servizio prima della conclusine del contratto, riconosce al medesimo ... la possibilità di risolvere, com dichiarazione unilaterale, il negozio posto in essere con il fornitore”.

<sup>177</sup> Aquela situação descrita por Gabriel STIGLITZ como “el mecanismo [que] consiste en mantener al cliente alejado de los locales comerciales, aprovechando una falta de preparación que disminuye su capacidad para discernir, frente al ‘arte del engaño oral’ firmemente ejecutado por el vendedor [...]” (STIGLITZ, Gabriel. **Protección Jurídica del Consumidor**. 2.ed. Buenos Aires: Depalma, 1990, p. 32).

<sup>178</sup> FÉRAL-SCHUHL. **Cyberdroit**, p. 177.

respectivamente<sup>179</sup>), apresenta interessante histórico da evolução do comércio e dos sistemas de promoção e distribuição de bens e serviços<sup>180</sup>:

a) a passagem do modo “itinerante” para o “sedentário”, com a criação dos burgos, na Baixa Idade Média, determinando a mudança de um modelo que chama de “paleocomercial” ou “paleomercantil”, de caráter feiral, transeunte e viajante para outro “tradicional” ou “pré-industrial”, em que é o cliente quem assume ativamente a atividade negocial. Surge, nesta etapa, a noção de “estabelecimento comercial”, foco da atenção dos ordenamentos jurídicos;

b) após a Revolução Industrial, gera-se um novo modelo de comercialização (“industrial” ou “pós-industrial”), onde o elemento característico é a presença de uma quantidade significativa de “agressividade ou compulsividade negocial”, com o uso da contratação em massa e de novas formas de contato entre fornecedores e consumidores;

c) com a intensificação do uso das tecnologias da informação, com destaque para a Internet, verifica-se uma nova etapa, caracterizada pela existência de uma “mercadoria singular” que “viaja” de uma forma muito rápida: a informação.

Analisando este “novo modelo” de comércio, o professor da Universidade de Córdoba aponta para aquele que considera o ponto de partida na investigação da matéria: identificar se a contratação eletrônica é, sempre, uma modalidade de “contratação à distância”. Da resposta a esta questão

---

<sup>179</sup> MIRANDA SERRANO, Luis. Derecho de Desestimiento del Consumidor en la Contractación Electrónica. In: BOTANA GARCÍA, Gema Alejandra (Coord.). **Comercio Electrónico y Protección de los Consumidores**. Madrid: La Ley, 2001, p. 596.

<sup>180</sup> Ibidem, p. 576-577.

retira-se importante consequência quanto ao direito de arrependimento do consumidor, pois, a ser afirmativa a resposta, necessariamente haverá de reconhecer-se a aplicabilidade das regras e princípios atinentes a esta situação<sup>181</sup>, dado um dos pressupostos que indicam a finalidade da regra protetiva (ausência de contato físico com o produto ou serviço). A conclusão a que chega Miranda Serrano<sup>182</sup> é a de que “[...] no todo contrato electrónico – en cuanto que contrato a distancia – queda sometido a la normativa reguladora de la contractación electrónica [...]”

Efetivamente, o que se constata, na realidade, é que por ocasião da contratação eletrônica, do mesmo modo como ocorre a superação das categorias tradicionais de *presença* e *ausência*, para os fins de determinar o momento da realização do contrato (veja-se item 1.2.2, retro), igualmente a idéia de que, nesta situação, seria sempre aplicável o direito de arrependimento não parece ser sustentável<sup>183</sup>.

Isto porque, em primeiro lugar, o conceito de “estabelecimento comercial” deve ser considerado, como elemento normativo, à luz das novas modalidades de contratação. O significado desta contextualização obriga a considerar que um “site” (“estabelecimento comercial virtual”) na Internet é um *locus* próprio, distinto daquele que corresponde ao estabelecimento físico de um mesmo fornecedor (que, até, pode não existir, pois há empreendimentos

---

<sup>181</sup> O artigo 6º da Diretiva 97/7/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de maio de 1997, é expreso acerca do exercício do direito de reflexão, pelo consumidor, nos contratos à distância, excetuando algumas poucas situações contempladas no subitem 3 do dispositivo.

<sup>182</sup> MIRANDA SERRANO. Derecho de Desestimiento..., P. 594.

<sup>183</sup> Em trabalho anterior (SANTOLIM. **Formação e Eficácia...**, p. 38-39), abordando-se apenas parcialmente a finalidade da regra contida no art. 49 da Lei nº 8078/90, sustentou-se sua inaplicabilidade aos contratos eletrônicos, posição que deve ser revista, seja diante da necessidade de reconsiderar-se a teleologia da norma, seja pelo advento de novas formas de contratação eletrônica, em redes abertas de computador, o que não existia na época. Neste

que somente operam virtualmente).

A Diretiva 2003/31/CE, já antes referida, nas suas considerações introdutórias (item 19), dedicou específica atenção à matéria:

A determinação do local de estabelecimento do prestador deve fazer-se de acordo com a jurisprudência do Tribunal de Justiça, segundo a qual do conceito de estabelecimento é indissociável a prossecução efetiva de uma atividade econômica, através de um estabelecimento fixo por um período indefinido. Este requisito encontra-se igualmente preenchido no caso de uma sociedade constituída por período determinado. O local de estabelecimento, quando se trate de uma sociedade prestadora de serviços através de um *site* na Internet, não é o local onde se encontra a tecnologia de apoio a esse *site* ou o local onde este é acessível, mas sim o local em que essa sociedade desenvolve a sua atividade econômica.

Assim, por força deste raciocínio, a contratação feita valendo-se deste mecanismo não seria necessariamente “fora” do estabelecimento comercial, já que este deve ser apreciado pela sua existência na rede de computadores, e não fisicamente. Ademais, não há nenhuma prática “invasiva” ou que resulte em “déficit de reflexão” no comércio eletrônico voltado aos consumidores, que, muito embora perfectibilizando a relação de consumo através de seu computador doméstico, o fazem por iniciativa própria, em horário à sua escolha e (pelo contrário), muitas vezes após ampla pesquisa em outros “sites”, de outros fornecedores. Mesmo assim, é de se cogitar sobre a aplicação do direito de arrependimento ao comércio eletrônico, em atenção a outra finalidade da mesma norma (proteção decorrente do “déficit de informação”), sempre que o produto ou serviço, por não se caracterizar como único ou padronizado, dependa da verificação, pelo consumidor, das suas reais

características.

### **2.3 Solidariedade obrigacional**

A noção de que, na relação de consumo, se estabelece uma condição de solidariedade entre as diversas condições de fornecedores (segundo o art. 3º da Lei nº 8078/90), integrantes do processo de produção de bens e serviços, pode ser identificada em diversos tópicos, no microsistema do Código de Defesa do Consumidor Brasileiro (Parágrafo único do art. 7º e arts. 18 e 19, por exemplo).

A solidariedade, como é consabido, não se presume, resulta da lei ou da vontade das partes (Código Civil, art. 265). Mas deve ser destacado que “lei” não é apenas a regra, mas é a *norma*, que, como se sabe, tem alcance mais amplo. Ao dizer que não se admite a técnica da presunção, o legislador está a indicar a necessidade de norma prevendo a solidariedade, como ocorre nos casos indicados no Código de Defesa do Consumidor.

É importante enfatizar, como faz Lima Marques<sup>184</sup>, a essencialidade da noção de *cadeia de fornecedores*, como indicativa do fundamento acerca da solidariedade entre os diferentes integrantes de um processo que é de natureza econômica, mas não pode ser ignorado pelo Direito. A partir disso, destaca a mesma autora, surgem os “... dois reflexos mais conhecidos deste fenômeno de pluralidade passiva na relação de

---

Consumidor na Internet. São Paulo: Quartier Latin, 2002, p. 99.

consumo: o fenômeno da pós-personalização (ou catividade) e a conexão dos contratos [...]”.

Trata-se do reflexo, no plano jurídico, do fenômeno socio-econômico da “empresa de rede”, referido anteriormente, e que foi analisado por Manuel Castells. Os dois aspectos citados (catividade do consumidor e conexão contratual) possuem correlação com o comércio eletrônico, bastando lembrar (a) a situação do usuário de um serviço de acesso à Internet, que fixa a sua identificação, para fins de comércio eletrônico, valendo-se de nome de domínio do fornecedor, e, em razão disso, caso deseje suspender o serviço, será forçado a valer-se de nova identificação em seus *e-mails*, o que pode ser-lhe altamente desvantajoso e (b) o caso da conexão entre o contrato de hospedagem de um *site* e o seu conteúdo, adiante examinado<sup>185</sup>.

Jorge Mosset Iturraspe<sup>186</sup> analisa as causas e as características da conexão contratual, de onde se extrai que o principal interessado neste mecanismo é o fornecedor de produtos e serviços, daí porque razoável se afigura que assumam os ônus conseqüentes ao mesmo fato.

A matéria igualmente mereceu a atenção do Superior Tribunal de Justiça, no Brasil, em decisão que já contou com o devido destaque pela doutrina (veja-se Lima Marques<sup>187</sup> e Elaine Cardoso de Matos Novais<sup>188</sup>), onde se efetuou um alargamento na proteção aos consumidores. Considerou-se

---

<sup>184</sup> LIMA MARQUES. **Contratos no...**, p. 334-335.

<sup>185</sup> A conexão contratual não é estranha ao Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8078/90), como se observa da análise do seu art. 52, realizada por Cláudia LIMA MARQUES (**Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, pp. 690/691).

<sup>186</sup> MOSSET ITURRASPE, Jorge. **Contratos Conexos: grupos y redes de contratos**. Santa-Fe: Rubinzal-Culzoni, 1999, p. 32-33.

<sup>187</sup> LIMA MARQUES. **Contratos no...**, p. 354.

responsável empresa que ostentava a mesma *marca* ou *identificação comercial* do que o fabricante do produto, no exterior, ainda que este responsável tivesse personalidade jurídica distinta e não fabricasse o mesmo produto, no Brasil. Do acórdão, destaca-se o voto do Ministro Ruy Rosado De Aguiar Júnior (voto decisivo, de desempate), onde estão assinalados, ainda que implicitamente, os indicativos da solidariedade obrigacional:

[...] A empresa que vende seus produtos em diversos países do mundo, e assim se beneficia do regime de globalização comercial, deve responder pelas suas obrigações com a mesma extensão. A quebra das fronteiras para a venda há de trazer consigo a correspondente quebra das fronteiras para manter a garantia da qualidade do produto. Do contrário, a empresa multinacional recebe o bônus que significa a possibilidade de ampliar o mercado para a colocação da mercadoria que produz, elevando-o a um plano universal, mas se exonera do ônus de assumir a responsabilidade de fabricante ou fornecedor, invocando a seu favor a existência da fronteira. Esse limite, que não impede a sua expansão, não pode servir para reduzir a sua obrigação [...]

Na discussão que ali se estabeleceu, o tema da responsabilidade solidária, de fato, aparece explicitamente apenas na posição vencida:

[...] As pessoas jurídicas nascem, vivem e morrem, como as naturais, e como elas têm diversa estrutura de caracterização, e a lei civil não estabelece solidariedade passiva – sequer a novel legislação – entre duas firmas, apenas porque têm o mesmo nome ou o mesmo interesse comercial [...]" (excerto do acórdão recorrido, do Tribunal de Justiça de São Paulo, transcrito no voto vencido do Ministro ALDIR PASSARINHO JÚNIOR).

A situação cogitada neste precedente judicial guarda íntima

---

<sup>188</sup> NOVAIS, Elaine Cardoso de Matos. Mercadoria adquirida no Exterior: globalização e a efetiva defesa do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n 47, jul./set.

proximidade com um número significativo de casos envolvendo o comércio eletrônico, pois se a responsabilidade pela *marca* ou *identificação* do produto ou serviço, perante o consumidor, se estende a quem os aproveita, no território nacional, mesmo no tocante a uma relação de consumo originariamente estabelecida no exterior, com muito mais razão esta consquência há de ser reconhecida nas transações realizadas por meio eletrônico.

Outra hipótese flagrada de solidariedade obrigacional no comércio eletrônico envolve a relação entre o fornecedor do produto ou serviço e o prestador de outro serviço, que é o de “hospedagem” do “site” que permite a transação por meio eletrônico:

No caso do comércio eletrônico a questão é saber se, neste caso, a responsabilidade pela qualidade do produto vendido alcança também o proprietário do portal onde o *site* de venda está alojado, ou ainda, se cabe ao próprio provedor que hospeda o portal [...]<sup>189</sup>

Na realidade, as duas hipóteses cogitadas são distintas, e não devem merecer o mesmo tratamento jurídico, no que tange à responsabilidade obrigacional. Na relação que se estabelece entre o portal e o *site* de venda, pode ocorrer que o responsável pelo portal esteja em posição de solidariedade com o *site* de venda, uma vez que se caracterize seu interesse econômico (ainda que indireto), no êxito deste empreendimento. Quem organiza o portal seleciona os *sites* que o integrarão, com o objetivo de torná-lo mais qualificado perante o consumidor, colocando-se, assim, como integrante da cadeia de

---

2003.  
<sup>189</sup> OLIVO, Luis Carlos Cancellier de. Aspectos Jurídicos do Comércio Eletrônico. In: ROVER Aires José (Org.). **Direito, Sociedade e Informação**: Limites e Perspectivas da Vida Digital. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2000, p. 66.

fornecimento. O mesmo não se dá no tocante ao prestador de serviços que hospeda o portal, cuja atividade não é seletiva, mas apenas funciona como requisito técnico indispensável ao acesso à rede. Aqui, eventual responsabilidade, se existente, só poderá ser por atividade própria, como ocorre, por exemplo, se não adotar providências para a retirada do portal da rede ante evidências ou elementos de que há dano ou risco de dano aos consumidores pela atividade por ele desenvolvida.

Deve ser considerada, por derradeiro, a situação de “catividade” do consumidor, que se caracteriza com freqüência nas relações do comércio eletrônico, mercê da circunstância de que o usuário dos serviços de prestação de acesso por um determinado fornecedor fica obrigado a manter sua conta de e-mail habilitada neste serviço, como condição para receber correspondência no endereço fornecido. Daí ser freqüente o envio de correspondência (inclusive não solicitada), contendo material de divulgação do provedor de serviço, com referências a outros fornecedores. Ao consumidor, que fica refém desta condição (trocar o prestador de serviço implica trocar o seu endereço eletrônico, que, muitas vezes, já foi amplamente divulgado), evidentemente deve ser garantida a responsabilidade solidária do prestador de serviço de acesso nas relações de consumo estabelecidas a partir destes contatos.

#### ***2.4 Autonomia privada***

Ao examinar os princípios que orientam a proteção ao

consumidor, é possível fazer uma referência específica ao princípio da autonomia privada<sup>190</sup>. Embora seja assente que esta é uma das diretrizes no âmbito da contratualidade<sup>191</sup>, a peculiaridade de as normas que regem o direito do consumidor serem marcadamente de conteúdo intervencionista, e de ordem pública, parecem constranger qualquer abordagem acerca da importância da autonomia privada nesta área. No entanto, quando se observa que não há necessariamente contrariedade, mas sim compatibilidade entre o exercício da autonomia privada e a boa-fé objetiva, vê-se que mesmo na proteção ao consumidor é de invocar-se aquela, como fim a ser tutelado no ordenamento jurídico.

Franz Wieacker, tecendo considerações sobre o desenvolvimento do direito civil alemão, observa<sup>192</sup> que

[...] A teoria da *declaração de vontade* e da *conclusão negocial* foram compatibilizadas – através da transição da teoria da vontade da pandectística para o princípio da confiança ou vigência da interpretação objetiva “segundo a boa-fé” através do controle dos contatos estandardizados e das condições gerais dos contratos e através da teoria do silêncio no comércio jurídico – com a evolução da sociedade, nomeadamente no que respeita à evolução dos negócios jurídicos isolados para os negócios jurídicos em massa [...].”

No entanto, são freqüentes as referências pontuais que enfatizam

---

<sup>190</sup> LIMA MARQUES. **Contratos no...**, p. 590, observa que “[...] as técnicas legislativas de proteção aos consumidores em matéria de contratos de consumo visam garantir uma nova proteção da vontade dos consumidores na formação dos contratos, isto é, garantir uma *autonomia real da vontade do contratante mais fraco* ...”.

<sup>191</sup> Francisco AMARAL aponta para o que denomina de “funcionalização dos institutos de direito privado”, atingindo também o princípio da autonomia privada, pelo que “o exercício deste poder jurídico deve limitar-se, de modo geral, pela ordem pública e pelos bons costumes e, em particular, pela utilidade que possa ter na consecução dos interesses gerais da comunidade, com vistas ao desenvolvimento econômico e ao seu bem estar social” (AMARAL, Francisco. **Direito Civil: Introdução**. 5.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 369).

<sup>192</sup> WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. 2.ed. Lisboa; Calouste, 1980, p. 594.

o “direito de escolha” do consumidor, que nada mais é do que uma reafirmação do princípio da autoria privada. A aplicação desse princípio deverá ser feita através da ponderação com os demais princípios, o que relativiza a sua aplicação dentro do microssistema de proteção ao consumidor. Além disso, vale destacar que o princípio da autonomia da vontade somente pode ser invocado no campo específico da proteção contratual, o que restringe sua aplicação aos “contratos eletrônicos”, e não ao “comércio eletrônico” como um todo, situação que, como já se demonstrou, envolve também vínculos obrigacionais sem natureza negocial.

Giovanni Sciancalepore<sup>193</sup>, em uma abordagem mais restrita, afirma que a política dos consumidores da União Européia não consiste na restrição à liberdade de mercado a favor dos consumidores, quando intervém para melhorar a circulação das mercadorias, para tornar a livre concorrência mais competitiva e para incrementar a efetiva autonomia valorativa no usuário final.

Ramsay<sup>194</sup> é outro que lembra a profunda relação existente entre o princípio da transparência e o da autonomia privada, quando diz que “[...] It is assumed that, provided information transparency is assured, then a consumer will seek out this information as a basis for rational choice [...]”.

---

<sup>193</sup> SCIANCALEPORE. La tutela del Consumatore...: “[...] la politica dei consumatori dell’Unione Europea non consiste affatto nella restrizione della libertà di mercato a favore del consumatore, quando in interventi per migliorare la circolazione delle merci, per rendere la libera concorrenza più competitiva e per incrementare l’effettiva autonomia valutativa nell’utente e/o nel fruitore finale [...]” ( p. 208).

<sup>194</sup> RAMSAY. Consumer Protection in the Era of Informational Capitalism. In: WILHELMSSON, Thomas; TUOMINEN, Salla; TUOMOLA, Heli (Org.). **Consumer Law in the Informational Society**. The Hague: Kluwer, 2001, p. 58)

## A APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS

Para além das conclusões apresentadas incidentalmente, no curso deste trabalho, resta apresentar, como corolário destas observações parciais, aquela que é a confirmação da hipótese formulada inicialmente.

Trata-se de demonstrar que a adoção de legislação específica sobre o comércio eletrônico não é indicação segura de reforço ou mesmo manutenção no paradigma protetivo dos consumidores, como vem sendo observado por alertas feitos pela doutrina norte-americana<sup>195</sup>. Sem desconhecer a importância que ostenta no ordenamento jurídico a construção de um conjunto de regras, estruturadas sistematicamente, para a solução de conflitos sociais, nas mais diferentes áreas, também não é possível ignorar a dificuldade de serem encontradas estas mesmas regras em áreas de intensa e dinâmica transição.

Este parece ser o caso do comércio eletrônico, onde em pouco mais de alguns anos desenvolveu-se uma profunda preocupação dos operadores do Direito com a busca de soluções para questões que vão se sucedendo com instigante renovação, muito embora evidências entre analogias

possíveis com experiências já conhecidas<sup>196</sup>. Quando parece ter sido encontrada a fórmula para resolver um problema, surge outro, ou se repõe aquele, sob novo prisma, muitas vezes resultante de uma mudança tecnológica razoavelmente previsível.

É possível considerar, nesta linha de raciocínio, que a utilização de princípios instrumentais, como o da transparência e do da vulnerabilidade, ou finalísticos, como são a boa-fé e a autonomia privada, pode ser o melhor caminho para orientar a atuação dos aplicadores do Direito, mormente no exercício de competências administrativas e jurisdicionais, mas também como um referencial para os legisladores.

A proteção do consumidor está colocada, na grande parte dos ordenamentos jurídicos contemporâneos (e, no Brasil, com a clareza do texto constitucional – art. 5º, XXXII), na condição de direito fundamental, e não pode ser afastada ante o surgimento de novos mecanismos de acesso ao mercado de bens e serviços, à míngua de regras específicas, quando o seu conjunto principiológico já existente é suficiente ao enfrentamento destas novas situações.

É ainda importante destacar que o uso dos princípios protetivos do consumidor, definidos doutrinária, legislativa e jurisprudencialmente muito antes do advento do emprego intensivo das tecnologias da informação, não se faz sem riscos, especialmente aqueles relacionados com o que já se indicou

---

<sup>195</sup> Veja-se, a propósito, as críticas de James S. HELLER sobre a UCITA. (HELLER, James S. The Uniform Computer Information Transactions Act (UCITA): still not ready for prime time: still not ready for prime time. **Richmond Journal of Law and Technology**, fall 2000.

<sup>196</sup> WINN, Jane Kaufman. The Emerging Law of Electronic Commerce. In: LEMLEY, Mark et al. **Software and Internet Law**. New York: Aspen Law, 2000, p. 1039, afirma que “[...] Doing business over the Internet may seem to raise breathtakingly novel issues in business law, but the law of electronic commerce is actually as old as the telegraph ...”.

como a possibilidade de construção de modelos subjetivistas e arbitrários. A efetividade da aplicação de um sistema principiológico, que guarde coerência com o Estado de Direito, exige o pleno domínio da adequada argumentação jurídica, que haverá de funcionar como mecanismo de controle contra eventuais demasias na tentativa de superar a ausência de regras específicas sobre a matéria.

Como já foi destacado por Larenz, a “ponderação de bens” que se realiza necessariamente quando da aplicação de princípios “[...] não é simplesmente matéria do sentimento jurídico, é um processo racional que não há-de fazer-se, em absoluto, unilateralmente, mas que, pelo menos até um certo grau, segue princípios identificáveis e, nessa medida, é também comprovável [...]”<sup>197</sup>.

Para além disso, enfatizar a complementaridade entre a importância da criação de “novas leis” e a necessidade da adoção de uma hermenêutica adequada para as normas já existentes é um imperativo ao qual estão destinados todos os que demonstram preocupação com a temática da proteção aos direitos dos consumidores e, através deste caminho, indicar alternativas também para outras áreas do conhecimento jurídico, colocadas diante de problemas semelhantes.

---

<sup>197</sup> LARENZ, Karl. Metodologia da Ciência do Direito, 3ª ed. Lisboa: Calouste, 1997, p. 587.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, João Batista de. **A Proteção Jurídica do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

\_\_\_\_\_. **Manual do Direito do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2003.

ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. **Direito das Obrigações**. 8.ed. Coimbra: Almedina, 2000.

AMADEO GADEA, Sergio. **Informatica y Nuevas Tecnologias**. Madrid: La Ley, 2001.

AMARAL, Francisco. **Direito Civil: Introdução**. 5.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

AMARAL JÚNIOR., Alberto do. **Proteção do Consumidor no Contrato de Compra e Venda**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

AMERICAN BAR ASSOCIATION. **Achieving Legal and Business Order in Cyberspace: A Report on Global Jurisdiction Issues created by the Internet**. **Business Lawyer**, 2000.

ANDERSON, Tyler. An analysis of Personal Jurisdiction and Conflict of Law in the context of Electronically Formed Contracts. **Idaho Law Review**, 2001.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômacos**, 3ª ed. Brasília: UnB, 2001.

ARNOLD, Gordon; GOLDAPP, Shannon. E-Commerce ad business methods: what type of evidence must a challenger use. **Practising Law Institute Patents, Copyrights, Trademarks, and Literary Property Course Handbook Series**, oct. 2000.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Estudos sobre Direito da Internet e da Sociedade da Informação**. Lisboa: Almedina, 2001.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. São Paulo: Malheiros, 2003.

AZAR, Maria José. El Consentimiento em la Contratación de Consumo por Internet. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 42.

BABCOCK, Matthew et al. Publishing without borders: Internet jurisdictional issues, Internet choice of law issue, ISP Immunity and on-line anonymous speech. **Practising Law Institute Patents, Copyrights, Trademarks, and Literary Property Course Handbook Series**, may 2001.

BALLON, Ian. Rethinking Cyberspace Jurisdiction in Intellectual Property Disputes. **University of Pennsylvania Journal of International Economic Law**, fall 2000.

BAPTISTA, Luiz Olavo (Coord.). **Novas Fronteiras do Direito na Informática e Telemática**. São Paulo: Saraiva, 2001.

BARBAGALO, Erica Brandini. **Contratos Eletrônicos**. São Paulo: Saraiva, 2001.

BARNES, James; BYRNE, James. E-Commerce and Letter of Credit: Law and Practice. **International Lawyer**, spring 2001.

BASEDOW, Jurgen; KONO, Toshiyuki. **Legal Aspects of Globalization**. The Hague: Kluwer International, 2001.

BASSO, Maristela (Org.). **Mercosul: seus efeitos jurídicos, econômicos e políticos nos países-membros**. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

BAUMER, David; POINDEXTER, J. C. **Cyberlaw and E-Commerce**. New York: McGraw Hill, 2002.

BEARD, D. Benjamin. E-Commerce: The Uniform Transactions Act and Federal E-Sign Act. **American Law Institute - American Bar Association Continuing Legal Education ALI-ABA Course of Study**, sep. 2001.

BELL, Tom. New Federal Law Enables E-Commerce. **Orange County Lawyer**, dec. 2000.

BENJAMIN, Antônio Herman V. O Conceito Jurídico de Consumidor. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 628, fev. 1988.

BERMAN, Andrew. International Divergence: the "keys" to signing on the digital line. The Cross-Border Recognition of Electronic Contracts and Digital Signatures. **Syracuse Journal of International Law and Commerce**, 2001.

BESSA, Leonardo Roscoe. **O Consumidor e os Limites dos Bancos de Dados de Proteção ao Crédito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003

BETTI, Emilio. **Teoria Generale del Negozio Giuridico**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1994.

BITTAR, Eduardo. **A Justiça em Aristóteles**. 2.ed. São Paulo: Forense Universitária, 2001.

BLANCO PÉREZ-RUBIO, Lourdes. Cláusulas Abusivas en la Contractación Electrónica. In: BOTANA GARCÍA, Gema Alejandra (Coord.). **Comercio Electrónico y Protección de los Consumidores**. Madrid: La Ley, 2001.

BLUM, Renato Opice (Coord.). **Direito Eletrônico**. São Paulo: EDIPRO, 2001.

BLUM, Rita Peixoto Ferreira. **Direito do Consumidor na Internet**. São Paulo: Quartier Latin, 2002.

BOSS, Amelia. The UETA in a Global Environment. **Idaho Law Review**, 2001.

BOTANA GARCÍA, Gema Alejandra (Coord.). **Comercio Electrónico y Protección de los Consumidores**. Madrid: La Ley, 2001.

\_\_\_\_\_. Noción de Comercio Electrónico. In: BOTANA GARCÍA, Gema Alejandra (Coord.). **Comercio Electrónico y Protección de los Consumidores**. Madrid: La Ley, 2001.

BRANCHER, Jean. Delayed disclosure in Consumer E-Commerce as an unfair and deceptive practice. **Wayne Law Review**, winter 2000.

BRANDEL, Roland. The Federal E-Sign Act: New legal foundations for E-Commerce. In: NIMMER, Raymond T. (Org.). **Understanding Electronic Contracting: UCITA, E-Signature, Federal, State and Foreign Regulations**. New York: Practising Law Institute, 2001.

\_\_\_\_\_. Electronic Signatures in Global and National Commerce Act and the Uniform Electronic Transactions Act (UETA). In: BALLON, Ian C.; LEVI, Stuart D.; WONG, Nicole A. (Org.). **Fifth Annual Internet Law Institute**. New York: Practising Law Institute, 2001, v.2.

BROWDER, John. Encryption Source Code and the First Amendment. **Jurimetrics Journal**, summer 2000.

BROWN, Brian. Emerging Insurance Products in the Electronic Age. **ABA Brief**, fall 2001.

BUDNITZ, Mark. Consumers Surfing for Sales in Cyberspace: what constitutes acceptance and what legal terms and conditions bind the consumer? **Georgia State University Law Review**, summer 2000.

BURKE, Anthony. EU and Irish Internet Law: an overview. **International Law Practicum**, autumn 2000

BUSNELLI, Francesco Donato. Note in Tema di Buona Fede ed Equità. **Rivista di Diritto Civile**, Padova, n.5, set./ott. 2001.

BUTLER, III, James. Safe and Legal E-Commerce: Legal and Regulatory issues raised by the use and export of Encryption Technology. **Practising Law Institute Patents, Copyrights, Trademarks, and Literary Property Course Handbook Series**, jun. 2000.

CALAMARI, John D; PERILLO, Joseph M. **Contracts**. 3th ed. St. Paul: West Group, 1999.

CARVALHO, Ana Paula Gambogi. **Contratos Via Internet**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

CASSANO, Giuseppe (Org.). **Commercio Elettronico e Tutela del Consumatore**. Milano: Giuffrè, 2003.

CASTELLS, Manuel. **A Galáxia da Internet**. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

CHAISE, Valéria Falcão. **A Publicidade em face do Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2001.

CHAO, Susan. Contract Law/Electronic Contract Formation – District Court for the Central District of California holds that a Web-Wrap Site License does not equate to a enforceable contract – Ticketmaster Corp. v. Ticket.Com Inc., **Southern Methodist University Law Review**, winter 2001,

CLARKE, Leo L. Performance Risks, Form Contracts and UCITA. **Michigan Telecommunication and Technology Law Review**, 2000-2001.

CORRÊA, Gustavo Testa. **Aspectos Jurídicos da Internet**. São Paulo: Saraiva, 2000.

COUTO E SILVA, Clóvis V. do. **A Obrigação como Processo**. São Paulo: Bushatasky, 1976.

CRUZ e TUCCI. Eficácia Probatória dos Contratos celebrados pela Internet. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto (Coord.). **Direito & Internet**. São Paulo: EDIPRO, 2000.

CUNARD, Jeffrey; COPLAN, Jennifer. Selected Topics in E-Commerce Law. **Practising Law Institute New York Practice Skills Course Handbook Series**, nov. 2000.

D'AMICO, Giovanni. Regole di Validità e Regole di Comportamento nella Formazione del Contrato. **Rivista di Diritto Civile**, Padova, n.1, gen./feb. 2002.

DAVIDSON, Stephen; KAPSNER, Mical. New Rules for Software Contracting. **The Computer Law Association Bulletin**, v. 16, n. 1, p. 13-24, 2001.

DAVIDSON, Stephen; ANDERSEN, Katheryn. UCITA and other U.S. laws in an international perspective. **Practising Law Institute Patents, copyrights, trademarks and Literary Property Course Handbook Series**, apr./may 2000.

DAL PAI MORAES, Paulo Valério. **Código de Defesa do Consumidor: o princípio da vulnerabilidade**. Porto Alegre: Síntese, 1999.

DE LUCCA, Newton. **Aspectos Jurídicos da Contratação Informática e Telemática**. São Paulo: Saraiva, 2003.

\_\_\_\_\_. **Direito do Consumidor: Teoria Geral da Relação de Consumo**. São Paulo: Quartier Latin, 2003.

\_\_\_\_\_. Títulos e Contratos Eletrônicos. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto (Coord.). **Direito & Internet**. São Paulo: EDIPRO, 2000.

DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto (Coord.). **Direito & Internet**. São Paulo: EDIPRO, 2000.

DE MASI, Domenico. **O Futuro do Trabalho**. Rio de Janeiro: José Olympio, 1999.

DELPECH, Horacio Fernández. **Internet: su problemática jurídica**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2001.

DE NAYER, Benoît. The Consumer in Electronic Commerce: Beyond Confidence In: WILHELMSSON, Thomas; TUOMINEN, Salla; TUOMOLA, Heli (Org.). **Consumer Law in the Informational Society**. The Hague: Kluwer, 2001.

DONATO, Maria Antonieta Zanardo. **Proteção ao Consumidor: conceito e extensão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994

DE SANTI, Susan. The Evolution of Electronic B2B Marketplaces. **American Law Institute - American Bar Association Continuing Legal Education ALL-ABA Course of Study**, sep. 2000.

DEBROW, Jennifer; BLAIR, H. Allen. Electronic Contracting and Record Keeping. **Bench and Bar of Minnesota**, 2000.

DI RESTA, Anthony. Antitrust Considerations in E-Procurement and B2B E-Commerce. **Practising Law Institute Patents, Copyrights, Trademarks, and Literary Property Course Handbook Series**, apr. 2001

DIVELY, Mary Jo Howard. The last laws that will enable electronic contracting: Survey of Electronic Contracting Rules ins the Uniform Electronic Transactions Act and the Uniform Computer Information Transaction Act. **Practising Law Institute Patents, Copyrights, Trademarks, and Literary Property Course Handbook Series**, mar. 2001.

DUBANEVICH, Keith S.; SHEBIEL, Alec J. Minimizing Exposure: personal jurisdiction in the silicon forest. **Oregon State Bar Bulletin**, dec. 2001.

DUHAIME, Diane. Legal Developments in Computer and Electronic Contracting: Uniform Computer Information Transactions Act. In: BALLON, Ian C.; LEVI, Stuart D.; WONG, Nicole A. (Org.), **Fifth Annual Internet Law Institute**. New York: Practising Law Institute, 2001. v.2.

ESTEVE GONZÁLEZ, Lidia (Coord.). **Derecho e Internet**. Alicante: Librería COMPAS, 2001.

FADDA, Stefano. La Tutela dei Dati Personali del Consumatore Telematico. In: CASSANO, Giuseppe (Org.). **Commercio Elettronico e Tutela dei Consumatore**. Milano: Giuffrè, 2003.

FÉRAL-SCHUHL, Christiane. **Cyberdroit**. 3.ed. Paris: Dalloz, Dunod, 2002.

FERREIRA, Ivette Senise; BAPTISTA, Luiz Olavo (Coord.). **Novas Fronteiras do Direito na Era Digital**. São Paulo: Saraiva, 2002.

FERREIRA DA SILVA, Luis Renato. Das regras contratuais no MERCOSUL: as normas conflituais e as normas de Direito Material. In: BASSO, Maristela (Org.). **Mercosul: seus efeitos jurídicos, econômicos e políticos nos países-membros**. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

FERREIRA DE ALMEIDA, Carlos. **Texto e Enunciado na Teoria do Negócio Jurídico**. Coimbra: Almedina, 1992.

FITZGERALD, Peter. Hidden dangers in the E-Commerce Data Mine: Governmental Customer and Trading Partner Screening Requirements. **International Lawyer**, spring 2001

FLEISCHER, Adam. Internet Torts and Cyberspace Insurance: New Issues for the Economy. **Illinois Bar Journal**, may 2000.

FRALEY, Ruth. Digital Signatures: Issues and Questions. **Practising Law Institute Patents, Copyrights, Trademarks, and Literary Property Course Handbook Series**, feb. 2001.

FRANKEL, Tamar. Trusting and Non Trusting on the Internet. **Boston University Law Review**, apr. 2001.

FRY, Patricia. Introduction to the UETA: principles, policies and provisions. **Idaho Law Review**, 2001.

GALLO, Paolo. Buona Fede Oggettiva e Transformazioni del Contratto. **Rivista di Diritto Civile**, Padova, n.2, mar./apr. 2002.

GARDELLA, William. E-Commerce in Real Estate Transactions. **Probate and Property Review**, jul./aug. 2001.

GARFINKEL, Simson. **Database Nation**. Sebastopol (CA): O'Reilly, 2000.

GAUDENZI, Andrea Sirotti. **Il Commercio Elettronico nella Società dell'Informazione**. Napoli: Sistemi Editoriali, 2003.

GAZZONI, Francesco. Contatto Reale e Contatto Fisico (Ovverosia l'accordo contrattuale sui trampoli). **Rivista del Diritto Commerciale**, Roma, n. 11-12, p. 655-668, 2002.

GETMAN, Frank. E-Commerce Business Formation. **Practising Law Institute Corporate Law and Practice Course Handbook Series**, oct. 2000.

GILLETTE, Clayton. Interpretation and Standardization in Electronic Sales Contracts. **Southern Methodist University Law Review**, Fall, 2000.

GILMAN, Jeremy. Personal Jurisdiction and the Internet: traditional jurisprudence for a New Medium. **Business Lawyer**, nov. 2000.

GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin. A contemporaneidade contratual e a regulamentação do comércio eletrônico. In RAMOS, Carmen Lucia Silveira et al. (Org.) **Diálogos sobre Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

GODBEY, Robert Carson; MEYER, William G.. Contracting in Cyberspace. **Hawaii Bar Journal**, 2001.

GOLDSTEIN, Linda. Advertising on the Internet. **Practising Law Institute Patentes, Copyrights, trademarks and Literary Property Course Handbook Series**, feb./mar. 2001.

GOUVÊA, Sandra. **O Direito na Era Digital**. Rio de Janeiro: MAUAD, 1997.

GRECO, Marco Aurélio. **Internet e Direito**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2000.

GRECO, Marco Aurélio; MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). **Direito e Internet**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

GREEN, Jodie. AAA Study shines light on E-Business Conflict Management. **American Arbitration Association Inc. Journal**, 2001.

GREENLEE, Michael. Affect of UETA, UCITA and E-Signatures Legislation on Exchange and ASP Agreements. In: PLOTIKIN, Mark E.; STREET, F. Lawrence (Org.). **Solving the Legal Issues Affecting B2B Transactions**. New York: Practising Law Institute, 2001.

GREGORY, John. The UETA and the UECA – Canadian Reflections. **Idaho Law Review**, 2001

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

GROSSI, Paolo. **L'Ordine Giuridico Medievale**. Roma: Laterza, 1999.

HAMPTON, II, Philip. Legal Issues in Cyberspace. **Practising Law Institute Patents, Copyrights, Trademarks, and Literary Property Course Handbook Series**, 2001

HANCE, Oliver. **Business and Law on the Internet**. New York: MacGraw Hill, 1996.

HARLAND, David. The Consumer in the Globalized Information Society : The Impact of the International Organizations. In: WILHELMSSON, Thomas; TUOMINEN, Salla; TUOMOLA, Heli (Org.). **Consumer Law in the Informational Society**. The Hague: Kluwer, 2001.

HARRIS, Lesley Ellen. **Digital Property**. New York: McGraw-Hill, 1998.

HARRIS, Micalyn; KUNZE, Carol. Small Software Companies and Contract Law. **Practising Law Institute Patents, Copyrights, Trademarks, and Literary Property Course Handbook Series**, apr./may 2000.

HAYS, Michael. The E-Sign Act of 2000: the triumph of function over form in American Contract Law. **Notre Dame Law Review**, jun. 2001.

HELLER, James S. The Uniform Computer Information Transactions Act (UCITA): still not ready for prime time: still not ready for prime time. **Richmond Journal of Law and Technology**, fall 2000.

HILLINGER, Ingrid Michaelsen. Consumer Protection Rules in and around the Uniform Computer Information Transactions Act. In: NIMMER, Raymond T. (Org.). **Understanding Electronic Contracting: UCITA, E-Signature, Federal, State and Foreign Regulations**. New York: Practising Law Institute, 2001.

HILLIS, Bradley. Federal and State Electronic Signature law in the United States: From the E-Sign Act to Click Wrap: A Legal Guide to the Creation of Binding Transactions in Electronic Commerce. **Practising Law Institute Patents, Copyrights, Trademarks, and Literary Property Course Handbook Series**, feb. 2001.

IMPARATO, Nicholas (Ed.). **Public Policy and the Internet: Privacy, Taxes and Contract**. Standforr (CA): Hoover Institute.

IRTI, Natalino. É vero, ma ... – Replica a Giorgio Oppo. **Rivista di Diritto Civile**, Padova, n. 2, p. 273-278, 1999.

\_\_\_\_\_. Scambi Senza Accordo. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Milano, n.2, p. 3470364, 1998.

\_\_\_\_\_. Teoria generale del Diritto e Problema del Mercato. **Rivista di Diritto Civile**, Padova, n.1, gen./feb. 1999.

JEZAIRAIAN, Sarah. Lost in the virtual mall: is traditional personal jurisdictions analysis applicable to e-commerce cases? **Arizona Law Review**, winter 2000.

JOHSTON, David; HANDA, Sunny; MORGAN, Charles. **Cyberlaw**. Toronto: Stoddart, 1997.

JUNQUEIRA, Miriam. **Contratos Eletrônicos**. Rio de Janeiro: MAUAD, 1997.

KATZ, Martha. Avoiding the perils and pitfalls of e-commerce. **Maryland Bar Journal**, nov./dec. 2000.

KENNEDY, Dennis. Tchnolayer.com: key legal technology predictions. **Lawyer's PC**, jan. 2002.

KOSSICK, Robert. The Internet in Latin America: new opportunities, developments & challenges. **Florida Journal of International Law**, summer 2001.

KUNER, Chistopher. Beyond Safe Harbor: European Data Protection Law and Electronic Commerce. **International Lawyer**, spring 2001.

KUHN, Thomas S. **A Estrutura das Revoluções Científicas**. São Paulo: Perspectiva, 2003.

LANZA, Emily. Personal Jurisdiction based on Internet Contacts. **Suffolk Transnational Law Review**, winter 2000.

LARENZ, Karl. **Derecho de Obligaciones**. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958. v. 1.

\_\_\_\_\_. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LARYEA, Emmanuel. Paperless Shipping Documents: an Australian Perspective. **Tulane Maritime Law Journal**, winter 2000.

LEHMANN, M. Electronic Commerce and Consumer Protection in Europe. **Santa Clara Computer & High Tech Law Journal**, dec. 2000.

LEMLEY, Mark et al. **Software and Internet Law**. New York: Aspen Law, 2000.

LESSING, Lawrence. **Code and Other Laws of Cyberspace**. New York: Basic Books, 1999.

LÉVY, Pierre. A Emergência do Cyberspace e as mutações culturais. In: PELLANDA, Nize Maria Campos; PELLANDA, Eduardo Campos. **Ciberespaço**: um hipertexto com Pierre Lévy. Porto Alegre: Artes e Ofícios, 2001.

LIMA MARQUES, Cláudia. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LIMA MARQUES, Cláudia; BENJAMIN, Antonio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LISBOA, Roberto Senise. **Relação de Consumo e Proteção Jurídica do Consumidor no Direito Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LORENZETTI, Ricardo. **Comercio Electrónico**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2001.

\_\_\_\_\_. **Fundamentos do Direito Privado**. Tradução Véra Maria Jacob de Fradera. São Revista dos Tribunais, 1998.

MACNEIL, Ian. **The Relational Theory of Contract**: selected works of Ian Macneil. London: Sweet & Maxwell, 2001.

MARLATT, Ryan. The Cyberspace Showdown Jurisdictional Jurisprudence: The United States versus The European Union. **International Trade Law Journal**, summer 2000.

MARQUES GONÇALVES, Sérgio. O Comércio Eletrônico e suas implicações jurídicas: A Defesa do Consumidor. In BLUM, Renato Opice (Coord.). **Direito Eletrônico**. São Paulo: EDIPRO, 2001.

MARSDEN, Christopher. Cyberlaw and International Political Economy: towards regulation of the Global Information Society, **Law Review of Michigan State University**, Detroit College of Law, summer 2001.

MARSH, Gene. **Consumer Protection Law**. 3th ed. St. Paul: West Group, 1999.

MARTÍNEZ NADAL, Apolônia. **Comercio Electronico, Firma Digital y Autoridades de Certificación**. Madrid: civitas, 2000.

MARTINS, Flávio Alves. **A Boa-Fé Objetiva e sua formalização no Direito das Obrigações Brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

MARTINS, Flávio Alves; MACEDO, Humberto Paim de. **Internet e Direito do Consumidor**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

MARTINS, Guilherme Magalhães. **Formação dos Contratos Eletrônicos de Consumo via Internet**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-Fé no Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

\_\_\_\_\_. **Comentários ao Código Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v.5.

MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Diretrizes Teóricas no Novo Código Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002.

MATTE, Maurício. **Internet: Comércio Eletrônico**. São Paulo: LTr, 2001.

MAXWELL, Elliot. Electronic Commerce Policies for the Emerging Marketplace. **Boston University Journal of Science and Technology Law**, summer 2001

McCAULEY, James. Consumer Privacy. **Richmond Journal of Law and Technology**, fall 2000

McDONALD, Brian. The Uniform Computer Information Transactions Act. **Berkeley Tchnology Law Journal**, 2001.

MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. **A Boa Fé no Direito Civil**. Coimbra; Almedina, 2001.

MIQUEL RODRÍGUEZ, Jorge. Problemática Jurídica de la Publicidad en Internet. In: BOTANA GARCÍA, Gema Alejandra (Coord.). **Comercio Electrónico y Protección de los Consumidores**. Madrid: La Ley, 2001.

MIRANDA SERRANO, Luis. Derecho de desestimiento del consumidor en la Contractación Electrónica. In: BOTANA GARCÍA, Gema Alejandra (Coord.). **Comercio Electrónico y Protección de los Consumidores**. Madrid: La Ley, 2001.

MIRCHIN, David. Legal Development in Electronic Contracting. **Practising Law Institute Patents, Copyrights, Trademarks, and Literary Property Course Handbook Series**, 2000.

MISITA, Nevenco. The Protection of Privacy: a Consumer Perspective. In: WILHELMSSON, Thomas; TUOMINEN, Salla; TUOMOLA, Heli (Org.). **Consumer Law in the Informational Society**. The Hague: Kluwer, 2001.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. 3.ed. Atualizado por Carlos Alberto Dabus Maluf e Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, 2003. v.5.

MOO-YOUNG, Robyn. "Eyeing" the Future: Surviving the Criticisms of Biometric Authentication. **University of North Carolina School of Law Banking Institute**, apr. 2001.

MOSSET ITURRASPE, Jorge. **Contratos Conexos: grupos y redes de contratos**. Santa-Fe: Rubinzal-Culzoni, 1999.

\_\_\_\_\_. **Defensa del Consumidor**. 2. ed. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2003.

MOTA PINTO, Paulo. **Declaração Tácita e Comportamento Concludente no Negócio Jurídico**. Coimbra: Almedina, 1995.

MUNAR BERNAT, Pedro. Protección de Datos en el Comercio Electrónico. In: BOTANA GARCÍA, Gema Alejandra (Coord.). **Comercio Electrónico y Protección de los Consumidores**. Madrid: La Ley, 2001.

NADEL, Mark. The Consumer Product Selection Process in an Internet Age: Obstacle to Maximum Effectiveness and Policy Options. **Harvard Journal of Law and Technology**, fall 2000.

NAGLE, Luz. E-Commerce in Latin America: Legal and Business challenges for Developing Enterprise, **American University Law Review**, apr. 2001.

NEGER, Antonio Eduardo Ripari. O Ordenamento Jurídico em face da Realidade Tecnológica. In: FERREIRA, Ivette Senise; BAPTISTA, Luiz Olavo (Coord.). **Novas Fronteiras do Direito na Era Digital**. São Paulo: Saraiva, 2002.

NIMMER, Raymond. Electronic Signatures and Records: the New U.S. perspective. **Computer & Internet Lawyer**, dec. 2000.

\_\_\_\_\_. Series of Papers on UCITA Issues. In: NIMMER, Raymond T. (Org.). **Understanding Electronic Contracting: UCITA, E-Signature, Federal, State and Foreign Regulations**. New York: Practising Law Institute, 2001.

NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. **A Proteção Constitucional do Consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

NOVAIS, Aline Arquette Leite. **A Teoria Contratual e o Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

NOVAIS, Elaine Cardoso de Matos. Mercadoria adquirida no Exterior: globalização e a efetiva defesa do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n 47, jul./set. 2003.

NOVAK, Barbara. Doing Business Online. **Oregon State Bar Bulletin**, dec. 2001.

OLIVEIRA, Elsa Dias. **A Proteção dos Consumidores nos Contratos celebrados através da Internet**. Coimbra: almedina, 2002.

OLIVO, Luis Carlos Cancellier de. Aspectos Jurídicos do Comércio Eletrônico. In: ROVER Aires José (Org.). **Direito, Sociedade e Informação: Limites e Perspectivas da Vida Digital**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2000.

OLSEN, Lena. The Information Duty in Connection with Consumer Sales over the Net. In: WILHELMSSON, Thomas; TUOMINEN, Salla; TUOMOLA, Heli (Org.). **Consumer Law in the Informational Society**. The Hague: Kluwer, 2001.

OPICE BLUM, Renato (Coord.). **Direito Eletrônico**. São Paulo: EDIPRO, 2001.

OPPO, Giorgio. Disumanizzazione del Contratto? **Rivista di Diritto Civile**, Padova, n. 5, p. 525-533, 1998.

\_\_\_\_\_. Impresa e Mercato. **Rivista di Diritto Civile**, Padova, n.4, lug./ ago. 2001.

OVERBY, A. Brooke. An Institutional Analysis of Consumer Law. **Vanderbilt Journal of Transnational Law**, nov. 2001.

PAESANI, Liliana Maria. **Direito e Internet**. São Paulo: Atlas, 2000.

PARMENTIER, Miriam. Electronic Signatures. **Columbia Journal of European Law**, spring 2000.

PASQUALOTTO, Adalberto. **Os Efeitos Obrigacionais da Publicidade no CDC**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

PELLANDA, Nize Maria Campos; PELLANDA, Eduardo Campos(Org.). **Ciberespaço**: um hipertexto com Pierre Lévy. Porto Alegre: Artes e Ofícios, 2001.

PERALES VISCASILLAS, Maria del Pilar. Formación del Contrato. In: BOTANA GARCÍA, Gema Alejandra (Coord.). **Comercio Electrónico y Protección de los Consumidores**. Madrid: La Ley, 2001.

PERALMAN, Benjamin. Finding an appropriate global legal paradigm for the Internet: United States and International Responses. **Georgia Journal of International and Comparative Law**, 2001.

PERLINGIERI, Pietro. Metodo, Categorie, Sistema nel Diritto del Commercio Elettronico. In: SICA, Salvatore; STANZIONE, Pasquale (Org.). **Commercio elettronico e categorie civilistiche**. Milano: Giuffrè, 2002.

PISUKE, Heiki. Consumers in a Transition Economy. In: WILHELMSSON, Thomas; TUOMINEN, Salla; TUOMOLA, Heli (Org.). **Consumer Law in the Informational Society**. The Hague: Kluwer, 2001.

PLOTKIN, Mark. Challenge and Opportunity: Electronic Business-to-Business Transactions and Markets. **Practising Law Institute Patents, Copyrights, Trademarks, and Literary Property Course Handbook Series**, 2001.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1974.

PUURUNEN, Tapio. The Legislative Jurisdiction of States over transactions in International Electronic Commerce. **John Marshall Journal of Computer and Information Law**, spring 2000.

RADIN, Margaret. Retooling Contract for the Digital Era. In: IMPARATO, Nicholas (Ed.). **Public Policy and the Internet: Privacy, Taxes and Contract**. Standferr (CA): Hoover Institute.

RAMOS, Carmen Lucia Silveira et al. (Org.) **Diálogos sobre Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

RAMOS PEREIRA, Joel Timóteo. **Direito da Internet e Comércio Eletrónico**. Lisboa: Quid Iuris, 2001.

RAMSAY, Iain. Consumer Protection in the Era of Informational Capitalism. In: WILHELMSSON, Thomas; TUOMINEN, Salla; TUOMOLA, Heli (Org.). **Consumer Law in the Informational Society**. The Hague: Kluwer, 2001.

RAYSMAN, Richard; BROWN, Peter. Clickwrap License Agreements. **New York Law Journal**, 11 aug. 1998 apud BAUMER, David; POINDEXTER, J. C. **Cyberlaw and E-Commerce**. New York: McGraw Hill, 2002.

RECALDE CASTELLS, Andre. Comercio y Contractación Electrónica. **Informática y Derecho – Revista Iberoamericana de Derecho Informático**, 1999.

REED, Christopher. Legally Binding Electronic Documents: Digital Signatures and Authentication. **International Lawyer**, spring 2001.

RICE, Dennis. 2001: A Cyberspace Odyssey through U.S. and E.U. Internet Jurisdiction Over E-Commerce. In: BALLON, Ian C.; LEVI, Stuart D.; WONG, Nicole A. (Org.). **Fifth Annual Internet Law Institute**. New York: Practising Law Institute, 2001. v.1.

\_\_\_\_\_. Jurisdiction in Cyberspace: which law and forum apply to securities transactions on the Internet? **University of Pennsylvania Journal of International Economic Law**, fall 2000.

RICE, Gary. Privacy and other consumer protections issues. **Practising Law Institute Corporate Law and Practice Course Handbook Series**, sep. 2000

RIDDLE, James. Conventional Insurance and Online Risks. **American Bar Association Journal**, 2001.

RING JÚNIOR, Carlyle C. UCITA: Contract Rules for Information Commerce. In: NIMMER, Raymond T. (Org.). **Understanding Electronic Contracting: UCITA, E signature, federal state and foreign regulations**. New York: Practising Law Institute, 2001.

ROCHA, Manuel Lopes; CORRÊA, Miguel Pupo; RODRIGUES, Marta Felino, ANDRADE, Miguel Almeida; CARREIRO, Henrique José. **Leis do Comércio Eletrónico – Notas e Comentários**. Coimbra: Coimbra, 2001.

ROCKS, Sandra; OWENS, B. Shea. Survey of International Commercial Law Developments: 1999-2000. **Business Lawyer**, aug. 2001.

ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. **A Oferta no CDC**. São Paulo: Lemos, 1997.

ROSEN, Jeffrey. E-Commerce: Tocqueville, the Internet, and the legalized self. **Drake Law Review**, 2001

ROSENOER, Jonathan. **CyberLaw: the Law of the Internet**. New York: Springer, 1996.

ROVER, Aires José (Org.). **Direito, Sociedade e Informática**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2000.

RUBIN, E. Leonard. What does the *Tasini* case really mean? **The Computer Law Association Bulletin**, v. 16, n. 3, p. 98-99, 2001.

RUDIN, John. E-Business, E-Commerce & the Law. **Richmond Journal of Law and Technology**, fall, 2000.

SANTOLIM, Cesar Viterbo Matos. **Formação e Eficácia Probatória dos Contratos por Computador**. São Paulo: Saraiva, 1995.

SANTOS, Fernando Gherardini. **Direito de Marketing**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

SARTORI, Giovani. **A Política: lógica e método nas ciências sociais**. 2.ed. Brasília:UnB, 1997.

SAWAYA, Márcia Regina. **Dicionário de Informática e Internet**. 3. ed. São Paulo: Nobel, 2003.

SCHMITT, Joseph; NIKOLAI, Peter. Application of Personal Jurisdiction Principles to Electronic Commerce: A User's Guide. **William Mitchell Law Review**, 2001.

SCIANCELEPORE, Giovanni. La Tutela del Consumatore: profili evolutivi e commercio elettronico. In: SICA, Salvatore; STANZIONE, Pasquale (Org.). **Commercio elettronico e categorie civilistiche**. Milano: Giuffrè, 2002.

SICA, Salvatore; STANZIONE, Pasquale (Org.). **Commercio elettronico e categorie civilistiche**. Milano: Giuffrè, 2002.

SHEN, Andrew. Consumer Privacy on the Internet. **Richmond Journal of Law and Technology**, fall 2000

SILVA JUNIOR, Ronaldo Lemos; WAISBERG, Ivo. **Comércio Eletrônico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

SILVEIRA, Reynaldo Andrade da. **Práticas Mercantis no Direito do Consumidor**. Curitiba: Juruá, 1999.

SIMÃO FILHO, Adalberto. Dano ao Consumidor por invasão do Site ou da Rede. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto (Coord.). **Direito & Internet**. São Paulo: EDIPRO, 2000.

SINGLETON, Susan. **E-Commerce: a practical guide to the law**. Los Angeles:Gower, 2001.

SLATE II, William. Casting the Runes. **Dispute Resolution Journal**, nov. 2001/jan. 2002.

\_\_\_\_\_. Online Dispute Resolution: Click here to settle your dispute. **Dispute Resolution Journal**, nov. 2001/jan. 2002.

SLAWINSKI, Célia Barbosa Abreu. **Contornos Dogmáticos e Eficácia da Boa-Fé Objetiva e O Princípio da Boa-Fé no Ordenamento Jurídico Brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

SMART, Adam. E-Sign versus State Electronic Signature Laws: The Electronic Statutory Battleground. **North Carolina Banking Institute**, apr. 2001.

SMEDINGHOFF, Thomas. Creating Enforceable Eletronic Transactions. In: NIMMER, Raymond T. (Org.). **Understanding Eletronic Contracting: UCITA, E-Signature, Federal, State and Foreign Regulations**. New York: Practising Law Institute, 2001.

SMEDINGHOFF, Thomas J.; BRO, Ruth Hill. Moving with change: Electronic Signature Legislation as a Vehicle for advancing E-Commerce. **Practising Law Institute Patentes, Copyrights, trademarks and Literary Property Course Handbook Series**, apr./may 2000.

\_\_\_\_\_. Moving with Change: Electronic Sigtneure Legislation as a Vehicle for Advancing E-Commerce. **Practising Law Institute Patentes, Copyrights, Trademarks, and Literary Property Course Handbook Series**, apr./may 2000.

SOMMER, Jared. Electronic Signatures and the UETA: E-Commerce in a insecure E-World. **Idaho Law Review**, 2001.

SOMMER, Joseph. Against Cyberlaw. **Berkeley Technology Law Journal**, fall 2000.

STERN, Jonathan. The Electronic Signatures in Global and National Commerce Act. **Berkeley Technology Law Journal**, 2001.

STIGLITZ, Gabriel. **Protección Jurídica del Consumidor**. 2.ed. Buenos Aires: Depalma, 1990.

STREET, F. Lawrence. **Law of the Internet**. Charlottesville(VI): Lexis Law, 1997.

TOWLE, Holly. E-Commerce Contract Law. **Practising Law Institute Patentes, Copyrights, trademarks and Literary Property Course Handbook Series**, sep. 2000.

SWENSSON, Walter Cruz; SWENSSON NETO, Renato; SWENSSON, Alessandra Seino Granja. **Direito e Internet**. São Paulo: Themis, 2001.

TANNENBAUM, William. New York Adopts Electronic Contract Legislation Enabling E-Commerce. **Practising Law Institute Patentes, Copyrights, Trademarks, and Literary Property Course Handbook Series**, sep. 2000.

\_\_\_\_\_. Using E-Signatures and Electronic Consumer Notices in E-Commerce. **Practising Law Institute Patentes, Copyrights, Trademarks, and Literary Property Course Handbook Series**, jan. 2001.

TOWLE, Holly. E-Commerce Contract Law. **Practising Law Institute Patentes, Copyrights, Trademarks, and Literary Property Course Handbook Series**, sep. 2000.

\_\_\_\_\_. Legal Developments in Electronic Contracting. **Practising Law Institute Patentes, Copyrights, trademarks and Literary Property Course Handbook Series**, jun. 2000.

\_\_\_\_\_. Mass Market and Consumer Contracts in Computer Information. **Practising Law Institute Patentes, Copyrights, Trademarks, and Literary Property Course Handbook Series**, apr./may 2000

\_\_\_\_\_. Online Contracting and Financial Services. In: NIMMER, Raymond T. (Org.). **Understanding Eletronic Contracting: UCITA, E-Signature, Federal, State and Foreign Regulations**. New York: Practising Law Institute, 2001.

TOWLE, Holly; DENGLER, Brian. Contract Formation: Electronic Contracts and Online Terms. **Practising Law Institute Patentes, Copyrights, Trademarks, and Literary Property Course Handbook Series**, apr./may 2000.

TUMA, Shawn; WARD, Christopher. Contracting Over Internet in Texas. **Baylor Law Review**, spring 2000.

VAN HORN, Daniel. The E-Sign Act: A move in the Right Direction and a Boost for E-Commerce. **Tennessee Bar Journal**, feb. 2001.

VIGLIAR, Salvatore. Consumer Protection e transazioni on-line: breve analisi della policy comunitaria. In: SICA, Salvatore; STANZIONE, Pasquale (Org.). **Commercio elettronico e categorie civilistiche**. Milano: Giuffrè, 2002.

VOLPI, Marcelo. **Assinatura Digital**. Rio de Janeiro: Axcel Books, 2001.

WALD, Arnold. Os Contratos Eletrônicos e o Código Civil. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto (Coord.). **Direito & Internet**. São Paulo: EDIPRO, 2000.

\_\_\_\_\_. Um novo Direito para a nova Economia: Os Contratos Eletrônicos e o Código Civil. In: GRECO, Marco Aurélio; MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). **Direito e Internet**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

WANG, Jiang-yu. The Internet and E-Commerce in China: regulations, judicial views and government policies. **Computer and Internet Lawyer**, jan. 2001.

WARNER, Richard. Border Disputes: Trespass to Chattels on the Internet. **Villanova Law Review**, 2002.

WEBER, Michael. Jurisdictional Issues in Cyberspace. **Tort and Insurance Law Journal**, spring 2001.

WEINSTOCK, Neil. Cyberspace 2.0. **Texas Law Review**, dec. 2000.

WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. 2.ed. Lisboa; Calouste, 1980.

WIELEWICKI, Luis. Contratos e Internet: Contornos de uma Breve Análise. In: SILVA JÚNIOR, Ronaldo Lemos da; WAISBERG, Ivo (Org.). **Comércio Eletrônico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

WILHELMSSON, Thomas; TUOMINEN, Salla; TUOMOLA, Heli (Org.). **Consumer Law in the Informational Society**. The Hague: Kluwer, 2001.

WILLINGHAM, Barret. Electronic Commerce and the Free Trade Area of the Americas. **Nafta: Law Business Review of the Americas**, summer 2000.

WILSON, Mark. Fidelity Coverage for E-Commerce fraud. **ABA Brief**, fall 2001.

WINN, Jane Kaufman. The Emerging Law of Electronic Commerce. In: LEMLEY, Mark et al. **Software and Internet Law**. New York: Aspen Law, 2000.

\_\_\_\_\_. The Emperor's new clothes: the shocking truth about digital signatures and Internet commerce. **Idaho Law Review**, 2001.

WINN, Jane Kaufman; WRATHALL, James. Who Owns the Customer? The emerging law of Commercial Transactions in Electronic Customer Data. **Business Lawyer**, nov. 2000.

WITTIE, Robert; WINN, Jane. Electronic Records and Signatures under the Federal E-Sign Legislation and the UETA. **Business Lawyer**, nov. 2000.

WOODARD, John. Contracts and choice of law and Forum. **Practising Law Institute Patents, Copyrights, Trademarks, and Literary Property Course Handbook Series**, apr./may 2000

WORKING GROUP OF LEGAL ASPECTS OF INFORMATION TECHNOLOGY. **Law in Cyber Space**. London: Commonwealth Secretariat, 2001.

WRIGHT, Benjamin. Eggs in baskets: distributing the risks of Electronic Signatures, **UWLA (University of West Los Angeles) Law Review Symposium**, 2001.

YANG, Michael. E-Commerce: Reshaping the Landscape of Consumer Privacy. **Maryland Bar Journal**, jul. /aug. 2000.

ZANELATTO, Marco Antonio. Condutas Ilícitas na Sociedade Digital. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 44, 2002.

ZEMNICK, Scott. The E-Sign Act: the means to effectively facilitate the growth and development of E-Commerce. **Chicago-Kent Law Review**, 2001.

ZOELLICK, Bill. Wide use of Electronic Signatures awaits market decisions about their risks and benefits. **New York State Bar Journal**, nov. /dec. 2000.