

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL

FACULDADE DE DIREITO

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

ROBERTO SILVA DA ROCHA

SITES DE COMÉRCIO ELETRÔNICO

E A RESPONSABILIDADE PELA

INTERMEDIÇÃO NO AMBIENTE VIRTUAL

PORTO ALEGRE

2005

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL

FACULDADE DE DIREITO

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

ROBERTO SILVA DA ROCHA

**SITES DE COMÉRCIO ELETRÔNICO
E A RESPONSABILIDADE PELA
INTERMEDIÇÃO NO AMBIENTE VIRTUAL**

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

Orientadora: Profa. Dra. Cláudia Lima Marques

PORTO ALEGRE

2005

AGRADECIMENTO

Toda minha gratidão a
Cláudia Lima Marques,
pela confiança em mim depositada

e a

Juan Carlos Durán,
pelo incentivo, apoio e reconhecimento

ao

longo de cinco anos de trabalho
no Ministério Público.

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho,
especialmente, aos meus pais,
Maria Rosa e Flávio, e
ao Gustavo, irmão e grande amigo.

A Carmela, companheira que trouxe
a paz até então ausente.

A Marcus Vinícius Madeira,
colega e amigo decisivo na realização deste
trabalho, em razão, sobretudo, do estímulo e da
confiança manifestados nos momentos
mais difíceis desta jornada.

Aos colegas da
UFRGS e do Ministério Público,
aqui homenageados na pessoa do amigo
Handel Martins Dias.

RESUMO

Nos últimos anos o avanço da chamada tecnologia telemática, sobretudo a partir da Internet, proporcionou a constituição de um novo ambiente de interação social, o ciberespaço, particularmente atraente pela facilidade de comunicação a qualquer distância e em tempo real de voz, dados e imagens. A exploração econômica deste fascinante meio de relacionamento interpessoal já impõe aos operadores jurídicos inúmeros desafios, sobretudo em relação à proteção do consumidor. Se nas relações econômicas tradicionais deve-se levar em conta a vulnerabilidade do consumidor, preocupação ainda maior existe quanto às operações concretizadas por meio da Internet, tendo em vista, especialmente, a dificuldade de identificar os sujeitos envolvidos, a imaterialidade dos objetos, as técnicas agressivas de venda, os acentuados riscos de danos patrimoniais e extrapatrimoniais e as dificuldades práticas para judicialização dos conflitos, etc. O presente trabalho aborda tais aspectos à luz da teoria contratual contemporânea, focalizando especificamente a responsabilidade civil dos *sites* de comércio eletrônico dedicados à aproximação de vendedores e compradores por meio da Internet. Objetiva-se, com isso, contribuir para a consolidação de uma dogmática jurídica específica sobre as relações de consumo na Internet, que proporcione tutela efetiva para as legítimas expectativas dos consumidores nas aquisições em *sites* de intermediação no comércio eletrônico.

Palavras-chave: Telemática; Ciberespaço; Comércio Eletrônico; *Sites* de intermediação; Contratos; Proteção do consumidor; Responsabilidade civil.

ABSTRACT

In the latest years, advances in the so called telematic technology, especially after the Internet came to be, has provided the creation of a new medium of social interaction, namely cyberspace, particularly attractive because it makes it easy to communicate and to transmit real-time data, image, and voice to and from any distance. Economic exploration of this fascinating medium for interpersonal relationship has become greatly challenging to legal operators, especially in relation to consumer rights. If consumer vulnerability must be taken into account in the traditional economic relationships, there are even bigger concerns towards the operations carried out through the Internet. Difficulty to identify the subjects involved, immateriality of the objects, aggressive sale strategies, increased pecuniary and extra-pecuniary damages, added to practical difficulties for the judicialization of the conflicts, are some of the aspects that bring such concerns. This work approaches these aspects in the light of Contemporary Contract Theory, particularly focusing on the civil responsibility of e-commerce sites that are devoted to have salespeople and costumers interact over the Internet. Therefore, it aims at contributing for the consolidation of a specific legal dogmatics about the consumer relationship on the Internet, one that makes sure the consumer's expectations are actually met when he purchases over intermediation websites.

Keywords: Telematics; Cyberspace; E-commerce; Intermediation sites; Contracts; Consumer Rights; Civil Responsibility.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
PARTE I – A JURIDICIZAÇÃO DO COMÉRCIO ELETRÔNICO	16
1 O COMÉRCIO ELETRÔNICO NO CONTEXTO DA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO	16
1.1 A concretização de um mercado globalizado	16
a) A economia na sociedade da informação	21
b) O Direito diante de um novo contexto econômico	25
1.2 O fenômeno do comércio eletrônico	35
a) Conceito e funcionamento do comércio eletrônico	37
a.1) A utilização da Internet para contatos negociais.....	47
a.2) O <i>site</i> como elemento do estabelecimento comercial	51
b) O documento eletrônico	64
b.1) Validade e eficácia do documento eletrônico	71
b.2) Aplicação prática do documento eletrônico: os títulos de crédito eletrônicos.....	81
2 O COMÉRCIO ELETRÔNICO DE CONSUMO	88
2.1) A compra e venda no comércio eletrônico	90
a) A proteção do consumidor no comércio eletrônico.....	95
b) Tempo e espaço dos contratos do comércio eletrônico.....	100
b.1) Desterritorialização e atemporalidade no ciberespaço.....	112
b.2) Relações contratuais do comércio eletrônico consideradas no tempo	117
2.2) A vontade negocial e a liberdade de escolha no comércio eletrônico de consumo	123
a) A peculiar vulnerabilidade do consumidor na Internet	128
a.1) O agravamento da vulnerabilidade do consumidor.....	129
a.2) A comunicação por meio da interface gráfica e na forma de hipertexto	137
b) A vontade na teoria do negócio jurídico	140
b.1) Vontade, declaração e reflexão nos contratos de consumo pela Internet	149
b.2) Aplicação do direito de arrependimento no comércio eletrônico	152

PARTE II – O COMÉRCIO ELETRÔNICO DE CONSUMO COMO ESPÉCIE DE VENDA À DISTÂNCIA NA REDE (INTERNET) E EM REDE (CONEXÃO DE CONTRATOS).....	167
3 COMÉRCIO ELETRÔNICO EM SITES ESPECIALIZADOS NA APROXIMAÇÃO DE VENDEDORES E COMPRADORES: ESTUDO DE CASO.....	167
3.1) Os “Termos e Condições Gerais” do site de intermediação	179
a) Controle da equidade contratual nos contratos de massa.....	180
b) Contratos do comércio eletrônico com consumidores	183
3.2) (A) Tipicidade das relações contratuais formadas em sites de comércio eletrônico	199
a) Noção de tipicidade em matéria de contratos	199
b) A determinação das normas aplicáveis à relação contratual analisada.....	203
4. A TEORIA CONTRATUAL APLICADA À REALIDADE DO COMÉRCIO ELETRÔNICO	219
4.1) Os princípios do direito contratual.....	221
a) A tutela das expectativas legítimas do consumidor nas aquisições em sites de comércio eletrônico.....	224
a.1) A importância da boa-fé objetiva na relação obrigacional	230
a.2) A boa-fé objetiva na atividade dos sites de comércio eletrônico	233
b) A rede do comércio eletrônico	237
b.1) Os efeitos relativos do contrato no comércio eletrônico.....	250
4.2 A tutela das expectativas legítimas do consumidor nas aquisições em sites de comércio eletrônico.....	263
a) Os riscos das transações econômicas no ambiente virtual	264
a.1) A necessidade de regular os riscos na atividade desenvolvida pelos sites de intermediação no comércio eletrônico	268
a.2) O risco e os custos decorrentes da inexecução dos contratos celebrados no comércio eletrônico	272
b) A responsabilidade dos sites de intermediação no comércio eletrônico	275
CONCLUSÃO	288
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	291

INTRODUÇÃO

A utilização das redes de computadores na atividade comercial vem instigando os juristas a cogitar da necessidade de adaptação de diversos institutos do direito privado, notadamente na seara contratual. Já existem importantes estudos em língua portuguesa tratando especificamente dos desafios que as modernas tecnologias da informação impõem à dogmática contratual, no que se refere, especialmente, à definição do lugar e do momento de conclusão dos contratos, à identificação dos sujeitos contratuais, à forma das declarações de vontade, à validade das declarações de vontade e à proteção da confiança dos consumidores em relação aos novos métodos contratuais oferecidos por intermédio da Internet.¹

¹ Veja-se: SANTOLIM, Cesar Viterbo Matos. **Formação e eficácia probatória dos contratos por computador**. São Paulo: Saraiva, 1995; _____. **A aplicação dos princípios de proteção do consumidor e o comércio eletrônico no direito brasileiro**. Tese de Doutorado – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2004 [Inédito]; CARVALHO, Ana Paula Gombogi. **Contratos via Internet**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001; OLIVEIRA, Elsa Dias. **A proteção do consumidor nos contratos celebrados através da Internet: contributo para uma análise numa perspectiva material e internacionalprivatista**. Coimbra: Almedina, 2002;

No plano internacional, a Uncitral (Comissão das Nações Unidas para o Direito do Comércio Internacional) propôs, já em 1996, uma lei-modelo sobre o comércio eletrônico, até hoje muito destacada.² A União Européia, por sua vez, em 1999, adotou sua Diretiva sobre a assinatura eletrônica e exigiu a mudança da legislação de todos os países membros.³ Especificamente sobre comércio eletrônico existe a Diretiva 2000/31/CE, que se destina a proteger as pessoas físicas no comércio por meios eletrônicos, assegurando maior confiabilidade na comunicação e transação, eficácia na aplicação de outras diretivas materiais sobre contratação à distância e proteção material dos consumidores.⁴

LAWAND, Jorge José. **Teoria geral dos contratos eletrônicos**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003; MONTENEGRO, Antônio Limberg. **A Internet em suas relações contratuais e extracontratuais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003; DE LUCCA, Newton. **Aspectos jurídicos da contratação informática e telemática**. São Paulo: Saraiva, 2003; LORENZETTI, Ricardo. **Comércio eletrônico**. Tradução Fabiano Menke. Notas de Cláudia Lima Marques. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004; LIMA MARQUES, Cláudia. **Confiança no Comércio Eletrônico e a proteção do consumidor: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico**. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2004; ANDRADE, Ronaldo Alves. **Contrato eletrônico no novo Código Civil e no Código do Consumidor**. São Paulo: Manole, 2004; MENKE, Fabiano. **Assinatura Eletrônica: aspectos jurídicos no direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

² Texto integral em <www.uncitral.org>. Segundo explica José Jorge Lawand, a finalidade da Lei Modelo é proporcionar ao legislador pátrio um conjunto de normas admissíveis na esfera internacional, instituindo um padrão jurídico que proporcione o incremento mais seguro das vias eletrônicas de comercialização indicadas pelo nome de “comércio eletrônico” (LAWAND, Jorge José. **Teoria geral dos contratos eletrônicos**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003. p. 66-68).

³ A propósito da Diretiva européia sobre assinaturas eletrônicas, veja-se MENKE, Fabiano. **Assinatura Eletrônica: aspectos jurídicos no direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 83-88. Ver, também, CARVALHO, Ana Paula Gombogi. **Contratos via Internet**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 119-121.

⁴ Sobre a Diretiva 2000/31/CE, ver LIMA MARQUES, Cláudia. **Confiança no Comércio Eletrônico e a proteção do consumidor: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico**. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2004. p. 132-136.

O legislador brasileiro ainda discute alguns projetos de lei para regular de forma específica a matéria, entre os quais se destacam o PL 1.483/99 e o PL 1.589/1999, este último elaborado pela OAB/SP.⁵ Em vigor, já existe a Medida Provisória 2.200-2, que instituiu a Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira, equiparando a assinatura digital à assinatura manuscrita.⁶

Conforme a investigação acerca das peculiaridades do fenômeno do comércio eletrônico vai aprofundando-se, percebe-se que se trata de um caso especial de venda à distância, na qual o consumidor padece de uma vulnerabilidade com características próprias, não apenas em decorrência da insegurança quanto à conveniência do negócio, dadas as dificuldades de identificar efetivamente o objeto contratual e a contraparte com quem se negocia, mas também devido à circunstância de se negociar em um novo ambiente de relacionamento interpessoal, por meio de uma linguagem muito peculiar, que pode dificultar significativamente a reflexão no momento da formação da

⁵ A propósito dos projetos de lei brasileiros relacionados com o comércio eletrônico, ver CUNHA JÚNIOR, Eurípedes Brito. Os contratos eletrônicos e o novo Código Civil. In: **Revista CEJ (Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal)**, Brasília, v. 6, n. 19, out.-dez., 2002, p. 62-77. Disponível em: <<http://www.cjf.gov.br/revista/numero19/artigo7.pdf>>. Acesso em: 17 nov. 2005.

⁶ Medida Provisória 2.200-2, de 24 de agosto de 2001, Art. 10, § 1º: “As declarações constantes dos documentos em forma eletrônica produzidos com a utilização de processo de certificação disponibilizado pela ICP-Brasil presumem-se verdadeiros em relação aos signatários, na forma do art. 131 da Lei n.º 3.071, de 1º de janeiro de 1916 – Código Civil.” Ver, a propósito, MENKE, Fabiano. **Assinatura Eletrônica: aspectos jurídicos no direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 136-141; e ANDRADE, Ronaldo Alves. **Contrato eletrônico no novo Código Civil e no Código do Consumidor**. São Paulo: Manole, 2004. p. 92-97.

vontade contratual.

O presente trabalho surgiu inspirado no questionamento proposto por Cláudia Lima Marques: como conquistar, por intermédio do Direito, a confiança dos consumidores nesse novo instrumento de fazer comércio e proteger as suas expectativas legítimas?⁷

É a partir desse enfoque, orientado pelo paradigma da proteção da confiança, que o fenômeno do comércio eletrônico será abordado. Procura-se qualificar juridicamente alguns de seus principais elementos estruturais e, a partir disso, indicar dentro do ordenamento jurídico vigente e da doutrina, algumas soluções para os problemas relacionados com a formação e a execução dos negócios jurídicos de consumo na Internet, como, por exemplo, o exercício do chamado direito de arrependimento e, sobretudo, a responsabilidade dos *sites* de comércio eletrônico especializados em intermediar operações de compra e venda na Internet.

Embora ainda não existam no ordenamento jurídico brasileiro leis disciplinando especificamente as relações de consumo por intermédio da Internet, muitos dos desafios impostos por esse novo meio de comunicação podem ser

⁷ LIMA MARQUES, Cláudia. **Confiança no Comércio Eletrônico e a proteção do consumidor: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico**. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2004. p. 33.

enfrentados, senão até mesmo solucionados, a partir de orientações jurisprudenciais extraídas de casos já envolvendo a própria Internet ou mesmo de casos que, apesar de relacionados com os negócios tradicionais, oferecem importantes orientações para a aplicação analógica.

Trata-se de um trabalho com enfoque eminentemente prático, ou seja, voltado para as soluções de problemas jurídicos concretos surgidos em decorrência da utilização comercial do chamado ciberespaço. Não se pretende, portanto, problematizar acerca de determinadas questões teóricas no âmbito do direito privado. As orientações doutrinárias sobre direito dos contratos e responsabilidade civil são invocadas como fundamentos possíveis para a solução de litígios, sem a preocupação com o fato de que entre os autores citados possam existir eventualmente discordâncias teóricas a respeito dos temas referidos.

Assim, a análise da juridicização do comércio eletrônico (Parte I) começa com a apresentação deste fenômeno no contexto da chamada “sociedade da informação” (Cap. 1), cujo âmbito econômico concretiza uma economia em escala global, potencializada pelas chamadas tecnologias telemáticas, impondo sérios desafios do ponto de vista jurídico (1.1). São abordados, então, o conceito e o funcionamento do comércio eletrônico, a fim de compreender a utilização da Internet como um novo ambiente para relações negociais, destacando-se particularmente o enquadramento jurídico do *site* de comércio eletrônico e do documento eletrônico (1.2).

Tais considerações servem de subsídio para o aprofundamento da disciplina do comércio eletrônico, notadamente caracterizado pela necessidade de uma proteção especial em favor do consumidor (Cap. 2), tendo em vista as conseqüências da virtualidade em relação ao tempo e ao espaço dos contratos (2.1). Destaca-se, também, que no âmbito do comércio eletrônico, a formação do elemento fundamental do instituto negócio jurídico, a vontade, sujeita-se algumas circunstâncias especiais, especialmente no que se refere ao processo de comunicação entre os intervenientes. Constatada, portanto, uma peculiar vulnerabilidade do consumidor na formação e manifestação de sua vontade, é referida a importância no comércio eletrônico do chamado direito de arrependimento (2.2).

Excluído: Observada

Excluído: conclui

Assimiladas as características principais do fenômeno e cogitadas as respectivas implicações jurídicas, formula-se na Parte II o problema nuclear do trabalho, analisando em concreto as atividades desenvolvidas por *site* dedicado a aproximar compradores e vendedores na Internet (Cap. 3). Em razão do ineditismo desse tipo de empreendimento, a investigação foi norteada a partir de uma referência concreta, o *site MercadoLivre.com*, dada sua importância no mercado da Internet e a existência de inúmeras reclamações por parte de consumidores insatisfeitos com o serviço em questão (3.1). A análise dos “Termos e Condições Gerais” propostos especificamente pelo MercadoLivre.com. justifica-se pela necessidade de refletir sobre a tipicidade da relação contratual observada nesta nova atividade econômica (3.2).

Diante da necessária contextualização fática e teórica a respeito do comércio eletrônico, busca-se aplicar a doutrina contratual contemporânea à realidade fática do comércio eletrônico (Cap. 4), com o objetivo de alcançar a tutela das legítimas expectativas dos consumidores em relação a esse novo meio de relacionamento interpessoal (Cap. 4.1), distribuindo eqüitativamente os riscos deste negócio, mediante a imputação de responsabilidades aos seus empreendedores, ou seja, o *sites* de intermediação (4.2).

PARTE I – A JURIDICIZAÇÃO DO COMÉRCIO ELETRÔNICO

1 O COMÉRCIO ELETRÔNICO NO CONTEXTO DA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

A convergência entre informática e as telecomunicações representa um importante fator de alteração na realidade social e econômica. Como ocorreu em outros momentos da história, as alterações verificadas, especialmente na economia, demandam um esforço doutrinário no sentido de encontrar soluções satisfatórias para novas controvérsias jurídicas.

1.1 A CONCRETIZAÇÃO DE UM MERCADO GLOBALIZADO

Costuma-se dizer que os contratos eletrônicos, como expressão jurídica do comércio eletrônico, ao se constituírem em essência pelo fluxo e

refluxo de bens e serviços realizados mediante uma rede de comunicações à distância, não suscitarão problemas substancialmente distintos daqueles relativos à contratação ordinária.⁸ De fato, um dos grandes desafios na análise do fenômeno do comércio eletrônico é a identificação de seu elemento efetivamente inovador, vez que o meio eletrônico, por si só, parece constituir apenas mais um veículo para a contratação à distância.⁹

Contudo, a primeira peculiaridade do comércio eletrônico está no fato de ele representar, dada sua capacidade de interligar fornecedores e consumidores em diferentes localidades e sem restrição de tempo, uma ferramenta estratégica para o fenômeno conhecido como globalização. A globalização, segundo o grande geógrafo brasileiro Milton Santos, “constitui o estágio supremo da internacionalização, a amplificação em ‘sistema mundo’ de todos os lugares e todos os indivíduos, embora em graus diversos”.¹⁰

⁸ Assim, LAWAND, Jorge José. **Teoria geral dos contratos eletrônicos**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003. p. 34.

⁹ Aliás, freqüentemente acontece, em intervalos cada vez mais curtos, a ocorrência de um fenômeno novo, ainda não disciplinado diretamente por uma lei. Nessa situação, já dizia Francesco Parisi: “*Il primo compito dell’interprete di fronte ad un novo fenomeno non ancora disciplinato normativamente è quello di tentare di inquadrarlo negli schemi degli istituti giuridici tradizionali.*” (PARISI, Francesco. **Il Contrato Concluso Mediante Computer**. Padova: CEDAM, 1987. p. 1).

¹⁰ SANTOS, Milton. **Da totalidade ao lugar**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2005. p. 143.

Para Ronaldo Porto Macedo Júnior,¹¹ trata-se de um processo de natureza econômica e política marcado pelas seguintes características: a) ampliação do comércio internacional e formação de um mercado global assentado numa estrutura de produção pós-fordista (ou pós-industrial); b) homogeneização de padrões culturais de consumo; c) enfraquecimento da idéia de Estado-nação, em benefício dos agentes econômicos do novo mercado global; d) formação de blocos comerciais.

Como consequência desse fenômeno, que se tem mostrado como uma realidade inexorável, José Eduardo Faria identifica: 1) a mundialização da economia, mediante a internacionalização dos mercados de insumo, consumo e financeiro, rompendo com as fronteiras geográficas clássica e limitando crescentemente a execução das políticas cambial, monetária e tributária dos Estados nacionais; 2) a desconcentração do aparelho estatal, mediante a descentralização de suas obrigações, a desformalização de suas responsabilidades, a privatização de empresas públicas e a “deslegalização” da legislação social; 3) a internacionalização do Estado, mediante o advento dos processos de integração formalizados pelos blocos regionais e pelos tratados de livre comércio e subsequente revogação dos protecionismos tarifários, das

¹¹ MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. Globalização e Direito do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 32, out.-dez, p. 45-54, 1999.

reservas de mercado e dos mecanismos de incentivos e subsídios fiscais; 4) a desterritorialização e organização do espaço de produção, mediante a substituição das plantas industriais rígidas surgidas no começo do século XX, de caráter “fordista”, pelas plantas industriais “flexíveis”, de natureza “toyotista”, substituição esta acompanhada pela desregulamentação da legislação trabalhista e pela conseqüente “flexibilização” das relações contratuais; 5) a fragmentação das atividades produtivas nos diferentes territórios e continentes, o que permite aos conglomerados multinacionais praticar o comércio interempresa, acatando seletivamente as distintas legislações nacionais e concentrando seus investimentos nos países onde elas lhes são mais favoráveis; 6) a expansão de um direito paralelo ao dos Estados, de natureza mercatória (*lex mercatória*), como decorrência da proliferação dos foros de negociação descentralizados e estabelecidos pelos grandes grupos empresariais.¹²

A tecnologia da informação¹³ é hoje apontada como fator responsável por profundas modificações no relacionamento entre as pessoas, a ponto de se falar na decadência da sociedade industrial em favor da sociedade da

¹² FARIA, José Eduardo. **Direito e globalização econômica: implicações e perspectivas**. 1. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1996. p. 10-11.

¹³ Por *tecnologias da informação*, segundo Manuel Castells, entende-se o conjunto convergente de tecnologias em microeletrônica, computação (*software e hardware*), telecomunicações/rádiodifusão e optoeletrônica (CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. São Paulo: Terra e Paz, 2003. p. 67).

informação.¹⁴ Segundo observa Maria Eduarda Gonçalves, tanto as teorias da sociedade pós-industrial e da informação (Bell, 1976; Masuda, 1981; Pool, 1983; Lyon 1995; Webster, 1996), como a do conhecimento (Drucker, 1993), bem como a pós-moderna (Lyotard, 1989) e, mais recentemente, as teorias da sociedade de risco (Beck, 1992; Giddens, 1998), embora variem na identificação das forças da mudança, todas elas, de uma forma ou de outra, têm posto em evidência que a sociedade contemporânea é marcada profundamente pelo progresso e utilização das ciências e tecnologias, em particular das tecnologias da informação e da comunicação, pela substituição da informação ao capital e ao trabalho como recurso estratégico da economia e pela expansão dos riscos de base industrial e tecnológica.¹⁵

A divulgação de bens e serviços por intermédio da Internet,¹⁶ infraestrutura global e descentralizada de comunicação, que teve sua origem nos setores militar e acadêmico,¹⁷ cria a possibilidade de vantagens não só para os

¹⁴ Sobre “morte do industrialismo e o nascimento de uma nova civilização” veja-se, por exemplo, a obra de TOFFLER, Alvin. **A terceira onda**. Copyright 1980. Tradução de João Távora. 20. ed. Rio de Janeiro: Record, 1995.

¹⁵ GONÇALVES, Maria Eduarda. **Direito da Informação. Novos direitos e formas de regulação na sociedade da informação**. Coimbra: Livraria Almedina, 2003. p. 27.

¹⁶ A Norma 004/95, aprovada pela Portaria do Ministério das Comunicações 148, de 31 de maio de 1995, item 3, letra a, definiu Internet como “nome genérico que designa o conjunto de redes, os meios de transmissão e comutação, roteadores, equipamentos e protocolos necessários à comunicação entre computadores, bem como o *software* e os dados contidos nestes computadores.”

¹⁷ Sobre os primórdios e o funcionamento da Internet, ver PIMENTEL, Alexandre Freire. **O direito cibernético: um enfoque teórico e lógico-aplicativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 41-47. Ver,

fornecedores, que vêem assim o seu mercado alargado ao mundo inteiro e com custos muito baixos, situação particularmente atrativa para pequenas e médias empresas, mas também para os consumidores, em tese com melhores opções de escolha, mais informações sobre produtos, etc., tudo sem a necessidade de deslocamento físico.¹⁸ Trata-se, portanto, de um valioso instrumento na economia globalizada, que agrega funcionalidade e celeridade às transações comerciais em uma dimensão jamais vista.¹⁹

a) A economia na sociedade da informação

Na análise da integração entre a atividade negocial e os recursos da telemática,²⁰ é necessário destacar o advento da chamada sociedade da

também, STUBER, Walter Douglas; FRANCO, Ana Cristina de Paiva. A internet sob a ótica jurídica. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 749, p. 60-81, 1998.

¹⁸ OLIVEIRA, Elsa Dias. **A protecção do consumidor nos contratos celebrados através da Internet: contributo para uma análise numa perspectiva material e internacionalprivatista**. Coimbra: Almedina, 2002. p. 23.

¹⁹ Cf. José de Oliveira Ascensão, no prefácio do Manual “O Comércio electrónico em Portugal - O quadro legal e o negócio”, disponível no *site* da ANACOM, Autoridade Nacional de Comunicações, Portugal (<<http://www.icp.pt>>).

²⁰ Define-se *telemática* como a técnica que trata da comunicação de dados entre equipamentos informáticos distantes um dos outros. (Cf. PIMENTEL, Alexandre Freire. **O direito cibernético: um enfoque teórico e lógico aplicativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 40)

informação.²¹

A convergência entre os recursos da informática e das telecomunicações vem impulsionando profundas modificações no relacionamento entre as pessoas, a ponto de se falar na decadência da sociedade industrial.²²

Antes mesmo do advento dos microcomputadores e da Internet, Marshall McLuhan, na obra intitulada *Os meios de comunicação como extensões do homem*, em 1964, já antevia que a partir das novas possibilidades de combinações das informações produzidas e acumuladas continuamente ao longo da história, adviria uma nova ordem cultural, com significativas mudanças na

²¹ Diz o “Livro Verde da Sociedade da Informação no Brasil”, documento apresentado pelo Ministério da Ciência e Tecnologia, *verbis*: “A sociedade da informação não é um modismo. Representa uma profunda mudança na organização da sociedade e da economia, havendo quem a considere um *novo paradigma técnico-econômico*. É um *fenômeno global*, com elevado potencial transformador das atividades sociais e econômicas, uma vez que a estrutura e a dinâmica dessas atividades inevitavelmente serão, em alguma medida, afetadas pela infra-estrutura de informações disponível. É também acentuada sua *dimensão político-econômica*, decorrente da contribuição da infra-estrutura de informações para que as regiões sejam mais ou menos atraentes em relação aos negócios e empreendimentos. Sua importância assemelha-se à de uma boa estrada de rodagem para o sucesso econômico das localidades. Tem ainda marcante *dimensão social*, em virtude do seu elevado potencial de promover a integração, ao reduzir as distâncias entre pessoas e aumentar o seu nível de informação. Não é livre de *riscos*, entretanto. Noventa por cento da população do planeta jamais teve acesso ao telefone. Como evitar, então, que as novas tecnologias aumentem ainda mais a disparidade social entre as pessoas, as nações e os blocos de países? Os países e blocos políticos, desde meados da década de 90, defrontam-se com as oportunidades e os riscos que cercam o futuro e, reconhecendo a importância estratégica da sociedade da informação, vêm tomando iniciativas para assegurar que essa nova era venha em seu benefício.” (**Sociedade da informação no Brasil: Livro verde**. Organizado por Tadao Takahashi. Brasília: Ministério da Ciência e Tecnologia, 2000. p. 5)

²² Sobre “morte do industrialismo e o nascimento de uma nova civilização” veja-se, por exemplo, a obra de TOFFLER, Alvin. **A terceira onda**. Copyright 1980. Tradução de João Távora. 20. ed. Rio de Janeiro: Record, 1995.

estrutura de trabalho e educação.²³

De fato, a previsão se confirmou, conforme atesta Pierre Lévy,

verbis:

Novas maneiras de pensar e de conviver estão sendo elaboradas no mundo das telecomunicações e da informática. As relações entre os homens, o trabalho, a própria inteligência humana dependem, na verdade, da metamorfose incessante de dispositivos informacionais de todos os tipos. Escrita, leitura, visão, audição, criação, aprendizagem são capturados por uma informática cada vez mais avançada.²⁴

O desenvolvimento do computador, com sua capacidade de tratar e de guardar vastas quantidades de informação, e o aprimoramento dos sistemas de comunicação transformaram a informação num elemento central em diversas atividades sociais.²⁵ As redes de telecomunicações, por sua vez, permitem a imediatividade nas comunicações independentemente da distância física entre a origem e o destino. Com a união desses dois recursos temos o envio e o

²³ MCLUHAN, Marshall. **Os meios de comunicação como extensões do homem**. São Paulo: Cultrix, [s/data].

²⁴ LÉVY, Pierre. **As tecnologias da inteligência: o futuro do pensamento na era da informática**. 1. ed. São Paulo: Editora 34, 1993. p. 7.

²⁵ Neste sentido, Ricardo Lorenzetti afirma que na economia da informação não se valora a informação somente levando em conta o grau de conhecimento que deve ser posto ao alcance das partes no processo de contratação, mas também como bem comercializável, isto é, a informação, não como um mero instrumento, mas um bem em si mesmo (LORENZETTI, Ricardo. **Comércio eletrônico**.

recebimento praticamente instantâneo não só de voz, mas principalmente de textos e imagens. As profundas modificações desencadeadas por esse intercâmbio instantâneo de grande quantidade de informações independentemente da distância física são evidentes em diversos setores da sociedade, especialmente na economia.

O novo sistema econômico surgido no último quartel do século XX, como consequência da revolução da tecnologia da informação, segundo Manuel Castells, caracteriza-se por ser informacional, global e em rede. Informacional porque a produtividade e a competitividade de unidades ou agentes nessa economia (sejam empresas, regiões ou nações) dependem basicamente de sua capacidade de gerar, processar e aplicar de forma eficiente a informação baseada em conhecimentos. Global, porque as principais atividades produtivas, o consumo e a circulação, assim como seus componentes (capital, trabalho, matéria-prima, administração, informação, tecnologia e mercados) estão organizados em escala global, diretamente ou mediante uma rede de conexões entre agentes econômicos. Em Rede, porque nas novas condições históricas, a produtividade é gerada, e a concorrência é feita em uma rede global de interação

entre redes empresariais.²⁶

Em suma, enquanto na sociedade industrial o paradigma foi a fábrica, como empresa destinada à produção e distribuição de coisas, na sociedade pós-industrial verifica-se um novo modelo de organização socioeconômica de serviços, que tem como expoente os sistemas informáticos, as redes de comunicação, os serviços telemáticos, etc.²⁷

b) O Direito diante de um novo contexto econômico

Se a revolução econômica e tecnológica é inegável, cabe ao jurista acompanhá-la, identificando as implicações jurídicas e adaptando, quando necessário, os parâmetros doutrinários ao novo contexto socioeconômico.²⁸

O fenômeno jurídico, descreve Marcos Bernardes de Mello,

²⁶ CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. São Paulo: Terra e Paz, 2003. p. 119.

²⁷ WEINGARTEN, Celia; LOVECE, Graciela. Responsabilidad de los sujetos y/o empresas que intervienen en la cadena de fabricación, circulación, distribución y comercialización de bienes y servicios. São Paulo: **Revista de Direito do Consumidor**, v. 31, jul.-set. 1999, p. 115-124.

²⁸ Assim, WALD, Arnoldo. Um novo direito para a nova economia: os contratos eletrônicos e o Código Civil. In: **Direito e Internet: relações jurídicas na sociedade da informação**. GRECO, Marco Aurélio; MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coords.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 15)

envolve diversos momentos independentes, a saber: a) a definição pela norma jurídica da hipótese fática (definição normativa hipotética do fato jurídico); b) a concreção dessa hipótese no mundo dos fatos; c) a sua conseqüente juridicização por força da incidência da norma e a sua entrada como fato jurídico no plano da existência do mundo do direito; d) a passagem dos fatos jurídicos lícitos, fundados na vontade humana (ato jurídico *strito sensu* e negócio jurídico), pelo plano da validade, na qual se verificará se são válidos, nulos ou anuláveis; e) a chegada do fato jurídico ao plano da eficácia, na qual nascem as situações jurídicas, simples ou complexas (relações jurídicas), os direitos/deveres, pretensões/obrigações, ações/situações de acionado, exceções/situações de exceptuado, que constituem o conteúdo eficaz específico de cada fato jurídico.²⁹

Karl Englich afirma que “novos fenômenos técnicos, econômicos, sociais, políticos, culturais e morais têm de ser juridicamente apreciados com base nas normas jurídicas preexistentes”. Em contrapartida, observa o mesmo autor, as modificações das circunstâncias de fato, das concepções políticas, culturais e morais, conduzem, mesmo sem a revogação expressa, à rejeição do

²⁹ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico; plano da existência**. 7. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 11.

Direito contrário aos novos princípios.³⁰

É que o Direito, ensina Carlos Maximiliano, não se pode isolar do ambiente em que vigora, deixando de atender às outras manifestações da vida social e econômica, pois estas não correspondem imutavelmente às regras formuladas pelos legisladores, de modo que “se as normas positivas se não alterarem à proporção que evolve a coletividade, consciente ou inconscientemente a magistratura adapta o texto preciso às condições emergentes e imprevistas.”³¹ Assim, alguns institutos jurídicos, que não estão previstos na própria lei, são admitidos e desenvolvidos pela jurisprudência em razão das necessidades do tráfego jurídico.³²

É bem verdade que a Internet não cria um espaço livre, alheio ao Direito, sendo aplicáveis as normas legais vigentes relativas aos contratos em geral também aos contratos eletrônicos.³³ Na prática comercial, notadamente, é

³⁰ ENGLISH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, p. 173- 323.

³¹ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 19. ed. 3. tiragem. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 129.

³² LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 588.

³³ CARVALHO, Ana Paula Gombogi. **Contratos via Internet**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 59. Aliás, Santolim sustenta que a utilização de “princípios instrumentais, como o da transparência e o da vulnerabilidade, ou finalísticos, como são a boa-fé e a autonomia privada, pode ser o melhor caminho para orientar a atuação dos aplicadores do Direito”, vez que “a adoção de legislação específica sobre o

que surgem as inovações jurídicas decorrentes da alteração das relações de mercado, que ao longo do tempo vão sendo incorporadas pelo direito privado comum.³⁴ A vida, dizia Emílio Betti, “é movimento e exige uma perene renovação das disposições dos vários consociados relativamente aos bens num geral, respeito pelos valores econômicos e sociais existentes”, sendo que ao direito, além de proteger “a atual distribuição dos valores sociais e econômicos existentes”, cabe também uma função dinâmica de “lhe tornar possível a perene renovação, de facilitar a circulação dos bens e a recíproca utilização dos serviços, em conformidade com as necessidades que vão surgindo sucessivamente”.³⁵

Ainda não se consolidaram na doutrina institutos jurídicos especificamente relacionados à Internet e, por decorrência, ao comércio eletrônico, de modo que, em vez de um enquadramento estático e meramente exegético, esse novo campo da experiência social demanda uma análise jurídica um tanto prospectiva, mais voltada ao âmbito dos “modelos jurídicos”, definidos por Miguel Reale como “estrutura normativa de atos e fatos pertinentes

comércio eletrônico” não seria “indicação segura de reforço ou mesmo manutenção do paradigma protetivo dos consumidores.” (SANTOLIM, Cesar Viterbo Matos. **Os princípios de proteção do consumidor e o comércio eletrônico no direito brasileiro**. 2004. Tese de Doutorado – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2004. p. 105. [Inédito])

³⁴ GALGANO, F. *Lex Mercatória*. **Revista de Direito Mercantil**, São Paulo, Nova Série, n. 129, p. 224-228, jan-mar. 2003.

³⁵ BETTI, Emílio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Coimbra: Coimbra Editora, 1969. p. 94-95. t. I.

unitariamente a dado campo da experiência social, prescrevendo a atualização racional e garantida dos valores que lhe são próprios.”³⁶

Como atividade de intermediação entre o produtor e o consumidor,³⁷ o comércio cria ou ajuda a criar novos caminhos,³⁸ constituindo uma tradição o fluxo de informações seguir o fluxo do comércio, como ocorria quando os mercadores, operando por mar ou terra, traziam novidades juntamente com a mercadoria.³⁹

Hoje, a Internet, como um poderoso meio de comunicação, proporciona o incremento de relações comerciais, servindo como importante

³⁶ REALE, Miguel. **Fontes e modelos do direito: para um novo paradigma hermenêutico**. São Paulo: Saraiva: 1994. p. 48. A propósito, Gerson Luz Carlos Branco explica que a diferença entre o conceito de modelo adotado por Miguel Reale e os institutos jurídicos é a natureza prospectiva dos modelos, enquanto o estudo dos institutos jurídicos tem um caráter estático adequado ao método exegético. (BRANCO, Gerson Luz Carlos. A proteção das expectativas legítimas derivadas das situações de confiança: elementos formadores do princípio da confiança e seus efeitos. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, v. 12, p. 181, out-dez 2002)

³⁷ Lembre-se Hernani Estrela, quando observava que a especulação mercantil, estando constantemente em busca de novas formas e novas esferas de atuação, provoca o surto de novas e diferentes relações que, por seu turno, reclamam novas e correspondentes normas jurídicas. As novas e diferentes operações, sobre as quais, via de regra, o direito positivo ou é de todo omissivo, ou não contém regulamentação adequada, se norteiam inicialmente e, por vezes durante muito tempo, pelos usos e costumes por elas mesmas gerados, seguindo-se daí a base costumeira do direito comercial. (ESTRELA, Hernani. **Curso de Direito Comercial**. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1973. p. 34)

³⁸ Assim, Fábio Ulhoa Coelho lembrando que a primeira circunavegação do continente africano, feita pelos fenícios, seis séculos antes de Cristo, foi uma expedição comercial, da mesma forma que a descoberta dos caminhos pelo mar ligando Portugal às Índias, no início da Idade Moderna. (ULHOA COELHO, Fábio. **Curso de Direito Comercial**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 31. v. 3)

³⁹ BRIGGS, Asa; BURKE, Peter; **Uma história social da mídia: de Gutenberg à Internet**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004, p. 33.

ferramenta à disposição de empresários interessados em propor ao mercado novas formas de realização para atividades comuns em nosso cotidiano.⁴⁰ Nas palavras de Manuel Castells, “a Internet está transformando a prática das empresas em sua relação com fornecedores e compradores, em sua administração, em seu processo de produção e em sua cooperação com outras firmas, em seu financiamento e na avaliação de ações em mercados financeiros”.⁴¹

Tais transformações, não há dúvida, afetam nosso sistema jurídico. Segundo Mário Losano, das sociedades pré-letradas até as pós-industriais, os homens movem-se dentro de sistemas de regras, cuja complexidade é diretamente proporcional à intensidade do comércio e ao nível das culturas, sendo que os conflitos sociais são, não eliminados, mas mantidos sob controle, para impedir que ponham em perigo o comércio, e com ele, a própria sociedade.⁴²

Nesse momento em que é verificada uma alteração das relações de

⁴⁰ RIDOLFO, José Olinto de Toledo. Aspectos da valoração do estabelecimento comercial de empresas na nova economia. In: **Direito & Internet – aspectos jurídicos relevantes**. DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; et. al. (Coords.) São Paulo: EDIPRO, 2000. p. 262.

⁴¹ CASTELLS, Manuel. **A galáxia da Internet: reflexões sobre a Internet, os negócios e a sociedade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003. p. 56.

⁴² LOSANO, Mário. **Os grandes sistemas jurídicos**. Porto: Editorial Presença, 1979. p. 17.

mercado, vale lembrar outro período da história em que, por causa da expansão comercial⁴³, o Direito sofreu profundas modificações. É o que faz Paula Forgioni ao estabelecer um paralelo entre o surgimento do comércio eletrônico e o reaquecimento do comércio na Idade Média, *verbis*:

Naquela o tráfico pelas vias terrestres e marítimas era essencial, alcançando o lucro apenas os comerciantes ou as cidades que detinham, de algum forma, acesso direto ou indireto a esses caminhos. Os comerciantes desamparados pelo Direito Medieval, que os ignorava, criaram um novo ordenamento jurídico (e novos tribunais), capaz de lhes garantir a segurança e previsibilidade jurídicas. Paralelamente, os glosadores esmeraram-se em 'redescobrir' o Direito Romano, para adaptá-lo às novas necessidades da vida social: os antigos textos legais, reinterpretados pelos glosadores sob a luz de novos princípios, deram vida a um novo direito. Hoje podemos paragonar as estradas medievais à Internet. Em determinados setores da economia seu domínio é o controle do comércio, e o bloqueio do acesso à rede a expulsão do mercado. Tal como fizeram os glosadores, devemos nos deter sobre os textos legais disponíveis e, reinterpretando-os, delinear as normas que se prestam a pautar a atuação dos agentes econômicos nesse novo ambiente.⁴⁴

A idéia é relevante porque foi diante de um ambiente comercial

⁴³ Sobre a história da expansão comercial no século XI, veja-se HUBERMAN, Leo. **História da Riqueza do Homem**. 21. ed. rev. Traduzido da 3. ed. publicada em 1959. Rio de Janeiro: LTC Livros Técnicos e Científicos.

⁴⁴ FORGIONI, Paula. Apontamentos sobre aspectos jurídicos do "*e-commerce*". **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n. 119, jul.-set. 2000.

progressivo, originado pelo progresso urbano, que se formou a ciência jurídica europeia, cabendo a um movimento cultural surgido em Bolonha, no decurso do século XI, o desafio de enfrentar novas exigências à compreensão intelectual das matérias jurídicas na administração da justiça, na atividade consulente, na prática da advocacia e do notariado.⁴⁵

A crise socioeconômica do mundo agrário e feudal gerou uma crise nas estruturas jurídicas e nas concepções dessa sociedade. Conforme aponta Caenegem, a complexidade das novas estruturas econômicas, que a partir desse momento adquiriu uma dimensão industrial e comercial, também requeria um sistema de justiça mais adequado e complexo. Em particular, o comércio e o sistema monetário não podiam desenvolver-se sem uma maior liberdade contratual, um melhor sistema de crédito, e sem a libertação da propriedade territorial das taxas feudais e familiares.⁴⁶ Também Luis Miranda Serrano⁴⁷ remonta às origens do direito comercial,⁴⁸ para sugerir que a aplicação comercial

⁴⁵ WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. 2. ed. Tradução de A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 1980. p. 40.

⁴⁶ CAENEGEM, R. C. Van. **Uma introdução histórica ao direito privado**. Tradução de Carlos Eduardo Lima Machado. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 153.

⁴⁷ SERRANO, Luis Miranda. Derecho de desistimiento Del consumidor em la contratación eletrônica. In: **Comercio eletrônico y protección de los consumidores**. Madrid: La Ley, 2001. p. 576. (Colección Biblioteca de Derecho de los Negocios)

⁴⁸ A história do direito comercial inicia na segunda metade do século XII, num contexto tão adverso à mercancia que os comerciantes foram levados a um forte movimento de união, criando uma regulação a partir de seus usos e costumes, em virtude da inexistência de um sistema jurídico para as transações

das novas tecnologias da informação e da comunicação tende a representar uma alteração no comércio e nos sistemas de promoção e distribuição análoga ou similar à ocorrida quando do aparecimento das cidades e, depois, com o desenvolvimento da denominada “sociedade industrial” ou “pós-industrial”.

Sobre a chamada *sociedade de consumo*, observa António Pinto Monteiro:

É sabido que a sociedade de consumo descende da *revolução industrial* e das profundas transformações ocorridas, onde sobressaem os consideráveis *avanços técnicos* que trouxe e o *fabrico em série e mecanizado* que introduziu, com a conseqüente *redução de custos* de produção e *aumento do nível de vida* das pessoas. Seguiu-se, já no século XX, a *revolução comercial*, com a modernização e o considerável desenvolvimento do comércio, mercê, designadamente, da conjugação dos seguintes fatores: *novos métodos de venda*, recurso à *publicidade*, ao *crédito* e a *intermediários*. Tudo isso conduziu à *sociedade de consumo* sociedade da *abundância*, que se debate com o *excesso* da oferta e tenta por todos os meios “*seduzir*” os consumidores, em ordem a *escoar* os bens que produz. O comércio passa a assumir um papel *fundamental*, ultrapassando decididamente a função secundária a que tinha sido remetido perante a indústria. Cada vez mais se tornam indispensáveis os distribuidores, desenvolvem-se novas formas de *distribuição*, criam-se novos *métodos de venda*, utilizam-se novas *práticas comerciais*. [...] Em suma, *com a mesma finalidade* – escoar bens, conquistar mercado, angariar clientes, atrair consumidores –, desenvolvem-se técnicas diversas: umas, centradas no *intermediário*, aperfeiçoam o circuito da *distribuição* e levam-nos, designadamente, aos (*novos contratos de distribuição*); outras, viradas imediatamente para o *consumidor*, facilitam a utilização de bens e serviços, impulsionam o consumo e deixam claramente transparecer a necessidade de defesa do consumidor.⁴⁹

comerciais. Ver ASCARELLI, Tullio. Origem do direito comercial. **Revista de Direito Mercantil**, v. 103, Nova Fase, tradução de Fábio Konder Comparato. Ver, também, LIPPERT, Márcia Mallmann. **A empresa no código civil: elemento de unificação no direito privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

⁴⁹ MONTEIRO, António Pinto. **Contratos de distribuição comercial**. Coimbra: Almedina, 2002. p. 41.

De outro lado, o direito e o pensamento jurídico, para José Eduardo Faria, encontra-se próximo de uma “exaustão paradigmática”, pois toda a engrenagem institucional forjada em torno de um Estado-nação e o pensamento jurídico - constituído a partir de princípios da soberania, da autonomia do político, da separação de poderes, do monismo jurídico, dos direitos individuais, das garantias fundamentais, do judicial *review* e da coisa julgada - têm sido crescentemente postos em xeque pela diversidade, heterogeneidade e complexidade do processo de transnacionalização de mercados, cujos agentes se destacam por criar as regras de que necessitam, quando querem e como querem, e por juridicizar, segundo suas respectivas conveniências, as áreas ou esferas da via socioeconômica que mais lhes interessam.⁵⁰ De qualquer forma, é neste contexto desafiador da sociedade da informação e da economia globalizada, que se deve tratar o fenômeno do comércio eletrônico, visando à identificação de seus aspectos efetivamente inovadores, com as respectivas conseqüências, e procurar, a partir da doutrina atual, numa abordagem prospectiva, minimizar os efeitos da falta de princípios e regras específicos, que acarretam, não apenas incertezas para empresários, quanto à gestão dos negócios e investimentos, mas, sobretudo, insegurança jurídica para os consumidores em relação às expectativas tão estimuladas por essa nova opção de mercado.

1.2 O FENÔMENO DO COMÉRCIO ELETRÔNICO

Tratando-se o comércio eletrônico de um fenômeno recente, derivado de um processo de alteração social e econômica mais amplo, notadamente marcado pela globalização econômica e pelo uso das tecnologias da informação, mostra-se pertinente, mesmo em um trabalho de cunho jurídico, uma abordagem até certo ponto multidisciplinar, sobretudo tendo em vista um importante conselho legado por Cesare Vivante, no sentido de que não se pode tratar dos institutos jurídicos comerciais sem observar e conhecê-los na sua aplicação prática.⁵¹

Pois bem. As primeiras operações de comércio eletrônico surgiram no início da década de 70, a partir do advento da transferência eletrônica de fundos⁵² (TEF), na qual se podia transferir dinheiro eletronicamente, e da troca eletrônica de dados (*eletronic data interchange* - EDI), tecnologia que permitiu a

⁵⁰ FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. 1. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000. p. 23 e 39.

⁵¹ VIVANTE, Cesare. **Trattato di Diritto Commerciale**. 5. ed. Prefácio. Bologna: Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, 1934. v. 1.

⁵² A propósito, ver BAPTISTA, Luiz Olavo. **Aspectos jurídicos das transferências Eletrônicas Internacionais de Fundos**. 1986. Tese apresentada ao concurso de livre docente na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

transferência eletrônica de documentos como ordens de compra, faturas e pagamentos eletrônicos entre organizações.⁵³ Contudo, foi com o desenvolvimento comercial da Internet⁵⁴ que a expressão *eletronic commerce* (*e-commerce*) passou a ser utilizada, embora autores, como Cesar Viterbo Matos Santolim,⁵⁵ viessem destacando o potencial do computador na instrumentalização de negócios jurídicos, seja como simples meio de troca de informações, como local de encontro de vontades já aperfeiçoadas ou auxiliar no processo de formação da vontade.⁵⁶

Devido à sua facilidade de uso e à sua capacidade para ligar

⁵³ Antes do EDI, uma operação comercial que poderia levar dias ou até semanas, em função do trânsito dos papéis e da distância entre as partes, passa a ser automatizada e acelerada em minutos, além de poder ser programada por um longo período de tempo. A rede EDI chega a ligar cinco tipos de intervenientes: o fornecedor, o comprador, o banco que cobra ou desconta as duplicatas, a transportadora das mercadorias e a seguradora que protege o produto de acidentes. O que une todas as pontas é a caixa postal, um espaço no computador central onde ficam guardados os dados de cada envolvido. (Cf. FORTUNA, Eduardo. **Mercado financeiro e serviços**. 16. ed. Rio de Janeiro: Qualitymark, 2005. p. 165)

⁵⁴ Sobre informática e telemática, bem como os primórdios da Internet, ver PIMENTEL, Alexandre Freire. **O direito cibernético: um enfoque teórico e lógico aplicativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 41-47. Ver, também, STUBER, Walter Douglas; FRANCO, Ana Cristina de Paiva. A internet sob a ótica jurídica. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 749, p. 60-81, 1998.

⁵⁵ SANTOLIM, Cesar Viterbo Matos. **Formação e eficácia probatória dos contratos por computador**. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 21 e seg.

⁵⁶ Sobre a cogitação do computador como instrumento no processo de formação da vontade negocial, vale referir a obra pioneira de Francesco Parisi, *Il contratto concluso mediante computer*. Padova: CEDAM, 1987. p. 4 e seg. Recentemente, veja-se SARTOR, Giovanni. *L' intenzionalità dei sistemi informatici e il diritto*. In: **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, p. 22-51, mar. 2003.

pessoas a informações do mundo inteiro, a Internet⁵⁷ está criando uma base para novos tipos de produtos, serviços e relações entre organizações. Pessoas de lugares distantes podem comunicar-se interativamente, pedir produtos e serviços. Os empresários podem negociar com seus fornecedores e instituições financeiras. Assim, desde 1995 os usuários da Internet vêm acompanhando o desenvolvimento de diversas aplicações, desde comerciais interativos até experiências em realidade virtual⁵⁸. Quase todas as empresas de médio a grande porte, em todo o mundo, já possuem um *site*.⁵⁹

a) Conceito e funcionamento do comércio eletrônico

⁵⁷ O comércio eletrônico normalmente é realizado pela Internet, mas também pode ser feito por meio de redes particulares, como as chamadas *value-added networks* – VAN's (redes que adicionam serviços de comunicação às redes transmissoras comuns preexistentes), de redes locais (LAN's) ou mesmo em uma máquina computadorizada, como ocorre, por exemplo, quando se compram produtos em máquinas.

⁵⁸ Segundo Pierre Lévy, palavra virtual pode ser entendida em ao menos três sentidos: “o primeiro, técnico, ligado à informática, um segundo corrente e um terceiro filosófico. O fascínio suscitado pela ‘realidade virtual’ decorre em boa parte da confusão entre esses três sentidos. Na acepção filosófica, é virtual *aquilo que existe apenas em potência e não em ato*, o campo de forças e de problemas que tende a resolver-se em uma *atualização*. O virtual encontra-se antes da concretização efetiva ou formal (a árvore está *virtualmente* presente no grão). No sentido filosófico, o virtual é obviamente uma dimensão muito importante da realidade. Mas no uso corrente, a palavra virtual é empregada para significar a irrealidade - enquanto a ‘realidade’ pressupõe uma efetivação material, uma presença tangível. A expressão ‘realidade virtual’ soa então como um oxímoro, um passe de mágica misterioso. Em geral acredita-se que uma coisa deva ser ou real ou virtual, que ela não pode, portanto, possuir as duas qualidades ao mesmo tempo. Contudo, a rigor, em filosofia o virtual não se opõe ao real mas sim ao atual: virtualidade e atualidade são apenas dois modos diferentes de realidade. Se a produção da árvore está na essência do grão, então a virtualidade da árvore é bastante real (sem que seja, ainda, atual). É virtual toda entidade ‘desterritorializada’, capaz de gerar diversas manifestações concretas em diferentes momentos e locais determinados, sem contudo estar ela mesma presa a um lugar ou tempo em particular.” (LÉVY, Pierre. **Cibercultura**. São Paulo: Editora 34, 1999. fl. 47)

⁵⁹ Cf. TURBAN, Eram; KING, David. **Comércio eletrônico: estratégias e gestão**. Tradução Arlete Simille Marques. Revisão técnica Belmiro João, Érico Veras Marques. São Paulo: Prentice Hall, 2004. p. 3.

A expressão “comércio eletrônico” designa os negócios realizados por via eletrônica. Baseia-se no processamento e transmissão eletrônicas de dados, incluindo texto, som e imagem.

Conforme Oliver Iteanu, o comércio eletrônico caracteriza-se pela oferta feita de modo audiovisual por uma rede internacional de telecomunicações e pela interatividade entre profissional e cliente, de modo que o cliente manifesta a aceitação por sinais eletrônicos.⁶⁰ A diferença entre o comércio tradicional e o dito comércio eletrônico reside, em princípio, no método de contratação utilizado.

No comércio eletrônico, a exteriorização da vontade negocial se dá na forma de mensagens eletrônicas, isto é, a informação é gerada, enviada, recebida ou arquivada eletronicamente por meio ótico ou similar. Abrange atividades muito diversas, que incluem o comércio eletrônico de bens e serviços, a entrega *on-line* de conteúdo digital, as transferências financeiras eletrônicas, leilões comerciais, determinação em linha das melhores fontes para aquisições

⁶⁰ ITEANU, Oliver. **Internet et lê droit**. Eyrolles, 1996, p. 23, citado por Semy Glanz, Internet e Contrato Eletrônico. In: RT 757/70-75.

(*sourcing*)⁶¹, comercialização direta ao consumidor e serviço pós-venda.⁶² Como empresa, isto é, a atividade econômica organizada por empresário⁶³, o comércio eletrônico envolve desde a agregação de pedidos, o gerenciamento de estoque, a compra perante outros fornecedores, o processamento de pagamentos até a entrega e o atendimento pós-venda.

Assim, entende-se por comércio eletrônico a oferta, a demanda e a contratação à distância de bens, serviços e informações, realizadas dentro de um ambiente digital, ou seja, com a utilização dos recursos típicos do que se

⁶¹ LODDER, Arno; VOULON, Marten B. Intelligent Agents and the Information Requirements of the Directives on Distance Selling and E-commerce, **International Review of Law Computers**, v. 16, n. 3, p. 277-287, 2002.

⁶² Cf. Comunicação ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comitê Econômico e Social e ao Comitê das Regiões, tendo em vista a segurança e a confiança na comunicação eletrônica, COM (97) 503, p. 7. <<http://www.cordis.lu/esprit/src/ecomcom.htm>>. No mesmo sentido, a “Initiative of German Governemet on Electronic Commerc” de outubro de 1997: “Electronic Commerce is understood to mean all those business transactions in which participants prepare and settle business transactions or conduct electronic trade in goods and services”, citada por Fulvio Sarzana di S. Ippolito, “I Profili Regolamentari Del Commercio Electronico”, p. 2. In: **Profili giuridici del commercio via Internet**. Milano: Giuffrè Editore, 1999.

⁶³ A propósito, Márcia Mallmann Lippert: “No novo Código Civil, a obtenção do conceito de empresa se dá pela dedução da soma dos conceitos de empresário e de estabelecimento. Esse silogismo leva à conclusão de que empresa é aquilo que o empresário ou a sociedade empresária faz, de forma que os ‘efeitos da empresa são senão os efeitos a cargo do sujeito que a exerce’ (Requião, 1998, p. 54). Justamente da fusão do empresário (ou da sociedade empresária) com o estabelecimento, nasce o conceito de empresa proposto por Miguel Reale, nos seus comentários ao Projeto de Código, como composta por ‘três fatores, em unidade indecomponível; a habitualidade no exercício de negócios que visem à produção ou à circulação de bens ou de serviços; o escopo de lucro ou resultado econômico; a organização ou estrutura estável dessa atividade’ ”. (LIPPERT, Márcia Mallmann. **A empresa no código civil: elemento de unificação no direito privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 122)

denominou convergência tecnológica.⁶⁴ Para tanto, utiliza-se um “sistema de informação”, que é o conjunto de componentes inter-relacionados, desenvolvidos para coletar, processar, armazenar e distribuir informação para facilitar a coordenação, o controle, a análise, a visualização e o processo decisório.⁶⁵

A oferta de produtos ou serviços normalmente é realizada por intermédio de *sites* dos próprios fornecedores (lojas virtuais) ou por meio de *shoppings centers* eletrônicos, isto é, portais que reúnem diversos fornecedores menos conhecidos ou mesmo vendedores não profissionais, facilitando o contato destes com um maior número de possíveis compradores.⁶⁶ Os consumidores interagem nesse mercado virtual por meio de uma interface⁶⁷, na qual são apresentados os catálogos eletrônicos, a tradicional “cesta de compras”, as

⁶⁴ SANTOS, Manoel J. Pereira dos; ROSSI, Mariza Delapieve. Aspectos legais do comércio eletrônico - Contratos de adesão. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 36, p. 105, out.-dez. 2000.

⁶⁵ LAUDON, Kenneth C.; LAUDON, Jane Price. **Sistemas de informação com Internet**. 4. ed. Rio de Janeiro: LTC, 1999. p. 17.

⁶⁶ Mencione-se, ainda, os “*sites* de leilão”, que não serão abordados neste trabalho. Até agora apenas intermediam a compra e venda de objetos usados entre clientes. A tendência é começarem a oferecer garantias para a realização de negócios. Além de comodidade para o usuário realizar o negócio, aliam garantia ao serviço, por intermédio da possibilidade de realização de seguro para o caso de mercadoria com defeito ou não entregue (Cf. Leilões *on-line*, Relatório Gazeta Mercantil, 15 jun. 2000. p. 8).

⁶⁷ A palavra interface refere-se a *softwares* que dão forma à interação entre usuário e computador. A interface atua como uma espécie de tradutor, mediando as duas partes, tornando uma sensível a outra. Segundo Steven Johnson, é uma maneira de mapear e orientar, por meio de metáforas, esse novo e desnorteante território formado pelas redes de computadores, o espaço-informação. (JOHNSON, Steven. **Cultura da Interface: como o computador transforma nossa maneira de criar e comunicar**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001. p. 17-33)

ferramentas de busca e as soluções de pagamento.⁶⁸

Na Internet, o processo de decisão de compra normalmente experimentado pelo consumidor é influenciado por uma série de ferramentas utilizadas pelos fornecedores: 1) identificação da necessidade (*banners* de propaganda, anúncios *pop-under*); 2) busca de informações (catálogos virtuais, máquinas de busca externas); 3) avaliação das alternativas (grupos de discussão, comparação cruzada de *sites*); 4) compra e entrega (dinheiro eletrônico e serviços bancários virtuais; provedores de logística); e 5) avaliação pós-compra (grupos de discussão).⁶⁹

Pode-se dizer que o comércio eletrônico abarca qualquer forma de transação ou intercâmbio de informações comerciais baseadas na transmissão de dados sobre redes de comunicação. Assim, abrange não só a compra e venda “eletrônica”, mas também o uso da rede para atividades anteriores e posteriores à venda, tais como a publicidade, a assistência técnica, a busca de informações,

⁶⁸ Cf. TURBAN, Erain; KING, David. **Comércio eletrônico: estratégias e gestão**. Tradução Arlete Simille Marques. Revisão técnica Belmiro João, Érico Veras Marques. São Paulo: Prentice Hall, 2004. p. 35.

⁶⁹ Sobre os consumidores como tomadores de decisão, ver SOLOMON, Michael R. **O comportamento do consumidor: comprando, possuindo e sendo**. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2002. p. 208 e seg.

etc.⁷⁰

Cresce a preocupação no sentido de utilizar a tecnologia telemática a favor do consumidor. Inicialmente, inúmeros sistemas de informação foram constituídos pelos fornecedores para proteção a suas operações de crédito, mediante bancos de dados sobre inadimplentes. Agora, verifica-se a tendência de organizar mecanismos que disponibilizem ao consumidor a possibilidade de se informar acerca dos antecedentes dos fornecedores. Nesse sentido, por exemplo, dispomos do “Sistema Nacional de Informações de Defesa do Consumidor (Sindec), lançado pelo Ministério da Justiça, em 13 de setembro de 2005.”⁷¹

Em relação à forma de execução, o comércio eletrônico comporta

⁷⁰ O fenômeno do comércio eletrônico pode ser melhor visualizado a partir de dois enfoques, conforme propõe Cláudia Lima Marques: estritamente, como uma das modalidades de contratação não-presencial ou à distância para a aquisição de produtos e serviços por intermédio de meio eletrônico ou via eletrônica ou, de maneira ampla, como um novo método de fazer negócios por meio de sistemas e redes eletrônicas, abrangendo qualquer forma de transação ou troca de informação comercial, ou mesmo, visando a negócios, com base na transmissão de dados sobre redes de comunicações como a Internet. Esses processos acabam por englobar todas as atividades negociais, juridicamente relevantes, prévias e posteriores à venda ou à contratação. (LIMA MARQUES, Cláudia. **Comércio Eletrônico e a proteção do consumidor: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico**. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2004. p. 38)

⁷¹ Cf. Notícia veiculada no *site* do Ministério da Justiça, em 13 de setembro de 2005, com o título **Consumidor poderá saber se empresas têm registros nos Procons**: “O Ministério da Justiça lançou nesta terça-feira (13) o *site* do Sistema Nacional de Informações de Defesa do Consumidor (Sindec), que permitirá ao consumidor saber se há registros nos Procons envolvendo determinada empresa. A idéia é que o consumidor possa escolher de forma mais consciente a compra de seus produtos ou a contratação de serviços, verificando o histórico das empresas nos Procons. Também será possível pesquisar, em cada estado, quais as empresas com maior número de consultas nos Procons [...]” (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Consumidor poderá saber se empresas têm registros nos Procons**. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br/DPDC/>>. Acesso em: 16 set. 2005).

duas modalidades: direta ou indireta.⁷²

Diz-se que comércio eletrônico é direto quando ocorre a encomenda, o pagamento e a entrega *on-line* de bens incorpóreos e serviços, tais como *software*, livros e informação. O objeto comercializado é intangível, podendo com isso ser transmitido de uma parte a outra pelo próprio ambiente virtual. Nesse tipo de comércio, a eficiência no registro das informações adquire ainda maior relevância.⁷³

Nos casos em que a encomenda efetivada por meio de informática refere-se a bens corpóreos (livros, CD's, equipamentos eletrônicos), trata-se de comércio eletrônico indireto, porque os bens costumam ser entregues por meio dos canais tradicionais, tais como os serviços de correio ou pelas *carriers*, que são empresas especializadas na entrega das mercadorias comercializadas pela Internet.

Outra distinção muito utilizada em relação ao comércio eletrônico é

⁷² SANTOS, Manoel J. Pereira dos; ROSSI, Mariza Delapieve. Aspectos legais do comércio eletrônico - Contratos de adesão. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 36, out.-dez 2000.

⁷³ Sobre essa distinção, ver: Comunicação ao Parlamento Europeu, Op. cit., p. 8.

quanto às partes envolvidas.⁷⁴

Costuma-se chamar “*business to business*” (B2B) o comércio eletrônico realizado entre empresas. Trata-se do mais próspero, adiantado e seguro tipo de comércio eletrônico. Promete, entre outras coisas, ampliar a competitividade de grandes corporações. É de grande utilidade na compras e venda de suprimentos, bem como nas estratégias de integração da cadeia de fornecedores pela Internet.⁷⁵

Ao lado desse tipo de comércio eletrônico existe o “*business to consumer*” (B2C). Nessa modalidade de comércio eletrônico é que se desenvolvem as relações de consumo, foco do presente trabalho.⁷⁶ Conforme

⁷⁴ A respeito da tipologia do comércio eletrônico, veja-se, por exemplo, MAS-FOVEAU, Séverine; BENACHOUR-VERSTREPEN, Malika. **Le commerce électronique en toute confiance. Diagnostic des pratiques et environnement juridique.** Paris : Litec, 2001. p. 9-21.

⁷⁵ TAPSCOTT, Don; LOWY, Alex; TICOLL. **Plano de Ação para uma Economia Digital.** São Paulo: Makron Books, 2000. p. 339.

⁷⁶ Não se pode deixar de referir, contudo, o chamado comércio eletrônico realizado pelo Governo. Na esteira da Lei n.º 10.520, de 17 de julho de 2002, que instituiu, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, modalidade de licitação, denominada pregão, o Decreto n.º 5.450, de 31 de maio de 2005, regulamenta e torna obrigatório, em seu artigo 4º, § 1.º, a utilização do **pregão na forma eletrônica**, para aquisição de bens e serviços comuns, salvo nos casos de comprovada inviabilidade, a ser justificada pela autoridade competente. O endereço *Web* do portal de compras do Governo Federal é <www.comprasnet.gov.br>. Segundo notícia veiculada no *site* “Folha Online” (<<http://www.folha.uol.com.br>>), em 16 de setembro de 2005, o Governo Federal Brasileiro espera economizar R\$ 1,2 bilhão com o pregão eletrônico em 2006: “A União irá economizar neste ano cerca de R\$ 600 milhões com o uso do pregão eletrônico. Para o ano que vem, a previsão que a economia chegue a R\$ 1,2 bilhão, segundo Rogério Santana, secretário de Logística do Ministério do Planejamento. O pregão eletrônico é obrigatório desde julho para a compra de bens e serviços de uso comum, como computadores, papel, remédios e serviços de vigilância e limpeza. O potencial de compra desses produtos por ano é de cerca de R\$ 8,5 bilhões. Além disso, essa modalidade de compra é também obrigatória para os repasses voluntários da União. Esses repasses são feitos pela União a

Lorenzetti ⁷⁷, a maioria das leis e das propostas de legislação separam o comércio eletrônico entre empresas e comerciantes das relações entre governos e particulares e daquelas realizadas entre consumidores, aplicando-se as normas protetivas apenas no campo específico das relações entre consumidores e fornecedores. Nesses casos, destaca o autor, empresas atuam profissionalmente perante consumidores leigos, o que os distancia em nível econômico e em nível de conhecimento. ⁷⁸

Estando a Internet em constante transformação, qualquer previsão é temerária. De qualquer modo, a tendência é o surgimento de outros atores no comércio eletrônico. Os chamados “infomediários”, por exemplo, são responsáveis por contatar muitos supridores e compradores por intermédio de *sites* na Internet e de sistemas computadorizados de compra e venda, com o

Estados e municípios por meio de convênios e devem somar neste ano R\$ 34,6 bilhões. Desse total, cerca de R\$ 16 bilhões são para compras de bens de uso comum. Para Santanna, a economia com o pregão eletrônico pode chegar a 20% deste montante. A economia com o pregão eletrônico no ano passado, quando ainda não era obrigatória, foi de 31,5% em relação aos preços de referência. Já a economia do pregão como um todo, incluindo também o presencial, foi de 29% [...]”. Como vantagens do pregão eletrônico aponta-se o menor tempo (processo de compra leva em média de 17 dias, enquanto em uma concorrência tradicional leva 120 dias); a redução de custos (para participar de um leilão presencial em Brasília estima-se que uma empresa gaste R\$ 10 mil, com advogado, passagens, hospedagem) e a diminuição de fraudes (o pregoeiro não sabe quem são os fornecedores e como os participantes não se conhecem, não há como combinar preços, por exemplo).

⁷⁷ LORENZETTI, Ricardo. **Comércio eletrônico**. Tradução Fabiano Menke. Notas de Cláudia Lima Marques. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 362-363.

⁷⁸ Sobre as espécies de vulnerabilidade apresentadas pelo consumidor (técnica, jurídica, política ou legislativa, biológica ou psíquica, econômica e social, ambiental), veja-se MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Código de defesa do consumidor: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade e nas demais práticas comerciais**. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 2001. p. 115-172.

objetivo de garantir a segurança das transações, por meio de monitoramento e cuidadosa seleção dos participantes.

Na verdade, mais do que um mero facilitador do incremento quantitativo das conhecidas vendas à distância,⁷⁹ o comércio eletrônico representa o aproveitamento econômico de um novo ambiente para relacionamento interpessoal, o ciberespaço,⁸⁰ que é distinto do espaço físico, segundo Ricardo Lorenzetti, pela maleabilidade de sua arquitetura, onde qualquer um pode redefinir códigos e interagir, características que o convertem num objeto inacessível e refratário às inúmeras regras legais.⁸¹

⁷⁹ Ver CALAIS-AULOY, Jean. Venda fora do estabelecimento comercial e venda à distância no direito francês. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 3, p. 7-23, 1992.

⁸⁰ Termo referido originalmente por William Gibson no livro de ficção científica *Neuromancer*, lançado em 1984, cujo enredo ocorre num futuro próximo, quando o sistema de telefones do mundo é ultrapassado por “Matrix”, a soma de todas as interconexões de todas as redes de computadores, e onde *hackers* – entidades que substituem aos governos – desenvolvem as mais diversas atividades num cenário que não tem existência física (GIBSON, William. **Neuromancer**. 2. ed. [s/l]: Aleph, 2003). A propósito, ainda, veja-se Ricardo Lobo Torres (*O espaço público, o espaço cibernético e a interpretação constitucional*), *verbis*: “Espaço cibernético ou *cyberspace* é expressão recentemente criada pelo romancista William Gibson. Deriva de cibernética, palavra de origem grega empregada por N. Wiener, que, significando a arte do piloto ou daquele que governa ou regula um sistema ou máquina, se transforma no estudo da informação e da possibilidade de compreender a comunicação entre homens e máquinas. Espaço cibernético, por conseguinte, é aquele no qual se dá o relacionamento fundado na troca de informações transmitidas pelos servo-mecanismos. É um espaço virtual, ‘um fantasma’, que não existe fisicamente, mas reproduz o espaço existencial. O espaço cibernético, enfim, é o que foi desvendado pelos computadores, redes de informática e Internet.” (TORRES, Ricardo Lobo. **O espaço público, o espaço cibernético e a interpretação constitucional**. Disponível em: <www.puc-rio.br/sobrepuc/depto/direito/revista/online/rev11_ricardo.html>. Acesso em: 21 mar. 2004)

⁸¹ LORENZETTI, Ricardo. **Comércio eletrônico**. Tradução Fabiano Menke. Notas de Cláudia Lima Marques. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 29-30.

a.1) A utilização da Internet para contatos negociais

O atual desenvolvimento da tecnologia telemática possibilita que as comunicações realizadas no ambiente virtual sejam efetuadas de três formas: interpessoal, interativa e intersistêmica.⁸²

A contratação interpessoal é aquela realizada mediante o uso da correspondência eletrônica, ou seja, por meio do já bastante difundido *e-mail*.⁸³ Sua principal característica é a necessidade da intervenção humana para a emissão da proposta e da aceitação. Ela admite o comércio eletrônico indireto, isto é, aquele em que o objeto é corpóreo, precisando ser enviado pelos meios tradicionais. O mais comum, no entanto, é a negociação de informações (projetos, pareceres, etc.) pelo próprio sistema informático, no chamado comércio eletrônico direto. Outra possibilidade de formação de contratos, pouco

⁸² SANTOS, Manoel J. Pereira dos; ROSSI, Mariza Delapieve. Aspectos legais do comércio eletrônico - Contratos de adesão. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 36, p. 11, out.-dez. 2000.

⁸³ Nesse âmbito é que se verifica a prática invasiva conhecida como *spamming*, isto é, o envio de publicidade indesejada, por intermédio de *e-mail*, que normalmente causa uma série de inconvenientes ao consumidor, em razão do excesso de correspondência na caixa de correio eletrônico. A propósito: “AÇÃO CAUTELAR INOMINADA. PROIBIÇÃO DE ENVIO DE MENSAGENS ELETRÔNICAS. SPAM MAIL”. Não havendo prova nos autos do agravo que permita concluir no sentido da presença do *fumus boni juris*, ou seja, de que as mensagens eletrônicas não caracterizam *spam mail*, razão por que não podem ser coibidas, a liminar cautelar pretendida, para vê-las liberadas, mostra-se inviável. Agravo de instrumento desprovido.” (AI N° 70003519782, Décima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Voltaire de Lima Moraes, Julgado em 19 de junho de 2002), reproduzida na íntegra na Revista de Direito do Consumidor, v. 44, p. 337-339. Veja-se, ainda, LISI, Andrea; DIURISI, Davide. Web Marketing e tutela del consumatore telemático. In: **Commercio Elettronico e Tutela del Consumatore**, CASSANO, Giuseppe (Org.). Milano: Giuffrè, 2003. p. 112.

comum, seria a que ocorre nas “salas de bate-papo”.

As contratações interativas, por sua vez, são as mais comuns no âmbito do comércio eletrônico, efetuadas por intermédio dos chamados estabelecimentos virtuais acessados pela Internet. Conforme explicam Santos e Rossi, essas contratações estabelecem-se entre uma pessoa e um sistema aplicativo do *Web Site*, isto é, um programa de computador que possibilita o acesso a bancos de dados, para que, a partir desses dados, a pessoa possa efetuar, por exemplo, uma compra *on-line*. No âmbito do comércio eletrônico de consumo, esta é a forma predominante de contratação.⁸⁴

Finalmente, as contratações intersistêmicas são aquelas estabelecidas entre dois sistemas aplicativos previamente programados, prescindindo da intervenção humana no momento em que a comunicação propriamente dita acontece. Essa forma de contratação por meio informático é a mais aconselhável para o chamado *bussines to bussines* (B2B). Nesse âmbito de contratação é que se utiliza o EDI, que é a comunicação entre sistemas aplicativos distintos, mediante a utilização de formatos possíveis de ser

⁸⁴ SANTOS, Manoel J. Pereira dos; ROSSI, Mariza Delapieve. Aspectos legais do comércio eletrônico - Contratos de adesão. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 36, out.-dez. 2000.

compreendidos pelos diversos programas de computação utilizados.⁸⁵

Como características típicas da contratação eletrônica temos a instantaneidade e a automaticidade.⁸⁶ É possível a formação do consenso, elemento principal do contrato, a partir do encontro das declarações de vontades em ambiente virtual, de forma instantânea independentemente da distância física entre as partes envolvidas. Os contratos por meios telemáticos, portanto, caracterizam-se pela formação do consenso com base em declarações de vontade transmitidas em forma digital por redes de telecomunicações.

Alguns autores, referindo-se aos contratos por meios telemáticos, utilizam outras denominações, tais como: contratos eletrônicos, contratos por computador, contratos virtuais e contratos *on-line*. Contudo, mais apropriada seria a denominação “contratos por meios telemáticos”, à medida que, em primeiro lugar, deixa claro que não se trata de um tipo diferente de contrato, mas simplesmente o emprego na formação de contratos de uma nova técnica de comunicação. Além disso, o instrumento dessa técnica não é só o computador,

⁸⁵ A propósito, LODDER, Arno; VOULON, Marten B. Intelligent Agents and the Information Requirements of the Directives on Distance Selling and E-commerce. **International Review of Law Computers**, v. 16, n. 3, 2002. Ainda, SARTOR, Giovanni, *L' intenzionalità dei sistemi informatici e il diritto*. In: **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, p. 22-51, mar. 2003.

⁸⁶ SANTOS, Manoel J. Pereira dos; ROSSI, Mariza Delapieve. Aspectos legais do comércio eletrônico - Contratos de adesão. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 36, p. 105, out.-dez. 2000.

que é o *hardware*, mas também o *software*, bem como os recursos de telecomunicações associados.⁸⁷

Como referimos anteriormente, não se trata de um fenômeno novo. O que se verifica agora é uma expansão acelerada e alterações radicais provocadas pelo crescimento exponencial da Internet.

A influência da utilização do computador na celebração de contratos foi analisada por Cesar Viterbo Matos Santolim.⁸⁸ Conforme explica, o computador pode servir como um simples meio de comunicação, bem como um local de encontro de vontades e até mesmo um auxiliar no processo de formação da vontade. O caso, no qual o computador é um simples meio de comunicação, refere-se àqueles contratos celebrados pelos meios convencionais, sobre suporte cartáceo, restando ao computador apenas a tarefa de, por exemplo, emitir ordens de compra e venda.

A outra hipótese é aquela em que o computador funciona como um local de encontro de vontades. Nesse caso, o computador é programado por um

⁸⁷ Nesse sentido, COVAS, Silvano. O contrato no ambiente virtual. Contratação por meio de informática. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, São Paulo, v. 5, p. 100-122, 1999.

⁸⁸ SANTOLIM, Cesar Viterbo Matos. **Formação e eficácia probatória dos contratos por computador**. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 24-25.

terceiro sujeito, estranho à contratação, segundo critérios objetivos que garantam uma igual tutela dos interesses contrapostos dos contratantes. Finalmente, esse aparelho eletrônico pode até mesmo funcionar como mecanismo capaz de completar o processo de manifestação da vontade.

Deve-se distinguir, ainda, os contratos por meios telemáticos dos contratos informáticos. Estes últimos são aqueles cujo objeto constitui-se um bem ou um serviço informático. Já os contratos por meios telemáticos são os que, independentemente de seu objeto, que até pode ser a informática, realizam-se por intermédio ou com a ajuda dos meios eletrônicos, entre eles o computador.⁸⁹

a.2) O *site* como elemento do estabelecimento comercial

Os meios telemáticos podem comunicar as manifestações de vontade. Por isso, são instrumentos cuja utilidade se evidencia quando existe distância física entre as partes contratantes. Servem exatamente para minimizar uma eventual barreira geográfica no momento de confrontar as manifestações de vontade na contratação, quais sejam, a proposta e a aceitação.

⁸⁹ LÓPEZ, V. Carrascosa. **La contratación informática: el nuevo horizonte contractual**. 2. ed. Granada: Editorial Comares, 1999. p. 4.

A empresa virtual, segundo Pierre Lévy, não pode ser situada precisamente. Seus elementos são nômades, dispersos, e a pertinência de sua posição geográfica decresceu muito.⁹⁰

Tradicionalmente o local físico onde o empresário desenvolve sua atividade é muito importante. Está ligado à imagem e ao conceito do próprio negócio. Tanto assim, que a Lei de Locações garante ao locatário do imóvel com finalidade não residencial a possibilidade de renovação compulsória, desde que atendidos os requisitos do artigo 51, da Lei 8.245/91.⁹¹

No comércio eletrônico, verifica-se uma nova realidade, que precisa ser entendida e assimilada. Por exemplo, hoje a maior livraria do mundo, Amazon, ocupa apenas dois andares de um pequeno prédio em Seattle.⁹²

O crescimento fenomenal da Internet pode ser atribuído, em grande parte, a uma estrutura conhecida como *Word Wide Web*, que é o conjunto de

⁹⁰ LÉVY, Pierre. **O que é virtual**. 1. ed. São Paulo: Editora 34, 1996. p. 19.

⁹¹ Lei n.º 8.245/91, “Art. 51. Nas locações de imóveis destinados ao comércio, o locatário terá direito a renovação do contrato, por igual prazo, desde que, cumulativamente: I - o contrato a renovar tenha sido celebrado por escrito e com prazo determinado; II - o prazo mínimo do contrato a renovar ou a soma dos prazos ininterruptos dos contratos escritos seja de cinco anos; III - o locatário esteja explorando seu comércio, no mesmo ramo, pelo prazo mínimo e ininterrupto de três anos. [...]”

⁹² ALBERTINI, Alberto Luiz. **Comércio eletrônico: modelo, aspectos e contribuições de sua aplicação**. 5. ed. Colaboração de Rosa Maria de Moura. São Paulo: Atlas, 2004. p. 64.

padrões referentes ao armazenamento, organização e apresentação de informações em um ambiente de redes. A informação é armazenada e apresentada em “páginas” eletrônicas em forma de documento, que podem ser vistas de outros computadores, independentemente do lugar onde estejam localizadas. As páginas da *Web* podem conter texto, gráficos, áudio e vídeo. O conjunto de páginas criado por uma organização ou um indivíduo é chamado de *Web Site*, que pode ser usado para publicar informações, trocar mensagens e mesmo aceitar transações de compra e venda. Compradores que acessam um *site* de vendas podem consultar o catálogo *on-line* e contatar o fornecedor para realizar pedidos.⁹³

Os instrumentos utilizados pelos empresários para prática do comércio eletrônico (endereços eletrônicos, páginas *Web*, *sites* e portais, marcas e patentes, certificados) podem ser enquadrados no conceito de estabelecimento empresarial, isto é, todo o complexo de bens organizado para o exercício da empresa, por empresário, ou sociedade empresária, conforme dispõe o artigo 1.142, do Código Civil Brasileiro de 2002.⁹⁴ Nesse sentido, Gustavo Testa

⁹³ LAUDON, Kenneth C.; LAUDON, Jane Price. **Sistemas de informação com Internet**. 4. ed. Rio de Janeiro: LTC, 1999.

⁹⁴ Conforme Oscar Barreto Filho (*Teoria do estabelecimento comercial*, 1969, p. 115 e 132), o exercício da atividade econômica organizada pelo empresário pressupõe, necessariamente, uma base econômica, ou seja, um complexo de bens que constituem o instrumento e, de certo modo, o objeto de seu trabalho. Daí definir “estabelecimento comercial” como o “complexo de bens *lato sensu* (inclusive serviços) organizados pelo empresário como instrumento para o exercício da atividade empresarial”.

Correia assevera que “o endereço eletrônico, ou nome de domínio, da mesma forma que a marca, é parte integrante do estabelecimento comercial, enquadrando-se perfeitamente na categoria de bens incorpóreos”.

A diferença entre a marca e o endereço eletrônico é que enquanto à marca é aplicada a Lei n.º 9.279/96, responsável por regular os direitos e obrigações relativos à propriedade industrial, ao domínio são aplicadas, principalmente, as Resoluções n.º 1 e 2, de 15 de abril de 1995, do Comitê Gestor de Internet no Brasil.⁹⁵ As inúmeras disputas judiciais envolvendo nomes de domínio⁹⁶ bem demonstram o valor econômico que um endereço na Internet pode

A respeito, ver LIPPERT, Márcia Mallmann. **A empresa no código civil: elemento de unificação no direito privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 147.

⁹⁵ CORRÊA, Gustavo Testa. **Aspectos jurídicos da Internet**. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 20. A propósito: “AÇÃO COMINATÓRIA. Conflito entre nome comercial, marca e nome de domínio. Propriedade industrial. Marca de comércio. Registro, pela empresa apelante, da expressão “ad” como marca no Instituto Nacional de Propriedade Industrial. Prévio registro na FAPESP do nome de domínio “ad.com.br”, pela apelada. Resoluções 001/98 e 002/98, do Comitê Gestor da Internet do Brasil. Lei de Propriedade Industrial. Princípio da especialidade. Exceções não configuradas. Ausência de má-fé. Concorrência desleal não caracterizada. Atividades absolutamente distintas, não se cuidando, na hipótese, de marca de alto renome (art. 125 da LPI). Sentença de improcedência. APELAÇÃO IMPROVIDA.” (Apelação Cível Nº 70003677515, Décima Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Newton Luís Medeiros Fabrício, Julgado em 23 de dezembro de 2003). A respeito de disputas sobre nomes de domínio no Brasil, ver KAMINSKI, Omar. Um “screenshot” dos nomes de domínio no Brasil. **Jus Navigandi, Teresina**, a. 5, n. 51, out. 2001. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2259>>. Acesso em: 28 ago. 2005.

⁹⁶ Ver SILVEIRA, Newton. A propriedade intelectual na Internet e a questão dos nomes de domínio. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico**, São Paulo, 2000. p. 26-33. Na Itália, ver D’ARCANGELI, Antonella. Il dibattito sul domain name e la prima sentenza di merito. **Rivista di Diritto Civile**, Padova, CEDAM, p. 497-540, giul.-ago. 2004.

atingir,⁹⁷ remetendo-nos inclusive à idéia de aviamento, ou seja, o resultado de um “conjunto de variados fatores pessoais, materiais e imateriais, que conferem a dado estabelecimento *in concreto* a aptidão de produzir lucros”.⁹⁸

Como características do estabelecimento virtual, José Olinto de Toledo Ridolfo propõe: **interatividade** (a capacidade de produzir informação qualitativa baseada na coleta em tempo real das manifestações relacionadas aos atos de consulta, visita ou compra efetiva de bens ou serviços nele ofertados); **dinamicidade** (oferta de informações genéricas e/ou específicas, atualizadas no menor lapso de tempo admissível, e que comporão todo o arcabouço informativo comercial, técnico, financeiro e mercadológico que suportará e/ou norteará a conduta do consumidor); **customização** (capacidade de adequação de bens e serviços, em tempo real, às efetivas necessidades dos consumidores, conforme a análise das manifestações em canais interativos); **navegabilidade** (característica tecnológica que deve permitir uma condição favorável de identificação e intelecção de produtos, serviços e informações); **acessibilidade** (característica que identifica ou induz necessidades correlatas ou adjacentes aos bens e serviços ofertados, remetendo o interessado a outro estabelecimento); **conectividade**

⁹⁷ Sobre a avaliação do estabelecimento comercial, MÚLHER, Sérgio José Dulac. Empresa e Estabelecimento - A avaliação do *goodwill*. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, n. 318, p. 2444, abr. 2004.

⁹⁸ Assim, BARRETO FILHO, Oscar. **Teoria do Estabelecimento Comercial**. São Paulo: Max Limonad, 1969. p. 169.

(característica que permite o acesso ao estabelecimento por diferentes meios tecnológicos); e **escalabilidade** (capacidade de ser consultado por um número de visitantes não necessariamente planejado).⁹⁹

Os atributos do *site* de comércio eletrônico ajudam o empresário a ampliar suas oportunidades de negócios e a reduzir custos com suas transações,¹⁰⁰ porque aumentam sua área de atuação e facilitam a coleta, o armazenamento e o processamento das informações negociais.¹⁰¹ Tais instrumentos, portanto, integram a universalidade de bens corpóreos e incorpóreos que compõe o estabelecimento empresarial.

No momento em que o comércio, por intermédio da Internet, encontra-se em plena expansão, agregando um crescente número de utilizadores que recorrem aos seus serviços, os contratantes sujeitam-se a alguns riscos e

⁹⁹ In: Aspectos da valoração do estabelecimento comercial de empresas na nova economia. In: **Direito & Internet – aspectos jurídicos relevantes**. DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto et. al. (Coords.). São Paulo: EDIPRO, 2000. p. 261.

¹⁰⁰ Conforme Ricardo Lorenzetti, os custos de transação são aqueles nos quais incorrem as partes para chegar a um acordo e que influenciam todas as condutas racionalmente orientadas. Abrangem, por exemplo, os gastos para localizar a outra parte de uma futura relação jurídica, para se chegar a um acordo e os derivados da própria execução do contrato. (LORENZETTI, Ricardo. **Comércio eletrônico**. Tradução Fabiano Menke. Notas de Cláudia Lima Marques. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004)

¹⁰¹ Assim, Elsa Dias Oliveira afirmando que a tecnologia digital e especificamente a Internet exercem um tremendo impacto na diminuição dos custos de pesquisa de mercado e de celebração de contratos, o que explica sua rápida e grandiosa difusão em escala global. (OLIVEIRA, Elsa Dias. **A protecção do consumidor nos contratos celebrados através da Internet: contributo para uma análise numa perspectiva material e internacionalprivatista**. Coimbra: Almedina, 2002. p. 50)

sofrem algumas incertezas.¹⁰² Aliás, conforme observa Fabiano Menke, o temor de consumidores e empresários acerca da ocorrência de fraudes, faz com que o meio eletrônico ainda seja pouco utilizado para a realização efetiva de negócios, servindo a Internet, no mais das vezes, como auxiliar na formação do ajuste, seja para publicidade, para tratativas ou para troca de informações, de modo que atos como a formalização de um contrato, a efetivação de um pagamento ou o fornecimento de dados sigilosos ainda são encarados com certa desconfiança pelos usuários.¹⁰³ O fato de partes negociarem à distância, ao mesmo tempo que representa a grande vantagem do comércio eletrônico, porque evita deslocamentos e aumenta as possibilidades de oferta, acarreta sérios riscos para os consumidores. Nesse sentido, o desenvolvimento do comércio eletrônico ainda não é o desejado, em razão da falta de confiança no meio virtual, onde é mais fácil agir sem ser identificado.¹⁰⁴

A comunicação entre computadores é feita por intermédio do uso de padrões, ou seja, uma espécie de "linguagem" que permite que todas as

¹⁰² OLIVEIRA, Elsa Dias. **A protecção do consumidor nos contratos celebrados através da Internet: contributo para uma análise numa perspectiva material e internacionalprivatista**. Coimbra: Almedina, 2002. p. 23.

¹⁰³ MENKE, Fabiano. **Assinatura Eletrônica: aspectos jurídicos no direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 40.

¹⁰⁴ MENKE, Fabiano. **Assinatura Eletrônica: aspectos jurídicos no direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 31.

máquinas se entendam. O protocolo mais usado na Internet é o TCP/IP (*Transmission Control Protocol/Internet Protocol*). Cada computador precisa ter um endereço para se comunicar com outros em rede. Sem o endereço IP (*Internet Protocol*), os computadores não conseguem ser localizados em uma rede.¹⁰⁵

Todos os *sites* da internet possuem IP. Nesse caso, é usado IP estático,¹⁰⁶ ao qual é atribuído um nome (domínio), para facilitar o acesso. Quando alguém digita em seu navegador "www.nomedosite.com.br", um servidor na Internet do seu provedor chamado DNS (*Domain Name System - Sistema de Nomes de Domínios*), descobre qual IP está relacionado ao *site* digitado e direciona o computador a ele. Embora se possa, portanto, saber o endereço IP de um fornecedor, por exemplo, não há garantia quanto a sua efetiva localização física, especialmente nos portais que reúnem fornecedores desconhecidos (*shopping centers* virtuais).

A propósito, Erica Brandini Barbagalo observa que

¹⁰⁵ LAUDON, Kenneth C.; LAUDON, Jane Price. **Sistemas de informação com Internet**. 4. ed. Rio de Janeiro: LTC, 1999. p. 169.

¹⁰⁶ IP estático (ou fixo) é um número IP dado permanentemente a um computador, ou seja, seu IP não muda, exceto se tal ação for feita manualmente. Como exemplo, há casos de assinaturas de acesso à internet via ADSL, na qual alguns provedores atribuem um IP estático aos seus assinantes. Assim, sempre que um cliente se conectar, usará o mesmo IP. Essa prática é cada vez mais rara entre os provedores de acesso, por uma série de fatores, que inclui problemas de segurança. O IP dinâmico, por sua vez, é um número que é dado a um computador quando este se conecta à rede, mas que muda toda vez que há conexão.

“especificamente para os contratos eletrônicos, mais do que a capacidade e a legitimação da parte, a dificuldade reside na própria identificação desta. [...] A identificação do usuário da rede de computadores é feita logicamente pelo endereço IP, além do endereço do correio eletrônico ou nome de domínio. Essas identificações lógicas, todavia podem ser utilizadas por outra pessoa, que não seu detentor, para constituir um vínculo obrigacional pela rede de computadores”.¹⁰⁷

Nos termos do Código Civil Brasileiro de 2002, artigos 967 e 968, o empresário tem a obrigação de, antes do início de sua atividade, inscrever-se no Registro Público de Empresas Mercantis, informando seu nome, nacionalidade, domicílio, capital, objeto e sede da empresa, etc. Além disso, o empresário que instituir sucursal, filial ou agência, em lugar sujeito à jurisdição de outro Registro Público de Empresas Mercantis, neste deve também inscrevê-la, com a prova da inscrição originária, além de averbar a constituição do estabelecimento secundário no Registro Público de Empresas Mercantis da respectiva sede (CC, Art. 969).¹⁰⁸

¹⁰⁷ BARBAGALO, Erica Brandini. **Contratos eletrônicos: contratos formados por meio de redes de computadores, peculiaridades jurídicas da formação do vínculo**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 41.

¹⁰⁸ Os serviços de registro público de empresas mercantis e atividades afins, nos termos da Lei n.º 8.934/94, é exercido pelo Sistema Nacional de Registro de Empresas Mercantis (SINREM), composto, em âmbito federal, pelo Departamento Nacional de Registro de Comércio (DNRC), que é órgão integrante do Ministério da Indústria, do Comércio e do Turismo, com funções supervisora, orientadora, coordenadora e normativa, e pelas Juntas Comerciais, como órgãos locais, vinculadas

No Brasil, entretanto, ainda não temos uma conexão entre o registro do empresário na Junta Comercial e o registro do respectivo nome de domínio.¹⁰⁹ Em contrapartida, a Colômbia, diferentemente, conta com lei que determina que todas as páginas *Web* e *sites* da Internet de origem colombiana, cuja atividade econômica seja de caráter comercial, financeiro ou de prestação de serviços, sejam inscritas no Registro Mercantil e na “Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales de Colombia – DIAN”.¹¹⁰

A constitucionalidade do dispositivo foi submetida à apreciação da Sala Plena da Corte Constitucional Colombiana, que o declarou “exequível de maneira condicionada”, afastando somente as expressões *en los términos e lo*. Interessa-nos, aqui, da fundamentação dessa sentença, o trecho no qual se destaca que a inscrição no registro mercantil das páginas *Web* ou *sites* facilita a identificação dos agentes econômicos que operam nesse novo cenário

administrativamente ao Poder Executivo Estadual, com funções executora e administrativa dos serviços de registro.

¹⁰⁹ O estabelecimento de diretrizes estratégicas relacionadas ao uso e desenvolvimento da Internet no Brasil é atribuição do Comitê Gestor da Internet, criado pela Portaria Interministerial n.º 147, de 31 de maio de 1995, e transformado em pessoa jurídica pelo Decreto Presidencial n.º 4.829, de 3 de setembro de 2003. Os registros dos nomes de domínio, consoante determinação do Comitê Gestor, são realizados pela FAPESP (Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo).

¹¹⁰ Lei n.º 633, de 12 de agosto de 2000, Art. 91: “Todas las páginas web y los sitios de Internet de origen colombiano que operan en el Internet y cuya actividad económica sea de carácter comercial, financiera o de prestación de servicios, deberán inscribirse en el Registro mercantil y suministrar a la DIAN la información de transacciones económicas *en los términos* que esta entidad *lo* requiera”.

tecnológico e os coloca na mesma situação dos comerciantes tradicionais.¹¹¹

Já em Xangai (China), as empresas públicas ou privadas registradas nessa cidade que praticam a venda à distância pela Internet devem obter uma licença para prosseguir suas atividades comerciais *on-line*. Essa licença deve ser mencionada na página inicial do *site*, podendo o consumidor verificar sua validade no *site* da Secretaria Municipal de Xangai para a Indústria e o Comércio (Shanghai Municipal Bureau for Industry and Commerce).¹¹² Entendemos que esse tipo de exigência não contraria o chamado princípio da liberdade de comércio,¹¹³ que privilegia a auto-regulação das partes, mediante uma intervenção mínima, limitada ao necessário para o funcionamento do mercado, uma vez que, segundo Ricardo Lorenzetti,¹¹⁴ tal princípio relaciona-se, fundamentadamente, com as normas de entrada e saída de produtos nos diversos âmbitos do comércio eletrônico, assim como a sustentabilidade das denominadas barreiras não-tarifárias. Quanto à Comunidade Européia, a Diretiva sobre comércio eletrônico (2000/31/CE), tratou do local do estabelecimento de uma

¹¹¹ Sentença C-1147, de 31 de outubro de 2001.

¹¹² FÉRAL-SCHUHL, Christiane. **Cyber droit: le droit à l'épreuve de l'internet**. 3. ed. Paris: Dunod, 2002. p. 165. (Capítulo 6: L'internet et les consommateurs)

¹¹³ Consagrado, por exemplo, na regulação de assinatura digital dos Estados Unidos: *Electronic Signatures in Global and National Commerce*, de 10 de novembro de 1999.

¹¹⁴ LORENZETTI, Ricardo. **Comércio eletrônico**. Tradução Fabiano Menke. Notas de Cláudia Lima Marques. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 85.

sociedade prestadora de serviços por meio de um sítio de Internet, dispondo que:

não é o local onde se encontra a tecnologia de apoio a esse sítio ou o local em que este é acessível, mas sim o local em que essa sociedade desenvolve a sua atividade econômica. Quando um prestador está estabelecido em vários locais, é importante determinar de que local de estabelecimento é prestado o serviço em questão. Em caso de dificuldade especial para determinar a partir de qual dos vários locais de estabelecimento é prestado o serviço em questão, considera-se que esse local é aquele em que o prestador tem o cento de suas atividades relacionadas com esse serviço específico. (Considerando n.º 19)

No artigo 4º, a Diretiva adota o princípio da não autorização prévia, assegurando que o exercício e a prossecução da atividade do prestador de serviços da sociedade da informação não podem estar sujeitas à autorização prévia ou qualquer outro requisito equivalente. Em matéria de informações a prestar, fixa determinadas exigências que os prestadores deverão satisfazer para garantir a transparência das suas atividades (Arts. 2º -c, 3º e 4º). Mesmo não havendo contrato, o prestador deverá tornar direta, permanente e facilmente acessíveis determinadas informações, como por exemplo, seu nome, endereço em que se encontra estabelecido, coordenadas que permitam contato rápido e comunicação direta, incluindo o seu endereço eletrônico, registro em que se encontra escrito e número de matrícula, caso o prestador esteja inscrito num

registro comercial, etc. (Art. 5º).¹¹⁵

Prática verdadeiramente abusiva é a utilização de *hiperlinks* que, em vez de enviar o internauta para outro sítio, incorporam o material de sítio alheio, de modo que o internauta menos experiente sequer percebe estar visualizando conteúdo pertencente a endereço eletrônico diverso daquele originalmente acessado¹¹⁶. Basta imaginar os riscos experimentados pelo consumidor que inadvertidamente passa de uma página de informações culturais, por exemplo, para um *site* de comércio eletrônico, no qual, em meio a inúmeras imagens publicitárias, aparecem propostas de contratação.

Mencione-se, ainda, a utilização abusiva dos chamados *metatags*, isto é, descritores ou palavras-chave que exprimem o conteúdo do *site* a serem localizados pelos instrumentos de busca. *Sites* comerciais, objetivando atrair um maior número de potenciais consumidores, registram como *metatags* palavras sugestivas ou mais utilizadas por internautas, para trazê-los ao sítio.¹¹⁷ Todas essas circunstâncias prejudicam o consumidor, por exemplo, na análise da

¹¹⁵ PEREIRA, Alexandre Libório Dias. **Comércio eletrônico na sociedade da informação. Da segurança técnica à confiança jurídica**. Coimbra: Almedina, 1999. p. 54-55.

¹¹⁶ ASCENSÃO, José de Oliveira. **Estudos sobre Direito da Internet e da Sociedade da Informação**. Coimbra: Almedina, 2001. p. 203.

¹¹⁷ ASCENSÃO, José de Oliveira. **Estudos sobre Direito da Internet e da Sociedade da Informação**. Coimbra: Almedina, 2001. p. 213.

procedência do produto, da viabilidade do cumprimento dos prazos contratuais e, sobretudo, na definição da lei aplicável e do local onde se poderá eventualmente demandar em juízo o fornecedor.

b) O documento eletrônico

A primeira preocupação suscitada pelo emprego das novas tecnologias da informação na prática negocial foi relativa à forma e à prova dos atos jurídicos.

Entende-se por “forma”, em um sentido amplo, o veículo ou o meio de expressão utilizado pelas partes para emitir suas declarações de vontade, fazendo-as conhecidas pelos destinatários.¹¹⁸ A maneira mais tradicional de representar a manifestação do pensamento em forma permanente é a “aplicação sobre determinados objetos predispostos para recebê-la (hoje em dia, principalmente, o papel) de sinais convencionais (letras, cifras, caracteres taquigráficos) que se chamam escritura”.¹¹⁹

¹¹⁸ DÍEZ-PICAZO, Luis. **Tratado del Derecho Civil Patrimonial**. 5. ed. Madrid: Editorial Civitas, 1996. p. 248.

¹¹⁹ CARNELUTTI, Francesco. **A prova civil**. 1. ed. Tradução da segunda edição italiana por Lisa Pary Scarpa. Campinas: Bookseller, 2001. p. 225.

A escritura cumpre não somente uma função de manifestação da vontade, senão também uma função de certificação da própria manifestação. A escritura pode servir não só para formar o negócio, como também para formar um objeto (documento), do qual se poderá deduzir a existência do negócio. Em razão dessa dupla função da escritura, é comum o equívoco de confundir forma e prova.¹²⁰

Define-se documento como “toda representação material destinada a reproduzir determinada manifestação do pensamento”,¹²¹ ou “declaração escrita e assinada de caráter informativo destinada a servir de prova das assertivas encontradas em seu conteúdo”.¹²² Referindo-se ao que hoje chamamos de documentos eletrônicos, José Rogério Cruz e Tucci diz que os “suportes informáticos” consistem em dispositivos de entrada/saída de informações do computador e, sobretudo, de seu armazenamento.¹²³ A respeito do acelerado processo de digitalização da informação, pela substituição irreversível de átomos

¹²⁰ CARNELUTTI, Francesco. **A prova civil**. 1. ed. Tradução da segunda edição italiana por Lisa Pary Scarpa. Campinas: Bookseller, 2001. p. 144.

¹²¹ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*, tradução da 2. ed. italiana por J. Guimarães Menegale. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1969. p. 127.

¹²² SANTOS, Ulderico Pires dos. **Meios de Prova**. Rio de Janeiro: UPS, 1994. p. 3.

¹²³ CRUZ E TUCCI, José Rogério. Valor Probante do Suporte Informático. **Revista da Ajuris**, n. 44. Porto Alegre, nov. 1988.

por *bits*,¹²⁴ bem destacado por Nicholas Negroponte,¹²⁵ por meio da expressão

“vida digital”, observa Esther Morón:

A maior parte da informação nos chega em forma de átomos: livros, periódicos, revistas. O mundo é feito de átomos. Um bit não tem cor, tamanho nem peso. É o DNA da informação. É tão somente um número, cuja representação mais elementar é uma seqüência de zeros e uns. Os bits sempre foram o elemento básico da informação, mas nos últimos vinte e cinco anos tem-se conseguido digitalizar cada vez mais tipos de informação, auditiva e visual, por exemplo, reduzindo-os de igual maneira a números. Digitalizar significa converter em números o que se quer transmitir. A digitalização permite que distintos tipos de dados e de informação, como textos, voz e imagens possam converter-se em números, ser tratados do mesmo modo e transmitido pelas mesmas linhas. O fenômeno multimídia, ou hipermídia é o resultado da digitalização de todos os tipos de sinais. A digitalização da informação é conceito chave para entender as novas tecnologias e sua generalização tem operado uma divisão radical entre o analógico e o digital. O mundo digital é o mundo da informação convertida em dígitos e o mundo analógico é o restante.¹²⁶

¹²⁴ Para destacar a atual generalização da escrita mecanizada-eletrônica, é ilustrativa a reflexão feita por Fabiano Menke, a partir de um trecho extraído do prefácio da obra *Introdução à Ciência do Direito*, de Gustav Radbruch. Este, ao exaltar as qualidades do penalista Franz v. Liszt, destaca sua caligrafia, cuja fluidez viva e bela, decidida e clara, expressaria o espírito “alegre e arrumado” do autor. Ao contrário dos homens do começo do século XX, que conheciam as caligrafias uns dos outros - observa Menke - hoje raramente escrevemos à mão, já que a máquina de escrever e posteriormente os computadores, com auxílio de impressoras, acabaram por praticamente tirar a necessidade de as pessoas escreverem com o próprio punho sobre o tradicional suporte de papel. Mais do que isto, a própria utilização do papel se encontra em declínio (In: Assinaturas de digitais, certificados digitais, infra-estrutura de chaves públicas brasileira e a ICP alemã. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 48. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 132-184, out-dez 2003).

¹²⁵ In: **A vida digital**. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

¹²⁶ MORÓN, Esther. Internet y Derecho Penal: “hacking” y otras conductas ilícitas en la red. In: **Revista de Derecho y Proceso Penal**, Ed. Aranzadi, Pamplona, n. 1, p. 79, 1999 apud DE LUCCA, Newton. **Direito do Consumidor**. São Paulo: Quartier Latin, 2003. p. 396.

Especificamente quanto à aplicação do direito, Oliveira Ascensão¹²⁷ destaca a importância da informática,¹²⁸ ao reconhecer não só os melhoramentos espantosos no armazenamento de dados e na organização de profissões jurídicas, mas também a conveniência de a própria aplicação do Direito ser feita progressivamente por via informática em relação a tarefas repetitivas, como a emissão de certidões, por exemplo, na qual se pode dispensar a intervenção humana.¹²⁹ Aliás, Mario Losano aponta três revoluções fundamentais na história do direito: da escrita, da imprensa e da elaboração eletrônica de dados. Antes da escrita, o direito era limitado aos costumes locais e encontrava-se ligado à memória do homem e às suas capacidades expositivas. Com a escrita, resolveu-se o problema da conservação das normas consuetudinárias. A imprensa, por sua vez, resolveu o problema da difusão das normas escritas, constituindo condição

¹²⁷ ASCENSÃO, José de Oliveira. **Estudos sobre Direito da Internet e da Sociedade da Informação**. Coimbra: Almedina, 2001. p. 7.

¹²⁸ A informática reúne técnicas que permitem digitalizar a informação (entrada), armazená-la (memória), tratá-la automaticamente, transportá-la e colocá-la à disposição de um usuário final, humano ou mecânico (saída). Ver LÉVY, Pierre. **Cibercultura**. São Paulo: Editora 34, 1999. p. 33.

¹²⁹ Vale referir que o Judiciário Brasileiro já incorpora avanços da tecnologia da informação, proporcionando o acesso *on-line* a informações processuais, jurisprudência e inteiro teor de decisões. Também a prática de atos processuais vem sendo adaptada ao meio eletrônico, como ocorre, por exemplo com o sistema conhecido como “*penhora on-line*” (Bacen Jud), que desde o ano de 2002 vem sendo implementado para possibilitar aos juízes o envio por meio eletrônico de ordens de penhora aos bancos. Já o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, de forma inédita, a partir de fevereiro de 2004, passou a utilizar as assinaturas digitais em seus acórdãos, agilizando as sessões de julgamento. Até mesmo um processo eletrônico, com autos digitais, já se encontra regulamentado pela Justiça Federal da 4ª. Região, no âmbito de seus Juizados Especiais Federais (Resolução n.º 13, de 11 de março de 2004). Detalhes em <www.tst.gov.br>, <www.tj.rs.gov.br> e <www.trf4.gov.br>.

técnica para a superação do direito consuetudinário e para a sua substituição por normas específicas reguladoras de um número crescente de setores, de modo a contribuir para tornar mais homogêneas as atividades econômicas e abrir caminho ao estado nacional e às suas codificações.

Quanto à elaboração eletrônica, Mario Losano antevia que, tal como a tipografia tinha substituído o trabalho manual do copista, também nos nossos dias, o ordenador eletrônico (computador) substituiria certas atividades intelectuais e de síntese.¹³⁰ Nesse sentido, também temos Tercio Sampaio Ferraz Júnior, afirmando que o fato de o Direito ter-se tornado escrito provocou importantes transformações em sua concepção e no seu conhecimento, uma vez que sua fixação na forma escrita, ao mesmo tempo em que aumentou a segurança e a precisão de seu entendimento, também aguçou a consciência dos limites.¹³¹

As tecnologias da informação e da comunicação suscitam problemas específicos em virtude das características de imaterialidade, fácil reprodutibilidade e comunicabilidade que os novos suportes eletrônicos

¹³⁰ LOSANO, Mário. **Os grandes sistemas jurídicos**. Porto: Editorial Presença, 1979. p. 25.

¹³¹ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994. p. 73.

imprimem ao registro, tratamento e transmissão da informação.¹³² Daí Renan Lotufo identificar uma perplexidade em relação desenvolvimento extremamente rápido dos sistemas de comunicação à distância, que possibilitam celebrar contratos de forma imediata, normalmente sem prévia fase negocial, com conteúdo que se transmite pelo meio eletrônico e é decifrado pelos computadores, sem a utilização dos signos tradicionais da linguagem oficial de nossos países.¹³³

A informação digital pode ser qualificada de virtual uma vez que é inacessível enquanto tal ao ser humano, pois, como afirma Pierre Lévy, só podemos tomar conhecimento direto de sua atualização por meio de alguma forma de exibição. Em outras palavras, “os códigos de computador, ilegíveis para nós, atualizam-se em alguns lugares, agora ou mais tarde, em textos legíveis, imagens visíveis sobre tela ou papel, sons audíveis na atmosfera”¹³⁴. Tradicionalmente, os documentos jurídicos, em especial os que retratam relações de natureza contratual, são representados em papel.

¹³² GONÇALVES, Maria Eduarda. **Direito da Informação. Novos direitos e formas de regulação na sociedade da informação**. Coimbra: Almedina, 2003. p. 22-23.

¹³³ LOTUFO, Renan. Responsabilidade civil na Internet. In: **Direito e Internet: relações jurídicas na sociedade da informação**. GRECO, Marco Aurélio; MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coords.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 217.

¹³⁴ LÉVY, Pierre. **Cibercultura**. São Paulo: Editora 34, 1999. p. 48.

O suporte cartáceo tem sido, ao longo dos séculos, muito eficiente, à medida que oferece operacionalidade no registro, na identificação da autoria e na inalterabilidade do conteúdo. Contudo, desde o advento do já referido *eletronic data interchange* – EDI, os meios de troca de documentos entre empresas, como telex, malote ou correio, estão sendo substituídos pela transferência de arquivos entre computadores. Verifica-se, então, a necessidade de transpor conceitos básicos – documento, escrito, assinatura -, gerados no contexto da “cultura do papel”, para a realidade telemática, caracterizada pela despersonalização das relações e pela desmaterialização das operações.¹³⁵

No início da informática, quando uma informação processada no computador tinha relevância jurídica, tratava-se de imprimi-la. Ou seja, associavam-se objetos digitalmente produzidos a outros corpóreos, como o papel, possibilitando que no corpo do objeto resultante fossem lançados sinais característicos e indelévels como selos, marcas e assinaturas.¹³⁶ Atualmente, o emprego do papel nas relações desenvolvidas por intermédio da Internet representa um retrocesso, pois prejudica a dinamicidade oferecida pela

¹³⁵ CORREIA, Miguel Pupo. **Leis do Comércio Electrónico**. Notas e Comentários. ROCHA, Manuel Lopes; _____.; RODRIGUES, Marta Felino, ANDRADE, Miguel Almeida; CARREIRO, Henrique José. Coimbra: Coimbra, 2001. p. 19.

¹³⁶ DINIZ, Davi Monteiro. Documentos Eletrônicos: um estudo sobre a qualificação dos arquivos digitais como documentos”. **Revista Faculdade de Direito Milton Campos**, Belo Horizonte, n. 5, p. 293-320, 1998.

comunicação instantânea e à distância.

Na opinião de Newton De Lucca não existe diferença ontológica entre a noção tradicional de documento e a nova noção de documentos eletrônicos. Estes últimos, afirma o autor: “também serão o meio de real de representação de um fato, não o sendo, porém, de forma gráfica. A diferença residirá, portanto, tão-somente no suporte do meio real utilizado, não mais representado pelo papel e sim por disquetes, disco rígido, fitas ou discos magnéticos, etc.”¹³⁷ O fato é que existe hoje uma demanda crescente no sentido de utilizar cada vez mais os arquivos digitais de modo autônomo, sem a necessidade de recorrer ao papel, nosso tradicional suporte corpóreo e tangível.

b.1) Validade e eficácia do documento eletrônico

Tem-se o documento, segundo destaca Caio Mario Pereira da Silva, como a mais nobre das provas, tendo em vista que “por via do escrito perpetua-se o ato, enunciando-se a declaração de vontade de modo a não depender sua

¹³⁷ [DE LUCCA, Newton](#). Títulos e contratos eletrônicos: o advento da informática e seu impacto no mundo jurídico. In: **Direito & Internet – Aspectos Relevantes**. São Paulo: EDIPRO, 2000. p. 44.

reconstituição da falibilidade de fatores precários”.¹³⁸

No regime do direito civil, a validade da declaração de vontade não depende de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir. Ademais, salvo o negócio a que se impõe a forma especial, o fato jurídico pode ser provado mediante confissão, documento, testemunha, presunção e perícia (CC/2002, artigos 107 e 212).

Também há um dispositivo expreso determinando que as reproduções eletrônicas de fatos ou de coisas, assim como as mecânicas, fotográficas, cinematográficas e fonográficas fazem prova plena, se a parte contra quem forem exibidas não lhes impugnar a exatidão.¹³⁹ O artigo 332, do Código de Processo Civil, por sua vez, preceitua que são hábeis para provar a verdade dos fatos, ainda que não nominados, todos os meios legais e moralmente legítimos. O mesmo diploma também, ainda, outras formas de provar os fatos ou coisas representadas: reprodução mecânica, fotográfica, cinematográfica, fonográfica (art. 383). Assim, cumpre verificar quais os requisitos fundamentais para que um arquivo de computador seja, por si só, hábil para documentar um

¹³⁸ SILVA, Caio Mário Pereira da. **Instituições de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1982. p. 384-385.

¹³⁹ Código Civil brasileiro de 2002: Art. 225. As reproduções fotográficas, cinematográficas, os registros fonográficos e, em geral, quaisquer outras reproduções mecânicas ou eletrônicas de fatos ou de coisas fazem prova plena destes, se a parte, contra quem forem exibidos, não lhes impugnar a exatidão.

fato.

Em primeiro lugar, deve ser considerado que o documento eletrônico não se prende ao meio físico em que está gravado. Ele apresenta um conteúdo totalmente desvinculado do continente, sendo possível passar de um continente a outro mantendo-se o valor originário do conteúdo.¹⁴⁰

Augusto Tavares Rosa Marcacini¹⁴¹ salienta que não se pode tratar o documento eletrônico como coisa, mas reconhecê-lo como uma seqüência de *bits*, desvinculada de qualquer meio físico. Sua principal característica é não estar preso ao meio em que é gravado. Isto permite o envio instantâneo seja para outra cidade, seja para o outro lado do mundo.

Essa característica, contudo, dificulta a identificação da autoria do documento. Veja-se que o artigo 371 do CPC estabelece como elemento fundamental para o conhecimento da autoria de um do documento particular a assinatura. A imputabilidade das declarações constantes do documento particular também depende da assinatura (CPC, Art. 368). Cabe ressaltar que a assinatura é

¹⁴⁰ ORLANDI, Francesca. Il regolamento sul documento elettronico: profili ed effetti. In: **Revista Del Diritto Commerciale e Del Diritto Generale delle Obligazioni**, p. 744, 1998.

¹⁴¹ MACARINI, Augusto Tavares Rosa. O Documento Eletrônico como meio de prova. **Revista de Direito Imobiliário**, n. 47, p. 71.

signo pessoal distintivo que permite informar-se acerca da identidade do autor de um documento e manifestar seu acordo sobre o conteúdo do ato.¹⁴²

Conforme explica Miguel Pupo Correia, o termo assinatura significa, numa acepção ampla, qualquer ato pelo qual o autor de um documento se identifica e manifesta a sua concordância com o conteúdo declarativo dele constante, isto é, o ato de autenticação pelo próprio autor do documento por ele gerado. Constitui um sinal ou meio, susceptível de ser usado com exclusividade e aposto a um documento, por intermédio do qual o autor deste revela a sua identidade pessoal de forma inequívoca, manifesta a sua vontade de gerar o documento e emitir as declarações de vontade ou conhecimento dele constantes, bem como procura preservar a integridade do documento.¹⁴³

Tradicionalmente, usa-se a assinatura autógrafa para informar a autoria de um documento registrado em papel. O autor escreve no documento de próprio punho o seu nome. Esse tipo de assinatura constitui um processo dotado de alto nível de identificação e segurança, mas não absoluto. Tornou-se, pois, necessário o desenvolvimento de meios técnicos que dotem os documentos

¹⁴² A propósito, ver MENKE, Fabiano. **Assinatura Eletrônica: aspectos jurídicos no direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 40.

¹⁴³ CORREIA, Miguel Pupo. **Leis do Comércio Eletrônico**. Notas e Comentários. ROCHA, Manuel Lopes; _____.; RODRIGUES, Marta Felino, ANDRADE, Miguel Almeida; CARREIRO, Henrique José. Coimbra: Coimbra, 2001. p. 31.

eletrônicos das mesmas garantias oferecidas pelo suporte cartáceo, de modo que não se possa negar a validade e idoneidade probatória a um fato representado em suporte eletrônico.

As técnicas já disponíveis para garantir a autoria e genuinidade dos atos praticados no ambiente virtual utilizam basicamente três recursos: o código secreto, a biometria, e a criptografia.¹⁴⁴

A utilização de códigos secretos fundamenta-se numa combinação de algarismos ou letras que condiciona o acesso à utilização de sistemas informáticos, consistindo as formas mais utilizadas num código de acesso (*password*), constituído de forma alfanumérica, ou num código numérico que constitui um número pessoal de identificação (PIN), sendo em geral combinadas com a utilização de um cartão magnético ou um portador de microprocessador (*chip*). Pressupõe-se que o *password* ou o PIN são conhecidos apenas por seu proprietário (o utilizador).¹⁴⁵

Os métodos baseados na biometria proporcionam a identificação de

¹⁴⁴ LÓPEZ, V. Carrascosa. **La contratación informática: el nuevo horizonte contractual**. 2. ed. Granada: Editorial Comares, 1999. p. 72.

¹⁴⁵ LÓPEZ, V. Carrascosa. **La contratación informática: el nuevo horizonte contractual**. 2. ed. Granada: Editorial Comares, 1999. p. 72.

peçoas a partir do reconhecimento de suas características físicas (impressões digitais, face, íris, sangue) por um equipamento adequado. São processos que apresentam a vantagem de uma identificação praticamente perfeita e inquestionável da pessoa, mas possuem inconvenientes que os tornam pouco utilizáveis. Na verdade, não asseguram por si só a função de manifestação de vontade do autor, que só pode ser assegurada por um outro processo associado àquele. Um exemplo desse tipo de equipamento é o *scanner* que captura os sinais do polegar, os quais são transformados pelo microprocessador em fórmulas matemáticas para permitir a identificação.

A técnica mais difundida é a criptografia.¹⁴⁶ O termo vem da conjunção de duas palavras gregas, *kryptos* e *grápho*, que significam em nossa língua, “escondido”, ou “oculto” e “grafia” ou “escrita”, respectivamente. Assim, ela é a ciência que se dedica a transcrever os dados em cifras ou códigos.

Com o uso dessa tecnologia, a mensagem transmitida via rede é lida somente pelo destinatário, que possui a “chave” capaz de recompor a

¹⁴⁶ Carrascosa López et. al.: a criptologia seria “un sistema de codificación de un texto con unas claves confidenciales y de procesos matemáticos complejos (algoritmos) de forma que resulte incomprensible para el tercero que desconozca la clave descodificadora, entendiendo por descodificación la actuación que restablece el texto a su forma original.” (LÓPEZ, V. Carrascosa. **La contratación informática: el nuevo horizonte contractual**. 2. ed. Granada: Editorial Comares, 1999. p.72.)

estrutura inicial da mensagem.¹⁴⁷ Isso porque a criptografia possibilita que se altere o arquivo digital, estabelecendo uma relação arbitrária entre seu conteúdo e um novo arquivo criado a partir deste, de modo que só por intermédio de um procedimento específico de decodificação pode-se reverter essa operação, e alcançar novamente a compreensão direta das informações que estiver.¹⁴⁸

A criptografia comporta duas modalidades, consoante os sistemas em que se baseia. A primeira é a criptografia simétrica. Nessa modalidade, uma mesma chave é possuída pelo emissor e pelo receptor da mensagem, servindo simultaneamente para codificar e decodificar. Seus inconvenientes são: a necessidade da multiplicação das chaves conforme os vários interlocutores de uma mesma pessoa ou empresa; a maior facilidade de a chave cair em poder de um terceiro; e a possibilidade de uma das partes atribuir falsamente declarações à outra, uma vez que a chave é a mesma para ambas.

Para solucionar esses problemas, criou-se a criptografia assimétrica. Ela utiliza uma "chave privada" e uma "chave pública".¹⁴⁹ A chave privada é

¹⁴⁷ STUBER, Walter Douglas; FRANCO, Ana Cristina de Paiva, Op. cit. p. 74.

¹⁴⁸ DINIZ, Davi Monteiro, Op. cit., p. 306.

¹⁴⁹ A Medida Provisória 2.200-2 instituiu a Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira, equiparando a assinatura digital à assinatura manuscrita. A propósito ver: MENKE, Fabiano. **Assinatura Eletrônica: aspectos jurídicos no direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

sigilosa, apenas o seu criador a conhece. Somente por meio dela que se pode alterar o arquivo original. Isso garante a genuinidade do documento e, ainda, a imputabilidade do conteúdo ao proprietário da chave privada. Já a chave pública, apenas descodifica as mensagens encriptadas com a chave privada.

A certeza da titularidade das chaves criptográficas é obtida por intermédio de um certificado emitido pela **Autoridade Certificadora**, que é uma entidade independente e legalmente habilitada a exercer as funções de emissão de pares de chaves criptográficas e de dar publicidade às chaves públicas numa lista ou repositório susceptíveis de ser consultado por qualquer interessado. O receptor de um documento eletrônico assinado com assinatura digital deverá, desde logo, verificar a lista de certificados revogados e verificar a assinatura digital com a respectiva chave pública, obtendo assim a certeza de que a assinatura é autêntica e a mensagem íntegra.

A verificação positiva de uma assinatura digital conduz, por conseguinte, a um elevado grau de certeza jurídica da autenticidade da autoria e da integridade da mensagem ou outro tipo de documento ao qual ela seja aposta, porquanto comprova seguramente que o documento não foi alterado desde o seu envio ao destinatário e a assinatura foi aposta pelo seu titular. Conseqüentemente, a um documento assim assinado pode ser atribuída por lei a força probatória de

um original escrito e assinado pelo seu subscritor.¹⁵⁰

Já existem disputas entre empresas privadas, entidades de classes e tabeliães pelo mercado da certificação. O Projeto de Lei 1.589/99, no artigo 24, dispõe que os serviços prestados por entidades certificadoras privadas são de caráter comercial, essencialmente privados, e não se confundem em seus efeitos com a atividade de certificação eletrônica por tabelião. Com isso, as certificações feitas por empresas privadas não terão a mesma força perante o Poder Judiciário que as realizadas por cartórios. Nesse sentido, o projeto coaduna-se com a Lei 8.935/94, que confere aos tabeliães a certificação de fatos e autenticação de documentos. Nos Estados Unidos, por exemplo, a certificação do contrato eletrônico é feita por empresas privadas. Na Europa, a certificação está ligada a um órgão público. Essas tecnologias informáticas de controle levam Jaime Guerra Balic a afirmar que o problema da identificação e o da imputação de uma declaração a determinado sujeito, pode ser considerado atualmente como algo superado.¹⁵¹

Cesar Viterbo Matos Santolim observa que, de uma forma geral, a

¹⁵⁰ Tratando dos contratos telemáticos, BIANCA, C. Massimo. **Diritto Civile**. 2. ed. Milano: Giuffrè, 2000. (III, Il Contrato)

¹⁵¹ La Conclusión de los Contratos por Medios Informáticos, **Revista Informática y Derecho**, 8, UNED, Centro Regional Extremadura, Mérida, 1995, apud LÓPEZ, V. Carrascosa. **La contratación informática: el nuevo horizonte contractual**. 2. ed. Granada: Editorial Comares, 1999.

doutrina (e, depois, a legislação, na qual ela se produziu) vem orientando-se no sentido da adoção do “princípio da equivalência 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.¹⁵² Nesse sentido, a Diretiva da Comunidade Européia n.º 00/31/CE, cujo artigo 9/1 estabelece o princípio da equiparação dos contratos celebrados por via eletrônica aos contratos celebrados pelos meios comuns.

Para José de Oliveira Ascensão, trata-se de uma posição muito arrojada e prematura, tendo em vista as condições existentes, mas exprime uma vontade e impõe uma política. O autor português considera prudente começar por questionar a exatidão do próprio princípio, dizendo haver muito mais uma equiparação dos efeitos que a das realidades, na verdade muito diversas.¹⁵³ De qualquer forma, nossa legislação admite genericamente a prova dos atos jurídicos por meio de quaisquer meios legais ou moralmente legítimos, desde que idôneos,

¹⁵² SANTOLIM, Cesar Viterbo Matos. **Os princípios de proteção do consumidor e o comércio eletrônico no direito brasileiro**. 2004. Tese de Doutorado – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, [Inédito], 2004. Acrescenta o autor: “Esta é a linha, entre outros textos, da ‘Lei Modelo’ para o Comércio Eletrônico, da UNCITRAL (United Nations Commission on International Trade Law), do E-Sign Act (legislação federal norte-americana), da UETA (Uniform Electronic Transactions Act, também dos EUA) e da Diretiva 1999/93/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho (Art. 5º, 2)”.

confiáveis.

Especificamente no que tange às declarações de vontade no ambiente virtual, na legislação brasileira destaca-se a Medida Provisória n.º 2.200-2, que incorpora o chamado “princípio da equivalência funcional”, equiparando a assinatura manuscrita à assinatura digital. Dispõe o artigo 10, § 1º, do referido diploma: “As declarações constantes dos documentos em forma eletrônica produzidos com a utilização de processos de certificação disponibilizados pela ICP-Brasil presumem-se verdadeiras em relação aos signatários, na forma do art. 131, da Lei 3.071, de 1º de janeiro de 1916 – Código Civil”.¹⁵⁴

b.2) Aplicação prática do documento eletrônico: os títulos de crédito eletrônicos

Evidência de que a falta de um regime jurídico apropriado não impede a consolidação de novas práticas no mercado e impõe à doutrina e à jurisprudência o desafio de encontrar soluções para salvaguardar os envolvidos dos riscos resultantes, especificamente relacionada com a desmaterialização dos

¹⁵³ ASCENSÃO, José de Oliveira. In: **Nota introdutória ao Manual “O Comércio electrónico em Portugal - O quadro legal e o negócio”**. p. 6 e 7. ANACOM, Autoridade Nacional de Comunicações, Portugal. Disponível em: <<http://www.icp.pt>>. Acesso em: nov. 2005.

¹⁵⁴ Dispositivo repetido literalmente pelo artigo 219 do Novo Código Civil.

atos jurídicos, pela evolução das tecnologias da informação,¹⁵⁵ encontra-se no âmbito dos títulos de crédito, curiosamente onde impera o tradicional princípio da cartularidade.¹⁵⁶

Pontes de Miranda, embora entendendo que a lei então vigente não excluísse a possibilidade de empregar na feitura de título de crédito outros processos de grafia (perfuração, ácidos, gravação, relevo), inclusive em matéria que não o papel (pano, madeira metal, pergaminho, marfim, celulóide), era categórico ao afirmar não ser possível a criação de cambial por telegrama ou outro meio semelhante de fixação, que não contivesse as assinaturas do próprio punho.¹⁵⁷ A evolução tecnológica, contudo, propiciou na prática comercial a

¹⁵⁵ A propósito, observa Paulo Salvador Frontini: “Algumas questões afloradas no universo jurídico pela conjugação de fatores como o computador, a rede de comunicações instantâneas (tecnologia *on-line* e a moderna organização bancária, vêm suscitando, nos meios jurídicos, relativamente aos meios circulatórios, mais do que espasmos de perplexidade. [...] Afinal, toda teoria jurídica dos títulos de crédito, elaborada ao longo de séculos, ganhou a organicidade de um sistema, todo ele baseado na *cártula*, ou seja, no documento escrito, necessário ao exercício do direito literal e autônomo nele contido.” (In: Títulos de crédito e títulos circulatórios: que futuro a informática lhes reserva? Rol e funções à vista de sua crescente desmaterialização. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 730, p. 50-67, ago. 1996)

¹⁵⁶ Celso Barbi Filho ensina: “Todos sabem que a cartularidade, ao lado da literalidade e da autonomia, constitui uma das características fundamentais dos títulos de crédito. Significa a cartularidade a incorporação do crédito ao documento que, na lição clássica de VIVANTE, é necessário ao exercício do direito literal e autônomo nele mencionado. Portanto, em matéria cambial, sem documento não há direito literal e autônomo que se transmita e possa ser exercido, pois o crédito, para circular, tem que estar corporificado na *cártula*. Todavia, como se infere, a cartularidade, é inerente à teoria cambial no que toca especialmente à circulação do crédito, ou seja, à sua transferência a terceiro, distinto daqueles que participaram da relação subjacente. Quando o crédito ainda não circulou, a cartularidade é um elemento que pode estar ausente da relação creditícia. Nessa hipótese, não haverá título de crédito, mas poderá existir título executivo.” (Cf. BARBI FILHO, Celso. **A duplicata mercantil em juízo**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 33-34)

¹⁵⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Cambiário**. 2. ed. Atualizado por Wilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2001, p. 138-139. v. I.

consolidação do uso da chamada “duplicata escritural”.¹⁵⁸

Em vez de emitir o título em papel, os empresários apenas enviam aos estabelecimentos bancários arquivos magnéticos com os dados de suas transações mercantis, tais como identificação do devedor, preço, vencimento, condições de pagamento, etc. A partir das informações registradas eletronicamente, as instituições financeiras enviam aos devedores “avisos de cobrança”, comumente conhecidos como boletos bancários, objetivando evitar riscos e custos com armazenamento e circulação dos títulos de crédito propriamente ditos.¹⁵⁹ A duplicata, por exemplo, normalmente sequer é emitida,

¹⁵⁸ Quanto à origem da duplicata escritural no Brasil, Newton De Lucca aponta como marco inicial o XI Congresso Nacional de Bancos, realizado em 1975, no Rio de Janeiro, quando pelo Banco do Brasil foi defendida tese intitulada “Cobrança Direta”, assinalando: “Área crítica dos serviços executados pelos bancos comerciais, a cobrança de títulos ameaça sufocar o Sistema sob toneladas desses papéis, de volume sempre crescente em face do expressivo desenvolvimento econômico nacional, de uma indústria mais dinâmica e produtiva e de um comércio mais agressivo” (In: LUCCA, Newton de. *Títulos e contratos eletrônicos: o advento da informática e seu impacto no mundo jurídico*. In: **Direito & Internet – Aspectos Relevantes**. São Paulo: EDIPRO, 2000. p. 21-100). Também de Newton De Lucca a obra pioneira denominada “*A Cambial-Extrato*”, apresentada como tese de doutoramento na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, em 15 de dezembro de 1981, e posteriormente publicada pela Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1985.

¹⁵⁹ Ulhoa Coelho descreve a prática que já se tornou costumeira: “O crédito registrado em um meio magnético será descontado junto ao banco, muitas vezes em tempo real, também sem a necessidade de papelização. Por via telefônica, os dados são remetidos aos computadores da instituição financeira, que credita – abatidos os juros contratados – o seu valor em conta de depósito do empresário. Nesse momento, expede-se a guia de compensação bancária que, por correio, é remetida ao devedor da duplicata virtual. De posse desse boleto, o sacado procede ao pagamento da dívida, em qualquer agência de qualquer banco do país. Em alguns casos, quando o devedor tem o seu microcomputador interligado ao sistema da instituição descontadora, já se dispensa a papelização da guia, realizando-se o pagamento por transferência bancária eletrônica. Se a obrigação não é cumprida no vencimento, os dados pertinentes à duplicata virtual seguem, em meio magnético, ao cartório de protestos. Assim é, ou poderia ser, nas grandes comarcas. Trata-se de protesto por indicações, instituto típico do direito cambiário brasileiro, criado para tutelar os interesses do sacador, na hipótese de retenção indevida da duplicata pelo sacado. Na há, na lei, nenhuma obrigatoriedade do papel como veículo de transmissão das indicações para o protesto, de modo que também é plenamente jurídica a utilização dos meios informáticos para a realizar.” Para este autor, o registro magnético do título é amparado no direito em

sendo apontado para protesto o próprio boleto bancário, no qual consta referida a existência de uma duplicata, que na realidade só existe “virtualmente”.¹⁶⁰ Para tanto, o que se verifica é o uso generalizado do protesto por indicação.¹⁶¹

O Decreto n.º 2.044/1908 já previa em seu artigo 31 que “recusada a entrega da letra por aquele que a recebeu para firmar aceite ou para efetuar pagamento, o protesto pode ser tirado por outro exemplar ou, na falta, pelas indicações do protestante”. A Lei de Duplicatas, por sua vez, estabeleceu que “por falta de aceite, de devolução ou de pagamento, o protesto será tirado, conforme o caso, mediante apresentação da duplicata, da triplicata, ou, ainda, por simples indicações do portador, na falta de devolução do título”.¹⁶²

vigor, de modo que o protesto realizado por indicações, quando acompanhado do comprovante da entrega de mercadorias, é título executivo extrajudicial, ou seja, entende dispensável a exibição da duplicata, porquanto bastante a apresentação de dois papéis: o instrumento do protesto por indicações e o comprovante da entrega de mercadorias (ULHOA COELHO, Fábio. **Curso de Direito Comercial**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 378-379. v. 1).

¹⁶⁰ FERNANDES, Jean Carlos. **Ilegitimidade do boleto bancário (Protesto, execução e falência): doutrina, jurisprudência e legislação**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 3, 6, 24 e 31.

¹⁶¹ A propósito, afirma Jean Carlos Fernandes, Op. cit., p. 59: “O protesto por indicação não se trata de outra modalidade de protesto da duplicata, mas sim de forma por meio da qual pode efetivar-se tal ato, em situações especialíssimas. Fundamentalmente, o protesto por indicação ocorrerá quando o sacador, tendo remetido a duplicata para o aceite do sacado, este a retém injustificadamente, recusando-se a devolvê-la ao próprio vendedor, a correspondentes, procuradores, instituições financeiras ou representantes encarregados de sua cobrança.”

¹⁶² Lei n.º 5.474, de 18 de julho de 1968: Art. 13. A duplicata é protestável por falta de aceite de devolução ou pagamento. § 1º Por falta de aceite, de devolução ou de pagamento, o protesto será tirado, conforme o caso, mediante apresentação da duplicata, da triplicata, ou, ainda, por simples indicações do portador, na falta de devolução do título. Trata-se de uma exceção ao princípio da cartularidade, tendo em vista que permite o exercício de direitos cambiários sem a exibição e mesmo a posse do título.

Pode-se dizer que a “virtualização dos títulos de crédito”, pela substituição do suporte cartáceo pelo suporte eletrônico, induz a uma tendência de legalizar o uso indiscriminado do protesto por indicação, originalmente admitido somente em favor do beneficiário da duplicata. Prova disto é a Lei n.º 10.931, de 02 de agosto de 2004, cujo artigo 41, estendeu tal possibilidade à cédula de crédito bancário, condicionada apenas a que o credor apresente declaração de posse de usa única via negociável, o que vale inclusive como protesto parcial.¹⁶³ Vale ressaltar que o Código Civil Brasileiro de 2002, em seu artigo 889, § 3º, já admite expressamente a emissão de títulos de crédito a partir de caracteres criados em computador ou meio técnico equivalente.¹⁶⁴ Na Exposição Justificativa do Projeto, o Senador Josaphat Marinho, Relator-Geral da matéria, bem destacou o fenômeno da descartularização, *verbis*:

Esta Emenda resulta, também, de sugestão do Professor Mauro Rodrigues Penteado. Lembra ele que é ‘de todo recomendável que a lei geral de regência dos títulos de crédito não perca a oportunidade de contemplar o fenômeno verificado mais recentemente na praxe comercial, de propagação inevitável em virtude da informática e das modernas técnicas de administração, relativa à chamada ‘descartularização’.

¹⁶³ MORAES, Emanuel Macabu. **Protesto Extrajudicial – Direito Notarial**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004. p. 53.

¹⁶⁴ CCbr/02, Art. 889, § 3º: “O título poderá ser emitido a partir dos caracteres criados em computador ou meio técnico em equivalente e que constem da escrituração do emitente, observados os requisitos mínimos previstos neste artigo.” Vale lembrar, que já na Lei n.º 6.404, de 15 de dezembro de 1976, foi prevista a possibilidade, nas companhias abertas, de substituição dos tradicionais livros sociais por registros magnetizados ou eletrônicos (Art. 100, § 2º).

Segue citação:

E acentua que esse fenômeno é 'mais freqüente no campo da utilização das duplicatas', e já reconhecido limitadamente, em lei (Lei n.º 6.404/76, art. 34)'. Informa, ainda, o ilustre Professor que 'nas operações de desconto e cobrança de duplicata, muitas empresas já não vêm criando fisicamente o título (que é de emissão facultativa), limitando-se ao procedimento simplificado de emissão de nota-fiscal fatura (Lei n.º 5.474/68, art. 1º, c.c. art. 18, § 7º, do Convênio SINIEF de 1970), por computador, cujos caracteres são transmitidos à instituição financeira, pelo sistema 'on-line' ou através de disquetes, visando à remessa do aviso de cobrança ao sacado'. Prevendo dificuldade, observa: 'O problema se põe quando o sacado não paga, tornando-se inadimplente quanto ao negócio subjacente. Exsurge, então, a necessidade de constituição da obrigação cartular e do título representativo, tanto para protesto, quanto para aparelhar a execução (Lei n.º 5.474/68, art. 13, e art. 15, inc. II, c.c., CPC, art. 585, I), esbarrando sua emissão, *a posteriori*, no entanto, na letra do art. 2º da lei das duplicatas, segundo a qual 'no ato de emissão da fatura, poderá ser extraída uma duplicata' (art. 2º). Adita a informação que 'esse óbice tem sido contornado na prática mediante a criação física da duplicata, posteriormente à data da emissão da nota fiscal-fatura (porém, com a mesma data desta)'. Realçando todos esses problemas, o professor paulista reconhece que 'colidira com as premissas gerais do Projeto a pretensão de disciplinar por inteiro o fenômeno, ainda não de todo sedimentado; mas a sua regulação parcial, no que já tem de estável e bem experimentado na prática, servirá de ponto de partida para uma futura elaboração mais completa'. Daí o texto do § 3º, que consubstancia a Ementa. Sem dúvida, os problemas são visíveis. Mas os fatos, ou as práticas, igualmente, são patentes. Dar-lhes um uma configuração jurídica básica, distante de pormenores, afigura-se aconselhável, já que o Projeto é anterior ao notável desenvolvimento da informática. A prática e a jurisprudência traçarão os contornos precisos para o futuro do legislador. Mas o codificador de hoje deve evitar, quanto ao novo texto, aquela 'revolta do direito contra o Código', agudamente sentida e descrita por Gaston Morin, quanto às normas de décadas passadas.¹⁶⁵

¹⁶⁵ Cf. o texto do Relatório Geral, aprovado pelo plenário do Senado Federal, publicado em Suplemento ao *Diário do Senado Federal*, edição de 11 de dezembro de 1997.

Cumprido destacar, contudo, que a descartularização do título de crédito, amplamente verificada na prática comercial, acarreta uma situação de insegurança jurídica para o devedor. Pagando a dívida, mediante a mera apresentação do boleto bancário, sem resgatar a respectiva cédula, caso esta venha a ser endossada a um terceiro, este ficará ao abrigo da presunção de boa-fé, tendo em seu favor a proteção do artigo 17 da Lei Uniforme de Genebra, internalizada pelo Decreto n.º 53.667/66, que consagra como princípio geral do direito a chamada inoponibilidade das exceções, isto é, contra ele não poderão ser opostas ao portador exceções fundadas sobre relações pessoais do devedor com o sacador ou com os portadores anteriores - pagamento do boleto bancário, por exemplo -, a menos que o devedor prove ter o apresentante procedido conscientemente em seu detrimento.

Assiste razão, portanto, a Paulo Salvador Frontini ao afirmar que, a exemplo da duplicata, outros títulos de crédito seguirão a técnica operacional de circulação informatizada do crédito. Caberá ao legislador, contudo, seguir os usos e costumes, instituindo novas formas extracartulares de emissão, endosso, aceite, aval, quitação, protesto, de modo que tais declarações cambiais clássicas

tornem-se compatíveis com o uso da tecnologia informática.¹⁶⁶

Na jurisprudência, embora ainda não esteja bem habituada à desmaterialização do meio contratual e das formas de pagamento, já se observa, conforme aponta Cláudia Lima Marques, a tendência de se impor aos fornecedores, que se utilizam dos meios desmaterializados e à distância, o risco e a prova da contratação e da vontade de pagamento.¹⁶⁷

2 O COMÉRCIO ELETRÔNICO DE CONSUMO

O comércio eletrônico, pelo menos do ponto de vista que interessa ao Direito do Consumidor, funciona basicamente mediante a oferta de produtos

¹⁶⁶ FRONTINI, Paulo Salvador. Títulos de crédito e títulos circulatórios: que futuro a informática lhes reserva? Rol e funções à vista de sua crescente desmaterialização. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 730, p. 68, ago. 1996.

¹⁶⁷ Nesse sentido, por exemplo, acórdão do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba, publicado In: LIMA MARQUES, Cláudia. **Comentários ao código de defesa do consumidor: Arts. 1.º a 74: aspectos materiais**. Cláudia Lima Marques, Antônio Herman V. Benjamin, Bruno Miragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 447: “CONSUMIDOR. AUTOMÓVEL. CONSERTO. SERVIÇO SUPOSTAMENTE CONTRATADO POR TELEFONE. INEXISTÊNCIA DE FATURA DISCRIMINANDO OS SERVIÇOS. APONTAMENTO DE TÍTULOS PARA PROTESTO. ILEGALIDADE. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO CAMBIAL. PROCEDÊNCIA. APELAÇÃO. SERVIÇO AUTORIZADO POR TELEFONE. ALEGAÇÃO SEM RESPALDO NOS AUTOS. RISCO ASSUMIDO PELA FORNECEDORA. DESPROVIMENTO DO RECURSO. A duplicata é título causal, apenas podendo ser emitida tendo como causa subjacente uma compra e venda mercantil ou a prestação de serviços. Impõe-se, outrossim, seja ela emitida com base em fatura que discrimine as mercadorias vendidas ou os serviços prestados, devidamente assinada pelo cliente. Insubistente a alegação de que o serviço foi prestado por telefone, notadamente em se tratando de empresa de grande porte, tendo em vista que, quem assim procede, assume o risco de não poder cobrar a dívida do suposto devedor por ausência de prova cabal. É vedada a execução de serviços sem a prévia elaboração de orçamento e autorização expressa do consumidor” (TJ-PB, APC 2001.007604-0, Des. Antonio de Pádua Lima Montenegro, 2002, 1ª Câmara Cível, Capital).

ou serviços em *sites* acessíveis pela Internet. É no âmbito do direito contratual, portanto, onde se situa grande parte da problemática envolvendo o tema “comércio eletrônico”. O contrato, conforme destaca Pasquale Stanzione, “é o núcleo duro do comércio eletrônico”.¹⁶⁸

Alguns autores, referindo-se aos contratos por meios telemáticos, utilizam outras denominações, tais como: contratos eletrônicos, contratos por computador, contratos virtuais e contratos *on-line*. Mais apropriada seria a denominação “contratos por meios telemáticos”, já que, em primeiro lugar, deixa claro não se tratar de um tipo diferente de contrato, mas simplesmente do emprego na formação de contratos de uma nova técnica de comunicação.¹⁶⁹ Além disso, o instrumento dessa técnica não é só o computador, que é o *hardware*, mas também o *software*, bem como os recursos de telecomunicações associados.¹⁷⁰

¹⁶⁸ STANZIONE, Pasquale. In: **Commercio elettronico e categorie civilistiche**. SICA, Salvatore; _____ (Org.). Milano: Giuffrè, 2002. p. 29.

¹⁶⁹ Assim, Newton: “Contrato informático é o negócio jurídico bilateral que tem por objeto bens ou serviços relacionados à ciência da computação. Contrato telemático, por sua vez, é o negócio jurídico bilateral que tem o computador e uma rede de comunicação como suportes básicos para a sua celebração” (DE LUCCA, Newton. **Aspectos jurídicos da contratação informática e telemática**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 33)

¹⁷⁰ COVAS, Silvânio. O contrato no ambiente virtual. Contratação por meio de informática. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, São Paulo, v. 5., p. 100-122, 1999.

2.1) A COMPRA E VENDA NO COMÉRCIO ELETRÔNICO

É a partir da operação de compra e venda, contrato da sociedade de consumo por excelência,¹⁷¹ que o fenômeno do comércio eletrônico será abordado, pois nela se mostram bem evidentes os efeitos da conjugação da tecnologia telemática com direito contratual.¹⁷²

Segundo observa Paulo Luiz Netto Lobo, a evolução do direito brasileiro, no que tange ao contrato de compra e venda, aponta para a tutela preferencial do comprador, máxime quando assume a posição de consumidor, invertendo a proteção que se conferia ao vendedor nos Códigos Civil de 1916 e Comercial, marcados por valores de acentuados individualismo e liberalismo.

¹⁷¹ Assim LIMA MARQUES, Cláudia. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das declarações contratuais**. 5. ed. atual. e ampl., incluindo mais de 1.000 decisões jurisprudenciais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 495.

¹⁷² A propósito, veja-se LÔBO, Paulo Luiz Netto: “Na sociedade hodierna, a economia baseia-se na compra e venda, que ‘apanha desde os negócios jurídicos de esquina, ou de rua (vendedores ambulantes ou estacionários) até os que têm por objeto patrimônios’, além das relações impessoais com a utilização de máquinas ou da Internet” (LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Comentários ao código civil: parte especial: das várias espécies de contratos**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 4-7. v. 6. (Arts. 481 a 564)).

Afirma o autor:

O legislador de 2002, propositada ou intuitivamente, redirecionou o foco do favor legal para a parte contratual presumivelmente mais vulnerável, ou seja, o comprador, que é o consumidor quando o contrato está inserido em relação de consumo. Mas, ainda que não haja relação de consumo, o comprador também assume primazia na grande maioria dos artigos do novo Código, quando comparados com os equivalentes do Código anterior. Esse fenômeno tem que ver com a mudança ocorrida, ao longo do século XX, no Estado Moderno, que pretendeu realizar a justiça social, determinante da ordem e da atividade econômicas, como se vê no art. 170 da Constituição de 1988.¹⁷³

No sistema adotado pelo direito brasileiro (romano-germânico), a compra e venda, seja de bens móveis ou imóveis, reveste-se de um caráter simplesmente obrigatório,¹⁷⁴ isto é, o vendedor contrai a obrigação de transferir a propriedade da coisa ao comprador.¹⁷⁵ Em razão da busca de mercados mais amplos e maior dinamicidade nos negócios, as técnicas para transacionar bens já vinham sofrendo grandes mudanças nas últimas décadas, destacando-se nesse

¹⁷³ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Comentários ao código civil: parte especial: das várias espécies de contrato**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 4-5. v. 6 (Arts. 481 a 564)

¹⁷⁴ Código Civil brasileiro (Lei n.º 10.406/2002): “Art. 481. Pelo contrato de compra e venda, um dos contratantes se obriga a transferir o domínio de certa coisa, e o outro, a pagar-lhe certo preço em dinheiro.”; “Art. 482. A compra e venda, quando pura, considerar-se-á obrigatória e perfeita, desde que as partes acordarem no objeto e no preço.”

¹⁷⁵ SERPA LOPES, Miguel Maria de. **Curso de direito civil: fonte das obrigações: contratos**. 7. ed. rev. por José Serpa de Santa Maria. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2001. p. 269. v. III.

sentido os métodos de distribuição de bens e serviços fundados em contratações à distância.¹⁷⁶

No comércio eletrônico, além de se tratar de uma contratação à distância, o processo de transferência da coisa pelo vendedor ao comprador é fundamentalmente afetado pelo fenômeno da digitalização. Com a Internet a distribuição de bem e serviços passa para um novo estágio, tendo em vista que os fornecedores têm novas possibilidades, não só para apresentar seus produtos e realizar sua comunicação comercial, mas também negociar diretamente nesse novo meio imaterial de distribuição e, em alguns casos, executar seus contratos diretamente *on-line*.

A compra e venda do comércio eletrônico pode ser graduada conforme a digitalização (1) do produto ou serviço vendido; (2) do processo; e (3) do agente de entrega. A comercialização de um livro em forma física (material), por exemplo, por intermédio de em um *site* e entregue pelo correio é apenas parcialmente eletrônica. Puramente eletrônico é o negócio envolvendo bem imateriais, que podem ser enviados pela própria rede telemática, como por

¹⁷⁶ A esse respeito, ver Marco Antônio Schmitt, “Contratações à Distância. A Diretiva 97/7 da Comunidade Européia e o Código Brasileiro de Defesa do Consumidor”. In: *Revista de Direito do Consumidor*, v. 25, p. 57-79. Ver, também, HENDERSON, Kay; POULTER, Alan. The distance selling directive: points for future revision. In: **International Review of Law Computer**, v. 16, n. 3, p. 289-300, 2002.

exemplo *e-books*, músicas e programas de computador. Outra peculiaridade está no fato de o comércio eletrônico permitir que o processo de produção seja acionado logo após a entrada de um pedido, facilitando uma personalização em massa, isto é, a produção de grande quantidade de itens, conforme as necessidades dos respectivos consumidores.

Segundo Turban e King,¹⁷⁷ o comércio por intermédio da Internet representa o aperfeiçoamento do chamado *marketing* direito, tradicionalmente desenvolvido por reembolso postal (catálogos) e telefone (*telemarketing*). A diferença é que nos mercados eletrônicos o contato com os clientes é mais interativo e rico em informações, dada sua natureza bidirecional.

Além da possibilidade de se entregar, de forma praticamente instantânea, produtos digitalizados (como música e *software*), em vez de produtos físicos, sem o inconveniente trabalho administrativo relacionado à entrega física, especialmente em outros países, no comércio eletrônico é possível compatibilizar produtos e serviços com os desejos de consumidores individuais. Dita personalização, também denominada customização, é parte do chamado *marketing* um a um, que trata cada cliente de modo único com a finalidade de

¹⁷⁷ TURBAN, Eram; KING, David. **Comércio eletrônico: estratégias e gestão**. Tradução Arlete Simille Marques. Revisão técnica Belmiro João, Érico Veras Marques. São Paulo: Prentice Hall, 2004. p. 60.

atender às suas necessidades e características.

O fornecedor procura conhecer o perfil do consumidor, desenvolvendo estratégias que incluem desde a solicitação de informações diretamente ao usuário, passando por pesquisas de mercado e histórico de compras, chegando até mesmo a se valer do uso abusivo de programas conhecidos como *cookies*, que registram as preferências dos internautas, traçando-lhe um perfil de consumo.¹⁷⁸ É o que Cláudia Lima Marques identifica como o *revival* da distribuição direta, que provoca um retrocesso na padronização dos produtos, abrindo aos fornecedores a possibilidade de cativar os consumidores mediante a oferta de produtos ainda sequer existentes, mas a serem fabricados conforme as especificações exatas dos desejos dos destinatários.¹⁷⁹

Também os agentes do comércio eletrônico se diferenciam quanto

¹⁷⁸ Abordando a questão da intimidade do cliente bancário, Têmis Limberger destaca o interesse comercial no arquivamento de dados pessoais. Por traduzirem aspectos da personalidade, reveladores do comportamento e preferências do consumidor, de que permitem até mesmo traçar contornos de seu perfil psicológico, os bancos de dados informatizados merecem especial atenção no que tange a responsabilidade dos fornecedores (LIMBERGER, Têmis. O direito à intimidade do cliente bancário. Uma proposta de interpretação conjugando a sistemática constitucional, consumerista e civilista. In: **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**, vol. 48, jul./set. 2002, Porto Alegre, pp. 247-269). A propósito, refira-se, também, TIMM, Luciano Benetti. A prestação de serviços bancários via Internet (*Home Banking*) e a proteção do consumidor. In: **Revista de direito do Consumidor**, São Paulo, v. 38, p. 74-92, abr.-jun. 2001.

¹⁷⁹ LIMA MARQUES, Cláudia. **Confiança no Comércio Eletrônico e a proteção do consumidor: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico**. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2004. p. 116.

ao grau de digitalização. Turban e King distinguem as organizações de tijolo e cimento (totalmente físicas) das chamadas organizações virtuais *on-line* puras, ocorrendo muitas vezes a combinação entre elas, formando as organizações de cliques e cimento, que realizam algumas atividades de *e-commerce*, mas cujos principais negócios são realizados fisicamente.¹⁸⁰

A distinção entre comércio eletrônico parcial e comércio eletrônico puro, assim como organizações virtuais *on-line* puras e organizações de cliques e cimento, deve ser levada em conta para a efetividade de alguns instrumentos voltados para tutela de consumidores.

a) A proteção do consumidor no comércio eletrônico

Identificando como agente econômico mais vulnerável, sobretudo no mercado globalizado, nossa Constituição Federal de 1988 reconheceu o consumidor como um novo sujeito de direitos, cuja defesa deve ser promovida pelo Estado, mediante um regime protetivo especial (Arts. 5º, XXXII, e 170, V

¹⁸⁰ TURBAN, Eraim; KING, David. **Comércio eletrônico: estratégias e gestão**. Tradução Arlete Simille Marques. Revisão técnica Belmiro João, Érico Veras Marques. São Paulo: Prentice Hall, 2004. p. 3.

c/c Art. 48 do ADTC), no caso, a Lei n.º 8.078/90.¹⁸¹

A incidência do Código de Defesa do Consumidor depende da caracterização das partes como consumidor e fornecedor. Considera-se consumidor, na legislação brasileira, “toda a pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”, nos termos do artigo 2º, do Código de Defesa do Consumidor.

Por que o Código de Defesa do Consumidor não define quem se deve considerar como “destinatário final”, desenvolveram-se duas correntes doutrinárias quanto ao campo de aplicação do Código: os finalistas e os maximalistas. Para os primeiros, consumidor seria o não profissional, que adquire (utiliza) um produto para uso próprio e de sua família. Os maximalistas, por sua vez, sustentaram que a definição do artigo 2º deve ser interpretada o mais extensivamente possível, de modo que o “destinatário final” do produto seria aquele que o retira do mercado e o utiliza, não importando a finalidade lucrativa

¹⁸¹ Sobre a importância de se identificar o consumidor como sujeito de direitos especial, escolhido pelo Constituinte para receber um microsistema tutelar legal, veja-se, por todos, LIMA MARQUES, Cláudia. Superação das antinomias pelo diálogo das fontes: o modelo brasileiro de coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 51, 2004, p. 50.

da aquisição.¹⁸²

Hoje, a questão parece não mais ser tão grave, já que o Código Civil de 2002 positivou para todas as relações civis e empresariais, o paradigma da boa-fé,¹⁸³ de modo que a proteção em caso de desequilíbrio flagrante de forças contratuais entre profissionais já não encontra fundamento positivado somente no Código de Defesa do Consumidor.

A partir da entrada em vigor do novo Código civil, Cláudia Lima Marques identifica na jurisprudência uma nova tendência, denominada pela autora como “finalismo aprofundado ou interpretação finalista aprofundada”, porque concentrada na noção de consumidor final imediato (*Endverbraucher*) e de vulnerabilidade (Art. 4º, I). Mesmo quando a relação de consumo é negada, a orientação do Superior Tribunal de Justiça vem sendo no sentido do uso analógico dos direitos presentes no Código de Defesa do Consumidor, a partir da conjugação do conceito de consumidor equiparado com a noção de

¹⁸² Sobre a ampla discussão doutrinária a respeito do conceito de consumidor, veja-se, por todos, LIMA MARQUES, Cláudia. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das declarações contratuais**. 5. ed. atual. e ampl., incluindo mais de 1.000 decisões jurisprudenciais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 302 e seg.

¹⁸³ Código Civil Brasileiro (Lei n.º 10.406/2002): "Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração." ; "Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes"; "Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé".

vulnerabilidade.¹⁸⁴

Especificamente sobre o fenômeno do comércio eletrônico de consumo, também Cesar Viterbo Matos Santolim destaca do regime de proteção ao consumidor no direito brasileiro o princípio da boa-fé objetiva, da proteção da parte vulnerável e solidariedade obrigacional entre os fornecedores,¹⁸⁵ princípios estes que serão a base da construção teórica a seguir sustentada.

Tal orientação, aliás, também se percebe nas recomendações da OECD (Organisation for Economic Co-operation and Development), apresentadas no documento intitulado “Diretrizes sobre a Proteção do Consumidor no Contexto do Comércio Eletrônico” (OECD Guidelines for Consumer in the context of Eletronic Commerce), no qual se destaca exatamente a importância da lealdade nas práticas de *marketing* e publicidade, assim como a necessidade de clareza quanto à identificação e localização dos fornecedores, de informações sobre os empresários, os bens e os serviços, sobre o processo de

¹⁸⁴ Veja-se comentários da autora sobre os REsp. 476428/SC, rel. Min. Fátima Nancy Andrihgi, j. 19 de abril de 2005, e REsp. 660026/RJ, rel. Min. Jorge Scartezini, j. 03 de maio de 2005. In: LIMA MARQUES, Cláudia. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das declarações contratuais**. 5. ed. atual. e ampl., incluindo mais de 1.000 decisões jurisprudenciais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 351-552.

¹⁸⁵ SANTOLIM, Cesar Viterbo Matos. **Os princípios de proteção do consumidor e o comércio eletrônico no direito brasileiro**. 2004. Tese de Doutorado – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, [Inédito], 2004, p. 67.

confirmação de pedidos, a forma de pagamento, a segurança e responsabilidade pelos fornecedores e distribuidores que detêm tais informações, bem como sobre a regulamentação de litígios.¹⁸⁶

No comércio eletrônico existem diversas possibilidades de caracterizar relações de consumo. Seja desde a relação entre usuário e o provedor de acesso à Internet, passando pela contratação de produtos e serviços em *sites* de fornecimento *on-line*, até chegar aos *sites* de intermediação de comércio eletrônico, onde se estabelece uma rede de vínculos entre o *site*, o ofertante e o adquirente. Nesta última hipótese, de fundamental interesse para o escopo do presente trabalho, é possível que a relação entre o ofertante e adquirente não seja necessariamente de consumo, dependendo da natureza da atividade que cada um exerça. Aliás, talvez o principal atrativo do comércio eletrônico por meio de *sites* de intermediação consista exatamente em incrementar as oportunidades de negócios para pessoas que não sejam profissionais, possibilitando-lhes um novo canal de comercialização. Certo, contudo, é que sempre haverá, no mínimo, uma relação de consumo, isto, é aquela entre os internautas e o profissional do *site* de intermediação, que sem dúvida se apresenta como fornecedor do serviço de aproximação entre os usuários, enquadrando-se, portanto, na hipótese artigo 3º,

¹⁸⁶ Ver <<http://www.oecd.org/dataoecd/18/46/34023696.pdf>>. Acesso em: 30 ago.2005.

do Código de Defesa do Consumidor.¹⁸⁷

b) Tempo e espaço dos contratos do comércio eletrônico

Um dos primeiros desafios para o Direito verificados na prática do comércio eletrônico foi a determinação do momento e do lugar de conclusão do contrato. Do ponto de vista jurídico, o comércio eletrônico institui novas dimensões aos contratos entre ausentes, cujo regime legal organizou-se a partir da correspondência epistolar.¹⁸⁸

Os meios telemáticos são instrumentos cuja utilidade se evidencia quando existe distância física entre as partes contratantes. Servem exatamente

¹⁸⁷ Cf. Cláudia Lima Marques: “[...] o Código define fornecedor de bens e serviços, em seu art. 3º, como ‘toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou serviços’. Sendo que como serviço, o § 2º do art. 3 entende também as atividades de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, ficando excluídas apenas as de caráter trabalhista”. Importantíssima a ressalva da autora no que tange ao termo “remuneração”, referido no artigo 3º, do CDC. É que no mercado de consumo, em quase todos os casos, há remuneração do fornecedor, direta ou indireta, como um exame do “enriquecimento” dos fornecedores pelos serviços ditos “gratuitos” pode comprovar. Assim, conforme demonstra autora, estão sob a incidência do dispositivo todos os contratos em que for possível identificar no sinalagma escondido (contraprestação escondida) uma remuneração indireta do serviço de consumo. (LIMA MARQUES, Cláudia. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das declarações contratuais**. 5. ed. atual. e ampl., incluindo mais de 1.000 decisões jurisprudenciais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 394-396)

¹⁸⁸ WALD, Arnoldo. Um novo direito para a nova economia: os contratos eletrônicos e o Código Civil. In: **Direito e Internet: relações jurídicas na sociedade da informação**. GRECO, Marco Aurélio; MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coords.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 17. A propósito, ver FISCHER, Brenno. **Dos Contratos por Correspondência**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: José Rufino, 1956. p. 27-28.

para minimizar uma eventual barreira geográfica no momento de confrontar as manifestações de vontade na contratação, quais sejam, a oferta e a aceitação.

Considera-se concluído o contrato a partir do concurso da oferta e da aceitação. Nos contratos entre presentes, isto ocorre quando o aceitante comunicar ao proponente, que o ouve ou vê, a aceitação da sua proposta.

A proposta ou policitação é uma declaração de vontade dirigida por uma pessoa a outra (com quem pretende celebrar um contrato), por força da qual a primeira manifesta sua intenção de considerar-se vinculada, se a outra parte aceitar.¹⁸⁹ Caracteriza-se, assim, por ser um negócio jurídico unilateral, existindo sua eficácia jurídica independentemente de qualquer aceitação ou ato da outra parte.

A partir da emissão da declaração da vontade, o proponente estará vinculado, mas de forma diferente da que estaria em pleno contrato, pois as obrigações do contrato são de execução e prestação (dar, fazer ou não fazer), enquanto que o dever do proponente é de contratar com o aceitante.¹⁹⁰ Dessa

¹⁸⁹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 39. v. 3.

¹⁹⁰ Ver LIMA MARQUES, Cláudia. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das declarações contratuais**. 5. ed. atual. e ampl., incluindo mais de 1.000 decisões jurisprudenciais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 599 e seg.

forma, diz-se que ela é também receptícia, pois se dirige ao conhecimento de outra pessoa, podendo em certas condições ser revogada.

A aceitação vem a ser a manifestação da vontade, expressa ou tácita, da parte do destinatário de uma proposta, feita dentro do prazo, aderindo a esta em todos os seus termos, tornando o contrato definitivamente concluído, desde que chegue, oportunamente, ao conhecimento do ofertante.¹⁹¹ Quando a contratação se produz entre pessoas distantes geograficamente, como ocorre com a utilização dos meios de comunicação para transmissão das declarações de vontade, fala-se em contratos entre ausentes, dependendo a fixação do momento da celebração do contrato da orientação que o legislador seguir.¹⁹²

Até o momento da conclusão do contrato, cada uma das partes pode retirar o seu consentimento. É com base nesse momento que se averigua a

¹⁹¹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 45.

¹⁹² A propósito, ensina Elsa Dias Oliveira: “São várias as potenciais orientações seguidas pelos diversos países para determinação do momento de celebração do contrato, para determinação do momento em que a declaração negocial, neste caso a aceitação, é considerada eficaz, mas que se podem agrupar em quatro teorias principais: a) teoria da exteriorização ou declaração ou aceitação – de acordo com esta teoria, o momento da celebração do contrato coincide com o momento em que o aceitante exterioriza a vontade de aceitar a proposta; b) teoria da expedição – o contrato considera-se celebrado no momento em que o aceitante envia a sua aceitação; c) teoria da recepção – o contrato considera-se celebrado no momento em que a aceitação chega ao poder do destinatário, quer o proponente tome ou não conhecimento do seu conteúdo; d) teoria do conhecimento ou da informação ou da percepção – contrato considera-se celebrado no momento em que o proponente toma conhecimento, isto é, apreende a declaração de aceitação que lhe foi dirigida.” (OLIVEIRA, Elsa Dias. **A protecção do consumidor nos contratos celebrados através da Internet: contributo para uma análise numa perspectiva material e internacionalprivatista**. Coimbra: Almedina, 2002. p. 117-118)

capacidade das partes para contratar.

O Código Civil Brasileiro de 2002, em seu artigo 428, assim como o Código anterior (Art. 1.081), utiliza como critério para a disciplinar a obrigatoriedade da proposta a presença ou ausência entre as partes. Considera, entretanto, presente a pessoa que contrata por meio de telefone ou por meio de comunicação semelhante.¹⁹³

Navarrete, referindo-se aos contratos eletrônicos, considera que os contratantes não estão presentes na conclusão do contrato, mas diferentemente da contratação entre ausentes por correspondência, na contratação eletrônica pode-se falar em contratação entre ausentes em tempo real.¹⁹⁴ A rigor, a expressão “entre presentes” é utilizada em relação aos contratos formados instantaneamente porque as partes se encontram no mesmo local físico.¹⁹⁵

¹⁹³ Art. 428 - Deixa de ser obrigatória a proposta: I - se, feita sem prazo a pessoa presente, não foi imediatamente aceita. Considera-se também presente a pessoa que contrata por telefone ou por meio de comunicação semelhante; II - se, feita sem prazo a pessoa ausente, tiver decorrido tempo suficiente para chegar a resposta ao conhecimento do proponente; III - se, feita a pessoa ausente, não tiver sido expedida a resposta dentro do prazo dado; IV - se, antes dela, ou simultaneamente, chegar ao conhecimento da outra parte a retratação do proponente.

¹⁹⁴ NAVARRETE, Miguel Ángel Moreno. **Contratos Electrónicos**. Madrid: Marcial Pons, 1999. p. 37.

¹⁹⁵ Interessante é a observação de Ana Paula Gambogi Carvalho sobre a diferença que se faz no direito alemão entre declarações corpóreas e declarações não corpóreas. Conforme explica, tratando-se de uma manifestação corpórea, registrada em um documento escrito, por exemplo, não há grandes diferenças em relação à declaração escrita *inter absentes*, uma vez que os seus efeitos começam a operar também no momento em que o destinatário tem a possibilidade de tomar conhecimento de seu conteúdo. Por outro lado, as declarações não corpóreas, como as transmitidas oralmente, seja

Os contratos “entre ausentes” são aqueles cujo processo de formação se prolonga no tempo, existindo intervalo de tempo entre a proposta e a aceitação. Entretanto, essa terminologia parece já não ser a mais adequada, conforme assevera Orlando Gomes:

*Motivos não há para conservar essa terminologia. Os progressos da técnica dos meios de comunicação permitiram que pessoas separadas por longa distância celebrem contrato como se estivessem frente a frente. Foi necessário recorrer a uma ficção para dar como presentes pessoas que realmente são ausentes. Assim, considera-se presente quem contrata por telefone ou telex. Em verdade o que importa, para distingui-las, é a possibilidade ou não da resposta imediata.*¹⁹⁶

Efetivamente, na contratação por meio telemático, a oferta e aceitação são transmitidas em forma eletrônica (por meio de *bits*) pelas redes de telecomunicações. Disto decorre a possibilidade de existirem tratativas negociais entre pessoas distantes umas das outras (ausentes) sem, no entanto, ocorrer lapso temporal entre uma e outra manifestação de vontade. Isto evidencia, conforme

pessoalmente ou por telefone, recebem um tratamento diferente. Na doutrina alemã entende-se que uma declaração não corpórea se distingue essencialmente de uma registrada por escrito, na medida em que ela se esvai logo que exteriorizada, sem deixar vestígios. Daí que, a fim de diminuir a insegurança quanto ao conteúdo da mensagem não corpórea e de repartir os riscos de sua perda ou modificação com mais equidade, o Direito alemão exige para a eficácia da declaração que o seu conteúdo seja efetivamente conhecido pelo destinatário, adotando, portanto, a teoria da cognição. (CARVALHO, Ana Paula Gombogi. **Contratos via Internet**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 70)

¹⁹⁶ ORLANDO GOMES. **Contratos**. 18. ed. Atualização e notas de Humberto Theodoro Júnior. 1998. p. 68.

apontado por Orlando Gomes, que o critério importante não é propriamente a distância física entre as partes, mas a existência ou não de um lapso temporal entre a oferta e aceitação. Com a massificação do comércio eletrônico, acentua-se esse paradoxo criado pelos meios de comunicação: as partes podem trocar todo tipo de informações de maneira simultânea, como se estivessem frente a frente, independentemente da distância física entre elas.

Foram apontadas três formas básicas de contratação por meios telemáticos: as interpessoais, as interativas e as intersistêmicas. Em todas elas existe distância física entre as partes, mas nem sempre se verifica significativo intervalo de tempo entre a oferta e a aceitação.

Nas contratações interpessoais desenvolvidas basicamente com a utilização do correio eletrônico, de fato existe esse lapso temporal entre a oferta e aceitação. A mensagem eletrônica é enviada ao provedor de acesso, que, por sua vez, a encaminha ao destinatário.

Dessa forma, não há contato direto entre o emissor e o receptor, ou seja, eles estão *off-line*, conforme o jargão da informática. Aplica-se, portanto, o

artigo 434 do Código Civil de 2002,¹⁹⁷ que dispõe, adotando a teoria da expedição, tornarem-se perfeitos os contratos desde que a aceitação é expedida, exceto nas situações arroladas nos incisos I, II e III. Assim, a partir do momento em que o aceitante envia a mensagem eletrônica ao provedor de acesso, considera-se concluído o contrato.¹⁹⁸

Embora não muito comum, existe ainda a possibilidade de contratação interpessoal nas “salas de conversação”. Nesse caso, a comunicação entre as partes é direta, sem defasagem de tempo significativa, porque as duas partes estão *on-line*, isto é, ambas estão conectadas à rede simultaneamente. Assim, tudo se passa como se os contratantes estivessem frente a frente. Nesse caso, não há dificuldade para se estabelecer o momento do contrato. O contrato está concluído no momento da aceitação.

As contratações interativas, por sua vez, são aquelas em que o comprador acessa o *Web Site* do vendedor, encontrando nele ofertas de produtos e serviços. Caso o internauta deseje, por exemplo, comprar algum produto, ele preenche os formulários contidos nas páginas *Web* do fornecedor, informando

¹⁹⁷ Veja-se que, enquanto o Código Civil de 1916 referia-se a contratos por "correspondência epistolar ou telegráfica, o Código Civil atual utiliza a expressão "contratos entre ausentes", um pouco mais adequada às novas formas de contratação à distância.

¹⁹⁸ Sobre a teoria da expedição, ver CARVALHO, Ana Paula Gombogi. **Contratos via Internet**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 81-83.

qual produto deseja, a quantidade, a forma de pagamento, a forma de entrega, etc.

Nesse caso, não há comunicação direta entre o comprador e o vendedor. O vendedor não está necessariamente *on-line*, ele simplesmente hospeda sua página no provedor e, de tempos em tempos, confere os pedidos. Os dados enviados pelo comprador ao vendedor precisam passar pelo provedor de acesso, pois o internauta não se conecta diretamente à *Web*, mas por meio do provedor de acesso. Por essa razão, o contrato realizado nessas condições é também regulado pelas regras para contratação entre ausentes.¹⁹⁹

Hoje no direito brasileiro coexiste o regime da informação e da oferta ao público, previsto no Código Civil de 2002 (art. 429), e o regime da oferta no Código de Defesa do Consumidor (arts. 30 e 35). A antinomia aparente

¹⁹⁹ A propósito, Ana Paula Gombogi Carvalho, referindo-se ao direito alemão, observa que: “A nova fórmula de transações comerciais pela Internet deu causa ao debate se a apresentação de mercadorias e serviços em *homepages* deveria ou não ser avaliada como uma oferta nos termos do § 145 do BGB. As informações constantes de *websites* na Internet dirigem-se, de modo diverso do que ocorre com os *e-mails*, a um grupo indeterminado de pessoas (*ad incertas personas*). Como uma *homepage* pode ser acessada por um número ilimitado de pessoas, o fornecedor de produtos e serviços na Internet expõe-se ao risco de receber mais pedidos do que pode atender. Partindo da premissa de que o risco de um número excessivo de demandas não é controlável pelo fornecedor na Internet, o Direito alemão presume que este não tem a intenção de obrigar-se ao cumprimento de sua oferta, pretendendo, na verdade, verificar primeiramente o seu estoque. Por essa razão, a doutrina alemã dominante espousa o entendimento segundo o qual a apresentação de produtos e serviços na Internet não deve ser tratada como oferta contratual, mas sim como mera *invitatio ad offerendum*, de modo análogo à exposição de mercadorias em vitrines, à publicidade em jornais Btx (Bildschirmtext). Com isso a uma inversão nos papéis: a posição mais gravosa é reservada ao usuário da Internet que, ao efetuar o pedido de um produto mediante a introdução de seus dados pessoais em um formulário e/ou através de um ‘clique’ em um determinado campo da *homepage*, atua como proponente, cuja oferta pode ser ou não aceita pelo fornecedor.” (CARVALHO, Ana Paula Gombogi. **Contratos via Internet**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 37-39)

é solucionada por Cláudia Lima Marques, a partir da noção de “*diálogo sistemático de complementariedade e subsidiariedade*”²⁰⁰, conforme explica a autora:

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

Em resumo, as primeiras continuaram reguladas pelo CDC; já as segundas encontram especial regulação, se ofertas ao público, no art. 429 do CC/2002 que impõe: “A oferta ao público equivale a proposta quando encerra os requisitos essenciais do contrato, salvo se o contrário resultar das circunstâncias ou dos usos”.

²⁰⁰ Sobre o “Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o novo Código Civil: diálogo das fontes”, ver LIMA MARQUES, Cláudia. **Comentários ao código de defesa do consumidor: Arts. 1.º a 74: aspectos materiais**. Cláudia Lima Marques, Antônio Herman V. Benjamin, Bruno Miragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 23-52.

Segue citação:

São dois sistemas diferentes, um sistema geral para as relações entre iguais e um microssistema para as relações desequilibradas, ou entre diferentes, mas apesar das finalidades e dos campos de aplicação subjetivos diferentes, possuem o mesmo princípio (da confiança) e tratam – materialmente – de temas semelhantes. É assim que não haverá antinomia (conflito) real entre as normas, pois os campos de aplicação são diferentes, nem antinomia de princípios e, sim, “diálogo” (ou reflexos) do art. 429 do CC/2002, que regula a chamada “oferta ao público”, revogável excepcionalmente e quando assim o expressa, em relação com o sistema de oferta de consumo, que é, como vimos, vinculante, imperativo, protetivo da confiança despertada nos consumidores, público em geral, e não revogável *ex vi* do art. 30 e 35 do Código de Defesa do Consumidor.²⁰¹

Existem, finalmente, as contratações intersistêmicas, que são as mais indicadas para o uso corporativo, no âmbito do *business to business* (B2B). Os contratantes possuem sistemas aplicativos previamente programados, de modo que as transações econômicas podem ser realizadas com um mínimo de intervenção humana.²⁰²

²⁰¹ LIMA MARQUES, Cláudia. Três tipos de diálogos entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002: superação das antinomias pelo “diálogo das fontes”. In: **Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002: convergências e assimetrias**. PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos; PASQUALOTTO, Adalberto. (Coords.). São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2005.

²⁰² A questão foi analisada, por exemplo, por Ana Paula Gombogi Carvalho, *verbis*: “Ofertas transmitidas ao oblato por meio de *Internet Relay Chat*, ou seja, de forma interativa, devem ser consideradas, como no caso das ofertas feitas por telefone, *inter praesentes*. Contudo, devem ser consideradas *inter absentes* as ofertas transmitidas ao solicitado por *e-mail* ou por ‘clique’ em uma *homepage*, hipóteses que ocorre um lapso temporal significativo entre a exteriorização da oferta e a sua chegada à esfera de

O computador pode servir como auxiliar no processo de formação da vontade. Nesse caso, conforme explica Cesar Viterbo Matos Santolim,²⁰³ a partir da inserção, pelo usuário, de dados e algoritmos que deverão regular genericamente a atividade negocial, é o próprio equipamento quem elabora esses elementos e conduz à conseqüente decisão, transmitindo-a (externando-a) diretamente ao outro contratante.

Delicada, também, é a questão relativa à determinação do lugar de celebração do contrato. Pode-se considerar a contratação entre presentes quanto ao momento de conclusão do contrato, porque, embora havendo distância física, o intervalo de tempo entre a proposta e a aceitação é irrelevante. Ocorre que em alguns casos essa distância física significa que as partes estão sob ordenamentos jurídicos diferentes.

Aliás, a grande atratividade do comércio eletrônico é a facilidade para a compra e venda internacional, o que aumenta o espectro de consumidores e fornecedores,²⁰⁴ valendo lembrar que artigo 9º, da Lei de Introdução ao Código

conhecimento do oblato” (CARVALHO, Ana Paula Gombogi. **Contratos via Internet**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 70)

²⁰³ SANTOLIM, Cesar Viterbo Matos. **Formação e eficácia probatória dos contratos por computador**. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 25.

²⁰⁴ A propósito, VAZ, Patrícia Milano. O consumo internacional através dos provedores de acesso à Internet. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 52, p. 93-129, out.-dez. 2004.

Civil,²⁰⁵ dispõe ser aplicável aos contratos entre ausentes, a lei do proponente.²⁰⁶

Em realidade, o que se verifica em decorrência da Internet é uma nova realidade, na qual os contratantes podem ser considerados presentes quanto ao tempo, mas ausentes em relação ao lugar do contrato, isto é, localizados em lugares físicos distintos.²⁰⁷

Diante dessa circunstância, conclui Santolim:

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.

²⁰⁵ A propósito, veja-se Nádia de Araújo: "Para os contratos celebrados entre ausentes, passa-se à norma do parágrafo segundo (art. 9º, da LICC), utilizando como conexão a lei da residência do proponente. Considera-se *proposta*, nos termos do artigo, não a inicial, mas sim a última versão, na forma da lei brasileira, que adota a teoria da expedição da resposta como momento em que se aperfeiçoa a obrigação nos contratos entre ausentes. A noção de residência também depende da definição do direito brasileiro, servido melhor à mobilidade inerente aos contratos por sua flexibilidade, ao invés do conceito domiciliar, que por sua rigidez apresenta maiores dificuldades"(p. 323). "Na ausência de um local de celebração é preciso definir qual das partes é a proponente, para aplicar-se a regra de sua residência (art. 9º, § 2º). Essa definição é crucial, porque o contrato entre ausentes é situação bastante comum. As questões relativas às regras qualificadoras são sempre regidas pela lei local, utilizando-se a definição do direito brasileiro para determinar o proponente." (ARAÚJO, Nádia de. **Direito internacional privado: teoria e prática brasileira**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 348)

²⁰⁶ A propósito, ver MIRAGEM, Bruno. O conceito de domicílio e sua repercussão nas relações jurídicas eletrônicas: a aplicação da lei no espaço e a internet sob a perspectiva do direito brasileiro. **Revista de Direito Privado**, v. 19, p. 10-45, 2004.

²⁰⁷ SANTOLIM, Cesar Viterbo Matos. **Os princípios de proteção do consumidor e o comércio eletrônico no direito brasileiro**. Tese de Doutorado – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2004. [Inédito]

Segue citação:

A solução tradicional 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). É a alternativa proposta por Marques Gonçalves' 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 tendência em matéria de relações de consumo. Nesta hipótese, o domicílio do consumidor é o determinante da identificação do lugar do contrato.

De fato, nos termos da legislação atual, resta recorrer a presunções para estabelecer o momento e o lugar de celebração dos contratos. Contudo, ainda que se opte pelo regime jurídico mais favorável ao consumidor, no comércio eletrônico a efetividade das regras protetivas acaba comprometida, não apenas pela dificuldade para alcançar fisicamente o fornecedor e demandá-lo em juízo, mas também em razão das próprias características do ciberespaço. Senão vejamos.

b.1) Desterritorialização e atemporalidade no ciberespaço

Segundo Pierre Lévy, a digitalização é o fundamento técnico da virtualidade, que constitui, por sua vez, o traço distintivo da nova face da

informação. É virtual “toda a entidade ‘desterritorializada’, capaz de gerar diversas manifestações concretas em diferentes momentos e locais determinados, sem contudo estar ela mesma presa a um lugar ou tempo em particular”.²⁰⁸

A instantaneidade da informação globalizada aproxima os lugares, torna possível uma tomada de conhecimento imediata de acontecimentos simultâneos e cria, entre lugares e acontecimentos, uma relação unitária na escala do mundo.²⁰⁹

O ciberespaço encoraja um estilo de relacionamento quase independente dos lugares geográficos (telecomunicação, telepresença) e da coincidência de tempos (comunicação assíncrona).²¹⁰ Não chega a ser uma novidade absoluta, pois com o correio (e a escrita em geral) chegamos a ter uma tradição bastante antiga de comunicação recíproca, assíncrona e à distância. O telefone, por sua vez, já nos habituou a uma comunicação interativa.²¹¹

²⁰⁸ LÉVY, Pierre. **Cibercultura**. São Paulo: Editora 34, 1999. p. 46-47.

²⁰⁹ SANTOS, Milton. **Da totalidade ao lugar**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2005. p. 146.

²¹⁰ LÉVY, Pierre. **Cibercultura**. São Paulo: Editora 34, 1999. p. 49.

²¹¹ Conforme Asa Briggs e Peter Burke (Uma história social da mídia, p. 140), a telegrafia foi o primeiro grande avanço da área de eletricidade, tendo sido descrita em 1889 pelo primeiro-ministro britânico, o Marquês de Salisbury, como uma "estranha e fascinante descoberta" com influência direta na "natureza moral e intelectual e nas ações da humanidade, que havia sido reunida em um grande nível, em que se podia ver [sic] tudo o que é feito e ouvir tudo o que é dito, e julgar cada política adotada no

Desde a invenção da escrita,²¹² passando pelo telégrafo, telefone, rádio, televisão até chegar na Internet tem-se a possibilidade de emitir informação para além do espaço e do tempo. Contudo, apenas as particularidades técnicas do ciberespaço permitem que os membros de um grupo se coordenem, alimentem e consultem uma memória comum, quase em tempo real, apesar da distribuição geográfica e da diferença de fusos horários.

Diz-se que o ciberespaço pode proporcionar uma das características mais fundamentais de vida de uma cidade, que é a possibilidade de anulação das distâncias entre os ocupantes,²¹³ mesmo que seja a anulação da distância

exato momento em que os eventos aconteciam.”. Alias, diz-se que, quando da origem do telefone, tal como ocorreria anos depois em relação à Internet, grande era o temor de que a "verdade" pudesse estar ameaçada, daí inclusive a utilização da palavra *phoney*, cujo significado na língua inglesa denota a idéia de falso (BRIGGS, Asa; BURKE, Peter; **Uma história social da mídia: de Gutenberg à Internet**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004. p. 155).

²¹² Ao analisar a evolução da linguagem humana, Robert K. Logan destaca sua relação com o comércio, afirmando não ser surpreendente o fato de que a escrita tenha surgido com os sumérios, por volta do quarto milênio a. C., não como um código destinado a representar a língua falada ou preservar as tradições orais, mas para enumerar e registrar transações comerciais, já que as pessoas, de maneira geral, experimentam maior dificuldade para memorizar informações quantitativas que para lembrar de histórias estruturadas com enredo e ricos personagens (LOGAN, Robert K. **The sixth language. Learning a Living in the Internet Age**. 2. ed. USA: The Blackburn Press, 2004. p. 81).

²¹³ Sobre a alienação do espaço do homem, Milton Santos menciona que, para os povos “primitivos”, a percepção do espaço confundia-se com o espaço social necessário à reprodução de sua vida. Quando a economia se complica, uma dimensão espacial mais ampla se impõe, e o espaço do trabalho é cada vez menos suficiente para responder às necessidades globais do indivíduo: “Sua tarefa não passa de uma parcela ínfima dentro de um processo que interessa a milhares ou a milhões de pessoas, separadas freqüentemente por milhares de quilômetros. A percepção desse grande espaço torna-se, então, fragmentária, enquanto o espaço circundante só explica uma parcela de sua existência.” (Cf. SANTOS, Milton. **Pensando o espaço do homem**. 5. ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2004. p. 28.)

simbólica, pela comunicação sob forma digital.²¹⁴ A Internet tem, portanto, uma geografia própria, constituída de redes e nós,²¹⁵ que processam fluxos de informação gerados e administrados a partir de lugares. O espaço de fluxos resultante é uma nova forma de espaço, característico da chamada “Era da Informação”.

Daí Ricardo Lorenzetti cogitar da possibilidade de as regras jurídicas se desvincularem das noções reais de espaço e tempo.²¹⁶ Nesse sentido,

²¹⁴ Nesse sentido, ver artigo de André Lemos “*Cibercidades*” (In: **As janelas do ciberespaço**. LEMOS, André; PALÁCIOS, Marcos (Orgs.) Porto Alegre: Sulina, 2001, p. 13).

²¹⁵ Kenneth C. Laudon e Jane Price Laudon descrevem a tecnologia da Internet assim: “As redes são a tecnologia da Net. Assim como em outras redes, qualquer coisa que viaja através da Net – e-mail, arquivo de dados, imagens, som – é simplesmente uma série de mensagens eletrônicas. Quando duas redes são interligadas, a rede externa é vista pela rede local apenas como um outro nó da rede. Um nó é um dispositivo componente de uma rede. Uma mensagem sendo enviada para um computador em qualquer lugar do mundo origina um nó em uma rede local e é primeiro transmitida para uma rede *backbone* regional. De lá, uma tabela de roteamento determina a rota para a rede de destino, e a mensagem é enviada para lá. A mensagem atravessa tantas redes *backbone* regionais quantas forem necessárias até alcançar a *backbone* regional à qual a rede local de destino está associada. A mensagem é então transmitida a essa rede local e depois para o nó específico de destino (LAUDON, Kenneth C.; LAUDON, Jane Price. **Sistemas de informação com Internet**. 4. ed. Rio de Janeiro: LTC, 1999. p. 168.).

²¹⁶ Afirma Lorenzetti: “Em inúmeros aspectos, pode chegar um momento em que se prescindia do espaço e do tempo reais e que se os substitua por outras categorias. Nos contratos, [...], o que interessa verdadeiramente é que haja uma maneira segura de atribuir efeitos jurídicos, sendo de menor importância determinar se alguém vive neste lugar ou se esteve nele apenas para a celebração ou para o cumprimento; na *web*, já existem e haverá muitas possibilidades para cumprir esse requisito. O lugar ‘jurídico’ pode ser um nome de domínio que não coincida com o ‘local real’ no qual está efetivamente situado o sujeito. A circunstância de o legislador determinar um conceito de estabelecimento econômico diverso do lugar em que se encontra o centro tecnológico” demonstra claramente a diferença entre um conceito normativo e um conceito empírico. Pode-se adotar uma regra geral de imputação que seja enunciada da seguinte maneira: quem utiliza o meio eletrônico e cria uma aparência de que ele pertença à sua esfera de interesses, assume os riscos de comprovar o contrário” (LORENZETTI, Ricardo. **Comércio eletrônico**. Tradução Fabiano Menke. Notas de Cláudia Lima Marques. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 42)

especialistas em comunicação ²¹⁷ afirmam que, cada transformação midiática altera nossa percepção espaço-temporal,²¹⁸ chegando na contemporaneidade a vivenciarmos uma sensação de tempo real, imediato, “livre”, e de abolição espaço físico-geográfico.²¹⁹

Quanto à influência da informática na relação entre comunicação e tempo, o sociólogo francês Dominique Wolton afirma:

Não há comunicação sem vivência do tempo: do tempo para se falar, para se compreender, para ler um jornal ou um livro, para ver um filme independentemente das questões de deslocamento. Sempre há uma duração em um ato de comunicação. O computador, na seqüência da televisão, que por sua presença nos lares já reduzia os deslocamentos, acentua pela *rapidez* esta idéia de uma possível diminuição das exigências do tempo. Comprimindo-o até quase anulá-lo. Certamente navegar na rede toma tempo, mas existe uma desproporção tamanha entre o volume do que se tem acesso e o tempo percorrido que se entra assim em uma outra escala de tempo. Aliás, a observação dos internautas confirma esta impressão de que estão em um espaço-tempo sem duração. É o esmagamento da duração, este desaparecimento da vivência do tempo inerente a qualquer experiência de comunicação, que causa problemas do ponto de vista antropológico, pois o tempo das novas tecnologias é homogêneo, racional, linear, enquanto o tempo humano é descontínuo e diferenciado. [...]

²¹⁷ Assim, LEMOS, André. *Cibercultura. Alguns pontos para compreender a nossa época*. Doutor em sociologia pela Université René Descartes, Paris V, Sorbonne, e professor adjunto da Faculdade de Comunicação da UFBA. In: **Olhares sobre a cibercultura**. LEMOS, André; CUNHA, Paulo (Orgs.). Porto Alegre: Sulina, 2003.

²¹⁸ Sobre “desterritorialização e espaço virtual”, veja-se LORENZETTI, Ricardo. **Comércio eletrônico**. Tradução Fabiano Menke. Notas de Cláudia Lima Marques. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 29-32.

²¹⁹ Sobre comércio eletrônico e ubiqüidade, veja-se, por todos, JAYME, Erik. **O Direito Internacional Privado do Novo Milênio: a proteção da pessoa humana face à globalização**. [s/l] 2003. p. 89.

Segue citação:

Há uma tal defasagem entre a rapidez dos sistemas de informação e a lentidão da comunicação humana que se almeja encontrar em uma maior presença das máquinas o meio de introduzir um pouco mais de racionalidade nas relações humanas.²²⁰

Essa desproporção de que fala Dominique Wolton entre o volume do que se tem acesso e o tempo decorrido merece particular destaque em se tratando da proteção do consumidor no comércio eletrônico

b.2) Relações contratuais do comércio eletrônico consideradas no tempo

O tempo, conforme destaca François Ost,²²¹ é o elemento decisivo

²²⁰ WOLTON, Dominique. **Internet, e depois? Uma teoria crítica das novas mídias**. Porto Alegre: Sulina, 2003. p. 103-104.

²²¹ O tempo tem papel proeminente na formação do vínculo e na execução do contrato, sobretudo quando se tem em vista o princípio do “respeito às expectativas legítimas de outrem”, simultaneamente fundador e regulador do regime contratual, nas palavras de François Ost, *verbis*: “Mais do que reconduzir o contrato à expressão instantânea de uma promessa subjectiva, apreendemo-lo doravante como um processo temporal contínuo ao longo do qual se estabelece uma interação entre os parceiros: os actos e as palavras de uns gerando as ‘expectativas legítimas’ nos outros, estabelece-se uma confiança recíproca, na base da qual se cristalizará progressivamente uma série de obrigações. São assim evidenciadas, para além da promessa individual e subjectiva, a intersubjectividade produtora da confiança e condicionada pela boa-fé, bem como a inscrição na duração do processo contratual constitutivo de ‘expectativas’ ou de ‘antecipações’ que serão consideradas legítimas e

na economia contratual. O contrato – afirma – é a antecipação do que virá, é o futuro irrevogavelmente comprometido, consistindo nisto sua força específica e também sua função, particularmente econômica.²²² Contudo, da mesma forma que OST afirma ser o contrato “um instrumento de dominação do futuro”, conforme a perspectiva formalista e voluntarista da teoria clássica dos contratos, ele também chama a atenção para as transformações que a doutrina da temporalidade contratual contemporânea vem sofrendo.

Na teoria contratual clássica, considera-se que a auto-determinação das partes é manifestada em um instante de razão, quando os consentimentos se encontram e o ato, do nada normativo, passa instantaneamente à vida jurídica, tornando-se, a partir de então, intangível, ou seja, encerrado na imutabilidade de seus termos e na suposta “intenção comum das partes”. Exceto na hipótese de impossibilidade de execução das obrigações por força maior, o contrato deve ser aplicado, ainda que se tenha tornado inútil ou injusto para os devedores. Em contrapartida, considerando o contrato como um “vínculo vivo” entre as partes

protegidas pelo juiz desde que sejam razoáveis e de bom senso [...] a promessa compromete o futuro se, e apenas se, conseguir apoiar-se numa forma prévia de confiança que ao mesmo tempo regenera e reforça” (OST, François. **O tempo e o direito**. Lisboa: Instituto Piaget, 1999. p. 219). Sobre os tempos do direito em François Ost, a partir das categorias elaboradas por Hannah Arendt - memória, perdão, promessa, requestionamento, ver DURÁN, Juan Carlos. **O Tempo do Direito em François Ost: uma leitura a partir de Hannah Arendt**, 2002. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, RS [Inédito].

²²² OST, François. Tiempo y contrato. Crítica del pacto fáustico. Tradução Victoria Roca. **Doxa** [Publicaciones periódicas], n. 25, 2002. [on-line]. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com>> Acesso em: 21 maio 2005.

que une uma “relação contratual”, fica mais fácil admitir o ajustamento de seus termos em razão de uma imperiosa necessidade.

Essa maior flexibilidade, longe de significar sua vulnerabilidade, confere ao contrato maior capacidade de adaptação e, com isso, melhores oportunidades de sobreviver ao fortuito das circunstâncias. No caso de irregularidade do contrato, será preferível a solução “regularizadora” que mantém o contrato em vigor (p. ex., considerar não escrita a cláusula ilegal), em vez da sanção radical da nulidade total.

A teoria clássica, que contempla o contrato como algo isolado e descontínuo, com um objeto definido que torna presente o que as partes farão no futuro, segundo Ricardo Lorenzetti, necessita de modificações para captar as relações flexíveis que unem as empresas na economia atual e para ter em conta que os vínculos se fazem com perspectiva ao futuro.

Segundo o mestre argentino,²²³ o contrato atual apresenta um objeto vazio, porque em realidade se acordam procedimentos de atuação, regras que unirão as partes e que serão especificadas ao longo do processo de cumprimento.

²²³ LORENZETTI, Ricardo. **Tratado de los contratos**. 2. ed. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores, 2004. p. 48. t. I.

Os vínculos de longa duração²²⁴ têm um caráter processual, no sentido de que o objeto não é uma prestação consistente em um dar ou em um fazer determinado, mas determinável. A fase de negociações já vem recebendo atenção da doutrina, notadamente nas situações prolongadas no tempo e pautadas por acordos parciais, com promessas e cartas de intenções, quando se reconhecem obrigações específicas, como negociar com lealdade, não retirando a oferta de maneira intempestiva, por exemplo.²²⁵

No comércio eletrônico, a perspectiva temporal é inversa. Em razão da dinamicidade do ciberespaço, onde se pode rapidamente percorrer dezenas de *sites*, cujos fornecedores estão localizados fisicamente em lugares distintos, o volume de ofertas observadas pelo consumidor é desproporcional ao tempo necessário para uma efetiva reflexão sobre as conveniências do negócio, estimulado e pressionando decisões instantâneas, com conseqüências que se revelam posteriormente indesejadas. Daí a necessidade de prazos para reflexão, que retardem ou suspendam a perfectibilização do ato, assim como a faculdade

²²⁴ A propósito, veja-se, por todos, a análise de Cláudia Lima Marques sobre o fenômeno dos “contratos cativos de longa duração” (LIMA MARQUES, Cláudia. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das declarações contratuais**. 5. ed. atual. e ampl., incluindo mais de 1.000 decisões jurisprudenciais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 78 e seg.)

²²⁵ Sobre a responsabilidade pré-negocial pela ruptura das tratativas no direito comparado, veja-se MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópicos no processo obrigacional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 494 e seg.

de arrependimento ou os prazos de retratação condicionam sua manutenção.²²⁶

A existência de uma perspectiva temporal peculiar ao ambiente da Internet tende a se revelar, também, como uma dificuldade adicional para a identificação de usos e costumes no âmbito do comércio eletrônico. Em se tratando de compreender o momento em que se verifica a *chegada* da manifestação de vontade, por exemplo, convém ao intérprete avaliar não apenas se as circunstâncias do caso permitiam ao destinatário tomar conhecimento do conteúdo da manifestação de vontade, mas também considerar se, “segundo os usos do tráfico, se perfez o tempo necessário para ultimar a cognição”²²⁷. Tal perspectiva, para Marcos de Campos Ludwig, parece fornecer a ferramenta hermenêutica necessária para que o juiz consiga solucionar de modo eficaz os mais diferentes casos concretos em tempos de contratos eletrônicos celebrados pela Internet.²²⁸

²²⁶ Conforme explica Alberto do Amaral Jr., a busca do consentimento refletido por parte dos consumidores pode ser obtida pelo emprego de duas vias diferentes: “A primeira consiste em estabelecer um prazo de reflexão anterior à formação do contrato, visando a impedir a manifestação precipitada e irrefletida do consentimento. O contrato apenas se formaria ao final do período de reflexão, sempre que não houvesse manifestação do aderente em sentido contrário. A segunda via consiste em conceder ao consumidor um prazo de reflexão após a assinatura do contrato, dentro do qual ele pode liberar-se das obrigações assumidas mediante o exercício do direito de arrependimento.” (AMARAL JÚNIOR, Alberto do **Comentários ao Código de Proteção do Consumidor**. MUKAI, Toshio et. al. (Com.); OLIVEIRA, Juarez de (Org.). São Paulo: Saraiva, 1991. p. 188)

²²⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. v. II, § 223.

²²⁸ LUDWIG, Marcos de Campos. **Usos e costumes no processo obrigacional: fundamentos e aplicação em face do novo código civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 143.

Ocorre que, até o momento, nota-se na prática negocial emergente na Internet uma constante e acelerada dinâmica de inovação nos métodos e nas possibilidades de negociação.²²⁹ Mal o consumidor começa a se habituar com o funcionamento de determinadas negociações típicas do mundo virtual, novas possibilidades de negócio lhe são apresentadas, circunstância que também dificulta sua reflexão sobre a conveniência e os riscos da contratação. Tal característica do comércio na Internet pode retardar a consolidação do que se chama “usos de tráfico” no âmbito da Internet, tão relevante para a interpretação da vontade das partes na celebração de negócios jurídicos.²³⁰

²²⁹ A propósito, Anderson Schreiber: “A era contemporânea caracteriza-se pelo dinamismo, pela constante alteração da realidade e da sua compreensão. O ritmo das transformações tem inegavelmente se acelerado nas últimas décadas. *Internet* e globalização vêm rompendo, com velocidade cada vez maior, os limites espaciais de nossa percepção e nos confrontando, em *tempo real*, com uma variedade incomensurável de acontecimentos e informações. Todos os dias nos chegam novos dados, novas descobertas e novos paradigmas. Com agilidade inédita, nosso cotidiano se transforma, nosso conhecimento se amplia e nossas convicções se alteram. Tais alterações vêm exigir de nós mudanças rápidas de posicionamento, que por conta da própria celeridade da vida contemporânea, não são, em geral, refletidas, digeridas, estudadas. Vêm, antes, acompanhadas de certa superficialidade e de uma inevitável inconstância, produzindo uma sensação generalizada de insegurança e de incerteza nas relações sociais.” (SCHREIBER, Anderson. **A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005 [grifos do original])

²³⁰ Sobre a dogmática dos usos e costumes como fonte como modelo do Direito e a respectiva dogmática no novo Código Civil Brasileiro, veja-se LUDWIG, Marcos de Campos. **Usos e costumes no processo obrigacional: fundamentos e aplicação em face do novo código civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

2.2) A VONTADE NEGOCIAL E A LIBERDADE DE ESCOLHA NO COMÉRCIO ELETRÔNICO DE CONSUMO

Há algumas décadas vem sendo diagnosticado que o consumidor, em suas relações contratuais, é afetado pela falta de transparência no mercado de consumo, responsável pela dificuldade de o adquirente ou utente de bens ou serviços se munir da informação indispensável para uma decisão negocial consciente. Fatores como a variedade e complexidade técnica dos produtos, a difícil perceptibilidade de sua diferenciação qualitativa, a publicidade omnipresente e sugestiva, quando não enganadora, a “pressão para o consumo”, induzida por fatores de ordem psicológica e sociológica, compõe um quadro de insuficiência na capacidade para comparar e avaliar a oferta disponível.²³¹

Tais circunstâncias, agora, agravam-se ainda mais com as contratações por meios telemáticos, nas quais a oferta e a aceitação são manifestadas à distância por intermédio da linguagem do documento eletrônico e em um novo ambiente de relacionamentos: o ciberespaço. Trata-se, portanto, de um novo momento na evolução das técnicas contratuais, decorrente de um complexo sistema de produção e distribuição em massa, cada vez mais global,

²³¹ Assim, RIBEIRO, Joaquim de Souza. **O problema do contrato: as cláusulas gerais e o princípio da liberdade contratual**. Coimbra: Almedina, 2003. p. 365. (Coleção Teses)

que, se por um lado proporciona rapidez, segurança e previsão de riscos às empresas, por outro, agrava os riscos tradicionalmente enfrentados pelos consumidores.

Conveniente, então, revisitar determinadas categorias jurídicas consolidadas em uma realidade diversa, a fim de contribuir para uma reconstrução condizente com as peculiaridades do momento atual. Com efeito, os contratos, que são espécie do gênero negócio jurídico, formam-se pelo encontro de duas declarações de vontade: “uma que oferta, outra que aceita, as quais, expressando consentimento, se entrosam e entram no mundo jurídico”.²³²

Todo o negócio jurídico, ensina Pontes de Miranda, cria relação jurídica,²³³ constituindo ou modificando, ou modificando negativamente (extintividade) direitos, pretensões, ações, ou exceções. O conceito de negócio jurídico, refere o autor, surgiu para abranger os casos em que a vontade humana

²³² Assim, COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p 140-171.

²³³ A propósito, vale lembrar Domingues de Andrade, ao definir relação jurídica, em um sentido amplo, como “toda a situação ou relação da vida real (social) juridicamente relevante (produtiva de consequências jurídicas), isto é, disciplinada pelo Direito” e, em um sentido estrito, como “a relação da vida social disciplinada pelo Direito, mediante a contribuição a uma pessoa (em sentido jurídico) de um direito subjetivo e a correspondente imposição a outra pessoa de um dever ou de uma sujeição.” (ANDRADE, Manuel A. Domingues de. **Teoria Geral da relação jurídica**. Reimpressão original de 1944. Coimbra: Almedina, 1997. v. 1)

pode criar, modificar ou extinguir direitos, pretensões, ações ou exceções.²³⁴ O negócio jurídico, portanto, é o meio que o direito objetivo põe à disposição dos particulares para estes conseguirem por intermédio dele a livre regulamentação das suas relações: é um ato de autonomia privada.²³⁵

Entre os negócios jurídicos, destacam-se os contratos. Para haver contrato, ensina Enzo Roppo ²³⁶, é necessário que uma parte proponha determinado regulamento e que a outra parte o aceite. Assim, o contrato forma-se precisamente quando essa proposta e essa aceitação se encontram, dando lugar àquilo que se chama o consenso contratual.²³⁷

Conforme enfatiza Miguel Reale, no Estado Democrático de Direito, no qual se consagra os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência, “a fonte negocial é um dos canais mais relevantes da revelação do Direito”, não podendo o legislador suprimir o mundo dos contratos, mas tão-somente regulá-lo “na medida dos imperativos da livre coexistência das múltiplas

²³⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954. p. 8. t. III.

²³⁵ Cf. CORREIA, Ferrer. **Erro e interpretação na teoria do Negócio Jurídico**. Coimbra: Almedina, 1985. p. 22.

²³⁶ ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Tradução Ana Coimbra. Coimbra: Almedina, 1988. p. 73.

²³⁷ ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Tradução Ana Coimbra. Coimbra: Almedina, 1988. p. 73.

vontades autônomas concorrentes, tendo como base o bem comum, a começar pelo direito do consumidor, também ele considerado basilar na ordem sócio-econômica [sic]”²³⁸

Autonomia privada e negócio jurídico são hoje, como sempre, meio e instrumento de composição jurídica de interesses de natureza essencialmente privada, mas, diferentemente do que antes acontecia, não são deixados na exclusiva disponibilidade das partes.²³⁹ O instituto do negócio jurídico - ensina Emilio Betti - não “consagra a faculdade de querer no vácuo, como aprez afirmar a certo individualismo, que ainda não foi estirpado da hodierna dogmática”. Contrariamente, ele “garante e protege a autonomia privada na medida em que se destina a servir de assentamento a interesses dignos de tutela, nas relações que lhe dizem respeito”.²⁴⁰

Numa concepção rigorosa de negócio jurídico, liberdade e

²³⁸ REALE, Miguel. **Fontes e modelos do direito: para um novo paradigma hermenêutico**. São Paulo: Saraiva: 1994. p. 73.

²³⁹ PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. Coimbra: Almedina, 1982. p. 24.

²⁴⁰ Afirmava Emilio Betti: “é da competência dos indivíduos determinar, nas relações entre eles, os *escopos práticos* a atingir e as *vias* a seguir para regular os seus interesses; é da competência da ordem jurídica separar e avaliar, de acordo com as finalidades gerais, as categorias de interesses e escopos práticos que os particulares costumam procurar e atingir, prescrevendo para os seus atos as modalidades e os requisitos de validade e de eficácia e ligando a eles situações congruentes, isto é, capazes de traduzir em acto, com a maior aproximação possível, as funções sociais que correspondem àqueles escopos.” (BETTI, Emilio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Coimbra: Coimbra Editora, 1969. p. 167)

autonomia privada, “trazem, em si mesmas o freio e a sanção da auto-responsabilidade por um uso imperfeito delas se faça”.²⁴¹ Entretanto, já vai longe, conforme Manuel A. Carneiro da Frada,²⁴² o tempo em que, na esteira da tradição do jusliberalismo e de sua ordem jurídica assente na conexão entre autodeterminação e auto-responsabilização, toda a transação dos bens ficara tendencialmente irrestrita ao princípio da autonomia privada e da autovinculação negocial,²⁴³ colocando na disponibilidade de cada um o modo de satisfação de suas necessidades de consumidor e produtor. Nesse sentido, Cláudia Lima Marques ensina que a concepção de contrato sofreu uma evolução sensível na sociedade industrializada, de consumo, massificada, com sistema de distribuição em grande quantidade, que despersionalizou o comércio jurídico.²⁴⁴

²⁴¹ BETTI, Emílio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Coimbra: Coimbra Editora, 1969. p. 443. t. II.

²⁴² FRADA, Antônio de Castro Portugal Carneiro da. **Contrato e deveres de proteção**. Coimbra: Separata do Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1994. p. 13. v. xxxviii.

²⁴³ A propósito, afirma Fernando Noronha: “Princípio da autonomia privada é uma expressão que tende a substituir aquela de ‘princípio da autonomia da vontade’, cunhada por Gounot em 1912, para caracterizar a concepção individualista e liberal que ao seu tempo imperava. [...] Esta concepção radicalmente voluntarista está em crise. Atualmente, reconhece-se que nas obrigações contratuais o fundamental não é a vontade das partes, mas apenas saber-se que o ordenamento jurídico atribui a estas o poder de auto-regulamentarem os seus interesses e relações, na esfera privada.” (NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé e justiça contratual**. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 111)

²⁴⁴ Sobre a renovação da teoria contratual, veja-se, por todos, LIMA MARQUES, Cláudia. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das declarações contratuais**. 5. ed. atual. e ampl., incluindo mais de 1.000 decisões jurisprudenciais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

Nas relações contratuais entre empresas e consumidores passaram a predominar as novas técnicas de pré-elaboração unilateral de conteúdo do contrato, como, por exemplo, os contratos de adesão e as condições gerais dos contratos.²⁴⁵ É nesse contexto da contratação em massa, segundo alguns autores, dramatizado pela chamada “crise da pós-modernidade”,²⁴⁶ que está inserida a contratação por meios telemáticos e, conseqüentemente, o comércio eletrônico de consumo.

a) A peculiar vulnerabilidade do consumidor na Internet

A Internet e a *World Wide Web* estão criando novas oportunidades para que os empresários aumentem suas vendas, comercializando seus produtos com maior eficácia. O uso dessa tecnologia, contudo, também suscita questões éticas sérias.²⁴⁷

Se a tecnologia da informação trouxe enormes benefícios para a

²⁴⁵ Ver, a respeito, LÔBO, Paulo Luiz Neto. **Condições gerais dos contratos e cláusulas abusivas**. São Paulo: Saraiva, 1991.

²⁴⁶ Em face do surgimento da chamada pós-modernidade, Erik Jayme destaca a necessidade de não apenas de realizar-se a crítica das categorias conceituais jurídicas vigentes na modernidade, mas fundamentalmente de empreender-se a reconstrução conceitual dessas categorias (In: *Visões para uma teoria pós-moderna do direito comparado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999). A propósito, veja-se, também, GHERSI, Carlos Alberto. **La posmodernidad jurídica – una discusión abierta**. Buenos Aires: Gowa, 1995.

²⁴⁷ LAUDON, Kenneth C.; LAUDON, Jane Price. **Sistemas de informação com Internet**. 4. ed. Rio de Janeiro: LTC, 1999. p. 41.

circulação econômica, com a possibilidade de se contratar a qualquer tempo, em qualquer lugar, no espaço público ou privado, nacional ou internacionalmente,²⁴⁸ também não se pode deixar de considerar que, no caso das relações de consumo, existe sobre o consumidor um controle informacional, técnico e de linguagem pelo fornecedor que organiza a cadeia de fornecimento por Internet.²⁴⁹

a.1) O agravamento da vulnerabilidade do consumidor

O desenvolvimento pleno do comércio eletrônico esbarra na falta de efetividade quanto ao cumprimento dos contratos celebrados por meios telemáticos, tendo em vista que o consumo na Internet ainda é repleto de incertezas.²⁵⁰ Não bastasse o fato de o consumidor encontrar dificuldade para identificar com segurança aquele que apresenta do outro lado da tela, nos negócios jurídicos de consumo à distância pela Internet utiliza-se uma nova linguagem,²⁵¹ que é visual, fluida, rápida, agressiva, pseudo-individual e

²⁴⁸ LORENZETTI, Ricardo. **Comércio eletrônico**. Tradução Fabiano Menke. Notas de Cláudia Lima Marques. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 44 e seg.

²⁴⁹ LIMA MARQUES, Cláudia. Apresentação ao livro de Fabiano Menke. In: MENKE, Fabiano. **Assinatura Eletrônica: aspectos jurídicos no direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 20.

²⁵⁰ VAZ, Patrícia Milano. O consumo internacional através dos provedores de acesso à Internet. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 52, p. 97 e 106, out.-dez. 2004.

²⁵¹ Vale referir os estudos do canadense Robert K. Logan, “Prof. of Physics”, Universidade de Toronto, autor da obra “*The sixth language. Learning a Living in the Internet Age*” 2. ed., 2004, exatamente a respeito das conseqüências da utilização do computador e da Internet na comunicação e processamento de informações. Tal autor observa que o computador e a Internet são as invenções mais recentes de uma longa série de tecnologias destinadas a comunicar, narrar, recuperar e processar a

massificada, conforme observa Cláudia Lima Marques, circunstância esta que impõe sérios desafios para o Direito Privado, em especial para o Direito do Consumidor.²⁵²

A imensidão e complexidade do universo de informações constituído pela Internet pode ser ilustrada comparando o ambiente formado pela rede com a biblioteca descrita por Jorge Luis Borges no célebre conto “A Biblioteca de Babel” (1941), em cujo número indefinido, e talvez infinito de galerias hexagonais, distribuídas de forma invariável, encontrar-se-iam todas as combinações de tudo que é dado expressar, em todos os idiomas, inclusive milhares e milhares de catálogos falsos.

Com o uso de computadores interligados em redes globais, forma-se “na ponta de nossos dedos” um espaço de dados com uma linguagem visual e complexa, assim descrito por Howard Rheingold.

Segue citação:

informação A partir do uso dessas novas tecnologias, sustenta o surgimento de não apenas duas novas formas de linguagens, mas de uma alteração na própria concepção de linguagem.

²⁵² LIMA MARQUES, Cláudia. **Confiança no Comércio Eletrônico e a proteção do consumidor: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico**. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2004. p.46. Veja-se, também, MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Código de defesa do consumidor: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade e nas demais práticas comerciais**, 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 2001.

O território que vemos através da janela ampliada do nosso novo veículo não é a paisagem habitual de planícies, árvores e oceanos, mas uma paisagem de informação cujos marcos são palavras, gráficos, imagens, conceitos, parágrafos. De início o efeito é vertiginoso. Nas palavras de Doug, todos os nossos velhos hábitos de organizar a informação são ‘detonados’ pela exposição a um sistema que tem por modelo não lápis ou máquinas impressoras, mas o modo como a mente humana processa a informação.²⁵³

Efetivamente, trata-se de um meio de comunicação que emprega uma nova linguagem, parcialmente substitutiva das linguagens chamadas naturais. Daí novamente lembrar McLuhan, quando observava que os meios de comunicação não afetam apenas os padrões sociais, mas também afetam diretamente a psique e as maneiras de pensar e apreender das pessoas.

A célebre fórmula de McLuhan “o meio é a mensagem”, para Baudrillard, significa que a verdadeira mensagem transmitida pelos novos meios de comunicação, descodificada e “consumida” inconsciente e profundamente, não é o conteúdo manifesto dos sons e imagens, “mas o esquema constrangedor, ligado à essência técnica dos meios de comunicação, de desarticulação do real em signos sucessivos e equivalentes”. Afirma o autor:

Existe como que uma lei de inércia tecnológica pela qual, à medida que a notícia se aproxima do documento verdade, da transmissão 'direta', mais se afoga o real com a cor e o realce, etc., aprofundado, de aperfeiçoamento para aperfeiçoamento técnico, a ausência do real do mundo; mais se impõe a 'verdade' da TV ou rádio – segundo a qual cada mensagem tem como função primordial recambiar para outra mensagem [...]. É evidente que o conteúdo nos esconde quase sempre a função real do meio de comunicação. Apresenta-se como a mensagem quando a mensagem real, cujo respeito o discurso manifesto não passa talvez de conotação, é a mudança estrutural (de escala, de modelos e de hábitos) operada com profundidade nas relações humanas. Em termos grosseiros, a 'mensagem' do caminho de ferro não é o carvão ou os passageiros que transporta, mas uma visão do mundo e um novo estatuto das aglomerações, etc. A 'mensagem' da TV não são as imagens que transmite, mas os novos modos de relação e de percepção que impõe, a mudança das estruturas tradicionais da família e do grupo. Indo ainda mais longe: no caso da TV e dos modernos 'mas media', o que é recebido, assimilado e 'consumido' não é tanto o espetáculo quanto a virtualidade de todos os espetáculos.²⁵⁴

Para a proteção do consumidor no comércio eletrônico é preciso destacar o fato de que cada meio de comunicação cria uma alteração sensorial e conseqüentemente um novo estilo cognitivo.²⁵⁵

²⁵³ RHEINGOLD, Howard. Tools for Thought In: JOHNSON, Steven. **Cultura da Interface: como o computador transforma nossa maneira de criar e comunicar**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001. p. 22.

²⁵⁴ BAUDRILLARD, Jean. **A sociedade de consumo**. Lisboa: Edições 70, 1995. p. 128.

²⁵⁵ Neste sentido, veja-se, por todos, Cláudia Lima Marques: “Nesta quinta edição, tenho chamado a atenção para a importância da aparência, da comunicação e da informação, neste nosso mundo de consumo cada vez mais visual, rápido e de risco. O que caracteriza o consumidor é justamente seu déficit informacional, pelo que não seria necessário aqui frisar este *minus* como uma espécie nova de vulnerabilidade, uma vez que já estaria englobada como espécie de vulnerabilidade técnica. Hoje,

As culturas pré-literárias desenvolveram-se em um mundo acústico onde toda informação era processada simultaneamente em tempo real. Nas sociedades literárias, por sua vez, desenvolveu-se uma tendência visual na percepção, porque a literatura envolve o uso da aptidão visual, para processar a informação de maneira seqüencial e linear letra por letra ou palavra por palavra. Com a disseminação da informação eletrônica, novos sentidos emergiram graças à interação do visual com o acústico.²⁵⁶

Tais considerações são relevantes uma vez que se leva em conta o papel fundamental da percepção no processo de elaboração de um negócio jurídico, como destaca Manuel da Cunha Carvalho:

No processo de elaboração de um negócio jurídico, o papel fundamental da percepção reside no aspecto de auxiliar o declarante, em face do interminável campo das imagens conservadas na sua consciência, na tarefa de escolher, entre todas aquelas, quais se converterão nos motivos determinantes de sua declaração de vontade. Afinal, a percepção outra coisa não é senão uma seleção. Por meio dela o declarante delinea as circunstâncias de fato ou de direito decisivas na formação de sua vontade negocial.

Segue citação:

porém, a informação não falta, ela é abundante, manipulada, controlada e, quando fornecida, nos mais das vezes, desnecessária” (LIMA MARQUES, Cláudia, **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das declarações contratuais**. 5. ed. rev. atual. e ampl., incluindo mais de 1.000 decisões jurisprudenciais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 329).

Ela na verdade elimina, por exclusão, as imagens daqueles motivos sobre os quais não teria qualquer pretensão bem como tudo quanto não interessa às necessidades da imagem particular por ele idealizada do negócio almejado. Assim agindo, o declarante delimita o campo de ação possível a respeito da manifestação de sua vontade negocial. De tudo isso resulta demonstrada a circunstância de o processo seletivo desencadeado pela percepção anteceder a manifestação da vontade. E mais ainda: o erro, enquanto vício da vontade, implica em última análise a ocorrência de uma errônea percepção.” (p. 130).²⁵⁷

Um modelo digital, afirma Pierre Lévy, não é lido ou interpretado com um texto clássico. Ele geralmente é explorado de forma interativa. Contrariamente à maioria das descrições funcionais sobre papel ou aos modelos reduzidos analógicos, o modelo informático é “essencialmente plástico, dinâmico, dotado de uma certa autonomia de ação e reação”.²⁵⁸ Os fornecedores freqüentemente acabam tirando proveito inapudado dos consumidores para perceber de forma efetiva as informações veiculadas por meio desse novo meio.

Nesse sentido, afirma Steven Johnson, *verbis*:

²⁵⁶ Cf. LOGAN, Robert K. **The sixth language. Learning a Living in the Internet Age**. 2 ed. USA: The Blackburn Press, 2004. p. 17.

²⁵⁷ CARVALHO, Manuel da Cunha. Percepção e manifestação de vontade: relação com os direitos de personalidade na era tecnológica. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 8, p. 130, out.-dez. 2001.

²⁵⁸ LÉVY, Pierre. **As tecnologias da inteligência: o futuro do pensamento na era da informática**. 1. ed. São Paulo: Editora 34, 1993. p. 121.

Pode-se ganhar um bom dinheiro com a desorientação, assim como com as técnicas de arranjo de vitrine e de “compra por impulso” aperfeiçoadas nas primeiras lojas de departamentos do final do século XIX. Um ambiente de compras bem-sucedido é aquele que nos confunde, que nos desorienta, que nos mantém caminhando – já que mais caminhada acarreta maior exposição a mercadorias que podemos de repente ser compelidos a comprar.²⁵⁹

Com o tremendo número de *sites* à disposição e a enorme quantidade de pessoas navegando na *Web* todos os dias, fica difícil organizar informações e decidir onde clicar. Ronaldo Porto Macedo Júnior, questionando até que ponto o mero aumento de informação serve atualmente de elemento para a efetiva ampliação do poder decisório do consumidor ou o aumento de sua consciência no momento em que atua no mercado, afirma que estudos sobre o conceito de racionalidade limitada e sobrecarga da informação têm evidenciado que a equação “maior informação = maior capacidade de decisão consciente (e, portanto, livre) freqüentemente não corresponde à realidade”.²⁶⁰

Se, de modo geral, o desenvolvimento de mecanismos diferenciados para despertar a atenção dos consumidores potenciais tem sido uma

²⁵⁹ JOHNSON, Steven. **Cultura da Interface: como o computador transforma nossa maneira de criar e comunicar**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001. p. 37.

tônica por parte dos fornecedores de bens e serviços,²⁶¹ na Internet a possibilidade de direcionamento da mensagem publicitária é maximizada, como ocorre, por exemplo, quando o fornecedor analisa o comportamento de compra de um determinado Internauta, a partir de um cadastro próprio ou de terceiros, para lhe enviar periodicamente mensagens sobre exatamente os produtos de seu interesse, valendo-se, ainda, das chamadas janelas *pop-up*, isto é, peças publicitárias que se destacam do navegador, invadindo o campo visual do usuário, sem permissão e aviso.²⁶² Por isso, algumas pessoas chegam a usar filtros da *Web* para remover trilhas sonoras e outras distrações dos *sites* que encontram. Tanto é complexa a seleção de informações na Internet que um novo tipo de demanda negocial está crescendo.

Cada vez mais se observa a figura do “cibermediador”, que atua como um intermediário ajudando a filtrar e organizar informações no mercado *on-line*, de modo que os consumidores possam identificar e avaliar alternativas de forma mais eficiente. Os cibermediadores, então, assumem diferentes formas: diretórios e portais (reúnem grande variedade de *sites* diferentes), avaliadores de *sites* (reduzem o risco dos consumidores revisando *sites* e recomendando os

²⁶⁰ MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. Privacidade, mercado e informação. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 31, p. 14, jul.-set. 1999.

²⁶¹ Assim, PEZZELLA, Maria Cristina Cereser. **A eficácia jurídica do consumidor: o poder do jugo na publicidade: um estudo de caso**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004. p. 68.

melhores); fóruns, fã-clubes e grupos de usuários (propiciam grupos de discussões sobre produtos para auxiliar os clientes a peneirar as opções); intermediadores financeiros (autorizam pagamentos de comprador para vendedor); agentes inteligentes (programas que usam tecnologias de filtragem colaborativa para conhecer o comportamento passado do consumidor a fim de recomendar novas compras).²⁶³

b.2) A comunicação por meio da interface gráfica e na forma de hipertexto

Aprofundando o estudo sobre a interação entre o universo da informação digital e o mundo ordinário chega-se à noção de interface.²⁶⁴ A palavra interface refere-se a *softwares* que dão forma à interação entre usuário e computador. A interface atua como uma espécie de tradutor, mediando as duas partes, tornando uma sensível a outra. Segundo Steven Johnson, é uma maneira de mapear e orientar, por intermédio de metáforas, esse novo e desnorteante

²⁶² A propósito, EREMBERG, Jean Jacques. **Publicidade Patológica na Internet à luz da legislação brasileira**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003. p. 37 e 43.

²⁶³ SOLOMON, Michael R. **O comportamento do consumidor: comprando, possuindo e sendo**. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2002. p. 221.

²⁶⁴ Ver CARVALHO, Manuel da Cunha. Da manifestação de vontade na interface gráfica do usuário à idéia de posse no ciberespaço. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 11, jul.-set. 2002.

território formado pelas redes de computadores, o espaço-informação.²⁶⁵

Nos contratos documentados pela escrita tradicional, já se constatou a dificuldade de compreensão por parte do consumidor, tanto que o artigo 46 do CDC estabelece não serem obrigatórios os contratos cujos instrumentos “forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance”. Diante dessa nova realidade no comércio por meio da Internet, deve-se atentar para o fato de que cada forma de escrever proporciona novas formas de leitura e torna outras menos operantes, mudando a maneira como entendemos o conhecimento e alterando hábitos de pensamento.²⁶⁶

Com o computador, observa-se uma outra forma de pensar mais telegráfica e modular, não-linear e maleável, que torna menos nítidos os limites entre o pensar e o escrever, já que por meio dos processadores o ato mecânico de digitar um texto tende a acompanhar a criação e a elaboração deste mesmo texto, acrescentando, interrompendo ou eliminando frases num ritmo próximo ao ritmo

²⁶⁵ JOHNSON, Steven. **Cultura da Interface: como o computador transforma nossa maneira de criar e comunicar**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001. p. 17-33.

²⁶⁶ Assim, Marshall McLuhan: “Como qualquer outra extensão do homem, a tipografia provocou conseqüências psíquicas e sociais que logo alteraram os limites e padrões de cultura. Fundindo – ou confundindo, como diriam alguns – os mundos clássico e medieval, o livro impresso criou um terceiro mundo, o moderno, que agora ingressa numa nova era de tecnologia elétrica – uma nova extensão do homem. Os meios elétricos de transmissão da informação estão alterando a nossa cultura tipográfica tão nitidamente quanto a impressão modificou o manuscrito medieval e a cultura escolástica”. (MCLUHAN, Marshall. **Os meios de comunicação como extensões do homem**. São Paulo: Cultrix, [s/ data]. p.196)

do ato de pensar.²⁶⁷ Assim, para a proteção do consumidor, no comércio eletrônico é importante uma atenção especial quanto à utilização do hipertexto na celebração de contratos.

Segundo Landow, a expressão hipertexto foi cunhada por Theodor H. Nelson, nos anos sessenta, referindo-se a um tipo de texto eletrônico, a uma tecnologia informática radicalmente nova e, ao mesmo tempo, a um modo de edição, constituído a partir de séries de blocos de palavras e/ou imagens conectados entre si por nexos, possibilitando diferentes itinerários para o leitor. Embora os hábitos de leitura convencionais continuem válidos, entram e vigor novas regras e experiências.²⁶⁸

Sabe-se que, em princípio, o negócio jurídico é um ato vinculativo irrevogável, que não comporta arrependimentos, retificações ou retrocessos. A questão que se coloca, contudo, é saber se as declarações de vontade do consumidor no ciberespaço devem receber do direito tratamento idêntico àquelas das contratações tradicionais.

²⁶⁷ Assim, DIAS, Maria Helena Pereira. **Hipertexto – O labirinto eletrônico. Uma experiência hipertextual.** Tese de Doutorado defendida em 17 de fevereiro de 2000, na Universidade Estadual de Campinas, Faculdade de Educação. Disponível em: <<http://www.unicamp.br/~hans/mh>>. Acesso em: 19 ago. 2004.

²⁶⁸ LANDOW, George P. **Hipertexto: la convergencia de la teoría crítica contemporánea y la tecnología.** Barcelona: Paidós, 1995. p. 15.

b) A vontade na teoria do negócio jurídico

Elemento fundamental do negócio jurídico é a vontade que, manifestando-se corretamente por meio de sua declaração, produz o nascimento, a modificação ou a extinção das relações jurídicas.²⁶⁹

O contrato, como se sabe, resulta do encontro ou da fusão de declarações de vontades, notadamente a proposta e a aceitação, que podem, em princípio, ser expressas de qualquer modo: com palavras escritas, com palavras faladas, até com um comportamento concludente que prescindia das palavras. Exige-se apenas que o modo de expressão, escolhido pelo declarante, manifeste ao destinatário, de modo adequado e por ele inteligível, a vontade de concluir o contrato e conteúdo que a este se tenciona dar.²⁷⁰

Tem-se como declaração de vontade, portanto, “todo o comportamento de uma pessoa (em regra, palavras escritas ou faladas ou sinais) que, segundo os usos da vida, convenção dos interessados ou até, por vezes,

²⁶⁹ Assim, AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 5. ed. rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 497. Sobre negócio jurídico, ver, por todos, AZEVEDO, Antônio Junqueira. **Negócio jurídico: Existência, validade e eficácia**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. Ainda, ABREU FILHO, José. **O negócio jurídico e sua teoria geral**, 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

²⁷⁰ ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Tradução Ana Coimbra. Coimbra: Almedina, 1988. p. 96. A propósito, veja-se FRADERA, Vera Jacob de. **O valor do silêncio no novo Código Civil**. Aspectos

segundo disposição legal, aparece como destinado (direta ou indiretamente) a exteriorizar um certo conteúdo de vontade negocial, ou em todo o caso o revela e traduz”.²⁷¹ A declaração de vontade é constituída por dois elementos: o elemento externo (declaração propriamente dita; vontade declarada) e o elemento interno (substrato da declaração; vontade real). Em regra, a vontade declarada coincide com a vontade interna. Mas pode, excepcionalmente, haver divergência entre os dois elementos, entre a vontade real e a declarada, por falta ou desvio em algum dos sub-elementos em que se desdobra a vontade real.²⁷²

Cedição que na ciência jurídica do século XIX a autonomia da vontade era a pedra angular do Direito, dela decorrendo o nascimento de direitos e obrigações oriundos da relação jurídica contratual.²⁷³ A tradição do jusliberalismo e de sua ordem jurídica estava assentada na conexão entre autodeterminação e auto-responsabilização, concebendo todo o direito das

controvertidos do novo Código Civil, escrito em homenagem ao Ministro José Carlos Moreira Alves. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 569-582.

²⁷¹ Assim, ANDRADE, Manuel A. Domingues de. **Teoria Geral da relação jurídica**. 7. reimpressão. Coimbra: Almedina, 1992. p. 122. v. II

²⁷² ANDRADE, Manuel A. Domingues de. **Teoria Geral da relação jurídica**. 7. reimpressão. Coimbra: Almedina, 1992. p. 149

²⁷³ Assim, LIMA MARQUES, Cláudia. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das declarações contratuais**. 5. ed. atual. e ampl., incluindo mais de 1.000 decisões jurisprudenciais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 51.

obrigações polarizado em torno de uma dualidade contrato/delito.²⁷⁴

Contudo, conforme já alertava Orlando Gomes, no clássico *Transformações Gerais no Direito das Obrigações*, o “princípio da fidelidade do contrato” perdeu a rigidez com que se expressava na locução *pacta sunt servanda*, uma vez que sua interpretação literal conduzia a situações manifestamente injustas, incompatíveis com a equidade e outros princípios jurídicos.²⁷⁵ Sem a pretensão de confrontar a rica temática acerca do papel da vontade no negócio jurídico²⁷⁶ à realidade do comércio eletrônico,²⁷⁷ desafio digno de um trabalho específico, impõe-se referir que um dos temas clássicos na doutrina do século XIX foi exatamente a relação entre a vontade e a declaração

²⁷⁴ FRADA, Antônio de Castro Portugal Carneiro da. **Contrato e deveres de proteção**. Coimbra: Separata do Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1994. p. 13.

²⁷⁵ ORLANDO GOMES, **Transformações gerais no direito das obrigações**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1967. p. 45.

²⁷⁶ A luta acerca da obrigatoriedade do contrato em razão da vontade e da declaração foi assim resumida por Radbruch: “A concepção jurídico individualista exige que, de um lado, contratos *tão-somente* obriguem até onde a vontade contratual chegue (teoria da vontade), mas que, de outro, contratos também sempre obriguem, até onde a vontade contratual alcance (liberdade contratual). A concepção social do direito contrapõe a essa doutrina outras duas proposições: que o contrato não só pode obrigar até onde alcança a vontade, mas até onde alcança a confiança da outra parte na declaração (teoria da declaração), e que os contratos também não são absolutamente obrigatórios até onde alcance a vontade, mas que, por várias razões, podem até mesmo ser não obrigatórios” (RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 214.)

²⁷⁷ Veja-se, por todos, a discussão entre Natalino IRTI (*Scambi senza accordo*, Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, ano LII, n. 2, p. 347-364, 1998, e *È vero ma...*, Rivista di Diritto Civile, n.º 2, anno XLV, p. 273-278: 1999) e Giorgio OPPO (*Disumanizzazione del Contratto?*, Rivista di Diritto Civile, Padova, n. 5, p. 525-533, 1998).

de vontade.²⁷⁸

Na história do negócio jurídico, segundo Paulo da Mota Pinto,²⁷⁹ talvez a mais profunda controvérsia tenha sido aquela centrada em conceber o instituto como um ato de vontade, concordante com a sua declaração, ou como um ato objetivo e exterior, sem a necessidade de uma vontade dos efeitos.²⁸⁰

²⁷⁸ DÍEZ-PICAZO, Luis. **Tratado del Derecho Civil Patrimonial**. 5. ed. Madrid: Editorial Civitas, 1996. p. 152.

²⁷⁹ MOTA PINTO, Paulo. **Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico**. Coimbra: Almedina, 1995. p. 19.

²⁸⁰ A propósito, vale transcrever Sílvio Rodrigues, sintetizando a controvérsia: “A teoria da vontade real, prestigiando a intenção das partes, visa a proteger o autor da declaração, permitindo o desfazimento do ato quando sua forma externa não representa a vontade do agente. Mas esta posição é uma posição excessivamente individualista, que destoa, talvez, da vocação do direito atual. este parece mais preocupado com o bem do número maior, e a ampliação da idéia de ordem pública, ou o fastígio da noção de abuso de direito, entre outros fatores, de um certo modo revelam tal tendência. Reagindo contra a teoria da vontade real, a teoria da declaração atinge extremo oposto, pois tem em vista assegurar, de preferência, proteção ao destinatário daquela. Desconsidera a vontade, para ater-se ao reflexo externado, almejando garantir a estabilidade das relações negociais. A declaração, uma vez externada, separa-se da vontade de quem a emite, da mesma forma que a lei, depois de publicada, fica independente da vontade do legislador. Julgar-se-á a declaração com objetividade, depois de devidamente interpretada; tal interpretação não visa descobrir o que seu autor eventualmente queria, mas a apurar a maneira como uma pessoa normal, de acordo com os princípios da boa-fé, a entenderia. Repare-se que esta teoria (da declaração) representa um passo audaz na fuga à concepção individualista, rumo a um entendimento, digamos, mais socializante; o interesse da comunidade preferindo ao do indivíduo; a segurança das relações sociais sobrepondo-se ao querer de um só. [...] Uma reação contra o extremismo da teoria da declaração, que, desatendendo à vontade, representa um desprezo àquele fator elementar, no conceito de ato jurídico, é a teoria da responsabilidade. Por ela, o erro justificaria a promoção da nulidade, só quando quem nele incorreu se houvesse comportado sem dolo, nem culpa, agindo na melhor boa-fé. Mas dentro desta teoria, que representa apenas mais uma atenuante à vontade real, a parte a quem se destina a declaração fica desprotegida e corre o risco de ver desfazer o negócio em que legitimamente confiou, apenas porque o emissor da declaração incidiu em erro, ainda que de boa-fé. O recuo, representado pela teoria da responsabilidade, também se mostra, assim, insuficiente para assegurar a estabilidade das relações sociais; no fundo, embora coerente com o conceito de ato jurídico, a teoria da responsabilidade pode instalar uma desconfiança geral e, portanto, uma ameaça ao próprio ato jurídico. Em matéria de erro – onde o problema se propõe com maior intensidade, se não exclusivamente – a solução foi determinar que ele só seria causa de anulação do contrato quando, além de essencial, fosse reconhecível pelo outro contraente. Aqui se nota mais, uma vez, o abandono daquela posição individualista original, em atenção ao

Segundo Orlando Gomes, as concepções sobre negócio jurídico estão divididas em duas correntes principais: a “voluntarista” e a “objetiva”, que tomam como elemento central, respectivamente, a gênese do negócio jurídico (vontade) ou sua função (produção de uma norma jurídica concreta).²⁸¹ As definições voluntaristas são dominantes na doutrina Brasileira e se caracterizam pelo pressuposto básico de que a vontade dos efeitos (jurídicos ou práticos) é o que caracteriza o negócio jurídico, enquanto que as concepções objetivas consideram o negócio jurídico mais um meio concebido pelo ordenamento jurídico para produção de efeitos jurídicos que propriamente um ato de vontade.

282

Antônio Junqueira de Azevedo critica ambas. As concepções voluntaristas, por ora abrangerem mais do que o definido e ora deixarem de abranger todo o definido, como ocorre em relação aos atos lícitos não negociais, realizados por alguém que deseja exatamente os efeitos que a lei prevê, e na hipótese de conversão substancial, na qual o negócio que dela resulta não era

interesse geral. Se a declaração diverge da vontade, o ato será válido ainda que sem consentimento, se o defeito que o vicia é insuscetível de ser reconhecido pelo outro contratante. E a chamada teoria da confiança (do *affidamento*), a qual está para a teoria da declaração, como a da responsabilidade está para a da vontade.” (RODRIGUES, Silvio. **Dos vícios do consentimento**. São Paulo: Saraiva, 1979. p. 11-13)

²⁸¹ ORLANDO GOMES, **Introdução ao direito civil**. 3. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1971. p. 249.

²⁸² Assim, AZEVEDO, Antônio Junqueira. **Negócio jurídico: Existência, validade e eficácia**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 4-14.

previsto nem querido pelas partes. As concepções objetivas porque, voltadas para os efeitos do negócio, deixam de abranger os negócios nulos.²⁸³ Formula, em contrapartida, uma definição voltada para o ponto de vista estrutural, que não se preocupa em saber como o negócio surge, tampouco como ele atua, mas simplesmente o que ele é, afirmando:

[...] *in concreto*, negócio jurídico é todo o fato jurídico consistente em declaração de vontade, a que o ordenamento jurídico atribui os efeitos designados como queridos, respeitados os pressupostos de existência, validade e eficácia impostos pela norma jurídica que sobre ele incide.²⁸⁴

De qualquer forma, a teoria da vontade é adotada no Código Civil Brasileiro de 2002,²⁸⁵ enquanto no Código de Defesa do Consumidor são privilegiadas as teorias da declaração ou da confiança.²⁸⁶

²⁸³ AZEVEDO, Antônio Junqueira. **Negócio jurídico: Existência, validade e eficácia**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 4-15

²⁸⁴ Op. cit. p. 16.

²⁸⁵ CC/2002, Art. 112. “Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem.”

²⁸⁶ CDC, art. 30. “Toda a informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado.”; CDC, art. 35. “Se o fornecedor de produtos ou serviços recusar cumprimento à oferta, apresentação ou publicidade, o consumidor pode, alternativamente e à sua livre escolha: I – exigir o cumprimento

Os campos em que se pode atribuir maior ou menor influência à vontade, são, principalmente, dois: a interpretação e o erro.²⁸⁷ Quanto ao erro, devemos lembrar que existem muitas maneiras de dizer ou passar uma informação e a estrutura da mensagem tem um grande efeito sobre o modo como ela é percebida. Na comunicação negocial atual há enunciados sintéticos, constituídos até mesmo de uma só palavra, que revestem a mesma função e significado de um contrato: vende-se, livraria, etc.²⁸⁸

As partes podem ter emitido corretamente a sua declaração e expressado o consentimento, mas há uma desigualdade socioeconômica, em virtude da qual não há discussão, negociação, mas simples adesão. Essas circunstâncias que, antes, não interessavam ao Direito, mas à sociologia, têm sido “jurisdicionadas” mediante normas de ordem pública.²⁸⁹

forçado da obrigação, nos termos da oferta, apresentação ou publicidade; II – aceitar o outro produto ou prestação de serviço equivalente; III – rescindir o contrato, com direito à restituição de quantia eventualmente antecipada, monetariamente atualizada, e a perdas e danos” (Cf. LIMA MARQUES, Cláudia. **Comentários ao código de defesa do consumidor: Arts. 1.º a 74: aspectos materiais.** Cláudia Lima Marques, Antônio Herman V. Benjamin, Bruno Miragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 618)

²⁸⁷ AZEVEDO, Antônio Junqueira. **Negócio jurídico: Existência, validade e eficácia.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 89.

²⁸⁸ PASQUALOTTO, Adalberto. **Os efeitos obrigacionais da publicidade no Código de Defesa do Consumidor.** São Paulo: RT, 1997. p. 54.

²⁸⁹ LORENZETTI, Ricardo. **Fundamentos do direito privado.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998. p. 547.

A concentração expressiva e a sucessão linear de sinais, concebidos pelo mesmo autor, são características de alguns textos escritos, incluindo textos jurídicos, mas não são características necessárias das declarações negociais, nas quais muitas vezes verificam-se omissões e remissões, explícitas ou implícitas, que exigem a atenção do intérprete para outros sinais, emitidos ou não pelo mesmo autor. A tendência nos atos jurídico-privados, segundo o referido autor, é para a dispersão, por serem incompletas as mensagens por que se formam e, por isso, descontínuas no tempo e no espaço, até de serem eventualmente heterogêneas as linguagens utilizadas.²⁹⁰ O fato de a negociação realizar-se à distância,²⁹¹ sem que ocorra a presença física e simultânea das partes, torna mais difícil detectar equívocos em relação às circunstâncias negociais.

²⁹⁰ FERREIRA DE ALMEIDA, Carlos. **Texto e enunciado na teoria do negócio jurídico**. Coimbra: Almedina, 1992. v. I e II.

²⁹¹ A propósito, Cláudia Lima Marques: “Os contratos concluídos por meio eletrônico seriam contratos ‘em silêncio’ ou ‘sem diálogo’ (expressão de Irti), conduzidos mais pela imagem, pela conduta de apertar um botão, do que pela linguagem. Efetivamente, o meio eletrônico utilizado, permite de um lado interatividade e, de outro, algo análogo à correspondência ou reembolso postal, no uso de *e-mail* na contratação à distância com intervalo temporal. A interatividade seria um ‘diálogo virtual’ de *clicks* e imagens. A verdade é que o consumidor ficou desprovido da possibilidade de ‘dialogar’ com o fornecedor ou seu vendedor sobre suas necessidades e desejos sobre esta nova forma de ‘negociação unilateral’ em silêncio e visual. Há que se destacar o uso metodológico da imagem (linguagem virtual), da conduta social típica (aceitação virtual) e do silêncio dos consumidores, apesar de sua semi-atuação no *site* (silêncio virtual). Assim, entrando no mundo virtual dos *sites* (imagens), o caminho é repleto de imagens (e linguagens) e um simples tocar no teclado aceitação; um simples continuar um caminho virtual de imagens, sons e de mínimas palavras, significa declaração da vontade tácita; um simples continuar no *site*, em silêncio, abrindo *wraps* sem protestar ou cortar a conexão, pode significar um determinado tipo de contratação ou declaração negativa ou positiva.” (LIMA MARQUES, Cláudia. **Confiança no Comércio Eletrônico e a proteção do consumidor: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico**. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2004. p. 66)

Quanto ao uso de máquinas, da televisão e dos meios telemáticos, a doutrina europeia atual, segundo afirma Cláudia Lima Marques, denuncia que muitos contratos de massa são feitos “em silêncio” ou “sem diálogo”, por coisas, imagens de coisas, palavras ditadas, pré-escritas e outros símbolos visualizados em meio não-perenes e virtuais; atos existenciais, sem real dialética, pela não presença do outro, pela representação do outro por intermédio de máquinas e prepostos sem poder, por atos, imagens, números, cartões, senhas, visões, toques e *clicks*.²⁹² Em suma, atualmente muitas relações contratuais são feitas em casa com o uso do computador, sem que qualquer das partes tenha certeza quanto à identidade e localização do co-contratante.

A Internet, além de debilitar os limites do lar como espaço privado, conforme observado por Ricardo Lorenzetti,²⁹³ confunde facilmente atividades de entretenimento com trabalho e negócios. Não raro o internauta, ao navegar despreziosamente pela Internet, assume a posição de consumidor, sujeitando-se a estímulos que podem facilmente seduzi-lo à vinculação jurídica sem uma reflexão prévia efetiva. A tendência, portanto, é a de relativizar os efeitos da

²⁹² LIMA MARQUES, Cláudia. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das declarações contratuais**. 5. ed. atual. e ampl., incluindo mais de 1.000 decisões jurisprudenciais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 55.

²⁹³ LORENZETTI, Ricardo. **Comércio eletrônico**. Tradução Fabiano Menke. Notas de Cláudia Lima Marques. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 48.

participação aparentemente ativa do consumidor no comércio eletrônico, declinando as informações solicitadas pelos fornecedores, ao aderir a contratos pela Internet.

b.1) Vontade, declaração e reflexão nos contratos de consumo pela Internet

As teorias do negócio jurídico, conforme aponta Carlos Ferreira de Almeida, foram formuladas sobre um modelo que pressupunha a identificação individual dos participantes, o poder eficiente de uma vontade racional e esclarecida, a consciência dos efeitos produzidos, a clara delimitação das declarações emitidas e a conseqüente unidade compositiva.²⁹⁴ Contudo, o referido autor, antes da utilização comercial da Internet, já alertava para o fato de que a evolução das tecnologias da informação e comunicação estava revolucionando os hábitos da atividade contratual, à medida que o processo formativo dos negócios jurídicos vem desmaterializando-se, com a redução do contato direto entre os contratantes, de modo que cada vez mais negociar é trocar informações e fazer referências por meio de sinais.²⁹⁵

²⁹⁴ FERREIRA DE ALMEIDA, Carlos. **Texto e enunciado na teoria do negócio jurídico**. Coimbra: Almedina, 1992. v. I e II. (prólogo)

FERREIRA DE ALMEIDA, Carlos. **Texto e enunciado na teoria do negócio jurídico**. Coimbra: Almedina, 1992. p. 823.

Por isto que, nos chamados vícios da vontade, cada vez mais é fundamental considerar a situação de enunciação. Na representação dos elementos sobre os quais incide o erro e na sua recognoscibilidade, exercem notável influência fatores como o insuficiente domínio do discurso lingüístico ou do meio de transmissão, a redução do discernimento provocada pelo elevado ritmo da transação ou pelo ruído, o deficiente conhecimento do objeto e outras circunstâncias que diminuam a atenção ou a racionalidade do enunciante.²⁹⁶

Humberto Theodoro Júnior²⁹⁷ observa que, para superar as deficiências da teoria dos vícios da vontade, a solução preconizada pela doutrina e pelos Códigos mais recentes²⁹⁸ encaminha o erro para o campo dominado pela teoria do risco.

²⁹⁶ FERREIRA DE ALMEIDA, Carlos. **Texto e enunciado na teoria do negócio jurídico**. Coimbra: Almedina, 1992. p. 677.

²⁹⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Comentários ao novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 57. v. 3. t. 1 (dos defeitos do negócio jurídico ao final do livro III)

²⁹⁸ Comentando o Projeto que ensejou o Código Civil Brasileiro de 2002, Moreira Alves afirma: “Ao tratar dos defeitos do negócio jurídico, o Projeto apresenta várias inovações em face do Código Civil atual. Dois institutos – o estado de perigo e a lesão – que não se encontram neste, têm assento naquele. Demais, alterações se introduziram na disciplina do erro, do dolo, da coação, e da fraude contra credores. O tratamento da simulação foi inteiramente reformulado. (MOREIRA ALVES, José Carlos. **A parte geral do projeto de Código Civil Brasileiro (subsídios históricos para o novo Código Civil Brasileiro)**). 2. ed. aum. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 112.

Afirma o autor:

[...] o erro em sua pureza (erro causal) é um risco a ser encarado de modo mais objetivo que subjetivo, deixando de lado antigos critérios que o vinculavam à culpa, ou não, daquele que o cometia. A lei deve preocupar-se de partilhar esse risco entre os sujeitos do negócio jurídico, e não atribuí-lo aprioristicamente apenas ao declarante. [...] Seguindo-se princípios como o da confiança, o que se tem de levar em conta não é o modo com que o erro se produziu, enquanto fenômeno psicológico, e, sim, o modo com que sua incidência se deu sobre o contratado, e as naturais expectativas dos destinatários da declaração da vontade e do mercado em torno do tráfico a que serve a figura jurídica praticada.²⁹⁹

A solução preconizada pela doutrina e pelos Códigos recentes, segundo observa o autor, encaminha o erro para o campo dominado pela teoria do risco. A lei deve preocupar-se de partilhar o risco entre os sujeitos do negócio jurídico, e não atribuí-lo aprioristicamente apenas ao declarante. O erro é um risco a ser encarado de modo mais objetivo que subjetivo, deixando de lado antigos critérios que o vinculavam à culpa, ou não, daquele que o cometia.³⁰⁰

²⁹⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Comentários ao novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 57. v. 3. t. 1 (dos defeitos do negócio jurídico ao final do livro III)

³⁰⁰ A propósito, vale lembrar observação de Fernando Noronha: “Nesta matéria de vícios do consentimento, autonomia privada e justiça contratual atuam em paralelo e no mesmo sentido, potenciando os respectivos efeitos, mas a elas contrapõe-se o princípio da boa-fé. Evidentemente, não se poderá falar na necessidade de tutela da confiança da contraparte, que é fundamento do princípio da

Na esteira de princípios como o da confiança, o que se tem de levar em conta não é o modo com que o erro se produziu, enquanto fenômeno psicológico, e, sim, o modo com que sua incidência se deu sobre o contatado, e as naturais expectativas dos destinatários da declaração da vontade e do mercado em torno do tráfico a que serve a figura jurídica praticada.³⁰¹

Também chamando a atenção para a tendência de ampliar a gama de possibilidades de vício do consentimento, Paolo Gallo destaca a atenção do legislador para as contratações fora do estabelecimento comercial ou à distância, reconhecendo os efeitos da supressa na formação da vontade.³⁰²

b.2) Aplicação do direito de arrependimento no comércio eletrônico

A princípio, o negócio jurídico é um ato vinculativo irrevogável, que não comporta arrependimentos, retificações ou retrocessos.

boa-fé, nas hipóteses de dolo e de coação que provenham diretamente da contraparte. Por isso, a contraposição do princípio da boa-fé aos outros dois só tem interesse, mas então fica bem evidente, nas hipóteses de erro, e também de dolo e coação, quando provenientes de terceiro. E, nesta matéria, quando o princípio da boa-fé se contrapõe aos outros dois, é ele que acaba prevalecendo.” (NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé e justiça contratual**. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 129)

³⁰¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Comentários ao novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 57. v. 3. t. 1 (dos defeitos do negócio jurídico ao final do livro III).

³⁰² GALLO, Paolo. Buona Fede Oggettiva e Transformazioni del Contratto. **Rivista di Diritto Civile**, Padova, n. 2, p. 246, mar.- apr. 2002.

Nesse sentido, afirma Emílio Betti:

[o negócio jurídico] (é um instrumento que não pode ser criado levianamente, mas só em vista de razões sérias, após cuidadoso exame da situação de fato. [...] Não se pode reconhecer relevância jurídica ao erro que vicia a determinação causal, salvo dentro de limites bem circunscritos. Porque incumbe ao próprio interessado o ônus de procurar obter, através de um cuidadoso estudo da situação concreta, o conhecimento ou previsão exata daquelas circunstâncias de fato que devem constituir a base da sua determinação.³⁰³

No regime do direito civil, em regra, uma vez outorgado o consentimento, ficam as partes contratantes a ele vinculadas. Assim, por exemplo, o artigo 463, do Código Civil de 2002, dispõe que: “Concluído o contrato preliminar, com observância do disposto no artigo antecedente, e desde que não conste cláusula de arrependimento, qualquer das partes terá o direito de exigir a celebração do definitivo, assinando prazo à outra parte para que o efetive”.³⁰⁴

³⁰³ BETTI, Emílio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Coimbra: Coimbra Editora, 1969. p. 444. t. II.

³⁰⁴ A propósito, CARVALHO SANTOS: "Todos sabem que a proposta e a aceitação nem sempre produzem um contrato definitivo e imediatamente executável, não sendo raros os casos em que não se podendo realizar, desde logo, certo contrato, mesmo de compra e venda de bens móveis, comprometem-se as partes a celebra-lo mais tarde. Houve o acordo no objeto e no preço, mas não houve, nem por isso o contrato definitivo. Por qualquer motivo, como, por exemplo, por não ter o comprador, no momento, o dinheiro para efetuar o pagamento, ficou convencionado que o contrato seria ultimado mais tarde, tendo as partes, para maior garantia de que o contrato seria efetivado,

A princípio, portanto, o arrependimento é um direito ³⁰⁵ somente exercitável quando expressamente estabelecido no contrato ou em decorrência de uma situação expressamente prevista em lei. ³⁰⁶

No direito civil o arrependimento se opera com sacrifício pecuniário para a parte que se arrepende, como ocorre na hipótese da cláusula de arrependimento com arras penitenciais. ³⁰⁷

No Código de Defesa do Consumidor ³⁰⁸, contudo, o direito de

resolvido celebrar um contrato preliminar, ou compromisso de compra e venda. [...] O certo, portanto, é que, enquanto não for celebrado definitivamente qualquer contrato, quer verse sobre móveis, quer sobre imóveis, é possível o arrependimento, que, salvo cláusula expressa em contrário, acarretará sempre como consequência, se se verificar fora destes casos, a indenização das perdas e danos, quando não seja possível judicialmente fazer a execução perfeita da obrigação de fazer que se consubstancia em todo contrato preliminar" (CARVALHO SANTOS, J. M. de. **Código Civil Brasileiro Interpretado**. 2. ed. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1938. p. 189. v. XV).

³⁰⁵ Assim Serpa Lopes: "Arrependimento é direito e não infração às obrigações assumidas. O contratante que se obriga por um contrato, mas convencionou a faculdade de arrepender-se, adquire o direito de dissolvê-lo, embora pagando as preajustadas perdas e danos" (SERPA LOPES, Miguel Maria de. **Curso de direito civil: fonte das obrigações: contratos**. 7. ed. rev. por José Serpa de Santa Maria. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2001. p. 205. v. III).

³⁰⁶ Cf. Michele Klein: "El tratamiento sistemático que en nuestra doctrina suele darse al desistimiento *ad nutum* – sin justa causa – del contrato en los manuales y tratados es el de su consideración como una figura que constituye una excepción al dogma de la irrevocabilidad del contrato, y en consecuencia, se suele estudiar, no ya dentro de las figuras extintivas de éste, sino en el apartado relativo a su efecto vinculante para los contratante" (KLEIN, Michele. **El desistimiento unilateral del contrato**. Madrid: Editorial Civitas, 1997. p. 19).

³⁰⁷ Código Civil de 2002, art. 420: "Se no contrato for estipulado o direito de arrependimento para qualquer das partes, as arras ou sinal terão função unicamente indenizatória. Neste caso, quem as deu perdê-las-á em benefício da outra parte; e quem as recebeu devolvê-las-á, mais o equivalente. Em ambos os casos não haverá direito a indenização suplementar."

³⁰⁸ Código de Defesa do Consumidor, artigo 49: "O consumidor pode desistir do contrato, no prazo de 7 (sete) dias a contar de sua assinatura ou do ato de recebimento do produto ou serviço, sempre que a

arrependimento tem caráter incondicionado, podendo ser exercido pelo seu titular em quaisquer circunstâncias, sejam ou não os produtos de boa qualidade.³⁰⁹

Trata-se de uma figura que merece excepcional atenção, porquanto concedida a apenas uma das partes e com efeitos retroativos.³¹⁰

Quanto à natureza jurídica, Ruy Rosado de Aguiar Júnior enquadra o arrependimento fundado no artigo 49, do Código de Defesa do Consumidor, entre os fatos que, surgidos depois do contrato, atingem a relação, retirando-lhe a eficácia.³¹¹ Constitui uma espécie de direito subjetivo, conhecida como “direito formativo”, “direito reacional” ou “direito potestativo”, cujo conteúdo é o poder de formar relações jurídicas concretas, mediante ato unilateral do titular nos

contratação de fornecimento de produtos e serviços ocorrer fora do estabelecimento comercial, especialmente por telefone ou a domicílio. Parágrafo único. Se o consumidor exercitar o direito de arrependimento previsto neste artigo, os valores eventualmente pagos, a qualquer título, durante o prazo de reflexão, serão devolvidos, de imediato, monetariamente atualizados.”

³⁰⁹ Assim, Alberto do Amaral Jr.: “Deve-se assinalar que a assinatura nos contratos celebrados fora do estabelecimento comercial, pelos riscos que comporta, exige que o consumidor disponha de um prazo de reflexão dentro do qual possa amadurecer seu consentimento. A assinatura do contrato não é o símbolo da vontade definitiva, constituindo somente uma etapa no processo de formação do consentimento. Este apenas se tornará perfeito nos sete dias seguintes à assinatura do contrato, porque o contratante terá tempo necessário para refletir sobre seu alcance e oportunamente sobre o acordo, além de poder informar-se melhor sobre o contrato que pretende celebrar. O direito de arrependimento não representa, assim, qualquer atentado ao princípio da força obrigatória dos contratos. Ele tem um momento no qual o contrato não foi ainda formado.” (AMARAL JÚNIOR, Alberto do **Comentários ao Código de Proteção do Consumidor**. MUKAI, Toshio et. al. (Com.); OLIVEIRA, Juarez de (Org.). São Paulo: Saraiva, 1991. p. 189).

³¹⁰ KLEIN, Michele. **El desistimiento unilateral del contrato**. Madrid: Editorial Civitas, 1997. p. 258.

³¹¹ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: AIDE, 2003. p. 23.

casos reconhecidos na lei, desfazendo, no caso, a eficácia jurídica já produzida ou a própria relação jurídica.³¹²

Justifica-se pela necessidade de assegurar aos contratantes mecanismos que favoreçam a efetiva reflexão acerca da conveniência das propostas que lhe são apresentadas a partir de métodos agressivos de *marketing*, daí porque reconhecida em nosso direito positivo no âmbito das relações de consumo à distância. A preocupação em evitar que os métodos agressivos de comercialização se convertam em fonte de abusos e fraudes em detrimento do consumidor tem levado, segundo afirma Michele Klein³¹³, à intervenção legislativa em praticamente todos os países e já foi objeto de especial atenção pela União Européia.³¹⁴

Assim, a oferta de bens e serviços formulada em lugar diverso do estabelecimento tradicional do fornecedor tem a particularidade de sujeitar a riscos o consumidor, que depois de aceitar passivamente a proposta inesperada,

³¹² AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: AIDE, 2003. p. 29.

³¹³ KLEIN, Michele. **El desistimiento unilateral del contrato**. Madrid: Editorial Civitas, 1997, p. 259.

³¹⁴ Veja-se, CALAIS-AULOY, Jean. Venda fora do estabelecimento comercial e venda à distância no direito francês. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 3, p. 7-23, 1992; SCHMITT, Marco Antônio. Contratações à Distância. A Diretiva 97/7 da Comunidade Européia e o Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. In: **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 25, p. 57-79; HENDERSON, Kay; POULTER, Alan. The distance selling directive: points for future revision. In: **International Review of Law Computer**, v. 16, n. 3, p. 289-300, 2002.

acaba arrependendo-se do negócio,³¹⁵ especialmente nos casos em que inexistente a possibilidade de prévio contato com o objeto do contrato.³¹⁶ Vale lembrar que a concessão de um prazo dentro do qual o consumidor pode revogar sua aceitação, sem necessidade de justificativa, constitui uma forma de resguardar o legítimo consentimento contratual, a vontade refletida, a fim de minimizar os efeitos dessas novas circunstâncias que desfavorecem o consumidor. Trata-se, assim, de um caso especial de arrependimento, com desfazimento do contrato por ato unilateral do consumidor, sem outro pressuposto que não a manifestação da sua vontade contrária ao contrato no prazo da lei, a qual o autoriza a sair do negócio sem reparar eventuais prejuízos do vendedor.³¹⁷ Representou significativo avanço do ordenamento jurídico brasileiro no sentido de proporcionar ao consumidor maior proteção diante de técnicas de venda que, de forma cada vez mais agressiva, valem-se da surpresa ou da impulsividade do consumidor.

³¹⁵ A propósito, observa Adalberto Pasqualotto: “Na sociedade de consumo, a existencialidade despreendeu-se do conceito de essencialidade, porque a produção em massa traz em si mesma a idéia de consumo em massa, não só do necessário, mas também do supérfluo. Não se consome apenas o que se precisa. Há um insuflamento a cargo da publicidade, que produz necessidades artificiais e simultaneamente oferece o meio de satisfazê-las, atuando como o elemento lógico do sistema: novas necessidades = novos produtos = maior oferta = maior consumo.” (PASQUALOTTO, Adalberto. **Os efeitos obrigacionais da publicidade no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: RT, 1997. p. 58)

³¹⁶ GHERSI, Carlos Alberto. **Contratos civiles y comerciales**. 4. ed. actual. y ampl. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1999. p. 410. t. 1.

³¹⁷ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: AIDE, 2003. p 73.

A vulnerabilidade negocial do consumidor nas vendas à distância é explicada por Luis Miranda Serrano a partir de dois enfoques. No primeiro, leva em conta a existência de um déficit de informação para o consumidor, pelo fato de que só conhece o produto ou serviço a partir da apresentação comercial elaborada pelo fornecedor. Paralelamente, também ocorre um déficit de reflexão, pois a celebração do contrato normalmente ocorre sem que ao consumidor tenha sido possível meditar sobre a conveniência do negócio.³¹⁸ É o que acontece, por exemplo, nas chamadas vendas porta a porta, nas quais o consumidor, pressionado em sua casa ou local de trabalho, não tem o necessário tempo para refletir se deseja realmente obrigar-se ou se as condições oferecidas lhe são realmente favoráveis.³¹⁹

Luis Miranda Serrano observa que, no fundo, o direito de arrependimento a favor do consumidor que contrata à distância evidencia a insuficiência dos remédios tradicionais de nosso Direito privado codificado, especificamente no que tange à teoria dos vícios do consentimento, mais preocupada com a liberdade física do contratante, que com sua liberdade psíquica

³¹⁸ SERRANO, Luiz Miranda. Derecho de desistimiento Del consumidor en la contratación electrónica. In: **Comercio electrónico y protección de los consumidores**. Madrid: Editora La Ley, 2001. p. 596. (Colección Biblioteca de Derecho de los Negocios)

³¹⁹ LIMA MARQUES, Cláudia. **Comentários ao código de defesa do consumidor: Arts. 1.º a 74: aspectos materiais**. Cláudia Lima Marques, Antônio Herman V. Benjamin, Bruno Miragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 601.

e, portanto, alheia aos riscos do contratante hipossuficiente diante dos modernos métodos comerciais.³²⁰

A aplicação do artigo 49, do Código de Defesa do Consumidor, que estabeleceu o direito de arrependimento somente para as aquisições “fora do estabelecimento comercial”, demanda ponderações no que tange aos contratos celebrados no ambiente da Internet.

Para Newton De Lucca o desenvolvimento do conceito de estabelecimento comercial virtual prestou um desserviço ao direito do consumidor, pois pode levar ao raciocínio enganoso de que o consumidor é quem se desloca ao encontro do fornecedor.³²¹ Efetivamente, constata-se que a expressão “estabelecimento comercial” referida no artigo 49, do Código de Defesa do Consumidor, não foi utilizada tecnicamente, isto é, de acordo com a noção de “estabelecimento comercial” dominante no âmbito do Direito da Empresa e positivada no artigo 1.112, do Código Civil de 2002.

Aliás, a noção restrita de estabelecimento comercial, no sentido de espaço físico organizado pelo empresário para a oferta de bens, que em realidade

³²⁰ SERRANO, Luiz Miranda. Derecho de desistimiento Del consumidor en la contratación electrónica. In: **Comercio electrónico y protección de los consumidores**. Madrid: Editora La Ley, 2001. p. 599. (Colección Biblioteca de Derecho de los Negocios)

corresponde ao chamado “ponto comercial”, aparece no próprio Código Civil, quando no artigo 1.268 protege o adquirente de boa-fé em caso de venda a *non domino* de coisas oferecidas ao público em leilão ou estabelecimento comercial.

³²² De qualquer forma, o artigo 49 do Código de Defesa do Consumidor refere-se às vendas à distância, nas quais sem dúvida se inclui a prática do comércio eletrônico. Daí Ruy Rosado de Aguiar Júnior sustentar que os contratos de compra e venda realizados pela Internet devem ser equiparados aos contratos celebrados por telefone no que tange ao prazo para reflexão. ³²³

No mesmo sentido, Ronaldo Alves de Andrade afirma que a relação de consumo mantida por meio de contrato eletrônico, ainda que realizada por comunicação simultânea, caracterizará fornecimento de produto ou serviço fora do estabelecimento comercial ou venda à distância, uma vez que a formação ocorre sem a presença física dos contratantes. ³²⁴ Entretanto, não parece adequada a posição de Nelson Nery Júnior, para quem é o caso concreto que

³²¹ DE LUCCA, Newton. **Aspectos jurídicos da contratação informática e telemática**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 111.

³²² Art. 1.268. “Feita por quem não seja proprietário, a tradição não aliena a propriedade, exceto se a coisa, oferecida ao público, em leilão ou estabelecimento comercial, for transferida em circunstâncias tais que, ao adquirente de boa-fé, como a qualquer pessoa, o alienante se afigurar dono.”

³²³ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: AIDE, 2003. p. 73.

³²⁴ ANDRADE, Ronaldo Alves. **Contrato eletrônico no novo Código Civil e no Código do Consumidor**. São Paulo: Manole, 2004. p. 107.

determina o que seja venda fora do estabelecimento comercial sujeita ao direito de arrependimento, entendendo que, se for dos usos e costumes entre as partes a celebração de contrato por telefone, por exemplo, não incidiria o dispositivo em questão.³²⁵

Esse tipo de relativização de um direito assegurado legalmente ao consumidor de forma incondicionada acaba encontrando respaldo nos tribunais, como se observa, por exemplo, no precedente do Tribunal de Justiça do RS, assim ementado:

Relação de consumo - Contrato oneroso - Rescisão - artigo 49 do CDC – Interpretação - O simples fato de a contratação ter ocorrido fora do estabelecimento comercial não implica a possibilidade do desfazimento com base no art. 49 do CDC - Necessário que o ato torne desvantajosa a posição do contratante perante o fornecedor - Apelo improvido.³²⁶

Consta no corpo do acórdão, transcrevendo a decisão de primeiro

³²⁵ **Código de Defesa do Consumidor, comentado pelos autores do anteprojeto.** 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 482.

³²⁶ TJRS, apelação cível n.º 70003602562, Décima Câmara Cível, Relator: Des. Jorge Alberto Schreiner Pestana, julgado em 07 de novembro de 2002.

grau, a seguinte fundamentação:

Reza o artigo 49 [...]. Esse dispositivo visa à proteção do consumidor que efetua o contrato sem ver o produto que vai adquirir, ou sem visualizar o tipo de serviço que vai ser prestado. É evidente que o legislador quis contemplar o adquirente de produtos por telefone, a domicílio ou pela rede mundial de computadores, onde não raro o produto não corresponde ao que foi anunciado. Mas esse não é o caso dos autos. É verdade que a ré visitou a autora, ofertando seus serviços. Mas, aí não se pode dizer que a venda foi feita a domicílio, pois a prestação do serviço contratado era publicidade em jornal, que por sua própria natureza não poderia ser prestada de outra forma. Penso que o artigo 49 do CDC, não se aplica ao caso, pois não tem a elasticidade pretendida pelo autor.

Tal decisão, entretanto, desconsidera que, independente dos usos e costumes, o fato de o negócio ter sido realizado fora do estabelecimento acarreta o mencionado déficit de reflexão, dada a circunstância de normalmente o consumidor ser surpreendido, como costuma acontecer em ofertas de espaço publicitário em jornal. Desse modo, somente diante de prova concreta da má-fé subjetiva por parte do consumidor ou eventualmente em uma hipótese de *venire contra factum proprium*,³²⁷ é que se justifica o afastamento do direito em

³²⁷ A propósito, Menezes Cordeiro: “A locução *venire contra factum proprium* traduz o exercício de uma posição jurídica em contradição com o comportamento anteriormente assumido pelo exercente. [...] *Venire contra factum proprium* postula dois comportamentos da mesma pessoa, lícitos em si e diferidos no tempo. O primeiro – *factum proprium* – é, porém, contrariado pelo segundo. [...] Há *venire contra factum proprium*, em primeira linha, numa de duas situações: quando uma pessoa, em

questão.³²⁸

Não se concorde, portanto, com Fabio Ulhoa Coelho³²⁹, que sustenta a inaplicabilidade do artigo 49 do CDC ao comércio eletrônico, entendendo que não se trata de negócio realizado fora do estabelecimento do fornecedor. Argumenta que a noção de ato de consumo fora do estabelecimento, como critério identificador de *marketing* agressivo, não se adapta à do comércio na Internet.

O ato de consumo pela Internet, mesmo realizado por transmissão de dados via rede telefônica, segundo o autor, não poderia ser visto sempre como resultado de técnicas de *marketing* agressivo, vez que ao navegar até o

termos que, especificamente, não a vinculem, manifesta a intenção de não ir praticar determinado acto e, depois, o pratique e quando uma pessoa, de modo, também, a não ficar especificamente adstrita, declare pretender avançar com certa actuação e, depois, se negue” (MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. **Da boa-fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2001. p. 745)

³²⁸ Neste sentido, Newton De Lucca: “Embora tenha-me pronunciado, desde o primeiro momento, pela possibilidade de aplicação de aplicação desse direito de arrependimento, previsto no art. 49 do CDC brasileiro, sempre sustentei, igualmente, que seu exercício haveria de estar inteiramente subordinado à boa-fé objetiva, contemplada como norma principiológica, no artigo 4.º, III, do mesmo diploma legal. Não me parece razoável, assim, que os consumidores estejam a adquirir produtos digitalizados com base no retro citado art. 49. Como devolver, com efeito, algo que, após o *download*, já se acha incorporado ao patrimônio – no caso, o disco rígido instalado na unidade central de processamento – do consumidor? Daí por que, com razão, na Itália se acha proibido o exercício do direito de arrependimento na hipótese de produtos digitalizados. Idêntica solução foi adotada, recentemente, pelo legislador português, que, ao enumerar as hipóteses de renunciabilidade desse direito, estabeleceu, na alínea *d* do art. 7 do DL 143/2001, já anteriormente citado, *in verbis*: “Fornecimento de gravações de áudio e vídeo, de discos e programas informáticos a que o consumidor tenha retirado o selo de garantia de inviolabilidade” (DE LÚCCA, Newton. **Aspectos jurídicos da contratação informática e telemática**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 110. nota 2).

³²⁹ ULHOA COELHO, Fábio. **Curso de Direito Comercial**. 5. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 48-49. v. 3.

estabelecimento eletrônico para adquirir produto ou serviço, o internauta não estaria necessariamente sendo estimulado a agir de modo precipitado ou impensado em suas decisões de consumo. A impessoalidade das páginas que se abrem e fecham na tela do computador ao exclusivo comando do internauta sugeria, inclusive, o oposto: a busca de informações sobre a qualidade e preço dos produtos ou serviços oferecidos na rede é imune a pressões individuais sobre o consumidor. Desse modo, não haveria, para Fábio Ulhoa Coelho, diferença entre dirigir-se ao estabelecimento físico ou virtual, relativamente à liberdade de reflexão do consumidor.³³⁰

Argumento análogo é proposto por Santolim ao afirmar inexistir “nenhuma prática ‘invasiva’ ou que resulte em ‘déficit de reflexão’ no comércio eletrônico voltado aos consumidores, que, muito embora perfectibilizando a relação de consumo por meio de seu computador doméstico, o fazem por iniciativa própria, em horário à sua escolha e (pelo contrário), muitas vezes após

³³⁰ O próprio Fábio Ulhoa Coelho, contudo, ressalva a possibilidade de se reconhecer, excepcionalmente, o direito de arrependimento no âmbito do comércio eletrônico, quando se constatar a prática de *marketing* agressivo, como, por exemplo, nos casos em que o *Web Site* é desenhado de modo a estimular o internauta a precipitar-se nas compras, com a interposição de chamativos ícones movimentados, em que promoções sujeitam-se a brevíssimos prazos, assinalados com relógios de contagem regressiva (ULHOA COELHO, Fábio. **Curso de Direito Comercial**. 5. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 48-49. v. 3).

ampla pesquisa em outros ‘sites’, de outros fornecedores”.³³¹

Em realidade, a tendência da jurisprudência não é restringir o direito de arrependimento, ao contrário do entendimento de Nelson Nery Júnior, Fábio Ulhoa Coelho e Cesar Viterbo Matos Santolim, mas, antes, estender sua incidência, reconhecendo-o em favor do consumidor mesmo em situações que, embora não se enquadrassem como venda fora do estabelecimento comercial, evidenciavam a vulnerabilidade do consumidor.

Nesse sentido, por exemplo, o importante *leading case* versando sobre contratos de *time-sharing*:

Multipropriedade – Contrato internacional – Contratação no Brasil – empreendimento localizado no Uruguai – Língua estrangeira – Promitente vendedor – Mandatário – Teoria da aparência – Desconhecimento de cláusulas relativas ao uso do imóvel – Art. 49 do CDC. 1.

³³¹ Não obstante, o próprio autor admite, em casos excepcionais, o direito de arrependimento no comércio eletrônico, *verbis*: “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”. (SANTOLIM, Cesar Viterbo Matos. **Os princípios de proteção do consumidor e o comércio eletrônico no direito brasileiro**. Tese de Doutorado – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2004, p. 102. [Inédito])

Segue citação:

É parte legítima para figurar no pólo passivo da ação de resolução de contrato internacional de promessa de compra e venda de ações relativa ao uso de imóvel pelo sistema de multipropriedade de ações relativa ao uso de imóvel pelo sistema de multipropriedade a empresa brasileira que, no Brasil, promove a informação, publicidade e oferta de arrendimento a ser realizado no Exterior como se fosse o [sic] titular do direito. A transmissão de confiança de uma situação jurídica e a omissão de sua real condição de mandatária importa na sua responsabilização pela contratação. Ainda mais quando foi a responsável pela elaboração do contrato, tendo infringido o princípio da transparência e do dever de informação. Fere o princípio da boa-fé e da doutrina dos atos próprios a alegação de ilegitimidade passiva *ad causam*. 2. Não obriga o consumidor a promessa de contrato de multipropriedade celebrado em língua estrangeira e do qual não teve ciência das cláusulas relativas ao uso do imóvel a ser adquirido. Apelação desprovida. Recurso adesivo provido em parte (TJRS, 9.^a Câ. Cível, Apelação Cível 196182760, rela. Des. Maria Isabel de Azevedo Souza, j. 19.11.1996).

Em suma, o direito de arrependimento é um importante mecanismo de atenuação do princípio da vinculação da vontade declarada, que encontra na realidade do comércio eletrônico campo de aplicação fértil, por se tratar de uma prática comercial com peculiaridades não só na comunicação, dada a utilização de uma linguagem própria, em circunstâncias de tempo e de espaço diversas das que o consumidor está habituado, e sobretudo porque nele a vulnerabilidade do consumidor é agravada em razão de ser, além de uma espécie de venda à distância na rede (Internet), também um negócio em rede, ou seja, formado a partir da conexão de contratos, conforme será examinado a seguir.

PARTE II – O COMÉRCIO ELETRÔNICO DE CONSUMO COMO ESPÉCIE DE VENDA À DISTÂNCIA NA REDE (INTERNET) E EM REDE (CONEXÃO DE CONTRATOS)

3 COMÉRCIO ELETRÔNICO EM *SITES* ESPECIALIZADOS NA APROXIMAÇÃO DE VENDEDORES E COMPRADORES: ESTUDO DE CASO

A Internet, conforme destaca Cláudia Lima Marques,³³² é um meio plural, cuja arquitetura³³³ em rede ou teia é composta de inúmeros intermediários, aparentes ou desconhecidos do consumidor normal, que têm como fim facilitar ou possibilitar o acesso, a permanência da oferta ou publicidade no *site*, a segurança da linha, a certificação da autoria ou origem da mensagem, o arquivo

³³² LIMA MARQUES, Cláudia. Apresentação ao livro de Fabiano Menke. In: MENKE, Fabiano. **Assinatura Eletrônica: aspectos jurídicos no direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 22-23.

³³³ Conforme Lawrence Lessing, a arquitetura do *cyberspace* é o código, isto é, o *software* e o *hardware* que constituem o *cyberspace* como ele é. O autor destaca que existem versões de *cyberspace*, de acordo com o código que se adote, algumas oferecendo maior possibilidade de regulação do comportamento. (LESSING, Lawrence. The law of the horse: what cyberlaw might teach. In: _____. **Harvard Law Review**, v. 113, n. 2, p. 501-549, dec. 1999)

de dados sensíveis.

A essência do negócio eletrônico, segundo Manuel Castells ³³⁴, consiste na conexão em rede, interativa, baseada na Internet, entre produtores, consumidores e prestadores de serviços, estando na capacidade de interagir, recuperar e distribuir globalmente, de maneira personalizada, a fonte da redução de custo, da qualidade, da eficiência e da satisfação do comprador.

Existem, conforme antes referido, diversas modalidades de comércio eletrônico. Contudo, no intuito de aprofundar a análise desse complexo fenômeno, convém focalizar especificamente uma das formas do comércio eletrônico de consumo. Por essa visão, a segunda parte deste trabalho tem por objetivo descrever de modo realista e prático as operações realizadas por intermédio daquela que se identifica como a forma mais peculiar e inovadora da negociação via Internet: a compra e venda a partir do contato viabilizado pelos *sites* de intermediação, também conhecidos popularmente como “*sites* de leilão”.

335

³³⁴ CASTELLS, Manuel. **A galáxia da Internet: reflexões sobre a Internet, os negócios e a sociedade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003. p. 65.

³³⁵ Cf. O *site* Consultor Jurídico, <<http://conjur.estadao.com.br>>, artigos intitulados: “Leilão na rede: *sites* não são responsáveis pelos negócios que promovem”, por Marco Brasil, 29 de junho de 2004; “Segurança na compra: *site* de leilão deve verificar dados fornecidos pelo vendedor”, por Giordani Rodrigues, em 1º de julho de 2004, e “Leilão virtual: *site* é responsável pelos produtos que anuncia”,

Esperando contribuir na busca de fundamentos doutrinários que auxiliem a distribuição equitativa dos benefícios trazidos pela utilização da tecnologia telemática na comercialização de produtos e serviços, procura-se abordar tal prática comercial à luz da dogmática contratual contemporânea, com especial enfoque na tutela do consumidor e particular atenção às características desse fenômeno típico da nova economia, referida na primeira parte.

O comércio eletrônico parece estar consolidando-se, em larga escala, mediante a utilização de *sites* especializados em aproximar vendedores e compradores, intermediando os respectivos negócios. Existem, evidentemente, os *sites* de comércio eletrônico promovidos por empresários que ofertam produtos e serviços em nome próprio.³³⁶ Contudo, demandam especial atenção os *sites* que se apresentam, em princípio, como mero local de encontro para negociantes.

Conforme observado por Cláudia Lima Marques, fornecedores e servidores observaram que a WWW serve muito bem para plataforma de ofertas vindas de diversos consumidores que, em lances organizados, observam,

por Adriana Aguiar, em 18 de setembro de 2005. (**CONSULTOR JURÍDICO**. Disponível em: <<http://conjur.estadao.com.br>>. Acesso em: 02 nov. 2005).

³³⁶ Veja-se, por exemplo, Americanas.com (<<http://www.americanas.com.br>>), Shoptime.com (<<http://www.shoptime.com.br>>), Submarino (<<http://www.submarino.com.br>>), Livraria Cultura (<<http://www.livrariacultura.com.br>>).

visualizam e mesmo se divertem *nesse* tipo de compra.³³⁷ Em vez de criar um *site* próprio e se empenhar para torná-lo conhecido por compradores em potencial, pode o interessado ao oferecer bens ou serviços na Internet valer-se da reputação de um *site* já consolidado no mercado, que tende a aparentar maior credibilidade nesse novo ambiente.

O ambiente da Internet, como se disse, é altamente complexo, sendo difícil lidar com a informação que trafega pelo ciberespaço. Daí porque a preocupação em aprimorar mecanismos que facilitem a localização de informações e pessoas.³³⁸

Na verdade, quando se diz que a Internet proporciona o acesso

³³⁷ LIMA MARQUES, Cláudia. **Confiança no Comércio Eletrônico e a proteção do consumidor: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico**. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2004. p. 216.

³³⁸ José de Oliveira Ascensão, sobre o funcionamento dos *metatags*, ensina: “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 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.” (ASCENSÃO, José de Oliveira. **Estudos sobre Direito da Internet e da Sociedade da Informação**. Coimbra: Almedina, 2001. p. 213).

irrestrito à oferta de bens e serviços em escala global, não se pode deixar de considerar que, exatamente por existirem tantas possibilidades, são indispensáveis mecanismos que facilitem a localização do que se necessita.³³⁹ Os mecanismos de busca baseiam-se em critérios de seleção que não são neutros, assim como neutro também não costuma ser o propósito de quem veicula informações na rede, seja a título comercial ou com objetivo aparentemente apenas informativo.³⁴⁰

Hoje já se observa toda uma gama de empreendedores organizados para “facilitar” a conexão e a procura no ciberespaço, sendo muito comum os

³³⁹ Assim, Cláudia Lima Marques: “Para que o comércio eletrônico se realize, o consumidor tem que conseguir achar o fornecedor e, de outro lado, o fornecedor tem que ‘achar’ seu consumidor. Daí os fornecedores geralmente adquirirem bancos de dados com os endereços eletrônicos dos consumidores e enviarem mensagens de e-mail não desejadas, ou spam, já comentados. Mas se o consumidor não recebeu um e-mail, não sabe o endereço (ou *domain name*) do fornecedor ou de seus concessionários naquele país ou no mundo, então o consumidor utilizar-se-á de serviços de buscadores.” (LIMA MARQUES, Cláudia. **Confiança no Comércio Eletrônico e a proteção do consumidor: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico**. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2004. p. 178)

³⁴⁰ Cf. Oscar Sarlo (Doutor e Professor Adjunto de Filosofia do Direito e Metodologia da Investigação Jurídica na “Universidad de la República”, Uruguai), em trabalho intitulado “Internet: instrumento axial o auxiliar en la investigación jurídica?” Sobre a pesquisa jurídica na Internet, o autor observa que pelo volume e diversidade das fontes que se encontram na Internet, é fácil imaginar a superposição de códigos em todos os níveis, que intermediam entre a fonte e o usuário (investigador). Os mais visíveis são os buscadores e metabuscadores, porém não são os únicos, tampouco os mais importantes. Quem se lança na Internet, para colocar uma fonte de informação a serviço da rede, já deve ter realizado algum tipo de disposição informática que permita manejar seus dados. O usuário desconhece com que critérios foram classificadas as fontes de um determinado país. Carecemos de transparência suficiente nesse sentido. Algum dia, todo o *site* jurídico deverá conter informações ao estilo das que hoje se encontram nos produtos alimentícios, para que o usuário saiba ao que se ater. Hoje o usuário se encontra com uma informação cuja geração não se sabe como foi produzida. (SARLO, Oscar. Internet: ¿instrumento axial o auxiliar en la investigación jurídica?. Derecho Informático. Tomo I. **Revista: Instituto de Derecho Informático**, Facultad de Derecho. Universidad de la República, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2001)

chamados “buscadores”, como o **Google.com**, **Altavista.com**,³⁴¹ **Yahoo.com**,³⁴² aparentemente gratuitos, mas que na realidade lucram, no mínimo, por intermédio de anúncios publicitários. Exatamente por não ser fácil encontrar algo na Internet que se destacam os *sites* dedicados a aproximar fornecedores e os potenciais destinatários de suas ofertas. A idéia de um *site* especializado como ponto de encontro na Internet, de certa forma, lembra o fenômeno das feiras, onde os mercadores incrementavam seus negócios aproveitando-se da aglomeração de pessoas nos santuários.³⁴³

Para a investigação jurídica acerca dessa forma de comércio eletrônico de consumo, constituída a partir de um *site* como ponto de encontro para realização de negócios, mostra-se conveniente, do ponto de vista metodológico, tomar como referência a atividade daquele que se apresenta como “o *site* de comércio eletrônico mais acessado na América Latina e o segundo maior em todo o mundo, atrás somente do parceiro eBay”: **MercadoLivre**.³⁴⁴

³⁴¹ Cf. <<http://www.altavista.com>>

³⁴² Cf. <<http://www.yahoo.com>>

³⁴³ Sobre a relação entre as feiras medievais e os estabelecimentos comerciais, ver MIGUEL, Paula Castello. O estabelecimento comercial. Trabalho agraciado com “Menção Honrosa” no “Prêmio Tullio Ascarelli – 1998”. **Revista de Direito Mercantil**, São Paulo, v. 118, p. 7, abr.-jun. 2000.

³⁴⁴ Segundo consta no tópico “Dados-chave”, com informações atualizadas em março de 2005, o MercadoLivre é “o *site* de comércio eletrônico mais acessado na América Latina e o segundo maior em todo o mundo, atrás somente do parceiro eBay (Fonte: comScore Media Metrix)”. A companhia está presente em nove países latino americanos: Argentina, Brasil, Chile, Colômbia, Equador, México, Peru, Uruguai e Venezuela. Atualmente, o *site* conta com mais de 7 milhões de usuários registrados,

Além do sugestivo nome “MercadoLivre”, a opção deve-se ao fato de se tratar de um dos principais empreendimentos de comércio eletrônico em massa, amplamente conhecido no Brasil.³⁴⁵ Justifica-se, também, pela constatação de que esse empreendimento vem sendo alvo de um número cada vez maior de demandas judiciais, nas quais consumidores insatisfeitos sustentam seu dever de indenizar em caso de insucesso nas negociações intermediadas.³⁴⁶

que compram e vendem artigos agrupados em mais de 2 mil categorias e subcategorias. A média mensal de visitantes únicos do MercadoLivre é de 20 milhões, com mais de 900 milhões de páginas visitadas. (Fonte: comScore Media Metrix). Estão listados no *site* mais de 1 milhão de produtos. Em 2004, mais de 1 milhão de usuários movimentaram por meio do *site* um valor superior a US\$ 425 milhões. Do total, 20% foi negociado na Argentina, 20% no México e cerca de 50% no Brasil. Todos os meses, mais de 800 mil transações são fechadas por meio da plataforma. Apesar de popularmente conhecido como “*site* de leilões”, 80% dos produtos são vendidos a preço fixo e 70% dos artigos são novos. As maiores categorias do *site* são Informática; Eletrônicos, Áudio e Vídeo; Celulares e Telefonia; Carros, Motos e Outros Veículos; Esportes e *Fitness*; *Games* e Instrumentos Musicais. No MercadoLivre são vendidos: “um celular a cada dois minutos, 406 moedas de coleção por dia, um notebook a cada 10 minutos, dois televisores por hora, um livro a cada três minutos”.

(MERCADOLIVRE. Dados-chave. Disponível em:

http://www.mercadolivre.com.br/brasil/ml/p_loadhtml?as_menu=MPRESS&as_html_code=SML_05). Acesso em: 07 ago. 2005)

³⁴⁵ Sobre a história do MercadoLivre, informa o *site*: “O plano de negócios do MercadoLivre foi iniciado em março de 1999 nos Estados Unidos, enquanto Marcos Galperin terminava seu mestrado na Universidade de Stanford. Rapidamente, a companhia se espalhou pelos seguintes países: Argentina, Brasil, Colômbia, Chile, Equador, México, Peru, Uruguai e Venezuela. O MercadoLivre recebeu duas rodadas de financiamento. A primeira, em novembro de 1999, representou um montante de US\$ 7,6 milhões e incluiu os investidores JP Morgan Partners, Flatiron Fund e Hicks, Muse, Tate & Furst. Já a segunda rodada aconteceu em maio de 2000 e trouxe à companhia US\$ 46,5 milhões, por meio de Goldman Sachs, Fondo CRI Banco Santander Central Hispano, GE Equity, JP Morgan e Hicks, Muse, Tate & Furst. Em outubro de 2001, o MercadoLivre foi a primeira e única empresa na América Latina a firmar acordo estratégico com o eBay, que se tornou o principal acionista da companhia. Como parte deste acordo, o MercadoLivre adquiriu 100% da subsidiária do eBay no Brasil: o antigo Ibaraz. Atualmente, o eBay é o *site* de compra e venda líder em todo o mundo.”

(MERCADOLIVRE. História. Disponível em:

http://www.mercadolivre.com.br/brasil/ml/p_loadhtml?as_menu=MPRESS&as_html_code=SML_03). Acesso em: 07 ago. 2005)

³⁴⁶ A propósito, veja-se notícia veiculada no *site* do Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (<<http://www.idec.org.br>>), veiculada em 24 de Agosto de 2005: “Site Mercado Livre é condenado por não entregar produto. O *site* de vendas Mercado Livre terá de ressarcir uma consumidora por não

Em pesquisa na Promotoria de Justiça de Defesa do Consumidor de Porto Alegre, por exemplo, foi constatada a existência de inquérito civil público,³⁴⁷ instaurado a partir de reclamação apresentada por consumidor contra o *site* MercadoLivre, alegando ter sido lesado em operação concretizada por meio desse novo sistema de negócio. Após realizar depósito bancário para a aquisição de determinado produto, anunciado por usuário credenciado no *site*, o consumidor aguardou em vão a entrega da mercadoria, sem que se mostrasse viável demandar o vendedor inadimplente.

Nos autos do inquérito civil, o investigado MercadoLivre defende-se alegando que seu negócio consiste em disponibilizar espaço a particulares e

cumprir a promessa de entregar o produto que ela comprou. A decisão é do juiz da 33ª Vara Cível de Belo Horizonte, José Antônio Braga. O juiz julgou o pedido parcialmente procedente e condenou o *site* a indenizar a consumidora em R\$ 205 por danos materiais. Cabe recurso. A estudante comprou um mini gravador através do *site* de vendas no dia 15 de junho de 2004. Pagou pela mercadoria R\$ 193, com preço do sedex incluso. Porém, em casa, o gravador apresentou problemas. As informações são do TJ-MG. A estudante entrou em contato com o *site* e com o vendedor. Foi combinado que ela enviaria o gravador para São Paulo e receberia de volta um produto novo, o que não aconteceu. Inconformada, a estudante entrou em contato novamente e descobriu que o vendedor foi desabilitado pelo *site*. Sem alternativa, a estudante ajuizou Ação Redibitória cumulada com pedido de indenização contra o *site* e o vendedor. Em sua defesa, o Mercado Livre alegou que apenas disponibiliza um espaço para oferta de bens e que a finalização do negócio é feita entre comprador e vendedor. Além disso, sustentou que fornece serviço e não produtos. Também disse que não recebeu nenhum lucro pelo negócio, não podendo figurar como réu no processo. Como o vendedor não foi encontrado, a empresa foi condenada ainda a pagar custas processuais e os honorários advocatícios. Para o juiz, 'se há falhas e o serviço se torna defeituoso, não fornecendo a segurança necessária e esperada pelos clientes, a empresa deve responder pelos danos causados, mormente em se tratando de serviço e eletrônico'. Os danos morais foram julgados improcedentes.' (IDEC. **Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor**. Disponível em: <<http://www.idec.org.br>>. Acesso em: 02 nov. 2005)

³⁴⁷ Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, Promotoria de Defesa do Consumidor, Porto Alegre, Inquérito civil instaurado a partir da Portaria n.º 101/2005, de 12 de abril de 2005, do 3.º Promotor de Justiça Rossano Biazus.

empresas para veiculação, por intermédio da rede mundial de computadores, de produtos à venda, “fomentando negócios que de outra forma não se realizariam”.³⁴⁸ Explica que, ao se cadastrar, o usuário, seja comprador ou vendedor, é informado de que o objeto do serviço prestado pelo *site* consiste em “ofertar ao usuário um espaço para que anuncie à venda produtos ou serviços dos quais tenha a faculdade de vender e/ou adquirir de outros usuários bens ou serviços por eles anunciados”.³⁴⁹

Qualquer pessoa, física ou jurídica, pode cadastrar-se como usuário desse serviço, devendo, para tanto, ofertar alguns dados pessoais e eleger um nome de usuário ou apelido. É solicitada a leitura dos “Termos e Condições Gerais de Uso”, que traçam as diretrizes de uso das ferramentas, estabelecem limites, explicitam o objeto, as responsabilidades das partes e outros aspectos do negócio. Assim, manifestando a ciência e anuência com os termos e condições, mediante o *click* de um botão, pode o usuário inserir anúncios de produtos que pretenda vender (incluindo descrição, preço, foto, etc., a serem visualizados por quem navegar nas páginas do MercadoLivre) ou manifestar interesse em adquirir

³⁴⁸ A tese do MercadoLivre é sustentada pelo advogado Marco Brasil no artigo “Leilão na rede: *sites* não são responsáveis pelos negócios que promovem”, veiculado em 29 de julho de 2004 no *site* Consultor Jurídico, <<http://conjur.estadao.com.br>>. (BRASIL, Marco. Leilão na rede: *sites* não são responsáveis pelos negócios que promovem. Disponível em: <<http://conjur.estadao.com.br>>. Acesso em: 02 nov. 2005)

Cf. **MERCADOLIVRE**. Termos e Condições Gerais de Uso do MercadoLivre. Disponível em: <http://www.mercadolivre.com.br/seguro_terminos.html>. Acesso em: 02 nov. 2005.

algo anunciado.

O interessado na aquisição de algum produto oferecido recebe do MercadoLivre informações pessoais sobre o vendedor (nome, completo, telefone e endereço eletrônico). Ao usuário vendedor também é enviada uma mensagem informando os dados do usuário interessado. A partir disto, as partes finalizam a negociação, sem a intervenção do *site*.

Nos autos do mencionado inquérito civil, o MercadoLivre alega, em síntese, que:

Não é fornecedor de produtos, mas apenas de serviços, porque não estoca produtos, não anuncia produtos seus à venda; tampouco recebe importâncias a título de preço dos produtos;

Sua atividade se aproxima, analogicamente, da que os jornais desempenham com suas seções de classificados, isto é, disponibilizar um espaço para que vendedores anunciem e compradores localizem o que buscam;

Recebe uma porcentagem sobre o preço do produto negociado, cobrada do usuário vendedor;

O contrato, quanto à remuneração, mais se assemelha à corretagem, pois o corretor também aproxima o vendedor do comprador, auferindo uma comissão caso o negócio se efetive, sem garantir, contudo, as condições do imóvel ou a capacidade do comprador para pagar;

O conteúdo inserido nos anúncios é de responsabilidade exclusiva do anunciante vendedor;

Segue citação:

Não há condições de averiguar se o produto anunciado corresponde de fato às descrições nele deixadas, se o anunciante de fato tem o produto, se vai mesmo entregá-lo e aí por diante.³⁵⁰

³⁵⁰ Transcrição literal da manifestação apresentada pelo MercadoLivre.com nos autos do referido inquérito civil público, juntada em folhas 13-17, com data de 02 de maio de 2005, *verbis*: “[...] Por primeiro, vale apresentar o MercadoLivre.com e especificar sua atividade de negócio, com algumas breves considerações sobre a natureza jurídica da mesma. MercadoLivre.com mantém um *site* na Internet que disponibiliza espaço para terceiros, particulares ou empresas, anunciarem produtos seus à venda. Esses anúncios, veiculados na rede mundial de computadores, podem ser visualizados por pessoas em todos os cantos do país, fomentando assim negócios que de outra forma jamais aconteceriam. Eis a descrição do objeto do contrato de uso que cada usuário, seja comprador, seja vendedor, seja atuando indiferentemente como um ou como outro, é convidado a assinar ao cadastrar-se: ‘Os serviços ... consistem em ofertar ao Usuário um espaço para que anuncie à venda produtos ou serviços dos quais tenha a faculdade de vender e/ou adquirir de outros usuários bens ou serviços por eles anunciados.’ Qualquer pessoa, física ou jurídica, pode cadastrar-se como usuário desse serviço, devendo, para tanto, ofertar alguns dados pessoais e elegendo um nome de usuário, ou apelido. Em seguida, é solicitado que ela leia os Termos e Condições Gerais de Uso já mencionados, que traçam as diretrizes do uso das ferramentas, estabelecem limites, explicitam o objeto, as responsabilidades das partes e outros aspectos do negócio. O candidato a usuário do *site* é convidado, então, a clicar em um botão manifestando sua ciência de e anuência a todos esses termos e condições. Na seqüência, já como usuário do *site*, ele pode usufruir dos serviços disponibilizados pela contestante, ou seja, inserir anúncio de produtos que pretenda vender (incluindo descrição, preço, foto, etc e que serão visualizados por todos quantos naveguem pelas páginas da empresa) ou manifestar interesse em algo que esteja anunciado. Caso se interesse por comprar algo a empresa torna conhecido a ela, através de uma tela de computador os dados pessoais (nome completo, telefone e endereço eletrônico) do usuário vendedor; de forma semelhante, uma mensagem é remetida para o usuário vendedor, só que com os dados do comprador. Ambos são, assim, convidados a finalizarem a negociação pessoalmente, diretamente, **sem mais a intervenção do site**. Note-se, portanto, que no que tange à natureza da relação, **a atividade comercial do MercadoLivre.com aproxima-se, analogicamente, da que os jornais desempenham com suas seções de classificados**, já que, em resumo, se trata da disponibilização de um espaço para que vendedores anunciem e compradores localizem o que buscam. Esta aproximação é patente e publicamente conhecida, como se pode depreender, por exemplo, da matéria publicada no Jornal da Tarde de São Paulo - SP, em 1º de fevereiro de 2005, onde se lê: ‘Eles [os *sites* de compra e venda, modelo explorado pela contestante] são apenas intermediários no negócio, como os classificados de jornais’, explica Dante Kimura, diretor de Programas Especiais da Fundação Procon. Ou seja: põe o vendedor e comprador em contato, sem interferir na negociação”. Matéria do Jornal Folha de São Paulo, de 23 de março de 2005, notícia, sob a manchete ‘Segundo Procon, falta de pagamento e problemas na entrega não são responsabilidade dos *sites*: ‘O diretor de programas especiais da entidade [Fundação Procon-SP], Dante Kimura explica que ‘a atuação do site é semelhante a de uma revista que expõe anúncios de lojistas variados. Se o produto tiver problemas, a culpa é do vendedor, não da revista.’ De fato, o conteúdo inserido nos anúncios é de responsabilidade exclusiva do anunciante vendedor. Não há condições

Quanto ao caso específico do reclamante do mencionado inquérito civil, o MercadoLivre defendeu-se alegando negligência em relação às recomendações de segurança prestadas pela empresa, porque o consumidor ter-se-ia lançado a negociar com usuário vendedor sem qualquer venda registrada no *site, verbis*:

No afã de ter em mãos produto de tecnologia de ponta por preço evidentemente baixo demais, anuiu com a sugestão de pagar o preço do produto antes de o haver recebido. Essa prática é veementemente desaconselhada pelo empresa, que colocou a disposição do consumidor um serviço denominado MercadoPago. Através desse serviço, poderia ele ter pago não ao vendedor, mas ao MercadoPago, que repassaria o dinheiro ao vendedor apenas quando o comprador manifestasse haver recebido o produto. Portanto, agiu o consumidor de forma incauta, atraindo para si o malogro que noticia.³⁵¹

de o *site* averiguar se o produto anunciado corresponde de fato às descrições ali deixadas, se o anunciante de fato tem aquele produto, se vai mesmo entregá-lo e aí por diante. Este ponto está suficientemente claro nos termos e condições gerais de uso (vide cláusula 11). Note-se que a contestante não estoca produtos, não anuncia produtos seus à venda, não recebe nenhuma importância à guisa de preço dos produtos. Não se insere, portanto, no conceito de fornecedor de produtos, mas única e tão-somente no de fornecedor de serviços. Como é remunerado o serviço prestado pela contestante? As partes que realizam uma negociação através do *site* são chamadas a informar qual foi o seu termo, alguns dias após a finalização da fase 'no site'. Caso a informação seja de que a transação chegou a efeito, a contestante emite uma cobrança contra o vendedor, solicitando um percentual sobre o preço envolvido. Assim, quanto à remuneração o contrato que mais se aproxima do que os usuários da contestante firmam com ela é o de corretagem, pois o corretor também aproxima vendedor do comprador, auferindo uma comissão caso o negócio se efetive, contudo sem prestar garantia sobre condições do imóvel ou capacidade do comprador para pagar, por exemplo. Pelas razões acima aduzidas, não é o MercadoLivre.com a parte competente para responder pelo malogro que o consumidor noticia." (todos os grifos são do original).

³⁵¹ Fl. 16 do mencionado Inquérito Civil Público.

Para entender melhor a proposta negocial do empreendimento em questão, vale analisar o conteúdo de seus “Termos e Condições Gerais”.

3.1) OS “TERMOS E CONDIÇÕES GERAIS” DO *SITE* DE INTERMEDIACÃO

O internauta que navega pelo *site* do MercadoLivre, caso deseje utilizar os serviços “para compra e venda de bens, produtos e serviços” nele oferecidos, deverá, antes de seu cadastro como usuário, ler e certificar-se de haver entendido e aceitar todas as condições estabelecidas nos “Termos e Condições Gerais”³⁵² e nas “Políticas de Privacidade”,³⁵³ assim como nos demais documentos incorporados aos mesmos por referência. Tal circunstância, do ponto de vista jurídico, não impressiona e tampouco serve como escudo contra o regime de proteção ao consumidor dos serviços prestados.

É exatamente nas condições gerais contratuais dos *sites* de leilões *on-line* que Cláudia Lima Marques identifica os principais problemas do

³⁵² Cf. **MERCADOLIVRE**. Termos e Condições Gerais de Uso do MercadoLivre. Disponível em: <http://www.mercadolivre.com.br/seguro_terminos.html>. Acesso em: 02 nov. 2005.

³⁵³ Cf. **MERCADOLIVRE**. Políticas de Privacidade. Disponível em: <http://www.mercadolivre.com.br/org-img/html/MLB/seguro_privacidad.html>. Acesso em: 02 nov. 2005.

comércio eletrônico, tendo em vista, por exemplo, as estipulações a respeito da responsabilidade pela proteção dos dados pessoais dos consumidores.³⁵⁴

a) Controle da equidade contratual nos contratos de massa

A prefixação de todo o conteúdo do contrato, ou de parte deste, de maneira unilateral e uniforme somente por uma das partes contratantes não passou despercebida aos estudiosos do direito, existindo duas expressões para descrever essa realidade. Conforme ensina Cláudia Lima Marques, prefere a doutrina germânica, de um lado, a expressão “condições gerais dos contratos”, ou na tradução de Portugal, “cláusulas gerais contratuais”, de outro, a doutrina francesa utiliza a expressão “contrato de adesão”.³⁵⁵

Cediço na doutrina que as condições gerais, de um lado, simplificam e aceleram a conclusão dos negócios individuais, garantindo em princípio a uniformidade de tratamento entre os clientes. Por outro lado, apresentam notórias desvantagens aos destinatários que a elas se submetem, especialmente em razão da impotência diante do poder econômico, da lentidão da

³⁵⁴ LIMA MARQUES, Cláudia. **Confiança no Comércio Eletrônico e a proteção do consumidor: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico**. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2004. p. 217.

³⁵⁵ LIMA MARQUES, Cláudia. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das declarações contratuais**. 5. ed. atual. e ampl., incluindo mais de 1.000 decisões jurisprudenciais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 56.

justiça estatal, dos pequenos valores patrimoniais lesados, fatores estes que favorecem o abuso de uns e a inércia de outros.³⁵⁶

As técnicas de contratação em massa, por meio de fórmulas estereotipadas, já são objeto de preocupação de nosso legislador. O artigo 54 do Código de Defesa do Consumidor define expressamente **contrato de adesão** como aquele contrato “cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor do produto ou serviço, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo”.³⁵⁷

O Código Civil Brasileiro de 2002, por sua vez, estabelece em seu artigo 423 que, quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever ser adotada a interpretação mais favorável ao aderente.

³⁵⁶ Cf., LÔBO, Paulo Luiz Neto. **Condições gerais dos contratos e cláusulas abusivas**. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 18-19. Veja-se, também, POLO, Eduardo. **Protección del contratante débil y condiciones generales de los contratos**. Madrid: Editorial Civitas, 1990.

³⁵⁷ Sobre as características dos contratos de adesão, esclarece Cláudia Lima Marques: “O consumidor se limita a aceitar em bloco (muitas vezes sem sequer ler completamente) as cláusulas, que forma unilateral e uniformemente pré-elaboradas pela empresa, assumindo, assim, um papel de simples aderente à vontade manifestada pela empresa no instrumento contratual massificado, restando-lhe a mera alternativa de aceitar ou rejeitar o contrato (*take it or leave it*), não podendo modificá-lo de maneira relevante. O consentimento do consumidor manifesta-se por simples adesão ao conteúdo preestabelecido pelo fornecedor de bens e serviços. Destacam-se como características do contrato de adesão: 1) a sua pré-elaboração unilateral; 2) a sua oferta uniforme e de caráter geral, para um número indeterminado de futuras relações contratuais; 3) seu modo de aceitação, em que o consentimento se dá por simples adesão à vontade manifestada pelo parceiro contratual economicamente mais forte.” (LIMA MARQUES, Cláudia. **Comentários ao código de defesa do consumidor: Arts. 1.º a 74: aspectos materiais**. Cláudia Lima Marques, Antônio Herman V. Benjamin, Bruno Miragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 714-715)

Além disso, comina a nulidade das cláusulas nos contratos de adesão que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio (Art. 424).

A generalizada aceitação pela parte aderente nos contratos de adesão sem levar em conta o conteúdo das respectivas cláusulas contratuais gerais, para o autor português Joaquim de Souza Ribeiro, decorre mais de uma desmotivação do aderente em conhecer e pesar com rigor os riscos a que se submete, que de uma impossibilidade de exercer efetivamente a sua autonomia negocial. Afirma o autor, *verbis*:

[...] Os próprios processos de preparação e de tomada de decisão negocial envolvem custos – os custos de transação – que têm que ser compatibilizados no cálculo das utilidades. E a decisão de investir tempo e recursos na exacta compreensão do alcance vinculativo das ccg (cláusulas contratuais gerais) e na procura de condições mais favoráveis não foge a esse critério de racionalidade econômica. Deste ponto de vista, ao externalizarem custos transactivos adicionais para a esfera do aderente, as ccg colocam-no, por isso mesmo, numa situação de vulnerabilidade, pois deixa de fazer sentido, por desproporcionada aos resultados a alcançar, a aquisição de conhecimentos necessários – quanto aos problemas e riscos de execução, o conteúdo das cláusulas que os regulam e o seu confronto com as disposições legais que elas afastam – para a defesa autónoma dos interesses próprios. Numa atitude inteiramente racional, o aderente concentra-se nos dados facilmente consciencializáveis, com reduzidos custos e vantagens compensadoras (a relação prestação-preço, designadamente), desinteressando-se da ponderação dos efeitos das cláusulas preformuladas [sic], com um alto grau de opacidade, para regular questões periféricas em relação ao interesse contratual nuclear.³⁵⁸

³⁵⁸ RIBEIRO, Joaquim de Souza. **O problema do contrato: as cláusulas gerais e o princípio da liberdade contratual**. Coimbra: Livraria Almedina, 2003. p. 349-353. (Coleção Teses).

Assim, tendo o crescimento da indústria e a utilização generalizada dos contratos de adesão acentuado o perigo de abuso de poder econômico na imposição de cláusulas injustas aos particulares, consolidou-se na doutrina jurídica a “consciência de que a liberdade contratual de muitos pode ser destruída pela liberdade contratual de poucos, anulando-se a justa distribuição dos riscos”.

359

b) Contratos do comércio eletrônico com consumidores

Na realidade do comércio eletrônico, é fundamental levar em conta que, afora a inviabilidade de negociação sobre as disposições contratuais, age o consumidor impulsionado por um verdadeiro fascínio em relação à experiência dessa nova forma de contratação, em razão de seu ineditismo e da possibilidade tentadora de ampliar as oportunidades de negócio. O ciberespaço, em razão das características antes apontadas, em especial o fenômeno da virtualidade, é território fértil para “processos de mercado por meio de armadilhas lúdicas”, a ele se aplicando particularmente as considerações de Maria Cristina Cereser Pezzella.

³⁵⁹ MONTEIRO, António Pinto. **Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil**. Coimbra: Separata do volume XXVIII do Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, 1985. p. 74.

Verbis:

A sociedade contemporânea caracteriza-se por uma série de circunstâncias e facilidades para o consumo de bens e serviços. Os consumidores, por vezes, não conhecem todos os produtos que são postos à disposição. O desenvolvimento de mecanismos diferenciados para despertar a atenção dos consumidores potenciais tem sido a tônica por parte dos fornecedores de bens e serviços. Existem produtos que têm em essência uma tipologia muito parecida e atingem o mesmo público-alvo, o preço semelhante, a eficiência, a distribuição, a qualidade bem aceita, e por isso mesmo o mecanismo de diferenciação passa a ser a forma como este produto é posto no mercado consumidor. O método utilizado para colocar um produto no mercado constitui o fator determinante. A publicidade e a venda do produto passam a ser secundárias e o que é repassado ao consumidor é a idéia de uma brincadeira da qual ele fará parte e, ainda, levará consigo o produto desejado como um complemento, e não o fator que faz desencadear o consumo. Esse método faz despertar a criança que existe em cada um de nós, e que ainda é a melhor aliada dos produtores de bens e serviços, sendo assim os mecanismos para atingir a criança (para que ela inicie uma brincadeira ou deixe o seu estado de inércia), ainda é, em essência, o mesmo método que faz despertar os adultos para consumir.³⁶⁰

De fato, os *sites* promotores de comércio eletrônico têm interesse em estimular ostensivamente à adesão a esse tipo de negócio, valendo-se inclusive de inúmeras técnicas de *marketing*, tendo em vista que lucram sob a forma de comissão sobre as operações concretizadas.

³⁶⁰ Assim, PEZZELLA, Maria Cristina Cereser. **A eficácia jurídica do consumidor: o poder do jugo na publicidade: um estudo de caso.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004. p. 69.

Tal circunstância, por si só, já se mostra suficiente para afastar a analogia entre esse tipo de serviço e a venda de espaço para ofertas em classificados de jornais, vez que, nestes últimos, o preço é fixo, conforme o tamanho da oferta, não tendo relação com o valor do negócio eventualmente concretizado. Em contrapartida, de forma bem mais discreta, pretendem exonerar-se de qualquer tipo de responsabilidade pelos riscos dessa nova atividade.

Essa desproporção facilmente leva o consumidor a negócios muito arriscados, sem se dar conta que os meios tradicionais de tutela jurídica, em razão da dificuldade e dos custos para identificar e alcançar os fornecedores, pouquíssima efetividade oferecem nesse novo canal de comercialização. A racionalidade do consumidor guia-se pela aparência do apelo negocial³⁶¹, na

³⁶¹ Conforme Cláudia Lima Marques, a jurisprudência está demonstrando uma tendência de valorizar as informações prestadas, mesmo que por intermédio da marca ou aparência, e tirando compensando a vulnerabilidade intrínseca do papel do consumidor. Prova disto é o *leading case* citado pela autora envolvendo diretamente o comércio eletrônico (caso de compra de Palio *on-line*: REsp 363939/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 04 de junho de 2002, DJ 01 de julho de 2002 p. 338): “Consumidor. Recurso especial. Publicidade. Oferta. Princípio da vinculação. Obrigação do fornecedor. - O CDC dispõe que toda informação ou publicidade, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, desde que suficientemente precisa e efetivamente conhecida pelos consumidores a que é destinada, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar, bem como integra o contrato que vier a ser celebrado. - Constatado pelo eg. Tribunal a quo que o fornecedor, através de publicidade amplamente divulgada, garantiu a entrega de veículo objeto de contrato de compra e venda firmado entre o consumidor e uma de suas concessionárias, submete-se ao cumprimento da obrigação nos exatos termos da oferta apresentada. - Diante da declaração de falência da concessionária, a responsabilidade pela informação ou publicidade divulgada recai integralmente sobre a empresa fornecedora. (LIMA MARQUES, Cláudia. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das declarações contratuais**. 5. ed. atual. e ampl., incluindo mais de 1.000 decisões jurisprudenciais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 334).

expectativa de que o Direito possa oferecer garantias ³⁶² e mecanismos protetivos contra comportamentos oportunistas contrários aos princípios da boa-fé objetiva e da probidade.³⁶³

Para constatar que o comércio eletrônico potencializa a prática do consumo inesperado, emocional, em cadeia e pouco refletido basta observar o comercial televisivo do próprio MercadoLivre.com, também acessível no *site* <<http://www.mercadolivre.com.br/pinda>>, sobre a história de um engenheiro, de 36 anos de idade, chamado Heitor. Conforme resume o *site*, “Navegando no MercadoLivre, Heitor conseguiu as meias do seu ídolo Pinda, e como a compra foi rápida e segura, ficou encantado com outras ofertas e acabou comprando de

³⁶² Utiliza-se aqui a noção de “garantia” referida por Carlos Ferreira de Almeida como “elemento da relação jurídica”. A garantia, afirma o autor, é definida como “conjunto de *meios* sancionatórios a adotar o Estado, por intermédio dos seus tribunais, contra o sujeito do dever jurídico, quando ele não cumpre espontaneamente, observando o comportamento devido” e também enquanto “faculdade que tem o titular dum direito de o tornar efetivo” ou, de maneira mais genérica, como “tutela específica que o Direito confere a uma relação social” (FERREIRA DE ALMEIDA, Carlos. **Texto e Enunciado na Teoria do Negócio**. Coimbra: Livraria Almedina, 1992. p. 548. v. I e II).

³⁶³ Conforme frisa Cláudia Lima Marques, em tempos pós-modernos, adquirem relevância jurídica elementos sociais e antropológicos externos ao contrato ou prévios. Citando Heinz Kötz, a autora identifica no fator “pressão” a origem das normas sobre o direito de reflexão, o direito de arrepender-se sem causa dos contratos concluídos sobre a pressão das vendas diretas, das normas que impõem um grande formalismo informativo para o consumidor. Tenta-se proteger o consumidor de sua “condição de inferioridade, de leigo, de vulnerável”. São normas que se destinam a protegê-lo “da pressão do *marketing*, dos métodos de venda, do consumismo exagerado, do superendividamento, das posições monopolistas dos fornecedores, das novas necessidades criadas pela sociedade de consumo”. Disso decorre que, “encontrando-se um dos contratantes em posição vulnerável de pressionado, em posição estruturalmente submissa, o exercício de determinados direitos por parte do co-contratante profissional em posição de poder pode ser um abuso do direito ou um ato contrário aos bons costumes e à boa-fé exigida no tráfico jurídico”. (LIMA MARQUES, Cláudia. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das declarações contratuais**. 5. ed. atual. e ampl., incluindo mais de 1.000 decisões jurisprudenciais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 283).

tudo.”

Vale transcrever parte da narração do texto comercial:

- Heitor: “Eu tava navegando no MercadoLivre.com e, de repente: Nossa! As meias do Pinda! Ah, era tudo que eu precisava!”

- Heitor (no dia seguinte diante das meias): “Isso aí eu não vou lavar. Precisamos de uma máquina nova.”

- Heitor (na seqüência): “Ela faz tudo sozinha, tô com tempo livre. Vou comprar uma TV 42 polegadas e, com essa TV, preciso de um *home theater*. A casa ficou pequena, daí comprei outra casa, com jardim, garagem. Comprei um carro e tá resolvido.”

- Um amigo que passa vem frente à casa: “Heitor! Não acredito!”

- Heitor: “Viu só?!”

- Amigo: “As meias do Pinda!”

- Heitor: “Ah, ééé!! Consegui no MercadoLivre.”

- Locutor: “Sempre que você precisar, MercadoLivre.com.”³⁶⁴

Ora, destoa desse tipo de publicidade, concluída com a locução “sempre que você precisar, MercadoLivre.com”, a defesa baseada em cláusula

³⁶⁴ Cf. **MERCADOLIVRE**. Comercial. Disponível em: <<http://www.mercadolivre.com.br/pinda>>. Acesso em: 02 nov. 2005.

geral contratual atribuindo todos os riscos de prejuízo exclusivamente aos usuários do sistema oferecido, assim como a alegação de que a realização de pagamento ao fornecedor antes de receber o produto consubstancia negligência por parte do consumidor quanto às recomendações de segurança prestadas pelo *site*.

Nos “Termos e Condições Gerais de Uso” apresentados no *site* consta, como já referido, que seus serviços consistem “em ofertar ao Usuário um espaço para que anuncie à venda produtos ou serviços dos quais tenha a faculdade de vender e/ou adquirir de outros usuários bens ou serviços por eles anunciados”. Em outras palavras, o empreendedor do *site* está disposto a “mediar as relações, possibilitando aos usuários travarem conhecimento uns dos outros e permitindo que eles negociem entre si diretamente, sem sua intervenção na finalização dos negócios”, considerando-se “uma espécie de ponto de encontro entre o comprador e o vendedor”, sem participar das transações que entre eles se realizem.

No mecanismo negocial, os interessados na compra de um determinado produto anunciado no MercadoLivre podem enviar propostas durante o prazo estipulado pelo usuário vendedor ou até acabar o estoque. Após dar um lance em um produto ou manifestar interesse de comprá-lo por meio das ferramentas do *site*, o usuário comprador obriga-se a contatar o usuário vendedor e completar a transação, atendendo às condições de venda descritas no anúncio,

salvo se a negociação esteja proibida por lei ou pelos “Termos e Condições Gerais e Anexos”.

A proposta de compra do usuário é considerada irrevogável, salvo em circunstâncias excepcionais, tais como se o vendedor modificar substancialmente a descrição do produto depois da oferta, se existir um evidente erro de digitação ou se não puder verificar a identidade do vendedor. O usuário vendedor, por sua vez, “obriga-se a entrar em contato com o usuário comprador para finalizar a transação sempre que tenha recebido lances em seus anúncios pela modalidade leilão, depois de expirado o prazo do anúncio e sempre que haja recebido um lance em um anúncio por preço fixo”.³⁶⁵ Admite-se o cancelamento da venda pelo usuário vendedor quando: “não houver acordo sobre a forma de pagamento ou prazo de entrega; não for possível verificar a verdadeira identidade ou as informações do usuário comprador; houver evidente erro de digitação ao cadastrar preço ou quantidade do produto anunciado”.³⁶⁶

Concretizada uma negociação, o usuário vendedor deve pagar comissão equivalente a uma porcentagem sobre a venda ao MercadoLivre, sendo

³⁶⁵ Cf. **MERCADOLIVRE**. Comercial. Disponível em: <http://www.mercadolivre.com.br/org-img/html/MLB/seguro_terminos.html>. Acesso em: 02 nov. 2005.

³⁶⁶ Cf. **MERCADOLIVRE**. Comercial. Disponível em: <http://www.mercadolivre.com.br/org-img/html/MLB/seguro_terminos.html>. Acesso em 02 nov. 2005.

estabelecido que tal comissão também é devida nos casos de não concretização do negócio por responsabilidade do usuário vendedor. É ressaltado, também, que o “MercadoLivre não é proprietário dos produtos oferecidos, não guarda a posse deles e não realiza as ofertas de venda”. Tampouco “intervém na entrega dos produtos cuja negociação se iniciem no *site*”. Além disto, não se responsabiliza pela “existência, quantidade, qualidade, estado, integridade ou legitimidade dos produtos oferecidos, adquiridos ou alienados pelos Usuários, assim como pela capacidade para contratar dos Usuários ou pela veracidade dos Dados Pessoais por eles inseridos em seus cadastros”.³⁶⁷

O MercadoLivre ressalva, ainda, que “não outorga garantia por vícios ocultos ou aparentes nas negociações entre os Usuários”, cabendo a cada usuário conhecer e aceitar “ser o único responsável pelos produtos que anuncia ou pelas ofertas que realiza”. Nesses termos, pretende não ser responsabilizado “pelo efetivo cumprimento das obrigações assumidas pelos Usuários”, impondo ao usuário reconhecer e aceitar que “ao realizar negociações com outros Usuários ou terceiros faz por sua conta e risco”, pois em nenhum caso é assumida a responsabilidade por “lucro cessante ou por qualquer outro dano e/ou prejuízo que o Usuário possa sofrer devido às negociações realizadas ou não realizadas

³⁶⁷ Cf. **MERCADOLIVRE**. Termos e Condições Gerais de Uso do MercadoLivre. Disponível em: <http://www.mercadolivre.com.br/seguro_terminos.html>. Acesso em: 02 nov. 2005.

através do MercadoLivre.” O MercadoLivre, portanto, não se responsabiliza pelas “transações entre os usuários, mesmo as firmadas com base na confiança depositada no sistema ou nos serviços prestados pelo MercadoLivre.”³⁶⁸

No que tange aos tributos, o MercadoLivre diz não se responsabilizar pelas obrigações que “sobrecariam nas atividades dos usuários do *site*”, devendo o consumidor exigir nota fiscal do vendedor em suas transações, “a menos que o Usuário vendedor esteja realizando uma venda eventual e não se adeque [sic] no conceito legal de comerciante/empresário quanto aos bens postos em negociação”. Em remate, conforme previsto nos Termos e Condições Gerais de Uso impostos pelo MercadoLivre, a responsabilidade “por todas as obrigações, sejam elas fiscais, trabalhistas, consumeristas ou de qualquer outra natureza, decorrentes das transações originadas no espaço virtual do *site* serão exclusivamente do Usuário Vendedor”.³⁶⁹ O MercadoLivre, ademais, entende não poder obrigar o usuário vendedor a honrar sua obrigação ou completar a negociação, ressaltando, contudo, a possibilidade de chamá-lo em caso de “interpelação judicial”, nos termos do artigo 70, III do Código de Processo Civil.

³⁶⁸ Cf. **MERCADOLIVRE**. Termos e Condições Gerais de Uso do MercadoLivre. Disponível em: <http://www.mercadolivre.com.br/seguro_terminos.html>. Acesso em: 02 nov. 2005.

³⁶⁹ Cf. **MERCADOLIVRE**. Termos e Condições Gerais de Uso do MercadoLivre. Disponível em: <http://www.mercadolivre.com.br/seguro_terminos.html>. Acesso em: 02 nov. 2005.

Depois de todas essas ressalvas, recomenda que “toda transação seja realizada com cautela e bom senso”, devendo o usuário “sopesar os riscos da negociação, levando em consideração que pode estar, eventualmente, lidando com menores de idade ou pessoas valendo-se de falsas identidades”. Ocorre que, somente contando com a desmotivação do aderente em conhecer e pesar com rigor os riscos a que se submete, aliada à peculiar vulnerabilidade dos usuários em decorrência das inovadoras características técnicas desse novo ambiente, é que esse tipo de empreendimento pode prosperar no mercado de consumo. Uma análise atenta ao que consta no chamado “Portal de Segurança”, verifica-se que os “conselhos e ferramentas necessárias para negociar de forma segura e confiável no MercadoLivre”, na verdade muito pouco oferecem em termos de confiabilidade no sistema negocial proposto.³⁷⁰

³⁷⁰ As orientações prestadas são basicamente as seguintes: “**1. Antes de comprar:** **A) Revise a qualificação do vendedor clicando em seu apelido:** Veja quantas qualificações positivas e negativas ele possui. **Examine o % de Qualificações Negativas** e os comentários realizados. Observe especialmente se ele recebeu qualificações como vendedor. Revise quanto tempo ele possui como membro da comunidade. Todas estas informações poderão lhe ajudar a avaliar a confiabilidade desse vendedor. **B) Leia detalhadamente a descrição do produto: Preste atenção em toda descrição oferecida,** nas fotos e outros produtos que o vendedor tenha anunciado. **Observe os diferentes meios de pagamentos e envios** que são aceitos pelo vendedor, as garantias que oferece e se existe a possibilidade de devolução. **Analise o preço do produto e compare-o** com os de outros usuários na mesma categoria. Evite comprar produtos ilegais ou perigosos. **C) Faça todas as perguntas necessárias ao vendedor:** Consulte o vendedor sobre o pagamento, envio, garantia, anúncio do produto e sobre qualquer informação que não tenha sido informada. **Faça sua oferta só quando não lhe restem dúvidas** e quando você tiver confiança no vendedor. Lembre que todas as ofertas são firmes e geram um compromisso entre as partes. *Ressaltamos que esta seção tem somente o interesse de oferecer alguns conselhos ao usuário, sem que isso assegure o êxito da negociação. O usuário conhece e aceita que ao realizar negociações com outros usuários o faz por sua conta e risco, em virtude de o MercadoLivre não ter nenhuma responsabilidade sobre as negociações realizadas pelos usuários.* **2. Depois de comprar:** **A) Antes de acertar a forma de pagamento e de envio: Verifique os dados do vendedor,** certifique-se que ele possui um telefone fixo onde você poderá localizá-lo.

A adesão a esse tipo de negócio, da maneira como é colocado pelo *site* de comércio eletrônico, induzindo o consumo mediante articulada veiculação de ofertas e, ao mesmo tempo, de forma bem menos expressiva, impondo ao usuário todos os riscos, talvez se explique pela crença dos usuários no sentido de que o Direito possa corrigir eventuais abusos.³⁷¹ De fato, no regime do Código de Defesa do Consumidor, conforme ensina Nelson Nery Júnior, toda e qualquer cláusula que contenha óbice ao dever legal de o fornecedor indenizar é considerada abusiva e, portanto, nula de pleno direito, sendo ilegítima sua inclusão no contrato de consumo. A proibição atinge a cláusula que tenha por objetivo exonerar, impossibilitar ou atenuar a responsabilidade do fornecedor pela *reparação dos danos por vícios de qualquer natureza dos produtos e*

Trate de fazer contato diretamente com o vendedor. **Utilize o sentido comum** na hora decidir o lugar do intercâmbio. **Sugerimos que utilize o MercadoPago**, a forma mais segura de comprar no MercadoLivre, especialmente **para negociações de longa distância e/ou de valores relevantes**. **Evite utilizar serviços de transferências de dinheiro** que não permitam verificar a identidade da sua contraparte. Analise bem as condições oferecidas para concretizar a compra. Confirme, sempre antes de realizar o pagamento, se o vendedor ainda pertence a comunidade. **Leia com atenção todos os e-mails que o MercadoLivre** enviar a respeito da finalização da negociação. Se utilizar o **MercadoPago** lembre de seguir todos os passos para uma negociação com sucesso. Conheça como funciona. **B) Antes de realizar um depósito bancário, leve em conta o seguinte: Sempre certifique-se que o nome do titular da conta bancária** que você irá depositar coincide com os dados de contato do vendedor que o MercadoLivre lhe enviou. Somente faça um depósito em dinheiro se a contraparte lhe inspirar confiança.” (MERCADOLIVRE. Portal de Segurança: Como comprar com segurança. <http://www.mercadolivre.com.br/brasil/ml/p_loadhtml?as_menu=CSEG&as_html_code=CSEG03> Acesso em: 10 out. 2005)

³⁷¹ Sobre a importância do paradigma da confiança na vida em sociedade, como base da atuação-ação organizada do indivíduo e a legitimidade do Direito enquanto proteção às expectativas legítimas, veja-se, por todos, LIMA MARQUES, Cláudia. **Confiança no Comércio Eletrônico e a proteção do consumidor: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico**. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2004. p. 31 e ss.

serviços (Arts. 18 e segs., CDC).³⁷²

Prova de que o negócio em questão coloca o consumidor em posição de completa insegurança quanto à defesa de seus direitos é o fato de o próprio *site* Mercado Livre ter tomado a iniciativa de instituir, a partir de 28 de janeiro de 2004, um “Programa de Proteção ao Comprador”. Com o objetivo de “manter uma comunidade onde os usuários podem negociar com confiança”,³⁷³ o programa oferece uma cobertura para prejuízos decorrentes de negociações realizadas por intermédio da plataforma do MercadoLivre nos casos em que o usuário comprador ou ganhador enviou, de boa-fé, dinheiro ao vendedor e não recebeu o produto.³⁷⁴ Os usuários compradores devem cadastrar-se e ter “Bom Status”, atribuído a quem fornece dados pessoais precisos e verdadeiros por

³⁷² NERY JÚNIOR, Nelson. **Código de Defesa do Consumidor**. Comentado pelos autores do anteprojeto. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 496. Sobre a “cláusula de não indenizar” ou “cláusula de irresponsabilidade”, veja-se, AGUIAR DIAS, José de. **Cláusula de não indenizar**. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1947. Ver, também, MONTEIRO, António Pinto. **Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil**. Coimbra: Separata do volume XXVIII do Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, 1985.

³⁷³ MERCADOLIVRE. Serviço de Proteção ao Comprador. Disponível em: <http://www.mercadolivre.com.br/org-img/html/MLB/ppc_programa.html>. Acesso em: 02 nov. 2005.

³⁷⁴ Para o vendedor, utilizar o MercadoPago é um serviço gratuito. Pode retirar o dinheiro em sua conta MercadoPago por intermédio de transferência bancária (gratuito para clientes Bradesco, Itaú e/ou Unibanco), transferência bancária Banco do Brasil (custo de R\$ 1,25) ou por TEC ou DOC (custo de R\$ 6,00). Para o comprador, o custo de utilizar o MercadoPago varia de acordo com a forma de pagamento que é selecionada. Por exemplo, por meio de cartão de crédito, incide uma taxa de 9,99%, com possibilidade de parcelamento em até três vezes.
(MERCADOLIVRE. Quais são os custos para utilizar o MercadoPago? Disponível em: <http://www.mercadolivre.com.br/brasil/ml/org_ayuda.main?as_faq_id=647>. Acesso em: 10 out. 2005)

ocasião do cadastramento e gozar de uma qualificação igual ou superior a zero.

O usuário comprador que tenha enviado dinheiro de boa-fé ao usuário vendedor, sem haver recebido nada dele, deve completar e enviar um “Formulário de Denúncia de Negociações Irregulares” dentro do prazo de trinta dias posteriores à conclusão da venda. Contudo, o “Programa de Proteção ao Comprador” cobre somente os casos em que o comprador não recebe nenhum produto do vendedor. A indenização é garantida apenas para compras até R\$ 600,00, dependendo da classificação atribuída ao vendedor, sempre descontada de R\$ 50,00 a título de gastos administrativos. Os casos em que o produto recebido é diferente ao comprado não são cobertos por esse programa. No caso em que o vendedor possua comprovante de envio do produto, este servirá como prova suficiente para a rejeição da cobertura. Os casos em que o produto seja danificado ou extraviado pela empresa de envio, tampouco são cobertos pelo programa.³⁷⁵

³⁷⁵ Requisitos estabelecidos pelo *site*: “O Comprador e o Vendedor devem ter uma pontuação maior ou igual a 0 no momento da compra. O cadastro deverá estar ativo no momento da Requisição e assim permanecer durante todo o processo até a efetivação do pagamento. O Comprador deve ter sua conta no MercadoLivre em dia (caso de haver vendido algum produto). Todas as informações cadastrais do comprador (nome, endereço, etc.) devem ser corretas no momento da compra. O preço de venda do produto deve ser superior a R\$ 50,00. Na Solicitação de Cobertura não é permitido somar várias ofertas, mesmo que sejam feitas em anúncios de um mesmo vendedor. No caso de várias unidades de um mesmo anúncio, os preços podem ser somados para determinar o valor da cobertura. O comprador deve dispor de um comprovante que certifique e documente o pagamento realizado. Os produtos pagos em dinheiro ou por empresas que realizam transferência de dinheiro não são cobertos pelo Programa. O produto deve ser legal e respeitar as Políticas de Cadastramento e os Termos e Condições do MercadoLivre. A compra deve ser de produtos tangíveis. Os serviços e os produtos

Mecanismo negocial muito similar a este já fora descrito e analisado por Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa, em texto intitulado “Agente fiduciário do consumidor em compras pela Internet: um novo negócio nascido da criatividade mercantil”.³⁷⁶ Apontava o autor a criação de uma prática negocial com o objetivo de oferecer melhor eficiência e segurança nas compras de bens ou na contratação de serviços por meio da Internet, notadamente em relação ao risco de o comprador pagar o preço e não receber a mercadoria ou o vendedor deixar de receber o preço depois de entregar o bem.

O esquema operacional funciona da seguinte forma:

O comprador adquire algum produto pela Internet; entre as formas de pagamento, consta na tela uma opção consistente na liquidação financeira a ser efetuada via empresa intermediadora; tendo optado pela liquidação financeira, o comprador deposita os recursos correspondentes em uma conta bancária em nome da intermediadora, enviando confirmação a esta. Recebendo a confirmação do depósito, a intermediadora avisa o vendedor que os recursos relativos ao pagamento da venda já estão em seu poder; o vendedor, em seguida, remete o produto ao comprador;

intangíveis não são cobertos . O comprador deve ter completado o Formulário de Denúncia de Negociações Irregulares dentro do prazo de 30 dias contados a partir da data de compra no *site* e deve qualificar o vendedor de forma negativa. Somente é coberta 1 negociação (compra) por usuário a cada 6 meses. O comprovante de pagamento deve indicar que o pagamento foi feito em nome do vendedor, de acordo com os dados que o MercadoLivre enviou ao comprador no momento de realização da venda.” (MERCADOLIVRE. Programa de Proteção ao Consumidor. Disponível em: <http://www.mercadolivre.com.br/brasil/ml/p_loadhtml?as_menu=M08S03&as_html_code=PPC_REQUISITOS>. Acesso em: 02 nov. 2005)

³⁷⁶ VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. Agente fiduciário do consumidor em compras pela Internet: um novo negócio nascido da criatividade mercantil. **Revista de Direito mercantil, industrial, econômico e financeiro**, n. 118, abril-jun. 2000, São Paulo: Malheiros Editores Ltda.

Segue citação:

o comprador, tendo recebido o produto de acordo com as especificações da aquisição, avisa a intermediadora que o vendedor pode ser pago; e a intermediadora libera o pagamento em favor do vendedor.³⁷⁷

Como se vê, a própria prática negocial vem indicando que a solução para agregar maior chance de sucesso nas operações comerciais à distância realizadas por meio da Internet parece estar exatamente na utilização de um intermediário entre os negociantes, em que ambos confiem, especializado em controlar o envio e o recebimento das prestações contratuais, protegendo-os uns contra os outros.

Mais do que isso, se a utilização comercial da Internet cria situações de elevado risco, parece inevitável imputar a tarefa de desenvolver mecanismos que minimizem violação a direitos aos empreendedores especializados nesse novo mercado, que são, afinal, os maiores beneficiados com a exploração econômica do ciberespaço.

³⁷⁷ Idem.

Esta é, aliás, a expectativa legítima do usuário da Internet ao realizar negócios em “sites de leilão”. Contudo o que se depreende dos respectivos “Termos e Condições Gerais de Uso” é um regime jurídico que submete, de forma velada, o usuário, seja comprador ou vendedor, ao regime de um negócio jurídico aleatório, tamanho o risco de não se alcançar a atribuição patrimonial esperada.³⁷⁸

Na verdade, existe uma unilateralidade na imputação do risco, pois, enquanto o site de intermediação assegura para si o recebimento de sua vantagem (remuneração sobre o valor da operação concretizada, alcançada normalmente com o uso do número do cartão de crédito), ao vendedor e comprador, em contrapartida, avultam incertezas quanto ao pagamento, as qualidades da coisa vendida, a possibilidade prática de judicializar eventual conflito etc.

Cumpra aprofundar, então, o estudo sobre a relação contratual em questão, tendo em conta, mais do que seus “Termos e Condições Gerais”,

³⁷⁸ Sobre a definição de contrato aleatório, ver PEREIRA DA SILVA, Caio Mário. **Instituições de Direito Civil**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 68. v. III. Nos contratos aleatórios puros, refere Carlos Ferreira de Almeida, a finalidade de cada uma das partes é obter um ganho à custa de uma perda da outra. Não há reciprocidade, mesmo que haja equilíbrio nas probabilidades e na igualdade das prestações, como ocorre, por exemplo, na aposta decidida por caro ou coroa. (FERREIRA DE ALMEIDA, Carlos. **Texto e enunciado na teoria do negócio jurídico**. Coimbra: Almedina, 1992. p. 538. v. I e II.).

fundamentalmente a função econômico-social ³⁷⁹ da operação, para disto extrair conclusões acerca dos direitos e deveres dos envolvidos.

3.2) (A) TÍPICIDADE DAS RELAÇÕES CONTRATUAIS FORMADAS EM SITES DE COMÉRCIO ELETRÔNICO

a) Noção de tipicidade em matéria de contratos

A primeira tarefa lógica diante de uma relação contratual, afirma Ricardo Lorenzetti, é sua qualificação jurídica,³⁸⁰ ou seja, a operação no sentido de identificar qual o tipo aplicável ao contrato celebrado. Trata-se de um juízo comparativo entre a obra dos contratantes e as classificações do direito

³⁷⁹ A função econômico-social, do ponto de vista instrumental, indica “a finalidade metajurídica, fundamental e global, prosseguida pelo negócio jurídico” (FERREIRA DE ALMEIDA, Carlos. **Texto e enunciado na teoria do negócio jurídico**. Coimbra: Almedina, 1992. p. 499).

³⁸⁰ A propósito, Pedro Pais de Vasconcelos: “Quer nos tribunais, quer no labor doutrinário, quer na prática comercial, é indelével a tendência para a procura da recondução dos contratos concretos a um tipo, como modo de lhes descobrir a disciplina, de lhes argumentar uma solução. A recondução de um contrato a um tipo contratual implica a sua qualificação como contrato desse tipo. Na metodologia tradicional, esta qualificação vai, por sua vez, possibilitar a subsunção desse contrato, assumido como facto jurídico, ao tipo legal, colocado como norma, para fazer emergir, como efeito jurídico, a disciplina contratual completa, tal como num silogismo em que o tipo seja posto como premissa maior e o contrato como menor. Este é o processo de qualificação próprio da doutrina dos ‘elementos do contrato’: a verificação da existência no contrato de todos os elementos essenciais do tipo determina a qualificação e esta, por sua vez, a vigência dos elementos naturais. Na doutrina tipológica, a qualificação não constitui um processo de subsunção a um conceito, mas de correspondência do contrato a um tipo. A qualificação é um juízo predicativo que tem como objeto um contrato concretamente celebrado e que tem como conteúdo a correspondência de um contrato a um ou mais tipos, bem como o grau e o modo de ser dessa correspondência.” (VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Contratos Atípicos**. Coimbra: Almedina, 1995. p. 161)

contratual, identificando semelhanças e coincidências, para verificação das normas aplicáveis.³⁸¹

O tipo negocial constitui uma expressão esquemática de caracteres normais e constantes de uma categoria de atos humanos que, exprimindo a normalidade, tem na sua concreta utilização uma ampla elasticidade.³⁸²

Pedro Pais de Vasconcelos afirma que os tipos contratuais podem ser “encarados como uma constelação de modelos de contratos freqüentes ou paradigmáticos que não esgotam o espaço amplíssimo da liberdade contratual e que se configuram como arquipélagos no oceano enorme da autonomia privada”. Juntam o comum e o incomum em torno de algo que constitui o critério de tipificação e que dá coerência ao conjunto.³⁸³

³⁸¹ LORENZETTI, Ricardo. **Tratado de los contratos**. 2. ed. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores, 2004. p. 26. t. I.

³⁸² MOTA PINTO, Carlos Alberto da. **Cessão da posição contratual**. Coimbra: Almedina, 1982. p. 316.

³⁸³ Conforme Pedro Pais de Vasconcelos: “Os catálogos de modelos de contratos que o direito privado coloca à disposição das pessoas que os utilizem nas suas relações recíprocas não são, as mais das vezes, inventados pelo legislador ‘ex novo’ e correspondem à recolha que é feita na lei daquilo que é característico dos contratos que com maior freqüência se celebram na prática. A maior parte, senão a quase totalidade, dos tipos contratuais legais nasceram da prática na contratação. Alguns deles têm uma origem imemorial, como é o caso da compra e venda, cuja gênese se perde na história, e outros são milenares, como a locação ou a sociedade. Raros são seguramente os tipos contratuais legais com origem totalmente legal, como é o caso da sociedade por quotas. A generalidade dos tipos contratuais legais tem origem extralegal, em práticas contratuais típicas, socialmente típicas, que o legislador recolheu e modelou na lei. A recolha na lei dos modelos típicos de contratos tem, entre outras, por finalidade ou função completar ou complementar as estipulações das partes no contrato. Partindo do princípio de que, ao contratarem, as partes o fizeram do modo socialmente típico, quer dizer,

A tipificação, além de simplificar a contratação, fornecendo às partes modelos dos contratos mais importantes ou mais freqüentes, objetiva também equilibrar o conteúdo dos contratos, integrando as estipulações das partes de acordo com os critérios de justiça do sistema.³⁸⁴

Os tipos contratuais não se esgotam na lei. Com o surgimento de novas necessidades econômicas florescem novas relações contratuais sem regulação própria.³⁸⁵

Então, além dos tipos contratuais disciplinados na lei, outros existem na prática da vida e da contratação. Aliás, na sua generalidade, os tipos contratuais legais são construídos sobre os correspondentes tipos extraleais, sobre práticas contratuais que já eram típicas na sociedade (tipos sociais).³⁸⁶

A forma extremamente dinâmica como as atividades negociais têm-se desenvolvido nos anos recentes – especialmente no âmbito da Internet – leva à

socialmente característico, e que o silêncio, a não estipulação, nesta ou naquelas matérias corresponde a uma remissão tácita para o que é próprio daquele contrato na vida, a lei recorre ao socialmente típico para integrar a estipulação das partes” (VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Contratos Atípicos**. Coimbra: Almedina, 1995. p. 21-22).

³⁸⁴ VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Contratos Atípicos**. Coimbra: Almedina, 1995. p. 90.

³⁸⁵ Cf. FRÍAS, Ana López. **Los contratos conexos. Estudio de supuestos concretos y ensayo de una construcción doctrinal**. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1994. p. 21.

³⁸⁶ Assim, VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Contratos Atípicos**. Coimbra: Almedina, 1995. p. 59.

criação de novas operações e à conseqüente necessidade do estabelecimento de novos mecanismos técnico-jurídicos para regê-las, dando oportunidade ao desenvolvimento econômico.³⁸⁷

Em razão do desenvolvimento de novas relações contratuais, que carecem de regulação própria, é comum a utilização de contratos para fins apartados daqueles que motivaram sua configuração legal (negócios indiretos). O Código Civil Brasileiro de 2002, a propósito, estabelece em seu artigo 425 ser lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas no Código.

Segundo Ricardo Lorenzetti, o uso dos modelos contratuais típicos tem diminuído consideravelmente na atividade econômica, na qual se verifica a proliferação de vínculos atípicos e de tipicidade social, a combinação de elementos de distintos tipos legais, novas formas, contratos que cumprem várias funções, a tal ponto que se poder pensar os contratos atípicos como regra na prática.³⁸⁸

³⁸⁷ VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. Agente fiduciário do consumidor em compras pela Internet: um novo negócio nascido da criatividade mercantil. **Revista de Direito mercantil, industrial, econômico e financeiro**, n. 118, abril-jun. 2000, São Paulo: Malheiros Editores Ltda.

³⁸⁸ LORENZETTI, Ricardo. **Tratado de los contratos**. 2. ed. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores, 2004. p. 13-33. t. I.

A partir do exame da obra dos contratantes em comparação com as classificações do direito contratual pode-se *interpretar* o contrato, isto é, dar um sentido às regras pactuadas pelas partes, sendo que a autonomia privada tem preferência na hierarquia normativa dos contratos atípicos.³⁸⁹

O contrato também pode ser *integrado*, pela aplicação de normas não previstas pelas partes e, ainda, *retificado*, de modo a ajustar a autonomia privada à ordem pública, podendo a autonomia privada ser modificada caso contrarie normas imperativas.³⁹⁰

b) A determinação das normas aplicáveis à relação contratual analisada

Afora as dificuldades decorrentes da utilização do documento eletrônico, da definição do momento e do local de celebração dos contratos na

³⁸⁹ Conforme explica Pedro Pais de Vasconcelos, nos contratos atípicos o intérprete “tem de contar mais com as estipulações negociais e pode contar menos com o direito dispositivo”. As estipulações negociais que formam o contrato, afirma o autor, constituem a primeira matéria disponível para a sua interpretação. Não esgotam, contudo, o campo de expressão da vontade negocial. A equidade desempenha um papel importante na concretização do conteúdo dos contratos, com particular relevo no campo dos contratos atípicos. Neles, é principalmente na justiça interna que se vai encontrar o sentido próprio do contrato (VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Contratos Atípicos**. Coimbra: Almedina, 1995. p. 375-376, 346, 443).

³⁹⁰ Ricardo Lorezenti ensina que aos contratos atípicos se aplicam, em primeiro lugar, as normas gerais relativas à obrigações e contratos, com prioridade das imperativas sobre as supletivas (dispositivas), preferindo-se as normas imperativas e supletivas (dispositivas) do contrato tipo mais afim. Quanto ao último caso, normas supletivas do contrato tipo mais afim, deve-se atentar para o fato de que, nos contratos de consumo, o direito supletivo tem importância relevante porque uma cláusula privada, que afaste um direito supletivo (dispositivo) sem uma razão econômica justificável, pode ser declarada abusiva porque “desnatura” os direitos e obrigações das partes. No caso de tipicidade social, cuja fonte seja o costume, as práticas contrárias à axiologia do ordenamento jurídico podem ser

Internet, da escolha da lei aplicável, dos impactos das novas técnicas de venda sobre a formação da vontade, da velocidade, atemporalidade e desterritorialidade do ciberespaço, da utilização de uma nova forma de linguagem, verifica-se no comércio eletrônico, também como desafio jurídico, a qualificação adequada de novos relacionamentos contratuais, como é o negócio envolvendo a compra e venda celebrada por intermédio de um *site* de intermediação.

Conforme antes referido, o “*site* de leilão” analisado pretende enquadrar sua atividade, de um lado, como um simples fornecimento de espaço para realização de ofertas, tal qual um classificado de jornal; de outro, quanto suas responsabilidades, invoca por analogia as regras da corretagem.

A falta de familiaridade dos órgãos judiciais com as atividades empresariais surgidas com a Internet talvez seja a principal explicação para soluções simplistas, que resolvem os novos conflitos sem maior reflexão sobre suas peculiaridades. Embora causas envolvendo operações por meio da Internet estejam longe de ser enquadráveis como de “menor complexidade”, normalmente são submetidas à apreciação dos Juizados Especiais Cíveis, em razão dos

desqualificadas (LORENZETTI, Ricardo. **Tratado de los contratos**. 2. ed. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores, 2004. p. 13-33)

pequenos valores envolvidos.³⁹¹

Já existem algumas decisões judiciais especificamente sobre a responsabilidade dos *sites* de intermediação, que acolhem a tese do fornecedor, atribuindo ao consumidor os riscos inerentes ao comércio eletrônico, como ocorreu, por exemplo, no caso julgado pela Turma Recursal Única do Juizado Especial Cível do Paraná em 27 de setembro de 2004, *verbis*:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. LEGITIMIDADE PASSIVA. CONFIGURAÇÃO. TEORIA DA ASSERÇÃO. COMPRA E VENDA. Internet. VENDEDOR. INADIMPLÊNCIA. RESPONSABILIDADE. INTERMEDIÁRIO. AUSÊNCIA. MERA APROXIMAÇÃO. PEDIDO IMPROCEDENTE. 1. A assertiva do autor no sentido de que a ré tem responsabilidade pelo cumprimento dos negócios oriundos do serviço de aproximação disponibilizado em seu site na Internet basta para legitimá-la a figurar no pólo passivo da demanda. 2. O serviço prestado pela recorrente consiste em mera intermediação de compra e venda, pelo que não tem responsabilidade em caso de inexecução do negócio. Recurso conhecido e provido.³⁹²

³⁹¹ Conforme destaca Kazuo Watanabe, o fato de o Código de Defesa do Consumidor ter disciplinado pormenorizadamente as demandas coletivas de forma alguma significa desprezo pelas ações individuais. Tanto o legislador teve a nítida noção da elevada importância da solução dos conflitos individuais, que deixou sublinhada no artigo 5º, n.º IV, do Código, a relevância da criação dos Juizados Especiais de Pequenas Causas, hoje Juizados Especiais de Causas Cíveis de Menor Complexidade. (WATANABE, Kazuo. **Código de Defesa do Consumidor**. Comentado pelos autores do anteprojeto. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 708-709)

³⁹² Recurso Inominado n.º 2004.1527-3/0, Juiz Relator: Vitor Roberto Silva, originário da Comarca de Londrina.

No corpo da decisão, a atividade do *site* “*mercadolivre.com*” foi equiparada, sem qualquer adaptação, à corretagem, visto que se consistiria na mera aproximação de potenciais compradores e vendedores, mediante remuneração. Considerou-se que, como intermediário, o portal não teria qualquer responsabilidade pelo inadimplemento do vendedor, cabendo ao consumidor, antes de efetuar o pagamento, “cercar-se das cautelas inerentes a qualquer compra e venda, máxime numa negociação a longa distância”. Ademais, foi tido como irrelevante e justificável o fato de, num primeiro momento, o intermediário impedir a divulgação dos dados pessoais dos vendedores cadastrados em seu *site*, entendendo-se que o consumidor, ao confiar na idoneidade do vendedor e efetuar o depósito antes de receber a mercadoria, assumiu o risco do negócio, potencializado em razão de se tratar de aquisição via Internet.

Pelo contrato de corretagem, segundo disposto no artigo 722, do Código Civil, uma pessoa, não ligada a outra em virtude de mandato, de prestação de serviços ou por qualquer relação de dependência, obriga-se a obter para a segunda um ou mais negócios, conforme as instruções recebidas.³⁹³ A

³⁹³ A propósito Pontes de Miranda: “No sistema jurídico brasileiro, o contrato de corretagem é contrato nominado (Código Comercial, arts. 36-67) [revogados pelo CC/2002]. O contrato de mediação é inominado. Alguns acórdãos referem-se ao contrato de mediação, evitando o nome de corretagem [...]. Quando se diz que o corretor não intervém, sempre, para o contrato, para o qual se lhe exige o trabalho técnico, reduz-se-lhe a figura à do corretor-indicante, ou à do mediador” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972. p. 346. v. XLIII).

remuneração é devida ao corretor uma vez que tenha conseguido o resultado previsto no contrato de mediação, ou ainda que este não se efetive em virtude de arrependimento das partes (CCB/2002, Art. 725).

Ora, de fato existem na Internet *sites* de corretores, especialmente de imóveis, que por certo se colocam na posição de intermediário entre o vendedor e o comprador. Nesses casos, entretanto, a Internet funciona para o consumidor apenas como ferramenta de busca, sendo que as tratativas realizadas e a conclusão do negócio ocorrem pelos métodos tradicionais, isto é, as partes ou seus procuradores se encontram fisicamente para a prática dos atos jurídicos, até porque, no caso da compra e venda de imóveis, caso onde mais se utiliza a corretagem, é necessária a lavratura do instrumento perante um tabelião.

Já nos verdadeiros portais de comércio eletrônico, que servem de plataforma para que pessoas desconhecidas ofertem seus produtos e serviços, toda negociação pode ser realizada por meio da rede e, muitas vezes, a própria execução do contrato, quando os bens são imateriais.

É verdade que os *sites* de intermediação no comércio eletrônico não se obrigam a obter negócios para seus usuários, mas produzem informações para estimular o consumo (publicidade, p. ex.), intervindo na realização do negócio, e

dele participando decisivamente, uma vez que, conforme destacado pelo próprio site Mercado Livre nos autos do inquérito civil antes mencionado,³⁹⁴ fomentam “negócios que de outra forma não se realizariam”.³⁹⁵

No contrato de corretagem, o corretor é obrigado a se conduzir com toda a diligência, no sentido de satisfazer, juridicamente, os futuros contraentes, não devendo propiciar a realização de contratos nulos ou anuláveis. Nesse sentido, observa Orlando Gomes:

Cumpre-lhe ministrar às partes os dados e informes interessantes à realização do negócio contrato, como, dentre outras, a situação econômica e financeira do outro contraente e a alteração no valor dos bens que serão objeto do contrato a se realizar. Se a oculta, ou simplesmente a omite, responde por seu comportamento.

³⁹⁴ Transcrição literal da manifestação apresentada pelo MercadoLivre.com nos autos do referido inquérito civil público, juntada em folhas 13-17, com data de 02 de maio de 2005, *verbis*: “[...] Por primeiro, vale apresentar o MercadoLivre.com e especificar sua atividade de negócio, com algumas breves considerações sobre a natureza jurídica da mesma. MercadoLivre.com mantém um *site* na Internet que disponibiliza espaço para terceiros, particulares ou empresas, anunciarem produtos seus à venda. **Esses anúncios, veiculados na rede mundial de computadores, podem ser visualizados por pessoas em todos os cantos do país, fomentando assim negócios que de outra forma jamais aconteceriam.** [...]” (grifamos).

³⁹⁵ Para Ricardo Lorenzetti, o intermediário não é considerado como tal, mas si fornecedor direto: a) quando produz informação própria; b) quando entram em jogo os efeitos produzidos pela página de sua propriedade e não os da informação nela contida; c) quando se tratar de danos produzidos pelo serviço de acesso e não pela informação (LORENZETTI, Ricardo. **Comércio eletrônico**. Tradução Fabiano Menke. notas de Cláudia Lima Marques. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 449).

Segue citação:

Não é, porém, responsável pela execução do negócio. Com a sua ação, facilita as negociações preliminares; mas, se fracassam, nenhuma responsabilidade lhe pode ser imputada. Quando não revela, porém, a um dos futuros contraentes o nome do outro, obriga-se pessoalmente, sem deixar, entretanto, de ser intermediário. Estará, nessa hipótese, prometendo por terceiro. A obrigação que assume não é, portanto, a de contraente, senão de outra natureza.³⁹⁶

Também Pontes de Miranda sustenta que, quanto à insolvabilidade do “incumbente ou do outro interessado no negócio jurídico”, tem o corretor o “dever de comunicar o que sabe ou deve saber, e pode ter responsabilidade por ter sido a falta de comunicação a causa da invalidade ou da ineficácia do negócio jurídico”.³⁹⁷

Portanto, o que na realidade se pode aproveitar das regras da corretagem na atividade dos *sites* de intermediação é exatamente o dever de

³⁹⁶ ORLANDO GOMES. **Contratos**. 18. ed. Atualização e notas de Humberto Theodoro Júnior. 1998. p. 382.

³⁹⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954. p. 361.

prestar todas as informações relevantes para que os usuários não sejam lesados nos negócios oferecidos, considerando especialmente as peculiaridades das relações desenvolvidas no ciberespaço.³⁹⁸

Em relação à atividade em questão, poder-se-ia cogitar do contrato de mandato (CC, Art. 653), entendendo-se, com o reforço da teoria da aparência, que o responsável pelo *site*, ao veicular as ofertas de terceiros, estaria praticando atos ou administrando os interesses destes. Tal enquadramento, contudo, mostra-se muito limitado, não regulando de forma conveniente a complexa realidade desse novo canal de comercialização.

No comércio eletrônico por meio de *sites* de intermediação, a celebração de contratos de compra e venda é apenas a última etapa de um negócio mais amplo, cujo início se encontra na publicidade do *site*, estimulando a utilização do ciberespaço e aproximando potenciais vendedores e compradores.

³⁹⁸ Sobre o dever de informar, veja-se FABIAN, Christoph. **O dever de informar no direito civil**. São Paulo: RT, 2002.

Difere, portanto, da atividade do nuncio ou mensageiro, que é o caso mais simples de colaboração.

El nuncio se limita a *llevar* al destinatario un *documento* que contiene la declaración de voluntad del *contratante*; o bien (y constituye la figura más propia) *comunica verbalmente* al destinatario, esto es, *reproduce*, la declaración de voluntad que el contratante le ha comunicado para que él a su vez dé cuenta de la misma al destinatario (mensaje o embajada). En ambos casos, él es un *instrumento material*, un *vehículo* de la declaración *ajena*, desde que desarrolla una *actividad* puramente *de hecho* (siempre con efectos jurídico); equivalente a la carta, al telegrama, al fonograma, al disco fonográfico, etc., es un 'portavoz' (art. art. 1433).³⁹⁹

De modo geral, a aproximação entre produtor e consumidor é feita pelo comércio, em princípio, mediante uma sucessão e contratos de compra e venda. Contudo, existem à disposição do mercado instrumentos contratuais que foram desenvolvidos paulatinamente com o objetivo de estabilizar relações negociais, ampliar vendas, garantir a presença da marca em mercados distantes em relação ao lugar da unidade produtiva, racionalizando e otimizando o escoamento das mercadorias.⁴⁰⁰

³⁹⁹ MESSINEO, Francesco. **Doctrina general del contrato**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1986. p. 237. t. I.

⁴⁰⁰ ULHOA COELHO, Fábio. **Curso de Direito Comercial**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 92. v. 3.

Genericamente, definem-se como contratos de colaboração empresarial⁴⁰¹ os contratos relacionados ao escoamento de mercadorias, nos quais um dos contratantes (empresário colaborador) se obriga a criar, consolidar ou ampliar o mercado para o produto do outro contratante (empresário fornecedor).⁴⁰² A colaboração empresarial no escoamento de mercadorias pode ser feita por intermediação ou aproximação.

No primeiro caso, o colaborador ocupa um dos elos da cadeia de circulação, comprando o produto do fornecedor para revendê-lo. Na colaboração por aproximação, o colaborador procura outros empresários potencialmente interessados em negociar com o fornecedor, conforme descreve Fábio Ulhoa Coelho:

Na colaboração por aproximação, o colaborador tem direito à remuneração, a ser paga pelo fornecedor. Geralmente o seu valor é proporcional ao preço das mercadorias nas vendas por ele viabilizadas e, por isso, denomina-se *comissão*. O comprador paga o preço ao fornecedor, que repassa uma parte ao colaborador.

Segue citação:

⁴⁰¹ Sobre o fenômeno da colaboração empresarial, explica Iturraspe: “las empresas que concurren al mercado, competitivo y globalizado, necesitan cubrir un amplio abanico de posibilidades y no pueden hacerlo todo – o no quieren – por sí mismas; han menester de otras empresas que, bajo su directivas – genéricas o explícitas – realizan esas otras prestaciones complementarias. En una relación de igualdad horizontal o de subordinación vertical” (ITURRASPE, Jorge Mosset. **Contratos Conexos: grupos y redes de contratos**. Santa-Fe: Rubinzal-Culzoni, 1999. p. 21).

Assim o *agente* encaminha ao *proponente* a proposta de compra dos produtos deste último e, caso esta seja aceita e o contrato concluído, tem direito de receber um percentual do valor da venda.⁴⁰³

Não se mostra adequado subsumir a prática da intermediação no comércio eletrônico ao contrato de agência,⁴⁰⁴ previsto nos artigos 710 e seguintes do Código Civil,⁴⁰⁵ uma vez que normalmente a relação estabelecida entre o dono dos produtos oferecidos e o responsável pelo portal ocorre em caráter eventual e sem que o último assuma perante o proprietário do bem

⁴⁰² ULHOA COELHO, Fábio. **Curso de Direito Comercial**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 93. v. 3.

⁴⁰³ ULHOA COELHO, Fábio. **Curso de Direito Comercial**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 94. v. 3.

⁴⁰⁴ Humberto Theodoro Júnior: “O agente faz da intermediação de negócios sua profissão. Não pratica a compra e venda das mercadorias do representado. Não pratica a compra e venda de mercadorias, mas presta serviço tendente a promover a compra e venda, que será concluída pelo preponente. Características: autonomia (não é empregado da empresa a que serve); habitualidade (não eventualidade). Não é mandatário, porque os negócios agenciados são retransmitidos ao comitente e são por este aceitos, ou não, e em caso positivo, por ele consumados.” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. Do contrato de agência e distribuição no Novo Código Civil. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 812, p. 22-40, jun. 2003)

⁴⁰⁵ CC/2002, Art. 710: “Pelo contrato de agência, uma pessoa assume, em caráter não eventual e sem vínculos de dependência, a obrigação de promover, à conta de outra, mediante retribuição, a realização de certos negócios, em zona determinada, caracterizando-se a distribuição quando o agente tiver à sua disposição a coisa a ser negociada.” A propósito, RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. Agência e Distribuição. In: **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 19, p. 3-28, jul.-set. 2004.

qualquer responsabilidade pela promoção dos negócios.⁴⁰⁶ A referência ao contrato de agência é útil, contudo, para destacar essa noção de colaboração por aproximação de que fala Fábio Ulhoa Coelho, na qual também acaba aflorando a confiança como elemento central nos negócios realizados com a participação de diversos intervenientes.

Próximo à realidade do comércio eletrônico poder-se-ia pensar no contrato de mediação.⁴⁰⁷ Conforme António Pinto Monteiro, o contrato de mediação tem em comum com o contrato de agência o fato de em ambos alguém atuar como *intermediário*, procurando que determinado negócio venha a se concretizar e preparando a sua conclusão. O mediador exerce uma atividade

⁴⁰⁶ Sobre o contrato de agência no Código Civil de 2002, observa Fábio Ulhoa Coelho: “O Código Civil definiu ‘distribuição’ como sendo a modalidade do contrato de agência em que o agente tem a posse das mercadorias para cujo escoamento colabora (art. 710). Pareceu relevante ao legislador distinguir a hipótese em que o proponente deposita em mãos do colaborador os produtos que pretende ver negociados através da atividade de aproximação deste. Haveria, neste caso, um grau maior de confiança entre os contratantes a justificar a designação específica. A opção do legislador de 2002, contudo, foi muito infeliz. Na prática empresarial de há muito assentada, ‘distribuição’ é o nome do contrato de colaboração por intermediação, em que a compra de mercadorias entre os contratantes é um ingrediente necessário. Um contrato em que o colaborador procura interessados em adquirir os produtos de outrem, que traz consigo, simplesmente não existe nos tempos que correm. À doutrina, diante disto, resta distinguir duas situações: de um lado, a distribuição como *nomen juris* de um modelo contratual normativo totalmente desconhecido das práticas empresariais; de outro, como referência a contrato atípico largamente difundido na economia. A solução que proponho aqui é a de chamar o primeiro de ‘distribuição-aproximação’ e o segundo, de ‘distribuição-intermediação’. Na superação de conflitos de interesses entre contratantes, a discussão semântica não repercutirá. Basta ao juiz ou às partes se reportarem às cláusulas contratadas no instrumento ou, faltante este, à natureza das relações econômicas (se há compra e venda entre os contratantes ou apenas agenciamento de propostas), para discernir sem dificuldade o tipo de contrato existente: distribuição-intermediação ou distribuição-aproximação. A discussão semântica é importante com o sentido de evitar tomar-se um pelo outro” (ULHOA COELHO, Fábio. **Curso de Direito Comercial**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 124. v. 3).

⁴⁰⁷ A propósito, CARVALHO NETO. **Contrato de Mediação**. 3. ed. São Paulo: Jolovi, 1991.

semelhante a do agente, mas limitada a *aproximar* duas pessoas e facilitar a celebração do contrato, podendo sua remuneração caber a ambos os contraentes, ou apenas àquele que recorreu aos seus serviços. O mediador é tipicamente uma pessoa independente, que intervém ocasionalmente, só quando solicitado para determinado ato concreto.⁴⁰⁸

O responsável pelo *site* de comércio eletrônico ao prestar informações ao consumidor sobre ofertas de produtos e, sobretudo, participar das respectivas negociações, disponibilizando sua infra-estrutura tecnológica no caso de aceitação por parte do consumidor, assume a posição de fornecedor de serviços, nos termos do artigo 3º, do Código de Defesa do Consumidor, ainda que entre os outros usuários (comprador e vendedor) a relação seja de direito civil.⁴⁰⁹

⁴⁰⁸ MONTEIRO, António Pinto. **Contratos de distribuição comercial**. Coimbra: Almedina, 2002. p. 101-102.

⁴⁰⁹ Sobre a natureza jurídica da atividade do mediador, Carvalho Neto (op. cit.), destaca que o objeto da não é o serviço em si, mas sim o seu objeto útil, o evento conseguido com o trabalho. De qualquer forma, tal atividade sujeita-se ao regime do Código de Defesa do Consumidor, porque, nos termos de seu artigo 3º., § 2º, “serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de carácter trabalhista”. Ademais, conforme Cláudia Lima Marques, serviço “seria o negócio jurídico que propiciar ao titular ou que envolver a prestação de um fazer economicamente relevante, de um ato ou de uma omissão útil e interessante no mercado de consumo, de uma atividade remunerada direta ou indiretamente, um fazer imaterial e principal, que pode ou não vir acompanhado ou complementado por um dar ou pela criação ou entrega de bem material acessório a este fazer principal, fazer que é em verdade, a causa de contratar e a expectativa legítima do consumidor frente ao fornecedor.” (LIMA MARQUES, Cláudia. Proposta de uma teoria geral dos serviços com base no Código de Defesa do Consumidor: In: **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 33, p. 86, 2000)

Deve-se levar em consideração, antes de tudo, o fato de que os consumidores ao aderirem a esse tipo de negócio – aquisição por meio de portais de Internet – na realidade confiam é no *site* que lhes oferece o produto, normalmente muito conhecido no mercado, já que de regra sequer dispõem dos dados relativos ao proprietário do bem ofertado,⁴¹⁰ exceto aqueles indispensáveis para a realização do pagamento e as qualificações informadas pelo próprio *site*.⁴¹¹

A importância da confiança no comércio eletrônico se evidencia, por exemplo, pela providência adotada na Espanha que, tendo em vista a Diretiva 2000/31/CE, criou por intermédio do Real Decreto 292, de 20 de fevereiro de 2004, uma espécie de marca de certificação, consubstanciada por um “distintivo” público atribuído somente a prestadores de serviços da sociedade da informação e de comércio eletrônico que aderirem e respeitarem os códigos de conduta, oferecendo garantias concretas a consumidores e usuários, inclusive no que se refere à possibilidade de solução extrajudicial de controvérsias.

⁴¹⁰ Sobre o regime da oferta no CDC, especialmente em relação aos seus artigos 30, 31, 33, 34 e 48, veja-se PASQUALOTTO, Adalberto. **Os efeitos obrigacionais da publicidade no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: RT, 1997; CHAISE, Valéria Falcão. **A publicidade em face do Código do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2001; ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da Silva. **A oferta no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Lemos, 1997; PASQUAL, Cristina Stringari. **Estrutura e vinculação da oferta no código de defesa do consumidor**. Dissertação de Mestrado UFRGS, 2003 [inédito].

⁴¹¹ O Código de Defesa do Consumido estabelece em seu artigo 33 que, em caso de oferta ou venda por telefone ou reembolso postal, deve constar o nome do fabricante e endereço na embalagem, publicidade e em todos os impressos utilizados na transação comercial.

Urge firmar que os portais de comércio eletrônico, em relação ao consumidor, mais do que apenas veicular propostas de terceiros, participam da promoção dos respectivos negócios, emprestando sua credibilidade e os meios técnicos necessários a conclusão de contratos no ciberespaço, mediante remunerações diretas e indiretas (comissões, receita com publicidade, etc.). Por isto, são destinatários, solidariamente com o eventual proprietário dos bens oferecidos, da obrigação imposta pelo artigo 30, do Código de Defesa do Consumidor, *verbis*: “Toda a informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado.”

Não se diga que tal entendimento inviabiliza o negócio. Ao contrário, somente a partir de efetivas garantias em favor dos consumidores será alcançada a confiança tão indispensável para que esse novo canal de comercialização se consolide no mercado de consumo, conforme destacado por Cláudia Lima Marques.⁴¹²

Ademais, de todo razoável estender aos fornecedores que

⁴¹² LIMA MARQUES, Cláudia. **Confiança no Comércio Eletrônico e a proteção do consumidor: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico**. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2004. p. 33 e seg.

organizam *sites* de comércio eletrônico a responsabilidade pela eventual frustração das expectativas legítimas dos consumidores, já que são eles que detêm as reais condições de selecionar parceiros confiáveis e demandar ou excluir de seu mercado os que descumprirem os compromissos assumidos. Atribuir a esses *shoppings centers* virtuais o dever de avaliar os riscos, ameaças e vulnerabilidades de seus sistemas de compra e venda, significará o fortalecimento da confiança no ambiente virtual e, conseqüentemente, o incremento do volume de transações efetuadas, fator este que compensará as inevitáveis perdas com inadimplementos e fraudes.

Há quem sustente a nulidade da cláusula contratual que afaste a responsabilidade do provedor de Internet pelas transações comerciais efetuadas *on-line*, remetendo-a exclusivamente a quem coloque os produtos ou serviços à venda no *site*.⁴¹³ Parece não ser possível chegar a tanto, porque o provedor de Internet, que em princípio se limita a viabilizar o acesso à rede mundial de Internet, não pode controlar os acessos às incontáveis páginas veiculadas pela rede. Diferente, contudo, é a situação do *shopping* virtual, isto é, o *site* que promove o comércio eletrônico, indicando fornecedores em suas páginas e normalmente realizando atos para conclusão do negócio, como, por exemplo,

⁴¹³ FERNANDES, Antônio Joaquim. Responsabilidade do provedor de Internet. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 26, p. 26-45, 1998.

ordens de compra e recebimento dos dados financeiros dos compradores.

Dessas considerações a conclusão que se extrai é no sentido de que a relação entre o *site* de intermediação e os respectivos usuários-consumidores é atípica. Embora esteja diretamente relacionada com a celebração de contratos de compra e venda e tenha alguns pontos em comum com os contratos de colaboração empresária, não pode ser enquadrada diretamente em qualquer dos tipos contratuais conhecidos, porque na atividade dos *sites* de intermediação vislumbram-se deveres específicos, notadamente relacionados com a proteção do consumidor no ciberespaço.

4 A TEORIA CONTRATUAL APLICADA À REALIDADE DO COMÉRCIO ELETRÔNICO

Acolhendo a premissa de que a “eletrônica” traz apenas “um novo suporte e meio de transmissão de vontade dos negociantes”, Jorge José Lawand sustenta que as normas jurídicas introduzidas para disciplinar o comércio eletrônico “não implicarão uma modificação substancial do direito vigente e disciplinador das obrigações e contratos, tanto formados no âmbito nacional ou

internacional”, e que permanecerão sem “alterações significativas” os elementos essenciais do negócio jurídico – consentimento e objeto, assim como suas manifestações e defeitos, além da própria tipologia contratual preexistente.⁴¹⁴ Contudo, melhor juízo parece estar com Ana Paula Gambogi Carvalho, quando afirma não serem os requisitos formais hoje existentes no ordenamento jurídico brasileiro apropriados para regular a nova realidade das declarações eletrônicas de vontade.⁴¹⁵

A propósito das relações contratuais do comércio eletrônico, fala-se no princípio da “inalterabilidade do direito existente sobre obrigações e contratos”.⁴¹⁶ A questão atual, contudo, não se centra tanto na importância de remover barreiras ao desenvolvimento do comércio eletrônico, para evitar, por exemplo, a discriminação do documento eletrônico. Já se trata de uma realidade consolidada que, embora ainda não tenha alcançado a dimensão esperada, cria nas relações interpessoais novas formas de desequilíbrios, demandando dos operadores do direito, mais do que o reconhecimento da validade e eficácia dos registros em suportes eletrônicos, soluções que evitem a frustração das legítimas expectativas dos participantes desse novo fenômeno.

⁴¹⁴ LAWAND, Jorge José. **Teoria geral dos contratos eletrônicos**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003. p. 47.

⁴¹⁵ CARVALHO, Ana Paula Gombogi. **Contratos via Internet**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 127.

Conforme destaca Carneiro da Frada, a observação da realidade demonstra que a interação humana requer um mínimo de confiança, vez que sem esta não se empreende. A produção da confiança é um resultado inerente a qualquer estabelecimento de regras jurídicas.⁴¹⁷

O objetivo atual no comércio eletrônico é consolidar a segurança jurídica para os participantes de relações contratuais. Tratar as relações contratuais no espaço cibernético como se fossem idênticas àquelas estabelecidas pelos meios tradicionais, desconsiderando as peculiaridades antes referidas, em vez de incentivar a concretização desse novo mercado, em realidade acaba contribuindo para o seu descrédito.

4.1) OS PRINCÍPIOS DO DIREITO CONTRATUAL

Mesmo nas relações contratuais há muito conhecidas, a dogmática jurídica contratual tradicional parece hoje ser “palco de acessa discussão”. Para Carneiro da Frada, isto decorre do fato de ir longe o tempo em que, na tradição

⁴¹⁶ LAWAND, Jorge José. **Teoria geral dos contratos eletrônicos**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003. p. 47.

⁴¹⁷ FRADA, Antônio de Castro Portugal Carneiro da. **Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil**. Coimbra: Almedina, 2004. p. 46.

do jusliberalismo e de sua ordem jurídica assente na conexão entre autodeterminação e auto-responsabilização, todo o direito das obrigações se concebia polarizado em torno de uma dualidade contrato/delito. Afirma o autor:

O primeiro exprimia, nos quadros do liberalismo econômico, a sujeição tendencialmente irrestrita da transação dos bens ao princípio da autonomia privada e da autovinculação negocial, colocando na disponibilidade de cada um o modo de satisfação de suas necessidades de consumidor e produtor. Concomitantemente, a ordem jurídica reserva-se de (qualquer) intervenção na disciplina contratual, assumindo o papel passivo correspondente ao puro reconhecimento das convenções engendradas pelas partes em liberdade, convencida de que o acordo negocial assim celebrado trazia em si próprio a pretensão de uma justiça particular cujos termos lhe não era lícito interferir. Tributava-se deste modo vassalagem a um modelo social e econômico marcadamente individualista e à vontade humana enquanto principal produtora e conformadora da própria ordem jurídica objetiva. À lei ficava reservado o papel bem mais modesto, embora indispensável, de assegurar os pressupostos do funcionamento do sistema assim concebido, ora tutelando a vontade individual na sua formação livre e consciente ou contra formulações não queridas, ora assegurando cobertura sancionatória contra no desrespeito das convenções livremente assumidas.⁴¹⁸

Os três princípios tradicionais do direito contratual giram em torno da *autonomia da vontade* e podem ser resumidos pelos seguintes enunciados:

⁴¹⁸ FRADA, Antônio de Castro Portugal Carneiro da. **Contrato e deveres de proteção**. Coimbra: Separata do Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1994. p. 13. v. xxxviii.

a) as partes podem convencionar o que querem, e como querem, dentro dos limites da lei – princípio da liberdade contratual *lato sensu*;

Segue citação:

b) o contrato faz lei entre as partes (art. 1.134 do Código Civil francês); *pacta sunt servanda* – princípio da obrigatoriedade dos efeitos contratuais;

c) o contrato somente vincula as partes, não beneficiando nem prejudicando terceiros, *res inter alios acta tertio neque nocet neque prodest* – princípio da relatividade dos efeitos contratuais. [...].⁴¹⁹

Na teoria clássica, portanto, todo o edifício do contrato assenta na vontade individual, que é a razão de ser de uma força obrigatória. As partes não se vinculam senão porque assim o quiseram e o papel da lei resume-se em consagrar esse entendimento.⁴²⁰

Ocorre que as transformações sociais carreadas pela implantação do sistema capitalista provocaram vultosa mudança na relevância do contrato dentro

⁴¹⁹ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. O princípio do atual direito contratual e a desregulamentação do mercado. Direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento. Função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para o inadimplemento contratual. In: _____. **Estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 140.

⁴²⁰ LOPES, Miguel Maria de Serpa Lopes. **Curso de direito civil: fonte das obrigações: contratos**. 7. ed. rev. por José Serpa de Santa Maria. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2001. p. 35. v. III.

do âmbito econômico e na própria compreensão teórica acerca do conteúdo da relação obrigacional.⁴²¹

a) A tutela das expectativas legítimas do consumidor nas aquisições em *sites* de comércio eletrônico

Atualmente, reconhece-se que a vontade já não desempenha papel exclusivo no âmbito das obrigações negociais. A par do princípio da autonomia privada, há que se atender também aos princípios da boa-fé e da justiça (ou do equilíbrio) contratual.⁴²²

O termo obrigação tem diversas significações,⁴²³ sendo mais comum aquela que se refere ao vínculo entre dois sujeitos, no qual um pode exigir do outro o cumprimento de uma prestação. Este, aliás, era o sentido da palavra obrigação no Direito Romano, expresso pela famosa definição das Institutas: “*obligatio est iuris vinculumd quo necessitatis adstringimur alienius*

⁴²¹ BELMONTE, Cláudio Petrini. **A redução do negócio jurídico e a proteção dos consumidores – Uma perspectiva luso-brasileira**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 35 e seg.

⁴²² NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé e justiça contratual**. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 115.

⁴²³ NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações: fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil**. vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 4.

solvendae rei, secundum nostrae civitatis iura”, ou seja, o vínculo de direito que nos constrange à necessidade de pagar alguma coisa.⁴²⁴ O vínculo obrigacional, nessa perspectiva, denota um caráter estático e atomístico, como afirma Judith Martins-Costa, porquanto limitado ao mero liame de sujeição entre credor e devedor, situados em pólos apartados e posições antagônicas.⁴²⁵

Contudo, mais relevante é a noção dinâmica da relação obrigacional considerada como “estrutura de processos” e como “totalidade”, tal como apresentada por Karl Larenz⁴²⁶ e difundida entre nós por Clóvis do Couto e Silva.⁴²⁷ Nesse sentido, a relação jurídica obrigacional deve ser compreendida como uma totalidade, que abrange um feixe de deveres de prestação e deveres de conduta.⁴²⁸ O fato jurígeno obrigacional enseja o nascimento de uma série de deveres totalmente inter-relacionados, que não se encontram devidamente refletidos na definição oitocentista do conceito de obrigação.⁴²⁹ Distingue-se de

⁴²⁴ ORLANDO GOMES. **Transformações gerais no direito das obrigações**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1967. p. 148.

⁴²⁵ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópicos no processo obrigacional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 383 e seg.

⁴²⁶ LARENZ, Karl. **Derecho de Obligaciones**. Versão espanhola e notas de Jaime Santos Brinz, Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958. t. 1.

⁴²⁷ COUTO E SILVA, Clóvis do. **A obrigação como processo**. São Paulo: Bushatsky, 1976.

⁴²⁸ LARENZ, Karl. **Derecho de Obligaciones**. Versão espanhola e notas de Jaime Santos Brinz, Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958. p. 37. t. 1.

⁴²⁹ MARTINS-COSTA, Judith. Princípio da Boa-fé. Jurisprudência comentada. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, n. 50, . p. 207, nov. 1990.

outras relações jurídicas pelo dever de prestação de um sujeito em favor de outro, cujo cumprimento, embora constitua normalmente seu objeto, não esgota todo o seu conteúdo.

Existem também deveres de conduta para ambas as partes, a serem observados progressivamente durante a existência do vínculo, de modo a compor um conjunto de direitos, obrigações e situações jurídicas, distinto da mera soma de todos individualmente, porquanto entrelaçados por uma finalidade imanente, que é a efetiva satisfação do interesse no cumprimento da prestação. Afirma Larenz:

[...] por el hecho mismo de que en toda relación de obligación late el fin de la satisfacción del interés en la prestación del acreedor, puede y debe considerarse la relación de obligación como un proceso. Está desde un principio encaminada a alcanzar un fin determinado y a extinguirse con la obtención de ese fin. Y precisamente la obtención del fin puede exigir alguna modificación; así acontece cuando la prestación debida se haya hecho imposible, pero el interés del deudor en la prestación puede ser satisfecho de otra forma, mediante indemnización. La satisfacción del acreedor se produce normalmente mediante cumplimiento del deber de prestación; pero puede producirse de otra forma, p. ej. mediante compensación (de modo que el acreedor compensado extingue una deuda propia) o mediante prestación subsidiaria consentida pelo acreedor. La relación de obligación como un todo se extingue cuando su fin haya sido alcanzado totalmente, es decir, cuando el acreedor (o todo el que participa como acreedor) haya sido totalmente satisfecho en su interés en la prestación.⁴³⁰

⁴³⁰ LARENZ, Karl. **Derecho de obligaciones**. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958. p. 39. t. I.

Daí Carlos Alberto da Mota Pinto afirmar que “a relação contratual é algo diferente dos diversos vínculos singulares ou mesmo do seu conjunto, considerado como mera contiguidade ou soma”, consistindo sua estrutura num “sistema uno e coeso, de elementos singulares, reunidos numa conexão interna, resultante do seu caráter instrumental em relação ao fim do contrato.”⁴³¹ Menezes Cordeiro, por sua vez, adota a expressão “complexidade intra-obrigacional” para indicar exatamente essa idéia de que o vínculo obrigacional abriga não um simples dever de prestar, simétrico a uma pretensão creditícia, mas antes vários elementos jurídicos dotados de autonomia bastante para, de um conteúdo unitário, fazerem uma realidade composta.⁴³²

No lapso de tempo situado entre o ato de sua constituição (a celebração) e a conduta que satisfaz o interesse (adimplemento), existe um vínculo dinâmico, que se desdobra mediante um processo.⁴³³

A inovação que permitiu tratar a relação jurídica como uma totalidade, realmente orgânica, segundo Clóvis do Couto e Silva, veio do

⁴³¹ MOTA PINTO, Carlos Alberto da. **Cessão da posição contratual**. Coimbra: Almedina, 1982. p. 301.

⁴³² MENEZES CORDEIRO, Antonio M. da Rocha e. **Da Boa-fé no Direito Civil**. 2. reimpressão. Coimbra: Almedina, 2001. p. 586.

⁴³³ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos Contratos por incumprimento do devedor**. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide Editora, 2003. p. 46-47.

conceito do vínculo como uma ordem de cooperação.⁴³⁴ Nesse sentido, cumpre mencionar a obra de Emílio Betti,⁴³⁵ destacando não só que todo vínculo obrigacional se apóia numa relação de cooperação entre os sujeitos de direito, mas também a noção de causa do negócio jurídico, como a função econômico-social que caracteriza o tipo desse negócio como fato de autonomia privada e lhe determina o conteúdo mínimo necessário,⁴³⁶ limitando a autonomia privada, pois sua tutela jurídica toma em conta, não o capricho individual, mas apenas a função socialmente relevante do negócio-tipo, considerada em si e por si.⁴³⁷

Girando em torno do vínculo de débito e crédito, tem a relação contratual como finalidade precípua a satisfação dos interesses dos contratantes, de modo que, conforme afirma Cláudia Lima Marques, mesmo antes do vencimento ou da ocorrência do evento futuro e incerto, que dá ensejo à

⁴³⁴ COUTO E SILVA, Clóvis. **A obrigação como processo**. São Paulo: Bushatsky, 1976. p. 8.

⁴³⁵ BETTI, Emilio. **Teoria Generale delle Obligation**. Coimbra: ed. Dott. A. Giuffrè, Milano, 1953. p.13. t. I.

⁴³⁶ BETTI, Emilio. **Teoria Generale delle Obligation**. Coimbra: ed. Dott. A. Giuffrè, Milano, 1953. p. 352. t. I.

⁴³⁷ Tratando sobre as peculiaridades dos contratos comerciais e a importância da *práxis* na interpretação contratual, Paula A. Forgione observa: “A causa do negócio no direito comercial assume importância, porque *permite a objetivação do comportamento do comerciante no mercado e, com isso, a possibilidade de seu cálculo pelo outro*. A atenção à causa do negócio transforma-se em fator intrinsecamente ligado à *proteção da legítima expectativa da outra parte, da chamada boa-fé objetiva* e, como quer Roppo, à ‘gestão de uma economia capitalista’ ou às ‘regras de bom funcionamento do mercado’.” (FORGIONI, Paula A. **Contrato de distribuição**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 512. [grifos do original]).

prestação principal, já estão as partes vinculadas a uma série de atos, conduta gerais, instrumentais ou acessórias em relação ao adimplemento principal, condutas estas não menos importantes para o bom cumprimento das obrigações, para a realização dos interesses legítimos das partes do que a obrigação principal.⁴³⁸

Somente a noção da obrigação como quadro ou sistema de vínculos, observa Carlos Alberto Mota Pinto, harmoniza-se com certas soluções práticas que a mais moderna doutrina francesa e alemã conhece e última enquadra no conceito de “contratos com eficácia de proteção para terceiros”.⁴³⁹ Esses contratos com eficácia de proteção para terceiros não atribuem a certos terceiros qualquer direito a uma prestação contratual – ao contrário dos verdadeiros e os próprios contratos a favor de terceiros – mas, fundamentalmente, certos deveres de proteção ou cuidado em face deles. Ou seja, determinados terceiros, que não são parte contratual, são envolvidos, por força da sua situação relativamente ao credor e da sua “proximidade de prestação”, resultante das circunstâncias, no círculo do contrato. Tal construção é determinada pelo entendimento da existência duma maior razoabilidade na

⁴³⁸ LIMA MARQUES, Cláudia. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das declarações contratuais**. 5. ed. atual. e ampl., incluindo mais de 1.000 decisões jurisprudenciais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 91.

⁴³⁹ MOTA PINTO, Carlos Alberto. **Cessão da posição contratual**. Coimbra: Almedina, 1982. p. 419.

colocação do lesado no terreno mais favorável da responsabilidade contratual.⁴⁴⁰

a.1) A importância da boa-fé objetiva na relação obrigacional

Na relação obrigacional a conduta dos interessados se rege segundo as exigências da boa-fé-objetiva,⁴⁴¹ que é o seu princípio fundamental.⁴⁴² A boa-fé objetiva, nas palavras de Cláudia Lima Marques,

[...] é um princípio de repersonalização da relação contratual, porque significa uma atuação “refletida”, uma atuação refletindo, pensando no outro, no parceiro contratual, respeitando-o, respeitando seus interesses legítimos, suas expectativas razoáveis, seus direitos, agindo com lealdade, sem abuso, sem obstrução, informando-o, aconselhando-o, cuidando, sem causar lesão ou desvantagem excessiva, cooperando para atingir o bom fim das obrigações: o cumprimento do objetivo contratual e a realização dos interesses das partes.⁴⁴³

⁴⁴⁰ MOTA PINTO, Carlos Alberto. **Cessão da posição contratual**. Coimbra: Almedina, 1982. p. 419.

⁴⁴¹ Sobre a distinção entre boa-fé subjetiva (“estado de consciência ou convencimento individual de obrar em conformidade ao direito”) e boa-fé objetiva (“modelo de conduta social, arquétipo ou *standard* jurídico, a que cada pessoa deve se ajustar”), veja-se MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 411 e seg.

⁴⁴² LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 142.

⁴⁴³ LIMA MARQUES, Cláudia. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das declarações contratuais**. 5. ed. atual. e ampl., incluindo mais de 1.000 decisões jurisprudenciais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 181.

Daí a razão de a boa-fé funcionar como fonte autônoma de deveres, independente da vontade, fazendo com que a extensão e o conteúdo da relação obrigacional, conforme Ruy Rosado de Aguiar Júnior, já não seja medida somente nela (vontade), e sim pelas circunstâncias ou fatos referentes ao contrato, de modo a construir objetivamente o regramento do negócio jurídico, com a admissão de um dinamismo que escapa ao controle das partes.⁴⁴⁴

François Ost destaca, igualmente, o reconhecimento do espírito de colaboração entre as partes; uma espécie de vontade de cooperar para alcançar o êxito de uma obra comum, que implica o cuidado da manutenção do vínculo contratual e sua execução de boa-fé.⁴⁴⁵ Aplicada sobre a relação obrigacional, portanto, a boa-fé funda uma eficácia que se inicia com os primeiros contatos negociais entre as partes, passa pelo desenvolvimento do vínculo e sua interpretação e atinge os deveres posteriores à prestação.⁴⁴⁶

⁴⁴⁴ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. A Boa-fé na relação de consumo. **Revista de Direito do Consumidor**, vol. 14, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 24.

⁴⁴⁵ OST, François. **Tiempo y contrato. Crítica del pacto fáustico**. Tradução Victoria Roca. Doxa [Publicaciones periódicas], n. 25, 2002. [on-line]. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com>> Acesso em: 21 maio 2005.

⁴⁴⁶ Cf. Jorge Cesar Ferreira da Silva: “Antes do nascimento de deveres de prestação, a boa-fé atua validando juridicamente relações que, em rigor conceitual, não poderiam ser tidas como juridicamente perfeitas, como é o caso das chamadas relações contratuais de fato ou atos existenciais, assim como justifica a responsabilidade pré-contratual. Ao longo do desenvolvimento do vínculo, a boa-fé atua gerando deveres – os chamados deveres laterais – e moldando o conteúdo normativo do vínculo, com o nascimento e extinção de situações jurídicas subjetivas conforme o desenrolar fático da relação.”

Tradicionalmente⁴⁴⁷ são apontadas três funções para a boa-fé objetiva: a) cânone hermenêutico integrativo do contrato; b) norma de criação de deveres jurídicos; c) norma de limitação ao exercício de direitos subjetivos.⁴⁴⁸

Nesse sentido, também Luiz Díez-Picazo, no prólogo à edição espanhola do livro de Franz Wieacker *El principio general de la buena fe*, destaca as seguintes matizes e conseqüências da boa-fé: a) causa de exclusão da culpabilidade de um ato formalmente ilícito e, por conseguinte, como causa de exoneração ou, no mínimo, atenuação da sanção; b) fonte de criação de deveres especiais de conduta exigíveis em cada caso, de acordo com a natureza da relação jurídica e com a finalidade perseguida pelas partes por intermédio dela, tendo em vista que as partes não estão obrigadas somente àquilo que estipularam ou ao que determina à lei, mas a tudo que a boa-fé impõe em cada situação; c) causa de limitação do exercício de um direito subjetivo ou qualquer outro poder

(SILVA, Jorge Cesar Ferreira da. **A boa-fé e a violação positiva do contrato**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 52-53).

⁴⁴⁷ Embora já amplamente consagrado na doutrina pátria o princípio da boa-fé objetiva, notadamente a partir da vigência do Código de Defesa do Consumidor, pode-se afirmar que ainda é bastante reduzida, de modo geral, sua aplicação na jurisprudência, conforme demonstra Rosângela Lunardelli Cavallazzi, mediante levantamento jurisprudencial na base de dados do *site* do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. (CAVALAZZI, Rosângela Lunardelli. O princípio da boa-fé no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro: análise quantitativo-comparativa e consolidação de ementas. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 14, jul.-set. 2004.)

⁴⁴⁸ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 427-427.

jurídico.⁴⁴⁹

a.2) A boa-fé objetiva na atividade dos *sites* de comércio eletrônico

No direito comercial, afirma Paula A. Forgioni, a boa-fé objetiva é um “catalisador da fluência das relações de mercado”, que reforça as possibilidades de “*confiança* dos agentes econômicos no sistema, diminuindo *riscos* e fazendo aflorar um maior grau de *segurança* e de *previsibilidade*”.⁴⁵⁰ Além disto, a falta de acesso direto aos modelos contratuais da lei ou da prática suscita com mais frequência e mais importância, nos contratos atípicos, a necessidade de recorrer à boa-fé para determinar em concreto o conteúdo dos comportamentos devidos.⁴⁵¹

O *site* de intermediação no comércio eletrônico, ao estipular a utilização da Internet para a celebração de negócios jurídicos, mediante forte apelo publicitário, conforme antes demonstrado, claramente induz os consumidores de seus serviços a confiar no sistema comercial proposto. Desse

⁴⁴⁹ DÍEZ-PICAZO, Luiz. Prólogo. In: WIEACKER, Franz. **El principio general de la buena fé**. Madrid: Editorial Civitas, 1982. p. 19.

⁴⁵⁰ FORGIONI, Paula A. **Contrato de distribuição**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 552.

⁴⁵¹ VACONCELOS, Pedro Pais de. **Contratos Atípicos**. Coimbra: Almedina, 1995. p. 397. (Coleção Teses)

contexto, surgem para o *site* de comércio eletrônico deveres de proteção e cooperação, fundados na boa-fé objetiva e relacionados com a legítima expectativa de segurança do mecanismo oferecido para a negociação de bens e serviços.

Ademais, pelo viés da boa-fé objetiva como causa de limitação do exercício de um direito subjetivo ou qualquer outro poder jurídico, pode-se afirmar que a estipulação contratual eximindo o *site* de intermediação de qualquer responsabilidade por prejuízos na utilização de seu sistema mercantil, configura típico “*venire contra factum proprium*”, isto é, inaceitável comportamento contraditório em relação ao inicial apelo publicitário, que atribui aos serviços em questão uma aparência de confiabilidade.⁴⁵²

Aproveitando a lição de Carneiro da Frada, afirma-se a idéia de que o *site* de aproximação no comércio eletrônico responde pelas deficiências ou falta de segurança do sistema colocado à disposição dos internautas para a celebração de contratos à distância.⁴⁵³ As zonas de risco e de responsabilidade das partes, afirma o autor, têm de ser concretizadas em função das possibilidades de

⁴⁵² A propósito, veja-se SCHREIBER, Anderson. **A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e *venire contra factum proprium***. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. [grifos do original].

⁴⁵³ FRADA, Antônio de Castro Portugal Carneiro da. **Contrato e deveres de proteção**. Coimbra: Separata do Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1994. p. 195.

interferência danosa nos bens alheios que a especificidade do contato contratual propicia e da viabilidade do seu controle pelas partes, sendo possível imputar a alguém, para efeitos de responsabilidade, uma conduta de terceiros, sem que ao comportamento do (afinal) responsável se possa apontar a mais leve censura no plano ético-jurídico.⁴⁵⁴

Assim, no comércio eletrônico, o que leva os internautas a utilizar os serviços oferecidos pelos *sites* de intermediação é, acima de tudo, a expectativa de diminuir os riscos próprios dos negócios no ciberespaço, fundada na pressuposta especialização desse fornecedor em organizar e gerenciar uma comunidade segura para relacionamentos mercantis.

Veja-se, por exemplo, a questão do anonimato, que se mostra como um dos principais problemas da Internet. Os mais aptos a desempenhar o árduo papel de identificação e de seleção dos sujeitos, segundo Ricardo Lorenzetti, são exatamente os intermediários, pois eles é que detêm a possibilidade de estabelecer critérios, pautas e filtros para que os usuários sejam identificáveis. Figurativamente, afirma o autor, são os intermediários “comparáveis aos agentes de trânsito, pois neles passa o tráfico e porque estão em posição que lhes permite

⁴⁵⁴ FRADA, Antônio de Castro Portugal Carneiro da. **Contrato e deveres de proteção**. Coimbra: Separata do Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1994. p. 199 e 204.

controlar os usuários”.⁴⁵⁵

Sobre os intermediários, destaca Lorenzetti:

Esses sujeitos não produzem a informação nem a fornecem como se fossem criadores de matéria, mas situam-se na posição de intermediação entre o fornecedor original e o que a recebe e numa posição de indiferença quanto à produção da informação. Trata-se de um papel considerado pela jurisprudência e pela política legislativa (Nota de rodapé: O Projeto de Lei da OAB, Brasil, tem um capítulo referente aos intermediários que estão na posição de distância acerca do conteúdo (arts. 9, 10, 11), consagrando a ausência de responsabilidade) como relevante no tocante à responsabilidade.⁴⁵⁶

Segundo Lorenzetti, à medida que os intermediários abandonem a posição de indiferença quanto à transmissão da informação e influenciem de alguma maneira nessa informação, passam a ser responsáveis. Ou seja, o intermediário não é considerado como tal, mas sim como fornecedor direto: a) quando produz informação própria; b) quando entram em jogo os efeitos produzidos pela página de sua propriedade e não os da informação nela contida; c) quando se tratar de danos produzidos pelo serviço de acesso e não pela

⁴⁵⁵ LORENZETTI, Ricardo. **Comércio eletrônico**. Tradução Fabiano Menke. Notas de Cláudia Lima Marques. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 439.

⁴⁵⁶ LORENZETTI, Ricardo. **Comércio eletrônico**. Tradução Fabiano Menke. Notas de Cláudia Lima Marques. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 448.

informação.⁴⁵⁷

b) A rede do comércio eletrônico

Ao realizarem qualquer negócio jurídico (nominado ou inominado) as partes têm interesse na realização de determinado escopo. Esse escopo ou finalidade contratual é que conforma o conteúdo da relação contratual emergente do negócio.⁴⁵⁸

Sem adentrar na problemática acerca da noção de *causa*, que segundo Paula A. Forgione, gera perplexidades e opiniões divergentes na literatura jurídica, vale referir que a causa, também conforme a mencionada autora, pode servir como elemento de integração contratual, principalmente quando se trata de contratos atípicos, sem que isto implique considerar motivos subjetivos ou egoísticos que levaram o agente à prática do ato. Tratando do contrato de distribuição, tão relacionado com a intermediação no comércio eletrônico.

Afirma a autora:

⁴⁵⁷ LORENZETTI, Ricardo. **Comércio eletrônico**. Tradução Fabiano Menke. Notas de Cláudia Lima Marques. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 447.

[...] ou se considera a causa do negócio como função econômica e como primordial para a tipificação social, entendimento e interpretação do contrato, ou não se conseguirá explicar a diferença entre uma série de contratos de compra e venda e um contrato de distribuição, porque o principal ponto de distinção está, justamente, na causa do negócio, na sua função econômica.⁴⁵⁹

De fato, a idéia de negócio, em sua acepção ampla, como operação econômica, além da referida na teoria do negócio jurídico, é mais abrangente que a de contrato.

Um negócio pode depender da realização de diversos contratos. Em muitos casos, observa Ricardo Lorenzetti, a finalidade econômica perseguida pelas partes só pode ser alcançada mediante a combinação de vários contratos.⁴⁶⁰

Cada vez mais se observa entre os particulares a celebração de diversos contratos, simultaneamente ou sucessivamente, que apresentam um vínculo de dependência, vínculo que lhes tira autonomia e os diferencia do

⁴⁵⁸ MOTA PINTO, Carlos Alberto da. **Cessão da posição contratual**. Coimbra: Almedina, 1982. p. 315.

⁴⁵⁹ FORGIONI, Paula A. **Contrato de distribuição**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 530.

⁴⁶⁰ LORENZETTI, Ricardo. **Tratado de los contratos**. 2. ed. atual. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores. p. 36. t. I.

contrato considerado como figura fechada, completa e isolada.⁴⁶¹

Veja-se, por exemplo, a questão envolvendo o financiamento ao consumidor. Nos negócios à distância, normalmente o pagamento para a aquisição de bens ou a contratação de serviços em geral é mediado por um terceiro, uma administradora de cartão de crédito.

Conforme observa Alberto Amaral Júnior, a relação de crédito tende cada vez mais a abandonar os limites da estrutura bilateral costumeira para adquirir caráter triangular, sendo que o motivo da realização do negócio de crédito surge como de extrema relevância, “não pairando mais qualquer dúvida de que o crédito ao consumo se distingue das formas tradicionais de mútuo”.⁴⁶²

Na prática do comércio eletrônico, o meio de pagamento mais utilizado parece exatamente ser o cartão de crédito. A intervenção de um terceiro, a administradora do cartão, na operação realizada pela Internet tem consequência, por exemplo, no exercício do direito de arrependimento, previsto no artigo 49, do Código de Defesa do Consumidor, conforme antes analisado.

⁴⁶¹ FRÍAS, Ana López. **Los contratos conexos. Estudio de supuestos oncretos y ensayo de una construcción doctrinal**. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1994. p. 21.

⁴⁶² AMARAL JÚNIOR, Alberto do **Comentários ao Código de Proteção do Consumidor**. MUKAI, Toshio et. al. (Com.); OLIVEIRA, Juarez de (Org.). São Paulo: Saraiva, 1991. p. 199.

Nesse sentido, valem especialmente para o comércio eletrônico as observações de Gerson Branco:

Em razão de a cláusula contratual do art. 49 ser irrenunciável, não pode o mecanismo contratual do cartão de crédito impedir que seja exercido o direito ao arrependimento nas aquisições realizadas em domicílio ou por telefone, desde que o produto não tenha sido consumido. Se o exercício do direito de arrependimento é algo um tanto difícil para aquelas aquisições com cheques ou dinheiro, as com cartões de crédito merecem um cuidado redobrado. Além de o consumidor comunicar o fornecedor de que está arrependido e pretender devolver a mercadoria, deve também avisar a administradora para que não realize o pagamento da mercadoria àquele, indicando o número da nota fiscal, o nome completo do fornecedor e os produtos consumidos, preferencialmente por meio de carta com aviso de recebimento.⁴⁶³

Não obstante, na prática, é comum as administradoras de cartão de crédito desatenderem esse tipo de contra-ordem do consumidor, exigindo-lhes abusivamente a prova da concordância por parte dos comerciantes, provavelmente por terem com estes vínculos negociais mais estreitos, pois deles recebem o pagamento de taxas sobre cada operação com o cartão de crédito.⁴⁶⁴

⁴⁶³ BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **O sistema contratual do cartão de crédito**. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 136.

⁴⁶⁴ A propósito: “Apelação cível. Direito privado não especificado. Ação cominatória cumulada com perdas e danos. Danos morais. Resilição de contrato de compra e venda de imóvel por tempo

A análise dos contratos, sob o ponto de vista das operações econômicas em rede, reforça a possibilidade de reconhecer, por exemplo, a legitimidade passiva das administradoras de cartão de crédito, especialmente nos casos de consumidores lesados pelo lançamento de despesas sem autorização, hipótese muito comum nas renovações automáticas de assinaturas de revistas, que tendem a se ampliar no comércio eletrônico, com o uso ilegítimo dos dados sensíveis do consumidor.

A propósito:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. TUTELA ANTECIPADA. SUSPENSÃO DE DÉBITO EM CARTÃO DE CRÉDITO. POSSIBILIDADE. ASSINATURA DE REVISTA. NÃO-RENOVAÇÃO. RELAÇÃO DE CONSUMO. ÔNUS DA PROVA. Sustentando o autor da ação que não renovou a assinatura da revista cujas parcelas estão sendo debitadas em seu cartão de crédito, possível a concessão de antecipação de tutela para suspender os pagamentos da assinatura.

Segue citação:

compartilhado (*time sharing*) celebrado no exterior entre o autor e empresa norte-americana. Avença celebrada na Flórida. Pagamento parcelado do preço mediante utilização de cartão de crédito. Arrependimento negocial e contra-ordem emitida em relação à empresa administradora do cartão de crédito. Possibilidade. Recusa da ré em admitir a contra-ordem que equivale, na prática, a impedir que se extraia, do direito de arrependimento validamente exercido, toda a sua eficácia. Ausência de cláusula contratual a embasar o procedimento da ré. Inscrição indevida no nome do autor em cadastro de inadimplentes (Serasa). Dano moral que se configura *in re ipsa*. Ação julgada parcialmente procedente. Apelação da ré desprovida. Apelação do autor provida para majorar o *quantum* indenizatório para cinqüenta (50) salários mínimos. Juros moratórios incidentes desde a data da citação. Ônus sucumbenciais redimensionados, com aplicação do art. 20, § 3º, do CPC (Apelação Cível Nº 70004198305, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Miguel Ângelo da Silva, Julgado em 06 de outubro de 2004)

A prova da não-contratação alegada pelo consumidor é impossível, conhecida também como “prova diabólica”, cabendo à editora da revista fazer a prova da existência da contratação correspondente aos descontos efetuados diretamente na conta do cartão de crédito. Não se pode impor que o agravante prove que não contratou os serviços da empresa-jornalística, uma vez que esta determinação se constituiria na denominada prova negativa. Precedentes do STJ. Descabe na fase inicial da demanda a determinação de devolução dos valores já descontados, sendo tais quantias abrangidas por eventual condenação da ré ao pagamento dos danos materiais. AGRADO PARCIALMENTE PROVIDO. (Agravado de Instrumento Nº 70008217226, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Adão Sérgio do Nascimento Cassiano, Julgado em 26 de maio de 2004)

Cada vez mais se constata na jurisprudência a percepção de existirem negócios realizados mediante a celebração de diversos instrumentos contratuais, na qual as partes nem sempre coincidem, mas se encontram intimamente relacionadas na operação econômica, de modo que os respectivos litígios não devem ser tratados de forma isolada e descontínua.⁴⁶⁵

Exemplificativamente, veja-se decisão unânime da Décima Sexta

⁴⁶⁵ A teoria clássica, que contempla o contrato como algo isolado e descontínuo, com um objeto definido que torna presente o que as partes farão no futuro, segundo Ricardo Lorenzetti, necessita de modificações para captar as relações flexíveis que unem as empresas na economia atual e ter em conta que os vínculos se fazem com perspectiva ao futuro. Segundo o autor, o contrato atual apresenta um objeto vazio, porque em realidade se acordam procedimentos de atuação, regras que unirão as partes e que serão especificadas ao longo do processo de cumprimento. Os vínculos de longa duração têm um caráter processual, no sentido de que o objeto não é uma prestação consistente em um dar ou em um

Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que negou provimento a agravo interposto por instituição financeira contra decisão, determinando a suspensão da execução de cédula rural hipotecária celebrada com suinocultores aderentes a programa de incentivo à produtividade agrícola instituído pelo Estado do Rio Grande do Sul e vedando, ainda, a inclusão dos agravados nos cadastros de inadimplentes:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO ANULATÓRIA. SUSPENSÃO DO PROCESSO DE EXECUÇÃO. POSSIBILIDADE. PODER GERAL DE CAUTELA. CONTRATOS CONEXOS. CONVÊNIO CELEBRADO ENTRE O ESTADO E PRODUTORES RURAIS E CONTRATO DE FINANCIAMENTO ENTRE TAIS PRODUTORES E O BANRISUL. REGISTROS NEGATIVOS. Estando sub judice a relação entre o Estado do Rio Grande do Sul e Suinocultores que aderiram ao “Programa pró-productividade agrícola”, correta a decisão determinando a suspensão da ação executiva proposta pelo agente financeiro indicado pelo próprio Estado (BANRISUL) para prestar os recursos investidos no referido empreendimento pelos produtores rurais. Alegação dos produtores rurais de terem sido lesados pelo Estado por não repasse de incentivos fiscais e falta de política de preços, caindo em inadimplemento frente ao agente financeiro. Possibilidade teórica de compensar eventual indenização com a dívida executada. Embora inexista conexão entre a ação executiva e a ação onde se discute a dívida, através do poder geral de cautela do juiz (art. 798, CPC), é recomendável que a haja a suspensão da execução enquanto não for julgada a ação prejudicial que poderá modificar o valor da dívida e, conseqüentemente, o próprio título executivo. Enquanto perdurar a ação que determinará a existência do débito, mostra-se justificado o empeco dos registros negativos do consumidor perante os órgãos de proteção. RECURSO IMPROVIDO. (Agravo de Instrumento Nº 70011246618, Décima Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Claudir Fidelis Faccenda, Julgado em 01 de junho de 2005)

No corpo do acórdão, o Relator, Desembargador Claudir Fidelis

Faccenda, adotou como razões de decidir, o parecer do Ministério Público, de lavra do Procurador de Justiça Juan Carlos Durán, que se manifestara exatamente no sentido de reconhecer a conexão entre a relação contratual do Estado do Rio Grande do Sul com os suinocultores e destes com a instituição financeira que, por indicação do próprio Estado do Rio Grande do Sul, aportou-lhes recursos para a adesão ao programa.

Considerando os contratos como instrumentos que se relacionam no contexto de operações econômicas complexas, onde todos os sujeitos devem cooperar entre si e suportar, de forma proporcional, os riscos decorrentes do empreendimento, sustentou o *Parquet* o acerto da decisão suspendendo o processo de execução movido pela instituição financeira até o julgamento de outra demanda, na qual os suinocultores imputavam ao Estado do Rio Grande do Sul a responsabilidade pelo seu inadimplemento, em razão de descumprimento das promessas de repasse de arrecadação fiscal e de falta de política de preços justos para viabilizar o empreendimento. Esse tipo de análise, atenta à complexidade da operação econômica e a real participação de seus diversos intervenientes, deve nortear a composição dos litígios no comércio eletrônico.

O principal escopo da atividade do *site* de intermediação no comércio eletrônico, do ponto de vista econômico, consiste em facilitar a circulação da riqueza por meio desse novo ambiente de relacionamento interpessoal chamado Internet. Na promoção desse empreendimento, são

desenvolvidos processos de intermediação, direcionados à atração, em larga escala, de todo o tipo de vendedores e potenciais compradores, estimulando a prática de negócios jurídicos *on-line*.

O comércio eletrônico de consumo, sob a ótica da empresariedade, isto é, como atividade econômica organizada pelo empresário do *site* de intermediação, não pode ser compreendido a partir de atos isolados entre o *site* e o vendedor, entre o vendedor e o comprador, entre o comprador e a administradora de cartão de crédito e assim por diante.

Vicente Ráo já atentava para o fato de que a indivisibilidade do ato jurídico pode verificar-se entre operações constantes de instrumentos diversos, mas entrelaçadas ou interdependentes “de sorte tal que, embora comportem realização sucessiva, componham uma operação global”.⁴⁶⁶ Segundo o autor, resultando da lei ou da vontade das partes, esse laço pode causar “tal comunidade de destino entre tais negócios, que um não possa existir, ou produzir efeitos sem o outro, ou, mesmo, até a ponto da nulidade de um advir à nulidade do outro, ou o vício ou defeito de um ter, sob o outro, certa influência”. Em remate, afirmava que “em cada caso concreto, é através do exame da relação, considerada em seu todo, do ponto de vista da sua natureza jurídica e do ponto de vista da vontade

⁴⁶⁶ RÁO, Vicente. **Ato jurídico**. São Paulo: Max Limonad, 1961. p. 61.

das partes, que a divisibilidade, ou a invisibilidade, se apura”.⁴⁶⁷

A compra e venda no tipo de comércio eletrônico em questão consolida um fenômeno econômico com características próprias, notadamente caracterizadas pelo fenômeno das relações contratuais em rede. A propósito, em artigo intitulado “A filosofia da Rede”, Pierre Musso define a noção de “rede” como “uma estrutura de interconexão instável, composta de elementos em interação, e cuja variabilidade obedece a alguma regra de funcionamento”.⁴⁶⁸ A rede de comunicação, observa o filósofo e cientista político,⁴⁶⁹ é uma “matriz espaço-temporal”: de um lado, abre a restrição espacial sem a suprimir e superpõe um espaço sobre o território – desterritorializa e reterritorializa – e, de outro, cria um tempo curto pelo rápido transporte ou pelo intercâmbio de informações.

Sobre a *World Wide Web* – literalmente a teia mundial – explica que, para uma “vertente eufórica”, as redes de informação ocupariam um lugar de

⁴⁶⁷ Cf. RÁO, Vicente. **Ato jurídico**. São Paulo: Max Limonad, 1961. p. 61. No trecho, o autor ainda cita de Cariota Ferrara (*Il Negozio Giuridico*) a seguinte passagem: “é fácil observar como alguns negócios têm íntima ligação com outros, ou porque sua função consiste em reforçar, integrar, sanear, ou revogar, ou destruir diretamente outros negócios, de modo a que estes se unam, ou insiram, ou refiram àqueles, - ou porque a vontade das partes estabelece nexos íntimos entre um negócio e outro.”

⁴⁶⁸ MUSSO, Pierre. A filosofia da rede. In: **Tramas da rede: novas dimensões filosóficas, estéticas e políticas da comunicação**. (Org.) André Parente. Porto Alegre: Sulina, 2004.

⁴⁶⁹ Pierre Musso é professor e pesquisador da Universidade de Paris I (Sorbonne) e de Paris IX (Dauphine). Autor de *Télécommunications et philosophie des réseaux*, Paris, PUF, 1997.

novo vínculo social e de ferramentas para uma nova “democracia eletrônica”, direta, interativa e instantânea, realizadora de um “planeta relacional”, uma sociedade transparente, consensual e democrática. Em oposição a tal concepção, por ele denominada “teologia dos evangelistas da rede”, Pierre Musso aponta a visão que mais interessa ao presente trabalho, a dos empresários, identificando a *Web* como um “mercado” para o comércio eletrônico ao mesmo tempo mundializado, personalizado e acessível a domicílio.⁴⁷⁰

Nesse “mercado da *Web*”, pode-se verificar uma estrutura de “interconexão instável”, utilizando a expressão de Pierre Musso, pois os vendedores e compradores navegam pela Internet, sem assegurar sua identificação precisa e localização exata. O único participante que ostenta uma certa estabilidade é o *site* de intermediação.

Em razão de seu enorme número de acessos e operações comerciais, o *site* de intermediação acaba por construir uma identificação no mercado, transformando-se em um “ponto comercial” típico da nova economia. Constitui, portanto, o nó dessa complexa rede de distribuição que se expande dia a dia, demandado uma regulação jurídica apropriada.

⁴⁷⁰ MUSSO, Pierre. A filosofia da rede. In: **Tramas da rede: novas dimensões filosóficas, estéticas e políticas da comunicação**. (Org.) André Parente. Porto Alegre: Sulina, 2004. p. 17-38.

Enquanto para um contratante eventual da *Web*, sem um fundo de comércio consolidado, pode ser mais lucrativo frustrar seus credores e depois adotar uma nova identificação no ciberespaço, para um *site* especializado em intermediar o comércio eletrônico o principal ativo financeiro de sua empresa é exatamente sua identificação perante determinado público-alvo.

É que, em razão da complexidade e instabilidade do ciberespaço, os internautas acabam tornando-se cativos de determinados *sites*, porque neles podem mais facilmente ter contato com o maior número de ofertas, sem necessidade de vagar pela rede. Quanto maior o número de acessos e operações realizadas, mais credibilidade e, por conseguinte, maior potencial econômico tem um *site* na Internet, circunstâncias estas que incrementam o preço cobrado pelos anúncios publicitários (*banners*) e as comissões incidentes nas operações intermediadas.

Analisando as causas e as características da conexão contratual, Jorge Mosset Iturraspe observa que, se o principal interessado nesse mecanismo é o fornecedor de produtos e serviços, razoável se afigura imputar-lhe o dever de assumir os ônus conseqüentes.⁴⁷¹ Assim, a “regra de funcionamento” da rede do

⁴⁷¹ MOSSET ITURRASPE, Jorge. **Contratos Conexos: grupos y redes de contratos**. Santa-Fe: Rubinzal-Culzoni, 1999. p. 32-33.

comércio eletrônico deve estar centrada primordialmente no *site* de intermediação, porque na Internet este parece ser o único ponto de controle, o nó da rede, identificável e alcançável quando se necessita transpor uma relação gerada no ciberespaço para o espaço físico, onde a jurisdição estatal, de certa forma, ainda consegue dirimir litígios.

O *site* de intermediação, portanto, tem deveres de proteção e cooperação na relação que intermedeia entre os seus usuários. A partir das referências de Carneiro da Frada acerca da extensão dos beneficiários da relação de proteção, *mutatis mutantis*, é possível afirmar que o *site* de comércio eletrônico, ao concentrar em si próprio, ainda que involuntariamente, a confiança sobre as ofertas de terceiros, sujeita-se a ter de responder por elas.⁴⁷²

⁴⁷² Diz o autor: “A extensão dos beneficiários da relação de proteção tem sido acompanhada pelo reconhecimento, simétrico, da vinculação de terceiros à observância dos deveres de proteção que constituem essa relação. Considere-se o período in contrahendo. Quem conduzir em nome de outrem as negociações para a celebração de um contrato funda, para o representado, a relação jurídica correspondente. Este poderá ser chamado a responder pelos atos dos auxiliares que utilizou na prestação do contrato e no cumprimento dos específicos deveres que decorrem para ele da relação pré-contratual. Contudo, na seqüência das investigações de Ballerstedt, admite-se uma responsabilidade autônoma do representante, ao lado do representado, quando aquele tenha feito depositar a confiança da contraparte nele próprio ou quando surja como economicamente interessado no fecho do contrato que negocia. Mas vai-se mais longe: transcendendo o formalismo ínsito na posição do representante, aceita-se a responsabilidade autônoma do procurador de fato, do administrador ou curador de negócios, ou do perito que, tendo sido introduzido por uma das partes nas negociações, concentrou em si próprio a confiança da contraparte. Nestes casos constitui-se uma relação obrigacional sem deveres primários de prestação diretamente entre o terceiro e o parceiro nas negociações, por força da confiança que o primeiro captou e concitou em si. Rigorosamente, os dois sujeitos não se contrapõem como verdadeiros terceiros, antes surgem como titulares passivos e ativos, respectivamente, de um único vínculo que os une diretamente. Trata-se de uma observação a ter em conta também nos casos já vistos em que a relação obrigacional sem deveres primários de prestação funda posições ativas de terceiros.” (FRADA, Antônio de Castro Portugal Carneiro da. **Contrato e deveres de proteção**.

b.1) Os efeitos relativos do contrato no comércio eletrônico

Depreende-se claramente das condições gerais do *site* Mercado Livre, tomadas como paradigma, que muitos empresários da Internet esperam mediar relações sem se responsabilizarem por qualquer risco, especialmente aqueles em desfavor dos consumidores.⁴⁷³ Sabe-se que a liberdade contratual pode ser decomposta em três momentos sucessivos, envolvendo, como poder, as faculdades de contratar ou não, escolher com quem contratar e determinar as

Coimbra: Separata do Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1994, p. 104. v. xxxviii.).

⁴⁷³ Além do MercadoLivre, antes referido, também o *site* denominado “BuscaPé”. Apresentando-se como o “maior e melhor site de comparação de preços da América Latina”, em seus termos de uso afirma não ser “uma loja”, pois apenas ajuda o consumidor “a fazer a melhor compra através de informação rápida e fácil sobre produtos, preços e lojas”. Por intermédio de *softwares* de comparação, oferece “informação, praticidade e economia” ao consumidor, que “não perde tempo entrando e saindo de lojas ou mesmo tendo que gastar horas na frente de um computador procurando em diferentes *sites*”. Esclarece, ainda, que a manutenção desse serviço gratuito ao consumidor se funda no estabelecimento de parcerias comerciais com as lojas, via pagamento por clique e ou publicidade. A partir dos “Termos de Uso”, considera o “usuário” cabalmente informado e ciente de que “deve utilizar o sistema de busca do BUSCAPÉ com o mesmo cuidado com que utiliza anúncios classificados de jornal”, ressaltando que “as funcionalidades adicionais do BUSCAPÉ, possíveis graças à tecnologia eletrônica, não desvirtuam o fato de o BUSCAPÉ apostar em seu meio eletrônico informações de anunciantes pelas quais o BUSCAPÉ NÃO se responsabiliza (assim como anúncios classificados em jornal).” Estabelece, também, caber ao “usuário” conferir “a veracidade das informações obtidas pelo meio eletrônico do BUSCAPÉ e tomar todas as medidas necessárias para se proteger de danos, inclusive fraudes ou estelionato ‘on line’ [sic]”. Assim, o BUSCAPÉ refere não ser responsável por compras efetuadas entre o USUÁRIO e a loja *on-line*, tampouco garantir em qualquer hipótese produtos ou serviços adquiridos pelo USUÁRIO, pois “se isenta de quaisquer reivindicações ou ações judiciais propostas por USUÁRIOS ou TERCEIROS”. Ressalva, ainda, que a atribuição do “Selo Loja Certificada BUSCAPÉ” às lojas que satisfizerem sua série de requisitos quanto ao “padrão de qualidade e atendimento”, não lhe acarreta qualquer responsabilidade pelos entendimentos e negociações entre loja e USUÁRIO. (Todos os trechos entre aspas foram retirados literalmente dos “Termos de uso” do *site* BUSCAPÉ. Disponível em: <http://www.buscapede.com.br/bp_termos.asp>. Acesso em: 17 set. 2005).

cláusulas da contratação.⁴⁷⁴ Os *sites* de intermediação no comércio eletrônico pretendem eximir-se de qualquer responsabilidade em relação aos prejuízos experimentados pelos usuários que utilizam seus serviços, exonerando-se em suas condições gerais de qualquer responsabilidade.

Um dos principais argumentos utilizados para tentar afastar a obrigação de indenizar seria o fato de o *site* não se apresentar como parte no contrato de compra e venda celebrado entre os usuários do serviço a partir do contato viabilizado em seu domínio eletrônico. Vale lembrar que, na concepção voluntarista, a eficácia do contrato estava circunscrita à relação entre devedor e credor, não sendo por isso admissível que um terceiro fosse responsabilizado por força de um outro contrato.

O conceito de “terceiro”⁴⁷⁵ é relativo, isto é, diz-se que alguém é terceiro em relação a alguém ou a alguma situação e em vista de determinados efeitos. É também circunstancial, porque se define em relação a alguém ou a algo num determinado momento. Reputa-se terceiro em relação ao contrato quem, no

⁴⁷⁴ FERREIRA DA SILVA, Luís Renato. **Revisão dos contratos: do Código Civil ao Código de Defesa do Consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 23.

⁴⁷⁵ Conforme já demonstrado por Cláudia Lima Marques, em sua “proposta de uma teoria geral dos serviços com base no Código de Defesa do Consumidor”, a maior contribuição do CDC ao direito civil atual reside justamente na superação do conceito de sujeito individual, alterando, na prática, “todas as nossas definições de terceiro” (LIMA MARQUES, Cláudia. Proposta de uma teoria geral dos serviços com base no Código de Defesa do Consumidor. In: **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 33, p. 79-122, 2000).

momento considerado, não for parte dele, ou seja, quem não emitiu as respectivas declarações negociais.⁴⁷⁶ Contudo, há muito já alertava Alvino Lima que “embora, o contrato atinja apenas, em regra, as partes contratantes, pode um terceiro responder, contratualmente ou delitualmente, pelos danos ocasionados ao credor, quando aquele é autor ou cúmplice da violação do contrato”.⁴⁷⁷

O princípio da relatividade, cuja dogmatização se baseia na concepção voluntarista do contrato, tende hoje a ser adaptado para solucionar problemas ligados a novas formas de produção e de comercialização. Nesse sentido, observa Luis Díez-Picazo:

A tese dogmática de absoluta irrelevância da relação obrigatória para os terceiros e a total separação entre a relação obrigatória e a esfera jurídica dos terceiros, se encontra hoje em grande medida superada na doutrina. Em geral, a tendência é admitir a existência de um dever de respeito ao direito de crédito por parte dos terceiros que não é nada mais que uma consequência do dever geral de respeito de todos os direitos subjetivos e todas as situações jurídicas que forma a esfera jurídica alheia. Por isso, pensa-se que o terceiro que viola, dolosa ou negligentemente, um direito alheio, assume só por isso uma determinada responsabilidade e deve ressarcir o titular do direito os danos.⁴⁷⁸

⁴⁷⁶ SANTOS JÚNIOR, E. **Da responsabilidade civil por terceiro por lesão do direito de crédito**. Coimbra: Livraria Almedina, 2003. p. 447-448.

⁴⁷⁷ LIMA, Alvino. **A responsabilidade civil pelo fato de outrem**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1973. p. 173.

⁴⁷⁸ DÍEZ-PICAZO, Luis. **Tratado del Derecho Civil Patrimonial**. 5. ed. Madrid: Editorial Civitas, 1996. p. 604.

Conforme Teresa Negreiros, o princípio da relatividade⁴⁷⁹ já passa a ser focado à luz da função social do contrato, não mais a propósito da extensão da responsabilidade em favor de um terceiro, e sim a propósito da responsabilidade do terceiro que contribui para o descumprimento de uma obrigação originária de um contrato do qual não seja parte.⁴⁸⁰

No âmbito das relações de consumo é ainda mais tranqüila a possibilidade de imputar o dever de indenizar mesmo a quem não guarde relação contratual direta com a vítima, para tanto bastando lembrar a noção de contato social, apontada entre nós com primazia por Clóvis do Couto e Silva como ato-fato produtor de direitos e obrigações.⁴⁸¹

⁴⁷⁹ A propósito, ensina Luís Renato Ferreira da Silva: “A idéia de relativismo contratual está expressa pela máxima segundo a qual o contrato é *res inter alios acta, aliis neque nocet, neque prodest*”. Dentro da lógica do dogma da vontade, todo aquele que não tenha declarado a sua vontade não pode ser atingido pelos efeitos contratuais, haja vista que não teria expressado a sua vontade de forma livre, não tendo, portanto, exercido a sua liberdade contratual. (FERREIRA DA SILVA, Luís Renato. A função social do contrato no novo Código Civil e sua conexão com a solidariedade social. In: _____. **O Código Civil e a Constituição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 127-150)

⁴⁸⁰ Assim, ver NEGREIROS, Teresa. Teoria dos contratos: novos paradigmas. In: _____. **Estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 237. A propósito, veja-se o parecer de Antônio Junqueira de Azevedo sobre o direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento, no qual é sustentada a responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para o inadimplemento contratual. (AZEVEDO, Antônio Junqueira. **Negócio jurídico: Existência, validade e eficácia**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002)

⁴⁸¹ Explica o autor: “Embora os autores, ao versarem o discutido conceito, não mencionem de onde provém, vale esclarecer que constitui uma categoria da doutrina do processo social, capítulo da Sociologia, relacionado-se com a teoria da associação. Juridicamente, o conceito é explicado por outras razões que não militam no plano sociológico, pois aparece para justificar o nascimento de direitos e obrigações, quando não existe contrato.” (COUTO E SILVA, Clóvis. **A obrigação como processo**. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1976. p. 88)

Abrangendo situações em que ocorre uma aproximação concreta entre pessoas determinadas na vida social, embora sem caracterizar ainda um ato ou negócio jurídico, o contato social no direito é referido, por exemplo, como a verdadeira fonte da responsabilidade civil por acidentes de consumo.⁴⁸²

Acerca do problema do “contacto social”, sob o ponto de vista sociológico, Wiese e Becker observam que todas relações de aproximação e afastamento se iniciam por meio de contatos, no sentido mais amplo desse termo. Esses contatos são considerados primários, quando se estabelecem por meio dos sentidos e, portanto, entre pessoas numa proximidade física relativa, ou secundários, se constituídos entre pontos distantes, graças ao progresso dos meios de comunicação.⁴⁸³

O ciberespaço, nessa abordagem, está situado entre os contatos secundários, já que se constitui exatamente a partir da comunicação à distância.

⁴⁸² Assim Sanseverino: “O contato social de consumo é gerado pela aproximação estabelecida entre o fornecedor e consumidor, por meio de atos puramente materiais, independentes de manifestações de claras de vontade de qualquer das partes, no âmbito de um mercado de consumo massificado. Aproxima o consumidor do fornecedor em momento anterior ou, até mesmo, fora de qualquer vínculo contratual, seja em face da publicidade, seja em função de facilidades concedidas ao consumidor para comparecer em determinados locais. Nessas situações, mesmo antes de qualquer contrato efetivo de consumo, estabelecido o contato social, ainda na fase pré-contratual, já se caracteriza a responsabilidade do fornecedor por acidentes de consumo” (SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade civil no código do consumidor e a defesa do fornecedor**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 198-199)

⁴⁸³ WIESE, Leopoldo Von; BECKER, H. O contacto social. Tradução de Gabriel Bolaffi. In: **Homem e sociedade: leituras básicas de sociologia geral**. CARDOSO, Fernando Henrique; IANNI, Octávio (Org.). São Paulo: Companhia Nacional, 1976. p. 136-152.

Pertinente, então, a seguinte passagem da obra de Wiese e Becker, ora invocada com o objetivo de alertar novamente para o fato de que o comércio eletrônico, como rede complexa de contatos secundários no ciberespaço, ligando pessoas que tendem a nunca se encontrar face a face, graças ao advento da telemática, mas que não deve ser tratado de forma simplista ou ingênua:

É preciso observar que o desenvolvimento técnico fabuloso do aparato das comunicações não trouxe consigo relações emocionais genuínas, e que, ademais, os efeitos gigantescos dos contatos mecânicos, se, por um lado, dão início a processos de associação, por outro dividem e isolam. A perfeição dos meios de comunicação constitui um paradoxo irônico perante a alienação e inimizade tão freqüentes hoje em dia entre povos, nações, raças e classes. O fato de que uma mensagem radiofônica pode dar a volta ao mundo em algumas frações de segundo, na realidade possui implicações dúbias quando se considera que esta mesma mensagem muitas vezes pode ser inteiramente falsa. O tormento da publicidade, que tanto confunde a vida moderna, não pode de modo algum ser considerado um progresso absoluto; constitui meramente um vasto complexo cultural cujo valor é apenas instrumental - os valores e fins últimos para os quais é aplicado dependem inteiramente das atitudes de seres humanos crédulos e falíveis. Nenhum progresso pode ser obtido apenas por meio de aparelhos tecnicamente perfeitos; nada de realmente essencial pode ser alcançado sem a intervenção criadora da mente humana.⁴⁸⁴

Assim, no âmbito da atividade exercida pelos *sites* de intermediação no comércio eletrônico, é de pouca relevância a discussão sobre quem é parte no contrato de compra e venda celebrado pela Internet. Este

⁴⁸⁴ Op. cit., p. 148.

representa tão-somente o ato mais visível de uma ampla rede negocial, fundada na conexão de contatos sociais, cujo liame consiste exatamente na confiança inspirada pelo *site* de intermediação⁴⁸⁵, que cativa o internauta e o estimula à realização de negócios bastante arriscados.⁴⁸⁶

⁴⁸⁵ Aqui, mais uma vez, vale a observação de Cláudia Lima Marques, destacando que, nos serviços prestados por grandes grupos, com grandes marcas consolidadas, visualiza-se um novo tipo de “personalização”, conhecido em economia como “fidelização”, cujo um dos resultados é fruição “solidária” de uma mesma marca/imagem/status por toda a cadeia de fornecedores envolvidos. Daí porque a organização da cadeia de fornecimento de serviços é responsabilidade do fornecedor (dever de escolha, vigilância), pouco importando a participação eventual do consumidor na escolha de alguns entre os muitos possíveis (LIMA MARQUES, Cláudia. Proposta de uma teoria geral dos serviços com base no Código de Defesa do Consumidor. In: **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 33, p. 79-122, 2000).

⁴⁸⁶ Não parece adequada a fundamentação adotada na decisão do caso proposto na comarca de Santos, por consumidor que não recebeu a mercadoria encomendada por meio do *Site* MercadoLivre.com: “[...] O D. magistrado que julgou em primeira instância, afirmando que a recorrente [MercadoLivre] assumiu posição na relação de consumo, concluiu pela responsabilidade solidária da recorrente com o vendedor. Relembrou que ela incentivava o comércio eletrônico e dele retirava lucro. Logo, devia dar garantia aos consumidores usuários. [...] Entendo que o recurso mercê provimento. O dano sofrido pelo recorrido decorre de ato ilícito praticado por terceiro e não pela recorrente. Inicialmente anoto que a prova não aclarou a natureza da ilicitude, se mora civil ou verdadeiro estelionato. [...] No entanto, acolhida uma hipótese ou outra, não vejo fundamento para atribuir responsabilidade à recorrente por ato de terceiro. Não se está diante de nenhuma das hipóteses do art. 932, CC, nem de qualquer caso de responsabilidade por ato de outrem. A recorrente não se enquadra em nenhuma das figuras do art. 12 do CDC. Ela não é parte no contrato de compra e venda. Em momento algum ela contratou co-responsabilidade. Sem causa contratual ou extracontratual, não se pode afirmar a solidariedade, que não pode ser presumida. É bem verdade que se poderia atribuir a responsabilidade por ato próprio. Contudo, nem o recorrido especifica no que teria consistido o ato ilícito da recorrente. É necessário que se entenda o conteúdo das obrigações assumidas pela recorrente frente ao recorrido. Como está demonstrado nos termos do contrato, ela se limita a colocar à disposição dos usuários ambiente na Internet onde vendedores e compradores podem livremente contratar. O texto do contrato é bastante claro e não permite interpretações equivocadas. Ele não abona idoneidade do vendedor, nem presta nenhuma informação que possa criar no consumidor impressão nesse sentido. Não se pode equiparar a atividade do recorrente àquelas que dão ensejo à chamada teoria do risco criado, entre as quais avultam os serviços públicos, os de transporte terrestre, marítimos e aéreos, e a exploração do sistema bancário. Logo, impossível parece ser a invocação da responsabilidade objetiva. Os serviços da recorrente aproximam-se de um classificado ou da corretagem. Portanto, para que houvesse responsabilidade, imperiosa seria a existência de culpa contratual. Esta não existiu. A recorrente alertou o consumidor de todos os riscos do contrato, bem cumprindo o art. 723, CC. Embora ainda incipiente, a doutrina vem afirmando a inexistência de responsabilidade da administradora em contratos semelhantes. Cláudia Vidal Kuster Solyom relembra que os contratos pactuados entre particulares pela Internet em geral têm a forma de leilões e que por eles não se responsabiliza a empresa mesmo quando recebe comissão (Direito de Consumo, p. 180, 2001).

O valor decisivo do contrato, ensina Cláudia Lima Marques, está em ser o instrumento jurídico o que possibilita e regulamenta o movimento de riquezas dentro da sociedade, remediando a desconfiança básica entre homens e funcionando como instrumento, antes individual, hoje social, de alocação de riscos para a segurança dos envolvidos e a viabilização dos objetivos almejados pelas partes.⁴⁸⁷

A época atual é de insegurança jurídica, decorrente, entre outros aspectos, do pluralismo de fontes, da forte internacionalização das relações, da realidade de informatização, da comunicação irrestrita, da acumulação de bens não materiais. Esses fatores, entre outros, é que levam à chamada crise da pós-

Rodrigo Benevides de Carvalho assevera que as informações a respeito do produto abrigam apenas o fornecedor (Internet – O Direito na Era Virtual, p. 95 e ss, 2000). Também não existe prova de que a recorrente tenha se descuidado do cadastro. Ela mantém os cuidados que, embora não sejam ditados pela lei, vêm sendo preconizados pela prática comercial estrangeira, especialmente aquelas consagradas nos Estados Unidos da América, criadas pela eBay, descritas por Jorge José Lawand (LAWAND, Jorge José. **Teoria geral dos contratos eletrônicos**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003. p. 95). Mesmo que houvesse culpa da recorrente, a relação causal teria sido rompida pela imprudência do recorrido que, afastando-se das recomendações existentes no *site* e dos cuidados de que se cerca o homem médio, pagou o preço integral, antes de receber o produto; sem se certificar do endereço físico do vendedor; por depósito bancário, que não lhe permitia reter o numerário até a certeza do recebimento; endereçando o montante a terceiro que não fazia parte do contrato. Diante de preço tão inferior ao do mercado, deveria ter tomado especial cautela. Pelo exposto, voto pela rejeição da preliminar e pela concessão do provimento ao recurso para julgar improcedente o pedido, sem ônus, nos termos do art. 55, LJE. Deram provimento, por votação unânime, nos termos do voto supra’ (Poder Judiciário de São Paulo, Colégio Recursal da Comarca de Santos, Rel. Juiz de Direito Walter Luiz Esteves de Azevedo, julgado em 04 de novembro de 2004)

⁴⁸⁷ LIMA MARQUES, Cláudia. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das declarações contratuais**. 5. ed. atual. e ampl., incluindo mais de 1.000 decisões jurisprudenciais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 38.

modernidade.⁴⁸⁸

Especificamente no que concerne às operações do comércio eletrônico, percebe-se a necessidade de um sistema que proteja o valor confiança, ou seja, “um mecanismo que neutralize a contingência das ações individuais, permitindo que cada ser humano possa esperar, com um mínimo de garantia, o comportamento do outro e vice-versa”, parafraseando trecho de Gerson Branco.⁴⁸⁹

Aliás, segundo Paula A. Forgioni, os comercialistas sempre advertiram que um mercado sem o respeito à *boa-fé* e que não desse guarida à *proteção da legítima expectativa da outra parte* tenderia ao colapso, porque dificultaria o “gyro comercial” ou a fluidez das relações econômicas. Assim, “o direito atua para disciplinar, para obrigar a adoção de um comportamento que, embora possa não interessar imediatamente ao agente oportunista, permite a preservação do sistema como um todo”.⁴⁹⁰

⁴⁸⁸ LIMA MARQUES, Cláudia. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das declarações contratuais**. 5. ed. atual. e ampl., incluindo mais de 1.000 decisões jurisprudenciais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 92.

⁴⁸⁹ BRANCO, Gerson Luz Carlos. A proteção das expectativas legítimas derivadas das situações de confiança: elementos formadores do princípio da confiança e seus efeitos. **Revista de Direito Privado**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 12, p. 182, out-dez 2002.

⁴⁹⁰ FORGIONI, Paula A. **Contrato de distribuição**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 506. [grifos do original]

Em verdade, para reconhecer no comércio eletrônico a existência de uma solidariedade obrigacional envolvendo o fornecedor do produto ou serviço e o *site* que o hospeda e lhe fornece os meios para transações no ciberespaço, basta verificar uma comunhão de interesses no êxito do empreendimento. Este também parece ser o entendimento de Cesar Viterbo Matos Santolim ao vislumbrar uma responsabilidade obrigacional para aquele que “organiza o portal e seleciona *sites* que o integrarão, com o objetivo de torná-lo mais qualificado perante o consumidor, colocando-se, assim, como integrante da cadeia de fornecimento”.⁴⁹¹

Efetivamente, conforme ensina Cláudia Lima Marques, a cadeia de fornecimento é um fenômeno econômico de organização do modo de produção e distribuição, do modo de fornecimento de serviços complexos, envolvendo grande número de atores que unem esforços e atividades para uma finalidade comum, qual seja, a de poder oferecer no mercado produtos e serviços para os consumidores. Ocorre que, observa a autora, o consumidor muitas vezes não visualiza a presença de vários fornecedores, diretos e indiretos, na sua relação de consumo, sequer tem consciência – no caso dos serviços, principalmente – que mantém relação contratual com todos ou que, em matéria de produtos, pode

⁴⁹¹ SANTOLIM, Cesar Viterbo Matos. **Os princípios de proteção do consumidor e o comércio eletrônico no direito brasileiro**. Tese de Doutorado – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, [Inédito], 2004.

exigir informação e garantia dos produtos diretamente daquele fabricante ou produtor com o qual não mantém contrato.⁴⁹² A nova teoria contratual, porém, permite essa visão do conjunto do esforço econômico de “fornecimento” e valoriza, responsabilizando solidariamente, a participação desses vários atores dedicados a organizar e a realizar o fornecimento de produtos e serviços, conforme explica Cláudia Lima Marques, *verbis*:

O artigo 3º do CDC bem especifica que o sistema de proteção do consumidor considera como fornecedores a todos os que participam da cadeia de fornecimento de produtos (nominados expressamente “toda a pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos”) e da cadeia de fornecimento de serviços (o organizador da cadeia e os demais partícipes do fornecimento direto e indireto, mencionados genericamente como “toda a pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de ... prestação de serviços”) não importando sua relação direta ou indireta, contratual ou extracontratual com o consumidor.

O reflexo mais importante, o resultado mais destacável desta visualização da cadeia de fornecimento, do aparecimento plural dos sujeitos-fornecedores, é a solidariedade dentre os partícipes da cadeia mencionada nos arts. 18 e 20 do CDC e indicada na expressão genérica “fornecedor de serviços” do art. 14, *caput*, do CDC [...].⁴⁹³

⁴⁹² LIMA MARQUES, Cláudia. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das declarações contratuais**. 5. ed. atual. e ampl., incluindo mais de 1.000 decisões jurisprudenciais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 334.

⁴⁹³ LIMA MARQUES, Cláudia. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das declarações contratuais**. 5. ed. atual. e ampl., incluindo mais de 1.000 decisões jurisprudenciais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 334.

Vale destacar que essa compreensão, mais atenta às circunstâncias da atual conjuntura econômica, encontra respaldo não só na doutrina, mas também tende a se consolidar na jurisprudência, como se depreende a partir do *leading case* julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, responsabilizando a filial brasileira pela garantia de produto adquirido nos Estados Unidos da América (distribuído pela matriz no Japão e produzido possivelmente na Indonésia ou China), da marca Panasonic, com base no Código Brasileiro de Defesa do Consumidor.⁴⁹⁴ Conforme Santolim, a situação cogitada nesse precedente judicial

⁴⁹⁴ Ementa: “DIREITO DO CONSUMIDOR. FILMADORA ADQUIRIDA NO EXTERIOR. DEFEITO DA MERCADORIA. RESPONSABILIDADE DA EMPRESA NACIONAL DA MESMA MARCA (“PANASONIC”). ECONOMIA GLOBALIZADA. PROPAGANDA. PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR. PECULIARIDADES DA ESPÉCIE. SITUAÇÕES A PONDERAR NOS CASOS CONCRETOS. NULIDADE DO ACÓRDÃO ESTADUAL REJEITADA, PORQUE SUFICIENTEMENTE FUNDAMENTADO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO NO MÉRITO, POR MAIORIA. I - Se a economia globalizada não mais tem fronteiras rígidas e estimula e favorece a livre concorrência, imprescindível que as leis de proteção ao consumidor ganhem maior expressão em sua exegese, na busca do equilíbrio que deve reger as relações jurídicas, dimensionando-se, inclusive, o fator risco, inerente à competitividade do comércio e dos negócios mercantis, sobretudo quando em escala internacional, em que presentes empresas poderosas, multinacionais, com filiais em vários países, sem falar nas vendas hoje efetuadas pelo processo tecnológico da informática e no forte mercado consumidor que representa o nosso País. II - O mercado consumidor, não há como negar, vê-se hoje ‘bombardeado’ diuturnamente por intensa e hábil propaganda, a induzir a aquisição de produtos, notadamente os sofisticados de procedência estrangeira, levando em linha de conta diversos fatores, dentre os quais, e com relevo, a respeitabilidade da marca. III - Se empresas nacionais se beneficiam de marcas mundialmente conhecidas, incumbe-lhes responder também pelas deficiências dos produtos que anunciam e comercializam, não sendo razoável destinar-se ao consumidor as conseqüências negativas dos negócios envolvendo objetos defeituosos. IV - Impõe-se, no entanto, nos casos concretos, ponderar as situações existentes. V - Rejeita-se a nulidade argüida quando sem lastro na lei ou nos autos.” (Resp 63.981/SP, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, Rel. p/ Acórdão Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, QUARTA TURMA, julgado em 11 de abril de 2000, DJ 20 de novembro de 2000. p. 296). Tal decisão foi confirmada pela Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento da ação rescisória n.º 2931, em 30 de agosto de 2005, sob o fundamento de que “não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos Tribunais” (Enunciado n.º 343 do STF). A propósito, ver Notícias do Superior Tribunal de Justiça, dia 30.08.2005, disponível em <<http://www.stj.gov.br>>, acessado no dia 17.11.2005. Comentando o acórdão da Quarta Turma, LIMA MARQUES, Cláudia. **Confiança no Comércio Eletrônico e a proteção do consumidor: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico**. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2004. 456-458. Ver também, NOVAIS, Elaine Cardoso de Matos.

guarda íntima 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 conseqüência há de ser reconhecida nas transações realizadas por meio eletrônico”.⁴⁹⁵

Evidenciado o fato de que o *site* de intermediação capta a confiança dos internautas e estimula a adoção do meio virtual como local de negócios⁴⁹⁶,

Mercadoria adquirida no Exterior: globalização e a efetiva defesa do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 47, jul.-set 2003; e JACQUES, Daniela Corrêa. A proteção da confiança no direito do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 45, jan.-mar. 2003.

⁴⁹⁵ SANTOLIM, Cesar Viterbo Matos. **Os princípios de proteção do consumidor e o comércio eletrônico no direito brasileiro**. Tese de Doutorado – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Rio Grande do Sul, [Inédito], 2004, p. 102.

⁴⁹⁶ A propósito, Ricardo Lorenzetti afirma que, assim como ao “embarcarmos em um avião não revisamos os controles do aeroporto nem mesmo a capacidade do piloto”, ao contratar pela Internet, “não fazemos uma pesquisa sobre a situação financeira do ofertante, sobre o funcionamento das chaves, sobre o sistema de segurança nas transações ou sobre outros aspectos”. Conforme bem observa o autor, “supomos que alguém se ocupou para que esses recursos funcionem; esse alguém não é um sujeito conhecido nem é responsável por seus atos, como ocorre com o dono do armazém do bairro, trata-se, ao inverso, de um sistema, que pode aparecer diante do consumidor por meio de uma pessoa amável, mas que é apenas um empregado, anônimo que não responde por seus atos. O sistema é indestrinçável, porquanto a complexidade técnica que lhe é ínsita causa perplexidade; é anônimo, porque não se pode conhecer o seu dono ou responsável. Mesmo assim, gera confiança por meio de seu funcionamento reiterado, das marcas que envolve, do respaldo do Estado e de outros símbolos. As verificações procedidas pelo consumidor para checar a seriedade do fornecedor são muito escassas, e geralmente inócuas, pois baseadas em conhecimento indutivo débil. Não se cuida de negligência, mas sim de uma necessidade. Caso se verifique cada ato, viver se tornaria impossível e os custos de transação seriam altíssimos. A confiança é necessária porquanto ela está na base do funcionamento do sistema especializado, indestrinçável e anônimo, consistindo no lubrificante das relações sociais. Em virtude disto, deve ter respaldo jurídico, tanto por meio de presunções quanto mediante imputações de responsabilidade, utilizando para isso a regra da aparência jurídica (LORENZETTI, Ricardo. **Comércio eletrônico**. Tradução Fabiano Menke. Notas de Cláudia Lima Marques. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 374-375).

locupletando-se com isso, razoável imputar-lhe a responsabilidade por determinados riscos. Nesse sentido, Carneiro da Frada⁴⁹⁷ afirma ser notório que o desempenho de terceiros “simples auxiliares ou participantes no processo de formação do contrato”, mesmo não assumindo a posição de representantes, pode ser extremamente relevante no respectivo desenvolvimento, sobretudo quando o terceiro colabora no *iter negocial*, exercendo uma atividade profissional. Embora a responsabilidade do terceiro não possa servir para desonerar pura e simplesmente a contraparte do risco de contratar ou dos cuidados e da diligência, deve-se levar em conta, por outro lado, que a própria efetivação do contrato não raro decorre da expectativa criada pelo mediador.

4.2 A TUTELA DAS EXPECTATIVAS LEGÍTIMAS DO CONSUMIDOR NAS AQUISIÇÕES EM *SITES* DE COMÉRCIO ELETRÔNICO

O consumo por intermédio da Internet, nos moldes atuais, é repleto de riscos e incertezas quanto à satisfação das legítimas expectativas dos envolvidos. Conforme aponta Ricardo Lorenzetti, enquanto no “mundo real”, quando se entra, por exemplo, em uma loja, existem normas regulando o funcionamento, marcas registradas, elementos físicos, na Internet os processos de

⁴⁹⁷ FRADA, Manuel António de Castro Portugal Carneiro da. **Teoria da confiança e responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 2004. p. 125.

identificação e autoria são diluídos.⁴⁹⁸

a) Os riscos das transações econômicas no ambiente virtual

De fato, no comércio eletrônico verificam-se novas formas de riscos, incorporando outras possibilidades de danos,⁴⁹⁹ às vezes tão ou mais importantes que os relacionados às prestações principais. A possibilidade de danos é imensurável, pois abrange desde a simples possibilidade prejuízos com

⁴⁹⁸ Cf. Ricardo Lorenzetti: “Os processos de identificação do mundo real são diferentes do que estamos acostumados a utilizar: se alguém entra numa loja, existem exigências municipais que regulam o seu funcionamento, marcas registradas, elementos físicos, o que transmite uma certa segurança. Na Internet o indivíduo se pergunta: aquele que se apresenta como um banco, é um banco?, a página que diz ser de uma companhia de turismo pertence realmente a ela? A rede dilui a potencialidade dos processos de identificação e de autoria. [...] O indivíduo pode manter sua privacidade, mas a circulação de seus dados pessoais, bem como sua utilização são extremamente perigosas. Um comentário injurioso sobre um sujeito, uma informação ruim sobre algum aspecto de sua personalidade, seja ela real ou falsa, pode ser difundido por todo o mundo; pode-se ter acesso a base de dados e condenar esse indivíduo ao ostracismo social.” (LORENZETTI, Ricardo. **Comércio eletrônico**. Tradução Fabiano Menke. Notas de Cláudia Lima Marques. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 46)

⁴⁹⁹ Veja-se, por exemplo, matéria no site Folha *online*, com o título “Adolescentes usam internet para humilhar colegas”, veiculada em 20 de julho de 2005: “A internet tornou-se uma grande aliada do *bullying* (termo que pode ser traduzido como “intimidação”), através de *blogs* que são criados para azucrinar a vida de um colega, de fofocas em conversas por programas de mensagens instantâneas e até mesmo no Orkut, que acaba excluindo alguns estudantes, já que é preciso ser convidado para entrar na rede de relacionamentos e os ‘amigos’ podem aprovar ou não a sua amizade. É o que percebeu a pedagoga Cleo Fante, autora do livro “Fenômeno Bullying: Como Prevenir a Violência nas Escolas e Educar para a Paz” (Versus Editora) e pesquisadora desse tipo de comportamento. ‘O *cyberbullying* é o novo tipo de *bullying* nas escolas. Ferramentas disponíveis na internet auxiliam na propagação desse comportamento, uma vez que as vítimas recebem os maus-tratos, seja através de ridicularizações, ameaças, chantagens, discriminações, etc., de forma anônima, o que é pior, uma vez que se desconhece o agressor”, explica Cleo Fante. Segundo a pesquisadora, está se tornando comum vítimas de *bullying* se depararem com fotografias, que são tiradas sem a autorização dos fotografados, espalhadas pela rede, com piadinhas, gozações e até ameaças. ‘Dessa forma, o *bullying* é uma dinâmica expansiva que envolve um número cada vez maior de alunos’, explica a pedagoga.” (FOLHA ONLINE. Adolescentes usam internet para humilhar colegas. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/informatica/ult124u18582.shtml>>. Acesso em: 20 out. 2005)

vícios dos produtos ou serviços contratados, passando pelo inadimplemento absoluto e chegando até mesmo aos danos pela utilização indevida dos dados pessoais coletados no ciberespaço.⁵⁰⁰ Basta pensar, por exemplo, nas conseqüências do armazenamento ou transmissão de uma informação errada de um banco de dado ou o mal funcionamento de um programa de computador.⁵⁰¹

Tratando da responsabilidade da empresa, Waldírio Bulgarelli refere que a produção em massa gera riscos e acarreta danos, que não devem ser suportados pelos consumidores, usuários e trabalhadores, mas sim pelos empresários, vez que estes dispõem de mecanismos de preços e de seguros hábeis tanto a transferir os custos como repartir os riscos.⁵⁰²

O código - a configuração - da Internet, conforme Lawrence

⁵⁰⁰ Cf. CITARELLA, Giuseppe. **Informatica e Danni Esistenziali**. In: Trattato Breve Dei Nuovi Danni. Il risarcimento del danno esistenziale: aspetti civili, penali, medico legali, processuali. Milani: CEDAM, 2001. p. 2609-2624. v. III. Sobre responsabilidade civil na sociedade do risco, veja-se HOFMEISTER, Maria Alice Costa. **O dano pessoal na sociedade do risco**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. Abordando a evolução da responsabilidade civil, da culpa ao risco, no âmbito dos acidentes do trabalho, SANTOS, Marco Fridolin Sommer. **Acidente do trabalho entre a seguridade social e a responsabilidade civil: elementos para uma teoria do bem-estar social e da justiça social**. São Paulo: LTR, 2005.

⁵⁰¹ WEINGARTEN, Celia; LOVECE, Graciela. Responsabilidad de los sujetos y/o empresas que intervienen en la cadena de fabricación, circulación, distribución y comercialización de bienes y servicios. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 31, p. 115-124, jul a set-1999.

⁵⁰² BULGARELLI, Waldírio. **A teoria jurídica da empresa: análise jurídica da empresariedade**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1985. p. 284-290.

Lessing, pode ser modificado.⁵⁰³ Contudo, enquanto isso não ocorre, cumpre observar especialmente uma das recomendações da Organização de Cooperação e de Desenvolvimento Econômicos (OCDE) para a proteção dos consumidores no contexto do comércio eletrônico: “As empresas que asseguram a venda, promoção ou comercialização de bens e serviços junto dos consumidores não devem comprometer-se em práticas susceptíveis de causar um risco excessivo de prejuízo para os consumidores”.⁵⁰⁴

Sabe-se que todos os negócios envolvem um maior ou menor grau de risco, incidente sobre o comportamento da outra parte, as características do objeto recebido ou a receber, as circunstâncias futuras que afetam o valor objeto e subjetivo dos objetos. Existe uma ligação entre a idéia de risco e o problema da equivalência, da base do negócio, da alteração das circunstâncias, da perda ou da deterioração inesperada do objeto.⁵⁰⁵

No serviço oferecido pelo *site* de comércio eletrônico, conforme os moldes das condições gerais antes apresentadas, o risco para o usuário é inarredável. Por mais que sejam seguidas as orientações apresentadas para uma

⁵⁰³ LESSING, Lawrence. The law of the horse: what cyberlaw might teach. In: _____. **Harvard Law Review**, v. 113, n. 2, dec. 1999.

⁵⁰⁴ Disponível em: <<http://www.oecd.org/dataoecd/18/46/34023696.pdf>>. Acesso em: 02 nov. 2005.

⁵⁰⁵ Assim, p. 537.

contratação segura, a possibilidade de prejuízo para quem se vale do serviço está presente numa intensidade de grau sempre muito maior que nos negócios tradicionais. Mesmo quando é possível identificar o responsável direto pelo dano, normalmente os custos para localização e responsabilização judicial, na prática, inviabilizam a tentativa de obter a reparação.

Não é nova a noção no sentido de que quem obtém proveito como o exercício de atividade perigosa ou que, de qualquer modo, coloque outrem em elevada probabilidade de dano, deve responder pelos danos derivados dessa atividade, independentemente de culpa.⁵⁰⁶ Em se tratando de atividades perigosas ou arriscadas, a responsabilidade, em princípio, é imputada àquele que conhece e domina em geral a fonte e origem do risco, ainda que não necessariamente o curso do acontecimento produtor do dano, e que em caráter não transitório obtém proveitos com dita atividade.⁵⁰⁷

⁵⁰⁶ Cf. Guido Alpa e Mario Bessone: “La relazione fra responsabilità oggettiva e pericolo può [...] giustificarsi giuridicamente in base al principio che colui che esercita attività pericolose o comunque pone in essere situazione importanti una elevata probabilità di danno per i terzi, debba rispondere di tutti i danni colposamente o non colposamente derivati da tale attività o situazione: e ciò anche in considerazione del che egli (e non il terzo), sia pure entro certi limiti, può dominare od evitare i pericoli creati.” (ALPA, Guido; BESSONE, Mario. **La responsabilità civile, II, rischio d’impresa – assicurazione – analisi economica del diritto**. 2. ed. Milão: Giuffrè Editore, 1980. p. 2-3)

⁵⁰⁷ Cf. LARENZ, Karl. **Derecho de Obligaciones**. Versão espanhola e notas de Jaime Santos Brinz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958. p. 664. t. II.

a.1) A necessidade de regular os riscos na atividade desenvolvida pelos *sites* de intermediação no comércio eletrônico

É iniludível a necessidade de regular as atividades desenvolvidas no ambiente da Internet, mediante a atribuição de encargos a determinados empreendedores especializados, que além de serem os maiores beneficiários desse novo mercado, dispõem de melhores condições técnicas e econômicas para tornar o ciberespaço um ambiente mais confiável.

Mesmo sem o objetivo de adentrar na polêmica a respeito da teoria da análise econômica do direito, tarefa incompatível com os limites do presente trabalho, vale referir observações encontradas na obra de Richard Posner sobre o processo de intercâmbio e os papéis econômicos do direito dos contratos,⁵⁰⁸ úteis na abordagem das relações contratuais no comércio eletrônico.

A função principal do direito dos contratos – afirma Posner – é dissuadir os indivíduos de se comportarem de forma oportunista em relação às suas contrapartes, a fim de alentar a coordenação ótima da atividade, evitando custosas medidas de autoproteção. Como nem sempre é obvio identificar se uma

⁵⁰⁸ POSNER, Richard A. **El análisis económico del derecho**. México: Fondo de cultura económica, 1998.

parte está se comportando oportunisticamente cabe ao direito contratual também outra função, intimamente relacionada com o controle do comportamento oportunista: completar o acordo das partes mediante uma interpolação das cláusulas faltantes. Mais do que isso, quando é difícil para as partes preverem as diversas contingências que podem afetar o cumprimento das prestações, o tribunal é chamado para, com base no pensamento econômico, dizer qual o procedimento mais eficiente para o caso. As discrepâncias observadas entre o acordo (aparente) e a eficiência podem ser sinais importantes da existência de erro, incapacidade ou outras circunstâncias para acreditar que o acordo aparente não promove realmente os fins conjuntos das partes.⁵⁰⁹

Na atual realidade do comércio eletrônico, dadas as peculiaridades desse novo meio para realização de operações econômicas, no qual o consumo é estimulado por meio de avançadas técnicas de negociação e *marketing*, mas os mecanismos jurídicos para controlar comportamentos oportunistas ainda são aqueles da época em que a identificação e a localização das partes, assim como a submissão de seus litígios ao poder jurisdicional, era normalmente viável, mostra-se indispensável reconhecer à doutrina e aos tribunais, nas ainda raras hipóteses em que se consegue judicializar os litígios, a tarefa de, não só

⁵⁰⁹ POSNER, Richard A. **El análisis económico del derecho**. México: Fondo de cultura económica, 1998. p. 94.

completar o acordo das partes mediante interpolação das cláusulas faltantes, mas especialmente dizer o procedimento mais eficiente para os caso, com vistas à obtenção da “coordenação ótima da atividade”, com “benefício conjunto de todos os intervenientes”.

Sabe-se que a responsabilização por riscos que entram na esfera de ação da pessoa não deixa de ser conexa à liberdade de iniciativa desta: se a pessoa se beneficia das vantagens ligadas à sua esfera jurídica, assim também deve suportar o risco de eventuais prejuízos (*ubi emolumentum, ibi onus*).⁵¹⁰

Esta fundamentação retoma a temática relacionada com a socialização do risco pela objetivação da culpa, que segundo Wilson Melo da Silva, coincidiu com o recrudescimento, paralelo da prática dos ajustes de seguro.⁵¹¹

⁵¹⁰ NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé e justiça contratual**. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 92. Ver, também, BULGARELLI, Waldírio. **A teoria jurídica da empresa: análise jurídica da empresarialidade**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1985. p. 289.

⁵¹¹ SILVA, Wilson Melo da. **Responsabilidade sem culpa**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1974. p. 171.

Explica o autor:

A tendência é no sentido de se suprirem autores e vítimas e de se fazerem indenizáveis, pela sociedade toda, todos os danos, sejam eles de qualquer espécie, ainda mesmo os oriundos do fortuito. Como pela complexidade cada vez maior da vida o indivíduo vai se sentido cada vez menos forte em face das injunções, a cooperação entre eles, a mutualização naturalmente se vai impondo, para caminhar agora, a passos largos, para a socialização plena dos riscos a cargo do Estado, vale dizer, da sociedade mesma. E logicamente assim teria de acontecer. A objetivação da responsabilidade civil, fato incontestado e cujos progressos em pouco menos de um século podem levar ao prognóstico de maior expansão, não se coadunariam com a individualização pelo ressarcimento. Como vimos o risco tem caráter social, e pois, de justiça, para coletividade, deveria de ser reparado com o dano dele oriundo. [...] Os progressos da humanidade impõe, nos dias que correm, maior cooperação entre os homens. E os 'organismos perigosos', como diria Demogue, ao impulsionar o atual progresso do mundo, efetivamente dão margem aos inúmeros riscos coletivos, geram, contudo, os proveitos inúmeros de que todos, ou quase todos, se beneficiam. Que participem, então, todos, dos cômodos e dos riscos.⁵¹²

Se de fato acredita-se na idéia de que todo vínculo obrigacional, conforme já destacava Emílio Betti,⁵¹³ apóia-se numa relação de cooperação entre os sujeitos de direito, deve levar em conta também a observação de Ferreira de Almeida, no sentido de que a cooperação, como classe da função econômico-

⁵¹² SILVA, Wilson Melo da. **Responsabilidade sem culpa**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1974. p. 176-177.

⁵¹³ BETTI, Emilio. **Teoria Generale delle Obligationi**. Coimbra: Dott. A. Giuffrè, Milano, 1953. p.13. t. I.

social específica de certos negócios jurídicos, caracteriza-se pela “bilateralidade da relação custo/benefício”, ou seja, “pela coexistência de sacrifícios e vantagens para cada um dos participantes.”⁵¹⁴

Como se vê, embora constitua ainda um desafio a ser enfrentado pela doutrina jurídica, a regulação do comércio eletrônico já encontra na doutrina pretérita os critérios fundamentais para a justa composição dos interesses envolvidos nesta nova prática comercial.

a.2) O risco e os custos decorrentes da inexecução dos contratos celebrados no comércio eletrônico

Analisada a intermediação no comércio eletrônico, sob o enfoque dos negócios em rede e da conexão de contratos, por si só suficiente para afastar a tese da irresponsabilidade do *site* de intermediação, fundada no singelo argumento de que este não é parte no contrato celebrado entre o vendedor e o comprador, cumpre chamar a atenção para a responsabilidade do *site* de intermediação a partir do dever de proteção e segurança no mecanismo negocial por ele concebido.

⁵¹⁴ FERREIRA DE ALMEIDA, Carlos. **Texto e Enunciado na Teoria do Negócio**. Coimbra: Almedina, 1992, p. 533-534. v. I e II.

O *site* de comércio eletrônico, mais do que um mero intermediador, funciona no comércio eletrônico como elemento central e grande beneficiário de um novo tipo de negócio. Sua atividade é diferente daquela que desenvolve, por exemplo, o corretor, vez que nas relações contratuais por meio da Internet, pelo menos nas circunstâncias atuais, dificilmente as partes contratantes têm a possibilidade efetiva de dirimir entre si eventuais litígios em caso de inadimplemento contratual sem a participação daquele que é precisamente o “nó dessa complexa rede”.

O organizador dessa atividade, ao estimular a realização de negócios por meio da Internet, assume um dever de proteção em relação aos outros intervenientes, porque, conforme Pontes de Miranda, “quem se dirige a outrem, ou invita outrem a oferecer, ou expõe ao público capta a confiança indispensável aos tratos preliminares e à conclusão do contrato”.⁵¹⁵

Ademais, mostra-se mais fácil para o *site* buscar eventual ressarcimento, em ação regressiva contra o responsável direto pelo inadimplemento, tendo em vista que ele tem a possibilidade de reunir previamente todos os dados necessários para alcançar os usuários de seus

⁵¹⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954. p. 321. t. XXXVIII.

serviços. Em analogia à noção de direito processual sobre a carga dinâmica da prova, presente no direito do consumidor, quando se assegura a possibilidade de inversão do ônus da prova, nos termos do artigo 6º, inciso VIII, do CDC, pode-se dizer que o *site* de intermediação é que, no âmbito do comércio eletrônico, tem melhores condições para evitar ou ressarcir-se de eventuais prejuízos.

O princípio de que é o fornecedor quem deve suportar os riscos das contratações à distância, porque ele é quem mais se beneficia com a redução de custos proporcionada pelos métodos de contratação à distância, encontra-se em precedente do acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, assim ementado:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA NEGATIVA. DIREITO DO CONSUMIDOR. CONTRATO DE ADESÃO. CONDIÇÕES GERAIS DA CONTRATAÇÃO. ÔNUS DA PROVA. FORNECEDOR. SERVIÇO CONTRATADO POR TELEFONE. PRINCÍPIO DA CARGA DINÂMICA DA PROVA. VALOR DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CORREÇÃO. Em se tratando de contrato de adesão, principalmente nos casos em que a contratação é feita por telefone, é do fornecedor a prova de que as cláusulas gerais da avença foram corretamente informadas ao consumidor. Exegese do art. 54, § 4º, do CDC. Precedentes do STJ e desta Corte. Trata-se de aplicação do princípio da carga dinâmica da prova, que informa competir o ônus da prova à parte que melhores tem condições de produzi-la. Caso concreto em que a fornecedora de serviços de TV a cabo não provou que o contratante tinha conhecimento da cláusula que previa a devolução do equipamento em caso de rescisão contratual. É de sabença geral e a experiência comum assim informa (art. 335, CPC) que a facilitação da contratação feita via telefônica propicia o aumento da venda de qualquer produto, assim como a economia por parte do fornecedor nos meios empregados para a efetivação das vendas. Vantagem que importa também à assunção do risco inerente a tal tipo de contratação, ônus que deve ser assumido pelo fornecedor em contraprestação ao benefício que auferir.

Segue citação:

Nas causas em que não há condenação, a verba honorária é fixada de acordo com a apreciação equitativa do juízo, atendidas as normas das alíneas do § 3º do art. 20, do CPC, conforme determina o § 4º do mesmo dispositivo legal. APELO DESPROVIDO. (Tribunal de Justiça do RS, Apelação Cível Nº 70006096853, Nona Câmara Cível, Relator: Des. Adão Sérgio do Nascimento Cassiano, Julgado em 12 de maio de 2004)

Em suma, irrefutável a observação de Cláudia Lima Marques, citando Wiebe, no sentido da necessidade de evoluirmos para uma divisão de risco no comércio eletrônico, que se concentre menos na valoração da conduta de boa ou má-fé e mais no resultado fático que esta conduta teve no mundo virtual, com o nascimento de expectativas legítimas de consumidores-leigos.⁵¹⁶

b) A responsabilidade dos sites de intermediação no comércio eletrônico

Ao longo deste trabalho procurou-se sedimentar a compreensão de que o papel dos *sites* de intermediação no comércio eletrônico consiste

⁵¹⁶ LIMA MARQUES, Cláudia. **Confiança no Comércio Eletrônico e a proteção do consumidor: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico**. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2004. p. 50.

precisamente em proporcionar oportunidades de negócios entre pessoas que, de regra, não são profissionais em operações neste novo canal de comercialização que é a Internet.

Disso decorre, portanto, a incidência do Código de Defesa do Consumidor sobre a prestação de seus serviços, cuja sistemática se orienta no sentido de responsabilizar qualquer dos fornecedores que vinculados à colocação do produto ou do serviço no mercado.⁵¹⁷

Chamou-se a atenção para o fato de que o exercício de atividade comercial à distância por meio da tecnologia telemática apresenta riscos peculiares, para os quais o consumidor não está suficientemente alertado, tampouco provido de instrumentos técnicos e jurídicos adequados sua efetiva proteção.

Daí a importância da participação do site de intermediação nas operações do comércio eletrônico, como elemento central no desenvolvimento de

⁵¹⁷ Cf. Cláudia Lima Marques: “[...] o Código define fornecedor de bens e serviços, em seu art. 3º, como ‘toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou serviços’. Sendo que como serviço, o § 2º do art. 3 entende também as atividades de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, ficando excluídas apenas as de caráter trabalhista” (LIMA MARQUES, Cláudia. **Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das declarações contratuais**. 5. ed., atual. e ampl., incluindo mais de 1.000 decisões jurisprudenciais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 326).

uma complexa rede de relacionamentos no ciberespaço. Como intermediário profissional e especializado em Internet, este tipo de fornecedor do comércio eletrônico é quem pode estabelecer critérios, pautas, filtros para identificar e aferir a credibilidade dos usuários de seus serviços e, com isso, buscar o ressarcimento pelos inevitáveis prejuízos a serem enfrentados na exploração econômica do ciberespaço ou mesmo pulverizar de forma eqüitativa tais custos na composição de seu preço.

Na doutrina obrigacional contemporânea, encontra-se fundamento para reconhecer que o profissional interessado em intermediar operações comerciais na Internet, ao estimular a utilização deste novo e arriscado veículo para contatos interpessoais, cria para si o dever de desenvolver mecanismos de proteção aos usuários de seus serviços, de modo a minimizar os riscos inerentes a tais operações.

Demonstrando a existência de novas e inesperadas fontes obrigacionais na sociedade de massa, Cláudia Lima Marques⁵¹⁸ aponta a Tese de Habilitação na Universidade de Tübingen de Johannes Köndgen, que propõe identificar vínculos juridicamente relevantes outros que os contratos, isto é,

⁵¹⁸ LIMA MARQUES, Cláudia. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das declarações contratuais**. 5. ed. atual. e ampl., incluindo mais de 1.000 decisões jurisprudenciais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 608-609.

vinculações entre indivíduos nascidas fora da categoria dos contratos, em virtude dos riscos profissionais de cada um, da confiança criada por determinada atividade na sociedade de que necessita de aproximação negocial, de um contato social mais especializado com fim (direto ou indireto) de lucro.

Explica Cláudia Lima Marques:

A linha temática escolhida para defender a tese, que agrupa todos estes fenômenos sob denominação (combatida) de quase-contratos, foi a da responsabilidade por atos com finalidade (direta ou indireta) negocial (*geschäftsbezogene Handeln*), responsabilidade, em alemão *Haftung*, como projeção da obrigação ou vinculação própria. Enquanto muito se escreveu e teorias foram criadas (as teorias da vontade, da declaração, teorias objetivas) para identificar a vontade juridicamente relevante e o poder de “determinação” que possui o homem quando se obriga (por exemplo: o dogma da liberdade contratual), o tema “vinculação” por atuação dirigida (direta ou indiretamente) a negócios de interesse próprio, quanto mais e não há posterior contrato, permaneceu um tema lateral. [...] Köndgen conclui que há vinculação própria por uso (ato lícito) da publicidade na sociedade de massas. Uma das bases para tal vinculação encontra ele na *responsabilidade pela confiança (Vertrauenshaftung)* despertada pela atividade dirigida e profissional do fornecedor; confiança que representa o provável daquele tipo de declaração na sociedade (trata-se também de um *standard objetivo*). A proteção da confiança, mencionada por referido autor alemão, estaria presente também no ordenamento jurídico brasileiro. Assim, o princípio geral da boa-fé, positivado no CDC, em seu art. 4º, inciso III, o qual estipula um mandamento de boa-fé (objetiva), a guiar todas as condutas, em especial aqueles que exigem contato com os consumidores, presumidos legalmente como vulnerável na relação.

Segue citação:

Trata-se de mais um mandamento de proteção e segurança e da harmonia social (*Vertrauensgebot*), o qual importa àqueles que utilizam a publicidade suportar riscos profissionais mais elevados, uma vez que visam lucro (direta ou indiretamente), uma vez que participando de sua atividade negocial (esfera de necessário controle do empresário) e atingindo um número de terminado, em grau não controlável, de pessoas (grupo a tutelar).⁵¹⁹

Como reflexo deste dever de proteção decorre, então, a responsabilidade civil ⁵²⁰ do *site* de intermediação em relação aos danos sofridos pelos usuários de seus serviços, sendo nulas as cláusulas contratuais gerais em

⁵¹⁹ LIMA MARQUES, Cláudia. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das declarações contratuais**. 5. ed. atual. e ampl., incluindo mais de 1.000 decisões jurisprudenciais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 608-609.

⁵²⁰ Sobre responsabilidade civil, importante destacar as seguintes observações de Fernando Noronha: “A responsabilidade civil, na acepção estrita acima dada é tradicionalmente chamada de ‘responsabilidade extracontratual’; por sua vez, a responsabilidade negocial é usualmente chamada de ‘responsabilidade contratual’”. Trata-se, porém, de expressões equívocas, na medida em que ignoram a existência de obrigações nascidas de negócios jurídicos unilaterais, como a promessa pública de recompensa, a garantia contratual oferecida por fabricantes ao consumidor final e a subscrição de títulos de crédito. Assim, por um lado, a expressão ‘responsabilidade contratual’ esconde a par da obrigação de indenizar derivada do inadimplemento de contratos, e regendo-se pelos mesmos princípios, existe também aquela resultante do inadimplemento de negócios jurídicos unilaterais. Por outro lado, a expressão ‘responsabilidade extracontratual’ poderia sugerir, erradamente, que o inadimplemento desses negócios jurídicos unilaterais se regeria por princípios diversos dos aplicáveis aos bilaterais, ou contratos: a verdade é que, em matéria de responsabilidade pelo inadimplemento, tanto os negócios jurídicos unilaterais como bilaterais, ou contratos, estão sujeitos a regime jurídico idêntico – e que é diverso do aplicável àquelas obrigações que aqui incluímos na expressão *responsabilidade civil*, em sentido estrito. A estas razões, acresce que a bipartição ‘responsabilidade contratual e extracontratual’ reflete um tempo passado, o da elaboração da distinção, em que se dava o máximo relevo às obrigações assumidas no âmbito da autonomia privada, relegando a lugar secundário as não ‘contratuais’. Atualmente já se vai reconhecendo que a responsabilidade que era chamada de extracontratual não é simplesmente aquela que fica além dos contratos, ela é bem mais importante, é o regime-regra da responsabilidade civil” (NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações: fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 442-443. v. 1.

sentido contrário.

Em tema de responsabilidade civil, conforme já alertado por Aguiar Dias, não se pode descurar de dois interesses opostos e equivalentes: “de um lado, o de proporcionar às vítimas do dano, cada vez mais numerosas, a reparação capaz de restaurar real ou idealmente o *status quo* desfeito pelo evento danoso; de outro, o de evitar que, por demasiado empenho em ver satisfeita a primeira preocupação, se converta o mecanismo da responsabilidade civil em processo de aniquilamento da iniciativa privada”.⁵²¹

O critério fundamental para a difícil ponderação, no âmbito do comércio eletrônico de consumo, entre o respeito à livre iniciativa e a tutela dos consumidores, fundamento e princípio, respectivamente, de nossa ordem econômica (CF/88, art. 170, caput e inciso V), é o proveito econômico obtido pelos *sites* de intermediação graças exatamente à insegurança experimentada pelos consumidores no ambiente virtual e a expectativa destes de que a utilização de um sistema desenvolvido por um profissional especialista em Internet atenua os riscos inerentes aos negócios do comércio eletrônico.⁵²²

⁵²¹ AGUIAR DIAS, José, **Cláusula de não indenizar (chamada cláusula de irresponsabilidade)**. Rio de Janeiro: Edição Revista Forense, 1947. p. 14.

⁵²² A propósito, vale transcrever, novamente, Cláudia Lima Marques: “Note-se que ciência do direito, para proteger convenientemente a confiança despertada pela atuação dos fornecedores no mercado,

Se os internautas, atraídos pela publicidade, recorrem aos *sites* de intermediação exatamente para que o negócio seja mediado por um profissional especializado em gerenciar com segurança uma comunidade de usuários na Internet, iniludível o estabelecimento de um vínculo de confiança, que constitui, por si só, fundamento suficiente para inserir o *site* de intermediação na cadeia de distribuição e, com isso, sujeitá-lo a responder perante seus consumidores em caso de frustração do contrato.

Nesse sentido, vale transcrever doutrina de Carneiro da Frada, que tão bem se aplica à situação ora analisada:

a indução a crer gera uma dependência do sujeito que confia, pois ao decidir acreditar e alicerçar nessa convicção um actuação, coloca-se à mercê de outrem (de quem a conduta deste corresponda à credibilidade que lhe é conferida).

Segue citação:

terá de superar a *suma divisio* entre a responsabilidade contratual e extracontratual, e o fará revigorando a figura dos deveres anexos (*Nebenpflichten*). [...] A massificação, a despersonalização, o anonimato das relações de consumo, principalmente tomando em consideração o novo papel da publicidade e das técnicas de venda na economia, complementam-se com outro elemento desafiador que é a complexidade tecnológica dos atuais produtos oferecidos no mercado. [...] A noção de culpa, e mesmo o recurso à presunção de negligência ou imperícia do fornecedor direto, portanto, não são suficientes para dividir de forma justa os novos riscos na sociedade de consumo.” (LIMA

Ora se alguém se expõe, em virtude do comportamento de outrem, à possibilidade de um prejuízo, é razoável que aquele que tenha induzido essa exposição seja convocado a responder se ocasiona esse prejuízo. *Quem cria ou consente uma dependência de outrem, deve indemnizá-lo dos danos que, por intermédio dela, lhe veio a infligir.* Nesse sentido, se dirá que a responsabilidade pela confiança *compensa* a específica forma de vulnerabilidade que acompanha a confiança como elemento articulador da acção humana. Parece razoável que *quem confia em outrem por motivo a este imputável não deva ficar em princípio numa posição pior do que a que lhe assistiria se não tivesse confiado*; sobretudo encontrando-se *facticamente constrangido* à acreditar numa situação de *debilidade* ou *inferioridade* perante aquele que induz a confiança, típica (como, v.g., a do consumidor) [...] ⁵²³

A jurisprudência já se alertou para o fato de que os fornecedores, para atrair potenciais consumidores e suplantar a concorrência, valem-se do oferecimento de vantagens, como, por exemplo, vagas para veículos em estacionamento.

Após enfrentar uma série de casos versando sobre a responsabilidade pelo furto de veículo ocorrido no estabelecimento do fornecedor, o Superior Tribunal de Justiça editou o Enunciado 130, com o seguinte teor: “A empresa responde, perante o cliente, pela reparação do dano ou furto de veículo ocorrido em seu estabelecimento”.

MARQUES, Cláudia. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das declarações contratuais**. 5. ed. atual. e ampl., incluindo mais de 1.000 decisões jurisprudenciais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 1143-1144).

⁵²³ FRADA, Manuel António de Castro Portugal Carneiro da. **Teoria da confiança e responsabilidade civil**. - Coimbra: Almedina, 2004, p. 881.

Muito se discutiu a propósito do fundamento desta responsabilidade civil, sendo que a explicação mais comum estaria na caracterização de um contrato de depósito tácito. A base da súmula, contudo, parece ter sido o reconhecimento de um dever de proteção, fundado na boa-fé objetiva, que traz implícita a noção – perfeitamente aplicável à realidade do comércio eletrônico – de que o fornecedor, ao inspirar no consumidor uma sensação de maior segurança em relação aos serviços prestados, deve responder por eventuais prejuízos que frustrem tal expectativa, independentemente de previsão contratual expressa ou mesmo a despeito de cláusula exonerativa de responsabilidade.⁵²⁴

Ademais, tratando-se da regulação dos riscos no comércio eletrônico, não se pode deixar de referir o parágrafo único do artigo 927, do Código civil brasileiro de 2002, que estabelece a obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua

⁵²⁴Nesse sentido, vale lembrar a seguinte ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL. ESTACIONAMENTO. RELAÇÃO CONTRATUAL DE FATO. DEVER DE PROTEÇÃO DERIVADO DA BOA-FÉ. FURTO DE VEÍCULO. O estabelecimento bancário que põe à disposição dos seus clientes uma área para estacionamento dos veículos assume o dever, derivado do princípio da boa-fé objetiva, de proteger os bens e a pessoa do usuário. O vínculo tem sua fonte na relação contratual de fato assim estabelecida, que serve de fundamento a responsabilidade civil pelo dano decorrente do descumprimento do dever. AGRADO IMPROVIDO. (AgRg no Ag 47.901/SP, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, julgado em 12 de setembro de 1994, DJ 31 de outubro de 1994, p. 29505)

natureza, risco para os direitos de outrem.⁵²⁵

Judith Martins-Costa, ao comentar tal dispositivo, explica que, “se aquele que atua na vida jurídica desencadeia uma estrutura social que, por sua própria natureza, é capaz de pôr em risco os interesses e os direitos alheios, a sua responsabilidade passa a ser objetiva e não mais apenas subjetiva”.⁵²⁶

Na teoria do risco do empreendimento, explica Sérgio Cavalieri Filho, o fornecedor passa a ser garante dos produtos e serviços que oferece ao mercado, respondendo por sua qualidade e segurança, em decorrência do simples fato de se dispor a realizar uma atividade arriscada.

Neste sentido, explica o autor:

⁵²⁵ CC/2002: Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (Arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

⁵²⁶ MARTINS-COSTA, Judith. O Novo Código Civil Brasileiro: em busca da “ética da situação”. In.: MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Diretrizes teóricas do Novo Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 87-168. p. 128-129.

O consumidor não pode assumir os riscos das relações de consumo, não pode arcar sozinho com os prejuízos decorrentes dos acidentes de consumo, ou ficar sem indenização. Tal como ocorre na responsabilidade do Estado, os riscos devem ser socializados, repartidos entre todos, já que os benefícios são também para todos. E cabe ao fornecedor, através dos mecanismos de preço, proceder a essa repartição de custos sociais dos danos. É a *justiça distributiva*, que reparte equitativamente os riscos inerentes à sociedade de consumo entre todos, através dos mecanismos de preços – repita-se – e dos seguros sociais, evitando, assim, despejar esses enormes riscos nos ombros do consumidor final.⁵²⁷

As operações realizadas por meio da Internet apresentam um risco bastante significativo, de modo que, quem se dedica a atrair contratantes para este meio ainda tão inseguro, deve assumir os ônus decorrentes.

Se os fornecedores são diretamente beneficiados com a utilização massiva da tecnologia na celebração de negócios jurídicos, razoável impor-lhes o dever de adotar medidas de proteção aos consumidores de seus serviços e, conseqüentemente, de responder pelos prejuízos inevitáveis. Nesse sentido, por exemplo, serve como paradigma decisão tratando da responsabilidade pela clonagem de cartão de crédito.

Segue citação:

⁵²⁷ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade civil**. 4. ed. rev., aum. e atual., 2003, p. 177.

REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS. CLONAGEM DE CARTÃO DE CRÉDITO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA OPERADORA. É dever da administradora de cartão de crédito adotar medidas de proteção que impeçam a clonagem de cartão de crédito. Tal dever decorre do princípio da boa fé objetiva, na sua função de tutela ou proteção, em consequência do que decorre o dever de cada um dos contratantes de adotar as medidas necessárias para resguardar os interesses pessoais e patrimoniais do outro contratante. Devem as operadoras de cartão de crédito investir parte de seus fabulosos lucros em pesquisas de que resultem maior segurança para a utilização do sistema de cartão. As fraudes que não se consegue evitar devem ser debitadas em desfavor das administradoras e não de seus clientes. Trata-se de um risco inerente ao negócio em que operam. Sentença de procedência. Recurso parcialmente provido apenas para reduzir o valor dos danos morais, para adequá-lo aos parâmetros adotados por esta turma recursal. (TJRS, Recurso Cível Nº 71000632943, Terceira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais - JEC, Relator: Eugênio Facchini Neto, Julgado em 19/04/2005)

É bem verdade que o risco no comércio eletrônico não decorre exatamente da atividade desenvolvida pelo *site* (intermediação entre contratantes), mas sim das características do espaço (ciberespaço) onde essa atividade comercial é exercida. De qualquer modo, se em matéria de responsabilidade civil, o principal valor a ser protegido pelo direito, conforme Cláudia Lima Marques,⁵²⁸ deve ser o efetivo e rápido ressarcimento das vítimas, a regulação jurídica do comércio eletrônico passa pela atribuição aos *sites* de

⁵²⁸ LIMA MARQUES, Cláudia. **Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das declarações contratuais**. 5. ed., atual. e ampl., incluindo mais de 1.000 decisões jurisprudenciais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 1032.

intermediação do dever de desenvolver mecanismos de controle e proteção dos usuários de seus serviços, de modo a distribuir eqüitativamente os ônus e os bônus da utilização da tecnologia telemática na celebração de negócios jurídicos.

CONCLUSÃO

Embora já movimentem recursos financeiros significativos, as operações comerciais na Internet ainda não foram assimiladas na vida econômica a ponto de caracterizar uma tipicidade social, faltando ainda a empresários e consumidores uma efetiva assimilação quanto às respectivas obrigações e legítimas expectativas proporcionadas nesse novo mercado.

Assim, vencida a fase inicial de perplexidade quanto à exploração econômica da Internet, na qual se descreveram as características desse novo ambiente de relacionamentos denominado ciberespaço, é chegado o momento de debater na doutrina jurídica soluções para problemas específicos.

O ponto de partida é a compreensão de que, na complexa rede de relacionamentos negociais à distância constituída graças ao avanço da tecnologia, é fundamental delimitar os direitos e deveres dos participantes, de modo a distribuir de forma equânime as vantagens e os riscos que esse novo ambiente oferece.

Nesse sentido, acentua-se na realidade da Internet a necessidade de desenvolver mecanismos jurídicos que tutelem de forma efetiva o consumidor, sujeito reconhecidamente mais vulnerável nas relações de mercado, porque o ciberespaço proporciona contatos interpessoais em circunstâncias de tempo e de espaço peculiares, mediante a utilização de uma nova forma de linguagem, com influência significativa na formação da vontade, elemento central do negócio jurídico. Disto decorre, por exemplo, a importância de reconhecer nesse contexto a aplicação do chamado direito de arrependimento.

Ademais, demonstrado que a Internet é, atualmente, um meio repleto de riscos e incertezas, em constante transformação, uma solução viável no sentido de alcançar a confiança necessária para o desenvolvimento seguro das operações do comércio eletrônico é reconhecer, primeiro na doutrina e com o tempo talvez em legislação específica, que a atuação dos intermediários especializados em incentivar à adesão de fornecedores e consumidores a este novo canal de distribuição de bens e serviços apresenta-se como elemento central do comércio eletrônico.

O fundamento da responsabilidade dos *sites* de intermediação no ambiente virtual é simples. Se a tecnologia telemática favorece os empresários com a criação de novas oportunidades de negócios, reduzindo custos com instalações físicas, *marketing*, ampliação de mercados, etc., mais do que razoável, portanto, imputar a estes profissionais, em contrapartida, a obrigação de

proteger seus consumidores e arcar com os riscos próprios de seu empreendimento.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABREU FILHO, José. **O negócio jurídico e sua teoria geral**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

AGUIAR DIAS, José. **Cláusula de não indenizar (chamada cláusula de irresponsabilidade)**. Rio de Janeiro: Edição Revista Forense, 1947.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. A Boa-fé na relação de consumo. In: **Direito do Consumidor**, v. 14.

_____. **Extinção dos contrato por incumprimento do devedor**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: AIDE, 2003.

ALBERTINI, Alberto Luiz. **Comércio eletrônico: modelo, aspectos e contribuições de sua aplicação**. 5. ed. Colaboração de Rosa Maria de Moura. São Paulo: Atlas, 2004.

ALPA, Guido; BESSONE, Mario. **La responsabilità civile, II, rischio d'impresa – assicurazione – analisi economica del diritto**. 2. ed. Milão: Giuffrè Editore, 1980.

AMARAL JÚNIOR, Alberto do **Comentários ao Código de Proteção do Consumidor**. MUKAI, Toshio et. al. (Com.); OLIVEIRA, Juarez de (Org.). São Paulo: Saraiva, 1991.

AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 5. ed. rev. atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ANDRADE, Manuel A. Domingues de. **Teoria Geral da relação jurídica**. Reimpressão original de 1944. Coimbra: Almedina, 1997. v. I.

_____. **Teoria geral da relação jurídica**. 7. reimpressão. Coimbra: Almedina, 1992. v. II.

ANDRADE, Ronaldo Alves. **Contrato eletrônico no novo Código Civil e no Código do Consumidor**. São Paulo: Manole, 2004. p. 107.

ARAÚJO, Nádía de. **Direito internacional privado: teoria e prática brasileira**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

ASCARELLI, Tullio. Origem do direito comercial. **Revista de Direito Mercantil**, v. 103, Nova Fase, tradução de Fábio Konder Comparato.

ASCENSÃO, José de Oliveira. In: **Nota introdutória ao Manual “O Comércio electrónico em Portugal - O quadro legal e o negócio”**. p. 6 e 7. ANACOM, Autoridade Nacional de Comunicações, Portugal. Disponível em: <<http://www.icp.pt>>. Acesso em: nov. 2001.

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

AZAR, María José. **El consentimiento en la contratación de consumo por Internet**. Revista de direito do consumidor, v. 42.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Estudos e pareceres de direito privado**. São

Paulo: Saraiva, 2004.

_____. **Negócio jurídico: Existência, validade e eficácia.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

BAPTISTA, Luiz Olavo. **Aspectos jurídicos das transferências Eletrônicas Internacionais de Fundos.** 1986. Tese apresentada ao concurso de livre docente na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

BARBAGALO, Erica Brandini. **Contratos eletrônicos: contratos formados por meio de redes de computadores, peculiaridades jurídicas da formação do vínculo.** São Paulo: Saraiva, 2001.

BARBI FILHO, Celso. **A duplicata mercantil em juízo.** Rio de Janeiro: Forense, 2005.

BARRETO FILHO, Oscar. **Teoria do estabelecimento comercial.** São Paulo: Max Limonad, 1969.

BAUDRILLARD, Jean. **A sociedade de consumo.** Lisboa: Edições 70, 1995.

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

BETTI, Emílio. **Teoria geral do negócio jurídico.** Coimbra: Coimbra Editora, 1969. t. II.

BIANCA, C. Massimo. **Diritto Civile.** 2. ed. Milano: Giuffrè, 2000. (III, Il Contrato)

BRANCO, Gerson Luz Carlos. A proteção das expectativas legítimas derivadas das

situações de confiança: elementos formadores do princípio da confiança e seus efeitos.

Revista de Direito Privado, São Paulo, v. 12, p. 181, out-dez 2002.

BRANCO, Gerson Luz Carlos. **O sistema contratual do cartão de crédito**. São Paulo: Saraiva, 1998.

BRASIL, Marco. Leilão na rede: *sites* não são responsáveis pelos negócios que promovem. Disponível em: <<http://conjur.estadao.com.br>>. Acesso em: 02 nov. 2005.

BRIGGS, Asa; BURKE, Peter. **Uma história social da mídia: de Gutemberg à Internet**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004.

BULGARELLI, Waldírio. **A teoria jurídica da empresa: análise jurídica da empresarialidade**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1985.

CAENEGEM, R. C. Van. **Uma introdução histórica ao direito privado**. Tradução de Carlos Eduardo Lima Machado. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

CALAIS-AULOY, Jean. Venda fora do estabelecimento comercial e venda à distância no direito francês. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 3, p. 7-23, 1992.

CARNELUTTI, Francesco. **A prova civil**. 1. ed. Tradução da segunda edição italiana por Lisa Pary Scarpa. Campinas: Bookseller, 2001.

CARVALHO NETO. **Contrato de Mediação**. 3. ed. São Paulo: Jalovi, 1991.

CARVALHO SANTOS, J. M. de. **Código Civil Brasileiro Interpretado**. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1938. v. XV.

CARVALHO, Ana Paula Gombogi. **Contratos via internet**. Belo Horizonte: Del Rey,

2001.

CARVALHO, Ana Paula Gombogi. **Contratos via internet**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

CARVALHO, Manuel da Cunha. Percepção e manifestação de vontade: relação com os direitos de personalidade na era tecnológica. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 8, p. 130, out.-dez. 2001

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. 7 ed. São Paulo: Terra e Paz, 2003.

_____. **A galáxia da Internet: reflexões sobre a Internet, os negócios e a sociedade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.

CAVALAZZI, Rosângela Lunardelli. O princípio da boa-fé no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro: análise quantitativo-comparativa e consolidação de ementas. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 51, jul.-set. de 2004.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade civil**. 4. ed. Rev., aum. e atual., 2003.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. 3. ed. Tradução da 2. ed. italiana por J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1969.

CITARELLA, Giuseppe. Informatica e Danni Esistenziali. In: **Trattato Breve Dei Nuovi Danni. Il risarcimento del danno esistenziale: aspetti civili, penali, medico legali, processuali**. Milani: CEDAM, 2001. v. III.

CONSULTOR JURÍDICO. Disponível em: <<http://conjur.estadao.com.br>>. Acesso em: 02 nov. 2005.

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

CORREIA, A. Ferrer. **Erro e interpretação na Teoria do Negócio Jurídico**. Coimbra: Almedina, 1985.

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

COUTO E SILVA, Clóvis do. **A obrigação como processo**. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1976.

COVAS, Silvânio. O contrato no ambiente virtual. Contratação por meio de informática. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, São Paulo, v. 5, p. 100-122, 1999.

CUNHA JÚNIOR, Eurípedes Brito. Os contratos eletrônicos e o novo Código Civil. **Revista CEJ (Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal)**, Brasília, v. 6, n. 19, out.-dez., 2002.

D' ARCANGELI, Antonella. Il dibattito sul domain name e la prima sentenza di merito. **Rivista di Diritto Civile**, Padova, CEDAM, p. 497-540, giul.-ago. 2004.

DE LUCCA, Newton. **A cambial-extrato**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1985.

_____. **Aspectos Jurídicos da contratação informática e telemática**. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. **Comentários Novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. XII. (dos

atos unilaterais; dos títulos de crédito).

DE LUCCA, Newton. **Direito do Consumidor**. São Paulo: Quartier Latin, 2003.

_____. Títulos e contratos eletrônicos: o advento da informática e seu impacto no mundo jurídico. In: **Direito & Internet – Aspectos Relevantes**. São Paulo: EDIPRO, 2000.

DIAS, Maria Helena Pereira. **Hipertexto – O labirinto eletrônico. Uma experiência hipertextual**. Tese de Doutorado defendida 17/02/2000, na Universidade Estadual de Campinas, Faculdade de Educação. Disponível em: <<http://www.unicamp.br/~hans/mh>>. Acesso em: 19 ago. 2004.

DÍEZ-PICAZO, Luis. **Tratado del Derecho Civil Patrimonial**. 5. ed. Madrid: Editorial Civitas, 1996.

DINIZ, Davi Monteiro. Documentos Eletrônicos: um estudo sobre a qualificação dos arquivos digitais como documentos”. **Revista Faculdade de Direito Milton Campos**, Belo Horizonte, n. 5, p. 293-320, 1998.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1995. v. 3.

DURÁN, Juan Carlos. **O Tempo do Direito em François Ost: uma leitura a partir de Hannah Arendt**, 2002. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, RS [Inédito].

ENGISH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. p. 173- 323.

ERENBERG, Jean Jacques. **Publicidade Patológica na internet à luz da legislação**

brasileira. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

ESTRELA, Hernani. **Curso de Direito Comercial.** Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1973.

FABIAN, Christoph. **O dever de informar no direito civil.** São Paulo: RT, 2002.

FARIA, José Eduardo. **Direito e globalização econômica: implicações e perspectivas.** 1. ed. Malheiros Editores, 1996.

_____. **O direito na economia globalizada.** 1. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

FÉRAL-SCHUHL, Christiane. **Cyber droit: le droit à l'épreuve de l'internet.** 3. ed. Paris: Dunod, 2002. (Capítulo 6: L'internet et les consommateurs)

FERNANDES, Antônio Joaquim. Responsabilidade do provedor de Internet. **Revista de Direito do Consumidor,** São Paulo, v. 26, p. 26-45, 1998.

FERNANDES, Jean Carlos. **Ilegitimidade do boleto bancário (Protesto, execução e falência): doutrina, jurisprudência e legislação.** Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994.

FERREIRA DE ALMEIDA, Carlos. **Texto e Enunciado na Teoria do Negócio.** Coimbra: Livraria Almedina, 1992. v. I e II.

FISCHER, Brenno. **Dos Contratos por Correspondência.** 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: José Rufino, 1956.

FOLHA ONLINE. Adolescentes usam internet para humilhar colegas. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/informatica/ult124u18582.shtml>. Acesso em: 20 out. 2005.

FORGIONI, Paula. Apontamentos sobre aspectos jurídicos do "*e-commerce*". **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, n. 119, jul.-set. 2000.

_____. **Contrato de distribuição.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

FORTUNA, Eduardo. **Mercado financeiro e serviços.** 16. ed. Rio de Janeiro: Qualitymark, 2005.

FRADA, Antônio de Castro Portugal Carneiro da. **Contrato e deveres de proteção.** Coimbra: Separata do Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1994. v. xxxviii.

_____. **Teoria da confiança e responsabilidade civil.** Coimbra: Almedina, 2004.

FRADERA, Vera Jacob de. **O valor do silêncio no novo Código Civil. Aspectos controvertidos do novo Código Civil.** Escrito em homenagem ao Ministro José Carlos Moreira Alves. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

FRÍAS, Ana Lópes. **Los contratos conexos: estudio de supuestos concretos y ensayo de una construcción doctrinal.** Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1994.

FRONTINI, Paulo Salvador. Títulos de crédito e títulos circulatórios: que futuro a informática lhes reserva? Rol e funções à vista de sua crescente desmaterialização. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 730, p. 50-67, ago. 1996.

GALGANO, F. *Lex Mercatória.* **Revista de Direito Mercantil**, São Paulo, Nova Série,

n. 129, p. 224-228, jan-mar. 2003.

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

GHERSI, Carlos Alberto. **Contratos civiles y comerciales**. 4. ed. actual. y ampl. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1999.

_____. **La posmodernidad jurídica – una discusión abierta**. Buenos Aires: Gowa, 1995.

GIBSON, William. **Neuromancer**. 2. ed. Editora Aleph, 2003.

GLANZ, Semy. Internet e Contrato eletrônico. **Revista dos Tribunais**, v. 757, 1998, p. 70-75.

GONÇALVES, Maria Eduarda. **Direito da Informação. Novos direitos e formas de regulação na sociedade da informação**. Coimbra: Livraria Almedina, 2003. p. 27.

HENDERSON, Kay; POULTER, Alan. The distance selling directive: points for future revision. In: **International Review of Law Computer**, . 16, n. 3, p. 289-300, 2002.

HOFMEISTER, Maria Alice Costa. **O dano pessoal na sociedade do risco**. Rio de Janeiro: Renvoar, 2002.

HUBERMAN, Leo. **História da Riqueza do Homem**. 21. ed. revista, traduzido da 3. ed., publicada em 1959. Rio de Janeiro: LTC Livros Técnicos e Científicos, [s/data].

IDEC. **Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor**. Disponível em: <http://www.idec.org.br>. Acesso em: 02 nov. 2005.

IPPOLITO, Fulvio Sarzana di S. I Profili Regolamentari Del Commercio Electronico, p. 2. In: **Profili giuridici del commercio via Internet**. Milano: Giuffrè Editore, 1999.

IRTI, Natalino. *È vero ma...* (replica a Giorgio Oppo). **Rivista di Diritto Civile**, n. 2, anno XLV, p. 273-278: 1999.

_____. Scambi senza acordo. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, ano LII, n. 2, p. 347-364, 1998.

ITEANU, Oliver. **Internet et lê droit**. Eyrolles, 1996, p. 23, citado por Semy Glanz, *Internet e Contrato Eletrônico*. In: RT 757/70-75.

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

JACQUES, Daniela Corrêa. A proteção da confiança no direito do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 45-100, jan-mar 2003.

JAYME, Erik. Visões para uma teoria pós-moderna do direito comparado. In: **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 759, p. 24-40, 1999.

JAYME, Erik. **O Direito Internacional Privado do Novo Milênio: a proteção da pessoa humana face à globalização**. Porto Alegre, 2003.

JOHNSON, Steven. **Cultura da Interface: como o computador transforma a maneira de criar e comunicar**. Tradução da primeira norte-americana publicada em 1997. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

_____. **Emergência: a vida integrada de formigas, cérebros, cidades e softwares**. Tradução da primeira norte-americana publicada em 2001. Rio de Janeiro: Jorge Zahar,

2003.

JORGE, Fernando de Sandy Lopes Pessoa. **Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil**. Lisboa, 1972.

KAMINSKI, Omar. Um "screenshot" dos nomes de domínio no Brasil. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 5, n. 51, out. 2001. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2259>>. Acesso em: 28 ago. 2005.

KARSAKLIAN, Eliane. **Comportamento do consumidor**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

KLEIN, Michele. **El desistimiento unilateral del contrato**. Madrid: Editorial Civitas, 1997.

LANDOW, George P. **Hipertexto: la convergencia de la teoría crítica contemporânea y la tecnologia**. Barcelona: Paidós, 1995.

LARENZ, Karl. **Derecho de obligaciones**. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado. 1958. t. I e II.

_____. **Metodologia da ciência do direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LAUDON, Kenneth C.; LAUDON, Jane Price. **Sistemas de informação com Internet**. 4. ed. Rio de Janeiro: LTC, 1999.

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

LEMOS, André. Cibercidades. In: **As janelas do ciberespaço**. LEMOS, André;

PALÁCIOS, Marcos (Org.). Porto Alegre: Sulina, 2001.

LESSING, Lawrence. The law of the horse: what cyberlaw might teach. In: **Harvard Law Review**, v. 113, n. 2, dec. 1999.

LÉVY, Pierre. **As tecnologias da inteligência: o futuro do pensamento na era da informática**. 1. ed. São Paulo: Editora 34, 1993.

_____. **Cibercultura**. São Paulo: Editora 34, 1999.

_____. **O que é virtual**. 1. ed. São Paulo: Editora 34, 1996.

LIMA MARQUES, Cláudia. **Confiança no comércio eletrônico e proteção do consumidor: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

_____. **Comentários ao código de defesa do consumidor: Arts. 1.º a 74: aspectos materiais**. Cláudia Lima Marques, Antônio Herman V. Benjamin, Bruno Miragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

_____. **Contratos no Código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

_____. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das declarações contratuais**. 5. ed. rev., atual. e ampl., incluindo mais de 1.000 decisões jurisprudenciais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

_____. Proposta para uma teoria geral dos serviços com base no Código de Defesa do Consumidor: evolução das obrigações envolvendo serviços remunerados direta ou indiretamente. In: **Revista de Direito do Consumidor**, v. 33.

LIMA MARQUES, Cláudia. Três tipos de diálogos entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002: superação das antinomias pelo “diálogo das fontes”. In: **Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002: convergências e assimetrias**. PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos; PASQUALOTTO, Adalberto (Coord.). São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2005.

LIMA, Alvino. **Culpa e Risco**. 2. ed. Rev. e atual. pelo Prof. Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: RT, 1998.

_____. **A responsabilidade civil pelo fato de outrem**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1973.

LIMBERGER, Têmis. O direito à intimidade do cliente bancário. Uma proposta de interpretação conjugando a sistemática constitucional, consumerista e civilista. In: **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 48, p. 247-269, jul-set 2002.

LIPPERT, Márcia Mallmann. **A empresa no código civil: elemento de unificação no direito privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

LISI, Andrea; DIURISI, Davide. Web Marketing e tutela del consumatore telemático. In: **Commercio Elettronico e Tutela del Consumatore**. CASSANO, Giuseppe (Org.). Milano: Giuffrè, 2003.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Comentários ao Código Civil: parte especial: das várias espécies de contratos**. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 6 (Arts. 481 a 564).

_____. **Condições gerais dos contratos e cláusulas abusivas**. São Paulo: Saraiva, 1991.

LODDER, Arno; VOULON, Marten B., Intelligent Agents and the Information Requirements of the Directives on Distance Selling and E-commerce. **International Review of Law Computers**, v. 16, n. 3, p. 277-287, 2002.

LOGAN, Robert K. **The sixth language. Learning a Living in the Internet Age**. 2. ed., USA: The Blackburn Press, 2004.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de direito civil: fonte das obrigações: contratos**. 7. ed. rev. por José Serpa de Santa Maria. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2001. v. III.

LÓPEZ, V. Carrascosa. **La contratación informática: el nuevo horizonte contractual**. 2. ed. Granada: Editorial Comares, 1999.

LORENZETTI, Ricardo. **Comércio eletrônico**. Tradução de Fabiano Menke; com notas de Cláudia Lima Marques. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

_____. **Fundamentos do direito privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

_____. Redes Contractuales: Conceptualización jurídica, relaciones internas de colaboración, efectos frente a terceros. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, n. 16, p. 171-202, 1999.

_____. Teoria sistémica do contrato. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPG-Direito/UFRGS**, Porto Alegre: UFRGS, v.1, n. 2, p. 25-50, set. 2003.

_____. **Tratado de los contratos**. 2. ed. atual. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores, 2004. t. I e II.

LOSANO, Mário. **Os grandes sistemas jurídicos**. Porto: Editorial Presença, 1979.

LOTUFO, Renan. Responsabilidade civil na Internet. In: **Direito e Internet: relações jurídicas na sociedade da informação**. GRECO, Marco Aurélio; MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coords.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

LUDWIG, Marcos de Campos. **Usos e costumes no processo obrigacional: fundamentos e aplicação em face do novo código civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

MACARINI, Augusto Tavares Rosa. O Documento Eletrônico como meio de prova. **Revista de Direito Imobiliário**, n. 47.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Contratos relacionais e defesa do consumidor**. São Paulo: Max Limonad, 1999.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. Globalização e Direito do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 32, out.-dez, p. 45-54, 1999.

_____. Privacidade, mercado e informação. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 31, p. 14, jul.-set. 1999.

MACNEIL, Ian. **The relational theory of contract: selected works of Ian Macneil**. London: Sweet & Maxwell, 2001.

_____. **The many futures of contracts**. *Southern California Law Review*. v. 47, p. 691-816, 1979.

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

MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. V. t. II. (do inadimplemento das obrigações).

_____. O Novo Código Civil Brasileiro: em busca da “ética da situação”. In: MARTINS-COSTA, Judith; Branco, Gerson Luiz Carlos. **Diretrizes teóricas do Novo Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. Princípio da Boa-fé. Jurisprudência comentada. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, n. 50, p. 207, nov. 1990.

MAS-FOVEAU, Séverine; BENACHOUR-VERSTREPEN, Malika. **Le commerce électronique en toute confiance. Diagnostic des pratiques et environnement juridique**. Paris: Litec, 2001.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 19. ed. 3. Tiragem. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MCLUHAN, Marshall. **Os meios de comunicação como extensões do homem**. São Paulo: Cultrix, [s/ data].

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico; plano da existência**. 7. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1995.

MENEZES CORDEIRO, Antonio M. da Rocha e. **Da Boa-fé no Direito Civil**. 2. reimpressão. Coimbra: Almedina, 2001.

MENKE, Fabiano. **Assinatura Eletrônica: aspectos jurídicos no direito brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

MERCADOLIVRE. Disponível em: <<http://mercadolivre.com.br>>. Acesso em: nov. 2005.

MESSINEO, Francesco. **Doctrina geral del contrato**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1986. t. I e II.

MIGUEL, Paula Castello. O estabelecimento comercial. Trabalho agraciado com “Menção Honrosa” no “Prêmio Tullio Ascarelli – 1998”. **Revista de Direito Mercantil**, São Paulo, v. 118, p. 7, abr.-jun. 2000.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Consumidor poderá saber se empresas têm registros nos Procons**. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br/DPDC/>>. Acesso em: 16 set. 2005.

MIRAGEM, Bruno. O conceito de domicílio e sua repercussão nas relações jurídicas eletrônicas: a aplicação da lei no espaço e a Internet sob a perspectiva do direito brasileiro. **Revista de Direito Privado**, v. 19, p. 10-45, 2004.

MONTEIRO, António Pinto. **Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil**. Coimbra: Separata do volume XXVIII do Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, 1985.

_____. **Contratos de distribuição comercial**. Coimbra: Almedina, 2002.

MONTENEGRO, Antônio Lindberg. **A Internet em suas relações contratuais e extracontratuais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

MORAES, Emanuel Macabu. **Protesto Extrajudicial – Direito Notarial**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004.

MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Código de defesa do consumidor: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade e nas demais práticas comerciais**. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 2001.

MOREIRA ALVES, José Carlos. **A parte geral do projeto de Código Civil brasileiro (subsídios históricos para o novo Código Civil brasileiro)**. 2. ed. aum. São Paulo: Saraiva, 2003.

MOTA PINTO, Carlos Alberto. **Cessão da posição contratual**. Coimbra: Almedina, 1982.

MOTA PINTO, Paulo. **Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico**. Coimbra: Almedina, 1995.

MÚLHER, Sérgio José Dulac. Empresa e Estabelecimento - A avaliação do *goodwill*. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, n. 318, p. 2444, abr. 2004.

NAVARRETE, Miguel Ángel Moreno. **Contratos Eletrônicos**. Madrid: Marcial Pons, 1999.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato: novos paradigmas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

NEGROPONTE, Nicholas. **A vida digital**. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Vícios do ato jurídico e reserva mental**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1983.

_____. **Código de Defesa do Consumidor, comentado pelos autores do anteprojeto**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações: fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.

_____. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé e justiça contratual.** São Paulo: Saraiva, 1994.

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.

OLIVEIRA, Elsa Dias. **A proteção do consumidor nos contratos celebrados através da Internet: contributo para uma análise numa perspectiva material e internacionalprivatista.** Coimbra: Almedina, 2002.

OPPO, Giorgio. *Disumanizzazione del contratto?* **Rivista di Diritto Civile**, ano XLIV, n. 5, p. 525-533, 1998.

ORLANDI, Francesca. Il regolamento sul documento elettronico: profili ed effetti. In: **Revista Del Diritto Commerciale e Del Diritto Generale delle Obligazioni**, p. 744, 1998.

ORLANDO GOMES, **Introdução ao direito civil.** 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1971.

_____. **Transformações gerais no direito das obrigações.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1967.

OST, François. **O tempo e o direito.** Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

_____. Tiempo y contrato. Crítica del pacto fáustico. Tradução de Victoria Roca. **Doxa** [Publicaciones periódicas], n. 25, 2002. [on-line]. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com>>. Acesso em: 21 maio 2005.

PARISI, Francesco. **Il contratto concluso mediante computer**. Padova: CEDAM, 1987.

PASQUALOTTO, Adalberto de Souza. **Os efeitos obrigacionais da publicidade no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: RT, 1997.

PEREIRA, Alexandre Libório Dias. **Comércio electrónico na sociedade da informação: da segurança técnica à confiança jurídica**. Coimbra: Almedina, 1999.

PEREIRA, Vinícius Andrade. Entendendo os meios: as extensões de McLuhan. In: **Olhares para a cibercultura**. LEMOS, André; CUNHA, Paulo. (Org). Porto Alegre: Sulina, 2003.

PEZELLA, Maria Cristina Cereser. **A eficácia jurídica do consumidor: o poder do jugo na publicidade: um estudo de caso**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

PIMENTEL, Alexandre Freire. **O direito cibernético. Um enfoque teórico e lógico-aplicativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 41-47.

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

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Cambiário**. 2. ed. Atualizado por Wilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2001.

_____. **Tratado de Direito Privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954.

POSNER, Richard A. **El análisis económico del derecho**. México: Fondo de cultura económica, 1998.

PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. Coimbra: Almedina, 1982.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. Agência e Distribuição. In: **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 19, p. 3-28, jul.-set. 2004.

RÁO, Vicente. **Ato jurídico**. São Paulo: Max Limonad, 1961.

REALE, Miguel. **Fontes e modelos do direito: para um novo paradigma hermenêutico**. São Paulo: Saraiva: 1994.

RHEINGOLD, Howard. Tools for Thought In: JOHNSON, Steven. **Cultura da Interface: como o computador transforma nossa maneira de criar e comunicar**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

RIBEIRO, Joaquim de Souza. **O problema do contrato: as cláusulas gerais e o princípio da liberdade contratual**. Coimbra: Almedina, 2003. (Coleção Teses)

RIDOLFO, José Olinto de Toledo. Aspectos da valoração do estabelecimento comercial de empresas na nova economia. In: **Direito & Internet – aspectos jurídicos relevantes**. DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; et. al. (Coord.) São Paulo: EDIPRO, 2000.

RODRIGUES, Silvio. **Dos vícios do consentimento**. São Paulo: Saraiva, 1979.

ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Tradução de Ana Coimbra. Coimbra: Almedina, 1988.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade civil no código do**

consumidor e a defesa do fornecedor. São Paulo: Saraiva, 2002.

SANTOLIM, Cesar Viterbo Matos. **A aplicação dos princípios de proteção do consumidor e o comércio eletrônico no direito brasileiro.** Tese de Doutorado – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2004. [Inédito]

_____. **Formação e eficácia probatória dos contratos por computador.** São Paulo: Saraiva, 1995.

SANTOS JÚNIOR, E. **Da responsabilidade civil por terceiro por lesão do direito de crédito.** Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

SANTOS, Manoel J. Pereira dos; ROSSI, Mariza Delapieve. Aspectos legais do comércio eletrônico - Contratos de adesão. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 36, out.-dez. 2000.

SANTOS, Marco Fridolin Sommer. **Acidente do trabalho entre a seguridade social e a responsabilidade civil: elementos para uma teoria do bem-estar social e da justiça social.** São Paulo: LTR, 2005.

SANTOS, Milton. **Da totalidade ao lugar.** São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2005.

SANTOS, Ulderico Pires dos. **Meios de Prova.** Rio de Janeiro: UPS, 1994.

SARLO, Oscar. Internet: ¿instrumento axial o auxiliar en la investigación jurídica?. Derecho Informático. Tomo I. **Revista Instituto de Derecho Informático**, Facultad de Derecho, Universidad de la República. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2001.

SARTOR, Giovanni. *L' intenzionalità dei sistemi informatici e il diritto.* In: **Rivista**

Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, p. 22-51, mar. 2003.

SCHMITT, Marco Antônio. Contratações à Distância. A Diretiva 97/7 da Comunidade Européia e o Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. In: **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 25, p. 57-79.

SCHREIBER, Anderson. **A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SERPA LOPES, Miguel Maria de. **Curso de direito civil: fonte das obrigações: contratos**. 7. ed. rev. por José Serpa de Santa Maria. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2001. v. III.

SERRANO, Luiz Miranda. Derecho de desistimiento Del consumidor en la contratación eletrónica. In: **Comercio electrónico y protección de los consumidores**. Madrid: La Ley, 2001. (Colección Biblioteca de Derecho de los Negocios).

SILVA, Caio Mario Pereira da. **Instituições de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

_____. **Instituições de Direito Civil**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. III.

SILVA, Jorge Cesar Ferreira da. **A boa-fé e a violação positiva do contrato**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SILVA, Luiz Renato Ferreira da. A função social do contrato no novo Código Civil e sua conexão com a solidariedade social. In: **O novo Código Civil e a Constituição**. SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Porto Alegre, 2003.

_____. **Revisão dos contratos: do Código Civil ao Código de Defesa do**

Consumidor. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

SILVA, Wilson Melo da. **Responsabilidade sem culpa.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1974.

SILVEIRA, Newton. A propriedade intelectual na Internet e a questão dos nomes de domínio. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico,** São Paulo, 2000.

SOLOMON, Michael R. **O comportamento do consumidor: comprando, possuindo e sendo.** 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2002.

STANZIONE, Pasquale. Commercio elettronico, contratto e altre categorie civilistiche. In: **Commercio elettronico e categorie civilistiche.** SICA, Salvatore; _____. (Org.). Milano: Giuffré, 2002.

STUBER, Walter Douglas; FRANCO, Ana Cristina de Paiva. A internet sob a ótica jurídica. **Revista dos Tribunais,** São Paulo, v. 749, p. 60-81, 1998.

TAKAHASHI, Tadao. **Sociedade da informação no Brasil: livro verde.** Organizado por Tadao Takahashi. Brasília: Ministério da Ciência e Tecnologia, 2000.

TAPSCOTT, Don; LOWY, Alex; TICOLL. **Plano de Ação para uma Economia Digital.** São Paulo: Makron Books, 2000.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Comentários ao novo Código Civil.** Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 3. t. 1 (dos defeitos do negócio jurídico ao final do livro III).

_____. Do contrato de agência e distribuição no Novo Código Civil. **Revista dos Tribunais,** São Paulo, v. 812, p. 22-40, jun. 2003.

TIMM, Luciano Benetti. A prestação de serviços bancários via Internet (*Home Banking*)

e a proteção do consumidor. In: **Revista de direito do Consumidor**, São Paulo, v. 38, p. 74-92, abr.-jun. 2001.

TOFFLER, Alvin. **A terceira onda**. Copyright 1980. Tradução de João Távora. 20. ed. Rio de Janeiro: Record, 1995.

TORRES, Ricardo Lobo. **O espaço público, o espaço cibernético e a interpretação constitucional**. [on-line]

<www.puc-rio.br/sobrepuc/dpto/direito/revista/online/rev11.ricarod.html.1>. Acesso em: 21 mar. 2004.

TURBAN, Eram; KING, David. **Comércio eletrônico: estratégias e gestão**. Tradução Arlete Simille Marques. Revisão técnica Belmiro João, Érico Veras Marques. São Paulo: Prentice Hall, 2004.

ULHOA COELHO, Fábio. **Curso de Direito Comercial**. 5. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 48-49. v. 3.

_____. **Curso de Direito Comercial**. 3 ed. Rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002. vol. 3.

_____. **Curso de Direito Comercial**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 378-379. v. 1

VACONCELOS, Pedro Pais de. **Contratos Atípicos**. Coimbra: Almedina, 1995. (Coleção Teses).

VAZ, Patrícia Milano. O consumo internacional através dos provedores de acesso à Internet. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 52, p. 93-129, out.-dez. 2004.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. Agente fiduciário do consumidor em compras pela Internet: um novo negócio nascido da criatividade mercantil. In: **Revista de**

Direito mercantil, industrial, econômico e financeiro, São Paulo, n. 118, abr.-jun 2000.

VIVANTE, Cesare. **Trattato di Diritto Commerciale**. 5. ed. Prefácio. Bologna: Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, 1934. v. 1.

WALD, Arnoldo. Um novo direito para a nova economia: os contratos eletrônicos e o Código Civil. In: **Direito e Internet: relações jurídicas na sociedade da informação**. GRECO, Marco Aurélio; MARTINS, Ives Gandra da Silva.(Coord.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

WATANABE, Kasuo. **Código de Defesa do Consumidor**. Comentado pelos autores do anteprojeto. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

WEINGARTEN, Celia; LOVECE, Graciela. Responsabilidad de los sujetos y/o empresas que intervienen en la cadena de fabricación, circulación, distribución y comercialización de bienes y servicios. São Paulo: **Revista de Direito do Consumidor**, v. 31, jul.-set. 1999, p. 115-124.

WIEACKER, Franz. **El principio general de la buena fe**. Madrid: Editorial Civitas, 1982.

_____. **História do Direito Privado Moderno**. 2. ed. Tradução de A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980.

WIESE, Leopoldo von; BECKER, H. O contacto social. Tradução de Gabriel Bolaffi. In: **Homem e sociedade: leituras básicas de sociologia geral**. CARDOSO, Fernando Henrique; IANNI, Octávio (Org.). São Paulo: Companhia Nacional, 1976. p. 136-152.

WOLTON, Dominique. **Internet, e depois? Uma teoria crítica das novas mídias**.

Porto Alegre: Sulina, 2003.