



**UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA – UnB
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**LUIZ HENRIQUE MOREIRA
MATRÍCULA 08/35323**

**A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR E A RESPONSABILIDADE CIVIL NO COMÉRCIO
ELETRÔNICO À LUZ DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR**

**BRASÍLIA/DF
2013**

LUIZ HENRIQUE MOREIRA

A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR E A RESPONSABILIDADE CIVIL NO COMÉRCIO
ELETRÔNICO À LUZ DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Monografia apresentada ao final do curso de
graduação em Direito da Faculdade de Direito da
Universidade de Brasília como requisito para
obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Professor Doutor Valcir Gassen

BRASÍLIA/DF
2013

LUIZ HENRIQUE MOREIRA

A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR E A RESPONSABILIDADE CIVIL NO COMÉRCIO
ELETRÔNICO À LUZ DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Monografia apresentada ao final do curso de
graduação em Direito da Faculdade de Direito da
Universidade de Brasília como requisito para
obtenção do grau de Bacharel em Direito.
Orientador: Professor Doutor Valcir Gassen

Banca Examinadora:

Prof.Doutor Valcir Gassen.
Orientador

Prof. Doutor Othon de Azevedo Lopes
Membro da Banca Examinadora

Prof. Doutora Inez Lopes Matos Carneiro de Farias
Membro da Banca Examinadora

Prof. Mestre Gladstone Leonel da Silva Junior
Membro Suplente da Banca Examinadora

Brasília, ____ de ____ de 2013.

Aos meus pais , Luiz Antônio e Maria Helena, e a meu irmão, Luiz Eduardo, pelo o amor , confiança e apoio essenciais ao meu crescimento.

AGRADECIMENTOS

À minha tia Madalena, pelo amor e incentivo imprescindíveis para a concretização de mais esta etapa da minha vida.

À minha família, pelo carinho e apoio incessantes.

À Vanessa, André, Camila e Ana pelos momentos de diversão e descontração que me proporcionaram ao longo de toda essa jornada.

À Juliana, por todo o suporte e motivação ao longo do curso de graduação.

A meu orientador, pela cordialidade e atenção despendida ao longo deste trabalho.

A todos que colaboraram de alguma forma para a elaboração deste trabalho e contribuíram para seu resultado.

RESUMO

Nas últimas décadas, a Internet proporcionou a criação de um novo espaço de sociabilidade marcado pela dinamicidade e pela interação instantânea. O aperfeiçoamento dessa tecnologia da informação possibilitou sua utilização para fins comerciais, surgindo o que se denomina atualmente de *e-commerce*. O comércio eletrônico consolidou a globalização das relações negociais e ampliou substancialmente o mercado consumidor. A partir dessa nova ferramenta comercial, a sociedade de consumo massificado atinge seu nível mais acentuado: pessoas de diferentes partes do mundo celebram contratos eletrônicos de consumo e produtos e serviços fluem pelas cadeias de fornecimento sem limitações territoriais. Apesar de todo benefício gerado com a otimização do mercado de consumo e com a facilitação do acesso a bens e serviços, o consumidor, ao adentrar na era digital, encontra um ambiente de imaterialidade, de anonimato, de publicidade abusiva e de insegurança quanto aos dados pessoais e transacionais. Com efeito, o meio eletrônico, em decorrência de seu dinamismo e sua complexidade técnica, agrava a vulnerabilidade do consumidor e o expõe a maiores riscos de danos. Tais fatos suscitaram novas controvérsias jurídicas no campo do Direito do Consumidor, que exigem do jurista atenção especial. Em vista disso, este trabalho aborda, à luz do Código de Defesa do Consumidor, as problemáticas surgidas com as recentes práticas comerciais eletrônicas como a publicidade na Internet, a privacidade dos dados cadastrais e comportamentais de consumo e a aplicação do direito de arrependimento à plataforma eletrônica. Em seguida, é analisada a responsabilidade civil dos *sites* intermediadores de comércio eletrônico na Internet. Busca-se, dessa forma, ressaltar a importância do CDC e de seus princípios jurídicos como instrumentos de tutela efetiva das expectativas legítimas dos consumidores também no comércio eletrônico.

Palavras-chave: Internet. Comércio eletrônico. Proteção do consumidor. Responsabilidade Civil. *Sites* de intermediação.

ABSTRACT

In recent decades, the Internet has enabled the creation of a new space of sociability marked by dynamism and the instantaneous interaction. The improvement of this information technology has enabled its use for commercial purposes, which made emerge what is called nowadays e-commerce. Electronic commerce has consolidated the globalization of business relationships and has substantially expanded the consumer market. From this new business tool, the mass consumption society reaches its strongest level: people from different parts of the world celebrate electronic consumer contracts and products and services flow through the supply chain without territorial limitations. Despite all benefit generated by optimizing the consumer market and the facilitation of access to goods and services, the consumer, when enter the digital age, faces an environment of immateriality, anonymity, abusive advertising and insecurity regarding personal and transactional data. Indeed, the electronic tool, due to its dynamism and its technical complexity, increases the vulnerability of consumers and exposes them to greater risk of damage. These facts raise new legal controversies in the field of consumer law, requiring special attention of the jurist. In view of this, this paper discusses, guided by the Brazilian Consumer Protection Code, the problems encountered with recent electronic trading practices such as Internet advertising, privacy of registration and consumer behavior data and the application of the law of repentance to the electronic platform. Then analyzes the liability of intermediaries e-commerce sites on the Internet. The aim is thus to emphasize the importance of the Consumer Protection Code and its legal principles as tools for effective protection of legitimate expectations of consumers also in e-commerce.

Keywords: Internet. Ecommerce. Consumer protection. Liability. Intermediation sites.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1. A INTERNET E OS CONTRATOS ELETRÔNICOS: ASPECTOS RELEVANTES	12
1.1. Da Internet	12
1.1.1. Surgimento	12
1.1.2. Linhas gerais sobre o funcionamento da Internet	13
1.1.3. A Internet como âmbito de ampliação do espaço jurídico.....	15
1.1.4 As principais características jurídicas da Internet	17
1.2. Os contratos eletrônicos.....	20
1.2.1. Aspectos da concepção tradicional dos contratos.....	20
1.2.2 As transformações na teoria contratual no contexto da transição do Estado Liberal para o Estado Social	24
1.2.3 A sociedade de consumo massificado e os impactos na sistemática contratual	27
1.2.4. Conceito de contrato eletrônico	28
1.2.5. Classificação, princípios e validade dos contratos eletrônicos	30
1.2.6. Formação dos contratos eletrônicos: momento e local de celebração	36
1.2.7. A legislação aplicável aos contratos internacionais eletrônicos realizados na Internet.	41
2. RESPONSABILIDADE CIVIL NAS RELAÇÕES DE CONSUMO SEGUNDO O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.....	43
2.1. Conceito de Responsabilidade Civil.....	43
2.2 A evolução da Responsabilidade Civil	44
2.3 As espécies de responsabilidade.....	49
2.3.1 Responsabilidade contratual e extracontratual	49
2.3.2 Responsabilidade objetiva e subjetiva	50
2.3.3 Responsabilidade Civil nas relações de consumo	50
2.4 O âmbito de incidência do Código de Defesa do Consumidor: as relações jurídicas de consumo	52
2.4.1 A definição jurídica de consumidor	52
2.4.2. A definição jurídica de fornecedor	55
2.4.3. O produto e o serviço como objeto da relação jurídica de consumo.	56
2.5. Os critérios de imputação da responsabilidade nas relações de consumo: a teoria do risco do empreendimento	58
2.6. A Responsabilidade Civil do fornecedor no Código de Defesa do Consumidor	59
2.6.1 Responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço	61

2.6.1.1 Excludentes de responsabilidade do fornecedor nos acidentes de consumo.....	64
2.6.2 Responsabilidade pelo vício do produto ou do serviço	65
3. A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR E A RESPONSABILIDADE CIVIL NO COMÉRCIO ELETRÔNICO À LUZ DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR	69
3.1 Do comércio eletrônico (e-commerce).	69
3.1.1 O que é comércio eletrônico?	69
3.1.2. O desafio da tutela dos direitos consumeristas no comércio eletrônico	71
3.2 A aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor às relações de consumo via Internet e a vulnerabilidade do consumidor no comércio eletrônico.....	73
3.3 A proteção do consumidor <i>online</i> face às novas práticas comerciais no comércio eletrônico	78
3.3.1 A oferta e a publicidade na Internet.....	78
3.3.2 A privacidade do consumidor no comércio eletrônico	81
3.3.3 A comercialização eletrônica à distância e o direito de arrependimento	84
3.4 A responsabilidade civil dos sites de intermediação de comércio eletrônico à luz do Código de Defesa do Consumidor	86
3.4.1 A teoria do risco-proveito e o lucro auferido pelos sites intermediadores de comércio eletrônico via Internet	88
3.4.2. A solidariedade da cadeia de fornecimento e a natureza da atividade desenvolvida pelos sites de intermediação de comércio eletrônico.....	92
CONCLUSÃO.....	102
REFERÊNCIAS	106

A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR E A RESPONSABILIDADE CIVIL NO COMÉRCIO ELETRÔNICO À LUZ DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

INTRODUÇÃO

A Internet promoveu uma revolução na sociedade nos últimos 30 anos. O desenvolvimento dessa tecnologia da informação alterou significativamente as formas de comunicação, a geração de conhecimento, a acessibilidade à informação, a sociabilidade entre seus usuários e a realização de negócios.

Apoiando-se nas novas implementações tecnológicas, surge um novo tipo de comércio fundamentado na globalização das relações negociais e na desmaterialização da riqueza: o comércio eletrônico. Ao possibilitar uma nova forma de contratação, a redução de custos e uma nova abordagem mercadológica, essa modalidade de comércio aprimorou a dinâmica de funcionamento dos mercados tradicionais, promovendo grandes transformações na economia globalizada.

Assim, a Internet criou um novo espaço de comércio no mundo. Um espaço nitidamente caracterizado pelo encurtamento da distância espacial e rompimento de fronteiras, pela redução dos custos operacionais das empresas, pela celeridade das transações e ampliação do mercado consumidor.

Todavia, ao mesmo tempo em que a Internet maximizou a capacidade lucrativa do mercado e possibilitou uma maior comodidade e facilidade de acesso para os consumidores a bens de consumo, também gerou um espaço potencialmente propenso a lesividades jurídicas. Isso ocorre, pois o desenvolvimento tecnológico implementado nas relações comerciais transporta consigo novos riscos à segurança dos consumidores.

É evidente que essa nova dinâmica econômica e social influencia sensivelmente o Direito. Por isso que, diante do complexo fluxo de informações que permeia o emaranhado de relações estabelecidas na rede digital, começam a surgir questionamentos sobre como o Direito tutelará eficientemente os interesses jurídicos no novo ambiente virtual.

É neste contexto de reflexão acerca do impacto causado pela Internet sobre o Direito que se busca analisar a condição de vulnerabilidade do consumidor e as formas legais de proteção de seus direitos face ao comércio eletrônico.

O primeiro capítulo é dedicado ao estudo dos aspectos jurídicos da Internet e da sua repercussão na teoria geral dos contratos com o advento da contratação eletrônica. Parte-se, inicialmente, de um breve histórico das transformações na teoria contratual no contexto da

transição do Estado Liberal para o Estado Social. Em seguida, verifica-se que, no contexto da Revolução Industrial, a massificação do consumo promoveu uma uniformização das relações contratuais a partir do surgimento dos contratos de adesão cujo objetivo era viabilizar a padronização e operacionalização da contratação em massa. Subsequentemente, analisa-se a situação da contratação eletrônica sob a ótica do ordenamento brasileiro e sua relevância para as relações de consumo via Internet.

No segundo capítulo, é abordada a responsabilidade civil nas relações de consumo. Busca-se neste capítulo - a partir do entendimento de como o instituto da responsabilidade evoluiu de uma sistemática subjetiva, fundamentada na culpa, para uma perspectiva objetiva, ligada ao risco da atividade -, compreender os critérios utilizados pelo Código de Defesa do Consumidor na imputação de responsabilidade aos fornecedores atuantes no mercado de consumo.

O terceiro capítulo, após explanar sobre o fenômeno do comércio eletrônico, busca constatar a vulnerabilidade agravada do consumidor no ambiente virtual e defender a aplicação plena do Código de Defesa do Consumidor nas relações de consumo estabelecidas no âmbito da Internet. Posteriormente, parte-se para a análise da tutela dos direitos consumeristas face às problemáticas do comércio eletrônico como a questão da oferta e publicidade na Internet, a proteção da privacidade dos consumidores e a aplicação do direito de arrependimento no comércio eletrônico. Ainda no terceiro capítulo, examina-se também a responsabilidade civil dos *sites* intermediadores de negócios na Internet (*sites* de comércio eletrônico), buscando caracterizá-los como fornecedores – integrantes da cadeia de fornecimento – para fins de responsabilização solidária prevista no Código de Defesa do Consumidor.

Nota-se, dessa maneira, que o presente trabalho, de caráter iminentemente prático, tem o propósito de analisar, mesmo perante a ausência de legislação específica relativa ao comércio eletrônico, os problemas jurídicos concretos surgidos com a prática comercial eletrônica. Assim, busca-se reforçar a ideia de que os princípios e disposições do Código de Defesa do Consumidor, inclusive os referentes à responsabilidade nas relações de consumo, são aplicáveis também à comercialização de produtos e serviços no ambiente da Internet. Com isso, pretende-se garantir ao consumidor o mesmo grau de proteção já alcançado no comércio tradicional.

1. A INTERNET E OS CONTRATOS ELETRÔNICOS: ASPECTOS RELEVANTES

1.1. Da Internet

1.1.1. Surgimento

A Internet surgiu em 1960 como resultado de um programa militar norte-americano denominado ARPANET¹, o qual tinha como objetivo a criação de um sistema descentralizado que permitisse a comunicação e a transferência de dados entre seus usuários de forma a impedir a perda das informações armazenadas em caso da destruição de parte do sistema em uma eventual guerra. Inicialmente, o sistema interligava quatro Universidades americanas. Posteriormente, a rede começou a se expandir para outras Universidades dos EUA. Em 1973, a ARPANET passou a se conectar com outras redes, inclusive de outros países.

No final da década de 80, a *National Science Foundation*, dos EUA, utilizando a tecnologia criada pela ARPANET, montou sua própria rede de comunicação entre computadores, a NSFNET, e, em 1988, começou a usar a ARPANET como seu *backbone*², criando o cerne da rede mundial de computadores.

Com a NSFNET dominando a tecnologia da Internet, a ARPANET foi retirada de operação, liberando a internet do âmbito militar e permitindo sua implementação no âmbito privado. Assim, no início da década de 1990 muitos provedores de serviços da Internet montaram suas próprias redes e estabeleceram suas próprias portas de comunicação em bases comerciais. A partir de então, a Internet cresceu rapidamente como uma rede global de rede de computadores.³

Já no âmbito nacional, o ano de 1988 pode ser considerado o ano inaugural da Internet no Brasil. A iniciativa pioneira coube à Fundação de Amparo à Pesquisa no Estado de São Paulo (Fapesp), ligada à Secretaria Estadual de Ciência e Tecnologia.⁴

Em 1992, o Ministério da Ciência e da Tecnologia criou a Rede Nacional de Ensino e Pesquisa (RNP), com o objetivo de organizar e promover a distribuição da internet pelo Brasil por meio da implementação de uma infraestrutura de serviços de Internet.

Contudo, até 1995, a utilização da Internet no Brasil restringia-se ao âmbito acadêmico e científico. Apenas em maio do mesmo ano, com a abertura da Internet comercial no país, ela deixou de ser restrita ao meio acadêmico para estender seus serviços de acesso a

¹ Advanced Research Projects Agency- Rede de Defesa dos EUA.

² CASTELLS, 2003, p. 15.

³ CASTELLS, 2003, p. 15.

⁴ FINKELSTEIN, 2011, p. 25.

todos os setores da sociedade. Com essa mudança de perspectiva, a Rede Nacional de Pesquisa ofereceu um importante apoio à consolidação da Internet comercial no Brasil.⁵

1.1.2. Linhas gerais sobre o funcionamento da Internet

A Internet pode ser conceituada como “um sistema global de rede de computadores que possibilita a comunicação e a transferência de arquivos de uma máquina a qualquer outra conectada na rede, possibilitando, assim, um intercâmbio de informações sem precedentes na história, de maneira rápida, eficiente e sem a limitação de fronteiras, culminando na criação de novos mecanismos de relacionamento”⁶.

Em decorrência da introdução da Internet no Brasil, à época, o Ministério das Comunicações e o Ministério da Ciência e Tecnologia conceituaram-na como “um conjunto de redes interligadas de abrangência mundial”. Atualmente, a ANATEL, por meio da norma 004/95, conceitua a 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”.

Para uma melhor compreensão das novas relações socioeconômicas (contratações eletrônicas, comércio eletrônico, relações de consumo etc.) surgidas com o advento da Internet, faz-se necessário, mesmo que em linhas gerais, conhecer o funcionamento da rede e seus agentes.

Os usuários e entidades que integram e utilizam a rede mundial de computadores podem ser classificados em⁷:

- a) Provedores de serviços de Internet: que são instituições que se conectam à internet com objetivo de fornecer serviços a ela relacionados. São divididos em Provedores de *Backbone*, provedores de acesso, provedores de informação e provedores de hospedagem.
- b) Usuários individuais: são em geral pessoas físicas que se conectam à Internet com vários objetivos, desde o de navegar na Internet e utilizar recursos de correio eletrônico até de divulgação de serviços pessoais.
- c) Usuários institucionais: são empresas que conectam parte ou toda sua rede corporativa à Internet com objetivos de divulgar informações a seus clientes, fornecer acesso a seus funcionários, utilizar a Internet como “meio de comunicação” entre filiais e clientes ou mesmo praticar comércio na Internet.

⁵ LEONARDI, 2005, p. 4.

⁶ CORRÊA, 2000, p. 8.

⁷ Guia Internet de Conectividade, 2000, p. 19.

A Internet organiza-se na forma de *backbones* (espinhas dorsais) que são estruturas de alto desempenho capazes de comportar um alto tráfego de informações, pois: são⁸:

(...) são constituídas basicamente por roteadores de tráfego interligados por circuitos de alta velocidade. Interligadas às espinhas dorsais de âmbito nacional, haverá espinhas dorsais de abrangência regional, estadual ou metropolitana, que possibilitarão a interiorização da Internet no País. Conectados às espinhas dorsais, estarão os provedores de acesso ou de informações, que são os efetivos prestadores de serviços aos usuários finais da Internet, que os acessam tipicamente através do serviço telefônico.

Dessa forma, percebe-se que há uma hierarquia de provedores de conectividade, desde o provedor de Backbone⁹ de âmbito Nacional até os provedores de acesso¹⁰ aos usuários finais da Internet.

Diante da estrutura organizacional da Internet, o usuário poderá se conectar diretamente por meio do sistema telefônico ou indiretamente por meio dos provedores de acesso que permitem ao usuário se conectar a um computador, com maiores recursos técnicos, que possibilitará maior capacidade de acesso à rede (como é exemplo a Internet banda larga).

A comunicação entre os computadores é feita por meio de um protocolo¹¹ padrão TCP/IP¹², o qual permite a comunicação com outras redes de computadores mesmo que possuam tecnologias diferentes. Isto é, esse protocolo, de forma geral, é a “língua” comum utilizada por todos os usuários interligados na rede, permitindo que se comuniquem amplamente com pessoas de qualquer parte do mundo.

O endereçamento dos dados transmitidos pelos computadores conectados à Internet é realizado pelo protocolo IP. Para que um computador se comunique com outro é necessário que o emissor saiba o IP do destinatário e vice-versa caso a comunicação exija uma resposta. Um fato importante é que o IP não pode se repetir em uma mesma rede; logo, não pode haver dois computadores com o mesmo endereço IP. Essa exclusividade do IP é importante, pois confere implicações jurídicas de seu uso ao proprietário do computador¹³ atuante na rede.

⁸ Nota Conjunta (Maio de 1995). Disponível em: <http://www.cgi.br/regulamentacao/notas.htm>. Acesso em 10 out. 2012.

⁹ Instituições que constroem e administram *backbones* de longo alcance com objetivo de fornecer acesso a Internet para redes locais por meio de pontos de presença. Embratel, RNP, GlobalOne são exemplos desse tipo de provedor. (Guia Internet de Conectividade, 2000, p. 19)

¹⁰ Instituições que se conectam à Internet via um ou mais acessos dedicados e tornam disponível o acesso a terceiros de suas instalações. Essas conexões dedicadas normalmente são feitas a um provedor de backbone ou mesmo a um provedor de acesso de maior porte, e os serviços a terceiros podem ser fornecidos por uma ou mais das formas de acesso especificadas anteriormente. (Guia Internet de Conectividade, 2000, p. 19).

¹¹ É um conjunto de regras preestabelecidas que os computadores utilizam para se comunicarem entre si e, a partir dessa comunicação, produzir algum resultado útil como transmitir e-mails, navegar em sites, fazer downloads e uploads, realizar transações comerciais.

¹² O protocolo da Internet é um conjunto de protocolos chamados TCP/IP. O nome deriva, na verdade, dos dois principais protocolos desse conjunto: o TCP (*Transmission Control Protocol*- Protocolo de Controle de Transmissão) e o IP (*Internet Protocol*- Protocolo de Interconexão).

¹³ Oportuno mencionar o julgado da 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que confirmou sentença em primeira instância que responsabilizou dono de computador pelo conteúdo ofensivo de e-mail originado a partir de seu endereço IP. Disponível em <http://alexandre-atheniense.jusbrasil.com.br/noticias/2603725/dono-do-computador-responde-pelo-contenido-de-e-mail-originado-a-partir-do-seu-ip>. Acesso em 12 out. 2012.

O usuário, dispondo dos recursos técnicos para conectar-se à Internet, poderá ter acesso aos sites¹⁴, os quais possuem endereços únicos e exclusivos chamados domínios¹⁵. No Brasil, os domínios são registrados e gerenciados pelo GCI.br- Comitê gestor da Internet no Brasil¹⁶.

1.1.3. A Internet como âmbito de ampliação do espaço jurídico

As sociedades, ao longo da história, sempre se empenharam no estudo da ciência e de novas técnicas para produção de bens, aprimoramento dos transportes e comunicações e aperfeiçoamento das tecnologias com o intuito de promover uma melhora na qualidade de vida.

Essa busca contínua pelo conhecimento e pela tecnologia gerou progressivamente reflexos nas formas de organização e no comportamento da sociedade. As grandes revoluções tecnológicas da humanidade influenciaram as transições paradigmáticas¹⁷ e socioculturais. Da mesma forma que o surgimento das indústrias à época da Revolução Industrial implicou uma reestruturação das relações socioeconômicas de seus contemporâneos, a Internet vem promovendo uma série de transformações na sociedade, constituindo, atualmente, “a base tecnológica para a forma organizacional da Era da Informação...”¹⁸. Esse processo de transição para a Era Digital é analisada por CASTELLS:

O nosso mundo está em processo de transformação estrutural desde há duas décadas. É um processo multidimensional, mas está relacionado à emergência de um novo paradigma tecnológico, baseado nas tecnologias de comunicação e informação, que começaram a tomar forma nos anos 60 e que se difundiram de forma desigual por todo o mundo. Nós sabemos que a tecnologia não determina a sociedade: é a sociedade. A sociedade é que dá forma à tecnologia de acordo com as necessidades, valores e interesses das pessoas que utilizam as tecnologias. Além disso, as tecnologias de comunicação e informação são particularmente sensíveis aos efeitos dos usos sociais da própria tecnologia.¹⁹

A sociedade que emerge após a Era Industrial e que, aos poucos, começa a delimitar suas características comportamentais é a chamada Sociedade da Informação²⁰. Essa expressão passou a ser utilizada nos últimos anos do século passado para se referir a um conceito

¹⁴ Também chamado de sítio da Web, consiste em um conjunto de páginas acessíveis via Internet.

¹⁵ São exemplos de tipos de domínio: *org* para organizações não-governamentais; *blog* para páginas pessoais; *com* para sites comerciais; *edu* para instituições de educação; *gov* para sites do governo.

¹⁶ Disponível em: www.cgi.br. Acesso em: 12 out. 2012.

¹⁷ Para Thomas Kuhn, conceitualmente, paradigma são *as realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de um ciência* (KUHN, 1990, 13.)

¹⁸ CASTELLS, 2003, p. 7.

¹⁹ CASTELLS, 2005 p.17.

²⁰ Ou também chamada de “Sociedade Informacional”, segundo Castells.

complexo e ainda não tão definido de “Sociedade pós-industrial em transição paradigmática”. Na verdade, tal expressão, para as ciências sociais “refere-se às transformações técnicas, organizacionais e administrativas que tem como ‘fator-chave’ não mais os insumos baratos de energia - como na sociedade industrial - mas os insumos baratos de informação propiciados pelos avanços tecnológicos na microeletrônica e telecomunicações”²¹.

Essa transição para a Sociedade da Informação, caracterizada por uma série de mudanças estruturais e institucionais nos mais diversos setores da sociedade, constitui uma tendência global, transcendendo as fronteiras e difundindo-se pelos países de todo o planeta:

As transformações em direção à sociedade da informação, em estágio avançado nos países industrializados, constituem uma tendência dominante mesmo para economias menos industrializadas e definem um novo paradigma, o da tecnologia da informação, que expressa a essência da presente transformação tecnológica em suas relações com a economia e a sociedade²².

Em meio à Sociedade da informação, a Internet surge como uma tecnologia potencializadora da comunicação, como principal meio de desenvolvimento de atividades comerciais, de produção e divulgação de conhecimento; de comunicação e sociabilidade entre seus usuários. É notório que o ambiente virtual gerou um novo espaço de interação entre os indivíduos nas mais diversas áreas: econômica, social, cultural e política. E ao mesmo tempo em que as novas relações virtuais vão se estabelecendo, paralelamente, um conjunto de novas relações jurídicas vai ganhando forma, ampliando constantemente o ambiente jurídico.

Observa-se que o Direito, a partir de sua pretensão de regular e impor regras à conduta humana, está em constante tensão com a realidade social. Como o comportamento humano e a sociedade são essencialmente mutáveis, a necessidade de adaptação e legitimidade do Direito à nova realidade social confere-lhe uma instabilidade inerente²³. É nesse contexto de incessante ajustamento à evolução tecnológica e comportamental da sociedade - cujo grande exemplo é o ambiente da Internet - que se constata a ampliação do espaço jurídico e suas implicações na dinâmica social:

A relação entre direito e realidade sempre foi um tema central no pensamento jurídico. Com o desenvolvimento tecnológico, essa relação torna-se ainda mais importante, na medida em que a rápida mudança que presenciamos no plano dos fatos traz consigo o germe da transformação no plano do direito. Essa transformação se dá de duas formas: de modo indireto, quando as instituições jurídicas permanecem imutáveis ainda que os fatos subjacentes a elas se alterem profundamente; ou de modo direto, quando o direito se modifica efetivamente

²¹ WERTHEIN, 2000, p. 71.

²² WERTHEIN, 2000, p. 72.

²³ PINHEIRO, 2010, p. 51.

perante a mudança na realidade, em um esforço de promover novas soluções para os novos problemas.²⁴

O impacto social causado pelo surgimento do ciberespaço²⁵ (Internet) gera uma gama de preocupações e desafios aos juristas; uma vez que, face a circunstâncias e fatos completamente novos, o Direito ainda não se adaptou totalmente à nova realidade digital. A ponderação sobre as consequências jurídicas criadas pela relação Direito e Tecnologia da Informação são essenciais nesse processo de transformação e ajustamento à nova ordem digital.

1.1.4 As principais características jurídicas da Internet

A expansão da Internet como um sistema de comunicativo digitalizado e gradualmente mais interativo construiu um espaço público e participativo permeado por um conjunto de peculiaridades, a saber²⁶:

a) Celeridade: no ambiente virtual, a tendência é a transmissão de um maior volume de informações multimodais (dados, textos, sons, imagens) em um tempo cada vez menor (muitas vezes simultaneamente) a qualquer parte do planeta.

b) Dinamismo: essa característica está relacionada à forma como o espaço virtual se reinventa por meio da interação conjunta de seus membros – sites, empresas, pessoas, programas. Essa contribuição multilateral distribui conhecimento, produz novos recursos, novas funcionalidades e maximiza a sociabilidade em rede. Ou seja, a Internet constitui ambiente em constante mutação.

c) Comunicação global e ausência de fronteiras: o espaço virtual não possui fronteiras territoriais, uma vez que a comunicação e interação entre distintas localidades do mundo podem ser feitas de forma direta, sem atrasos substanciais e impedimentos geográficos. Assim sendo, pessoas de diferentes países com diferentes jurisdições podem se relacionar livremente, realizar transações comerciais, transferir quantias financeiras, realizar

²⁴ LEMOS, 2005, p. 7.

²⁵ Também conhecido como espaço virtual ou digital, ciberespaço é a tradução da palavra *Cyberspace*, originária da obra *Neuromancer* de Wilian Gibson de 1984. De forma geral, essa expressão é relacionada ao próprio conceito de Internet e ao conjunto atividades desenvolvidas por meio dela.

²⁶ Ricardo Lorenzetti destaca que o ambiente virtual é “autônomo’ no sentido de que funciona segundo as regras de um sistema autorreferente, como já assinalamos. Também é ‘pós-orgânico’, uma vez que não é formado por átomos, nem segue as regras de funcionamento e de localização do mundo orgânico: tratam-se de bits. Tem uma natureza ‘não territorial’ e comunicativa, um ‘espaço-movimento’, no qual tudo muda a respeito de tudo, ou seja, o ‘espaço virtual’ não é sequer assemelhado ao espaço real, porque não está fixo, nem é localizável mediante o sentido empírico como, por exemplo, o tato. (...) (ciberespaço) Produz um efeito de ‘desterritorialização’ e ‘descentralização’, porque não há uma relação centro-periferia, não conhece ordens e hierarquias e, sobretudo, não há uma autoridade central. (...) É um espaço do anonimato, um não-lugar pela despersonalização que representa, no qual o indivíduo ingressa sem que a sua história individual e características interessem, e no qual prolifera o simulacro das identidades. É um ‘não-lugar-global’ no sentido da sua transnacionalidade e atemporalidade, já que parece indiferente à história e ao futuro.” (Lorenzetti, 2004, p. 30)

contratos e acordos sem nem mesmo saberem exatamente a localização geográfica uma das outras.

d) Insegurança: devido aos constantes avanços tecnológicos e a amplitude de agentes que atuam em suas redes, a Internet constitui um meio não seguro, estando sujeita a uma infinidade de programas maliciosos (vírus, *worms*, *trojan horses*, *spywares*)²⁷ e à violação de sistemas e computadores por *hackers*²⁸ e *crackers*²⁹.

Em razão das peculiaridades acima destacadas, algumas características jurídicas tomam forma no ambiente virtual³⁰. A principal delas é a distorção das noções de tempo e de espaço. Como decorrência da celeridade e da comunicação ampla e sem barreiras geográficas, as noções de tempo e espaço tornam-se relativizadas nesse ambiente virtual. Pessoas podem estabelecer relações jurídicas pela *Web* estando domiciliadas em jurisdições de países diferentes e, devido aos fusos horários, em distintos períodos do dia ou até em dias diferentes. Há um rompimento das distâncias físicas conhecidas até então:

Cyberspace radically undermines the relationship between legally significant (online) phenomena and physical location. The rise of computer networking is destroying the link between geographical location and: (1) power local governments to assert control over online behavior; (2) the effects of online behavior on individuals or things; (3) the legitimacy of a local sovereign's efforts to regulate global phenomena; and (4) the ability of physical location to give notice of which set of rules apply. The Net thus radically subverts the system of rule-making based on borders between physical spaces, at least with respect to the claim that Cyberspace should be governed by territorially defined rules.

Cyberspace has no territorially bases boundaries, because the cost and speed of message transmission on the Net is almost entirely independent of physical location.³¹

De fato, uma das principais dificuldades criadas pela Internet no âmbito jurídico reside na realização de relações contratuais em “locais virtuais”, os quais não trazem as características da territorialidade - não são localizáveis geograficamente no espaço - ou da soberania - não existe uma entidade estatal ou supranacional regulamentadora do meio digital.

²⁷ Os softwares maliciosos são chamados de *Malwares* “que são programas especificamente desenvolvidos para executar ações danosas e atividades maliciosas em um computador” (Cartilha de Segurança para Internet: <http://cartilha.cert.br/malware/>).

²⁸ *Hackers* são indivíduos com grande conhecimento em informática que se dedicam a alterar softwares e hardwares com o intuito de desenvolver novas funcionalidades e acessar sistemas protegidos sem, contudo, causar danos.

²⁹ *Crackers* são indivíduos que utilizam seus conhecimentos em informática para fins criminosos, violando sistemas de segurança com intuito de obter informações confidenciais de usuários para aplicar golpes, tornar inacessíveis sites de forma a comprometer reputação de certa empresa ou manipular dados bancários para obter vantagens financeiras.

³⁰ Leal, 2009, p. 23.

³¹ “Ciberespaço radicalmente abala a relação entre os fenômenos *online* juridicamente relevantes e a localização física. A ascensão das redes de computadores está destruindo a ligação entre localização geográfica e: (1) os governos locais de poder para exercer controle sobre o comportamento on-line; (2) os efeitos do comportamento on-line em indivíduos ou coisas, (3) a legitimidade dos esforços de uma entidade soberana local para regular os fenômenos globais, (4) e a capacidade que a localização territorial tem de orientar o conjunto de regras a serem aplicadas. A Rede, assim, radicalmente subverte o sistema de governo de decisões com base em fronteiras entre espaços físicos, pelo menos no que diz respeito à alegação de que o ciberespaço deve ser regido por regras territorialmente definidas.

Ciberespaço não tem fronteiras territoriais, porque o custo e velocidade de transmissão de mensagens na rede é quase totalmente independente da localização física. (Tradução livre) JOHSON; POST, 1995-1996, p. 1370

Outra característica de cunho jurídico é a questão da liberdade e da vulnerabilidade (ausência de regulamentação). A Internet é um espaço notadamente privado marcado pela liberdade de uso e vulnerabilidade decorrente do vazio de regulamentação. Como já destacado anteriormente neste trabalho, a potencialidade comunicativa e a desterritorialização gerada pelo ciberespaço conferem utilização ilimitada aos usuários de todo o mundo. Conseqüentemente, tamanha liberdade amplia consideravelmente os riscos e conflitos existentes nesse ambiente, o que suscita na sociedade a reflexão sobre a necessidade de regulamentação desta tecnologia.

Sobre a questão da regulamentação, há dois posicionamentos distintos. Um primeiro, chamado por Lorenzetti de “ontológico”, o qual defende a inovação no Direito para que se adeque ao novo ambiente virtual e a seus paradigmas. Nessa perspectiva, essa corrente sustenta que “o Direito que conhecemos não está apto a regular este novo mundo e também não tem muitas funções a desempenhar”³². Devido a essa assincronia entre o Direito e a Internet, algumas correntes mais liberais chegam até a afirmar que deve haver uma autorregulação flexível, cujas regras serão estabelecidas gradualmente pelo costume e de forma descentralizada, não devendo haver ingerência Estatal nesse setor tecnológico.

O segundo grupo é denominado “instrumental” e prima pela aplicação analógica das regras e instituições jurídicas atualmente utilizadas, acreditando não haver a necessidade de se estabelecerem novos parâmetros e diretrizes no meio virtual. Assim, essa segunda corrente defende que a *Cyberlaw* é “composta pelas regras de Direito comum, e seus conflitos são similares: regulação ou flexibilidade, proteção da propriedade, do consumidor, proteção da privacidade etc. As categorias analíticas e metodológicas operam com base na analogia, e em que pese o fascínio pelos novos termos, eles devem ser analisados mediante a assimilação dos fenômenos já conhecidos”³³.

Outra característica jurídica da Internet relevante é a construção de sua base legal na prática costumeira. Devido à ausência de uma regulamentação estatal, a solução e regulação de conflitos e comportamentos gerados na Internet são orientadas, em sua grande parte, pelos costumes e práticas reiteradas, ou seja, o que ocorre é uma regulação privada (ou autorregulação), pois esta não emana do poder normativo do Estado. Por ter um caráter mais flexível e se adequar facilmente aos diferentes tipos de jurisdição, a prática costumeira reflete a dinamicidade inerente ao ambiente virtual e privado.

³² LORENZETTI, 2004, p. 69.

³³ LORENZETTI, 2004, p. 76.

Nesse contexto, percebe-se que todas essas recentes características do meio virtual influenciaram o Direito, exigindo dinamismo e diferentes estratégias jurídicas para a resolução das novas demandas sociais. Assim, alerta Edgard Moreira DA SILVA:

Os reflexos do Direito na Internet são incontestáveis e irreversíveis, já estão no nosso dia-dia. A Internet constitui um grande desafio para a Ciência Jurídica nesse limiar de século XXI, pois sua influência nas relações jurídicas e os interesses jurídicos que gera são totalmente diferentes do direito tradicional. Estamos diante de um Direito Virtual, ou Direito da Internet, e os aspectos jurídicos exigem soluções inovadoras no campo contratual; na temática da responsabilidade civil; na proteção da privacidade dos direitos autorais e da propriedade intelectual; no mercado dos valores imobiliários; na punição dos delitos informáticos; na própria segurança jurídica, etc. (...).³⁴

Por conseguinte, nota-se que a Internet trouxe uma nova realidade para a forma de se viver e relacionar em sociedade. E da mesma forma que a sociedade se transforma e cria novos paradigmas, tecnologias e concepções, compete ao Direito acompanhar tais mudanças e monitorar juridicamente a Internet.

1.2. Os contratos eletrônicos

1.2.1. Aspectos da concepção tradicional dos contratos

O contrato é um dos institutos jurídicos mais difundidos nas relações privadas e econômicas das sociedades. Ao promover a alocação de riscos e a circulação de bens e riquezas entre os indivíduos, os contratos imprimem estabilidade às relações jurídicas, conferindo maior segurança ao desenvolvimento econômico e social.

Para uma abordagem adequada da contratação eletrônica, imprescindível se faz uma investigação conceitual dos contratos tradicionais, cuja abordagem servirá de parâmetro teórico para o estudo dos contratos eletrônicos.

Devido às múltiplas implicações jurídicas e espécies contratuais, conceituar contrato é uma tarefa árdua. Sem ter a pretensão de esgotar totalmente o presente tema, a abordagem a ser aqui utilizada abarcará os elementos essenciais ao desenvolvimento do estudo da contratação eletrônica, sem adentrar nas minúcias do instituto ou no mérito das discussões doutrinárias.

³⁴ DA SILVA, 2002, p. 10-11.

A teoria das obrigações contratuais, ao caracterizar o instituto do contrato, utiliza-se da noção de negócio jurídico³⁵. Os negócios jurídicos permeiam os ajustamentos de vontades e interesses entre os homens de forma a criar ou promover modificações nas relações jurídicas existentes. Arnaldo Rizzardo afirma que “aparecem os negócios jurídicos em todos os campos do direito, público ou privado, externo ou interno, e constituem a parte ativa e funcional do direito dinâmico, cuja dilatação, ou manifestação intensiva, reflete a energia social de que depende a interação dos indivíduos.”³⁶ Assim sendo, negócio jurídico é definido como uma espécie de ato jurídico³⁷ em que há “a declaração de vontade de uma ou mais pessoas capazes, com um sentido ou objetivo determinado, visando a produção de efeitos jurídicos relativamente a terceiros, desde que lícitos e não ofendam a vontade declarada e o ordenamento jurídico”³⁸. Na concepção de Pontes de Miranda, “é ato humano consistente na manifestação ou manifestações de vontade, como causa do suporte fático de regra jurídica, ou de regras jurídicas que lhe deem eficácia jurídica”³⁹. Isto é, o negócio jurídico consiste em um ato jurídico com um fim determinado previamente pelo interesse das partes contratantes com base no ordenamento jurídico.

Foi a partir do conceito de negócio jurídico que os doutrinadores civilistas clássicos elaboraram o conceito de contrato. Na formação das relações obrigacionais, os negócios jurídicos mais comuns são os contratos. Segundo Maria Helena DINIZ, “contrato é o acordo de duas ou mais vontades, na conformidade da ordem jurídica, destinado a estabelecer uma regulamentação de interesses entre as partes, com escopo de adquirir, modificar ou extinguir relações jurídicas de natureza patrimonial”⁴⁰.

Na lição de Orlando GOMES, o contrato “é uma espécie de negócio jurídico que se distingue, na formação, por exigir a presença de pelo menos duas partes. Contrato é, portanto, negócio jurídico bilateral ou plurilateral. Da conexão entre os dois conceitos, o de contrato e o de negócio jurídico, segue-se que o daquele contém todas as características do outro, por ser

³⁵ Orlando Gomes explica que há categorias conceituais mais amplas que incluem o conceito de contrato. Desse modo, “a escala na genealogia do conceito de contrato sobe ao negócio jurídico, conceito adotado pelo Código Civil, muito embora sem definição legislativa expressa, daí para o ato jurídico e, por fim, para o fato jurídico” (GOMES, 2008, p. 4). Portanto, importante se faz explicitar que fatos jurídicos são “todos os acontecimentos que podem ocasionar efeitos jurídicos, todos os atos suscetíveis de produzir aquisição, modificação ou extinção de direitos” e atos jurídicos - também denominados de atos humanos ou atos jurídicos - são “aqueles eventos emanados de uma vontade, quer tenham intenção precípua de ocasionar efeitos jurídicos, quer não” (VENOSA, 2011, p. 330).

³⁶ RIZZARDO, 2011, p. 3.

³⁷ Ato jurídico é toda atividade orientada pela vontade humana com fim de obter efeitos jurídicos especificamente ao agente do ato. No Código Civil de 1916, em seu artigo 81, ato jurídico era definido como todo ato lícito que tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos.

³⁸ RIZZARDO, 2011, p. 4.

³⁹ MIRANDA, 2000, p. 142.

⁴⁰ DINIZ, 2007, p. 14.

um conceito derivado”.⁴¹ O autor ainda complementa que tal negócio jurídico “sujeita as partes à observância de conduta idônea à satisfação dos interesses que regularam”.⁴²

De forma sucinta, portanto, os contratos são acordos de vontades em conformidade com a lei e com finalidade de adquirir, resguardar, transferir, conservar, modificar ou extinguir direitos⁴³.

Assim como os demais negócios jurídicos, o contrato depende de alguns requisitos para projetar sua validade no âmbito jurídico. No que diz respeito à classificação desses requisitos de validade, o que ocorre na doutrina é uma verdadeira diversidade de categorias e critérios, de forma que não há um consenso doutrinário sobre o que seriam elementos, requisitos e pressupostos de validade do negócio jurídico. Sem adentrar nessas distinções e divergências doutrinárias, partir-se-á da noção adotada por Maria Helena DINIZ, Roberto GONÇALVES e Caio Mario da Silva PEREIRA sobre os requisitos de validade dos negócios jurídicos, os quais podem ser divididos em subjetivos, objetivos e formais.

Os requisitos subjetivos consistem na a) manifestação de duas ou mais vontades e capacidade genérica das partes; b) aptidão específica para contratar; c) consentimento recíproco das partes.⁴⁴

a) A capacidade genérica das partes contratantes refere-se à capacidade de agir em geral; assim, as partes não poderão contratar caso a incapacidade, absoluta ou relativa (arts. 3º e 4º do Código Civil), não seja suprida por representação ou assistência, sob pena de nulidade ou anulabilidade do negócio jurídico.

b) A aptidão específica (também chamada de capacidade específica) para contratar deve ser verificada, uma vez que o ordenamento jurídico impõe certas limitações à liberdade de contratar. Desta maneira, certos contratos, legalmente, exigem certas especificidades para que ocorra a disposição de direitos transacionados. Exemplo claro é a situação do art. 496 do Código Civil que, nos casos de contrato de compra e venda entre ascendente e descendente, dispõe que deve haver consentimento expresso dos demais ascendentes e cônjuges, sob pena de anulabilidade.

c) O consentimento recíproco das partes é a essência do negócio jurídico contratual, haja vista que o contrato cria forma a partir da harmonização de duas ou mais vontades livres, espontâneas e sem vícios. Devem integrar o consentimento 3 aspectos, quais sejam: acordo

⁴¹ GOMES, 2008, p. 4.

⁴² GOMES, 2008, p. 11.

⁴³ PEREIRA, 2009, p. 7.

⁴⁴ GONÇALVES, 2009, p. 14.

sobre a existência e natureza do contrato; acordo sobre seu objeto e acordo sobre o conteúdo das cláusulas que o integram.

Os requisitos objetivos referem-se à relação obrigacional constituída, extinta ou modificada na contratação. Para que seja válido o contrato, seu objeto deve ser lícito, possível, determinado ou determinável (CC, art. 104, II):

a) A licitude do objeto implica a não contrariedade à lei, à moral, aos bons costumes e aos princípios de ordem pública. Dessa maneira, os contratos cujos objetos sejam ilícitos serão considerados inválidos. Um dos exemplos mais clássicos é o contrato envolvendo jogos de azar ou o assassinato de determinada pessoa.

b) A possibilidade do objeto pode ser física ou jurídica. Se a impossibilidade do objeto decorrer das leis da natureza (obrigar-se a colocar a Lua dentro de um abajur), da incapacidade humana (pactuar viagem para fora da Via Láctea) ou por simples inexistência do objeto (vender um Unicórnio para um Jôquei Clube); tal impossibilidade é dita física, exonerando-se o devedor da obrigação criada por insuscetibilidade de concretização daquilo que foi acordado. Importante anotar que a impossibilidade física deve ser simultânea ao momento de constituição do contrato; pois, sendo ulterior, a inexecução do contrato estará caracterizada. Já a impossibilidade jurídica do objeto consiste na proibição imposta pelo ordenamento sobre determinado objeto (negociação de herança de pessoa viva do art. 426 do CC, por exemplo), isto é, quando o obstáculo para a realização da obrigação é levantado pela própria norma.

c) O requisito da determinação do objeto impõe que o mesmo seja certo ou ao menos determinável (passível de determinação no momento do contrato) para que, dessa forma, a obrigação do devedor seja delimitada e cognoscível.

Apesar de não exposto em lei, a doutrina defende a necessidade de mais um requisito de validade: a economicidade do objeto; pois, aqueles objetos insuscetíveis de apreciação econômica (um grão de milho, por exemplo) não teriam repercussão no mundo jurídico de tão irrisório seu valor.

Por fim, os requisitos formais são aqueles atinentes ao meio de manifestação volitiva no contrato, ou seja, são os aspectos relativos à forma de contratação. Conforme o art. 104, III, do Código Civil, a forma deve ser prescrita ou não defesa em lei. No Brasil, não há um rigor de forma, prevalecendo, como regra, a liberdade das formas. Nas palavras de Caio Mário da Silva PEREIRA:

ao contrário do Direito Romano, em que prelevava a sacramentalidade ritual, o direito moderno, como temos visto, despreza o rigorosismo da forma, atribuindo à declaração de vontade o poder de gerar efeitos diretamente, e de estabelecer um ligame jurídico entre os sujeitos. O elemento formal no direito do contrato não tem importância senão em linha de exceção⁴⁵.

Portanto, tem-se que nos casos em que a lei não exige forma específica para celebração do contrato, a regra é o consensualismo⁴⁶ (a liberdade de forma).

1.2.2 As transformações na teoria contratual no contexto da transição do Estado Liberal para o Estado Social

Assumindo diferentes formas e finalidades, o contrato, por constituir instituto intimamente relacionado à vontade humana, é extremamente sensível às influências das transformações pelas quais passam os interesses da sociedade⁴⁷. Desse modo, a transição do chamado Estado liberal para o Estado Social (também chamado *Welfare State*) foi marcada por modificações principiológicas no sistema contratual decorrentes do giro paradigmático representado pela busca da moralidade e da solidariedade em detrimento do individualismo característico do liberalismo econômico anteriormente vigente.

Na perspectiva da ideologia liberal, a teoria geral dos contratos foi construída sob a égide dos valores da liberdade individual, da autonomia da vontade, da igualdade formal e da fragmentação das relações jurídicas⁴⁸. A doutrina da autonomia da vontade, que dominou o direito contratual ao longo do século XIX, considerava o contrato um instrumento de intercâmbio econômico entre as partes, orientado amplamente pela comunhão de vontades contratualmente harmonizadas. O contrato, nesse período, era utilizado como meio de instrumentalização da autonomia, isto é, possibilitava aos indivíduos a consecução de seus objetivos pessoais e individuais. Em razão da vontade humana, obrigações eram criadas e regiam as relações negociais entre os indivíduos, as quais tinham como fundamento o princípio da autonomia da vontade e o da liberdade contratual. Sobre o contexto liberal da teoria contratual, Luiz Guilherme LOUREIRO anota:

O período da Revolução Francesa marcou o apogeu da superioridade dos direitos subjetivos e o triunfo do individualismo. A Declaração de Direitos do Homem e do

⁴⁵ PEREIRA, 2009 p.30.

⁴⁶ GONÇALVES, 2009, p. 18.

⁴⁷ TARTUCE, 2007, p. 30.

⁴⁸ LOUREIRO, 2008, p. 24.

Cidadão de 1789 pregava a igualdade de todos perante a lei e a liberdade total dos cidadãos. Sobre o plano contratual, a pessoa humana se obriga porque ela assim deseja, ou seja, um indivíduo se vincula juridicamente a outro por força de um ato de vontade soberano, livre e refletido. É nesse momento da história do direito privado que o princípio da autonomia da vontade atinge seu apogeu.⁴⁹

Contudo, o dogma da autonomia da vontade - força motriz das relações contratuais ao longo do século XIX - não tardou a revelar a desigualdade material e a injustiça social presente na realidade de seus contemporâneos. Os postulados teóricos liberais de liberdade e igualdade consubstanciados com o excessivo individualismo e voluntarismo ocultavam uma verdadeira desigualdade social, uma vez que equiparavam formalmente e juridicamente partes materialmente assimétricas. Diante desse descompasso entre o ideário jurídico-liberal e a prática social, ocorreu a travessia do Estado Liberal para o Social. Foi nesse contexto que se passou a exigir do Estado uma atuação diversa da que vinha realizando no âmbito jurídico, começou o Estado a intervir na autonomia da vontade para, por meio de lei, garantir uma desigualdade que fizesse o papel de equilibrar a desigualdade intrínseca à realidade das partes⁵⁰.

A teoria geral dos contratos começa a tomar nova forma e a internalizar uma nova dimensão para a função contratual: a social. Como observa Cláudia Lima MARQUES:

No novo conceito de contrato, a equidade, a justiça (*Vetragsgerechtigkeit*) veio ocupar o centro de gravidade, em substituição ao mero jogo de forças volitivas e individualistas, que, na sociedade de consumo, comprovadamente só levava ao predomínio da vontade do mais forte sobre a do vulnerável. É o que o novo Código Civil denomina “função social do contrato”, novo limite ao exercício da autonomia da vontade⁵¹.

Consciente da nova realidade social e econômica, o Estado Social começa a promover um intenso intervencionismo na teoria contratual por meio da imposição de novos princípios às obrigações acordadas pelos indivíduos, com o fim de assegurar a justiça e o equilíbrio contratual no novo contexto social em que se encontrava.

Aos princípios clássicos da teoria liberal do contrato – quais sejam⁵²: o da liberdade contratual (as partes, dentro dos limites estabelecidos pelo ordenamento jurídico, podem convencionar conforme suas vontades); o da obrigatoriedade do contrato (as cláusulas contratuais são a lei da relação estabelecida); o da relatividade dos efeitos contratuais (o contrato só vincula as partes contratantes, não tendo efeitos em relação a terceiros) – foram

⁴⁹ LOUREIRO, 2008, p. 24.

⁵⁰ GODOY, 2007, p. 6.

⁵¹ MARQUES, 2006, p. 167.

⁵² THEODORO JÚNIOR, 2008, p. 1.

incorporados, basicamente, três novos princípios: o da boa-fé objetiva, o do equilíbrio econômico do contrato, e o da função social do contrato.

Ao longo do século XIX, o princípio da boa-fé foi em grande parte ignorado. O positivismo jurídico dominante na época considerava tal princípio vago e impreciso, o que destoava do objetivo de delimitar com precisão a subsunção das leis ao caso concreto⁵³. A partir do esfacelamento do ideário liberal e da constatação dos desequilíbrios e injustiças na execução contratual, o princípio da boa-fé objetiva passou a despertar interesse na doutrina e na jurisprudência, pois possibilitava proteger as partes hipossuficientes nas relações contratuais e promover a justiça no caso concreto. Começa a prevalecer no âmbito do direito dos contratos, a partir das novas problemáticas da vida moderna, o princípio da boa-fé objetiva, que agrega um imperativo ético-social de ativa colaboração e solidariedade nos tratos contratuais entre as partes. Nesse sentido, Humberto THEODORO JÚNIOR sustenta:

Pelo princípio da boa-fé exige-se das partes do contrato uma conduta correta, sob a ótica mediana do meio social, encarada não com enfoque de subjetivismo ou psiquismo do agente, mas de forma objetiva.

O que importa é verificar se o procedimento da parte, quando negociou as tratativas preliminares, quando estipulou as condições do contrato afinal concluído, quando deu execução ao ajuste e até depois de cumprida a prestação contratada, corresponde aos padrões éticos do meio social.⁵⁴

Dessa forma, a boa-fé objetiva cria deveres anexos não expressos contratualmente, cuja finalidade é garantir o perfeito cumprimento e satisfação dos interesses das partes contratantes.

Já o princípio do equilíbrio econômico, também chamado de princípio do sinalagma, atinge diretamente a rigidez contratual, isto é, mitiga a força obrigatória do contrato com o fim de proteger as partes de possíveis lesões ou onerosidades excessivas. Exemplificando, tem-se que nas situações de lesão, quando a manifesta desproporcionalidade contratual decorrer de quem age por inexperiência ou por iminente necessidade, o contrato torna-se anulável (art. 157 do CC). Nas situações de eventos supervenientes que onerem excessivamente a prestação de uma das partes, os arts. 478 e 479 do CC permitem a resolução ou revisão dos termos contratuais para permitir o restabelecimento do equilíbrio econômico das obrigações pactuadas.

Por fim, o princípio da função social analisa o contrato a partir do meio social no qual está inserido e, dessa maneira, projeta a eficácia do mesmo para fora da relação

⁵³ LOUREIRO, 2008, p.78.

⁵⁴ THEODORO JÚNIOR, 2008, p.19.

contratual entre as partes, funcionalizando o poder negocial dos contratantes, o qual passa a ser submetido à interesses coletivos e sociais⁵⁵. Perceptível, então, que a perspectiva de análise da função contratual é deslocada com a incidência de sua função social. A autonomia privada do negócio jurídico pactuado continua sendo a base do instituto jurídico contratual, contudo, tal autonomia passa, com a inserção da dimensão social, a considerar os reflexos e efeitos jurídicos do contrato sobre o meio social. Portanto, ao quebrar o encapsulamento da relação contratual tipicamente liberal, a função social, amplia a utilidade do instituto por meio da superação do individualismo jurídico em prol dos interesses gerais da coletividade.⁵⁶

1.2.3 A sociedade de consumo massificado e os impactos na sistemática contratual

As transformações que conferiram à sociedade atual o *status* de sociedade de massa tiveram suas origens na Revolução Industrial em meados do século XVIII. As novas tecnologias descobertas e a organização da atividade produtiva empresarial em moldes fordistas provocaram a evolução de uma estrutura produtiva tipicamente artesanal e familiar para uma produção em larga escala, padronizada e com menores custos unitários. O consumo, conseqüentemente, passou a ser massificado e a distribuição dos produtos amplificada, fato que gerou profundas transformações na sociedade, uma vez que as novas práticas produtivas significavam também aumento dos riscos decorrentes dessa atividade e a mitigação de direitos em busca da maximização do lucro.

As novas demandas de produção e consumo em massa e a necessidade de simplificação, celeridade e uniformização das relações contratuais de consumo entre o fornecedor dos produtos e o consumidor causaram impacto na teoria contratual liberal, compelindo-a a se adaptar a nova dinâmica econômica e comercial inaugurada pela Revolução Industrial. Sobre essa nova conjuntura, Adriana VIEIRA ressalta:

As grandes descobertas que prestaram serviços à Revolução Industrial vieram modificar de modo fundamental as relações de consumo. A propriedade passa por uma transformação, pois a atividade começa a evoluir, tornando-se industrial, e se sobrepõe à produção artesanal. Foi nessa época, com o desenvolvimento e expansão do comércio, que começou a se manifestar o desequilíbrio nas relações de consumo, exacerbado no século atual em função do fenômeno da concentração de grandes capitais. (...) Popularizou-se o conflito no setor das relações entre produtor e consumidor, atraindo a atenção do legislador, em nível internacional e nacional, para a edificação do regime próprio e sem prejuízo dos mecanismos normais de defesa dos contratantes⁵⁷.

⁵⁵ GOMES, 2008, p. 48.

⁵⁶ THEODORO JÚNIOR, 2008, p. 14.

⁵⁷ VIEIRA, 2002, p. 71.

As novas técnicas produtivas nesse período multiplicaram a disponibilidade de produtos no mercado, criando-se o fenômeno da contratação massificada, meio utilizado para possibilitar a atividade econômico-empresarial.⁵⁸

O contrato liberal, que anteriormente considerava paritária a autonomia de vontades entre as partes contratantes, com o advento da produção em massa, sofre modificações, principalmente em relação à manifestação da vontade. Para facilitar e agilizar o processo de contratação massificada, ocorre a chamada objetivação das relações contratuais, isto é, as empresas passam a realizar contratos de adesão⁵⁹, cujo conteúdo já é pré-definido, cabendo ao consumidor apenas aderir ou não ao que lhe é proposto. Se por um lado a contratação massificada tornou viável e ágil a formação das relações contratuais, por outro gerou um desequilíbrio excessivo a partir da mitigação da importância da voluntariedade nos negócios jurídicos, limitando o exercício pleno do princípio da liberdade contratual.

Com a contratação massificada e a objetivação dos contratos por meio da proposição unilateral do conteúdo contratual, percebeu-se a redução da força negocial do consumidor, ou seja, a desigualdade contratual no âmbito das relações de consumo tornou nítida a vulnerabilidade do consumidor face ao fornecedor de bens e serviços.

O reconhecimento da vulnerabilidade⁶⁰ do consumidor nas relações consumeristas impôs ao Estado uma interferência legislativa cujo objetivo fosse o restabelecimento da equidade contratual, de forma a compensar as disparidades técnica, jurídica, fática e informacional⁶¹. No Brasil, com esse intuito, foi promulgada a Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), derivada diretamente da normativa constitucional. A Lei consumerista herdou a lógica do Estado do bem-estar social, recepcionando o princípio da vulnerabilidade do consumidor no âmbito da sociedade de consumo massificado.

1.2.4. Conceito de contrato eletrônico

⁵⁸ MULHOLAND, 2006, p. 35.

⁵⁹ Contratos de adesão, segundo o art. 54 do CDC, são aqueles “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.”

⁶⁰ Claudia Lima MARQUES destaca que a vulnerabilidade é “mais um estado da pessoa, um estado inerente de risco ou um sinal de confrontação excessiva de interesses identificado no mercado, é uma situação permanente ou provisória, individual ou coletiva, que fragiliza, enfraquece o sujeito de direitos, desequilibrando a relação”. (MARQUES, 2011, p. 320)

⁶¹ MARQUES, 2011, p. 320.

Como já exposto no tópico anterior, os contratos de adesão⁶² e as cláusulas gerais surgiram para instrumentalizar e viabilizar a economia massificada. Atualmente, tais formas contratuais estão cada vez mais difundidas nas relações de consumo contemporâneas. E, no atual mercado de consumo, a cada dia surgem novas tecnologias e instrumentos de contratação em massa que, em sua maioria, consistem em espécies de contratos eletrônicos. Ao introduzirem novos elementos à comercialização eletrônica à distância, os contratos eletrônicos promoveram mudanças na forma da contratação massificada moderna. Nesse sentido, Cláudia Lima MARQUES explica:

(...) nas relações de massa nem sempre os contratos serão feitos por escrito (...) muitos contratos são feitos ‘em silêncio’ ou ‘sem diálogo’, por coisas, imagens de coisas, palavras ditadas, pré-escrita; atos existenciais sem real dialética, pela não presença do outro, pela representação do outro através de máquinas e prepostos sem poder, por atos, imagens, números, cartões, senhas, visões, toques e clicks deste homem atual (...) em face da importância das sensações e sentidos, do toque à visão para a realização de um contrato... Um contrato ‘desumanizado’, que beira a autossuficiência do declarado e é “construído” de forma unilateral e prévia no site eletrônico ou na máquina colocada no corredor de escola, autossuficiência da predisposição declarativa ou material formulada por um fornecedor que não mais se conhece, também despersonalizado e reconhecido talvez apenas pela marca, também um símbolo. Daí a importância de estudarmos os contratos de comércio eletrônico e a desmaterialização dos contratos. Na atual sociedade de consumo todos esses fenômenos devem ser levados em conta.⁶³

Por tratar-se de fenômeno ainda recente no meio jurídico, o conceito de contrato eletrônico ainda não é consensual. Luís WIELEWICKI, por exemplo, os define como instrumentos obrigacionais de veiculação digital cujos signos eletrônicos transmitidos pela Internet permitem a determinação de deveres e obrigações jurídicos⁶⁴.

Jorge José LAWAND os conceituam como “negócio jurídico concretizado através da transmissão de mensagens eletrônicas pela internet, entre duas ou mais pessoas, a fim de adquirir, modificar ou extinguir relações jurídicas de natureza patrimonial”.⁶⁵

De modo geral, o contrato eletrônico é a modalidade de contratação celebrada à distância, em que oferta e aceitação ocorrem exclusivamente por meios eletrônicos⁶⁶. A terminologia abrange todos os meios de comunicação telemática⁶⁷, isto é, todas as formas de comunicação à distância que integram recursos de telecomunicação e informática como o fax,

⁶² Código de Defesa do Consumidor: Art. 54. Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo.

⁶³ MARQUES, 2011, p. 67-68.

⁶⁴ WIELEWICKI, 2001, p.198.

⁶⁵ LAWAND, 2003, p. 87.

⁶⁶ GARCIA JÚNIOR, 2007, p. 275.

⁶⁷ A pesar das diversas formas de comunicação telemática, para fins didáticos, a terminologia “contratos eletrônicos” estará se referindo simplificada aos contratos eletrônicos realizados via Internet, de modo a evitar maiores esclarecimentos e análises dos outros meios que não são o foco do presente trabalho.

os celulares, a Internet etc. Todavia, apesar das diferentes tecnologias utilizadas, o importante na análise jurídica dos contratos eletrônicos é perceber que “estamos analisando contratos usuais do meio jurídico, que tem como característica principal o seu aperfeiçoamento ou a sua formação mediante o uso da informática”⁶⁸.

Importante destacar que os contratos eletrônicos (que são em sua grande maioria contratos eletrônicos de consumo), apesar de serem realizados de forma automática, sem diálogo, guiados por imagens e símbolos e concretizados por simples cliques de botão, possuem a essencialidade jurídica do negócio contratual; há consonância de vontades ainda que de forma altamente objetivada, e, portanto, são sim contratos. Mesmo que o conteúdo contratual seja unilateralmente pré-estabelecido, há uma bilateralidade mínima que confere natureza contratual ao fenômeno do contrato eletrônico. Nesse sentido, Cláudia MARQUES afirma:

Há bilateralidade de vontades, pois apesar de o fornecedor ser ‘virtual’ e o consumidor ser ‘massificado’, apesar do oferecer e do eleger serem mais ‘automatizados’, apesar de o direito abstrair mais do plano da validade e considerar mais a confiança despertada, a declaração da oferta realizada do que a vontade interna do fornecedor, considerar mais a conduta social do consumidor do que a capacidade deste ou de quem optou por ele ou no seu computador, há um contrato no plano da existência, juridicamente relevante, e que produzirá efeitos – e muitos – no plano da eficácia. O contrato final é “velho”, o método de contratação é atual, e o meio de contratação – e por vezes de cumprir a prestação imaterial – é que é novo.⁶⁹

Diante do exposto, percebe-se que o que difere o contrato eletrônico das demais formas de contratação e o que ao mesmo tempo o define é essencialmente o meio, é a plataforma eletrônica utilizada para a proposição, consentimento e aceitação do negócio jurídico contratual. Por conseguinte, não se pode falar em uma nova modalidade contratual, tendo em vista que estas já existem – compra e venda, empréstimo, mútuo etc. – mas sim em uma nova forma de celebração contratual.

1.2.5. Classificação, princípios e validade dos contratos eletrônicos

Como ainda não existe uma legislação específica que trate dos contratos eletrônicos no âmbito nacional, eles podem ser considerados como contratos atípicos e de forma livre,

⁶⁸ MULHOLAND, 2006, p.86-87.

⁶⁹ MARQUES, 2011, p. 112.

ainda que o conteúdo neles veiculado – locação, doação compra e venda, por exemplo – seja disciplinado em lei⁷⁰.

A classificação dos contratos eletrônicos mais comumente utilizada pelos doutrinadores da área é a proposta por Manoel J. P. dos Santos e Mariza Delapieve Rossi⁷¹. De acordo com eles, os contratos eletrônicos são, de forma ampla, classificados em três categorias: intersistêmicos, interativos e interpessoais.

Os intersistêmicos são contratos eletrônicos realizados entre sistemas de comunicação eletrônicos previamente programados para procederem conforme as necessidades de estoque de fornecedores e comerciantes. Por exemplo, ao se passar um produto pela leitura óptica da caixa registradora de um supermercado, há a emissão de um comando para o sistema de estoques que, ao identificar que o volume em estoque atingiu o nível programado, emitirá um comando eletrônico automático para que seja realizada a compra de reposição do estoque junto ao fornecedor do produto⁷². Normalmente esses tipos de contratos eletrônicos operam em redes fechadas de comunicação entre empresas para a compra e venda no atacado e, por isso, possuem finalidade tipicamente comercial. Por não existir ação humana na manifestação do consentimento ao realizar a contratação, muito se discute na doutrina sobre a existência de uma vontade informática caracterizada pela despersonalização dos consentimentos contratuais⁷³.

Nos contratos interpessoais, previamente à contratação eletrônica, ocorre a comunicação entre as partes, pessoas jurídicas ou físicas, tanto no momento da proposta, quanto da aceitação e concretização do acordo. Os meios de comunicação entre as partes são usualmente *chats*, videoconferências, correio eletrônico⁷⁴ etc. Alguns doutrinadores ainda dividem os contratos interpessoais em: a) simultâneos que são aqueles realizados em tempo real como nos *chats online* e videoconferências e b) os não-simultâneos que são aqueles em que há um espaço de tempo entre as manifestações de vontade, como ocorre nos contratos realizados por *e-mail*.⁷⁵

A categoria que abarca o foco deste trabalho é a dos contratos interativos, cuja forma de manifestação de vontade é obtida por meio da interação entre o usuário (um internauta consumidor de uma loja virtual, por exemplo) e um sistema aplicativo previamente programado. A forma de contratação eletrônica interativa é a mais usual nas relações de

⁷⁰ LEAL, 2009, p. 82.

⁷¹ SANTOS, 2000, p. 111-112.

⁷² SANTO; ROSSI, 2000, p. 113.

⁷³ NAVARRETE, 1999, p. 34.

⁷⁴ LEAL, 2009, p. 85.

⁷⁵ BARBAGALO, 2001, p.55-56.

consumo na Internet, também chamada de B2C (*business-to-consumer*⁷⁶). Assim, na modalidade interativa, o consumidor conecta-se a um site ou a um estabelecimento comercial virtual; pesquisa produtos, preços, ofertas, formas de pagamento; preenche os dados de cadastro e bancários e confirma, ao final, a realização da compra. A vontade do fornecedor aqui é manifestada a partir da oferta disponibilizada ao público nos sites comerciais. Por outro lado, a vontade do consumidor é manifestada no momento em que preenche os dados e confirma o pedido no sistema ou aplicativo de vendas do site, expressando sua aceitação⁷⁷.

Devido à forma como o consumidor manifesta sua vontade, tais contratos também são conhecidos como contratos *clickwrap*⁷⁸, pois com um simples clique do botão do mouse, o consumidor confirma e concorda com os termos e cláusulas de contratação. Como não há discussão do conteúdo dos termos propostos pelas lojas virtuais, os contratos de *clickwrap* são considerados contratos de adesão, cabendo ao consumidor aceitar ou simplesmente recusar, sem poder discutir o conteúdo da contratação.

No que diz respeito aos princípios aplicáveis aos contratos eletrônicos, além dos princípios clássicos já apresentados no presente trabalho, Sheila do Rocio Santos Leal apresenta três princípios essenciais à contratação eletrônica, quais sejam: princípio da equivalência funcional dos contratos realizados em meio eletrônico com os contratos realizados por meios tradicionais; princípio da neutralidade e da perenidade das normas reguladoras do ambiente digital; e princípio da conservação e aplicação das normas jurídicas existentes aos contratos eletrônicos⁷⁹.

O princípio da equivalência funcional tem como objetivo evitar a discriminação do meio digital⁸⁰ e, com isso, impedir que sejam restringidas a celebração, a validade e os efeitos jurídicos dos contratos eletrônicos. Seguindo essa inspiração, tanto a lei modelo da Uncitral⁸¹ quanto os Projetos de Lei brasileiros – n.º 1.589/99 OAB, n.º 4.906-A/01, n.º 6.695/2002 – orientam-se pela busca da equiparação jurídica da contratação eletrônica. O princípio da equivalência tem sua manifestação mais precisa no artigo 5º da lei modelo da Uncitral:

⁷⁶ É o comércio realizado diretamente entre a empresa fornecedora de produtos ou prestadora de serviços e o consumidor final.

⁷⁷ Esse ponto será aprofundado ao longo do capítulo.

⁷⁸ “Contratos *Clickwrap* são contratos de adesão, escritos em um site, nos quais o internauta expressa a aceitação de seus termos apenas com um *click de mouse*.” FINKELSTEIN, 2011, p. 207.

⁷⁹ Leal, 2009, p. 89-92.

⁸⁰ Lorenzetti, de forma mais ampla, fala em princípio da não-discriminação do meio digital. (LORENZETTI, 2004, p. 86)

⁸¹ Dentre as iniciativas internacionais sobre comércio eletrônico, destaca-se a Lei modelo de 1996 da UNCITRAL (*United Nations Commission in International Trade Law* ou Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional). Ela constitui um conjunto de diretrizes para as legislações dos países associados às Nações Unidas e tem inspirado a maioria dos projetos de lei sobre o assunto nos países membros. Já a respeito das iniciativas brasileiras sobre o comércio eletrônico em tramitação no Congresso Nacional, as que se destacam são: o projeto de lei n.º 1.589/99 (de iniciativa da OAB com inspiração na Lei modelo da UNCITRAL); projeto de lei n.º 1.483/99 (autoria de Dr. Hélio, foi apensado ao projeto de lei n.º 1.589 em 25/06/01. Ambos foram arquivados em 28/02/2007); projeto de lei n.º 672/99 (autoria de Lúcio de Alcântara, baseado no projeto n.º 1589/99. Foi arquivado em 16/05/2005. Em julho de 2007, seu pedido de desarquivamento foi indeferido); projeto de lei n.º 439/11 (de iniciativa do Senador Humberto Costa, atualiza o Código de Defesa do Consumidor criando mecanismos de defesa no âmbito do comércio eletrônico).

Capítulo II - Aplicação de requisitos legais às mensagens de dados
Artigo 5 - Reconhecimento jurídico das mensagens de dados
Não se negarão efeitos jurídicos, validade ou eficácia à informação apenas porque esteja na forma de mensagem eletrônica.

O segundo princípio de grande relevância é o da neutralidade e perenidade das normas reguladoras do ambiente digital. Como já analisado no início deste capítulo, o meio digital é caracterizado pela celeridade, dinamicidade, fluidez e complexidade. Qualquer tentativa regulamentar mais rígida nesse setor estaria fadada ao fracasso, seja pela falta de eficácia, seja pela limitação ao desenvolvimento tecnológico e econômico no âmbito do comércio eletrônico. A neutralidade – no sentido de as normas não obstarem o desenvolvimento de novas tecnologias – e a perenidade – edição de normas amplas, fluidas e atuais, sem necessidade de serem modificadas constantemente⁸² – são fatores fundamentais para que se garanta a flexibilidade necessária e adequada ao desenvolvimento do setor. Sobre essa questão, defende Maristela BASSO:

Não é preciso que a lei brasileira sobre a matéria seja detalhista e queira, de uma só vez disciplinar todos os aspectos envolvidos no comércio eletrônico: isso seria um erro, haja vista a dinamicidade das trocas eletrônicas e a constante evolução dos meios de comunicação e de segurança empregados (...)
É sempre importante ter presente uma lei consistente, e que chega para ficar, é aquela que traça os aspectos gerais, reconhecendo os efeitos jurídicos de um fenômeno encontrado na prática exatamente como ele acontece e garantindo às partes certeza quanto ao reconhecimento das transações realizadas, através de regras internacionalmente aceitáveis. Inútil seria criar uma legislação afastada dos princípios já reconhecidos pela comunidade internacional e aplicados em outros países⁸³.

Já o princípio da conservação e aplicação das normas jurídicas existentes aos contratos eletrônicos parte do fato de que o contrato eletrônico não constitui uma nova modalidade contratual, mas apenas um novo meio, uma nova forma que não altera a natureza jurídica das relações contratuais. Eventual legislação regulamentando o setor não afastará as normas e princípios gerais que disciplinam o direito contratual. Segundo a lição de José LAWAND⁸⁴:

(...) a Internet não cria espaço livre, alheio ao Direito. Ao contrário, as normas legais vigentes aplicam-se aos contratos eletrônicos basicamente da mesma forma que a quaisquer outros negócios jurídicos. A celebração de contratos via Internet se sujeita, portanto, a todos os preceitos pertinentes do Código Civil Brasileiro (Código

⁸² LEAL, 2009, p. 91.

⁸³ BASSO, 2005, p. 26.

⁸⁴ LAWAND, 2003, p. 92.

Civil). Tratando-se de contratos de consumo, são também aplicáveis as normas do Código de Defesa do Consumidor (Código de Defesa do Consumidor)

Outro ponto a ser abordado é a questão da validade dos contratos eletrônicos. Para que os contratos eletrônicos sejam válidos, devem apresentar os mesmos requisitos de validade dos contratos convencionais (objeto de estudo nos tópicos anteriores). Assim, os requisitos necessários são a existência de partes capazes consentindo validamente (requisito subjetivo); objeto lícito, possível, determinado ou determinável (requisito objetivo) e forma prescrita ou não defesa em lei (requisito formal).

As questões que merecem destaque em relação aos requisitos subjetivos dizem respeito à capacidade das partes e a forma como o consentimento válido é formado na contratação eletrônica.

Da mesma forma que nos contratos tradicionais de suporte em papel, a capacidade das partes deve ser observada nos contratos eletrônicos. Contudo, devido à falta de contato visual, apresentação de documentos ou qualquer outro tipo de identificação idônea, difícil se torna determinar se, por exemplo, quem está efetuando uma compra em uma loja virtual é um incapaz (criança ou adolescente) ou um terceiro cujos dados fornecidos não lhe pertencem. Nesses casos, o meio eletrônico não possui nenhuma especificidade e as normas do Código Civil são integralmente aplicáveis de modo que, caso seja realizado um contrato eletrônico por menor de dezesseis anos, ter-se-á contrato nulo; se menor de dezoito e maior de dezesseis, contrato passível de anulação; caso seja relativamente incapaz ocultando sua idade ao celebrar o contrato, a contratação terá seus efeitos jurídicos validados, não podendo invocar a incapacidade para escusar-se de suas obrigações acordadas, uma vez que ocultou dolosamente sua idade.

Em relação ao consentimento no meio eletrônico, independente da forma como ele é efetuado – sistema autoaplicativos (contratos intersistêmicos); *e-mail*, *chats*, videoconferência (contratos interpessoais); interações com sistemas pré-programados (contratos interativos) – a legislação brasileira, mais especificamente o artigo 107 do Código Civil, confere validade às formas de manifestação de vontade eletrônica, pois a forma contratual é livre como regra. Assim, o art. 107 prescreve: “a validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente exigir”.

Além de livre e consciente (ausência de vícios como o erro, dolo, coação), a manifestação de vontade no meio eletrônico, especialmente nos contratos de consumo, necessita de maior qualidade e clareza de informações na oferta do proponente. Como constituem contratos de adesão em sua maioria, os contratos de compra e venda realizados em

lojas virtuais na Internet exigem do fornecedor um dever de informar ao consumidor sobre os riscos, obrigações, encargos e cláusulas restritivas de direitos, devendo tais informações virem destacadas no site ou *home page* do fornecedor (Art. 54, § 4º do Código de Defesa do Consumidor). Esse dever de informação do fornecedor possibilita ao consumidor-internauta realizar o consentimento informado, o qual está amplamente tutelado no ordenamento jurídico pátrio.⁸⁵

No tocante ao objeto das relações eletrônicas contratuais, conforme o previsto na teoria geral dos contratos, ele deve ser lícito, possível, determinado ou determinável. No entanto, algumas particularidades merecem ser abordadas sobre a natureza que esse objeto pode assumir na contratação eletrônica.

No mundo virtual da Internet, os objetos podem ser tanto produtos palpáveis, materiais, como também produtos imateriais como a informação⁸⁶. Assim, a informação não é apenas um bem imaterial comercializável (programas, filmes, músicas, livros, jornais digitalizados etc.), mas também é elemento de valor econômico, constituindo, comumente, objeto de contratos eletrônicos. A informação torna-se tão importante no âmbito da Internet que passa a ter implicações econômicas diversas, adquirindo valor também pelo poder decisório e publicitário que passa agregar no atual estágio comunicativo da rede mundial de computadores. As informações pessoais de cadastros, registros e usuários significam para as empresas potenciais consumidores, motivo que leva os fornecedores e sites a utilizarem tais informações como objeto econômico. Muitos contratos como os de serviços de *e-mail* ou *sites* de relacionamento, que aparentemente são gratuitos, ocultam as implicações comerciais representadas pelos dados dos usuários ao fornecerem suas informações cadastrais as quais geram diretamente ou indiretamente investimentos no site e rendas com publicidade. Esse valor econômico da informação possibilita, por exemplo, atestar a existência de uma relação de consumo para usuário de serviços aparentemente gratuitos⁸⁷ implicações jurídicas interessantes nas relações de consumo.

Por fim, o requisito formal consiste na exigência de se realizar o negócio jurídico por meio de uma forma hábil e não proibida em lei. O comércio eletrônico revolucionou a forma de realizar negócios via Internet, criando conseqüentemente os contratos eletrônicos. O que se observa nos contratos eletrônicos é uma redução do formalismo em favor da celeridade e praticidade das contratações. Como já mencionado, o artigo 107 do Código Civil não proíbe a

⁸⁵ Ver artigos 6º, 30, 31, 46 e 48 do Código de Defesa do Consumidor.

⁸⁶ LEAL, 2009, p. 140.

⁸⁷ Sobre as relações de consumo em serviços gratuitos prestados na Internet, ver o Resp 1.186.616/MG da Ministra Nancy Andrihgi, Terceira Turma, julgado em 2308/2011.

forma eletrônica de contratação, tendo como regra a forma livre. Entretanto, a questão da forma eletrônica torna-se problemática quando se trata de comprovar em juízo o conteúdo do contrato, sua integridade e a identificação das partes contratantes.

O meio digital dificulta, devido à imaterialidade do suporte eletrônico, atestar de quem partiu a manifestação de vontade ou se o documento não sofreu adulteração. Apesar de técnicas de segurança⁸⁸ como a criptografia, assinatura digital, certificação digital e biometria⁸⁹, ainda não há como conferir a mesma confiabilidade a documentos eletrônicos da mesma forma que os realizados em suporte em papel. Isso ocorre, porque, além da maioria dos contratos eletrônicos de consumo realizados não disporem de tais tecnologias de segurança por questões de aumento nos custos das empresas e a necessidade de celeridade e praticidade na contratação, o ambiente aberto da Internet está propenso a ataque de *crackers*, vírus, *Botnets*, interceptações de tráfego, golpes por falsificações, *keyloggers*⁹⁰, *screenloggers*⁹¹ etc. Sheila LEAL explica que, como a validade dos contratos encontra-se de algum modo vinculada à validade jurídica dos documentos eletrônicos - tendo em vista que estes instrumentalizam aqueles -, alguns requisitos de validade dos documentos eletrônicos, até por uma questão probatória, devem ser observados, quais sejam: confidencialidade dos dados; autenticidade; integridade; não repúdio⁹².

Por fim, importante ressaltar que, não obstante as limitações tecnológicas quanto à segurança e confiabilidade dos documentos eletrônicos, certo é que, enquanto não houver restrição legal ou determinação de forma específica para a contratação eletrônica, aplica-se o artigo 107 do Código Civil que garante a validade de tais contratos.

1.2.6. Formação dos contratos eletrônicos: momento e local de celebração

⁸⁸ A criptografia é a transformação de informação inteligível numa forma aparentemente ilegível a fim de ocultar informação de pessoas não autorizadas, garantindo confidencialidade. A assinatura digital é um sistema de códigos para a identificação e autenticação dos signatários, que é tratado por um software especialmente desenvolvido para essa finalidade, permitindo comprovar a autenticidade e a integridade de uma informação. O certificado digital é um documento eletrônico, assinado digitalmente por uma terceira parte confiável, que associa uma entidade (uma pessoa ou um servidor, por exemplo) a uma chave pública, isto é, na prática, é uma espécie de carteira de identidade ou passaporte digital cuja autenticidade é controlada por uma Entidade certificadora. (NOGUEIRA, 2009, p. 27, 35, 39).

⁸⁹ A Biometria é uma técnica de alta confiabilidade e, ao mesmo tempo, de alto custo para implementação; ela consiste basicamente em reconhecimento de voz, retina, digital por meio de equipamento específico que envia, eletronicamente, os dados biométricos para conferência e certificação da identidade do indivíduo.

⁹⁰ *Spyware* que armazena as teclas digitadas pelo usuário.

⁹¹ *Spyware* que faz a captura da imagem apresentada na tela do usuário e a posição do curso do mouse.

⁹² A confidencialidade é a garantia de sigilo dos dados utilizados na transação eletrônica, isto é, que eles não serão divulgados ou usados para fins diversos. A autenticidade é a garantia de identificação das partes contratantes e é essencial ao documento eletrônico. A integridade diz respeito à proteção do conteúdo acordado entre as partes, ou seja, é a preservação da manifestação de vontade das partes, impedindo que seu conteúdo seja adulterado por terceiros. O não repúdio consiste na atribuição de efeitos jurídicos e vinculantes às mensagens eletrônicas perante a possibilidade de sua negativa de existência. Assim, ao solicitarem os serviços de não rejeição, as partes garantirão, tanto o remetente quanto o destinatário, que a comunicação foi realizada, em caso de eventual negativa de envio ou recebimento da mensagem de um deles. Para que seja possível esse procedimento, as partes devem utilizar firmas eletrônicas, as quais serão verificadas por uma autoridade certificadora que conferirá idoneidade e atestará a existência da mensagem, não podendo, portanto, ser repudiada (LEAL, 2009, p.151-156).

O contrato nasce da manifestação de duas vontades: a proposta e a aceitação⁹³. A proposta, também chamada de oferta ou oblação, dá início à formação do contrato, momento no qual uma das partes solicita a manifestação da outra. Já a aceitação é a concordância com os termos da proposta, é a manifestação de vontade necessária à conclusão do contrato, pois só no momento em que ocorre a convergência de vontades a partir da concordância do aceitante é que a oferta se transforma em contrato.

O cerne da problemática na contratação eletrônica está na determinação do momento do aperfeiçoamento do contrato eletrônico. Para análise do tema, cumpre-se verificar o regramento dos contratos celebrados entre ausentes ou presentes e sua adequação aos meios de comunicação atuais, para que posteriormente se faça a abordagem do momento de formação.

Nos contratos realizados entre presentes, se o proponente não estipular prazo para aceitação, esta deve ser dada imediatamente, sob pena de a oferta perder sua força vinculativa. Independentemente do prazo, o aperfeiçoamento do contrato entre presentes será determinado no instante em que o oblato aceitar a proposta, isto é, quando há a manifestação recíproca de vontades e a consequente produção de efeitos jurídicos.

Já o momento de aperfeiçoamento do contrato entre ausentes torna-se menos evidente devido à existência de um espaço geográfico entre os contratantes, além de um lapso temporal entre a proposição e a aceitação⁹⁴. Em face desses fatores, algumas teorias sobre o momento em que a convenção é concluída foram criadas: teoria da informação ou da cognição e a teoria da declaração ou da ignição⁹⁵.

Nosso Código Civil, em seu artigo 434, amparou uma subdivisão da teoria da declaração, que é a teoria da expedição, explicitando que o contrato entre ausentes reputa-se concluído no momento em que a aceitação é expedida. Assim manifesta-se o referido dispositivo:

Art. 434. Os contratos entre ausentes tornam-se perfeitos desde que a aceitação é expedida, exceto:
I - no caso do artigo antecedente;
II - se o proponente se houver comprometido a esperar resposta;
III - se ela não chegar no prazo convencionado.

⁹³ GONÇALVES, 2009, p. 50.

⁹⁴ LORENZETTI, 2004, p. 313.

⁹⁵ A teoria da informação defende que o momento do aperfeiçoamento do contrato ocorre no momento em que o proponente ou polícitante toma conhecimento do teor da resposta. Por outro lado, a teoria da declaração ou da ignição subdivide-se em três: a) a da Declaração propriamente dita (o instante da conclusão é o da redação da correspondência epistolar); b) teoria da expedição (não basta a redação, mas também é necessário que a resposta tenha sido expedida); c) teoria da recepção (além de redigida e escrita, a resposta tem que ter sido entregue). (GONÇALVES, 2009, p. 60)

Para LORENZETTI, a contratação eletrônica promoveu distorções nessa lógica contratual clássica de estabelecimento do momento de aperfeiçoamento do contrato, porquanto:

Os códigos oitocentistas partiram do pressuposto de uma contratação entre pessoas fisicamente presentes ou ausentes; neste último caso, existe uma distância geográfica traduzida em um tempo de comunicação juridicamente relevante. Neste aspecto, a contratação eletrônica é celebrada entre pessoas fisicamente distantes, mas o meio utilizado neutraliza a geografia, uma vez que a comunicação é instantânea.⁹⁶

Com a utilização da telefonia para a formação contratual, a doutrina majoritariamente⁹⁷ passou a aceitar que, devido à instantaneidade da comunicação, o regramento aplicável é o da contratação entre presentes, evidenciando a importância da simultaneidade – ausência de lapso temporal – em detrimento da distância física para a definição do momento do aperfeiçoamento. A classificação de contratos entre presentes e ausentes, para o atual estágio comunicativo promovido pela Internet, passa a ser inócua para a modalidade contratual eletrônica⁹⁸, tendo em vista que a distância geográfica passa a perder significado na determinação dos efeitos jurídicos pré-negociais dos contratos eletrônicos.

Dentro dessa perspectiva, Lorenzetti apresenta a distinção entre contratos celebrados instantaneamente e os contratos não-instantâneos⁹⁹. Aqueles, por não haver um decurso de tempo entre a oferta e aceitação, deverão ser regrados de forma semelhante aos contratos realizado por telefone, ou seja, são contratos celebrados entre presentes. Já nos contratos não-instantâneos, existe um lapso temporal entre a aceitação e proposição, conseqüentemente, são considerados celebrados entre ausentes.

Nas contratações interpessoais de consumo em que há comunicação direta entre as partes por meio de *chats online*, videoconferência ou diálogo por VOIP¹⁰⁰, como a celebração ocorre sem lapso temporal significativo, serão tais contratos eletrônicos formados no momento da aceitação do oblato. Por sua vez, os contratos eletrônicos em que não ocorre essa simultaneidade, como os celebrados por *e-mail*, são considerados entre ausentes. Assim explica Caitlin MULHOLLAND:

⁹⁶ LORENZETTI, 2004, p. 313-314.

⁹⁷ ALTERINI, 1998, p. 288.

⁹⁸ MARTINS, 2003, P. 165.

⁹⁹ LORENZETTI, 2004, p. 321.

¹⁰⁰ É abreviatura de Voz sobre IP e consiste em uma tecnologia que permite transmissão de voz a partir da Internet a custo bem mais baixo que o sistema telefônico tradicional. O programa Skype é um dos maiores exemplos dessa tecnologia.

Assim sendo, os contratos celebrados via Internet, por analogia ao sistema utilizado no caso dos contratos celebrados por telefone, e utilizando-se do mesmo princípio da interatividade e comunicação direta, devem considerar-se como contratos celebrados entre presentes, sendo a estes atribuídos os efeitos quanto a sua formação e conclusão (...) Se tratar de contrato realizado off-line, ou seja, sem a troca interativa e simultânea de informações e das manifestações de vontade, estaremos diante de um tipo contratual realizado entre ausentes, devendo-se atentar para as regras quanto à formação dos contratos nesse sistema.¹⁰¹

A doutrina ainda diverge sobre o momento de celebração dos contratos eletrônicos de consumo, os quais, em sua maioria são interativos. Alguns autores afirmam que, dependendo da perspectiva adotada, a celebração pode ser considerada entre presentes e ausentes. Nessa linha de pensamento, se por um lado o fornecedor proponente coloca uma oferta à disposição *online* em seu *site*, “por não saber ele *si et quando* haverá aceitação, o contrato deverá ser considerado como entre ausentes”¹⁰²; por outro lado, o aceitante tem ciência imediata da proposta quando acessa o *site* do fornecedor, sendo considerada a celebração entre presentes. Sobre o tema, Guilherme Magalhães MARTINS explicita:

Segundo tal concepção, o ofertante, após a veiculação da proposta, não obtém (embora até possa ocorrer de logo obtê-la) de pronto a resposta. Assim, o destinatário da oferta é, para ele, ausente; já o aceitante, que se depara com o sistema à sua disposição manifestaria sua vontade independentemente. Por conseguinte, de acordo com o mesmo posicionamento doutrinário, tais contratos deveriam ser considerados entre ausentes, do ponto de vista da manifestação de vontade do peticitante, e entre presentes, do ponto e vista do aceitante, que teria uma imediatidade entre sua manifestação de vontade e o aperfeiçoamento do contrato¹⁰³.

Posiciono-me pela simultaneidade de manifestação da vontade das partes nos contratos eletrônicos concretizados tendo como parâmetro a perspectiva do aceitante e consumidor, uma vez que é ele quem tem o poder de criação de vínculo a partir da expedição de sua aceitação. Como explica Jean Carlos DIAS, “a oferta é pública, e o usuário dela toma conhecimento, sua resposta eletrônica de aceitação constitui o vínculo contratual.”¹⁰⁴. Para o mencionado autor, a aceitação estaria efetivamente validada quando recebida pelo servidor do provedor do fornecedor. Tendo em vista que essa recepção, na maior parte dos casos, é praticamente instantânea, não haveria um lapso de tempo considerável para se cogitar a aplicação das teorias da informação ou declaração, caso a contratação eletrônica à distância fosse analisada como celebrada entre ausentes. Desse modo, quando o sistema interativo “estiver provido de capacidade para imediatamente processar as informações do proponente e

¹⁰¹ MULHOLAND, 2006, p. 79-80.

¹⁰² BARBAGALO, 2001, p. 79.

¹⁰³ MARTINS, 2003, p. 163.

¹⁰⁴ DIAS, 2004, p. 94-95.

emitir automaticamente a aceitação”¹⁰⁵, ainda que haja um curto lapso temporal entre a proposta e aceitação, é mais adequado considerar que o contrato foi firmado entre presentes. Igual posicionamento é adotado por Sheila LEAL:

Como modalidade de contrato a distância tem-se a compra e venda de produtos pela *Internet* (feita mediante comunicação interativa), que se inicia, de um modo geral, pela escolha, pelos consumidores, dos produtos que irão adquirir, dentre aqueles oferecidos pelos fornecedores, nos mais variados *sites* ou lojas virtuais. (...) Completa-se o contrato no momento da aceitação da oferta, que conforme já comentado, opera-se normalmente, mediante o simples clicar do *mouse* (*click-wrap-agreement*). Assim, a exemplo dos contratos realizados por telefone e via televisão, também os contratos eletrônicos via *Internet* são considerados a distância e equiparados aos contratos realizados fora do estabelecimento comercial¹⁰⁶.

Outro ponto de destaque é o lugar de celebração do contrato. A determinação do lugar tem muitas consequências jurídicas como a fixação de competência, a lei aplicável e a identificação do caráter nacional ou internacional do contrato.

Há autores que definem a Internet não como um meio em que são realizadas as contratações, mas sim um lugar virtual. Essa distinção entre meio ou lugar traz grandes implicações, uma vez que o artigo 435 do Código Civil prescreve que “reputar-se-á celebrado o contrato no lugar em que foi proposto”.

Lorenzetti sugere que o surgimento de um espaço virtual autônomo é uma tendência atual e que a problemática se encontra em definir “uma maneira segura de imputar efeitos jurídicos, não importando a determinação de se alguém vive nesse lugar ou se nele esteve para a celebração ou o cumprimento. Na web existe e existirão muitas maneiras de cumprir com esse requisito”¹⁰⁷. Assim, este autor destaca a noção de lugar como um conceito normativo desvinculado do lugar físico.

Entretanto, como a maioria das legislações, inclusive a brasileira, apresentam certa resistência à desterritorialização promovida pela Internet¹⁰⁸, o lugar jurídico encontra-se intimamente relacionado ao lugar geográfico.

Assim sendo, com base no princípio da liberdade contratual, as partes podem estipular o local de celebração do contrato – aspecto preponderante para a fixação do foro competente. Não havendo acordo sobre o lugar, o legislador determinou – no artigo 435 do

¹⁰⁵ BARBAGALO, 2001, p.80.

¹⁰⁶ LEAL, 2009, p. 106-107

¹⁰⁷ LORENZETTI, 2004, p. 326.

¹⁰⁸ Ronaldo Alves de ANDRADE expõe que “Fulvio Sarzana di Ippolito igualmente reconhece que a utilização de meio eletrônico para a formação de relações jurídicas cria uma nova espécie de domicílio, ao qual a doutrina tem nominado de ‘domicílio informático’, que difere do conceito de domicílio físico, mas reconhece, citando julgado de Corte americana, que a lei processual italiana não conhece outro domicílio que não o físico”. (ANDRADE, 2004, p. 51)

CC, já mencionado anteriormente – que será considerado o lugar da proposição. Muito importante ressaltar que o lugar aqui analisado não é o do provedor de hospedagem do *site* por meio do qual o fornecedor vende os produtos, mas sim onde se desenvolve a atividade empresarial, isto é, o local do estabelecimento comercial¹⁰⁹.

Importante observar que na contratação de consumo, para facilitar a reparação dos direitos consumeristas, flexibilizou-se a regra do local de celebração e do foro competente. Estipulou-se que, quando a contratação envolver relação de consumo, o Código de Defesa do Consumidor reconhece a vulnerabilidade do consumidor, prevê que a ação de responsabilidade civil do fornecedor poderá ser proposta no domicílio do consumidor¹¹⁰. No âmbito do direito do consumidor, eventual cláusula de eleição de foro da sede do fornecedor é considerada abusiva no direito brasileiro por dificultar o acesso do consumidor ao judiciário, resultando em vantagem exagerada para o ofertante, em prejuízo da parte vulnerável da relação¹¹¹. Justifica-se tal disposição do Código de Defesa do Consumidor pela ampliação e garantia de acesso à justiça ao consumidor hipossuficiente.

1.2.7. A legislação aplicável aos contratos internacionais eletrônicos realizados na Internet.

Obviamente que os contratos eletrônicos realizados entre partes domiciliadas no Brasil seguirão os ditames da legislação brasileira conforme já explicado ao longo do capítulo. Todavia, a contratação eletrônica, ao difundir-se com a Internet, atingiu uma dimensão global. Pessoas de diferentes partes do mundo podem realizar contratos sem muitas dificuldades técnicas. Com a expansão do comércio eletrônico, esse aspecto da internacionalização das relações contratuais ganha maior expressão e a convergência de distintos ordenamentos jurídicos suscita a questão acerca da norma de qual país deve ser aplicada.

No ordenamento brasileiro, o art. 9º da Lei de Introdução ao Código Civil prevê hipótese de aplicação da lei estrangeira no território nacional para facilitar a regulação de relações jurídicas internacionais¹¹². Não obstante permitir a extraterritorialidade no intuito de facilitar as negociações internacionais, o mesmo diploma legal dispõe em seu art. 17 que “as leis, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão

¹⁰⁹ LORENZETTI, 2004, p. 328.

¹¹⁰ FINKELSTEIN, 2011, p. 201.

¹¹¹ MATTOS, 2009, p. 102.

¹¹² Art. 9º Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem. § 2º A obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente.

eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes”. Assim, esse artigo representa uma ressalva à exceção de aplicação da lei estrangeira, isto é, a flexibilização do princípio da territorialidade requer em contrapartida a manutenção dos princípios fundamentais da lei nacional¹¹³. Em vista disso, verifica-se na Constituição Federal, art. 5º , inciso XXXII e no art. 170, V, que a proteção direito do consumidor possui *status* de direito fundamental, bem como constitui princípio da ordem econômica e social. A partir dessas considerações, Sheila LEAL conclui que:

Ademais, de acordo com o disposto no artigo 1º do Código de Defesa do Consumidor, tem-se que as normas de proteção e defesa dos consumidores são de ordem pública, cogentes e indisponíveis, nessas condições, aplicáveis aos contratos internacionais de *e-commerce*, para proteção dos direitos dos consumidores brasileiros.¹¹⁴

Por outro lado, o art. 1º *caput* e seu § 1º da Lei de Introdução do Código Civil criam um impasse quanto à conclusão acima, pois dispõem que a lei brasileira valerá nos países estrangeiros quando expressamente admitida.

José de Oliveira ASCENSÃO sugere que para dirimir conflitos normativos supranacionais, deve-se recorrer ao Direito Internacional Privado, visto que este é o ramo do direito “constituído por um conjunto de regras que demarcam a competência de várias ordens jurídicas potencialmente aplicáveis à disciplina das relações de direito privado”¹¹⁵. Com base em normas supranacionais, seria possível estabelecer um regramento mínimo e de caráter geral para o comércio eletrônico de âmbito global.

Outros autores como a Patrícia Peck PINHEIRO defendem, face à ausência de uma legislação internacional específica, a utilização da arbitragem e da autorregulação¹¹⁶.

¹¹³ ASCENSÃO, 1991, p. 498, *apud*, LEAL, 2009, p. 119

¹¹⁴ LEAL, 2009, p. 121

¹¹⁵ ASCENSÃO, *apud*, LEAL, 2009, p. 119

¹¹⁶ PINHEIRO, 2010, p. 89-91

2. RESPONSABILIDADE CIVIL NAS RELAÇÕES DE CONSUMO SEGUNDO O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

2.1. Conceito de Responsabilidade Civil

A Responsabilidade Civil, devido sua ampla repercussão nas atividades humanas, é uma das áreas jurídicas de crescente destaque e importância no Direito moderno. Com os avanços tecnológicos e o aumento da dinamicidade das relações sociais, a sociedade torna-se cada vez mais complexa e, conseqüentemente, surge um ambiente de maior probabilidade de violações de direitos. Constantemente surgem novos danos, tanto à pessoa quanto ao seu patrimônio, fato que impõe ao jurista contemporâneo revisitar a problemática da responsabilidade civil na busca do ressarcimento dos danos e restabelecimento do equilíbrio (recomposição do *status quo ante*) moral ou patrimonial daqueles que foram lesados. Este interesse em recompor o equilíbrio violado pelo dano é a fonte geradora da responsabilidade civil¹¹⁷.

O conceito de responsabilidade civil não é unívoco e não está exclusivamente ligado ao campo jurídico, tendo em vista as acepções também no campo da moral e da religião, por exemplo. No entanto, apesar das multiplicidades de acepções, pode-se chegar seguramente a algumas conclusões sobre o termo em análise. Uma delas é a de que a noção de responsabilidade está intimamente ligada à ideia de dever¹¹⁸. Tal é também inerente à própria lógica de atuação do direito, visto que o ordenamento jurídico, com o fim de reprimir os ilícitos, estabelece deveres de forma que haja uma convivência harmônica em sociedade. O dever jurídico, essência do conceito de responsabilidade civil, é uma conduta externamente imposta a uma pessoa pelo Direito Positivo por exigência da convivência social¹¹⁹. Dessa maneira, há um *dever jurídico originário* (ou primário) que de forma ampla consiste no dever geral de não prejudicar a ninguém, de não causar dano. Uma vez violado esse dever originário, surge um *dever jurídico sucessivo* (ou secundário) de reparar o dano. Esse dever sucessivo, em suma, é a própria manifestação jurídica da responsabilidade civil. Assim, CAVALIERI FILHO ensina que:

Em seu sentido etimológico, responsabilidade exprime a ideia de obrigação, encargo, contraprestação. Em sentido jurídico, o vocábulo não foge dessa ideia. A essência da responsabilidade está ligada à noção de desvio de conduta, ou seja, foi

¹¹⁷ DINIZ, 2010, p. 5.

¹¹⁸ NADER, 2010, p. 6.

¹¹⁹ CAVALIERI FILHO, 2012, p. 2.

ela engendrada para alcançar as condutas praticadas de forma contrária ao direito e danosas a outrem. Designa o dever que alguém tem de reparar o prejuízo decorrente da violação de um outro dever jurídico. Em apertada síntese, responsabilidade civil é um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário.

Só se cogita, destarte, de responsabilidade civil onde houver violação de um dever jurídico e dano. Em outras palavras, responsável é a pessoa que deve ressarcir o prejuízo decorrente da violação de um precedente dever jurídico. E assim é porque a responsabilidade pressupõe um dever jurídico preexistente, uma obrigação descumprida.¹²⁰

Importante observar que a imposição de deveres pelo Direito Positivo implica criar obrigações. Entretanto, apesar de estarem relacionadas, não se confundem as noções de obrigação e responsabilidade civil¹²¹. A obrigação possui um fim primário de prestação – que surge do débito– e um fim secundário de sujeitar o patrimônio do devedor que não a satisfizer. Assim, enquanto a obrigação é sempre um dever jurídico originário que depende do ato do devedor para extinguir-se, a responsabilidade é a consequência da violação do dever primário, ou seja, é o dever jurídico sucessivo derivado do inadimplemento da obrigação correspondente ao dever jurídico originário. O estudo dessa distinção foi realizado por BRINZ na Alemanha, o qual:

(...) discriminou, na relação obrigacional, dois momentos distintos: o do débito (*schuld*), consistindo na obrigação de realizar a prestação e dependente de ação ou omissão do devedor, e o da responsabilidade (*haftung*), na qual se faculta ao credor atacar e executar o patrimônio do devedor a fim de obter o pagamento devido ou uma quantia equivalente acrescida das perdas e danos, ou seja, da indenização pelos prejuízos causados em virtude do inadimplemento da obrigação originária na forma previamente estabelecida.¹²²

Realizada a distinção, tem-se que a responsabilidade civil consiste na relação obrigacional – dever sucessivo – de reparação do dano causado a outrem com intuito de restabelecimento, na medida do possível, do *statu quo ante*. A partir dessa noção, percebe-se que a função do instituto é garantir ao lesado o pleno ressarcimento – conforme informa o princípio do *restitutio in integrum* – aos danos sofridos de forma a restabelecer o equilíbrio jurídico-econômico rompido pelo prejuízo causado à vítima.

2.2 A evolução da Responsabilidade Civil

¹²⁰ CAVALIERI FILHO, 2012, p. 2.

¹²¹ A distinção entre obrigação e responsabilidade foi adotada pelo Código Civil em seu art. 389: “Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos”. Logo, em face do descumprimento de uma obrigação originária, responsável se torna o inadimplente pela reparação do dano causado, isto é, surge a obrigação sucessiva de reparar. A obrigação mencionada no 389 pode assumir uma concepção mais ampla e ser entendida não apenas como obrigação contratual, podendo ser expandida para o âmbito extracontratual. (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 3).

¹²² WALD, 2009, p.8.

No período inicial das civilizações, a busca por justiça era costumeiramente realizada por meio da vingança pessoal. A vítima ou membro de sua família ou clã, arbitrariamente e sem a intervenção estatal, realizava justiça com as próprias mãos, revidando o dano sofrido. Não havia ponderações sobre a culpa e a proporcionalidade entre o dano causado e a penalização aplicada, os indivíduos lesados simplesmente reagiam movidos por sentimentos de vingança.

Posteriormente, com a edição da Lei de talião – incorporada inicialmente no Código de Hamurabi na Babilônia – estabeleceu-se o princípio de equivalência entre o mal suportado pela vítima e a consequência a ser imposta ao autor do dano. Com isso, institui-se o primeiro critério de ressarcimento de danos, fato que “constituiu na Humanidade primitiva um grande progresso moral e jurídico, precisamente porque pôs um limite, uma medida, à reação da vingança defensiva (olho por olho, dente por dente)”¹²³.

Sucedeu este período a fase da composição em que o lesado passa a perceber compensação econômica por meio do pagamento de *poena* (pagamento de certa quantia em dinheiro). Inicialmente, a composição era voluntária e o lesado estipulava com o agressor a *poena* a ser paga para findar o litígio. Posteriormente, com a estruturação das famílias, tribos, cidades, Estados, a sociedade passa a atuar diretamente na solução dos conflitos sociais e o interesse coletivo torna-se mais importante que o interesse individual. Dessa forma, passa a ser vedada a vingança com as próprias mãos e a composição, que era voluntária, adquire caráter obrigatório e objetivo, não mais dependente da vontade das partes¹²⁴. A composição, agora dita tarifada, orienta-se pela lei, a qual passa a fixar para cada ofensa a sua forma de reparação correspondente, ou seja, a tarifa. Assim, esta fase caracteriza-se por uma maior racionalidade e humanidade em relação ao período anterior, pois se percebe que é muito mais conveniente promover a composição da ofensa de forma a compensar o dano sofrido do que realizar a retaliação sobre o agressor com fim de satisfazer um sentimento instintivo de vingança, mas sem realizar reparação alguma e, além disso, duplicar o dano, gerando mais um lesado. Por isso, a noção de que o dano se compensa com o dano é superada e a composição tarifada passa a ser adotada, prática que identifica o germe da responsabilidade civil.

Com a *Lex Aquilia de damno* (lei romana de 286 a.C), é consolidada a ideia de reparação pecuniária do dano, devendo o patrimônio do agressor suportar o ônus do prejuízo causado na medida do valor do dano¹²⁵. Tal Lei inovou também ao vincular a reparação do dano segundo uma noção de culpa. Esta noção foi muito importante para a evolução do

¹²³ Principios de Derecho Criminal *apud* NADER, 2010, p. 48.

¹²⁴ NADER, 2010, p. 49.

¹²⁵ DINIZ, 2010, p. 11.

instituto da responsabilidade civil. Até o século V, os Romanos não consideravam a intenção ou inocência do autor do dano para que houvesse a responsabilização; apenas, levavam em conta, para efeitos de reparação, a existência de conduta lesiva. Por influência da filosofia grega e com o advento da *Lex Aquilia* – e contribuições posteriores de pretores e da jurisprudência romana – surge em Roma a teoria da culpa, o pilar da responsabilidade civil extracontratual, também chamada atualmente de Aquiliana. Em vista disso, necessário observar que ao estabelecer uma forma pecuniária de compensação de um prejuízo a partir da existência de conduta culposa do agente, os romanos esboçaram rudimentarmente um princípio geral de reparação dos danos causados pela convivência em sociedade¹²⁶.

Na Idade Média, há uma evolução no entendimento da culpa a partir da construção da ideia de dolo e culpa *stricto sensu*. Todavia, é no direito francês, com o Código de Napoleão, que houve um significativo aperfeiçoamento dos estudos jurídicos românicos e a estabelecimento de um princípio geral regulador da responsabilidade civil¹²⁷. Adotou-se, no art. 1.382 do Código de Napoleão, um critério genérico, amplo e abstrato de operacionalização da responsabilidade: “Todo ato, qualquer que seja, de homem que causar dano a outrem obriga aquele por culpa do qual ele veio a acontecer a repará-lo”¹²⁸. Não era qualquer dano que deveria ser indenizado, mas apenas aquele decorrente de uma conduta culposa. O ideário liberal napoleônico partia do pressuposto de que os indivíduos são livres para construir seus projetos de vida, contudo são igualmente responsáveis pelos prejuízos causados por suas ações ou atividades culposas. O uso culpável da liberdade era o fato gerador da obrigação de reparar. Nesse sentido, Anderson SCHREIBER ensina:

A culpa é, inegavelmente, a categoria nuclear da responsabilidade civil concebida pelos juristas da Modernidade. A ideologia liberal e individualista, então dominante, impunha a construção de um sistema de responsabilidade que se fundasse no mau uso da liberdade individual, justificando, desta forma, a concessão de um amplo espaço à atuação dos particulares. Responsabilidade e liberdade passam, assim, a ser noções intimamente vinculadas, uma servindo de fundamento à outra¹²⁹.

Apesar da harmonização com os pressupostos liberais, a concepção de culpa, com o passar do tempo, tornou-se um elemento de árdua constatação e aplicabilidade. Os juízes, para

¹²⁶ GONÇALVES, 2009, p. 7.

¹²⁷ “Tout fait quelconque de l’homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer” (Qualquer ato de homem que causar dano a outros, obriga aquele que agiu com culpa a repará-lo)

¹²⁸ Uma das maiores contribuições doutrinárias para a construção de um princípio geral da responsabilidade civil foi o jurista francês Domat cujas ideias vieram a ser adotadas no art. 1.382 do Código Civil francês: “Toutes les pertes et tous les dommages qui peuvent arriver par le fait de quelque personne, soit imprudence, légèreté, ignorance de ce qu’on doit savior, ou autres fautes semblables, si légères qu’elles puissent être réparées par celui dont l’imprudence ou autre faute y a donné lieu” (*Lois civiles*, Liv. VIII, seção II, art 1º, *Apud* DINIZ, 2010, p. 11-12).

¹²⁹ SCHREIBER, 2009, p. 12.

aferir a culpa, viam-se obrigados a ponderar sobre a previsibilidade dos danos e a realizar análises psicológicas e subjetivas incompatíveis com a atividade judicial.

A incompatibilidade da teoria da culpa com a realidade social ficou evidente com o desenvolvimento do capitalismo industrial. O crescente incremento técnico e a implementação de novas tecnológicas como as máquinas industriais e automóveis multiplicaram os riscos e proliferaram novos danos no ambiente social. Esse novo cenário tornou extremamente difícil a comprovação de culpa no caso concreto, pois muitas vezes os acidentes eram “inteiramente despersonalizados, anônimos, provocados muitas vezes por pequenas distrações ou falhas praticamente imunes a constatação”¹³⁰. A complexidade das atividades tecnológicas impossibilitava a comprovação, pela vítima, da conduta culposa, fato que restringia o exercício do direito à reparação. Entre os casos mais emblemáticos, temos os frequentes acidentes nas fábricas com operários, os quais não tinham conhecimento técnico do *modus operandi* dos engenhos tecnológicos para avaliar detalhadamente as causas do acidente e, conseqüentemente, eram incapazes de provar a culpa do empregador. Tamanha era a complexidade da prova da culpa que muitos críticos passaram a denominá-la *probatio diabolica* (prova diabólica)¹³¹.

Percebeu-se que o sistema de responsabilização com base na culpa começou a mostrar-se insuficiente para atender as transformações sociais. Em uma tentativa de reduzir as injustiças causadas pela teoria da culpa, uma série de mecanismos jurídicos foram jurisprudencialmente construídos para tornar praticável o instituto da responsabilidade civil e garantir o justo direito à reparação às vítimas. Assim, inicialmente, os tribunais possibilitaram a admissão facilitada da prova da culpa, levando em consideração os antecedentes das partes e as circunstâncias da situação. Em seguida, a culpa do ofensor passou a ser presumida, implicando a inversão do ônus da prova. Evoluiu-se, posteriormente, para a fase de expansão da responsabilidade contratual em que se reconheciam alguns deveres adicionais à relação contratual como é exemplo da cláusula de incolumidade nos contratos de transporte. Até que, por fim, a culpa passou a ser desconsiderada em determinados casos específicos, surgindo o dever de reparar apenas pela ocorrência de dano e nexos causal¹³².

Apesar de possibilitarem a flexibilização da rigorosidade da prova de culpa, tais mecanismos de mitigação da necessidade da culpa não foram tão revolucionários para o instituto da responsabilidade civil quanto à teoria do risco. A teoria da responsabilidade objetiva com base no risco recepcionou como fundamento o princípio do *ubi emolumentum*

¹³⁰ SCHREIBER, 2009, p. 18.

¹³¹ SCHREIBER, 2009, p.19.

¹³² CAVALIERI FILHO, 2012, p. 152.

*ibi onus esse debet*¹³³, isto é, aquele que se aproveita dos riscos decorrentes de sua atuação na sociedade tem o ônus de arcar com os prejuízos causados.

Com origem nos estudos jurídicos de Mataja na Alemanha (1888), Orlando na Itália (1894) e Raymond Saleilles e Louis Josserand na França (1897), a objetivação dos critérios de imputação de responsabilidade resultou de um intenso debate doutrinário. Aos poucos a responsabilidade fundamentada no risco foi ganhando aceitação e passou a ser implementada em quase todas as legislações por meio de leis especiais restritas, inicialmente, a setores específicos, os quais possuíam uma necessidade imperiosa de aplicação da responsabilidade objetiva em prol da garantia da justiça.

Embora já prevista timidamente em alguns dispositivos do Código Civil de 1916, a responsabilidade civil objetiva ingressou formalmente no ordenamento jurídico brasileiro a partir de diplomas especiais como a Lei de Estradas de Ferro (Decreto nº 2.681/12) – em que o crescente número de acidentes nos transportes ferroviários obrigou o legislador a optar pelo ressarcimento independente de culpa; o Código Brasileiro da Aeronáutica (Lei nº 7.565/86); e a Lei nº 6.453/77 – referente às atividades nucleares.

Com a Constituição de 1988, em um contexto marcado pela solidariedade, pela tutela da dignidade humana e pela funcionalização social dos institutos liberais, o ordenamento jurídico abriu maior espaço à aplicação da responsabilidade objetiva que, ao desconsiderar a comprovação de culpa, se mostrava fortemente comprometida com reparação dos danos sofridos pelas vítimas. Frutos desta recepção constitucional da teoria da responsabilidade objetiva foram o Código de Defesa do Consumidor – o qual instituiu a responsabilização objetiva do fornecedor de produtos e serviços – e o Código Civil de 2002 – que estabeleceu em seu artigo 927 uma cláusula geral de responsabilização objetiva por atividades de risco:

Art. 927. 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.

Desse modo, a partir da incorporação de um sistema de responsabilidade objetiva com base na teoria do risco, percebe-se que ao longo da evolução da responsabilidade civil, conforme defende Georges RIPERT¹³⁴, o Direito deixou de se preocupar mais com a conduta

¹³³ “A vantagem está sempre relacionada a um ônus”.

¹³⁴ CAVALIERI FILHO, 2012, p. 152.

do ofensor para priorizar a compensação da vítima¹³⁵ e evitar a perpetuação de danos injustos e sem reparação.

2.3 As espécies de responsabilidade

2.3.1 Responsabilidade contratual e extracontratual

A responsabilidade civil surge da violação de um dever originário o qual pode ter como fonte um negócio jurídico estabelecido pela vontade das partes ou um dever genérico imposto pela própria lei.

Quando existe um vínculo obrigacional preexistente à violação, a responsabilidade é classificada pela doutrina como contratual. Neste caso o dever jurídico é criado pelas partes no contrato (ou por uma delas na hipótese de negócio unilateral) e a transgressão é um ilícito contratual. O inadimplemento contratual acarreta a responsabilidade de indenizar por perdas e danos conforme o art. 389 do Código Civil¹³⁶

Nas hipóteses de a violação de um dever legalmente imposto causar lesão à direito subjetivo sem que haja, previamente, relação jurídica entre o ofensor e a vítima, o ilícito é dito aquiliano ou absoluto e caracterizada estará a responsabilidade extracontratual nos termo do art. 186 do Código Civil¹³⁷.

Em suma, na responsabilidade contratual o inadimplente descumpre o avençado previamente e na responsabilidade extracontratual o ofensor não observa o dever legal e genérico de não causar dano a ninguém.

Importante observar que o Código do Consumidor, conforme será abordado adiante, desconsiderou essa clássica distinção entre responsabilidade contratual e extracontratual, pois equiparou todas as vítimas do acidente de consumo, independente de existência prévia de relação contratual de consumo¹³⁸.

¹³⁵ Em artigo sobre a evolução da responsabilidade civil, LOUIS JOSSERAND expõe quatro conclusões sobre esse processo de objetivação da responsabilidade: 1º - a responsabilidade civil é um fenômeno marcante, amplo, que domina toda o direito das obrigações e toda a vida em sociedade; 2º - ao longo dos séculos, o que se percebe é um movimento dos legisladores, da jurisprudência e da doutrina de proteção das vítimas e indenização de seus danos; 3º - a responsabilidade passa por um processo de objetivação, contudo isto não é dizer que a “teoria da culpa aquiliana esteja condenada, mas que sua insuficiência é certa e se acusa cada vez mais”. Assim, a responsabilidade moderna “comporta dois polos, o polo objetivo onde reina o risco criado e o polo subjetivo onde triunfa a culpa; é em torno desses dois polos que gira a vasta teoria da responsabilidade”; 4º - A evolução da responsabilidade foi realizada sobre “com um mínimo de intervenção legislativa”. F Tal mudança foi, na verdade, obra da jurisprudência e da doutrina que souberam adaptar, por meio de princípios e técnicas jurídicas, o instituto da responsabilidade de forma crítica e racional, sempre buscando tutelar o direito das vítimas. (JOSSERAND, 1941, p. 548-559).

¹³⁶ Art. 389 do Código Civil: Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.

¹³⁷ Art. 186 do Código Civil. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

¹³⁸ CAVALIERI FILHO, 2012, p. 17.

2.3.2 Responsabilidade objetiva e subjetiva

A teoria clássica da responsabilidade civil tinha como pressuposto básico a culpa sem a qual uma conduta não poderia ser considerada reprovável ou violadora do dever de cautela. A teoria da culpa – também chamada de subjetiva – apenas considerava responsável aquele que agisse culposamente, logo, não havendo culpa, isento estaria o criador do dano de repará-lo.

Com o advento da Revolução Industrial e de implementações tecnológicas, difícil se tornou na modernidade a reparação da vítima por meio do conceito tradicional de culpa. Como já mencionado neste capítulo, vários trabalhos surgiram propondo um sistema de responsabilidade objetiva sem necessidade de verificação de culpa – com fundamentação na chamada teoria do risco segundo o princípio do *ubi emolumentum ibi onus esse debet* (a vantagem está sempre relacionada a um ônus). Assim, todo aquele que insere no convívio social uma atividade de risco que lhe proporciona algum bônus (alguma vantagem), deve também arcar como o ônus de reparar os prejuízos causados a terceiros independentemente de culpa.

No ordenamento brasileiro a culpa foi recepcionada como fundamento da responsabilidade civil no art. 186 do Código Civil de 2002 (correspondente ao art. 159 do Código Civil de 1916) sendo empregada em sentido amplo, ou seja, abrangendo tanto culpa *stricto sensu* quanto o dolo.

A teoria do risco também obteve espaço na lei brasileira, sendo adotada inicialmente por leis específicas e, posteriormente, de forma ampla, pelo Código Civil de 2002 no art. 927, art. 930 e outros.

2.3.3 Responsabilidade Civil nas relações de consumo

Como já exposto no presente trabalho, a Revolução industrial e tecnológica promoveu alterações na dinâmica das relações socioeconômicas contemporâneas. Problemas ligados às relações de consumo – como as cláusulas contratuais abusivas, a contratação por adesão, a sofisticação tecnológica dos produtos, a falta de informação disponibilizada aos consumidores, a publicidade e o *marketing* enganosos e agressivos – criaram um acentuado desequilíbrio entre os fornecedores e os consumidores.

Com a economia capitalista em franca expansão aliada aos mecanismos de produção em larga escala e às publicidades altamente persuasivas difundidas por meios de comunicação

em massa, as relações de consumo passaram a ser consideradas um problema social e a criação de mecanismos jurídicos de proteção do consumidor tornou-se um imperativo para a maior parte dos ordenamentos jurídicos.

No Brasil, não havia, até a Constituição Federal de 1988, disposição constitucional específica que tutelasse os direitos consumeristas. A matéria só passou a receber maior destaque após 1988, tendo esta matéria sido inserida constitucionalmente tanto entre os direitos e garantias fundamentais (5º XXXII da CF), quanto entre os princípios da ordem econômica (art. 170 da CF).

Posteriormente, como meio dar eficácia plena aos postulados constitucionalmente previstos de tutela dos direitos consumeristas, o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90) foi promulgado e entrou em vigor em março de 1991. Sua proposta foi a de tutelar os direitos do consumidor não apenas quanto à questão contratual, mas em relação a todos os aspectos da relação de consumo de modo a reduzir as disparidades entre o fornecedor e o consumidor hipossuficiente. Sobre o tema, CAVALIERI FILHO explica que:

Essa lei, a fim de dar cumprimento à sua vocação constitucional, criou uma sobre-estrutura jurídica multidisciplinar, aplicável a todas as relações de consumo, onde quer que vierem a ocorrer – no Direito Público ou Privado, contratual ou extracontratual, material ou processual; instituiu uma disciplina jurídica única e uniforme destinada a tutelar os direitos materiais ou morais de todos os consumidores em nosso país¹³⁹

Cria-se, com o CDC, um subsistema autônomo que tornam explícitos e aplicáveis para as relações de consumo os princípios que norteiam todo o regime constitucional e os direitos e garantias fundamentais¹⁴⁰. Dessa forma, ao canalizar os postulados principiológicos da ordem constitucional como a solidariedade, boa-fé, equilíbrio e efetividade, o CDC tem como fim primordial a harmonização das relações de consumo a partir do reequilíbrio das condições jurídicas do consumidor face ao fornecedor profissionalizado.

Dentre os institutos jurídicos que sofreram modificações substanciais pelo CDC, foi no âmbito da responsabilidade civil que as mudanças mostraram-se bastante evidentes. A partir de uma leitura renovada da responsabilidade civil objetiva, já presente na doutrina e reconhecida restritamente no ordenamento brasileiro, o CDC implementou uma sistemática de responsabilidade inovadora e condizente com a realidade social e econômica da sociedade de consumo de massas. O causador do dano – que na responsabilidade tradicional é um indivíduo – agora é identificado em uma categoria específica, ou seja, é uma empresa, um

¹³⁹ CAVALIERI FILHO, 2012, p. 18.

¹⁴⁰ NUNES, 2009, p. 65-67.

fornecedor profissional. A figura da vítima, na sistemática do CDC, também pode ser uma massa ou grupo de consumidores. A dicotomia entre responsabilidade contratual e extracontratual é afastada cedendo lugar a uma nova terminologia: *responsabilidade pelo fato do produto e do serviço e responsabilidade pelo vício do produto e do serviço*¹⁴¹.

Bruno MIRAGEM, ao abordar a mudança de fundamento promovida na responsabilidade civil pelo CDC, explica que:

*A summa divisio da responsabilidade civil no direito do consumo, assim, não se dá mais em razão da fonte do dever jurídico violado (quando o descumprimento de um dever contratual ensejava responsabilidade contratual, e a violação de um dever legal dava causa à responsabilidade extracontratual). O novo critério do direito do consumidor se dá em vista do interesse jurídico protegido pelo ordenamento. Neste caso, a responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço, também denominada como responsabilidade por acidente de consumo, tem em vista a proteção da segurança do consumidor. Ou seja, responde pelo fato do produto ou do serviço, aquele que não oferece a segurança esperada, causando danos ao consumidor*¹⁴².

O CDC, ao cumprir sua vocação constitucional de proteção dos direitos consumeristas, promoveu uma releitura do instituto da responsabilidade civil de modo a gerar uma nova área de aplicação: a responsabilidade civil nas relações de consumo¹⁴³. A inovação na dinâmica de responsabilização não teve caráter apenas terminológico, uma vez que decorreu de uma adequação do instituto às novas demandas sociais no âmbito da sociedade de consumo massificado. Como consequência desse movimento de adequação, a fonte geradora de responsabilidade civil – antes vinculada à verificação de uma conduta culposa e violadora de um dever jurídico contratual ou legal – passou, face à expansão das relações de consumo, por um processo de objetivação orientado pela proteção da segurança e dos interesses legítimos dos consumidores, resultando, portanto, na implementação de uma responsabilidade objetiva no âmbito do direito do consumidor.

2.4 O âmbito de incidência do Código de Defesa do Consumidor: as relações jurídicas de consumo

2.4.1 A definição jurídica de consumidor

¹⁴¹ MIRAGEM, 2010, p. 349.

¹⁴² MIRAGEM, 2010, p. 349.

¹⁴³ CAVALIERI FILHO, 2012, p. 18.

O critério essencial para a delimitação do âmbito de aplicação do Código de Defesa do Consumidor é a identificação das relações jurídicas de consumo. Assim, existindo uma relação de consumo, incidirão diretamente as normas protetivas do consumidor.

O legislador brasileiro não optou por definir no CDC, de forma específica, o que é relação de consumo. Escolheu, por outro lado, definir conceitualmente alguns elementos que a constituem e a caracterizam e sem os quais não se pode ensejar a aplicação da Lei consumerista. Os elementos utilizados pelo CDC na configuração de seu âmbito de incidência são os sujeitos da relação de consumo – consumidor e fornecedor – e seu objeto – produto ou serviço.

O conceito jurídico de consumidor adotado pelo CDC decorre da interpretação de seu artigo 2º que estabelece: “Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”. A partir dessa definição, duas conclusões básicas podem ser referidas: a primeira diz respeito ao sujeito da relação que pode ser tanto pessoa física ou jurídica, podendo figurar como consumidor uma microempresa, uma multinacional, associação, fundação etc. Assim, não há discriminação quanto à aplicabilidade do CDC entre as espécies de pessoas jurídicas. Em segundo lugar, deve-se notar que a relação de consumo pode se constituir tanto por meio de um contrato de consumo (relação jurídica contratual), quanto pela utilização de produto ou serviço (relação meramente de fato, também chamada de *contato social*¹⁴⁴).

Apesar de simples, a definição pode suscitar problemas e divergentes interpretações especialmente em relação ao termo “destinatário final”. Dentre as diversas perspectivas do termo, pode-se interpretar destinatário final como o destinatário fático, isto é, aquele que retira o produto ou serviço do mercado de consumo e usufrui de sua utilidade de forma definitiva.

Ainda há a possibilidade de se considerar destinatário final como o destinatário fático e econômico, ou seja, aquele que não apenas retira o produto ou serviço do mercado de consumo para fruição de sua utilidade, mas que também exaure sua vida econômica, utilizando-o para seu próprio proveito e satisfação pessoal e não para revendê-lo ou acrescentá-lo à cadeia produtiva ou reincorpora-lo a qualquer atividade profissional no mercado.

Diante das diversas interpretações, Bruno MIRAGEM defende que:

¹⁴⁴ MIRAGEM, 2010, p. 85.

A definição da expressão *destinatário final* e, por consequência, a definição de consumidor admite, portanto, diversas interpretações. Sustentamos, todavia, que o conceito de consumidor deve ser interpretado a partir de dois elementos: a) a aplicação do princípio da vulnerabilidade e b) a destinação econômica não profissional do produto ou do serviço. Ou seja, em linha de princípio e tendo em vista a teleologia da legislação protetiva deve-se identificar o *consumidor como o destinatário final fático e econômico do produto ou serviço*.¹⁴⁵

A visão do referido autor contempla a interpretação doutrinária da corrente finalista (também chamada de minimalista)¹⁴⁶ a qual defende que o conceito de consumidor (e, conseqüentemente a do CDC) deve orientar-se pela proteção efetiva dos hipossuficientes nas relações econômicas, a partir do reconhecimento da vulnerabilidade da parte consumidora. Consiste em uma linha interpretativa restritiva que busca equilibrar as disparidades fático-jurídicas entre consumidor e fornecedor.

Ao restringirem o conceito de consumidor segundo a lógica da destinação econômica, os finalistas fazem uma interpretação teleológica do termo destinação, pois introduzem um requisito primordial para caracterização de consumidor: a vulnerabilidade. No que diz respeito à delimitação da expressão destinatário final a partir do princípio da vulnerabilidade, Antônio Carlos MORATO entende:

Ora, o que a lei busca é compensar a vulnerabilidade do consumidor, não podemos afirmar que há uma “hipossuficiência natural”, inerente ao consumidor, visto que há consumidores em todas as camadas do tecido social. Podemos, isto sim, afirmar que existe uma vulnerabilidade natural do consumidor que engloba a hipossuficiência, que é espécie do gênero vulnerabilidade. O elemento nuclear para o conceito de consumidor é que este seja o destinatário final de um produto ou de um serviço, sendo o próprio elo final da cadeia de consumo, ou ainda, em termos mais didáticos, alguém é considerado consumidor porque esgota, porque faz uso, porque consome aquele produto ou serviço que lhe é fornecido. Ao lado desse elemento, ocorrendo a destinação final, a pessoa jurídica deverá estar em uma situação de vulnerabilidade, que não se confunde com privação de recursos financeiros. Na verdade, já afirmamos aqui, a chamada hipossuficiência (vulnerabilidade econômica) é uma das espécies do gênero vulnerabilidade. A hipossuficiência, insistimos, é espécie de vulnerabilidade, sendo esta sim absolutamente natural nas relações de consumo, porque se fundamenta na impossibilidade de que alguém detenha conhecimentos suficientemente amplos em todos os setores produtivos, a ponto de privá-lo por completo de uma decisão livre no ato de consumo¹⁴⁷.

¹⁴⁵ MIRAGEM, 2010, p. 85-86.

¹⁴⁶ Por outro lado, a corrente maximalista defende, a partir de uma interpretação extensiva, uma aplicação do CDC de forma mais abrangente. Acreditam que o CDC tem como objetivo não apenas proteção do consumidor não profissional, mas também a regulação do mercado de consumo brasileiro. Assim, nessa visão, afastam o critério de conceituação do consumidor como destinatário final fático e econômico, não importando se a aquisição do produto ou serviço destinou-se a utilização comercial. Portanto, os maximalistas fazem uma interpretação literal do artigo 2º do CDC considerando consumidor qualquer pessoa física ou jurídica que adquira bens, independente da destinação (KHOURI, 2009, p. 34-36).

¹⁴⁷ MORATO, 2008, p. 31.

O conceito adotado pelo CDC, segundo FILOMENO¹⁴⁸, um dos autores do anteprojeto, foi o de caráter econômico. Portanto, a partir dessa perspectiva, consumidor¹⁴⁹ será o destinatário fático – aquele que adquire ou utiliza o produto ou serviço, retirando-o do mercado de consumo – e econômico – aquele que obtém o produto ou serviço para proveito próprio, exaurindo a função econômica do bem pela sua retirada do mercado e posterior fruição, inexistindo finalidade de lucro ou intenção de implementação do objeto da relação de consumo como insumo de atividade produtiva ou comercial¹⁵⁰.

2.4.2. A definição jurídica de fornecedor

Para que se configure a relação de consumo, há a necessidade da presença do outro sujeito da relação: o fornecedor de produtos e serviços. Importante observar que o conceito de fornecedor e consumidor são totalmente complementares e dependentes, pois a relação de consumo só existirá com a presença de ambos.

Se por um lado o consumidor, conforme já abordado anteriormente, é aquele sujeito que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final; complementarmente, fornecedor será todo aquele que oferta, oferece produtos e serviço no mercado de consumo.

A interdependência dos sujeitos para o estabelecimento da relação de consumo verifica-se no fato de que mesmo que um indivíduo tenha adquirido um bem ou serviço como destinatário final – o que lhe atribui a qualidade de consumidor – não haverá relação de consumo se quem forneceu o produto ou serviço não se enquadra no conceito de fornecedor. Segundo o CDC, art. 3º:

Fornecedor é 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 prestação de serviços.

Importante perceber que o conceito legal é amplo e exemplificativo. O CDC não exauriu a definição de fornecedor no art. 3º, pois sua finalidade foi a de enquadrar como fornecedor todos aqueles que desenvolvem atividades econômicas no mercado de consumo e,

¹⁴⁸ GRINOVER *et al*, 2011, p. 23.

¹⁴⁹ Além desta definição de consumidor *standart*, o CDC ainda previu mais três conceitos de consumidores por equiparação, quais sejam: a) Art. 2º, parágrafo único: “equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo”; Art. 17: “equiparam-se a consumidores todas as vítimas do evento”; e, nos casos de proteção contra práticas comerciais abusivas, o Art. 29: “equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, exposta às práticas nele previstas”.

¹⁵⁰ A jurisprudência do STJ, vacilante inicialmente, consolidou-se no sentido da corrente minimalista (ou finalista) a partir do Resp.541.867/BA: “COMPETÊNCIA.RELAÇÃO DE CONSUMO. UTILIZAÇÃO DE EQUIPAMENTO E DE SERVIÇOS DE CRÉDITO PRESTADO POR EMPRESA ADMINISTRADORA DE CARTÃO DE CRÉDITO. DESTINAÇÃO FINAL INEXISTENTE.– A aquisição de bens ou a utilização de serviços, por pessoa natural ou jurídica, com o escopo de implementar ou incrementar a sua atividade negocial, não se reputa como relação de consumo e, sim, como uma atividade de consumo intermediária.

dessa forma, estender genericamente o conceito de forma a caracterizar as mais diversas práticas comerciais como atividades de fornecimento¹⁵¹.

Outro ponto de interesse na análise do conceito em questão é o requisito da profissionalidade que, diferente das demais legislações estrangeiras, no CDC não aparece de modo expresso. Apesar de não explícita, a profissionalidade é constatada por meio da relação que estabelece com outro elemento característico do fornecedor: a habitualidade.

O legislador, ao definir fornecedor como aquele que desenvolve atividades econômicas no mercado (como produção, montagem, comercialização etc.), nos remete à noção de prática econômica continuada e regular, ou seja, de oferecimento não esporádico e constante de produtos e serviços ao mercado de consumo. A partir dessa noção, vincula-se o conceito de fornecedor a certa habitualidade de atuação¹⁵².

Todavia, deve-se observar que a habitualidade é uma consequência do desenvolvimento profissional de uma atividade econômica. O fornecedor, ao atuar no mercado de consumo, profissionaliza-se com a finalidade de explorar continuamente atividade que lhe confira vantagem econômica. Dessa maneira, observa-se uma relação de causa e efeito entre a profissionalidade e a habitualidade¹⁵³. Da conjugação de ambas constitui-se juridicamente o conceito de fornecedor¹⁵⁴.

2.4.3. O produto e o serviço como objeto da relação jurídica de consumo.

Na definição do CDC, art. 3º, § 1º, produto “é qualquer bem móvel ou imóvel, material ou imaterial”. O produto consiste no fruto da produção colocado à disposição no mercado para satisfazer a necessidade humana¹⁵⁵.

Importante observar que o conceito de produto, como se depreende da leitura do art. 3º do CDC, está estreitamente vinculado à ideia de bem. Na lição de Sílvio RODRIGUES, bens são coisas úteis e raras suscetíveis de apropriação privada e, por isso, “poder-se-ia definir bem econômico como aquela coisa que, sendo útil ao homem, existe em quantidade limitada no universo”¹⁵⁶.

FILOMENO defende ser mais adequada a utilização da expressão “bem” ao invés de “produto”, tendo em vista que o primeiro, além de ser mais abrangente que o segundo, tange

¹⁵¹ KHOURI, 2009, p. 46.

¹⁵² MIRAGEM, 2010, p. 98-99.

¹⁵³ MIRAGEM, 2010, p. 98-99.

¹⁵⁴ O conceito de fornecedor do CDC doutrinariamente pode ser analisado a partir de três perspectivas: a) fornecedor real (aquele que participa do processo de fabricação ou produção do produto acabado, de uma parte compenetre ou matéria-prima); b) fornecedor aparente (aquele que, embora não tenha participado do processo de fabricação ou produção do produto, apõe sua marca, nome ou símbolo distintivo); c) fornecedor presumido (aquele que importa produtos ou que vende produtos sem identificação clara do fabricante, produtor, importador, construtor). (ROCHA, 2000, p. 75).

¹⁵⁵ EFING, 2004, p.64.

¹⁵⁶ RODRIGUES, 1964, p. 119.

genericamente e inequivocamente os reais objetos de interesses da relação de consumo, sendo “bem” o termo juridicamente mais aconselhável¹⁵⁷.

No que diz respeito ao conceito de serviço, o CDC assim o definiu em seu art. 3º, § 2º : “qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações trabalhistas”.

Primeiramente, a partir da leitura do artigo, importante observar que a definição de serviço está restrita às atividades que são realizadas no âmbito do mercado de consumo. Essa restrição é essencial para distinguir as relações de consumo daquelas de natureza tributária. Quando o serviço decorre de uma prestação estatal típica e custeada por impostos, taxas ou contribuições de melhoria¹⁵⁸, configurada estará a relação tributária. Por outro lado, quando o serviço estiver sendo fornecido no mercado de consumo como consequência da atividade econômica com vistas satisfação das necessidades dos consumidores e obtenção de vantagens econômicas, ter-se-á a relação de consumo. Nesse sentido, é que se pode dizer que “o ‘contribuinte’ não se confunde com o ‘consumidor’, já que no primeiro caso o que subsiste é uma relação de Direito Tributário, inserida a prestação de serviços públicos, genérica e universalmente considerada, na atividade precípua do Estado, ou seja, a persecução do bem comum”¹⁵⁹.

O termo “mediante remuneração” da definição em questão, como já sedimentado doutrinariamente, refere-se , para fins de constatação da relação de consumo, tanto à prestação direta (contraprestação de um contrato de consumo), quanto à indireta (vantagens econômicas obtidas independente do contrato de consumo estabelecido)¹⁶⁰.

Exclui o art. 3º, § 2º da definição de serviço as relações trabalhistas. Tal exclusão justifica-se pela distinção das relações jurídicas consideradas. Na relação trabalhista, a proteção destina-se a compensar as desigualdades fáticas do trabalhador em relação ao empregador detentor dos meios de produção. Já na relação de consumo, o objetivo é reequilibrar as disparidades entre o fornecedor e o consumidor em função da vulnerabilidade deste. Ademais, a exclusão, formalmente, também se justifica pela existência de diplomas especiais e de proteção igualmente constitucional concedidas aos trabalhadores¹⁶¹.

¹⁵⁷ GRINOVER *et al*, 2011, p. 51.

¹⁵⁸ “Os serviços prestados por concessionários são remunerados por tarifa, sendo facultativa a sua utilização, que é regida pelo CDC, o que a diferencia da taxa , esta remuneração do serviço público próprio” (Acórdão proferido pela 1ª turma do STJ, em 15.12.2005, no Recurso Especial nº 493.181/SP, tendo por relatora a min. Denise Arruda).

¹⁵⁹ GRINOVER *et al*, 2011, p.53.

¹⁶⁰ MIRAGEM, 2010, p.106.

¹⁶¹ MIRAGEM, 2010, p.106.

2.5. Os critérios de imputação da responsabilidade nas relações de consumo: a teoria do risco do empreendimento

Anteriormente a vigência do CDC, os danos causados pelos fornecedores no mercado de consumo eram suportados pelo consumidor. Muito se falava sobre a “aventura do consumo”, já que aquisição de produtos ou contratação de serviços geraram vários prejuízos às vítimas que, desamparadas legalmente, não possuíam nenhuma forma de proteção face aos fabricantes e comerciantes. Cada consumidor se aventurava no mercado de consumo por sua conta e risco.

Além da falta de proteção legal específica, pelas regras jurídicas gerais, havia uma dificuldade de imputação ao fornecedor dos danos causados às vítimas de consumo, pois, além do obstáculo de ter que se provar culpa – o que era penoso devido à complexidade técnica e especificidade dos produtos e serviços postos, em larga escala, à disposição no mercado – muitas vezes, o fornecedor não podia ser acionado diretamente pelo consumidor por causa da ausência de uma relação contratual direta – as cadeias produtivas distanciavam o consumidor (destinatário final do produto) dos fabricantes, impossibilitando o ajuizamento direto da ação de responsabilidade. Mesmo quando o consumidor tentava acionar o comerciante, também encontrava resistência, pois este alegava a falta de culpa, deixando aquele suportar a integralidade dos danos sofridos. Todos esses fatores, orientados pela lógica da teoria do risco do consumo, criavam um ambiente de extrema violação dos direitos consumeristas e de impunidade dos fornecedores.

Todavia, com o advento do CDC, optou-se por uma responsabilidade objetiva dos fornecedores de produtos e serviços no mercado de consumo com fundamento no risco da atividade desenvolvida. Perante a inviabilidade da teoria da culpa, a teoria do risco, mais adequada à amplitude e multiplicidade de riscos que permeiam a vida moderna, partiu do pressuposto de que aquele que, independentemente de culpa, introduz riscos à vida em sociedade deve, verificada a relação de causalidade, arcar com os prejuízos decorrentes da atividade danosa.

A ideia de risco se propagou na doutrina gerando várias concepções, as quais se destacaram a do *risco-proveito*, *risco-criado*, *risco profissional*, *risco excepcional* e a do *risco integral*.¹⁶²

No âmbito do direito do consumidor, o fundamento basilar da sistemática de responsabilização objetiva adotado foi o da teoria do *risco-proveito* (terminologia que

¹⁶² MIRAGEM, 2010, p. 354.

adaptada à realidade de consumo é, comumente, referida como *risco empreendimento*¹⁶³) em que respondem pelos danos causados em sociedade aqueles que obtêm vantagem econômica da atividade desenvolvida. Sobre a teoria do risco adotado pelo CDC, CAVALIERI FILHO explica:

Pela *teoria do risco do empreendimento*, todo aquele que se disponha a exercer alguma atividade no mercado de consumo tem o dever de responder pelos eventuais vícios ou defeitos dos bens e serviços fornecidos, independentemente de culpa. Este dever é imane ao dever de obediência às normas técnicas e de segurança, bem como aos critérios de lealdade, quer perante os bens e serviços ofertados, quer perante os destinatários dessas ofertas. A responsabilidade decorre do simples fato de dispor-se alguém a realizar atividade de produzir, estocar, distribuir e comercializar produtos ou executar determinados serviços. O fornecedor passa a ser garante dos produtos e serviços que oferece no mercado de consumo, respondendo pela qualidade e segurança dos mesmos.¹⁶⁴

Observa-se, por conseguinte, que a adoção da teoria do *risco empreendimento* retirou o foco da conduta do autor e estabeleceu como fator de imputação de responsabilidade a atividade desenvolvida do causador do dano, atribuindo ao fornecedor um dever de segurança e idoneidade do produto¹⁶⁵.

2.6. A Responsabilidade Civil do fornecedor no Código de Defesa do Consumidor

A introdução da teoria do risco empreendimento no regime da responsabilidade civil do fornecedor foi acompanhada pela adoção de um sistema de princípios e cláusulas gerais que conferiram ao CDC o *status* de uma lei principiológica¹⁶⁶.

Destacam-se, inicialmente, os princípios da reparação integral e da prevenção, expostos no art. 6º,VI: “São direitos do consumidor: VI- a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos”.

O princípio da reparação integral (*restitutio in integrum*), de grande relevo para o instituto da responsabilidade civil, informa que a reparação do dano deve ser realizada de tal forma que o lesado se restabeleça à situação inicial. Na lógica do CDC, esse princípio manifesta-se a partir da proibição de cláusulas que mitiguem a obrigação de não indenizar ou que restrinjam o limite da indenização; bem como, é aplicado também às determinações

¹⁶³ “Sendo o empreendedor aquele que exerce atividade visando o lucro, o risco gerado pelos empreendedores – risco do empreendimento – seria sinônimo de risco proveito, pois ao exercer atividade que gere possibilidades de danos, esse a gerou visando um proveito, o lucro. Assim, o risco do empreendimento seria subespécie de risco-criado por via do risco-proveito, pois o lucro é uma das modalidades pela qual o proveito ocorre.” (WOLKOFF, 2010, p. 18).

¹⁶⁴ CAVALIERI FILHO, 2012, p. 514.

¹⁶⁵ CAVALIERI FILHO, 2012, p. 513.

¹⁶⁶ CAVALIERI FILHO, 2012, p. 515.

contratuais que exonerem a responsabilidade dos fornecedores por acidentes ou vícios decorrentes de seus produtos ou serviços.

De importância crescente na doutrina, o princípio da prevenção também foi adotado na sistemática de responsabilidade civil do fornecedor. Tal princípio tem como objetivo desencorajar futuras condutas lesivas e evitar a ocorrência de novos danos. Devido à crescente insegurança e incertezas da sociedade contemporânea, os riscos tornaram-se constantes e a prevenção gradativamente começa a tornar-se uma ideia mais interessante na medida em que desestimula a prática de condutas antissociais e reforça nos indivíduos o sentimento de responsabilidade, zelo e segurança. Seguindo essa lógica de que “prevenir é melhor que remediar”, o CDC proíbe a colocação em circulação no mercado de consumo de produtos e serviço com alto grau de periculosidade ou nocividade (Art. 10). Assim, é por meio do princípio da prevenção que, por exemplo, comum se tornou a prática do *recall*, em que as empresas, após reconhecerem a periculosidade de produto posto no mercado de consumo, o recolhem com o intuito de evitar danos futuros aos consumidores.

Como decorrência do princípio da prevenção, tem-se o da informação o qual constitui fonte de dever de informar do fornecedor. Apenas a partir da disponibilização de informação clara e objetiva sobre o modo correto de utilização do produto e dos eventuais riscos que ele pode acarretar, é que se possibilitará a prevenção. Em vista disso, o CDC consolidou o princípio da informação como um dos direitos básicos do consumidor em seu art. 6º, III: “a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta da quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que representem”. Vale ressaltar que tamanha é a importância da informação no âmbito da responsabilidade civil do fornecedor que sua falta pode responsabilizá-lo pelo risco inerente, que é entendido como o risco naturalmente vinculado ao produto ou serviço como no caso de produtos tóxicos, inflamáveis, armas de fogo, cirurgias de alto risco. Mesmo sendo objetiva a responsabilidade do fornecedor, o risco inerente não o responsabiliza caso tenha cumprido adequadamente com o dever de informar.

O CDC também comporta o princípio da segurança, talvez o mais relevante dos princípios, uma vez que é ele que fundamenta a estrutura de responsabilidade civil nas relações de consumo. A teoria do risco empreendimento imputa ao fornecedor o custo decorrente dos riscos de seu empreendimento. Dessa forma, todo aquele que se dispõe a realizar atividade geradora de riscos, deve, na mesma proporção, atuar com segurança.

Conforme defende CAVALIERI FILHO¹⁶⁷, risco e segurança são faces da mesma moeda. Onde há risco, opera o princípio da segurança estabelecendo o dever de proceder com prudência, precaução e diligência. Uma vez não observado o dever de segurança e concretizando-se o dano decorrente do risco, caracterizada estará a responsabilidade do fornecedor. É por meio dessa lógica que a sistemática de responsabilização nas relações de consumo foi balizada.

2.6.1 Responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço

Estabelece o art. 8º do CDC que “os produtos e serviços colocados no mercado de consumo não acarretarão riscos à saúde ou segurança dos consumidores”. A saúde e a segurança são as preocupações primordiais do Estado no diz respeito à qualidade dos produtos introduzidos no mercado de consumo. Por esse motivo que o CDC impôs aos fornecedores apenas disponibilização de produtos e serviços que não causem prejuízos à saúde ou à incolumidade física das pessoas. O atendimento a essas diretrizes protetivas essenciais decorrem da observação do princípio da garantia e da adequação que a doutrina define como o imperativo de que “os produtos e serviços devem atender adequadamente às necessidades dos consumidores em segurança e qualidade, respeitando sua saúde, segurança, dignidade e interesses econômicos”¹⁶⁸. Assim, o Art. 8º projeta na esfera de atuação do fornecedor uma dever de segurança cuja finalidade é a tutela integral dos interesses legítimos dos consumidores no mercado de consumo.

Como já exposto anteriormente, é a violação desse dever de segurança que imputa ao fornecedor a responsabilidade de reparação nos casos de acidente de consumo, ou também denominada de fato do produto ou serviço. Sobre o tema, Bruno MIRAGEM explica que:

A responsabilidade civil pelo fato do produto ou serviço consiste no efeito de imputação ao fornecedor, de sua responsabilização em razão dos danos causados em razão de defeito na concepção ou fornecimento de produto ou serviço, determinando seu dever de indenizar pela violação do dever geral de segurança inerente a sua atuação no mercado de consumo¹⁶⁹

Em vista disso, o CDC, em seu art. 12, disciplina a responsabilidade pelo fato do produto ou serviço nos seguintes termos:

¹⁶⁷ CAVALIERI FILHO, 2012, p. 155.

¹⁶⁸ SÊLLOS, 1994, p. 130.

¹⁶⁹ MIRAGEM, 2010, p. 358.

O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre a utilização e riscos.

Nesse ponto, é importante perceber que ao se referir ao fato do produto, o CDC alude à ideia de defeito, de dano externalizado e projetado para fora do âmbito de funcionalidade do produto. Tal característica é essencial para a distinção entre defeito – relativo ao fato do produto ou serviço – e vício.

O defeito pode ser entendido como a qualificação de desvalor atribuída a um produto ou serviço por não corresponder à legítima expectativa do consumidor quanto aos riscos à integridade física (periculosidade) ou patrimonial (insegurança)¹⁷⁰. Logo, quando o produto é mais perigoso – isto é, potencialmente capaz de causar danos patrimoniais ou extrapatrimoniais – do que o consumidor ou qualquer outro usuário legitimamente ou razoavelmente poderia esperar, ele será considerado defeituoso.

Por outro lado, quando o produto ou serviço possui uma imperfeição intrínseca-relativa à sua funcionalidade ou finalidade própria – de modo a comprometer sua prestabilidade ou servibilidade, configurado estará o vício.

SANSEVERINO, de forma clara, expõe a distinção do seguinte modo:

Enquanto os defeitos são falhas do produto ou do serviço que afetam a segurança legitimamente esperada pelo consumidor, causando-lhe danos pessoais ou patrimoniais, os vícios são falhas, ocultas ou aparentes, que afetam, via de regra, apenas o próprio produto ou serviço, tornando-os inadequados ao uso a que se destinam por não apresentarem a qualidade ou quantidade esperada pelo consumidor, inclusive por deficiência da informação. Ou seja, o produto ou serviço defeituoso é aquele que se mostra perigoso, colocando em risco a segurança do consumidor, enquanto o produto ou serviço viciado é aquele que não apresenta qualidade esperada, mostrando-se inadequado ao uso a que se destina¹⁷¹.

Em suma, produto defeituoso¹⁷² é aquele que não oferece a segurança necessária que dele o consumidor legitimamente espera. E vício, por sua vez, é quando o produto não funciona ou não pode ser utilizado da maneira adequada e torna-se imprestável, inservível.

¹⁷⁰ GRINOVER *et al.*, 2011, p. 191.

¹⁷¹ SANSEVERINO, 2010, p. 285.

¹⁷² Em relação ao caráter defeituoso do produto ou serviço, o CDC sistematizou as espécies de defeito da seguinte forma: a) defeitos de concepção; b) defeitos de produção; c) defeitos comercialização.

Os defeitos de projeto ou concepção são aqueles em que a falha no dever de segurança ocorre no momento da elaboração, da criação do projeto ou da fórmula de um determinado produto.

Já os defeitos de produção são aqueles identificados no processo de realização execução ou fabricação de um determinado produto ou serviço. Por fim, os defeitos de comercialização são aqueles decorrentes da apresentação de informação insuficientes ou inadequadas sobre a sua utilização e riscos. Também abrange publicidade inadequada que não informa suficientemente ou informa de modo equivocado.

No que diz respeito aos responsáveis pelo fato do produto, o art. 12 do CDC não se refere aos fornecedores de forma geral, pelo contrário, discrimina alguns deles, responsabilizando apenas o fabricante, o produtor, o construtor e o importador; excluindo, a princípio, a figura do comerciante. Buscou a lei de defesa do consumidor fixar a responsabilidade sobre aqueles que realmente possuem o controle sobre as técnicas de fabricação, produção e que introduzem produto perigoso no mercado de consumo. O comerciante não intervém no processo de produção e qualidade das mercadorias, simplesmente transfere os produtos encaixados ou embalados diretamente para o consumidor. Por isso, o fabricante, produtor, construtor e importador, na qualidade de operadores econômicos principais, devem assumir os riscos decorrentes de eventual violação no dever de segurança de seus produtos e serviços, estando isento de responsabilidade, a princípio, o comerciante.

Como atualmente os produtos e serviços disponibilizados no mercado são resultado de uma complexa cadeia produtiva integrada por diversas empresas e fabricantes, o CDC estipulou a responsabilidade solidária para os fornecedores – especificamente o fabricante, o produtor, o construtor e o importador – participantes do ciclo produtivo¹⁷³. Assim, são responsáveis solidariamente tanto o fabricante final – também chamado de *assembler*, é aquele que detém o controle do processo produtivo integrado – quanto os fabricantes parciais – também chamado de fabricante de fase que são aqueles que produzem peças e outros componentes que integram o produto final¹⁷⁴ – tendo em vista que todos possuem a garantia do dever de segurança e participaram da colocação do produto no mercado de consumo.

Instituída a solidariedade, o consumidor-vítima pode ajuizar ação indenizatória contra qualquer membro da cadeia de fornecimento (exceto, a depender do caso, o comerciante). Aquele que for demandado e cumprir com a obrigação de indenização referente ao acidente de consumo, poderá, caso não seja culpado pelo dano, ingressar com ação regressiva contra o coobrigado culpado (art. 285 CC) ou, ainda, pleitear o rateio da quantia paga entre os demais coobrigados (Art. 283 CC)¹⁷⁵.

Já no que diz respeito ao comerciante, o legislador optou por separá-lo da responsabilização solidária da cadeia de fornecimento ao prever responsabilidade subsidiária em hipóteses específicas, conforme art. 13 do CDC: “O comerciante é igualmente responsável, nos termos do artigo anterior, quando: I- o fabricante, o construtor, o produtor ou o importador não puderem ser identificados; II- o produto for fornecido sem identificação

¹⁷³ Ver arts. 7º, parágrafo único, 18 e 25, § 1º e 2º do CDC.

¹⁷⁴ ROCHA, 2000, p. 78.

¹⁷⁵ MIRAGEM, 2010, p. 392.

clara do seu fabricante, produtor, construtor ou importador; III- não conservar adequadamente os produtos perecíveis”. Necessário ressaltar que continuam sendo responsáveis diretos aqueles mencionados no art. 12. Apenas se eventualmente ocorridas qualquer das hipóteses do art. 13, é que incidirá subsidiariamente a responsabilidade para o comerciante – assim determinou o legislador com intuito de reforçar a posição jurídica do consumidor e evitar que seus danos permanecessem sem reparação.

De forma semelhante à disciplina jurídica do produto, o serviço será considerado defeituoso quando não oferecer a segurança que o consumidor dele pode esperar. Isso demonstra que o serviço, igualmente ao produto, impõe ao seu prestador o dever de segurança.

Apesar das similitudes, a redação do art. 12 – referente ao fato do produto – e a do art. 14 – relativo ao fato do serviço – possuem uma diferença essencial para a disciplina da responsabilidade nas relações consumo envolvendo os dois objetos. Ao estabelecer a responsabilidade dos fornecedores, o art. 12 especifica os responsáveis: o fabricante, o produtor, o construtor e o incorporador, excluindo o comerciante. Por outro lado, o art. 14, ao disciplinar a responsabilidade civil pelo fato do serviço, menciona apenas fornecedor, incluindo toda a cadeia produtiva, sem especificações. Desse modo, em se tratando de dano decorrente de defeito no serviço (fato do serviço), responderão solidariamente todos aqueles que concorreram para sua prestação, inclusive o comerciante.

2.6.1.1 Excludentes de responsabilidade do fornecedor nos acidentes de consumo

Apesar de ter ampliado consideravelmente a responsabilidade do fornecedor de produtos e serviços a partir da adoção dos postulados da responsabilidade objetiva, o CDC, com base no nexo causal, elencou um conjunto de hipóteses de exclusão dessa responsabilidade, que são as chamadas “causas excludentes”.

Com fundamento na ausência de nexo causal, os parágrafos 3º dos arts. 12 e 14 preveem as seguintes causas excludentes de responsabilidade: a) não-colocação do produto no mercado de consumo; b) a inexistência do defeito no produto ou serviço; c) a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

Em primeiro lugar, o inciso I do art. 12 prevê a hipótese de não introdução do produto pelo fornecedor no mercado de consumo. Sabe-se que a imputação de responsabilidade ao fornecedor por acidentes de consumo está balizada no rompimento do

dever de segurança. Ao inserir produto defeituoso no mercado, está configurado o nexo causal entre o *eventus damni* (evento danoso) e o defeito do produto.

O momento de introdução do produto no mercado “ocorre no momento em que, consciente e voluntariamente, o fornecedor o lança no tráfico comercial”¹⁷⁶. A precisão desse momento, portanto, constata ou não a existência de nexo causal e, conseqüentemente, indica a incidência ou não da excludente em questão.

Ademais, deve-se notar que tal excludente não exige prova, do consumidor ou vítima do acidente de consumo, demonstrando a colocação do produto em circulação pelo fornecedor. Há, de fato, uma presunção legal dessa colocação, uma vez que se o produto causou dano, é porque estava acessível ao consumidor a partir de sua introdução no mercado por seu fabricante. Desse modo, cabe ao fornecedor elidir essa presunção, provando, por exemplo que o produto ingressou de forma acidental (por furto ou roubo), ou que o produto em questão é falsificado etc.

A excludente seguinte, prevista no art. 12 e 14, refere-se à própria existência de defeito. Há igualmente uma presunção que deverá ser elidida pelo fornecedor. Provada a inexistência de defeito pelo fornecedor, não há como se estabelecer relação causalidade, devido à falta de um dos pressupostos da responsabilidade pelo fato do produto ou serviço: o próprio defeito¹⁷⁷. Nesse sentido, o *eventus damni* terá como causa outro fator não imputável ao fornecedor.

Já a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro¹⁷⁸ existe quando a conduta da vítima “se erige em causa direta e determinante do evento, de modo a não ser possível apontar qualquer defeito no produto ou no serviço como fato ensejador da sua ocorrência”¹⁷⁹. A utilização ou fruição inadequada do produto ou serviço pelo consumidor atinge diretamente o nexo de causalidade, rompendo-o, impossibilitando o estabelecimento de vínculo causal entre o dano e o defeito. Nas palavras de SANSEVERINO, “se o fato da vítima produz com exclusividade o dano, afasta a eficácia causal do defeito do produto ou do serviço [...], não havendo razão para que o fornecedor responda pelos prejuízos sofridos pelo consumidor”¹⁸⁰. Igualmente às outras excludentes, o ônus da prova recai sobre o fornecedor.

2.6.2 Responsabilidade pelo vício do produto ou do serviço

¹⁷⁶ SANSEVERINO, 2010, p. 280.

¹⁷⁷ GRINOVER, 2011, p. 193

¹⁷⁸ Parte da doutrina crítica o termo “culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro” afirmando que a expressão mais adequada seria “fato exclusivo da vítima”, pois a imputação de responsabilidade nessa excludente é avaliada apenas no âmbito do nexo causal, não se discutindo culpa. (SANSEVERINO, 2010, p. 291).

¹⁷⁹ CAVALIERI FILHO, 2012, p.530.

¹⁸⁰ SANSEVERINO, 2010, p. 291

Diferentemente da responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço que consiste na violação de um dever de segurança a partir da constatação de um defeito, a responsabilidade pelo vício do produto decorre da violação de um dever de adequação, cuja finalidade consiste no oferecimento pelos fornecedores de produtos ou serviços apropriados e adequados ao fim a que se destinam¹⁸¹.

O legislador deu tratamento distinto aos regimes de responsabilização nos casos do fato e do vício por um motivo muito simples. Enquanto que no fato do produto ou serviço há elevada potencialidade danosa que se projeta (é externalizada) para o âmbito da saúde e segurança do consumidor; no vício, o prejuízo permanece circunscrito ao objeto da relação de consumo, consistindo em má funcionalidade ou falta de prestabilidade – uma TV que não liga, um ar-condicionado que não resfria o ambiente suficientemente, um carro com vazamento de óleo. Os vícios são imperfeições iminentes à própria coisa ou serviço (vícios *in re ipsa*¹⁸²). Diferente do acidente de consumo em que há um evento danoso que atinge o consumidor, no vício, o fundamento fático da responsabilidade reside na coisa em si. Assim sendo, a responsabilidade por acidente de consumo é potencialmente mais onerosa – já que engloba danos à saúde e à segurança do consumidor – e a por vício limita-se patrimonialmente ao valor do produto ou serviço adquirido. Essa distinção, bem como o grau de causalidade, são os fundamentos para a subsidiariedade da responsabilidade do comerciante nos casos de acidente de consumo e para solidariedade nas hipóteses de vício.

O CDC, em seu artigo 18, aborda dois tipos de vícios: o de qualidade e o de quantidade. Como se depreende da leitura do dispositivo em questão, vício de qualidade é aquele que torna os “produtos duráveis ou não duráveis impróprios ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor”. Importante observar que o legislador, nesse ponto, impõe ao fornecedor um dever jurídico de qualidade, admitindo no mercado de consumo apenas produtos integralmente funcionais e adequados ao fim a que se destinam¹⁸³.

Já o vício de quantidade, conforme a segunda parte do caput do art.18 do CDC, são aqueles “decorrentes da disparidade com as indicações constantes do recipiente, embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária”.

Uma vez identificado um vício no produto, incide sobre a relação de consumo a responsabilidade objetiva do fornecedor. Ainda que não contenha expressamente nos arts. 18 e 20 a dispensabilidade de culpa para a configuração da responsabilidade, certo é que se trata

¹⁸¹ MIRAGEM, 2010, p. 358.

¹⁸² RIZZARDO, 2009, p. 421.

¹⁸³ CAVALIERI FILHO, 2012, p. 547.

de responsabilidade objetiva, pois o sistema de responsabilização do CDC fundamenta-se, na hipótese de vício, no dever de adequação que, se violado, enseja a responsabilização independentemente de culpa. Reforçam essa ideia Claudia Lima MARQUES e CAVALIERI FILHO nas seguintes passagens:

Realmente, a responsabilidade do fornecedor em seus aspectos contratuais e extracontratuais, presente nas normas do CDC (arts. 12 a 27), está *objetivada*, isto é, *concentrada* no produto ou no serviço prestado, concentrada na existência de um *defeito* (falha na segurança) ou na existência de um *vício* (falha na adequação, na prestabilidade). Observando-se a evolução do direito comparado, há toda uma evidência de que o legislador brasileiro se inspirou na ideia de garantia implícita do sistema da *common law* (*implied warranty*). Assim, os produtos ou serviços prestados trariam em si uma garantia de adequação para o seu uso, até mesmo, uma garantia referente à segurança que deles se espera. Há efetivamente um novo *dever de qualidade* instituído pelo sistema do CDC, um novo dever *anexo* à atividade dos fornecedores¹⁸⁴.

[...] o texto dos citados arts. 18 e 20 não faz nenhuma referência à culpa (negligência ou imprudência), necessária para a caracterização da responsabilidade subjetiva. Ademais, se nem o Código Civil exige culpa tratando-se de vícios redibitórios, seria um retrocesso exigi-la pelos vícios do produto e dos serviços disciplinados no Código do Consumidor, cujo sistema adotado é o da responsabilidade objetiva. O art. 23, por sua vez, reforça a responsabilidade objetiva ao dispor: “A ignorância do fornecedor sobre os vícios de qualidade por inadequação dos produtos e serviços não o exime de responsabilidade”¹⁸⁵.

Além da responsabilização objetiva para os casos de vício do produto ou do serviço, o legislador também estabeleceu a solidariedade entre todos os fornecedores. Contudo, diferentemente do art. 12, o art. 18¹⁸⁶ incluiu os comerciantes na responsabilização solidária decorrente de vício do produto. Assim sendo, nos casos de fato do produto, os comerciantes respondem subsidiariamente; na hipótese de vícios, respondem direta e solidariamente com os participantes da cadeia produtiva.

A responsabilização direta e solidária do comerciante por vício de adequação foi uma “opção do legislador de ampliar a proteção do consumidor em tipo de vício que ocorre com muito mais frequência no mercado, e de consequências pecuniárias menores que o defeito do produto, que ocasiona uma acidente de consumo”¹⁸⁷.

O CDC também disciplinou os vícios referentes ao serviço os quais podem ser, igualmente ao produto, de qualidade e quantidade. O serviço com vício de qualidade é aquele inadequado para o seu fim, isto é, aquele serviço que falhou no cumprimento de sua

¹⁸⁴ MARQUES, 2006, p. 1148-1149.

¹⁸⁵ CAVALIERI FILHO, 2012, p. 544.

¹⁸⁶ Deve-se ressaltar que além de disciplinar a responsabilidade dos fornecedores nos casos de vício do produto, o art. 18 também estabelece medidas reparatórias, quais sejam: “§ 1º Não sendo o vício sanado no prazo máximo de trinta dias, pode o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha: I - a substituição do produto por outro da mesma espécie, em perfeitas condições de uso; II - a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos; III - o abatimento proporcional do preço.”

¹⁸⁷ KHOURI, 2009, p. 197

finalidade. Já o vício de quantidade, conforme o Código, consiste naqueles “decorrentes da disparidade com as indicações constantes da oferta ou da mensagem publicitária”.

Como já explanado no tópico sobre o vício do produto, apesar de não expresso no art. 20, a responsabilidade será de todos os fornecedores, inclusive do comerciante. Desse modo, pode o consumidor, para garantir seu direito de ressarcimento integral¹⁸⁸ do dano patrimonial causado pelo vício do serviço, acionar qualquer um daqueles que participaram da prestação do serviço.

¹⁸⁸ Vale destacar que o CDC propõe medidas reparatórias no seu art. 20 para os casos de vício do serviço, a saber: “I- a reexecução dos serviços, sem custo adicional e sem custo cabível; II- a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos; III- o abatimento proporcional do preço.”

3. A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR E A RESPONSABILIDADE CIVIL NO COMÉRCIO ELETRÔNICO À LUZ DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

3.1 Do comércio eletrônico (e-commerce).

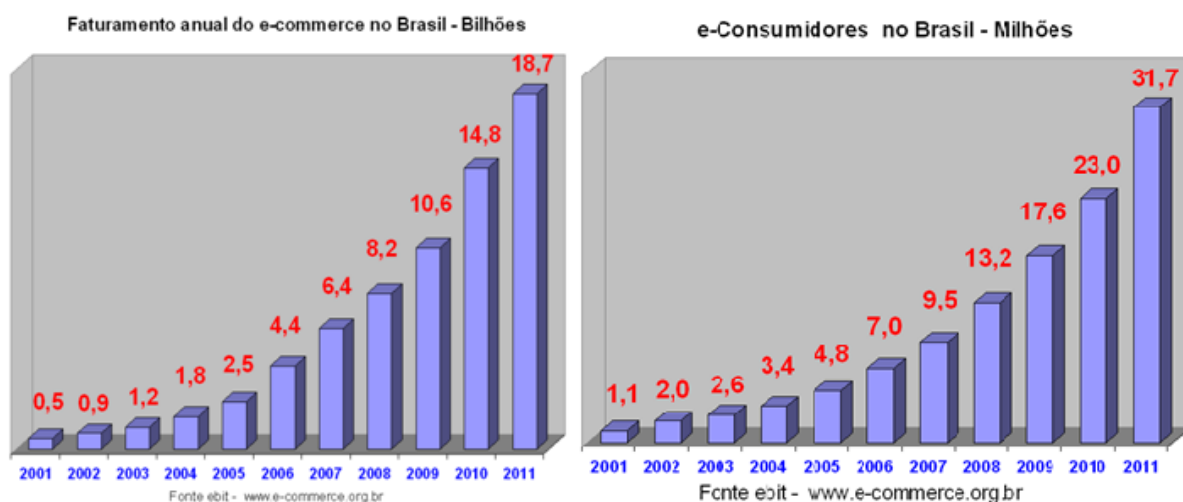
3.1.1 O que é comércio eletrônico?

Com a explosão da rede global *World Wide Web*, em meados da década de 90 do século XX, as empresas passaram a ter um novo canal de contato com os consumidores. Inicialmente, a Internet foi utilizada como plataforma tecnológica para realização de negócios, também chamados de *e-business*, atividade que se constituía basicamente na otimização pela empresa da comunicação com os fornecedores e clientes de forma a divulgar melhor a marca e realizar melhores investimentos. Todavia, com o passar dos anos, esse canal de comunicação ampliou drasticamente seu potencial ao desenvolver a funcionalidade do *e-commerce* (comércio eletrônico) – uma das maiores aplicações da Internet no âmbito das relações comerciais.

O comércio eletrônico possibilitou uma nova forma de contratação, a redução de custos operacionais das empresas e uma nova abordagem mercadológica. Todas essas características, além de influenciarem na mudança do comportamento do consumidor, modificaram a dinâmica de funcionamento dos mercados tradicionais, promovendo grandes transformações na economia globalizada.

Atentas aos benefícios dessa nova modalidade de comércio, as empresas começaram a implementar massivamente o comércio eletrônico em seus negócios. No Brasil, por exemplo, o faturamento no ramo teve um aumento de 4000% nos últimos 10 anos. Os dados divulgados pelo *site* e-commerce¹⁸⁹ comprovam o expressivo crescimento das vendas no comércio eletrônico brasileiro:

¹⁸⁹ A evolução do e-commerce no Brasil. Disponível em: <http://www.e-commerce.org.br/stats.php>. Acesso: 13 out. 2012



Porém, o consumo via Internet, ao mesmo tempo em que maximizou a capacidade lucrativa do mercado, também gerou um espaço bastante vulnerável a lesividades jurídicas. A manifestação de vontade representada por um simples clique de *mouse*, a utilização de dinheiro virtual (*e-money*), a ausência de documentação em suporte físico na celebração de contratos pela Internet, a desterritorialização dos fornecedores/comerciantes e anunciantes de produtos e outras questões relacionadas à dinamicidade das trocas eletrônicas chamam a atenção dos juristas para os efeitos jurídicos e os impactos causados no direito do consumidor.

Com objetivo de melhor entender o fenômeno do comércio eletrônico, pode-se considerar que ele consiste “na oferta de bens e serviços, remunerados ou não pelo destinatário final, na medida em que constituem uma atividade especificamente econômica desenvolvida por meio das redes de informação, notadamente a Internet.”¹⁹⁰

Maria Eugênia FINKELSTEIN afirma que o comércio eletrônico “nada mais é do que uma modalidade de compra à distância, na qual são recebidas e transmitidas informações por meio eletrônico”.¹⁹¹

Cláudia Lima MARQUES define comércio eletrônico como:

(...) comércio entre fornecedores e consumidores realizados através de contratações à distância ,as quais são conduzidas por meios eletrônicos (e-mail etc.), por internet (online) ou por meio de telecomunicações em massa (telemarketing, TV, TV a cabo

¹⁹⁰ **Carta de princípios do Comércio Eletrônico** divulgada pela Procuradoria Geral da República no site Fórum de Comércio Eletrônico. Disponível em: <http://forumdocomercioeletronico.wordpress.com/>. Acesso em 18 out de 2012. O FCE é uma iniciativa proposta pelo Grupo de Trabalho Tecnologias da Informação e da Comunicação (GTTIC) com o objetivo de “elaborar uma carta de princípios do comércio eletrônico, contribuir ao bom funcionamento do mercado assegurando a livre circulação dos serviços da Sociedade da informação; promover a proteção do consumidor dos serviços da sociedade da informação; identificar as questões emergentes do comércio eletrônico e de leva-las à apreciação dos diferentes atores; facilitar as interações e a concertação entre os diferentes atores (...) A Carta de princípios do Fórum do Comércio Eletrônico é o principal produto dos trabalhos do Fórum do Comércio Eletrônico. Ela é uma obra coletiva e consensual de todos os participantes do Fórum que colaboraram e se manifestaram nas reuniões em que seu texto foi discutido ...” (Projeto de criação do Fórum de Comércio Eletrônico: <http://forumdocomercioeletronico.wordpress.com/documents/>)

¹⁹¹ FINKELSTEIN, 2011, p. 38.

etc.), sem a presença física simultânea dos dois contratantes no mesmo lugar (e sim a distância).¹⁹²

Alguns autores ainda fazem uma distinção entre Comércio eletrônico direto e indireto. O direto consiste na comercialização de bens e serviços imateriais que podem ser transmitidos pela rede ou que utilizam dela para sua realização como *softwares*¹⁹³, músicas digitalizadas, imagens, *e-books*¹⁹⁴, serviços de hospedagem de vídeos, serviços de *e-mail*. Já a modalidade indireta consiste na realização da transação pela plataforma eletrônica, mas o bem a ser adquirido é corpóreo e deve ser entregue fisicamente por meio de correios ou empresas de transporte¹⁹⁵.

Corroborando com a definição de Cláudia Lima Marques, Ricardo Luís Lorenzetti deixa claro as duas características essenciais que delimitam o conceito de comércio eletrônico: o meio eletrônico de realização da transação e a troca de bens. Dessa forma, defende o autor que a atividade de *e-commerce* é “toda atividade que tenha por objetivo troca de bens físicos ou bens digitais por meios eletrônicos”¹⁹⁶.

Quando se aborda o tema do comércio eletrônico, deve-se ter em mente que ele é permeado por relações jurídicas estabelecidas pela via eletrônica, as quais são divididas pela doutrina em relações de direito público – são vínculos entre os Estados ou entre particulares e o setor público – e as relações jurídicas de direito privado. Estas se subdividem em relações entre empresas (chamadas de B2B, isto é, *business to business*); entre empresas e consumidores (chamadas de B2C, *business to consumer*); e entre pessoas físicas sem profissionalidade (C2C, *consumer to consumer*)¹⁹⁷.

3.1.2. O desafio da tutela dos direitos consumeristas no comércio eletrônico

O cerne do problema gerado nas relações eletrônicas de comércio encontra-se essencialmente no meio utilizado para a realização das transações. Com as novas aplicações tecnológicas, o consumidor passa a desconhecer a forma como as transações são processadas, os métodos de segurança utilizados, as possibilidades de fraudes a que pode estar sujeito e quais os direitos aplicáveis em casos de ocorrência de dano material/ moral, uma vez que não há uma legislação específica para o setor.

¹⁹² MARQUES, 2011, p. 110.

¹⁹³ Programas de Computador que possuem aplicações específicas.

¹⁹⁴ Livros em formato digital.

¹⁹⁵ CANUT, 2011, p. 136.

¹⁹⁶ LORENZETTI, 2004, p. 92-93.

¹⁹⁷ LORENZETTI, 2004, p. 92-93.

Nessa perspectiva, Claudia Lima Marques sustenta que o comércio eletrônico é uma nova realidade que apresenta problemáticas desafiadoras como: a despersonalização das transações eletrônicas; a desmaterialização do meio; a desterritorialização; a atemporalidade; e a desconfiança dos consumidores no comércio eletrônico¹⁹⁸.

A despersonalização na pós-modernidade é ampliada com o comércio eletrônico, pois, além da despersonalização decorrente da massificação dos contratos de adesão ocorrida ao longo da Revolução Industrial, atualmente a contratação à distância é realizada por meio eletrônico e outros meios de comunicação em massa, de forma plúrima e multifacetada, ocorrendo o que se chama de desumanização¹⁹⁹ do contrato. O consumidor, portanto, passa a se deparar com um comércio em que os acordos são realizados por meio de sinais, cliques, e outras técnicas eletrônicas de contratação em que a impessoalidade é elevada ao grau máximo, ou seja, não se sabe, precisamente, com quem está se contratando.

Já a desmaterialização do meio de contratação decorre da própria natureza imaterial do ambiente virtual, destoando dos clássicos contratos escritos, o que cria um problema, já abordado no primeiro capítulo, de prova de autenticidade e validade documental.

A questão da desterritorialização e atemporalidade, pontos anteriormente já abordados nas características da Internet, estão relacionados à integração cultural, social e econômica promovida pela rede mundial de computadores. Ao quebrar as fronteiras entre os países, o comércio via Internet promove uma desconstrução da lógica jurisdicional intimamente ligada ao território. Isso gera conflitos comerciais e dificulta a normatização e proteção dos direitos consumeristas.

A atemporalidade consiste na modificação pela plataforma eletrônica de contratação dos conceitos de tempo real, pois as divergências de fusos e a indefinição territorial do fornecedor (que muitas vezes pode ser uma grande companhia descentralizada ao longo do globo) mitigam e dificultam a definição do tempo da celebração dos negócios jurídicos virtuais.

Como consequência direta das problemáticas acima expostas, o meio eletrônico torna-se um ambiente permeado pela desconfiança, pela insegurança. Ao mesmo tempo em que construiu um espaço virtual e intangível que possibilitou a facilitação e a ampliação das relações comerciais eletrônicas, a Internet também criou um ambiente complexo, procedimentalmente ininteligível para o consumidor leigo e, de certa forma, vazio de poder jurisdicional. Isso causou, em um primeiro momento, um abalo no princípio basilar das

¹⁹⁸ MARQUES, 2004, p. 63.

¹⁹⁹ Expressão utilizada por Cláudia Lima MARQUES em referência a obra de Giorgio Oppo *Disumanizzazione del contratto?* que evidencia o distanciamento dos fornecedores em relação ao consumidores na atual sistemática comercial eletrônica.

relações privadas, isto é, do princípio da confiança²⁰⁰ e gerou uma discriminação do meio eletrônico como plataforma de contratação e uma descrença daqueles lesados na possibilidade de reparação judicial de seus prejuízos no ambiente virtual.

3.2 A aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor às relações de consumo via Internet e a vulnerabilidade do consumidor no comércio eletrônico

No Direito brasileiro, com a promulgação da lei 8.078/90, formalizou-se o surgimento de um novo sujeito de direitos: o consumidor. O Código de Defesa do Consumidor, na verdade, surgiu como meio de realização de um direito constitucional e fundamental de proteção do consumidor pelo Estado (Art. 5º, XXXII, da CF de 88). Tal diploma legal tem como escopo principal o equilíbrio das relações entre consumidores e fornecedores de forma a efetivar a justiça social nas relações de consumo.

A Lei consumerista está completando 22 anos. Após mais de duas décadas de vigência, cumpre-se analisar se os direitos subjetivos do consumidor ainda estão efetivamente tutelados face as novas relações contratuais pós-modernas, marcadas pela desmaterialização, celeridade e fluidez²⁰¹. Estaria o Código de Defesa do Consumidor adaptado aos tempos atuais, mais especificamente, às relações de consumo via Internet?

Devido a sua atualidade e contemporaneidade, o Código de Defesa do Consumidor é totalmente aplicável às relações de consumo via Internet no âmbito nacional²⁰². Como expressamente consignado em seu art. 1º, as normas do CDC são de ordem pública e de interesse social, ou seja, possuem natureza cogente, atuam imperativamente e não podem ser afastadas pelas partes. Desse modo, surgindo uma relação de consumo, independente de sua forma ou meio de concretização, autoaplicáveis serão as normas de direito do consumidor brasileiras²⁰³. Ademais, vale ressaltar, o direito do consumidor possui *status* de direito fundamental e, ao ser previsto constitucionalmente e regulado por meio de diploma legal específico, possui aplicação plena, não pode, portanto, ser negado ou afastado em relações de consumo pela Internet ou por qualquer outro meio. Segue essa mesma orientação o art. 13 do Projeto de lei 1.589/99 da OAB São Paulo que determina expressamente : “aplicam-se ao comércio eletrônico as normas de proteção e defesa do consumidor”.

²⁰⁰ MARQUES, 2004, p. 94.

²⁰¹ MARQUES, 2000, p. 64.

²⁰² CASTRO, 2001, p. 136-137.

²⁰³ Esta foi uma das conclusões do V Congresso Brasileiro de Direito do Consumidor, de Belo Horizonte, em 2000. (MARQUES. 2005, p. 123)

Muito se discute sobre a necessidade de atualização do diploma consumerista ou sobre a edição de leis específicas que regulem o comércio eletrônico, o que, a meu ver, é realmente imprescindível²⁰⁴ devido à necessidade (sempre observando as características de neutralidade e perenidade já exploradas no presente trabalho) de se organizar juridicamente o setor, tornando-o um ambiente mais seguro, transparente e confiável. Apesar da necessidade de uma regulação mínima, os direitos consumeristas são plenamente aplicáveis e adaptáveis às relações de consumo via Internet, independentemente de leis especiais e, não obstante a celeridade e dinamicidade do ciberespaço, servem de base e parâmetro para as negociações ocorridas na Internet²⁰⁵.

Já nas relações de consumo no âmbito Internacional, conforme anteriormente abordado na análise da legislação aplicável aos contratos eletrônicos de consumo, a questão toma uma dimensão supranacional²⁰⁶, envolvendo a incidência do Direito Internacional Privado por meio de organizações ou instituições internacionais, ponto que merece uma pesquisa à parte e, por isso, não será abordado no presente trabalho.

Com o advento desse novo cenário de consumo, surge um conjunto de práticas comerciais abusivas às quais o Código de Defesa do Consumidor deve se ater como publicidade agressiva, destacando-se os *banners* estativos ou interativos, *spams*, que são *e-mails* publicitários não solicitados enviados para caixa postal dos internautas, *pop-ups*, que são janelas promocionais que aparecem na tela sem solicitação e atrapalham a navegação e a visualização de informações. Além do conteúdo publicitário abusivo, tais práticas geram riscos ao consumidor, pois por meio delas são realizadas atividades fraudulentas como *phishing*²⁰⁷ e *pharming*²⁰⁸ e são disseminados vírus, programas espões e outros *malwares*²⁰⁹.

²⁰⁴ A questão da regulação do comércio eletrônico encontra-se em pauta nos últimos anos. Exemplo disso é o seminário sobre o Código de Defesa do Consumidor, organizado pelo Centro de Estudos de Direito Econômico e Social (Cedes) e realizado recentemente (13/06/2012), após intenso debate sobre a conveniência de atualização do Código de Defesa do Consumidor sobre Comércio eletrônico, Roberto Augusto Pfeiffer insistiu que havia a necessidade de se avançar principalmente na questão do Direito Material. Afirmou que “o ministro Herman tem uma frase bastante feliz. Ele diz que, se não regulássemos o comércio eletrônico e o superendividamento, correríamos o risco de ficar daqui a alguns anos regulando apenas a periferia do mercado de consumo.” Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-jun-14/projeto-cdc-sofre-duras-criticas-debate-entre-juristas>. Acesso em: 7 nov. 2012.

²⁰⁵ CANUT, 2011, p. 150.

²⁰⁶ Sobre o tema, Claudia Lima Marques ensina que: “se a proteção do consumidor era inicialmente um tema de Direito interno, uma vez que a atuação das pessoas se restringia ao território do país, hoje com a abertura dos mercados a produtos e serviços estrangeiros, com as facilidades e o crescimento das telecomunicações, da conexão em rede de computadores, do comércio eletrônico, o consumo extrapola as fronteiras internacionais. Houve uma substancial mudança na estrutura do mercado, uma globalização também das relações privadas de consumo, que põe à luz as falhas do mercado e os limites da noção de ‘soberania’ do consumidor no mercado atual. A sua posição é cada vez mais fraca ou vulnerável, e o desequilíbrio das relações de consumo é intrínseco, necessitando efetiva tutela e positiva intervenção dos Estados e dos organismos internacionais legitimados para tal.” (MARQUES, 2004, p. 310).

²⁰⁷ *Phishing* é o tipo de fraude por meio da qual um golpista tenta obter dados pessoais e financeiros de um usuário, pela utilização combinada de meios técnicos e engenharia social, como por exemplo tentar simular uma comunicação oficial de uma instituição conhecida, como um banco, uma empresa ou um site popular para obter informações da vítima. <http://cartilha.cert.br/golpes/>

²⁰⁸ *Pharming* é um tipo específico de *phishing* que envolve a redireção da navegação do usuário para sites falsos, por meio de alterações no serviço de DNS (Domain Name System). Neste caso, quando você tenta acessar um site legítimo, o seu navegador Web é redirecionado, de forma transparente, para uma página falsa, como por exemplo um site comercial fraudulento em que o consumidor disponibilizará seus dados acreditando estar comprando de um fornecedor real e idôneo. <http://cartilha.cert.br/golpes/>.

²⁰⁹ Programas maliciosos que são desenvolvidos para executar ações danosas e atividade maliciosas em um computador.

Juntamente com a publicidade abusiva, surgem os problemas relacionados à privacidade e à intimidade dos consumidores nas transações eletrônicas. O ambiente virtual possibilita, mais facilmente, a captação dos dados das transações eletrônicas dos consumidores. Tais dados comerciais tornam-se objeto de comercialização entre as empresas virtuais, fato que configura nítida violação do direito fundamental à privacidade dos clientes²¹⁰.

Outra problemática atinente à adequação do CDC ao ambiente virtual, é a questão da responsabilidade nas relações de consumo via Internet. Pois, juntamente com a massificação do consumo, ocorreu uma multiplicação de riscos em razão do fluxo inseguro de informações e da dificuldade de identificação dos sujeitos atuantes no mercado de consumo eletrônico²¹¹. Há uma infinidade de cadeias invisíveis intermediando as relações de consumo como *sites*, *links*, provedores de hospedagem, conteúdo e de acesso, serviços bancários *online* e outros que tornam complexa a delimitação da responsabilidade extracontratual no âmbito da comercialização de bens e prestação de serviços via Internet.

Em função dos novos problemas e desafios pertinentes ao *e-commerce*²¹², necessária se faz a aplicação do Código de Defesa do Consumidor à luz de dois princípios essenciais: a vulnerabilidade agravada do consumidor no ambiente da Internet e a confiança no comércio eletrônico.

O princípio da vulnerabilidade é a base sobre a qual o Direito do Consumidor é construído. Tal princípio tem a finalidade de equilibrar as desigualdades existentes entre fornecedor e consumidor. No âmbito do comércio eletrônico, a vulnerabilidade deve ser reconhecida e considerada ampliada face ao ambiente complexo, não normatizado e multifacetado da Internet. Isso ocorre, porque os consumidores, de maneira geral, não possuem conhecimento técnico em computação e Internet. Mas, apesar da deficiência informacional perante o meio eletrônico, tal fato não os intimida, muito pelo contrário, os fascina pela praticidade e celeridade que tal meio proporciona. Assim, diariamente, consumidores atuam na Internet sem conhecimento técnico e sem limites territoriais. Com uma subconsciente confiança em uma vaga ideia de “direito do consumidor”, acessam sites de compras coletivas, participam de leilões virtuais, negociam com pessoas do mundo inteiro, movimentam contas bancárias, contratam serviços, adquirem bens imateriais como *softwares*,

²¹⁰ CANUT, 2011, p. 179.

²¹¹ MULHOLAND, 2006, p. 153.

²¹² Uma das principais preocupações do seminário sobre o Código de Defesa do Consumidor, organizado pelo Centro de Estudos de Direito Econômico e Social (Cedes) em 13/06/2012, foi o comércio eletrônico, pois além de não existir quando da promulgação do CDC, em 1990, por “causa de sua intensa adoção, com crescimento médio de 30% ao ano. Não por coincidência, as reclamações avançam a taxas ainda maiores”. No Procon de São Paulo, por exemplo, aumentaram 80% em 2011. Dados que demonstram a importância do comércio eletrônico no âmbito do Direito do Consumidor atualmente. <http://www.conjur.com.br/2012-jun-14/projeto-cdc-sofre-duras-criticas-debate-entre-juristas>

aplicativos, jogos, músicas, filmes etc. Diante dessa conjuntura, o que se constata é um cenário de insegurança jurídica habitado por um consumidor leigo, extremamente vulnerável e de discernimento reduzido perante as novas práticas comerciais e tecnológicas. Sobre o assunto, Claudia Lima MARQUES expõe:

A importante pergunta que se coloca é se este meio eletrônico realmente aumentou o poder decisório do consumidor/cibernauta. A resposta é novamente pós-moderna, dúbia (claroescuro, em espanhol), porque a Internet traz uma aparência de liberdade, com o fim das discriminações que conhecemos (de cor, sexo, religião etc) e o fim dos limites do mundo real (fronteiras, línguas diferentes, riscos de viagens etc), mas a vulnerabilidade do consumidor aumenta. Como usuário da net, sua capacidade de controle fica diminuída, é guiado por links e conexões, em transações ambigüamente coordenadas, recebe as informações que desejam lhe fornecer, tem poucas possibilidades de identificar simulações e 'jogos', de proteger sua privacidade e autoria, de impor sua linguagem. Se tem uma ampla capacidade de escolher, sua informação é reduzida (extremo déficit informacional), a complexidade das transações aumenta, sua privacidade diminui, sua segurança e confiança parecem desintegrarem-se em uma ambigüidade básica: pseudo-soberania do indivíduo/sofisticação do controle!²¹³

Para que seja compensada a debilidade da parte vulnerável, principalmente no ambiente virtual, a mesma tutela (direitos e princípios) provida pelo CDC às relações de consumo tradicionais deve ser integralmente projetada ao ambiente eletrônico de forma a garantir a proteção dos interesses sociais no âmbito das relações de consumo via Internet.

Já o princípio da confiança é um princípio geral do direito que se destina a tutelar e a conferir efeitos jurídicos às expectativas legítimas geradas em uma relação jurídica. Segundo Menezes CORDEIRO, confiança “expressa a situação em que a pessoa adere, em termos de actividade ou de crença, a certas representações, passadas, presentes ou futuras, que tenha por efectivas”²¹⁴. Assim, no contexto da contratação eletrônica de consumo via Internet, a confiança despertada nos consumidores, elemento integrante do conteúdo substancial da boa-fé²¹⁵, deve ser tutelada em face da tecnicidade e especificidade do meio transacional de forma a garantir uma expectativa legítima da parte sob o ponto de vista da segurança e da informação²¹⁶.

Principalmente na contratação de eletrônica de consumo, o princípio da confiança ganha bastante destaque. Nesse sentido, Lorenzetti defende que os modelos de

²¹³ MARQUES, 2004, p. 71-72.

²¹⁴ CORDEIRO *apud* MARTINS, 2008, p. 86.

²¹⁵ Como já exposto no primeiro capítulo do presente trabalho, a Boa-fé, segundo Cláudia Lima MARQUES, é atuar de forma cooperativa e respeitosa, é se conduzir de maneira diligente, pautado pela lealdade e pelas expectativas legitimamente despertadas nas relações sociais. É agir de forma refletida, pensando na outra parte do contrato, respeitando seus interesses legítimos e suas expectativas razoáveis, seus direitos, agindo com lealdade, sem causar abuso ou lesão, cooperando para atingir o bom fim das obrigações.. Ainda explica a mencionada autora que a boa-fé objetiva, faceta d boa-fé objetiva, possui três funções básicas: 1) criar deveres especiais de conduta durante o vínculo contratual, chamados de deveres anexos; 2) limitar abusivo de direitos subjetivos; 3) interpretar de forma coerente e equilibrada. (Marques, 2006, p. 215).

²¹⁶ MARTINS, 2008, p. 88.

comportamento (padrões de contratante médio) devem ser reformulados quando transportados para o ambiente técnico e complexo da Internet, pois não há manifestação de vontade expressa, mas apenas comportamentos objetivados (um clique por exemplo) ao qual o ordenamento confere efeitos jurídicos²¹⁷. Assim, a manifestação de vontade do consumidor/internauta é remodelada pela confiança despertada pelo fornecedor. LORENZETTI explica que:

Neste contexto, fica claro que os modelos de comportamento racional e os padrões do 'contratante médio' obrigam a reformular os conceitos: a conduta do indivíduo é baseada na confiança e esta se constrói com fundamento na aparência criada pelo 'sistema especialista'. (...) Quanto ao ofertante, ele não se vincula por sua vontade, mas pela aparência jurídica criada; trata-se de uma imputação de efeitos negociais fundamentado na regra da primazia da declaração sobre a intenção. No que toca ao aceitante, também não interessa sua vontade em comparação à confiança que despertou ao aceitar. A confiança remodela a declaração de vontade do aceitante consoante o significado que o proponente poderia e deveria conferir-lhe, levando em consideração todas as circunstâncias, no sentido que a boa-fé lhe possa razoavelmente atribuir²¹⁸.

Percebe-se, portanto, que o reforço do princípio da confiança no complexo ambiente da Internet é a chave para o desenvolvimento do comércio eletrônico, uma vez que é por meio dele que se garantirá maior segurança jurídica às contratações eletrônicas de consumo. Assim, Claudia Lima MARQUES ensina:

(...) a confiança é o elemento central da vida em sociedade, e, em sentido amplo, é a base de atuação dos consumidores. Se o Direito encontra legitimidade justamente ao proteger as expectativas legítimas e a confiança (Vertrauen) dos indivíduos, parece-me o momento oportuno de propor normas voltadas justamente para responder os desafios de desconstrução e reconstrução da dogmática contratual propostos pelo crescente comércio eletrônico de consumo no Brasil²¹⁹.

Nesse novo contexto social marcado pelo consumo eletrônico, importante que os aplicadores do direito conheçam e dominem as linhas básicas que regem as negociações de consumo. Devem partir do princípio de que o Código de Defesa do Consumidor, plenamente aplicável ao comércio eletrônico, deve buscar a proteção e a melhora da posição jurídica contratual da parte mais fraca e leiga, garantindo-se ao consumidor o mesmo grau de proteção alcançado no âmbito do comércio tradicional²²⁰.

²¹⁷ LORENZETTI, 2004, p. 284.

²¹⁸ LORENZETTI, 2004, p. 284.

²¹⁹ MARQUES, 2004, p. 467.

²²⁰ MARQUES, 2011, p. 124.

3.3 A proteção do consumidor *online* face às novas práticas comerciais no comércio eletrônico

Nos últimos anos, surgiu na Internet uma infinidade de novas práticas comerciais destinadas ao fomento do consumo e escoamento da produção. Em decorrência disso, houve também um aumento de problemas relacionados à violação da legislação consumerista. Entre os mais relevantes estão: a problemática da oferta e publicidade na Internet; o uso de cookies e suas implicações na privacidade dos consumidores; e o direito de arrependimento no comércio eletrônico.

3.3.1 A oferta e a publicidade na Internet

No âmbito da formação dos contratos, a fase pré-contratual é marcada pela oferta ou, também chamada, de proposta pública. A oferta consiste na declaração unilateral e inicial de vontade por meio da qual uma pessoa claramente demonstra sua intenção de contratar e as condições do contrato²²¹.

Como elemento inicial do contrato, a oferta, uma vez possuidora dos elementos essenciais do futuro negócio jurídico, projeta efeitos jurídicos ao contrato, vinculando o ofertante/proponente ao seu conteúdo declarado²²². Em relação a esses efeitos da oferta, Claudia Lima MARQUES explica que:

O proponente não pode retirar a sua voz por certo espaço de tempo: se neste espaço de tempo, ocorrer a aceitação, o contrato estará formado, mesmo que sua vontade de contratar já tenha sido alterada. A oferta é, portanto, uma declaração de vontade lançada no mundo, à qual o direito anexa um efeito jurídico, o da vinculabilidade. [...] Assim como aquele que prometeu e não cumpriu, aquele que ofertou ao público consumidor e voltou atrás sem usar forma prevista em lei não faz desaparecer a sua declaração de vontade- ao contrário, sofrerá os efeitos do estado de sujeição que criou através de sua declaração de vontade inicial. Sofrerá os efeitos do contrato, se a aceitação já ocorreu, ou os de seu ato “ilícito” de ter prejudicado, quebrado a confiança da outra pessoa que acreditou na sua oferta inicial.²²³

Em relação à concepção de oferta, o que se percebe no direito brasileiro é que, com o advento do CDC, ela foi consideravelmente ampliada. Se na perspectiva tradicional, a oferta

²²¹ GRINOVER *et al*, 2011, p.272.

²²² MARQUES, 2006, p. 720.

²²³ MARQUES, 2006, p. 722-723.

já era fator gerador de vínculo, no CDC, a declaração negocial com finalidade de consumo, tem tal caráter vinculativo potencializado²²⁴. Dispõe o art. 30 do diploma em questão:

Art. 30. Toda informação ou publicidade suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado.

Dessa forma, as manifestações de vontade negocial dos fornecedores veiculadas por meio de informações quaisquer ou de publicidade, desde que expressem elementos essenciais ao negócio jurídico, como por exemplo, o objeto e o preço; integrarão a oferta e, portanto, terão efeito vinculante em relação ao contrato de consumo.

Nesse ponto, devido a sua função nos processos de comercialização e na sociedade de consumo atual, é importante ressaltar que a publicidade vem adquirindo relevância jurídica crescente no direito brasileiro a partir da edição do CDC. Classificada como uma prática de *marketing*²²⁵, a publicidade é “uma atividade comercial controlada, que utiliza técnicas criativas para desenhar comunicações identificáveis e persuasivas nos meios de comunicação de massa, a fim de desenvolver a demanda de um produto e criar uma imagem da empresa em harmonia com a realização de seus objetivos, a satisfação dos gostos dos consumidores e o desenvolvimento do bem-estar social e econômico”²²⁶. Percebendo sua finalidade comunicativa e persuasiva direcionada à comercialização de bens e serviços, o CDC tornou a publicidade juridicamente relevante para a sociedade de consumo, conferindo-lhe efeitos vinculatórios ao contrato a ser celebrado, isto é, a publicidade passou de mera prática comercial para uma oferta pública de contratação massificada com efeitos vinculantes.

Quando a publicidade informar características como a qualidade e quantidade do produto, preço, formas de pagamento, nível de segurança e utilidades, todas as informações devem ser fidedignas. Nesse caso, a publicidade deixa de ser uma *invitatio ad offerendum*²²⁷ (um convite ao consumo) para compor o contrato de consumo. Assim sendo, se realizada uma compra por um consumidor atraído pela publicidade (suficientemente precisa) veiculada pelo fornecedor, passará o conteúdo da publicidade a integrar as cláusulas do contrato²²⁸,

²²⁴ MARQUES, 2006, p. 723.

²²⁵ GRINOVER *et al*, 2011, p. 270.

²²⁶ BENJAMIN *apud* MARQUES, 2006, p. 728.

²²⁷ MARQUES, 2006, p. 723.

²²⁸ Sobre a força vinculatória da publicidade, Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin ensinam que “O controle da publicidade pelo Direito não é gratuito ou acadêmico, mas tem fundamentos econômicos, jurídicos e éticos. (...) Mais especificamente, na raiz da força obrigatória da mensagem publicitária está o reconhecimento pelo Direito do poder de influência desse instrumento promocional nas decisões dos consumidores: a publicidade cria expectativas – legítimas – que precisam ser protegidas. Negar essas expectativas é fazer do princípio da confiança letra morta e, a partir daí, desacreditar o próprio mercado. O princípio da vinculação publicitária, portanto, é uma reação direta ao potencial persuasivo das técnicas de *marketing*, que transformam e ampliam, profundamente, a feição da oferta e do consentimento clássicos. Nada mais normal, então que se lhe reconheça valor contratual. A responsabilidade civil, ao interessar-se pela publicidade, segue

como uma espécie de cláusula adicional, não escrita, cujo cumprimento pode ser legitimamente exigido.

No âmbito do comércio eletrônico, do mesmo modo que no comércio tradicional, quando a vontade negocial do fornecedor manifestada por meio de uma publicidade despertar a confiança e criar expectativas legítimas nos consumidores, a publicidade passa a ser mais que simples convite público à oferta²²⁹; pois, conforme já analisado anteriormente, passarão a ter efeito vinculante em relação ao contrato de consumo. Nesse sentido foram as conclusões do V Congresso Brasileiro de Direito do Consumidor em Belo Horizonte em 2000:

No momento em que a oferta suficientemente precisa foi veiculada pela rede mundial denominada Internet, está o fornecedor a ela vinculado; não cabe a retratação do direito civil; é necessária a ciência do fornecedor da aderência do consumidor à sua proposta, ou mesmo da declaração do consumidor ter aceitado a oferta, por se tratar de declaração unilateral de vontade do fornecedor, da qual exsurge obrigação perfeita, *ipso facto*, exigível (aprovada por unanimidade)
A oferta suficientemente precisa veiculada pelo fornecedor, através da Internet, implica, via de regra, contrato de adesão concluído com aderência virtual do consumidor, haja vista que o conteúdo contratual foi pré-elaborado de maneira abstrata, genérica, rígida e uniforme.²³⁰

A prática publicitária na Internet, manifestada por meio de *sites*, *e-mails*, *links*, *spams* e outras práticas virtuais, é comercialmente atrativa: o custo é reduzido e atinge eficientemente um grupo amplo de consumidores que podem realizar compras com alguns *clicks* do *mouse*. Além disso, tal prática se mostra mais sedutora e agressiva, uma vez que se difundem massivamente na Internet, utilizando, de forma estratégica, diversos recursos multimídias para atraírem consumidores. Por outro lado, a oferta publicitária é extremamente efêmera, instantânea; fator que acaba gerando insegurança em relação à validade ou possibilidade de cumprimento das ofertas.

Ao tentar jurisdicizar as novas práticas comerciais e consolidar a aplicação do CDC no ambiente virtual, o objetivo da doutrina é, face ao meio dinâmico da Internet, buscar perenizar as ofertas e publicidades como forma de garantir maior segurança às propostas veiculadas no mercado de consumo. Há uma necessidade de se estabilizar as expectativas legítimas suscitadas nos consumidores por meio da limitação da revogabilidade de termos ou condições das ofertas publicitárias e manter seu caráter vinculativo em relação ao contrato de consumo. A força vinculativa da oferta eletrônica garantida pelo art. 30 do CDC tem a função

uma tendência natural do Direito que, sensível às necessidades sociais e econômicas, vai continuamente reconhecendo a ressarcibilidade de novos danos, isto é, atribui qualidade de dano jurídico a fato que o enfoque tradicional recusava-se a aceitar ou presta pouca ou nenhuma atenção. (GRINOVER *et al.*, 2011, p. 277-278).

²²⁹ MARQUES, 2004, p. 261.

²³⁰ Conclusões publicadas na RDC, vol. 35, p. 265 e ss.

de modificar o comportamento do fornecedor anunciante, obriga-lo a ser mais diligente e fidedigno com as informações veiculadas e, conseqüentemente, impor-lhe o dever de respeitar o consumidor, agir com lealdade e com boa-fé.

Importante notar que o princípio da confiança ganha uma maior relevância no *e-commerce*. Isso ocorre, pois os princípios apresentam uma estrutura aberta e abstrata²³¹ e possuem função primordial de orientação e condicionamento das normas jurídicas²³², característica que garante substancial tutela jurídica dos direitos consumeristas face ao ambiente mutável e complexo da Internet e das práticas comerciais eletrônicas.

A confiança é o efeito da declaração pública da vontade negocial do fornecedor. O princípio da boa-fé objetiva previsto no art. 4º, III, do CDC estipula a boa-fé em todas as condutas negociais, o que implica, conseqüentemente, o zelo pela informação verdadeira e pela proteção da expectativa despertada na sociedade de consumo. Foi a partir desta perspectiva que importantíssimo *leading case* da Ministra Fátima NANCY ANDRIGHI foi fundamentado. No caso em questão, foi veiculada publicidade *online* de automóvel da marca FIAT por revendedora que posteriormente entrou em falência; o fabricante foi responsabilizado pela publicidade da revendedora falida também no comércio eletrônico²³³:

O Código de Defesa do Consumidor 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 ela se utilizar, bem como integra o contrato que vier a ser celebrado. Constatado pelo Tribunal *a quo* que o fornecedor, através de publicidade amplamente divulgada, garantiu a entrega do veículo objeto do 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.²³⁴

O que se percebe na doutrina e na jurisprudência, portanto, é uma proteção jurídica que, diante do comércio eletrônico, busca manter o caráter vinculativo da publicidade suficientemente precisa e, dessa forma, limitar a revogabilidade das ofertas por meio da priorização da expectativa gerada pelo fornecedor anunciante em seus consumidores.

3.3.2 A privacidade do consumidor no comércio eletrônico

²³¹ GUERRA, 2003, p. 87.

²³² Barcellos explica que os princípios “descrevem efeitos relativamente indeterminados, cujo conteúdo, em geral, é a promoção de fins ideais, valores ou metas políticas” (BARCELLOS, 2005, p. 173).

²³³ MARQUES, 2004, p. 266.

²³⁴ STJ, 3ª Turma, Recurso Especial 363.939- MG, rela. Ministra Nancy Andriahi, j. 04.06.2002.

Outra prática comercial bastante comum na Internet – e ao mesmo tempo bastante perigosa- é a coleta de dados pessoais e monitoramento de comportamento e de preferências de consumo. No comércio eletrônico, as informações sobre o consumidor adquire altíssimo valor econômico devido ao seu poder decisório, estratégico e publicitário agregado, sendo, por muitos fornecedores ilicitamente coletadas e comercializadas.

Dentre essas práticas de coleta e monitoramento de dados estão os *cookies*:

Cookies são programas de dados gerados com o objetivo principal de identificação do usuário e de rastreamento e obtenção de dados úteis a seu respeito, tais como hábitos de navegação e de consumo. Frequentemente utilizados por provedores da Internet, estes fichários de dados são enviados aos programas navegadores (*browsers*) e salvos em diretórios específicos do computador usuário²³⁵.

Como afirma Antônio HERMAN e BENJAMIN, “no mundo em que vivemos, é possível identificar quatro tipos básicos de poder: o econômico, o militar, o tecnológico e o da informação. Dos quatro, os arquivos de consumo ostentam três, ou seja, poder econômico, tecnológico e de informação”²³⁶. A cada dia cresce o número de empresas *online* disputando consumidores e suas informações comportamentais e pessoais no ambiente da Internet. Na busca por este “poder informacional”, muitos fornecedores virtuais, eventualmente, utilizam-se de tecnologias neutras como os *cookies* para ilegitimamente obterem informações pessoais, pondo em risco direitos constitucionais fundamentais como o direito à privacidade, previsto no art. 5º, inc. X da Constituição Federal.

Os navegadores atualmente possuem funções que permitem apagar os *cookies* ou mesmo desabilitar seu recebimento, contudo, como observa Zanellato, “o usuário paga caro pela navegação anônima no oceano virtual da Web. Com efeito, mergulha num mundo de senhas , preferências que precisam ser renovadas a cada visita ao site, páginas que não abrem sem a presença dos terríveis ‘biscoitos’”²³⁷.

Ademais, a maioria dos consumidores *online* não possui conhecimento dessas práticas de monitoramento via *cookies*. Aproveitando desse desconhecimento, muitas empresas virtuais manipulam os *cookies* e os dados cadastrais de seus clientes e os negociam a título oneroso para outras empresas de comércio eletrônico²³⁸, prática que pode causar dano ao consumidor²³⁹.

²³⁵ CARVALHO, 2003, p. 114.

²³⁶ GRINOVER *et al*, 2011, p. 420.

²³⁷ ZANELLATO, 2003, p. 380.

²³⁸ MARTINS, 2008, p. 231.

²³⁹ Além dos danos à privacidade, a venda ou retransmissão de dados cadastrais e comportamentais de consumidores entre as empresas de *e-commerce* estimula a publicidade ilícita e não solicitada (*spam*).

Importante observar também que a má utilização de *cookies* viola o disposto no art. 43, § 2º do CDC que prevê que a inclusão do consumidor em banco de dados por intermédio de cadastro, ficha ou registro, deve ser comunicada ao consumidor, quando não solicitada por este.

Na maioria dos sites comerciais atualmente acessados na Internet, os consumidores não são alertados, de forma ativa e direta, que seus dados e preferências estão sendo monitorados e gravados. Somente tomam consciência de tal fato quando são avisados pelo *browser* (programa navegador da Internet) ou possuem conhecimento prévio sobre o funcionamento dos *cookies*. Como consequência, nas palavras de SILVA NETO:

Assim, grande parte dos cidadãos/ usuários têm seu dados pessoais manipulados (obviamente sem seu conhecimento e autorização) por diversos *webmasters* brasileiros, o que contaria o direito à inviolabilidade da nossa intimidade e de nossa vida privada, constitucionalmente garantido, como também contaria o Código de Defesa do Consumidor, o qual determina que todos os dados coletados, quando não solicitados, devem ser comunicados²⁴⁰

A maior parte da doutrina defende que a prática indiscriminada dos *cookies*, sem maiores orientações ao usuário, viola a legislação consumerista sob a perspectiva da boa-fé objetiva e do direito básico à informação (art. 6º, III, do CDC), podendo, ainda, ser considerada uma prática abusiva (art. 39 do CDC)²⁴¹.

Deve-se observar que a relação entre o consumidor *online* e o fornecedor atuante no comércio eletrônico deve ser guiada pela transparência, pela informação clara e precisa e pela lealdade. O fornecedor deve providenciar o máximo de informação ao consumidor no intuito de auxiliar sua tomada de decisão. Ao captar dados de consumo ou pessoais dos internautas anonimamente, negligencia o fornecedor o seu dever de lealdade e informação e, conseqüentemente, viola a privacidade e os direitos consumeristas a que todos os cidadãos fazem jus no ordenamento jurídico brasileiro.

Entretanto, deve-se frisar que a tecnologia dos *cookies* é neutra, totalmente lícita e visa a praticidade e facilidade do acesso de seus usuários. O grande problema está na má utilização dessas tecnologias, isto é, na captação não informada ou sem consentimento dos consumidores ou, ainda, a utilização para fins ilícitos. Daí a importância da transparência e proatividade da empresa de comércio eletrônico em divulgar a seus clientes sobre qual o nível de segurança empregado no gerenciamento de dados cadastrais e transacionais e como serão usadas as informações captadas via *cookies*. Ao mesmo tempo em que os *cookies*

²⁴⁰ SILVA NETO, 2001, p. 83.

²⁴¹ MARTINS, 2008, p. 232.

representam uma maior comodidade ao usuário e uma navegação personalizada, por outro, é um recurso potencialmente invasivo e lesivo à privacidade, uma vez que pode disponibilizar dados sobre hábitos de consumo às empresas ou a indivíduos mal intencionados. Dessa forma, é ilícita toda e qualquer forma de utilização dos *cookies* “para fins não previamente informados ao usuário ou que não contem com sua expressa concordância. Incluem-se notadamente, a divulgação dos dados coletados a terceiros para envio de publicidade, a criação de perfis eletrônicos, e a troca de informações entre *web sites*, entre outros.”²⁴²

Newton DE LUCCA ainda adverte sobre a manipulação de dados cadastrais pelos fornecedores no comércio eletrônico:

Dependendo do grau de pormenorização dos dados que ele venha a fornecer no preenchimento do cadastro *online*, as empresas terão a possibilidade de individualizá-lo a tal ponto que será possível saber não apenas endereço, telefone, local onde trabalha etc., como também sua preferências pessoais, os horários em que costuma estar em sua residência, entrando e saindo da Internet e – mais importante do que tudo isso- quando, como e onde despende seu dinheiro (...)²⁴³

Neste desafio do Direito do Consumidor em equilibrar os interesses comerciais das empresas na Internet de um lado e a privacidade e a proteção do consumidor vulnerável de outro, fundamental se faz reforçar a ideia de que não há vazio jurídico quanto à responsabilização e punibilidade dos infratores no comércio eletrônico que praticam captação e utilização ilegal de dados²⁴⁴, uma vez que o CDC é totalmente aplicável (arts. 6º, III; 43, § 2º ; e 39) e nos casos de violação de privacidade, a Constituição Federal fornece absoluta proteção (art. 5º, X).

3.3.3 A comercialização eletrônica à distância e o direito de arrependimento

O art. 49 do CDC prevê que o consumidor pode se arrepender e revogar sua declaração de vontade manifestada na celebração de uma relação jurídica de consumo:

Art. 49. O consumidor pode desistir do contrato, no prazo de 7 dias a contar de sua assinatura ou do ato de recebimento do produto ou serviço, sempre que a contratação de fornecimento de produtos e serviços ocorrer fora do estabelecimento comercial, especialmente por telefone ou a domicílio.

²⁴² LEONARDI, 2005, p.144.

²⁴³ DE LUCCA, 2003, 122-124.

²⁴⁴ De acordo com a Portaria 5 da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça de agosto de 2002 dispôs em seu art. 1º que é abusiva a cláusula que “imponha ao consumidor, nos contratos de adesão, a obrigação de manifestar-se contra a transferência onerosa ou não para terceiros, dos dados cadastrais confiados ao fornecedor” e aquela que “autorize o fornecedor a investigar a vida privada do consumidor”(DE LUCCA, 2003, p. 126-127).

O direito de arrependimento pode ser exercido independentemente de justificativa ou motivação específica. Se o contrato de consumo foi celebrado fora do estabelecimento comercial do fornecedor, preenchido estará o requisito para o pleno exercício do arrependimento.

O objetivo da norma em questão é a proteção contra práticas comerciais que pressionem ou distorçam a decisão racional e prudente do consumidor, que são os casos das vendas a domicílio e por telefone. Quando o consumidor se dirige a um estabelecimento comercial para realizar uma compra, normalmente, ele pesquisa preços, modelos, marcas, utilidades e especificações técnicas etc. Seu poder de decisão ao adentrar o estabelecimento físico, presumidamente, é maior²⁴⁵.

Já nas situações em que não há essa preparação prévia, isto é, nos casos de práticas comerciais mais incisivas e persuasivas – como a venda a domicílio ou por telefone –, o discernimento do consumidor – especialmente quanto ao que está contratando, as condições de pagamento e o impacto em seu orçamento – fica prejudicado. No ambiente virtual, situação semelhante se observa, uma vez que o consumidor é bombardeado constantemente por propagandas em vídeo, *pop-ups*, *spams* etc. A publicidade massificada e persuasiva largamente difundida no meio virtual aliada à comodidade e facilidade da compra – muitas vezes realizada com alguns cliques do *mouse* – acabam por gerar compras impulsivas e impremeditadas:

Os meios de comunicação passaram a criar necessidade, a forçar a contratação para aquisição de coisas de utilidades duvidosas. Pergunta-se: Há efetivo consentimento em contratar? O Código de Proteção e Defesa do Consumidor responde que não, através da criação do direito de arrependimento, uma figura jurídica indispensável para uma sociedade de massas influenciada, muitas vezes de maneira ilegal, pelos meios de comunicação²⁴⁶.

Tais práticas ampliam a vulnerabilidade do consumidor e é visando oportunizar uma maturação dessa decisão, que o CDC previu um prazo de reflexão ao longo do qual o consumidor poderá ponderar mais detidamente sobre sua escolha.

Outro fator que influencia a tomada de decisão pelo consumidor é a falta de contato direto com o produto. Ao comprar fora do estabelecimento comercial por telefone ou via Internet, por exemplo, o consumidor não entra em contato com o produto, fica impossibilitado de avaliar a qualidade, segurança e existência de defeitos. Dessa forma, além das práticas comerciais agressivas, a proteção pelo desconhecimento prévio do bem a ser adquirido

²⁴⁵ GRINOVER *et al*, 2011, p.565.

²⁴⁶ CASADO *apud* LEAL, 2009, p. 108.

também é uma das finalidades do direito de arrependimento. Em vista disso, observa Guilherme Magalhães MARTINS:

Na medida em que o consumidor, nessas condições, possui menor possibilidade de avaliar o que estava contratando, deve lhe ser assegurado o prazo de arrependimento, não só nos contratos em distância em geral – tais como a venda porta a porta, por telefone, reembolso postal, por *fax*, vídeo-texto, por prospectos etc. –, como também no contratos via Internet, ate mesmo pela disseminação de tais praticas, à margem de uma regulamentação, a partir destas novas técnicas, que permitem que o consumidor contrate sem sair de sua casa, muitas vezes com empresas e fornecedores de outros países²⁴⁷.

Apesar de ter sido originariamente previsto para tutelar consumidores que viessem a efetuar compras por meio telefônico ou por vendas a domicílio – situações em que consumidores não comparecem ao estabelecimento do vendedor – certo é que não há qualquer restrição de aplicação do direito de arrependimento no âmbito do comércio eletrônico²⁴⁸. A doutrina majoritária orienta-se pela aplicação do regime do direito de arrependimento ao comércio eletrônico²⁴⁹. Ademais, o art. 49 ao enumerar algumas formas de contratação de consumo fora do estabelecimento – venda a domicílio e por telefone – o fez de forma exemplificativa e não taxativa, pois “o caráter de *numerus apertus* desse elenco é dado pelo advérbio ‘especialmente’, constante da norma. Essa expressão indica claramente o propósito da lei de enumerar exemplos e não hipóteses taxativas. Toda relação de consumo que for celebrada fora do estabelecimento comercial está sujeita ao regime do direito de arrependimento”²⁵⁰.

No que diz respeito ao prazo de arrependimento, a contagem pode ser iniciada do dia da assinatura do contrato ou do efetivo recebimento do produto. Como ainda há controvérsias sobre o momento de celebração dos contratos eletrônicos e como deve-se usar a interpretação mais benéfica ao consumidor, o dia inicial será o que ocorrer por último; logo, o prazo de reflexão terá início a partir da efetiva entrega do produto²⁵¹.

3.4 A responsabilidade civil dos sites de intermediação de comércio eletrônico à luz do Código de Defesa do Consumidor

Analisar a problemática da responsabilidade civil nas relações de consumo no âmbito da Internet é uma tarefa difícil, principalmente por causa da ausência de normas regulatórias e

²⁴⁷ MARTINS, 2003, p. 189.

²⁴⁸ DIAS, 2004, p. 130.

²⁴⁹ MARQUES, 2004, p. 278.

²⁵⁰ GRINOVER *et al*, 2011, p.565.

²⁵¹ GRINOVER *et al*, 2011, p 563.

a da potencialidade lesiva de seus recursos e aplicações. Por isso, o professor Erik JAYME alerta:

No que concerne às novas tecnologias, a comunicação, facilitada pelas redes globais, determina uma maior vulnerabilidade daqueles que se comunicam. Cada um de nós, ao utilizar pacificamente seu computador, já recebeu o choque de perceber que uma força desconhecida e exterior invadia o seu próprio programa, e o fato de não conhecer o adversário preocupa ainda mais. Os juristas combatem as práticas fraudulentas através de instrumentos clássicos da responsabilidade civil delitual, enquanto os malfeitores escapam a todos os controles e se protegem em um espaço virtual. De outro lado, o comércio eletrônico levanta a questão do sistema jurídico de proteção efetiva dos consumidores.²⁵²

Contudo, apesar da multiplicação dos danos decorrentes das diversas aplicações e utilidades proporcionadas pela Internet atualmente, deve-se ponderar detidamente sobre as situações ensejadoras de responsabilidade civil nas relações de consumo eletrônicas de modo a não expandir excessivamente a noção de dano passível de ressarcimento²⁵³.

Em função do intenso crescimento do comércio eletrônico via Internet nos últimos anos, surgiram diversas empresas virtuais, verdadeiros sites comerciais (também chamados de *sites* de intermediação ou *sites* de leilão), que passaram a realizar a aproximação dos consumidores com os produtos de diversos fornecedores e a intermediar as transações comerciais neste meio virtual – tais *sites* utilizam diferentes formas e estratégias de intermediação como leilões virtuais (Mercado livre), *sites* de compras coletivas (Groupon), as lojas virtuais (Submarino). Há, de fato, *sites* de comércio eletrônico de empresários que ofertam no ambiente virtual por conta própria (como é o caso de empresas já existentes no mercado tradicional que criam seu próprio *site*). Entretanto, o foco do presente estudo são os *sites* que se apresentam como ponto de negociação entre interessados, que podem envolver fornecedores profissionais e consumidores (B2C) ou simplesmente usuários pessoas físicas (C2C).

Quando o consumidor internauta acessa tais *sites* de intermediação de negócios na Internet, depara-se, ao se cadastrar e ler os “Termos e Condições Gerais de Uso”²⁵⁴, com diversas cláusulas de irresponsabilidade, as quais se justificam sobre o argumento de que a atividade de mera intermediação de transações comerciais não atribui aos *sites* caráter de parte no contratos eletrônicos e, portanto, estão isentos de qualquer responsabilidade.

²⁵² JAYME *apud* MARTINS, 2008, p. 57.

²⁵³ MARTINS, 2008, p. 57.

²⁵⁴ “O MercadoLivre se responsabiliza por eventuais danos causados aos seus usuários por defeitos ou vícios relativos exclusivamente à prestação do seu serviço de hospedagem e veiculação de anúncios nos sites www.mercadolivre.com.br e www.arremate.com.br, desde que o MercadoLivre tenha dado causa aos referidos defeitos ou vícios. Esclareça-se, por oportuno, que o MercadoLivre não se responsabiliza por vícios ou defeitos técnicos e/ou operacionais oriundos do sistema do usuário ou de terceiros.” Disponível em: http://www.mercadolivre.com.br/seguro_terminos.html.

A problemática que se apresenta com essa nova prática comercial de intermediação é definir se tais *sites* funcionam como simples espaços publicitários para os demais fornecedores, equiparando-se a veículos de informação de forma semelhante a um jornal que oferece classificados; ou se podem ser considerados, nos casos de B2C, fornecedores integrantes da cadeia de fornecimento, podendo ser responsabilizados de forma solidária com os demais fornecedores.

No presente estudo, a responsabilidade dos *sites* de intermediação de comércio eletrônico B2C²⁵⁵ será analisada com base em dois aspectos: a teoria do risco-proveito e a natureza da atividade para fins de integração à cadeia de solidariedade.

3.4.1 A teoria do risco-proveito e o lucro auferido pelos sites intermediadores de comércio eletrônico via Internet

Como já abordado no presente trabalho, as novas tecnologias e avanços científicos possibilitaram a ampliação do potencial mercadológico das empresas por meio do comércio eletrônico. A sociedade de consumo de massas, existente desde a Revolução Industrial, passou a introduzir um maior volume de mercadorias e serviços no mercado. Paralelamente ao crescimento econômico obtido por essas empresas, aumentou-se também a possibilidade de danos em massa²⁵⁶.

Em razão da massificação das relações de consumo e da dificuldade em se apurar a culpa, a sistemática de responsabilização, como se observou em vários países²⁵⁷, migrou para um regramento objetivo. Por uma questão de utilidade – face à impossibilidade técnica de apurar a culpa em cada novo engenho ou mecanismo tecnológico inserido no mercado – e de justiça – distribuição do ônus dos riscos sociais pela imputação objetiva de responsabilidade àqueles que lucram diretamente com a atividade danosa²⁵⁸ – houve um abandono da necessidade de se atestar a existência de culpa em prol da proteção do direito à indenização das vítimas, construindo o que se denomina *direito de danos*:

A expressão *direito de danos*, em grande medida indica a mudança do paradigma de exames de questão relativas à responsabilidade civil, assim como seus fundamentos.

²⁵⁵ O foco será a responsabilidade nas relações B2C. Contudo, a responsabilidade na relação C2C será abordada ao final do capítulo.

²⁵⁶ Segundo Bruno Miragem, danos de massa são os danos caracterizado pelo grande número de vítimas ou causados em série; consequência das massificação da produção e da distribuição de produtos e serviços inseguros (MIRAGEM, 2010, p. 351)

²⁵⁷ Ao longo do século XIX, países como Alemanha, França, Inglaterra começaram instituir em suas legislações sistema de indenização independente de culpa em áreas específicas como nos acidentes com trabalhadores industriais e em estradas de ferro.

²⁵⁸ Pelo sistema de preços cobrados pelos produtos, os fornecedores podem repassar os ônus decorrentes de acidentes de consumo ou vícios para o mercado consumidor, socializando de forma eficiente os riscos de sua atividade.

A diretriz básica do *direito de danos* é a reparação destes danos, relativizando ou esmaecendo as diferenças entre as fontes do dever violado (contratual ou extracontratual). O direito de danos, assim, tem sua unidade assegurada pelo atingimento dos objetivos de reparação dos danos causados e da proteção da vítima, aproximando as duas principais fontes das obrigações, quais sejam, contrato e delito.²⁵⁹

A partir dessa mudança paradigmática, a responsabilidade civil objetiva passou a ter maior aceitação nas legislações de vários países. Na busca de um fundamento que justificasse a objetivação da responsabilidade, ganhou destaque na França a *teoria do risco* a qual imputava ao autor de uma atividade de risco na sociedade o ônus dos prejuízos por ele causado independentemente de ter agido com culpa. Na doutrina, essa teoria teve grande evolução, surgindo outras espécies: *risco-integral*, *risco-proveito*, *risco-criado*, *risco profissional*, *risco excepcional*.

O CDC adotou a *teoria do risco empreendimento*, subespécie da *teoria do risco-proveito*²⁶⁰. Segundo essa teoria, todo aquele que promove atividade de risco auferindo vantagem econômica, deve arcar com os prejuízos decorrentes dessa mesma atividade, isto é, quem tem o bônus, também deve suportar o ônus:

No direito do consumidor, seja pela posição negocial ocupada pelo fornecedor – responsável pela reparação dos danos causados – ou mesmo pelo aspecto econômico que envolve a relação de consumo no mercado de consumo –, o fundamento essencial do regime de responsabilidade objetiva do fornecedor é a teoria do *risco-proveito*. Ou seja, responde pelos riscos de danos causados por atividades que dão causa a tais riscos aqueles que a promovem, obtendo delas vantagem econômica.²⁶¹

Não obstante a imputação do ônus do empreendimento ao seu autor, é importante notar que a teoria do *risco-proveito* gera, na verdade, uma redistribuição dos riscos na sociedade. Isso ocorre, pois, ao transferir independentemente de culpa os custos dos danos ao fornecedor, este não arcará com os prejuízos e promoverá uma socialização dos custos dos danos por meio do sistema de preços aplicados no mercado de consumo:

Trata-se, no caso, da distribuição dos custos que representam os riscos causados pela atividade de fornecimento dos produtos e serviços no mercado de consumo. E não se diga que o fornecedor suportará tais custos. Apenas que se elege um critério eficiente de sua redistribuição por toda a cadeia de fornecimento, uma vez que os mesmos serão necessariamente repassados, por intermédio do sistema de preços, a todos os consumidores que terminam por remunerar o fornecedor também em

²⁵⁹ MIRAGEM, 2010, p. 353.

²⁶⁰ WOLKOFF, 2010, p. 18.

²⁶¹ MIRAGEM, 2010, p. 354.

consideração dos custos representados pelas eventuais indenizações que ele venha suportar²⁶².

A partir dessa perspectiva, todo aquele que realizar alguma atividade no mercado de consumo – seja produzindo, estocando, distribuindo ou comercializando²⁶³ – deverá arcar com os ônus desse empreendimento. Quando se analisa a atividade dos *sites* de comércio eletrônico, percebe-se que atuam na introdução e circulação de bens e serviços no mercado de consumo de forma lucrativa – o lucro é o proveito, a vantagem econômica –, ou seja, comercializam produtos e serviços de fornecedores profissionais praticando um empreendimento que traz uma série de benefícios – ausência de custos operacionais com depósito e frete dos bens²⁶⁴, atendimento a um número muito mais amplo de consumidores, oferta de maior número de produtos se comparados aos comerciantes tradicionais etc. –; mas que, em contrapartida, o empreendimento realizado pelo *site* traz também diversos ônus – cumprimento da oferta e dos prazos, fornecimento de informação correta e suficiente ao consumidor, proteção dos dados das transações eletrônicas, eventuais defeitos ou vícios nos produtos ou serviços ofertados.

Assim, o cerne da questão encontra-se na forma como o *site*, uma atividade economicamente organizada²⁶⁵, é remunerado. Duas são as formas de remuneração dos *sites* de intermediação. Há remuneração indireta decorrente de publicidade e, nessa hipótese, geralmente, o *site* não vende nem participa de alguma maneira do produto ou serviço veiculado em oferta publicitária. A outra forma de remuneração é a direta, que consiste no recebimento de uma porcentagem do valor transacionado no *site*. Nesse caso, o *site* disponibiliza o meio eletrônico para pagamento (ou possui parceria com empresa especializada em intermediação de pagamentos *online* como o Mercado Pago e o Paypal), administra os dados bancários das partes contratantes e efetua a transação, retirando automaticamente a porcentagem (espécie de comissão) por cada transação realizada no *site*.

²⁶² MIRAGEM, 2010, p. 355.

²⁶³ CAVALIERI FILHO, 2010, p. 514.

²⁶⁴ Vale lembrar que os sites de *e-commerce* analisados são aqueles que intermediam a venda de fornecedores profissionais e que não possuem estoque próprio, isto é, não são classificados como sites comerciais *inhouse*. (PINEHIRO, 2010, p. 236).

²⁶⁵ O conceito de empresa, conforme observa Mácia Mallmann Lippert “se dá pela dedução da soma dos conceitos de empresário e estabelecimento. Esse silogismo leva à conclusão de que a 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 do Código, como composta por ‘três fatores, em unidade indecomponível; 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 *apud* DA ROCHA, 2005, p. 39). Partindo-se dessa noção, os *sites* de intermediação de comércio eletrônico são empresas, haja vista desenvolverem, por meio de um estabelecimento virtual, atividade econômica organizada para a circulação de bens ou serviços (conjugação dos arts. 966 e 1.142 do Código Civil). A adequação jurídica dos *sites* como estabelecimento virtual ainda suscita divergências na doutrina. Contudo, Fabio Ulhoa Coelho defende que os *sites*, apesar de suas peculiaridades, possuem idêntica natureza jurídica com o estabelecimento físico (GUARINO, 2007). Com isso, ainda que o empresário atue com estabelecimento virtual, precisa ser registrado da mesma forma que o empresário que atua por meio de estabelecimento físico tradicional. É necessário, portanto, dirigir-se a Junta Comercial e inscrever-se no CNPJ para que possa atuar regularmente.

Quando os *sites* são remunerados apenas de forma indireta, comportam-se como anúncios de jornal, pois simplesmente dão visibilidade às ofertas dos fornecedores e não realizam a intermediação do negócio. Todavia, quando realizam a intermediação, passam a ser remunerados diretamente e o caráter de simples veículo publicitário começa a se desconfigurar. No que diz respeito à cobrança de comissão na intermediação, Patrícia Peck PINHEIRO explica que:

Alguns sites cobram comissão por disponibilizar essa interface; outros preferem lucrar apenas com o volume de visitas de suas páginas, tirando seu faturamento de eventuais anunciantes. Neste último caso, o site se assemelha mais a uma vitrina de anúncios classificados, não pesando sobre a empresa nenhuma responsabilidade quanto à qualidade dos produtos transacionados. O primeiro caso é mais complicado: se o site cobra comissão, age como leiloeiro- nesse caso, teria, em princípio, que avaliar todos os produtos negociados (o que devido ao volume gerado pela Internet é bastante complicado). Se um consumidor for lesado num *site* desse tipo, o ônus de compensá-lo deve ficar com a empresa que fez a intermediação, no caso, o *site*. Isso obrigará os *sites* que quiserem cobrar comissões a conhecer as mercadorias negociadas, trazendo credibilidade para o próprio site, pois o consumidor se sentiria seguro quando realizar uma compra. No primeiro caso, a empresa pode até cobrar pelo serviço (como um jornal cobra pelos anúncios sem ter a obrigação de garantir a autenticidade do que é anunciado); mas importante que a cobrança não se estenda a uma comissão sobre o valor da venda. É muito melhor que o *site* se caracterize como um *e-market*, uma feira livre virtual de troca de mercadorias, do que um *site* de leilão, em razão do nível de responsabilidade jurídica que sobre este último recai.²⁶⁶

Em vista disso, percebe-se que, ao atuarem como plataforma de vendas e participarem dos lucros auferidos por seus usuários, os *sites* de *e-commerce* não figuram como simples mídia publicitária, uma vez que não são remunerados em razão da disponibilização de espaço para anúncios, mas sim em função da venda de cada produto. Não há como equiparar os dois serviços, pois a atividade publicitária de classificados em jornais, diferente dos *sites*, cobram um preço fixo pelo anúncio, inexistindo relação do lucro obtido com a atividade e o valor do negócio efetuado. A remuneração recebida pelos sites de *e-commerce* retira-lhe o caráter de mera vitrine de exposições de produtos e os caracterizam como pontos de comércio eletrônico, verdadeiras feiras de vendas²⁶⁷. Dessa forma, é sensato considerar que, a partir do momento em que lucram diretamente com as transações realizadas, os *sites* passam a desenvolver atividade nitidamente remunerada (art. 3º, § 2º do CDC) e constituem uma relação de consumo como prestadores de serviços de intermediação entre os fornecedores e consumidores.

²⁶⁶ PINHEIRO, 2010, p. 234.

²⁶⁷ PINHEIRO, 2010, p. 114.

Em decorrência dos benefícios percebidos pelos fornecedores e pelos *sites* de intermediação com a utilização do comércio eletrônico, Roberto Silva DA ROCHA salienta que:

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 as 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 empreendimento²⁶⁸.

Nota-se, portanto, que, em razão da teoria do *risco-proveito*, a princípio, há responsabilidade dos sites intermediadores de comércio eletrônico²⁶⁹; uma vez que, quando recebem percentual das transações realizadas, percebem o lucro que tal prática comercial lhes proporciona; contudo, em contrapartida, devem assumir os riscos do empreendimento desenvolvido, respondendo objetivamente pelos eventuais danos causados ao consumidor²⁷⁰.

3.4.2. A solidariedade da cadeia de fornecimento e a natureza da atividade desenvolvida pelos sites de intermediação de comércio eletrônico

Além da teoria do *risco-proveito*, há outros aspectos que justificam a imputação de responsabilidade objetiva aos sites intermediadores de comércio eletrônico como membros integrantes da cadeia de fornecimento.

Inicialmente, importante pontuar que 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 atividade para uma finalidade comum, qual seja, a de poder oferecer no mercado produtos e serviços para os consumidores”²⁷¹. Em virtude desse complexo grupo de fornecedores atuantes no mercado de consumo, o consumidor, muitas vezes, não percebe que independentemente de relação

²⁶⁸ DA ROCHA, 2005, p. 289-290.

²⁶⁹ Por outro lado, quando oferecem apenas o serviço eletrônico de classificados, atuando apenas como “vitrines virtuais”, a responsabilidade pelos anúncios recai sobre aqueles que o veicularam de acordo com art. 30 do Código de Defesa do Consumidor.

²⁷⁰ Corroborando com os ensinamentos de Patrícia Peck, Leonardi entende que: “A exigência dessa comissão vinculada à venda dos produtos ou serviços impõe a essas empresas o dever de fiscalizar atentamente os anúncios realizados por seus usuários, encargo que não pode ser transferido aos terceiros porventura lesados pelo anúncio. Vale dizer, a fiscalização dos produtos e serviços oferecidos no web site de ‘leilão’ é um ônus exclusivo da empresa que o opera, já que ela se beneficia diretamente das vendas realizadas por seu intermédio.

Ressalte-se que é a cobrança de comissão que acarreta a responsabilidade objetiva da empresa de “leilão virtual” pelos produtos e serviços comercializados, sendo que tanto o comprador quanto o vendedor cadastrados junto ao web site da empresa são consumidores dos serviços de intermediação por ela oferecidos. Este ponto é de fundamental importância, pois, se não houvesse a cobrança da comissão, mas apenas do uso do espaço publicitário, a empresa de “leilão virtual” seria equiparada a veículo de comunicação – tal como um jornal que oferece classificados – e, assim, estaria isenta tanto de responsabilidade pelas transações realizadas, quanto do dever de fiscalizar o conteúdo de seus anúncios, papel que caberia apenas aos terceiros eventualmente lesados” (LEONARDI, 2005, p. 119).

²⁷¹ DA ROCHA, 2005, p. 259.

contratual, pode exigir garantia e informação diretamente de qualquer dos membros da cadeia de fornecimento. Isso é possível, pois a nova teoria contratual “permite essa visão de 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.”²⁷²

Assim, guiado pelo corolário da garantia do ressarcimento dos danos ao consumidor-vítima e por uma estratégia jurídica de expandir a legitimidade passiva da ação indenizatória em favor do consumidor, o CDC estipulou a solidariedade²⁷³ dos agentes econômicos participantes da cadeia de fornecimento²⁷⁴ nos termos do Art. 7º, parágrafo único, CDC: “Tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo”²⁷⁵. Dessa forma, FILOMENO argumenta que “como a responsabilidade é objetiva, decorrente da simples colocação no mercado de determinado produto ou prestação de dado serviço, ao consumidor é conferido o direito de intentar as medidas contra todos os que estiverem na cadeia de responsabilidade que propiciou a colocação do mesmo produto no mercado”²⁷⁶. Logo, percebe-se que a atribuição de responsabilidade pelo fato do produto ou serviços aos *sites* intermediadores de negócios consiste em identificar aspectos que justifiquem enquadrá-los na cadeia de fornecimento.

Ao analisarmos a atividade das empresas de intermediação de *e-commerce*, nota-se que atuam como mediadores da contratação, despertando a confiança dos consumidores e os estimulando a realizar negócios por meio da Internet. Observa-se que elas contribuem ativamente para a colocação de produtos e serviços no mercado de consumo. Realizam, de fato, uma atividade de facilitação das vendas por meio da comercialização ampla e cômoda de produtos e serviços de diversos fornecedores em seus *sites*²⁷⁷. Agem cumulativamente com os fornecedores originários, colaboram para o escoamento da produção e consolidam e ampliam o mercado de consumo para os demais membros da cadeia de fornecimento, criando um público consumidor vinculado ao *site*. Nesse sentido, ensina Roberto Silva DA ROCHA:

²⁷² DA ROCHA, 2005, p. 259.

²⁷³ A solidariedade da cadeia de fornecimento teve reflexos nos elementos constitutivos da responsabilidade, mais especificamente no nexo causal. Este elemento trata-se da relação lógica de causa e efeito entre uma conduta e o dano gerado. Na conjuntura atual, a massificação do consumo e os avanços tecnológicos geraram acentuadas dificuldades de se comprovar o nexo causal. Por uma questão prática, o CDC, ao estabelecer a solidariedade dos fornecedores, adotou, implicitamente, a teoria da causalidade alternativa a qual tem a finalidade de resolver o problema da dificuldade da demonstração de quem tenha sido o agente causador do dano, quando este tenha sido causado por pessoa incerta pertencente a grupo determinado. Agiu dessa maneira o legislador com o intuito de proteger os direitos do consumidor-vítima nas hipóteses do fato do produto ou do serviço. Consistiu em uma estratégia jurídica de expandir a legitimidade passiva da ação indenizatória em favor do consumidor.

²⁷⁴ No mesmo sentido do Art. 7º estão os Arts. 12, 14, 18 e 20 do CDC.

²⁷⁵ Buscou, dessa forma, promover uma distribuição dos riscos a todos os membros envolvidos na produção e colocação dos produtos e serviços no mercado de consumo.

²⁷⁶ GRINOVER *et al*, 2011, p. 176.

²⁷⁷ Importante lembrar que “a empresa que atua na Internet deve estar constituída e regularizada segundo as normas ordinárias já instituídas. Assim, deverá obter um CNPJ junto ao Fisco Federal” (GUARINO, 2007, p. 164).

Em razão do seu enorme número de acessos e operações comerciais, o *site* de intermediação acaba por constituir 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, demandando uma regulação jurídica apropriada.

Enquanto para um contratante eventual da *Web*, sem fundo de comércio consolidado, pode ser mais lucrativo frustrar seus credores e depois adotar nova identificação no ciberespaço, para um *site* especializado em intermediar o comércio eletrônico o principal ativo da sua empresa é exatamente a sua identificação perante determinado público-alvo²⁷⁸.

Dessa maneira, é possível fazer uma analogia entre a atuação do comerciante tradicional e o os *sites* de *e-commerce*. Por exemplo, quando o consumidor vai ao supermercado, o faz primeiramente pela acessibilidade ao produto, uma vez que seria inviável ter que se deslocar ao estabelecimento de cada fornecedor para comprar todos os artigos da lista de compras; assim, o supermercado é um centro comercial que torna mais acessível diversos produtos ao cliente. Em segundo lugar, o consumidor escolhe determinado supermercado em função da confiança que este lhe desperta em razão da qualidade dos produtos ofertados, da segurança e comodidade que o estabelecimento oferece e, principalmente, em função da responsabilidade assumida pelo comerciante em caso de defeito ou vício dos produtos consumidos. Lógica semelhante opera-se na Internet, tendo em vista que para não terem que se deslocar a diversos estabelecimentos comerciais ou vagarem indistintamente por diversos *sites* – eventualmente inseguros ou desconhecidos – de diferentes fabricantes, recorre o consumidor aos *sites* de intermediação que reúnem diversos produtos em um único ponto comercial virtual. Um dos motivos que os internautas escolhem determinado *site* de intermediação, confiando-lhe seus dados pessoais e bancários, é a segurança na transação e a garantia de ter a quem recorrer em caso de eventual dano. Por conseguinte, parece plausível considerar que tanto o supermercado quanto o *site* de intermediação, em seus diferentes contextos de atuação, ocupam posição semelhante na cadeia de fornecimento.

Pode-se notar que os *sites* em questão agem de forma análoga a comerciantes tradicionais, pois cativam determinado público consumidor pela confiança despertada na segurança e qualidade do ponto comercial virtual e intermediam a cadeia de circulação de riquezas no mercado de consumo. Desse modo, para fins de aplicação do CDC, é razoável considera-los integrantes da cadeia fornecimento e atribuir-lhes responsabilidade equivalente

²⁷⁸ DA ROCHA, 2005, p. 248.

a dos comerciantes tradicionais²⁷⁹ (também chamados de *fornecedores aparentes*, conforme já explicado no presente trabalho).

A incorporação desses sites à cadeia de fornecimento como comerciantes torna-se imperativa, uma vez que existe o dever por parte do site de verificar a possibilidade de cumprimento daquilo que foi ofertado. Isso envolve escolher fornecedores idôneos, fiscalizar o que está sendo comercializado, averiguar a qualidade das instalações dos prestadores de serviços. Quando o consumidor adquire um produto ou serviço nos sites de intermediação, desperta-se nele uma expectativa legítima de que toda a cadeia de fornecimento, incluindo o *site*, buscou introduzir no mercado bens e serviços seguros (sem defeitos) e funcionais (sem vícios). Não pode o *site* promover diversas marcas e anunciar produtos e serviços vantajosos para o cliente sem ter essa cautela na escolha de seus parceiros comerciais e na fiscalização do que está sendo comercializado.

Os consumidores internautas, em razão da vulnerabilidade e do anonimato das relações estabelecidas na Internet, buscam utilizar dos *sites* de comércio eletrônico com 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”²⁸⁰. O *site*, ao se promover como meio para a realização de contratos eletrônicos de consumo mediante forte apelo publicitário, induz os consumidores a confiar no aparato tecnológico proposto e na qualidade dos produtos e serviços disponibilizados. Ao se isentar de responsabilidade, o *site* não zela pela confiança despertada no consumidor, não se preocupa em evitar possíveis danos e potencializa os riscos pela ampliação do mercado consumidor de fornecedor não identificável ou cujos produtos ou serviços sejam defeituosos ou perigosos. Por isso, ressalta-se que tais sites integram o ciclo de fornecimento de forma equivalente a comerciantes²⁸¹.

²⁷⁹ O comerciante é um mero intermediário na cadeia de circulação de riquezas e não interfere no processo produtivo estritamente considerado. Nesse sentido, Fábio Ulhoa explica que o “comerciante é o mero intermediário no fornecimento de produtos fabricados, construídos ou produzidos no Brasil ou para aqui importados. O conceito abrange tanto o varejista como o atacadista, bastando à sua determinação que inexistam qualquer atividade industrial ou manufatureira de sua parte na circulação econômica do bem. Na sua caracterização, outrossim, são totalmente irrelevantes os contornos elaborados pela doutrina comercialista, a partir da teoria dos atos de comércio ou mesmo da empresa. Assim, há fornecedores considerados comerciantes pelo direito comercial que não o são para o direito do consumidor, tais o industrial, banqueiro e construtor; e há os considerados comerciantes pelo direito do consumidor, que não o são para o direito comercial, como a cooperativa. Para a doutrina, o comerciante é denominado fornecedor aparente.” (COELHO, 2006, p. 281-282).

²⁸⁰ DA ROCHA, 2005, p. 235.

²⁸¹ Fábio Ulhoa defende que os sites voltados para o comércio eletrônico são estabelecimentos empresariais, diferenciando do estabelecimento tradicional apenas pelo meio de acessibilidade. Enquanto no estabelecimento tradicional esta acessibilidade ocorre por meio de deslocamento físico, no estabelecimento virtual o acesso por meio de transmissão eletrônica de dados. Dessa forma, Ulhoa ensina que “o comércio eletrônico não torna obsoleto o conceito de estabelecimento: também o empresário que deseja operar exclusivamente no ambiente virtual reúne bens tangíveis e intangíveis indispensáveis à exploração da atividade econômica. A livreria eletrônica deve ter livros em estoque, equipamentos próprios à transmissão e recepção de dados e imagens, marca, Know-How etc... A imaterialidade ínsita ao estabelecimento virtual não se refere aos bens componentes (que são materiais ou não, como em qualquer outro estabelecimento), mas à acessibilidade” (COELHO, 1999, p. 32).

Partindo dessa premissa, quando esses *sites* intermediam vendas de fornecedores profissionais, atuam sob o regime do CDC por enquadrarem-se no conceito de fornecedor nos moldes do art. 3º desse Código. Como espécie de fornecedor, o comerciante possui tratamento diferenciado no tocante à responsabilidade civil. Nos casos de fato do produto, respondem subsidiariamente em relação à cadeia de fornecimento com base no art. 13 do CDC; contudo, nas hipóteses de fato do serviço, vício do produto ou serviço, são solidariamente responsáveis com os demais fornecedores nos moldes do art. 18 do mesmo diploma.

Por ser parte economicamente e presumidamente mais fraca e por atuar apenas na circulação de bens e serviços – não detendo controle sobre a fabricação, construção ou produção do produto ou serviço – o comerciante só responderá solidariamente pelo fato do produto²⁸² – cujos danos geralmente são de maior vulto que os causados pelo vício em vista do prejuízo à saúde e segurança do consumidor – quando: I) o fabricante, construtor ou criador não puder ser identificado; II) quando o produto for fornecido sem clara identificação do fabricante, construtor ou criador; III) não conservar adequadamente os produtos perecíveis.

Aplicando essa mesma lógica para o *e-commerce*, os fornecedores originários responderão solidariamente e objetivamente pelos danos à saúde e à segurança ocasionados por seus produtos aos consumidores, respondendo o *site* apenas nas hipóteses do art. 13. Por conseguinte, a empresa virtual aumentará a segurança e transparência de sua atividade²⁸³, pois terá o dever de manter cadastro fidedigno de seus parceiros fornecedores e identifica-los claramente para evitar ter que arcar com custos decorrentes de fato do produto, ou seja, os *sites* escolherão melhor seus fornecedores, exigirão deles identificação precisa e detalhada sob pena de serem responsabilizados subsidiariamente.

Já em relação ao fato do serviço, a norma do art. 14 foi mais abrangente e dispôs que o fornecedor, qualquer deles, será responsável independentemente de culpa. Neste ponto, como o CDC não confere tratamento diferenciado entre aqueles que intermediam (intermediador profissional de serviços) e os prestam o serviço diretamente, há extensa discussão doutrinária e pressão dos setores econômicos envolvidos – como é o caso das agências de viagens – no esclarecimento da responsabilidade dos diferentes fornecedores. O ponto central do questionamento é se a responsabilização objetiva e solidária daqueles que

²⁸² CAVALIERI FILHO, 2010, p. 524-525.

²⁸³ Em vista desses deveres de transparência e informação que o projeto de lei 1.589/99, do Deputado Federal Luciano Pizzatto, prevê em seu art. 4º a seguinte exigência: “A oferta de contratação eletrônica deve conter claras e inequívocas informações sobre: a) nome do ofertante, o número de sua inscrição no cadastro geral do Ministério da Fazenda, e ainda, em se tratando de serviço sujeito a regime de profissão regulamentada, o número de inscrição no órgão fiscalizador ou regulamentador; b) endereço físico do estabelecimento; c) identificação e endereço físico do armazenador; d) meio pelo qual é possível contatar o ofertante, inclusive correio eletrônico; e) o arquivamento do contrato eletrônico, pelo ofertante; f) instruções para arquivamento do contrato eletrônico, pelo aceitante, bem como para sua recuperação, em caso de necessidade; e g) os sistemas de segurança empregados na operação.”

apenas comercializam os serviços prestados não seria excessiva. Não obstante as divergências, a jurisprudência brasileira vem se posicionando no sentido de que é responsável solidariamente o intermediador da cadeia de fornecimento²⁸⁴, ainda que não se configure prestador direto do serviço²⁸⁵. Em relação a essa questão, Bruno MIRAGEM explica que:

Não há, neste sentido, uma referência à solidariedade, mas a referência genérica a “fornecedor de serviço”, prevista no art. 14, permite que se identifiquem todos os integrantes da cadeia de fornecimento de uma determinada prestação de serviços com esta qualidade, portanto passíveis de serem responsabilizados pelo fato do serviço. Tal circunstância induz à solidariedade, na medida em que permite reconhecer diversos fornecedores de um mesmo serviço como integrantes de uma mesma cadeia de fornecimento. É o caso, por exemplo, da agência de viagens, que poderá ser responsabilizada solidariamente por danos decorrentes da má prestação do serviço por outras empresas contratadas por ela, ou ainda, a operadora de serviços de assistência médica que se responsabiliza pelos profissionais por ela indicados.²⁸⁶

Nesse sentido julgou o STJ:

Código de Defesa do Consumidor. Responsabilidade do fornecedor. Culpa concorrente da vítima. Hotel. Piscina. Agência de viagens. – Responsabilidade do hotel, que não sinaliza convenientemente a profundidade da piscina, de acesso livre aos hóspedes. Art. 14 do CDC. (...). A agência de viagens responde pelo dano pessoal que decorreu do mau serviço do hotel contratado por ela para hospedagem durante o pacote de turismo. Recursos conhecidos e providos em parte²⁸⁷

Por outro lado, parte da doutrina é contrária à inserção dos intermediadores (como as agências de viagens) na cadeia de fornecimento nos casos de fato do serviço. Argumentam que a classe de intermediadores de serviços é formada por micro e pequenas-empresas que não conseguem suportar os danos provenientes de serviço executado por outro prestador da cadeia de serviços. Em função da posição que ocupam no ciclo de prestação do serviço, não possuem controle direto sobre o serviço e não o fornecem diretamente – apenas realizam a representação/ intermediação do negócio –, de modo que não atuam de forma determinante para o acidente de consumo. Assim, defendem que se a responsabilidade das empresas intermediadoras envolver a garantia da qualidade de todos os serviços integrantes da cadeia de fornecimento, isso poderá comprometer a viabilidade do próprio empreendimento.

²⁸⁴ “Não há qualquer distinção, no tocante à circulação de serviços, entre o intermediário e o prestador originário. Se o buffet põe à disposição de seus clientes serviço de manobrista prestado por empresa especializada, ele intermedia esse serviço e responde por defeitos no seu fornecimento, cabendo-lhe eventualmente direito de regresso. A agência de turismo, por sua vez, intermedia serviços prestados por empresas de transporte aéreo, hotéis, guias e outros. A lei não trata o intermediário do serviço de forma particular como faz com o intermediário de vendas de produtos (o comerciante). O consumidor poderá, assim, demandar diretamente tanto o intermediário, como o prestador originário, pelos prejuízos sofridos em decorrência de defeito no fornecimento.” (COELHO, 2006, p. 284).

²⁸⁵ MIRAGEM, 2010, p. 394.

²⁸⁶ MIRAGEM, 2010, p. 394.

²⁸⁷ STJ, 4ª T., REsp 287.849/SP, rel. Min. Ruy Rosado Aguiar, j. 17.04.2001, DJU 13.08.2001 p. 165.

Os sites de *e-commerce* quando comercializam serviços de outras empresas agem de forma semelhante às agências de viagem, pois intermediam a negociação dos serviços. Diante da divergência doutrinária e jurisprudencial, no setor do turismo, em relação à extensão do termo “fornecedor” do art. 14 do CDC e ante a falta de pormenorização da legislação sobre este ponto específico, podem ser sustentados, tanto em relação às agências quanto em relação aos *sites* de *e-commerce*, dois posicionamentos diante do caso concreto: um primeiro em favor dos intermediadores reivindicando a desconfiguração da responsabilidade a partir da alegação de ausência de nexo causal entre a atividade de intermediação desenvolvida e o acidente de consumo sofrido pelo consumidor; podendo-se ainda argumentar que não possuem o controle da atividade diretamente desenvolvida e que é extremamente gravoso imputar a responsabilidade de toda cadeia ao mero intermediador sob o risco de inviabilizar a prática do seu próprio empreendimento. Em contrapartida, é possível sustentar posicionamento oposto, partindo-se do pressuposto de que as empresas intermediadoras não respondem sozinhas, pois podem redistribuir o dano causado utilizando-se da ação regressiva (Art. 13 do CDC e Art. 283 do CC) aos causadores diretos do dano, bem como podem socializar os riscos por meio do repasse nos preços aplicados no mercado de consumo. Este segundo posicionamento, de caráter garantista e com vistas à proteção do consumidor, consiste em introduzir os sites de *e-commerce*, de forma análoga ao que já é aplicado às agências de viagens, no ciclo de fornecimento para fins de responsabilização por fato do serviço. Esta visão, desse modo, defende que interpretar o art. 14 do CDC de forma restritiva é promover o enfraquecimento da posição jurídica do consumidor face à cadeia de fornecimento, quebrando a rede de solidariedade já conquistada pelo CDC.

Diante dessa divergência, independentemente da evolução doutrinária e legislativa sobre a distribuição da responsabilidade neste ponto em específico, necessário perceber que o instituto da solidariedade da cadeia de fornecimento é uma conquista do consumidor brasileiro que deve ser preservada. Assim sendo, o legislador brasileiro deverá ser cauteloso na aprovação de futura legislação que retire qualquer intermediário de serviços (incluindo os *sites* de intermediação) da cadeia de responsabilidade.

No que diz respeito ao vício do produto ou do serviço – arts. 18 e 20 – não restam dúvidas de que ocorre a sujeição passiva e solidária dos fornecedores, independentemente da posição na cadeia de fornecimento. Os sites de *e-commerce* agem como intermediários quando percebem lucro para promover a inserção de produtos e serviços no mercado de consumo, igualmente aos demais membros da cadeia de consumo, e, dessa forma, são fornecedores para efeitos de responsabilidade solidária e objetiva. Necessário perceber

também que é com o *site* que o consumidor celebra a contratação eletrônica de consumo²⁸⁸ e com quem estabelece uma relação de confiança. Quando tais empresas firmam uma relação contratual com o consumidor nos termos do que foi ofertado, criam uma expectativa legítima no consumidor de que os produtos e serviços disponibilizados serão adequados aos fins esperados (dever de adequação). Consequentemente, o ajuste celebrado na Internet gera, independentemente de seu objeto, uma relação contratual de consumo entre o consumidor e o *site*, que se torna responsável, em caso de vícios, pela atuação dos demais fornecedores que represente. Ademais, a responsabilidade por vício tem caráter de inadimplemento contratual – ou adimplemento imperfeito. A partir do momento em que o contrato eletrônico de consumo é realizado diretamente em loja virtual, esta torna-se garante do mesmo, obrigando-se a cumpri-lo nos termos do ajustamento. Sobre esse ponto, vale destacar a lição de ZELMO DENARI:

De resto, a responsabilidade por vícios de qualidade ou quantidade não se identifica, ontologicamente, com a responsabilidade por danos, nem recorre a fatores extrínsecos, envolvendo a apuração da culpa do fornecedor. Este modelo de responsabilidade, a nosso aviso, é consectário do inadimplemento contratual: o fornecedor tem a obrigação de assegurar boa execução do contrato, colocando o produto ou serviços no mercado de consumo em perfeitas condições de uso ou fruição.²⁸⁹

Importante ressaltar que nos casos de vício do produto ou serviço, não adianta os *sites* alegarem a chamada “cláusula de intermediação”, na qual se alega não ser responsável²⁹⁰ por vício nos produtos ou serviços prestados por terceiros, uma vez que qualquer cláusula que isente o fornecedor de sua responsabilidade é nula de pleno direito nos termos do art. 51 do CDC. Por isso, o *site*, mesmo que ocupe uma posição intermediadora, ao escolher quais produtos e serviços comercializará, está assumindo um risco e deve arcar com os eventuais prejuízos.

Embora seja um tema recente, a jurisprudência brasileira já teve oportunidade de analisar alguns casos. E apesar da ausência de legislação, percebe-se uma tendência de se reconhecer a solidariedade passiva entre os intermediadores de *e-commerce* e os vendedores. Por exemplo, a 4ª Turma Cível do TJRJ, mesmo perante a alegação de ilegitimidade passiva por falta de nexo causal da ré, determinou a condenação do *site* em questão:

APELAÇÃO CÍVEL – DIREITO DO CONSUMIDOR – COMPRA DE APARELHO DE TELEVISÃO POR SITE MANTIDO PELA RÉ–

²⁸⁸ Um dos requisitos para a responsabilização do vício é a existência de vínculo contratual quanto ao objeto da relação de consumo.

²⁸⁹ GRINOVER *et al.*, 2011, p. 218.

²⁹⁰ DA ROCHA, 2005, p. 279.

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DE TODOS QUE INTEGRAM A “CADEIA DE FORNECIMENTO” – DANO MORAL CORRETAMENTE ARBITRADO - SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA PARCIAL QUE SE MANTÉM.1. Apelação interposta contra sentença que julgou procedente em parte os pedidos em demanda indenizatória para condenar a ré ao pagamento de danos materiais no valor de R\$ 1.300,00 e danos morais no valor de R\$ 2.000,00 em favor da autora. 2. Aparelho de televisão com defeito comprado através do site americanas.com. Negativa da ré em promover a troca do eletrodoméstico. 3. Relação de consumo. Vício do produto. Art. 18, CDC. Responsabilidade solidária entre todos os integrantes da “cadeia de fornecimento”. 4. Alegação de ilegitimidade passiva que não procede. Apelante responsável por site de compra pela internet que responde solidariamente ao fabricante pelo defeito do produto. (...). NEGO SEGUIMENTO AO RECURSO, COM ESPEQUE NO ART. 557, CAPUT, DO CPC.²⁹¹

Convém esclarecer que quando o site intermediar contratos de compra e venda entre meros interessados – não profissionais – na Internet, estará o *site* realizando atividade de aproximação, que pode ser qualificada como uma espécie de serviço nos termos do art. 3º, § 2º do CDC²⁹². É importante notar que nesta hipótese, em específico, não há uma cadeia de fornecimento formada por agentes econômicos profissionais atuantes no mercado, logo, também não há uma intermediação de uma relação de consumo pelo *site*. Haverá, na verdade, uma relação de consumo pelo serviço prestado aos usuários, ainda que entre os contratantes (comprador e vendedor) a relação seja de direito civil²⁹³. Assim, os *sites* intermediadores de negócios entre interessados não profissionais responderão pelas falhas de seu serviço nos termos do Art. 14 do CDC. Dessa forma terão o dever de atuar com segurança²⁹⁴, manter cadastro seguro de informações sobre a identidade dos interessados, registrar e dar autenticidade aos dados da transação realizada, fiscalizar os interessados de modo a evitar fraudes etc.

Por fim, é necessário notar que a distribuição de responsabilidade no comércio eletrônico de consumo consiste na ponderação entre a tutela dos direitos consumeristas e o respeito à livre iniciativa, respectivamente, princípio e fundamento da nossa ordem econômica (CF/88, art. 170, *caput* e inciso V)²⁹⁵. Se por um lado procura-se, a todo custo e de forma eficiente, reparar as vítimas lesadas no mercado de consumo; por outro, no empenho incessante de garantir indenização aos consumidores, não é plausível onerar demasiadamente a iniciativa privada de forma e inviabilizá-la. Na busca desse equilíbrio, é inconcebível que os *sites* de *e-commerce* aleguem total isenção de responsabilidade, uma vez que não é justo se beneficiarem – juntamente com os demais fornecedores – de toda rentabilidade proporcionada

²⁹¹ Ap. Cív. 0089565-17.2007.8.19.0004, Rel. Desembargador MARCELO LIMA BUHATEM, QUARTA CÂMARA CÍVEL, TJRJ.

²⁹² MIRAGEM, 2010, p. 347-348

²⁹³ DA ROCHA, 2005, p. 215.

²⁹⁴ MIRAGEM, 2010, p. 348.

²⁹⁵ DA ROCHA, 2005, p. 280.

pelo comércio eletrônico às custas da insegurança e frustração dos milhares de consumidores que neles confiam. Na verdade, é pela atribuição ponderada de responsabilidade aos *sites* que se alcançará uma distribuição equânime dos ônus desta nova atividade, uma vez que são o elemento central nesta complexa rede de comércio de produtos e serviços desenvolvida no ciberespaço. São os *sites* de comércio eletrônico que, como intermediadores profissionais especializados em negócios na Internet, podem escolher, controlar e fiscalizar os fornecedores que mantêm parceria e excluir de seu mercado aqueles que descumprem compromissos assumidos²⁹⁶. Em caso de dano, conseguem eficientemente identificar os fornecedores, acioná-los em regresso e garantir aos consumidores maior segurança e celeridade na indenização. Por isso, justifica-se a imputação de responsabilidade aos *sites* intermediários de negócios na Internet, pois possuem melhores condições técnicas e econômicas de tornar o comércio eletrônico um ambiente mais responsável e confiável.

²⁹⁶ DA ROCHA, 2005, p. 268.

CONCLUSÃO

O comércio eletrônico promoveu uma série de mudanças na realidade social e econômica. Com efeito, esta nova plataforma comercial possibilitou a concretização plena de uma economia globalizada, contribuiu significativamente para uma circulação mais eficiente de riquezas e ampliou, de maneira dinâmica e prática, o mercado consumidor. Por outro lado, o consumidor foi atraído para um ambiente econômico totalmente novo, complexo e sem regulação normativa específica. Conseqüentemente, uma série de problemas e controvérsias jurídicas foram suscitadas acerca das relações contratuais eletrônicas e da proteção dos direitos consumeristas.

Como forma de instrumentalizar e viabilizar a comercialização massificada no ambiente digital, difundiram-se nas relações de consumo pela Internet os contratos eletrônicos. Tais contratos, na verdade, consistem em uma modalidade de contratação celebrada à distância, em que oferta e aceitação ocorrem exclusivamente por meios eletrônicos. Entretanto, não se pode falar em um novo tipo contratual – os tipos são os mesmos dos contratos tradicionais: compra e venda, empréstimo, mútuo etc. – mas sim em uma nova forma de celebração contratual.

Não obstante a imaterialidade do suporte eletrônico e a ausência de legislação específica, os contratos eletrônicos orientam-se pelos mesmos princípios e conceitos de validade e eficácia que regem a teoria geral dos contratos. Desse modo, como o art. 107 do Código Civil de 2002 adota o princípio da liberdade das formas para os negócios jurídicos e atos jurídicos em geral, não há, como regra, óbices à realização de contratos eletrônicos, motivo pelo qual lhes devem ser reconhecidos os mesmo efeitos jurídicos conferidos aos contratos tradicionais.

No tocante à legislação aplicável aos casos de contratação entre domiciliados de países diferentes, ainda há grande discussão. É evidente que o reconhecimento da legislação para dirimir conflitos internos não soluciona totalmente as controvérsias jurídicas, haja vista a contratação eletrônica ter atingido uma dimensão global, adentrando na problemática da internacionalização das relações privadas. Em função disso, há autores que sugerem como solução a utilização do Direito Internacional Privado de modo a estabelecer um regramento de caráter geral e supranacional.

A maior parte dos contratos eletrônicos celebrados pela Internet constituem relações de consumo e, de forma geral, são classificados como contratos de adesão. Uma vez presente

os elementos da relação de consumo, atraem a incidência das normas consumeristas as quais são fundamentais para a proteção e segurança da parte contratual mais fraca: o consumidor.

Devido à vulnerabilidade do consumidor no contexto da sociedade de consumo massificado, a Lei consumerista assumiu como fim primordial a harmonização das condições jurídicas das partes integrantes das relações de consumo. Além de ter instituído um regime diferenciado no campo contratual, o Código de Defesa do Consumidor, guiando-se pela segurança do consumidor e pela proteção de suas expectativas legítimas, afastou a dicotomia entre responsabilidade contratual e extracontratual e introduziu uma nova terminologia: responsabilidade pelo fato do produto e do serviço (Art. 12 e 14) e responsabilidade pelo vício do produto e do serviço (Art. 18 e 20). No caso dos acidentes de consumo, responde objetivamente o fornecedor que não oferece a segurança esperada; já na hipótese de vício, a responsabilidade objetiva decorre da violação de um dever de adequação, ou seja, colocação no mercado de produto inservível ou não adequado aos fins a que foi destinado.

Embora haja projetos de lei tramitando no Congresso sobre o valor probante dos contratos eletrônicos e o comércio eletrônico (Projetos de Lei 1.589/99 e 4.906/01), ainda não há na legislação brasileira um parâmetro normativo específico regulando as relações de consumo realizadas no meio virtual. Dessa maneira, o vazio normativo aliado ao ambiente complexo e inseguro da Internet transmitem a sensação de haver um total desamparo jurídico ao consumidor lesado. Entretanto, deve-se notar que, independentemente da forma ou meio como são estabelecidas as relações de consumo, as normas do Código de Defesa do Consumidor tutelam plenamente os direitos consumeristas no ambiente virtual, tendo em vista que, além de possuírem *status* de direito fundamental (Art. 5º, XXXII, da Constituição Federal/88), as normas de proteção do consumidor são de ordem pública e de interesse social – possuem natureza cogente – e aplicam-se imperativamente nas relações de consumo.

Face aos novos problemas referentes ao comércio eletrônico, a resolução de controvérsias jurídicas no ambiente virtual deve primar, especialmente, pela observância dos princípios da vulnerabilidade e o da confiança.

O princípio da vulnerabilidade é o fundamento filosófico de todo o movimento de defesa do consumidor. No comércio eletrônico tal princípio torna-se essencial em razão do agravamento da condição de vulnerabilidade. Isso ocorre, porque nas relações de consumo via Internet, o consumidor depara-se com um aparato tecnológico sofisticado, altamente persuasivo e permeado por agentes anônimos. Além disso, a publicidade agressiva conjugada com a praticidade instantânea de concretização da compra estimula o consumidor a um comportamento impulsivo, irrefletido.

Já o princípio da confiança destina-se, no contexto da contratação eletrônica de consumo, a tutelar as expectativas legítimas despertadas nos consumidores em função da tecnicidade e especificidade do meio transacional. Assim, ao conferir efeitos jurídicos à expectativa legítima, o princípio em questão promove maior segurança nas relações jurídicas estabelecidas na Internet e funciona como parâmetro para a distribuição dos novos riscos trazidos pela comodidade do meio eletrônico.

Em virtude da intangibilidade e instantaneidade do ambiente virtual, surgem dificuldades em relação ao caráter vinculatório da oferta e da publicidade. Contudo, à luz do art. 30 do Código de Defesa do Consumidor, pode-se interpretar que a veiculação de qualquer informação ou publicidade suficientemente precisa implica, como regra, contrato de adesão celebrado com aderência virtual do consumidor e, por isso, vincula o fornecedor, integrando o contrato eletrônico de consumo. Desse modo, ao atribuir caráter vinculativo à oferta e à publicidade, pretende-se estabilizar as expectativas legítimas suscitadas nos consumidores e garantir maior segurança às propostas veiculadas no mercado de consumo eletrônico.

No concernente à proteção da privacidade dos consumidores, observa-se que surgiram tecnologias lícitas e neutras de monitoramento e armazenamento de dados comportamentais de consumo como os *cookies*. Todavia, tais tecnologias podem ser ilicitamente utilizadas. Quando o fornecedor atuante no comércio eletrônico capta ou transfere a terceiros dados pessoais de seus clientes sem avisá-los, viola a privacidade do consumidor, direito fundamental (art. 5º, X da CF), bem como infringe a Lei consumerista (43, § 2º CDC). Com isso, é importante que o fornecedor cumpra com seu dever de lealdade e informação e, assim, aja com transparência explicando aos consumidores quando e para que fins os dados são coletados, como serão administrados e o nível de segurança utilizado em sua proteção.

Os direitos consumeristas tutelam o consumidor naquelas situações nas quais sua decisão foi tomada sob pressão ou sem prévio contato com o objeto da relação de consumo. É o chamado direito de arrependimento que permite, no prazo de 7 dias, revogar sua declaração de vontade e arrepender-se da contratação realizada. Como as relações de consumo no comércio eletrônico são à distância, estende-se também ao consumidor *online* o exercício do direito de arrependimento nos termos do art. 49 do CDC.

No que diz respeito à responsabilidade no comércio eletrônico, o que se percebe é uma verdadeira “política de irresponsabilidade” por parte dos *sites* intermediadores de negócios na Internet. Tais *sites* alegam atuarem apenas na aproximação de interessados, de forma semelhante aos classificados de jornais e, com isso, acreditam estar isentos de qualquer responsabilidade.

Contudo, com base na teoria do risco-proveito, percebe-se que, ao intermediarem relações de consumo, realizam uma atividade lucrativa em um ambiente de risco, logo, em contrapartida, devem assumir o ônus do empreendimento desenvolvido, respondendo objetivamente pelos eventuais danos causados ao consumidor.

Ademais, esses *sites* contribuem ativamente para a colocação de produtos e serviços no mercado de consumo. De fato, realizam uma atividade de facilitação das vendas por meio da comercialização ampla e cômoda de produtos e serviços de diversos fornecedores. Captam a confiança de inúmeros consumidores, formando um ponto comercial virtual. Assim, agem de forma análoga a comerciantes tradicionais.

Com base nesses argumentos, o presente trabalho propôs, diante da ausência de legislação, que fosse imputado aos *sites* de intermediação de relações de consumo na Internet a mesma sistemática de responsabilização atribuída aos comerciantes tradicionais, devendo, dessa maneira, integrar solidariamente a cadeia de responsabilização. Tal proposta, guiada pela busca de um equilíbrio entre a livre iniciativa (art. 1º, IV, CF) e a proteção do consumidor (Art.5º, XXXII, CF), buscou distribuir de forma equânime os riscos do comércio eletrônico. Devido sua posição no ciclo de fornecimento, os *sites* de intermediação mostraram possuir melhores condições técnicas e econômicas de garantir um ressarcimento célere de danos causados aos consumidores e de distribuir eficientemente os riscos aos fornecedores.

Diante de todo o exposto, conclui-se que é a partir do reconhecimento da aplicação do Código de Defesa do Consumidor e seus princípios ao comércio eletrônico que será possível exigir na prática comercial via Internet os deveres de transparência e informação tão necessários à consolidação do princípio da boa-fé, o qual norteou o Direito Privado e, especialmente, o Direito do Consumidor no século XX. Da mesma maneira, a responsabilidade no comércio eletrônico mostra-se essencial para a construção de um ambiente confiável, seguro e no qual as expectativas normativas e legítimas dos consumidores sejam protegidas.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Ronaldo Alves de. **Contrato eletrônico no novo Código e no Código do Consumidor**. – Barueri, SP: Manole, 2004.

ALTERINI, Atilio Aníbal. **Contratos civiles, comerciales y de consumo**. Buenos Aires: Abeledo_ Perrot, 1998.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

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

BASSO, Maristella. A prudência nas transações pela rede. In: **Internet Legal: o Direito na tecnologia da Informação**. Kaminski, Omar, 1ª ed(ano 2003), 3º tir./ Curitiba: Juruá, 2005.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **Apelação Cível 0089565-17.2007.8.19.0004. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DE TODOS QUE INTEGRAM A “CADEIA DE FORNECIMENTO” – DANO MORAL CORRETAMENTE ARBITRADO - SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA PARCIAL QUE SE MANTÉM**.1. Apelação interposta contra sentença que julgou procedente em parte os pedidos em demanda indenizatória para condenar a ré ao pagamento de danos materiais no valor de R\$ 1.300,00 e danos morais no valor de R\$ 2.000,00 em favor da autora. 2. Aparelho de televisão com defeito comprado através do site americanas.com. Negativa da ré em promover a troca do eletrodoméstico. 3. Relação de consumo. Vício do produto. Art. 18, CDC. Responsabilidade solidária entre todos os integrantes da “cadeia de fornecimento”. 4. Alegação de ilegitimidade passiva que não procede. Apelante responsável por site de compra pela internet que responde solidariamente ao fabricante pelo defeito do produto. (...). **NEGO SEGUIMENTO AO RECURSO, COM ESPEQUE NO ART. 557, CAPUT, DO CPC**. Apelante: B2W Companhia Global Do Varejo. Apelado: Rosângela Antunes Gonçalves Santos Relator: Desembargador MARCELO LIMA BUHATEM. Disponível em: <http://webserver2.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=201100127883>

_____, Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1.186.616/MG. CIVIL E CONSUMIDOR. INTERNET. RELAÇÃO DE CONSUMO. INCIDÊNCIA DO CDC. GRATUIDADE DO SERVIÇO. INDIFERENÇA. PROVEDOR DE CONTEÚDO. FISCALIZAÇÃO PRÉVIA DO TEOR DAS INFORMAÇÕES POSTADAS NO SITE PELOS USUÁRIOS. DESNECESSIDADE. MENSAGEM DE CONTEÚDO OFENSIVO. DANO MORAL. RISCO INERENTE AO NEGÓCIO. INEXISTÊNCIA. CIÊNCIA DA EXISTÊNCIA DE CONTEÚDO ILÍCITO. RETIRADA IMEDIATA DO AR. DEVER. DISPONIBILIZAÇÃO DE MEIOS PARA IDENTIFICAÇÃO DE CADA USUÁRIO. DEVER. REGISTRO DO NÚMERO DE IP. SUFICIÊNCIA**. Relatora: MINISTRA NANCY ANDRIGHI. Julgamento em 23 de ago. de 2011. Disponível em: http://www.jusbrasil.com.br/filedown/dev6/files/JUS2/STJ/IT/RESP_1186616_MG_1327071_596231.pdf

_____, Superior Tribunal de Justiça. **REsp 287.849 SP. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. Responsabilidade do fornecedor. Culpa concorrente da vítima. Hotel. Piscina. Agência de viagens. Responsabilidade do hotel, que não sinaliza convenientemente a profundidade da piscina, de acesso livre aos hóspedes. Art. 14 do CDC. A culpa concorrente da vítima permite a redução da condenação imposta ao fornecedor. Art. 12, § 2º, III, do CDC. Agência de viagens responde pelo dano pessoal que decorreu do mau serviço do hotel contratado por ela para a hospedagem durante pacote o pacote de turismo. Recursos conhecidos e providos em parte. Relatora: Min. RUY ROSADO DE AGUIAR. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/305087/recurso-especial-resp-287849-sp-2000-0119421-6-stj>**

CANUT, Letícia. **Proteção do consumidor no comércio eletrônico**. Curitiba: Juruá, 2011.

CARVALHO, Ana Paula Gambogi. O consumidor e o direito a autodeterminação informacional: considerações sobre os bancos de dados eletrônicos. In: **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n.46, abril-junho de 2003.

CASTELLS, Manuel. **A galáxia da internet: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade**/ Manuel Castells; tradução Maria Luiza X. de A. Borges; revisão técnica, Paulo Vaz.- Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2003.

CASTELLS; Cardoso. **A Sociedade em Rede: do Conhecimento à acção Política**, p.17. Disponível em: http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/a_sociedade_em_rede_-_do_conhecimento_a_acao_politica.pdf. Acesso em: 15 out. 2012.

CASTRO, Luiz Fernando Martins. O comércio eletrônico e a Defesa do Consumidor no direito brasileiro e no Mercosul. In: **Internet e Direito: reflexões doutrinárias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 10º ed. – São Paulo: Atlas, 2012.

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

COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial – Vol.1 – 10ª Ed. – São Paulo: Saraiva, 2006.**

COELHO, Fabio Ulhoa. **O estabelecimento virtual e o endereço eletrônico**. Tribuna do Direito. Nov. 1999.

DA ROCHA, Roberto Silva. **Sites de comércio eletrônico e a responsabilidade pela intermediação no ambiente virtual**. Dissertação de Mestrado na Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2005.

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

DIAS, Jean Carlos. **Direito Contratual no ambiente virtual**. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2004.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro, 3º volume: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais.** 23 ed., ver. E atual. de acordo com a Reforma do CPC _ São Paulo: Saraiva, 2007.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro, volume 7: responsabilidade civil-** 24º ed.- São Paulo: Saraiva, 2010.

DA SILVA, Edgar Moreira. Direito & Internet.. Caderno Jurídico da Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo. **Revista do Ministério Público.** Ano II, n. IV – Julho de 2002.

EFING, Antônio Carlos. **Fundamentos do Direito das Relações de Consumo.** Curitiba, PR: Juruá, 2004.

FINKELSTEIN, Maria Eugênia Reis. **Direito do comércio eletrônico.** 2 ed. – Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

GARCIA JÚNIOR, Armando Alvares. **Contratos via Internet.** 2 ed. São Paulo: Aduaneiras, 2007.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **Função social do contrato: os novos princípios contratuais.** 2 ed. ver., e atual.. – São Paulo: Saraiva, 2007.

GOMES, Orlando. **Contratos.** Rio de Janeiro, Forense, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro, volume III: contratos e atos unilaterais.** -6 ed. ver. São Paulo: Saraiva, 2009.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro, volume IV: responsabilidade civil.** - 4 ed. rev.- São Paulo: Saraiva, 2009.

GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto.** 10 ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2011, vol I, Direito Material (arts. 1º a 80 e 105 a 108).

GUARINO, Thaís Hackmey. Os sites comerciais e sua adequação jurídica como estabelecimento empresarial. In: **Concurso Nacional de Monografias da ABDI sobre Direito de Informática e Telecomunicações: 2002 a 2004 – São Paulo: ABDI, 2007.**

GUERRA, Marcelo Lima. **Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

JOHSON, David R.; POST, David. **Law and Borders- The rise of law in Cyberspace.** *Symposium: Surveying Law and Borders* . Stanford Law Review 48 (1995-1996).

JOSSERAND, Louis. Evolução da Responsabilidade Civil. **Revista Forense.** Volume LXXXVI, Facículo454- Rio de Janeiro- Abril de 1941- p. 548-559.

KHOURI, Paulo Roberto Antônio. **Direito do consumidor: contratos, responsabilidade civil e defesa do consumidor em juízo.** 4 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

- KUHN.T.S. **A estrutura das revoluções científicas.** 3 ed. São Paulo: Perspectiva, 1992.
- LAWAND, Jorge José. **Teoria geral dos contratos eletrônicos.** São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.
- LEAL, Sheila do Rocio Cercal Santos. **Contratos eletrônicos: validade jurídica dos contratos via Internet.** 1 ed., São Paulo: Atlas, 2009.
- LEMOS, Ronaldo. **Direito, tecnologia e cultura.**- Rio de Janeiro: Editora FGV, 2005.
- LEONARDI, Marcel. **Responsabilidade Civil dos provedores de serviço de Internet.** 1 ed. – Curitiba: Juruá, 2005.
- LORENZETTI, Ricardo. **Comércio Eletrônico.** Tradução Ricardo Menke; com notas de Cláudia Lima Marques,- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.
- LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Contratos – Teria geral dos contratos em espécie.** 3ª ed. ver., atual. e ampl.- São Paulo: Editora Método, 2008.
- MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais.** 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- MARQUES, Cláudia Lima. **Confiança no Comércio eletrônico e a proteção do consumidor: (um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico).** São Paulo: Editor Revista dos Tribunais, 2004.
- MARQUES, Claudia Lima. Direitos básicos do consumidor na sociedade pós-moderna de serviços: o aparecimento de um sujeito novo e a realização de seus direitos. In: **Revista do Direito do Consumidor** 35, ano 9, julho-setembro de 2000, Revista dos Tribunais, p. 61-96.
- MARTINS, Guilherme Magalhães. **Formação dos contratos eletrônicos de consumo via internet.** Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- MATTOS, Analice Castor de. **Aspectos relevantes dos contratos de consumo eletrônico.** Curitiba: Juruá, 2009.
- MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor.** 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.
- MIRANDA, Pontes. **Tratado de direito privado.** Atual. por Wilson Rodrigues Alves. Campinas Bookseller, 2000. T.1: parte geral.
- MORATO, Antônio Carlos. **Pessoa Jurídica Consumidora.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- MULHOLAND, Caitlin. **Internet e contratação: Panorama das relações contratuais eletrônicas de consumo.**- Rio de Janeiro: Renovar , 2006.
- NADER, Paulo. **Curso de direito civil, volume 7: responsabilidade civil.** Rio de Janeiro: Forense, 2010.

NAVARRETE, Miguel Angel Moreno. **Contractos eletrônicos**. Madrid: Marcial Pons, 1999.

NOGUEIRA, Sandro D'Amato. **Manual de direito eletrônico**. Leme: BH Editora e Distribuidora, 1ª ed, 2009.

NUNES, Luis Antonio Rizzato. **Curso de direito do consumidor**. 4ª ed. , São Paulo: Saraiva: 2009.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**, 13ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2009 vol III.

PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito Digital e a proteção da inovação**. Artigo de Jornal: Doutrinas. Fascículo Semanal nº 38, COAD, p. 629.

QUEIROZ, Odete Novais Carneiro. **Da responsabilidade por vício do produto e do serviço; Código de Defesa do Consumidor Lei 8.078**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. 12 ed- Rio de Janeiro: Forense, 2011.

RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

ROCHA, Sílvio Luis Ferreira da. **Responsabilidade Civil do fornecedor pelo fato do produto no direito brasileiro**. São Paulo RT, 2000.

RODRIGUES. **Direito Civil: parte geral**. São Paulo: Max Limonad, 1964.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **A Responsabilidade Civil no Código do Consumidor e a Defesa do Fornecedor**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SANTOS, Manoel J. Pereira dos Santos; Rossi, Mariza Delapieve. Aspectos legais do comércio eletrônico: contratos de adesão. **Revista do Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 36, p. 111-112, out./ dez. 2000.

SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. -2ª ed.- São Paulo: Atlas, 2009.

SÊLLOS, Viviane Coelho. Responsabilidade do Fornecedor pelo Fato do Produto. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 11,1994.

SILVA NETO, Amaro Moraes e. **Privacidade na Internet**. São Paulo: Edipro, 2001.

TARTUCE, Flávio. **Função social dos contratos: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002**.- São Paulo: Método, 2007.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato social e sua função**. – Rio de janeiro: Forense, 2008.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: parte geral**. – 11 ed.- São Paulo: Atlas , 2011.

VIEIRA, Adriana Carvalho Pinto. **O princípio constitucional da igualdade e o do direito do consumidor**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

WALD, Arnaldo. **Direito civil das obrigações e teoria geral dos contratos**, vol 2- 18 ed.- São Paulo: Saraiva, 2009.

WERTHEIN, Jorge. **A Sociedade da Informação e seus desafios**. Ci, Inf. Brasília, v. 29, n. 2, p. 71, maio/ agosto 2000. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ci/v29n2/a09v29n2.pdf>. Acesso em: 12 out. 2012.

WIELEWICKI, Luís. Contratos e Internet – Contornos de uma breve análise. In:Silva Júnior, Ronaldo Lemos da; Waisberg, Ivo (orgs). **Comércio eletrônico**- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

ZANELLATO, Marco Antônio. Condutas ilícitas na sociedade digital. In: Diniz, Maria Helena; Lisboa, Roberto Senise. **O direito civil no século XXI**. São Paulo: Saraiva, 2003.