

UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE

MARIA RAQUEL BRITO DE ARAÚJO

**EFETIVIDADE NA APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR AO
COMÉRCIO ELETRÔNICO**

**NATAL
2010**

MARIA RAQUEL BRITO DE ARAÚJO

**EFETIVIDADE NA APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR AO
COMÉRCIO ELETRÔNICO**

Monografia apresentada como um dos pré-requisitos para obtenção do grau de Bacharel em Direito da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte, sob a orientação da Prof^a Esp. Flavianne Fagundes da Costa Pontes.

**NATAL
2010**

MARIA RAQUEL BRITO DE ARAÚJO

**EFETIVIDADE NA APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR AO
COMÉRCIO ELETRÔNICO**

Monografia apresentada como um dos pré-requisitos para obtenção do grau de Bacharel em Direito da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte, sob a orientação da Prof^a Esp. Flavianne Fagundes da Costa Pontes.

Aprovado em ____/____/____

Banca Examinadora

Prof^a. Esp. Flavianne Fagundes da Costa Pontes
Universidade do Estado do Rio Grande do Norte

Prof. Esp. Eduardo Cunha Alves de Sena
Universidade do Estado do Rio Grande do Norte

Prof^a. Liana Maia de Oliveira
Universidade do Estado do Rio Grande do Norte

Aos meus pais, Ana Maria Brito de Araújo e Antônio Pereira de Araújo, razões da minha vida, por todo o apoio, carinho e dedicação que proporcionaram o término dessa jornada, meu eterno amor e sincero agradecimento.

AGRADECIMENTOS

A Deus, pela minha existência, por ter me abençoado com uma família tão maravilhosa e por ter trilhado o meu caminho até este momento.

A todos os meus familiares, em especial aos meus pais, Ana e Antônio, e aos meus irmãos, Áquila e Antônio Júnior, que se fizeram presentes nos bons e maus momentos da minha vida, auxiliando-me na construção do meu caráter e do meu saber.

A todos os amigos que, de algum modo, participaram da minha formação acadêmica, e em particular à Acássia, Analuzia e Louisa, pessoas que se tornaram fundamentais em minha vida e a Mariana, amiga e colega de faculdade, pelos treze anos de amizade e de companheirismo incondicional.

Aos funcionários da UERN, em especial Ana Lúcia e Denise, pela solicitude e pelas palavras de conforto nos dias mais difíceis.

Aos Professores da UERN, pela dedicação e conhecimento transmitidos.

À minha Orientadora, Flavianne Pontes Fagundes, pelo ensino de qualidade e pelo brilhantismo ao lecionar a disciplina de Direito do Consumidor, matéria pela qual sou até hoje apaixonada, e pela paciência e dedicação dispensados à orientação deste trabalho.

“Não basta ensinar ao homem uma especialidade, porque se tornará assim uma máquina utilizável e não uma personalidade. É necessário que adquira um sentimento, senso prático daquilo que vale a pena ser empreendido, daquilo que é belo, do que é moralmente correto.”

Albert Einstein

RESUMO

O presente estudo acadêmico é uma reflexão acerca da efetividade na aplicação do Código de Defesa do Consumidor às transações efetuadas no comércio eletrônico. Caracterizado pela ausência de um ambiente físico para a sua realização, o comércio eletrônico disseminou-se pelo mundo com o advento da *internet*. Embora não seja o único, a rede mundial de computadores é o principal e mais expressivo meio através do qual o comércio eletrônico pode ser efetuado. As negociações realizadas neste tipo de comércio geram os chamados contratos eletrônicos que, para serem dotados de validade jurídica, devem preencher os mesmos requisitos dispensados às demais formas contratuais. Em face da popularização deste tipo de comércio, tornou-se cada vez mais importante o questionamento a respeito da aplicabilidade da responsabilidade civil na seara do comércio eletrônico. Nesse sentido, conquanto os contratos avençados em ambiente virtual possam exprimir naturezas diversas, oriundas de relações de direito civil, público ou do consumidor, enfocou-se, neste trabalho, o estudo dos contratos eletrônicos provenientes de relações consumeristas: elementos caracterizadores, princípios mais expressivos, bem como o regime da responsabilidade legal adotado. Averiguou-se, através da análise de projetos de lei já em trâmite sobre o tema comércio eletrônico e de um estudo aprofundado da lei 8.078/90, se os princípios e normas contidos neste diploma legal são eficazes quando aplicados às avenças firmadas através do tipo de comércio estudado, o que, de fato, fora constatado ao final.

PALAVRAS-CHAVES: comércio eletrônico, *internet*, código de defesa do consumidor, efetividade.

ABSTRACT

This academic study is a reflection on the effectiveness in applying the Code of Consumer to transactions with electronic commerce. Characterized by the absence of a physical environment for its realization, electronic commerce has spread worldwide with the advent of the *Internet*. Though not the single, the worldwide network of computers is the main and most expressive means by which electronic commerce can be done. Transactions conducted in this trade generate the so-called electronic contracts that, in order to be endowed with legal validity, must meet the same requirements as those provided to other contractual forms. Given the popularity of this trade, it has become increasingly important to question the applicability of civil liability on the electronic commerce. Accordingly, although the contracts covenanted in virtual environment can express various kinds, derived from relations of civil law, public or consumer, it was focused, in this work, the study of electronic contracts from consumerism relationships: characterizing elements, more expressive principles, as well as the assumed regime of legal liability. It was verified, through analysis of bills already in process on the subject of electronic commerce and an extensive study of the Law 8.078/90, if the principles and standards contained in this legal act are effective when applied to covenants signed by the type of trade study, which, in fact, was evidenced at the end.

KEY-WORDS: electronic commerce, *internet*, Code of Consumer, effectiveness.

SUMÁRIO

| | |
|--|-----------|
| INTRODUÇÃO..... | 11 |
| 1 COMÉRCIO ELETRÔNICO..... | 14 |
| 1.1. Conceito..... | 14 |
| 1.2. Desenvolvimento Histórico..... | 16 |
| 1.3. Contrato Eletrônico..... | 18 |
| 1.3.1. Definição..... | 18 |
| 1.3.2. Classificação..... | 20 |
| 1.3.3. Requisitos..... | 25 |
| 1.3.4. Formação do contrato eletrônico..... | 28 |
| 1.3.5. Validade Jurídica – assinatura digital..... | 30 |
| 2 CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR..... | 32 |
| 2.1. Elementos da relação de consumo – conceitos básicos..... | 34 |
| 2.2. Princípios norteadores..... | 39 |
| 2.2.1. Princípio da vulnerabilidade – hipossuficiência e inversão do ônus da prova..... | 40 |
| 2.2.2. Princípio da igualdade ou da harmonização dos interesses dos consumidores e fornecedores..... | 41 |
| 2.2.3. Princípio da boa fé objetiva..... | 41 |
| 2.2.4. Princípio da coibição e repressão eficientes a abusos..... | 42 |
| 2.3. Regime da responsabilidade legal..... | 43 |
| 2.3.1. Responsabilidade pelo fato do produto e do serviço..... | 45 |
| 2.3.2. Responsabilidade por vício do produto e do serviço..... | 46 |
| 3 DA LEGISLAÇÃO APLICÁVEL AO COMÉRCIO ELETRÔNICO..... | 48 |
| 3.1. Projetos de Lei e legislação estrangeira acerca da regulamentação do comércio eletrônico..... | 48 |
| 3.1.1. Projetos de Lei em tramitação no Brasil..... | 48 |
| 3.1.1.1. Projeto de Lei n.º 1.589/99..... | 50 |
| 3.1.2. Legislação estrangeira..... | 51 |
| 3.1.2.1. Lei modelo da UNCITRAL..... | 52 |
| 3.2. Comércio eletrônico sob a ótica do Código de Defesa do Consumidor..... | 53 |
| 3.2.1. Principais problemas advindos dos contratos eletrônicos e suas respectivas soluções à luz do CDC..... | 55 |

| | |
|--|-----------|
| 3.2.1.1. <i>Atraso na entrega do produto</i> | 55 |
| 3.2.1.2. <i>Produto não entregue</i> | 57 |
| 3.2.1.3. <i>Possibilidade de devolução em caso de arrependimento</i> | 57 |
| 3.2.1.4. <i>Publicidade e oferta no comércio eletrônico</i> | 59 |
| 3.2.1.5. <i>Envio de Spams</i> | 62 |
| 3.2.16.. <i>Erro material de preço</i> | 63 |
| 3.2.2. <i>Aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos contratos eletrônicos de caráter internacional</i> | 64 |
| CONSIDERAÇÕES FINAIS | 67 |
| REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFIAS | 70 |

INTRODUÇÃO

Vivendo em constante evolução, o ser humano sempre está em busca de novas formas e métodos que facilitem e permitam uma melhor forma de se viver e conviver numa sociedade organizada.

Desde os tempos mais remotos, o homem buscou meios de viabilizar o comércio, seja através da troca de mercadorias (ou escambo) como forma de sobrevivência dos povos mais antigos, seja através das mais simples formas de venda de mercadorias.

Com a modernização das práticas comerciais, principalmente através do advento da *internet*, o comércio realizado através de meios denominados eletrônicos (telefone, televisão, *internet*, etc) tornou-se uma das principais formas de se realizar negociações.

Através da propagação do uso do comércio eletrônico como meio usual de negociação e realização de contratos, cresceu a preocupação com a necessidade de se averiguar se as normas jurídicas e, em especial, aquelas previstas na legislação consumerista – já que a maioria das operações realizadas através deste tipo de comércio são efetuadas por pessoas às quais podemos atribuir a qualidade de consumidores – vêm sendo corretamente respeitadas e aplicadas.

A relevância de tal questionamento correlaciona-se com o fato de que, diferentemente das contratações realizadas de modo presencial ou através de meios físicos, as negociações efetivadas via meios eletrônicos geralmente não deixam “vestígios”, o que acaba por agravar a situação já comumente constatada de hipossuficiência do consumidor em relação ao fornecedor do produto e/ou serviço contratado.

Percebe-se que alguns dos contratos realizados através de meios eletrônicos, mais comumente chamados de contratos eletrônicos, são finalizados, geralmente, na ausência de qualquer documento comprobatório da operação realizada. Ora, constatando-se já existirem dificuldades na simples demonstração da existência dos contratos firmados através do comércio eletrônico, imagine-se no tocante à seara do solucionamento de eventuais vícios ou defeitos que o produto ou serviço adquirido através deste tipo de comércio venha a apresentar.

A Constituição Federal elegeu como espécie de direito fundamental, o direito do consumidor, ao enunciar, em seu artigo 5º, inciso XXXII, que “O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”¹. A citada lei foi publicada dois anos após a promulgação da Carta Magna de 1988, constituindo-se no diploma que conhecemos por

¹ BRASIL. Constituição Federal/1988, art. 5º, XXXII.

Código de Defesa do Consumidor ou Lei n.º 8.078/90. Esse diploma legal constituir-se-á como a principal fonte teórica para o estudo do tema proposto no presente trabalho.

A pesquisa, ora objeto do presente estudo, partiu da discussão acerca da efetividade da aplicação do Código de Defesa do Consumidor às relações de natureza consumerista realizadas através do comércio eletrônico, ante a falta de existência de legislação específica a regular estas transações.

Muito embora o Código consumerista contenha um amplo espectro de princípios e normas que visam a proteção do consumidor no processo de aquisição de produtos e serviços, bem como da prevenção e reparação dos danos deles decorrentes, principalmente nas seções intituladas “Da Responsabilidade pelo Fato do Produto e do Serviço” e da “Da Responsabilidade por Vício do Produto e do Serviço”, discute-se, na presente pesquisa, se tal legislação é eficiente quando aplicada às operações realizadas através do comércio eletrônico, em razão de suas características tão peculiares.

Atualmente, na maioria dos países assim como no Brasil, não existem legislações específicas cujo objeto seja as operações efetivadas através dos meios eletrônicos.

No âmbito internacional, a legislação que se destaca nesse sentido é a chamada Lei Modelo da UNCITRAL (*United Nations Commission On International Trade Law*)² – Lei modelo sobre comércio eletrônico aprovada em 1996 pela Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas – a qual estabelece princípios próprios aplicáveis às operações efetuadas através de meios eletrônicos, utilizada como paradigma para as leis de cada país que viessem a ser editadas acerca do mesmo tema.

No Brasil, existem diversos projetos de lei abordando o tema, sendo o mais importante dentre eles o de n.º 1.589/99, desenvolvido pela OAB/SP, que visa à regular a comercialização de produtos e serviços oferecidos através do comércio eletrônico.

Levando-se também em consideração a atualidade do tema, faz-se necessária a busca pelos mais recentes julgados, de modo a serem constatadas quais as posições dos Tribunais Pátrios sobre a questão lançada na pesquisa.

Quanto à metodologia utilizada para o desenvolvimento do presente trabalho de conclusão de curso, esta será a de caráter eminentemente bibliográfico, concernente na análise da doutrina solidificada nos principais manuais que abordam o tema proposto, bem como em artigos científicos, sem olvidar a atenção necessária aos recentes julgados acerca do tema.

² Tradução disponível em <http://www.lawinter.com/luncitrallawinter.htm>. Acesso em 02 de jun de 2010.

Ainda, quanto à metodologia, também se fará a utilização de pesquisa documental, através de consultas à Constituição Federal, ao Código de Defesa do Consumidor, a Projetos de Leis relativos ao assunto estudado, bem como às demais legislações que abordem os temas discutidos.

O presente estudo compõe-se, inicialmente, de uma análise acerca das principais características relativas ao comércio desenvolvido eletronicamente, bem como dos contratos deles decorrentes. Após, adentrar-se-á nas principais questões relativas ao Código de Defesa do Consumidor, tecendo-se comentários acerca de seus princípios norteadores e do regime de responsabilidade civil adotado por esta legislação. E, por fim, discutir-se-á acerca da efetividade na aplicação das normas e princípios encartados no Código Consumerista às transações desta natureza efetivadas através de meios eletrônicos.

Portanto, considerando-se os argumentos acima expostos, resta clara a necessidade de se propor uma discussão a respeito de um tema tão relevante e atual, de forma a se responder a problemática levantada como tema desta pesquisa e atingir o objetivo geral do presente estudo: verificar, através da análise da doutrina, dos julgados mais hodiernos e, principalmente, dos princípios e normas da Lei n.º 8.078/90, o Código de Defesa do Consumidor, se as disposições trazidas por este diploma legal são eficazes quando aplicadas nas relações consumeristas desenvolvidas através do comércio eletrônico.

1. COMÉRCIO ELETRÔNICO

1.1. Conceito

Em sentido amplo, o termo comércio é utilizado para designar toda e qualquer relação de trocas efetuadas entre dois ou mais sujeitos e implica, necessariamente, numa reciprocidade.

Nesse sentido, esta reciprocidade vai se perfectibilizar através de uma troca. De fato, pode-se até mesmo afirmar que, se um dos sujeitos da relação só oferece algo e não recebe nada em troca, não se estaria falando de uma relação comercial. Para o comércio ser configurado, faz-se necessária uma permuta: de bens ou serviços entre si, de bens ou serviços por alguma forma de moeda ou qualquer outro valor econômico e etc.

As operações de “trocas” que viabilizam a existência do comércio podem ocorrer entre dois sujeitos, configurando o comércio bilateral ou, ainda, entre mais de dois parceiros, numa espécie de comércio denominada multilateral.

Dentre as diversas possibilidades de realização do comércio, pode-se denominar de comércio eletrônico as operações negociais, estejam elas relacionadas a produtos ou serviços, que se dêem através de ambientes virtuais, os quais apresentam como característica marcante a ausência de um espaço físico para a sua operacionalização.

Aliás, a virtualidade não é uma característica aposta somente ao ambiente de efetivação desta forma negocial. Os próprios bens e/ou serviços objetos das transações comerciais realizadas neste tipo de comércio também podem ter esta natureza. É o caso das operações feitas em *sites* de instituições bancárias, conhecidos por *homebanking*, das aquisições de produtos virtuais, tais como os *downloads* de livros, músicas e outros.

Percebe-se, neste tipo de comércio, que também a oferta e o contrato – parte especialmente relevante na operação a ser realizada – são efetivados através da transmissão e recebimento eletrônicos de informações.

Outro enfoque relevante a respeito da determinação de um conceito para o comércio eletrônico é o estudo do fenômeno da *internet*.

Utilizar-se da expressão “comércio eletrônico” há cerca de duas décadas causaria certo estranhamento aos ouvintes. Hoje, trata-se de um meio negocial cujo uso pela sociedade de consumo tornou-se absolutamente normal.

Em termos de conceituação, a doutrina não se mostra uníssona. Na visão de Cláudia Lima Marques:

Latu sensu, pois, o comércio eletrônico abrangeria qualquer forma de transação ou troca de informação comercial ou visando a negócios, aquelas baseadas na transmissão de dados sobre redes de comunicação como a *internet*, englobando todas as atividades negociais, juridicamente relevantes, prévias e posteriores à venda ou à contratação.³

Para Fábio Ulhoa Coelho

Comércio eletrônico é a venda de produtos (virtuais ou físicos) ou a prestação de serviços realizados em estabelecimento virtual. A oferta e o contrato são feitos por transmissão e recepção eletrônica de dados, O comércio eletrônico pode realizar-se através da rede mundial de computadores (comércio internetenático) ou fora dela.⁴

As definições doutrinárias, a exemplo das anteriormente citadas, atribuem ao comércio eletrônico um caráter primordialmente comercial. Embora tal comentário pareça ser dotado de redundância, o deve ser feito porque, conforme aponta Ricardo Lorenzetti, as escassas conceituações legais disponíveis, em especial aquela constante de uma comunicação denominada “uma iniciativa europeia em matéria de comércio eletrônico” elaborada pela Comissão da União Europeia, são muito amplas e, conseqüentemente, dotadas de imprecisão. Eis a definição atribuída ao comércio eletrônico pela referida Comissão:

desenvolvimento da atividade comercial e de transação por via eletrônica, e compreende atividades diversas: a comercialização de bens e serviços por via eletrônica, a distribuição on-line de conteúdo digital, a realização por via eletrônica de operações financeiras de bolsa, a obra pública por via eletrônica e todo procedimento deste tipo celebrado pela administração pública.⁵

Esmiuçando-se os conceitos trazidos à baila, percebe-se que, conquanto possuam naturezas distintas – doutrinária e legal – ambos possuem como fator constitutivo do conceito de comércio eletrônico o elemento *internet*.

Muito embora este tipo de comércio não se desenvolva somente através da *internet* propriamente dita, não se pode olvidar que a expansão do comércio eletrônico é principalmente decorrente do desenvolvimento desse meio e de sua popularização em todas as camadas sociais.

³ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2005.p.38-39.

⁴ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**, v.3. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.p.32.

⁵ LORENZETTI, Ricardo L. **Comércio eletrônico**: tradução de Fabiano Menke com notas de Cláudia Lima Marques. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.p. 91-92.

É a existência da *internet*, como se demonstrará mais adiante, na parte do estudo reservada aos desdobramentos históricos que possibilitaram o surgimento do comércio eletrônico, que viabilizou a massificação deste.

O comércio eletrônico – aliado ao seu principal meio propulsor, a *internet* – veio a suprir mais um anseio da sociedade de consumo, representando uma forma de viabilização da oferta de produtos e serviços em escala global, de modo a não extinguir, mas a diminuir consideravelmente as limitações geográficas porventura existentes entre fornecedores e consumidores.

1.2. Desenvolvimento Histórico

Embora o modelo de operação realizada através do comércio eletrônico tenha representado uma novidade no âmbito comercial, pode-se dizer que as contratações à distância datam de período bem mais remoto na história do comércio.

As vendas de produtos e serviços através de catálogos, por exemplo, foram pioneiras nesse tipo de relação de consumo. Para a perfectibilização do negócio, era suficiente que os clientes preenchessem uma espécie de formulário com seus dados pessoais, juntamente com as informações relativas ao pedido, formulário este que, pelo menos em tese, chegaria ao comerciante, o qual, posteriormente, enviaria o produto e aguardaria o pagamento acordado.

Porém, os catálogos constituíram-se apenas impulso inicial ao comércio realizado à distância. Após, teve-se o advento das vendas por telefone, televisão e pela *internet*, este meio que, em especial, deu origem ao comércio eletrônico como hoje se conhece e a respeito do qual, em face da sua importância para a disseminação e popularização do comércio eletrônico, teceremos maiores comentários.

Analisando-se o esboço histórico do comércio eletrônico, observa-se sempre ter havido uma procura incessante por novas tecnologias que viabilizassem a interação entre as empresas e os consumidores, de modo a modernizar e tornar mais eficientes seus métodos de negócios e a estruturação das próprias empresas.

Datam da década de 1960 os primeiros esforços no sentido de criar o sistema de interação de dados denominado *internet*.⁶ Inicialmente, o Departamento de Defesa dos Estados Unidos criou uma rede de projetos de pesquisa avançada, chamada de ARPANET

⁶ MACEIRA, Irma Pereira. **A responsabilidade Civil no Comércio Eletrônico**. São Paulo: RCS, 2007. p. 104.

(*Advanced Research Project Network*)⁷, no intuito de manter a comunicação entre bases militares dos Estados Unidos durante a Guerra fria. Logo em seguida, na década de 1970, a tecnologia anteriormente desenvolvida fora aplicada com sucesso e se tornou um meio extremamente eficiente para uso em transações financeiras, de transferências eletrônicas de fundos entre bancos, através de redes privadas seguras.

Já na década de oitenta, tem-se a disseminação, entre as mais diversas empresas, de práticas de comércio eletrônico como a transferência simples de dados e a criação dos correios eletrônicos. Neste momento, passa-se à utilização do padrão para transferência eletrônica de dados chamado de EDI (*Electronic Data Interchange*), através de redes privadas conhecidas por VAN's 39 (*Value Added Network*)⁸, evento este considerado o marco zero para a disseminação do comércio eletrônico no mundo.

O padrão criado na década de 1980, o EDI, ainda é utilizado nos dias atuais, uma vez que permite às empresas realizar, de modo eficiente, a transferência de dados entre as mesmas. Todavia, para a maioria das pessoas, na década de oitenta, a *internet* existia apenas operacionalmente e precisava de uma nova roupagem, já que nesta época, seu uso permanecia restrita somente para quem tivesse acesso à alguma rede privada.

Foi no ano de 1992, com o surgimento da famosa interface gráfica “www” (sigla representativa do termo World Wide Web ou Teia Mundial de Computadores), que a *internet* começou o seu processo de popularização. Esta interface facilitou o acesso à *internet*, diminuindo consideravelmente os seus custos de utilização, de forma a diversificar as atividades negociais nela realizadas e viabilizar o comércio eletrônico nos moldes hoje conhecidos.

No Brasil, a história da *Internet* começou a ser escrita em meados de 1991, com o advento da RNP (Rede Nacional de Pesquisa), uma espécie de operação acadêmica subordinada ao MCT (Ministério de Ciência e Tecnologia). Todavia, o serviço de *internet* só começou a ser efetivamente utilizado no país, ainda que de forma experimental, em 1994, com o lançamento do serviço pela Embratel.

Um ano depois, em 1995, através da iniciativa do Ministério das Telecomunicações e Ministério da Ciência e Tecnologia, a *internet* foi finalmente aberta à iniciativa privada para que pudesse ser explorada comercialmente e ofertada a toda a população brasileira.

⁷ ALBUQUERQUE, Adriano Bessa. **Qualidade de Websites de Comércio Eletrônico**. Disponível em: http://74.125.155.132/scholar?q=cache:etDxZMIoiNQJ:scholar.google.com/+qualidade+de+websites&hl=pt-BR&as_sdt=2000. Acesso em 10 de fev de 2010

⁸Op. cit.

Não há dúvidas de que a evolução do uso da *internet*, partindo de uma realidade restrita às redes privadas para outra aberta ao público, foi o marco mais importante para a promoção do fenômeno do comércio eletrônico em todo o mundo.

1.3. Contrato Eletrônico

1.3.1. Definição

De início, antes que se elucide a definição do que seja um contrato eletrônico, faz-se necessário apresentar a conceituação atribuída aos contratos em geral, independentemente de sua natureza.

A definição mais tradicional e citada por doutrinadores como Carlos Roberto Gonçalves pertence à Clóvis Beviláqua, para o qual contrato é um “acordo de vontades para o fim de adquirir, resguardar, modificar ou extinguir direitos”.⁹

Segundo Gonçalves, em seu manual acerca de contratos e atos unilaterais,

O contrato é uma espécie de negócio jurídico que depende, para a sua formação, da participação de pelo menos duas partes. É, portanto, negócio jurídico bilateral ou plurilateral (...) Sempre, pois, que o negócio jurídico resultar de um mútuo consenso, de um encontro de duas vontades, estaremos diante de um contrato.¹⁰

Partindo-se para o conceito de contrato eletrônico, tem-se como o instrumento contratual formado, pelo menos em alguma de suas etapas de constituição, através da transmissão eletrônica de dados.

Nesse sentido, muito pedagógico é o conceito adotado por Ricardo Lorenzetti, para o qual “o contrato eletrônico caracteriza-se pelo meio empregado para a sua celebração, para o seu cumprimento ou para a sua execução, seja em uma ou nas três etapas, de forma total ou parcial”.¹¹

Ou seja, a manifestação de vontade das partes contratantes, no momento da proposta (oferta) por parte do fornecedor do produto e/ou serviço e da aceitação por parte do

⁹ BEVILÁQUA, Clóvis apud GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, volume III: contratos e atos unilaterais**. 3 ed. São Paulo, Saraiva, 2007.p.2.

¹⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. op. cit.p.2.

¹¹ LORENZETTI, Ricardo L. **Comércio eletrônico**: tradução de Fabiano Menke com notas de Cláudia Lima Marques. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 285.

consumidor, não será expressa através da forma oral ou em qualquer documento escrito, mas tão somente aperfeiçoados à distância, por meios eletrônicos ou eletromagnéticos capazes de viabilizar este tipo de comércio.

Muito embora a virtualidade seja um elemento de extrema importância para a caracterização do comércio eletrônico e, via de consequência, para os contratos firmados através de tal meio, o ordenamento jurídico brasileiro e, em especial, a doutrina, prevêem outras modalidades contratuais que dispensam a existência de um contrato escrito que formalize a obrigação que o originou.

Vários são os critérios utilizados doutrinariamente para a divisão e posterior estudo das formas contratuais. Mas, em verdade, a que realmente interessa ao presente estudo é aquela relacionada à forma de aperfeiçoamento dos contratos, subdividindo-os em contratos solenes ou formais e não solenes ou não formais.

A solenidade ou formalidade é característica dos contratos que, necessariamente, precisam seguir à forma prescrita em lei para poderem se aperfeiçoar. Todavia, a regra geral vigente na legislação brasileira é a da liberdade da forma, nos termos do art. 107 do Código Civil: “A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir”.¹²

Tal liberdade é justamente a principal característica dos contratos ditos não solenes ou não formais, dentre os quais o contrato eletrônico é um dos seus exemplos mais comuns. Em virtude de a lei não exigir nenhuma formalidade específica para que estes tipos de contratos se aperfeiçoem, sua formação, dependeria apenas do consentimento das partes contratantes. Ou seja, pouco importando o modo como a vontade de uma das partes será expressa e transmitida para a outra.

Quanto aos efeitos da distinção dos contratos, levando-se em consideração o fator solenidade, Carlos Roberto Gonçalves salienta que seu principal efeito prático residiria “no fato de serem nulos os primeiros, se não observada a forma prescrita em lei, que é elemento essencial à sua validade, ao passo que os segundos não”.¹³

Pelo menos em tese, qualquer espécie de contrato – respeitado o seu caráter patrimonial, é claro – pode ser celebrado via meios eletrônicos. Ressaltar o aspecto da patrimonialidade do negócio a ser realizado é extremamente importante, já que, conforme salienta Carlos Roberto Gonçalves, “o contrato não se restringe ao direito das obrigações.

¹² BRASIL. Lei n.º 10.406/02 – **Código Civil**, art 107.

¹³ GONÇALVES, **Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, volume III: contratos e atos unilaterais**. 3 ed. São Paulo, Saraiva, 2007.p. 86.

Estendendo-se a outros ramos do direito privado (o casamento p. ex., é considerado um contrato especial, um contrato do direito de família) e também o direito público, bem como toda espécie de convenção”.¹⁴

1.3.2. Classificação

Há na doutrina, duas formas distintas para se classificar os contratos eletrônicos. Estes podem ser analisados conforme o tipo de interação existente entre as partes contratantes ou, ainda, de acordo com a averiguação de quem são as próprias partes contratantes.

Quanto ao nível de interação, apreciado a partir da averiguação do nível de participação do meio eletrônico para a formação do contrato eletrônico, subdivide-se, de acordo com a classificação adotada por Marisa Delapievi Rossi¹⁵, em:

a) Intersistêmicos: contratos eletrônicos aperfeiçoados sem qualquer interferência humana. A vontade, elemento necessário à concretização do negócio, estaria presente apenas num momento pré-contratual, no qual a participação humana estaria adstrita à aplicação de diretrizes a serem observadas pelo meio eletrônico utilizado. Nesse caso, a título de exemplo, programas de computadores – os softwares – celebrariam contratos automaticamente.

Diz-se que, neste tipo de contrato, a função do meio eletrônico, no caso o computador, seria a de apenas comunicar ao equipamento eletrônico do outro contratante aquilo que fora anteriormente acordado por eles (contratantes). De uma forma geral, este tipo de operação é observada nos atos de controle de estoque de grandes empresas ou na geração automática de pedidos entre uma empresa fabricante e uma revendedora de determinado produto, de acordo com a necessidade do mesmo.

b) Interpessoais: contratos eletrônicos celebrados em meio eletrônico organizado em redes, interligando entre si os sistemas das partes contratantes, de forma a permitir que os mesmos se comuniquem através dessa interligação. Neste tipo de contrato, constata-se a presença de interação humana em seus dois pólos. O computador deixa de ser apenas o

¹⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, volume III: contratos e atos unilaterais**. 3 ed. São Paulo, Saraiva, 2007. p.2.

¹⁵ ROSSI, Maria Delapievi apud CABRINI, Ricardo. **As relações de consumo nos contratos eletrônicos celebrados via internet**. Disponível em: <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/viewPDFInterstitial/152/153>. Acesso em 05 de fev de 2010.

veículo da comunicação de uma vontade anteriormente expressa pelos contratantes, passando a interagir com essas vontades.

Esse modelo de contratação subdivide-se em contratação entre presentes ou ausentes, levando-se em consideração a simultaneidade ou não da declaração e recepção da vontade das partes.

- Simultâneos: a celebração é realizada em tempo real, estando as partes conectadas ao mesmo tempo à rede que as interliga, fazendo-se o uso de aplicativos que enviem e recebam as declarações num pequeno espaço de tempo, dando a impressão de que as partes estejam dividindo um mesmo ambiente, não físico, mas virtual.

São contratos realizados “on-line”, entre presentes, onde a declaração de vontade de uma parte é recebida pela outra no mesmo momento em que é declarada ou num breve decurso de tempo. Estes contratos podem ser efetivados através de *chats* como o *MSN*, por vídeo-conferência, dentre outras centenas de possibilidades.

- Não-Simultâneos: como o próprio nome sugere, estes tipos de contratos são realizados através de meios eletrônicos que necessitam de certo lapso temporal para a transferência dos dados representativos da vontade das partes.

São contratos realizados entre ausentes, uma vez que o envio da declaração de vontade de uma parte e a recepção pela outra requer um espaço de tempo razoável. É exemplo típico deste tipo de operação as comunicações efetuadas por *e-mail*.

c) Interativos: neste tipo de contrato eletrônico, uma das partes irá interagir com um sistema eletrônico que foi anteriormente programado para efetivar uma determinada operação. O sistema utilizado é geralmente destinado ao processamento eletrônico de dados, no qual o contratante tem a possibilidade de solicitar um serviço, efetuar uma compra, realizar uma transação financeira etc.

Constitui-se da forma de contrato eletrônico mais comum dentre os tipos existentes. Os contratos são realizados através de *sites*, onde o fornecedor do produto e/ou serviço pré-programou o seu sistema para a oferta, disponibilizando a qualquer consumidor interessado.

É normal, ainda, que nestes tipos de contrato os fornecedores firmem cláusulas pré-estabelecidas e que, por isso, sejam reconhecidos como tendo o caráter de adesão.

Os contratos interativos são geralmente realizados de forma não-simultânea, mas existe a possibilidade de ocorrerem entre presentes, conforme a definição já exposta acima.

Quanto à análise das partes que contratam eletronicamente, este tipo de contrato, classifica-se, em conformidade com a divisão proposta por Fábio Ulhoa Coelho¹⁶, em:

a) Contrato eletrônico entre empresas (Business to business ou B2B): como o próprio nome já indica, este tipo de contrato é firmado nas transações entre empresas para a aquisição de produtos e/ou serviços umas das outras, a exemplo das operações ocorrentes no comércio atacadista, em contraponto as que ocorrem no comércio varejista.

No B2B não há a participação do consumidor final, considerando-se a ordem normal de uma cadeia de consumo, a não ser, é claro, nos casos em que as empresas estejam adquirindo produtos e/ou serviços que não sirvam como espécie de insumos para a realimentação da própria atividade produtiva desenvolvida pela empresa.

Nesta forma de contratação, as partes objetivam a agilização e facilitação na troca de informações entre empresas, seus fornecedores e sua cadeia de distribuição, de modo a extirpar ou diminuir consideravelmente a fase de intermediação, o que acarreta a redução dos custos das operações envolvidas no processo.

Em seu artigo sobre o Comércio eletrônico business to business, o autor Dailton Felipini expõe alguns exemplos de transações eletrônicas realizadas entre empresas, dentre as quais se podem destacar duas: 1) uma empresa organiza um certame licitatório para escolher um fornecedor de suprimento diversos ou participa como candidata à tal fornecimento; 2) organizadas por um terceiro, empresas menores se unem para adquirir matéria-prima, em maior escala, de modo a obter a redução do preço final dos produtos desejados.¹⁷

Os aspectos positivos da realização de B2B vêm incentivando as empresas a investirem, de forma exponencial, em novas tecnologias que proporcionem ainda mais eficiência no processo.

Por fim, é importante frisar que, em regra, os contratos eletrônicos firmados através de relações *business to business* obedecem aos ditames do Código Civil. Porém, vêm a excetuar tal regra, os casos nos quais restar constatado que uma empresa esteja adquirindo produtos ou serviços de uma outra na condição de destinatária ou consumidora final dos mesmos, situação à qual deverá ser aplicado, para se dirimir eventual conflito, o Código de Defesa do Consumidor e não o Código Civil, como genericamente se afirmou.

¹⁶ COELHO, Fábio Ulhoa apud MACEIRA, Irma Pereira. **A responsabilidade Civil no Comércio Eletrônico**. São Paulo: RCS, 2007.p. 180.

¹⁷ FELIPINI, Dailton. **O comércio eletrônico B2B**. Disponível em: http://www.e-commerce.org.br/artigos/comercioeletronico_B2B, sítio visitado em 04.05.2010.

b) Contrato eletrônico entre empresa e consumidor (Business to consumer ou B2C): é proveniente das transações realizadas através do comércio eletrônico, cujo objetivo é a venda de produtos e/ou serviços aos próprios consumidores. É o chamado varejo eletrônico.

Neste tipo de contrato eletrônico, sendo aquele que mais interessará ao estudo do tema proposto na presente pesquisa, tem-se, em um dos pólos da relação contratual, uma empresa fornecedora de um produto ou serviço, na qualidade de fabricante ou mesmo de distribuidora e, no outro pólo, uma pessoa física ou empresa que utilize o produto ou serviço adquirido na qualidade de destinatária final do mesmo. Eis os conceitos de fornecedor e de consumidor, respectivamente, trazidos pela Lei n.º 8.078/90:

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**. Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que **adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final**.¹⁸ – *grifos acrescidos*.

Por se tratar de relação puramente de consumo, não pairam dúvidas a respeito do disciplinamento legal a incidir sobre tais relações – o Código de Defesa do Consumidor.

c) Contrato eletrônico entre consumidores (Consumer to consumer ou C2C): nesta espécie de contrato, as transações eletrônicas são realizadas entre internautas consumidores, no ambiente de algum estabelecimento virtual, tendo este apenas a função de intermediação da negociação.

Inicialmente, poder-se-ia afirmar a impossibilidade jurídica deste tipo de relação contratual, em face das definições de fornecedor e consumidor trazidas pelo Código Consumerista.

Muito embora a Lei n.º 8.078/90 preveja, de modo claro, em seus artigos 2º e 3º, que as pessoas físicas podem figurar nas relações de consumo tanto na qualidade de fornecedores quanto na de consumidores, uma relação jurídica na qual tanto fornecedor quanto consumidor sejam pessoas físicas não podem ser consideradas como de consumo e, portanto, devem ser regidas pelo Código Civil. É o que ensina a autora Irma Pereira Maceira, aduzindo que

sob o ponto de vista técnico essa classificação se apresenta em nosso Direito, tecnicamente inviável, uma vez que os elementos caracterizadores da relação de consumo constam, expressamente do Código de Defesa do Consumidor:

¹⁸ BRASIL. Lei n.º 8.078/90 – **Código de Defesa do Consumidor**, arts. 2º e 3º.

fornecedor, consumidor e produto ou serviço, conforme delineados nos artigos 2º e 3º da Lei 8.078/1990. Logo, pessoas físicas, entre si, não mantêm uma relação consumerista; obrigam-se na conformidade do ordenamento civil geral”.¹⁹

Nos contratos C2C, o Código de Defesa do Consumidor somente terá aplicação sobre as relações existentes entre a empresa proprietária do estabelecimento virtual e os internautas/consumidores que o utilizem para intermediar suas negociações com outras pessoas físicas.

No Brasil, o Mercado Livre foi uma das empresas pioneiras em oferecer o tipo de intermediação existente nos contratos *consumer to consumer*. A referida empresa tem atuação em diversos outros países, tais como Argentina, Equador, Uruguai, Venezuela e traz, em seus dizeres institucionais, a seguinte definição:

É uma empresa de tecnologia que oferece soluções de comércio eletrônico para comprar, vender e pagar de tudo pela *internet*. (...) uma das maiores plataformas de compras e vendas pela *internet* da América Latina. Compradores e vendedores se encontram no MercadoLivre para trocar informações e realizar transações de comércio eletrônico (...) contando com uma ampla gama de produtos e serviços. O MercadoLivre também permite que os vendedores anunciem veículos, imóveis e serviços em uma área exclusiva de Classificados.²⁰

Há, ainda, a possibilidade de os contratos eletrônicos serem realizados com um ente de direito público ocupando um dos pólos da relação contratual. Porém, o estudo de tais relações, de natureza eminentemente pública, não interessa ao enfoque abordado na presente pesquisa.

Como demonstrado, os contratos eletrônicos, considerando-se as partes que os compõem, podem ser entre empresas, entre consumidores, entre empresas e consumidores e contratos eletrônicos cuja uma das partes seja o governo. As duas primeiras formas de classificação podem ensejar uma relação de natureza civil, a terceira uma típica relação consumerista e a última, relações de direito público.

Porém, muito embora classificar os contratos eletrônicos da forma anteriormente proposta possua um cunho pedagógico, pertinente é o comentário do professor Ricardo Lorenzetti, acerca de tal classificação:

¹⁹ MACEIRA, Irma Pereira. **A responsabilidade Civil no Comércio Eletrônico**. São Paulo: RCS, 2007.p. 194-195.

²⁰ www.mercadolivre.com.br, sítio visitado em 03.05.2010.

É habitual que se faça distinção entre business to business, business to consumer, consumer to consumer e government to government e que se outorgue a tais termos um sentido especial ao se referirem ao comércio eletrônico, expressando-se em inglês e numa tecnolinguagem mais obscura possível. Superada a fase inicial de encantamento, é advertir-se que são divisões amplamente conhecidas no direito vigente: relações de direito público, privado e, nesse último caso, de relações empresariais ou entre empresas e consumidores.²¹

1.3.3. Requisitos

Assim como qualquer outro contrato, o de natureza eletrônica necessita preencher os requisitos determinados pela Lei Civil e, eventualmente, pelo Código de Defesa do Consumidor, a depender das partes integrantes da relação, para que possua validade no mundo jurídico e produza os efeitos desejados pelas partes.

Os requisitos asseguradores da validade de um contrato são: a capacidade das partes; objeto lícito, possível, determinado ou determinável; forma prescrita ou não defesa em lei e consentimento.

a) Capacidade: consoante disposição expressa do artigo 104, I, do Código Civil vigente, o primeiro requisito condicionador da validade de um negócio jurídico é a capacidade do agente.

Os contratantes precisam satisfazer tanto as condições necessárias ao preenchimento de uma capacidade genérica – para qualquer ato da vida civil – quanto as condições pertinentes à capacidade específica para figurar em determinado contrato.

A genérica será averiguada sempre que o agente não se enquadrar nas hipóteses trazidas pelos artigos 3º e 4º da Lei Civil, os quais abarcam as previsões de incapacidade relativa ou absoluta para os atos da vida civil. Trata-se de uma espécie de capacidade outorgada pela lei de forma negativa, uma vez que enumera as pessoas que não possuem o atributo da capacidade ou, ainda, que o possuem de modo mitigado. Eis o teor dos dispositivos legais citados:

Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil: I - os menores de dezesseis anos; II - os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática

²¹ MACEIRA, Irma Pereira. **A responsabilidade Civil no Comércio Eletrônico**. São Paulo: RCS, 2007. p. 182. Apud Newton de Lucca. **Aspectos jurídicos da contratação informática e telemática**. Saraiva, 2003.p.4-5.

desses atos; III - os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.

Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer: I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; II - os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido; III - os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo; IV - os pródigos.

Parágrafo único. A capacidade dos índios será regulada por legislação especial.²²

De certo, suprindo-se a incapacidade relativa ou absoluta do modo como a lei eventualmente a determinar, tais agentes poderão contratar livremente.

Quanto à capacidade específica para constar no pólo de uma relação contratual, será exigida quando, a depender do tipo de instrumento a ser firmado, a lei trazer previsão de uma aptidão especial para a validade do ato. É o que ocorre, como ensina Gonçalves, nos contratos de doação, transação, alienação onerosa, posto exigirem a capacidade ou poder de disposição das coisas ou dos direitos que são objeto de cada um destes contratos.²³

O momento de aferição da capacidade das partes deve ser o da realização do ato, em razão de a capacidade superveniente não ter o condão de sanar eventual vício de validade, nem tão pouco a incapacidade posterior à prática do ato ser capaz de torná-lo nulo.

b) Objeto lícito, possível, determinado ou determinável: numa análise eminentemente dogmática, poder-se-ia dizer que lícito é o objeto que não contrarie a lei, tão somente. Porém, autores como Gonçalves aduzem que, na análise da licitude do objeto, deve-se também levar em consideração o respeito à moral, aos bons costumes, e a ordem pública, em face de interpretação analógica dos termos do artigo 122 do Código Civil: “São lícitas, em geral, todas as condições não contrárias à lei, à ordem pública ou aos bons costumes; entre as condições defesas se incluem as que privarem de todo efeito o negócio jurídico, ou o sujeitarem ao puro arbítrio de uma das partes”.²⁴

Este entendimento já foi corroborado por nossos Tribunais, conforme aresto a seguir transcrito de decisão proferida no TJ/RS:

EMENTA: AÇÃO RESCISÓRIA. ACÓRDÃO LAVRADO EM AÇÃO DE COBRANÇA C/C ARBITRAMENTO DE HONORÁRIOS. OBJETO DO CONTRATO CONTRÁRIO À LEI. ILICITUDE. CAUSA DE NULIDADE. REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE DA AÇÃO RESCISÓRIA. As hipóteses passíveis de ensejar ação rescisória estão taxativamente previstas

²² BRASIL. Lei n.º 8.078/90 – **Código de Defesa do Consumidor**, arts. 3º e 4º.

²³ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, volume III: contratos e atos unilaterais**. 3 ed. São Paulo, Saraiva, 2007.p. 14.

²⁴ BRASIL. Lei n.º 10.406/02 – **Código Civil**, art.122.

no art. 485 do CPC, não se permitindo, com relação a elas, ampliação por interpretação analógica ou extensiva VIOLAÇÃO À LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI. A violação a literal disposição de lei deve estar manifesta na decisão que se pretende rescindir, sob pena de não ser cabível a rescisória. OBJETO DO CONTRATO CONTRÁRIO À LEI. ILICITUDE. **A ilicitude do negócio jurídico ou de seu objeto é causa de nulidade, nos termos do artigo 166, II, 1ª parte, do Código Civil. Embora este diploma legal não defina, especificamente, o que se deve considerar ilícito, por analogia ao disposto no artigo 122, que considera lícito tudo àquilo que não é contrário ao direito, aos bons costumes e à ordem pública, pode-se concluir que, ao contrário senso, a ilicitude compreende a contrariedade à lei, à moral (bons costumes) e à ordem pública.** HONORÁRIOS DECORRENTES DE CONTRATO NULO. Caracterizada a nulidade do contrato que ampara a pretensão do autor, resta afastado o direito de recebimento de honorários advocatícios pelo contrato, uma vez que não se reconhece efeitos por serviços prestados contrariamente à lei. O ato jurídico nulo não produz efeitos jurídicos, posto que os direitos, deveres, obrigações são conseqüências de fato jurídico perfeito, não se produzindo tais efeitos quando houver nulidades. AÇÃO RESCISÓRIA JULGADA IMPROCEDENTE. UNÂNIME.²⁵ – *grifos acrescentados.*

Na averiguação da licitude do objeto, considera-se tanto a conduta humana – objeto imediato do contrato – quanto os bens ou prestações sobre os quais se avençou contratualmente – objeto mediato.

Quanto à possibilidade do objeto, esta pode ser vista também sob dois enfoques: o material e o jurídico. Impossível é o objeto que não pode ser realizado ou verificado.

A impossibilidade física ou material de um objeto decorre de sua contrariedade a alguma lei física ou da natureza. Já a impossibilidade jurídica, como o próprio nome sugere, refere-se a um objeto proibido no mundo jurídico.

Por último, quanto à determinação, tem-se que o objeto deve ser identificado por seu gênero, espécie, qualidade e quantidade ou, se determinável, que tal circunstância possa ser suprida até o momento da execução do contrato.

c) Forma prescrita ou não defesa em lei: nosso ordenamento pátrio, em regra, determina que a forma dos contratos seja livre, consensual. Ou seja, o formalismo é a exceção. Esta é a previsão trazida pelo artigo 107 do Código Civil ao aduzir que “a validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir”.²⁶

²⁵ Ação Rescisória Nº 70010130284, Oitavo Grupo de Câmaras Cíveis, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Claudir Fidelis Faccenda, Julgado em 12/08/2005. Disponível em <http://www.tjrs.jus.br>. Sítio visitado em 05.05.2010.

²⁶ BRASIL, Lei n.º 10.406/02 – **Código Civil**, art.107.

d) Consentimento: acordo entre as vontades de cada uma das partes da relação contratual. Segundo Caio Mário, o consentimento deve abranger três aspectos: acordo sobre a existência e natureza do contrato; acordo sobre o objeto do contrato e acordo sobre as cláusulas que o compõem.²⁷

Se o consentimento não for dado por ambas as partes contratantes ou, ainda, for expresso de modo a não abranger todos os caracteres contratuais avençados, ele estará viciado e, muito provavelmente, apresentará um dos vícios ou defeitos atribuídos aos negócios jurídicos: erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude.

1.3.4. Formação do contrato eletrônico

Em linhas gerais, o contrato tem-se como perfectibilizado quando ocorre o encontro das vontades dos contratantes. Estas vontades – que devem ser convergentes – são exteriorizadas através da oferta ou proposta, de um lado, e da aceitação, do outro.

A proposta, declaração unilateral de vontade que, “obriga o proponente, se o contrário não resultar dos termos dela, da natureza do negócio, ou das circunstâncias do caso”²⁸, constitui-se de fonte obrigacional que vinculará os proponentes nos exatos termos em que foi realizada.

O Código de Defesa do Consumidor, trazendo regulação própria para a matéria, prevê que, nos casos de o fornecedor se recusar ao cumprimento da oferta, apresentação ou publicidade, o consumidor poderá optar por

exigir o cumprimento forçado da obrigação, nos termos da oferta, apresentação ou publicidade; II - aceitar outro produto ou prestação de serviço equivalente; III - rescindir o contrato, com direito à restituição de quantia eventualmente antecipada, monetariamente atualizada, e a perdas e danos.²⁹

No tocante à aceitação, esta pode ser proferida de modo tácito ou expresso, assim como ocorre com a veiculação da proposta. O ato de consentimento à oferta veiculada deve suprir três características principais: ser oportuno, posto que se efetuado fora do prazo concedido pelo ofertante implicará em nova proposta; ser expresso de tal modo que

²⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil volume III – Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.p.31.

²⁸ BRASIL, Lei n.º 10.406/02 – **Código Civil**, art. 427.

²⁹ BRASIL, Lei n.º 8.078/90 – **Código de Defesa do Consumidor**, art. 35, I, II e III.

corresponda à uma adesão total e irrestrita à oferta, excetuados os casos nos quais a própria oferta comporte aceitação parcial; e ser demonstrado de modo conclusivo e coerente.

No comércio eletrônico, vislumbra-se que a principal dificuldade apresentada na averiguação dos requisitos necessários à formação do contrato está intrinsecamente ligada à prova da manifestação da vontade das partes, já que esta é expressa não através de qualquer instrumento oral ou documento escrito, mas pelo simples “registro” em meio virtual.

Tal registro que, conforme afirmado simbolizaria a manifestação de vontade das partes, dá-se, utilizando-se a internet como exemplo de meio virtual, quanto à oferta, com a simples disponibilização, por parte do fornecedor, do produto ou serviço num *site* e, quanto à aceitação, através da seleção, pelo consumidor, de uma das opções oferecidas, seleção esta que geralmente perfectibiliza-se com a realização de simples cliques com o *mouse* nas telas do referido *site*.

Considerando-se a especificidade dos contratos eletrônicos e a necessidade de criação de mecanismos próprios que resguardem a segurança das contratações realizadas em ambientes virtuais, já existem conceitos e princípios específicos aplicáveis à seara destes contratos, a maioria deles constante de uma Lei Modelo sobre Comércio Eletrônico, formulada por uma das Comissões da Organização das Nações Unidas (ONU), a UNCITRAL, a respeito da qual teceremos maiores comentários no capítulo 3 deste trabalho.

Acerca da formação dos contratos eletrônicos, a mencionada Lei prevê em seu artigo 11 que

Salvo disposição em contrário das partes, na formação de um contrato, a oferta e sua aceitação podem ser expressas por mensagens eletrônicas. Não se negará validade ou eficácia a um contrato pela simples razão de que se utilizaram mensagens eletrônicas para a sua formação.³⁰

Segundo Fábio Ulhoa Coelho, este artigo traz a expressão do chamado princípio da equivalência funcional e que, através deste enunciado, “afirma-se que o suporte eletrônico cumpre as mesmas funções que o papel, Aceita essa premissa, não há razões para se considerar inválido ou ineficaz o contrato tão-somente pela circunstância de ter sido registrado em meio magnético”.³¹

Quanto ao momento exato da conclusão do contrato eletrônico, ainda existem divergências, pois tal aferição comporta dependência com o ambiente a ser utilizado para a

³⁰ Disponível em http://www.abes.org.br/old/gruprab/legislacao/pl_1589_99.htm. Acesso em 02 de jun de 2010.

³¹ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**, v.3. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 39.

sua formação, seja a *internet* ou o telefone, a título de exemplo, assim como da simultaneidade na transferência de dados do meio utilizado. Nas palavras de Ulhoa

No comércio eletrônico *internet*enático considera-se feita a oferta no momento em que os dados disponibilizados pelo empresário em seu website ingressam no computador do consumidor ou adquirente. A aceitação, por sua vez, verifica-se quando os dados transmitidos por estes ingressam nas máquinas do empresário.³²

No que pertine ao fator tempo, para a legislação brasileira considera-se concluído o contrato quando a parte aceitar a oferta – no caso de contrato entre presentes – ou quando a parte expedir a aceitação – em se tratando de contratos firmados à distância.

Por fim, quanto ao lugar, reputa-se celebrado o contrato no local onde foi proposto ou no domicílio da empresa – nos casos das contratações civilistas em geral – e no domicílio do consumidor – nos casos em que a legislação consumerista seja aplicável.

No caso das relações de consumo, não há qualquer dúvida quanto à determinação do domicílio, mas, nas demais situações, há que se questionar acerca da fixação do local, em especial quando a contratação é eletrônica. Neste sentido, a lei modelo da UNCITRAL, já mencionada, “indica como lugar de conclusão do contrato aquele em que o destinatário tenha sua sede principal, independentemente de onde estiver instalado o sistema de informática”.³³

1.3.5. Validade Jurídica - assinatura digital

Preenchidos os requisitos de validade aplicáveis a todos as formas contratuais, bem como presentes os caracteres necessários à comprovação de que a manifestação de vontade das partes não se mostra viciada, aos contratos eletrônicos será atribuído a qualidade de licitude e validade no mundo jurídico.

Porém, como forma de facilitação para o aferimento da validade dos contratos firmados eletronicamente, criou-se a tecnologia denominada de assinatura digital.

Uma das maiores preocupações no tocante à operacionalização do contrato eletrônico, diz respeito à correta identificação dos contratantes e a autenticidade da mensagem (proposta ou aceitação) enviada em ambientes virtuais.

³² COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**, v.3. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 40.

³³ LORENZETTI, Ricardo L. **Comércio eletrônico**: tradução de Fabiano Menke com notas de Cláudia Lima Marques. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.p. 327.

Em apertada síntese, a assinatura digital cumpre as mesmas funções delegadas à manuscrita, possibilitando a identificação precisa da autoria dos dados transferidos eletronicamente. Outra vantagem atribuída ao uso da assinatura digital correlaciona-se ao fato de tal tecnologia permitir que o conteúdo da mensagem enviada ou recebida seja cifrada.

Nesse sentido, frise-se que parte da doutrina reconhece haver diferenciação entre o conceito de assinatura digital e de eletrônica. A primeira e que mais interessa ao presente estudo, estaria vinculada à existência de mecanismos de criptografia (cifragem) da mensagem. A segunda estaria adstrita à mera existência de senha ou dos chamados “códigos de acesso” à determinado conteúdo.

O sistema de assinatura digital é, genericamente, estruturado num sistema criptográfico, baseado na existência das denominadas chaves, emitidas por entidades certificadoras especializadas neste fim. Segundo Irma Maceira³⁴, utilizando-se das lições de Newton de Lucca, há duas modalidades de criptografia: a simétrica e a assimétrica. Na primeira, o programa responsável pela codificação do texto em caracteres indecifráveis se utiliza da mesma chave para criptografar e descriptografar. Na segunda, também denominada de chave pública, o programa codificador faz uso de uma chave privada para criptografar e de uma chave pública para a realização do processo inverso.

Ainda, segundo a autora, existe uma espécie de consenso no comércio eletrônico a respeito de atribuir maior segurança ao uso da criptografia assimétrica, uma vez que nesta modalidade a chave privada somente é conhecida pelo seu titular, não circulando na rede de computadores.

Pelo que foi exposto, podemos afirmar que o contrato eletrônico será válido e eficaz quando preencher os requisitos de validade inerentes a qualquer espécie contratual, e que a assinatura digital é apenas um instrumento facilitador da demonstração de tal validade, até mesmo porque o uso de assinaturas digitais é exceção, e não regra, nos contratos firmados eletronicamente. Portanto, sua presença não se mostra imprescindível para a conclusão dos referidos contratos.

³⁴ MACEIRA, Irma Pereira. **A responsabilidade Civil no Comércio Eletrônico**. São Paulo: RCS, 2007.p.250.

2. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Lei de caráter principiológico e de inspiração constitucional, o Código de Defesa do Consumidor – criado com o advento da Lei n.º 8.078 de 1990 – reúne um conjunto de princípios e normas, tanto de caráter público quanto privado, de modo a resguardar da forma mais ampla possível os direitos do consumidor.

A legislação consumerista visa a assegurar uma proteção efetiva ao consumidor, parte geralmente hipossuficiente – conceito que será esmiuçado mais adiante – nas relações de consumo, em face de fenômenos como a massificação dos métodos de contratação e a despersonalização dos próprios consumidores.

Diz-se que a Lei n.º 8.078/90 traz normas de natureza pública e privada, uma vez que possui regulamentação atinente à matérias de cunho privado, a exemplo da seção afeta à responsabilidade pelo fato ou vício dos produtos e serviços, assim como abordar questões cuja natureza seja eminentemente pública, podendo-se citar, neste último caso, as regras pertinentes à providências penais, administrativas e processuais constantes da referida Lei.

Nesse sentido, José Brito Filomeno, aduz que

as normas ora instituídas são de *ordem pública e interesse social*, o que equivale a dizer que são *inderrogáveis* por vontade dos interessados em determinada relação de consumo, embora se admita a livre disposição de alguns interesses de caráter patrimonial.³⁵

Essa ampla proteção concedida aos consumidores, em geral, tem uma explicação bastante simples: pode-se considerar que a maioria, se não todos os cidadãos, são seres consumidores em algum momento de sua vida. Ora, numa sociedade eminentemente industrializada, na qual grande parte dos subsídios necessários à sobrevivência humana deriva de um processo de produção, distribuição e posterior comercialização, dificilmente alguém conseguiria não se enquadrar como um ser consumidor.

Segundo Cavalieri Filho, o direito do consumidor teria sua concepção diretamente ligada aos efeitos da Revolução Industrial, uma vez que esta teria aumentado, quase que infinitamente, a capacidade produtiva dos seres humanos, fato este criador de diversas novas possibilidades de relações contratuais. Para o autor

³⁵ GRINOVER, Ada Pelegrini...[ET AL]. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. p. 24.

Os remédios contratuais clássicos também se revelaram ineficazes para dar proteção efetiva ao consumidor em face das novas cláusulas engendradas para os contratos em massa. E essa disciplina jurídica deficiente, arcaica, ultrapassada, foi o clima propício para a proliferação de todas as práticas abusivas possíveis, aí incluídas as cláusulas de não indenizar ou limitativas de responsabilidade, o controle do mercado, a eliminação da concorrência, e assim por diante, gerando insuportáveis desigualdades econômicas de jurídicas entre o fornecedor e o consumidor.³⁶

Considerando-se a constatação da vulnerabilidade do consumidor, caracterizada, basilamente, como um estado de risco, situação tal que acaba por fragilizar o sujeito de direitos, a Carta Magna de 1988 avançou ao promover a elevação da proteção do consumidor ao patamar de direito fundamental, conforme se depreende da leitura do artigo 5º, XXXII, da Constituição Federal:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor.³⁷

A Constituição trata, ainda, da matéria, no título destinado à ordem econômica e financeira, considerando a defesa do consumidor como um de seus princípios gerais, assim como previu, nos Atos das Disposições Transitórias, a concessão de um prazo de 120 (cento e vinte) dias para a elaboração do Código de Defesa do Consumidor.

Inspirado pelas diretrizes dispostas na Carta Constitucional, o Código Consumerista, cuja entrada em vigor deu-se em março de 1991, alicerça-se sobre um sistema de proteção que se fraciona, basicamente, em três grandes grupos: direito à saúde, à segurança e à honra.

Através de normas de ordem pública e de interesse social, o Código Brasileiro de Defesa do Consumidor se comprometeu com o resguardo dos legítimos interesses dos consumidores, de modo a não erradicar, mas a diminuir consideravelmente a ocorrência de fatos lesivos a seus direitos patrimoniais e morais, criando um sistema diferenciado de responsabilidade dos fornecedores: a responsabilidade pelo vício do produto e dos serviços, no artigo 18 e seguintes, e a responsabilidade pelo fato do produto ou serviço, em seu artigo 12 e seguintes.

³⁶ CAVALIERI Filho, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 464-465.

³⁷ BRASIL. Constituição Federal/1988, art. 5º, XXXII.

2.1. Elementos da relação de consumo - conceitos básicos

Analisando-se os preceitos trazidos pelo Código de Defesa do Consumidor, constata-se que uma relação jurídica de consumo pode ser caracterizada a partir de três elementos básicos: pelas partes que a compõem, pelo objeto da relação travada e pelo fim/utilização dada pelas partes ao objeto da relação.

Quanto às partes componentes de uma relação de consumo – seu elemento subjetivo – tem-se no pólo ativo a figura do fornecedor, nos termos do artigo 3º do Código Consumerista, adiante transcrito:

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.³⁸

De acordo com o conceito supra e com a tradicional definição de Filomeno³⁹, fornecedor é qualquer pessoa física que, a título singular e mediante o desempenho de atividade mercantil ou civil e de forma habitual, ofereça no mercado produtos ou serviços, e a jurídica, da mesma forma, mas em associação mercantil ou civil e de forma habitual. Esta última, um dos mais importantes caracteres da definição esposada e que, por conseguinte, o que gera um grande número de discussões a esse respeito, conforme a decisão proferida no Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios:

CIVIL E PROCESSO CIVIL. RELAÇÃO DE CONSUMO. VEÍCULO USADO. GARANTIA EM RAZÃO DO BEM E NÃO DA PESSOA. ILEGITIMIDADE PASSIVA. NEGÓCIO COM TERCEIRO NÃO COMPROVADO. NULIDADE NA JUNTADA DE DOCUMENTO APÓS A CONTESTAÇÃO SUPRIDA PELO DEFERIMENTO DE VISTA. DECADÊNCIA AFASTADA. DEFEITOS COMPROVADOS. RESSARCIMENTO. RECURSO IMPROVIDO. (...)

3. Ainda como preliminar de mérito, o recorrente sustenta a decadência do direito do autor de reclamar por vício redibitório ou vício do produto. Antes de analisar a preliminar argüida, deve-se sopesar a aplicação do Código de Defesa do Consumidor ao contrato sub judice. **Não merece acolhida a alegação do apelante de que as normas do CDC não podem ser aplicadas à hipótese por tratar-se de mera intermediação. Ao revés do alegado, o documento de fl. 25, emitido pelo DETRAN/DF comprova que o atual proprietário do veículo é o autor e o anterior era a empresa ré, que atua no comércio de compra e venda de veículos de forma habitual, o que permite enquadrá-la no conceito de fornecedor. (...)**

³⁸ BRASIL. Lei n.º 8.078/90 – Código de Defesa do Consumidor, art. 3º.

³⁹ GRINOVER, Ada Pelegrini...[ET AL]. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. p. 47.

7.Recurso conhecido e improvido, legitimando a lavratura do acórdão nos moldes autorizados pelo artigo 46 da Lei 9.099/95.⁴⁰ – *grifos acrescidos*.

Ainda no tocante ao elemento subjetivo da relação de consumo, tem-se a figura do consumidor como ocupante do pólo passivo, definido consoante a dicção do artigo 2º e do parágrafo único deste mesmo dispositivo, ambos contidos na Lei n.º 8.078/90:

Art. 2º. Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.⁴¹

O caractere mais importante e decisivo na definição de consumidor está intrinsecamente relacionado com a destinação que este concede ao objeto da negociação. Tanto o é que existem duas teorias distintas – a finalista e a maximalista – a explicitar o que seria a destinação final de um produto e/ou serviço.

Segundo a doutrina finalista, somente pode ser considerado consumidor aquele que, em caráter definitivo, retira um produto ou serviço de circulação do mercado. A idéia de destinação final estaria relacionada ao uso do objeto da relação em proveito próprio, de modo a satisfazer uma necessidade estritamente pessoal, sendo impossível para a configuração do conceito a constatação de que o “consumidor” adquiriu ou fez uso do serviço para revendê-lo ou, ainda, utilizá-lo como insumo numa cadeia produtiva de consumo.

Logo, de acordo com o pensamento dos finalistas, embora o Código Consumerista preveja a possibilidade de uma pessoa jurídica também figurar no pólo passivo de uma relação de consumo, o bem ou serviço adquirido por esta não poderia ser usado na realimentação de atividade econômica por ela desenvolvida, já que, neste caso, não se poderia constatar qualquer vulnerabilidade quando comparado o adquirente com o fornecedor do objeto pactuado.

Ao posicionamento finalista, converge a opinião de Filomeno o qual afirma, inclusive, que o próprio conceito de consumidor trazido pelo Código Consumerista não deveria ter abrangido as pessoas jurídicas. Veja-se a observação feita pelo autor:

Na verdade, o critério conceitual do Código brasileiro discrepa da própria filosofia consumerista ao colocar a pessoa jurídica como também

⁴⁰ Recurso n.º .20060111094037ACJ, Relator ANA CANTARINO, Primeira Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do D.F., julgado em 02/09/2008, DJ 07/10/2008 p. 213. Disponível em:www.tjdft.jus.br. Sítio visitado em 20.05.2010.

⁴¹ BRASIL. Lei n.º 8.078/90 – **Código de Defesa do Consumidor**, art. 2º, caput e parágrafo único.

consumidora de produtos e serviços. E isto exatamente pela simples razão de que o consumidor, geralmente vulnerável como pessoa física, defronta-se com o poder econômico dos fornecedores em geral, o que não ocorre com estes que, bem ou mal, grandes ou pequenos, detêm maior informação e meios de defender-se uns dos outros quando houver impasses e conflitos de interesses.⁴²

Já para a doutrina maximalista, o Código de Defesa do Consumidor não fora criado apenas para efetuar a proteção de uma espécie de “consumidor não profissional”⁴³, mas sim de todos aqueles que, na acepção mais simples da expressão, adquiram produto ou serviço como destinatário final, não sendo relevantes o questionamento acerca do uso pessoal ou empresarial do objeto da relação travada e a indagação acerca da constatação ou não de vulnerabilidade do consumidor quando comparado ao fornecedor.

Segue a teoria maximalista o doutrinador Cavalieri Filho, afirmando que o conceito de consumidor possui conteúdo eminentemente objetivo e não pode ser interpretado de outra forma, se não a que permite a interpretação a qual a corrente maximalista se filia. Veja-se:

A definição do Código de Defesa do Consumidor, fundada em critério essencialmente objetivo, aquela parte da doutrina que, inspirada em conceitos legais e doutrinários da Europa ocidental, procura atribuir conteúdo subjetivo ao conceito de consumidor. O importante para o art. 2º, observa com pertinência Cláudia Lima Marques, é a retirada do bem de mercado – ato objetivo – sem se importar com o sujeito que adquire o bem, profissional ou não – elemento subjetivo.⁴⁴

Acerca desta celeuma, o Superior Tribunal de Justiça vêm se manifestando no sentido de acolher a teoria maximalista, posto considerar, para a configuração ou não da relação de consumo entre pessoas jurídicas, o critério de destinação final do produto ou serviço adquirido, mas não somente tal fator. Já há decisões proferidas pelo referido Tribunal Superior no sentido de reconhecerem a qualidade de consumidora das pessoas jurídicas, em razão de, através da análise do caso concreto, constatarem a vulnerabilidade de uma empresa consumidora relativamente à empresa fornecedora. É o que se depreende da leitura da decisão adiante exposta:

PROCESSO CIVIL E CONSUMIDOR. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONCESSÃO DE EFEITO SUSPENSIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. CABIMENTO. AGRAVO. DEFICIENTE FORMAÇÃO DO INSTRUMENTO. AUSÊNCIA DE PEÇA ESSENCIAL. NÃO

⁴² GRINOVER, Ada Pelegri...[ET ALL]. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. p. 35-36.

⁴³ GRINOVER, Ada Pelegri...[ET ALL]. op.cit.. p. 35.

⁴⁴ CAVALIERI Filho, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 470.

CONHECIMENTO. RELAÇÃO DE CONSUMO. CARACTERIZAÇÃO. DESTINAÇÃO FINAL FÁTICA E ECONÔMICA DO PRODUTO OU SERVIÇO. ATIVIDADE EMPRESARIAL. MITIGAÇÃO DA REGRA. VULNERABILIDADE DA PESSOA JURÍDICA. PRESUNÇÃO RELATIVA.

- Por ser garantia constitucional, não é possível restringir o cabimento do mandado de segurança para as hipóteses em que a concessão de efeito suspensivo a agravo de instrumento provoca lesão ou grave ameaça de lesão a direito líquido e certo do jurisdicionado. Precedentes.

- A fim de bem cumprir a exigência contida no art. 525, I, do CPC, deve a parte instruir o agravo de instrumento com cópia da cadeia completa de instrumentos de mandato, com vistas a possibilitar a identificação dos advogados que efetivamente representam as partes. Esse entendimento prestigia o princípio da segurança do processo, e não pode ser olvidado. O rigor procedimental não é prática que deva subsistir por si mesma. No entanto, na hipótese em apreciação, a aplicação do formalismo processual é requisito indispensável para o fortalecimento, desenvolvimento e caracterização da legítima representação das partes, em preciso atendimento aos elementos indispensáveis da ação. Precedentes.

- A falta de peça essencial e, pois, indispensável ao julgamento do agravo de instrumento, ainda que estranha ao elenco legal das obrigatórias, impede o conhecimento do recurso. Precedentes.

- A jurisprudência consolidada pela 2ª Seção deste STJ entende que, a rigor, a efetiva incidência do CDC a uma relação de consumo está pautada na existência de destinação final fática e econômica do produto ou serviço, isto é, exige-se total desvinculação entre o destino do produto ou serviço consumido e qualquer atividade produtiva desempenhada pelo utente ou adquirente. **Entretanto, o próprio STJ tem admitido o temperamento desta regra, com fulcro no art. 4º, I, do CDC, fazendo a lei consumerista incidir sobre situações em que, apesar do produto ou serviço ser adquirido no curso do desenvolvimento de uma atividade empresarial, haja vulnerabilidade de uma parte frente à outra.**

- Uma interpretação sistemática e teleológica do CDC aponta para a existência de uma vulnerabilidade presumida do consumidor, inclusive pessoas jurídicas, visto que a imposição de limites à presunção de vulnerabilidade implicaria restrição excessiva, incompatível com o próprio espírito de facilitação da defesa do consumidor e do reconhecimento de sua hipossuficiência, circunstância que não se coaduna com o princípio constitucional de defesa do consumidor, previsto nos arts. 5º, XXXII, e 170, V, da CF. **Em suma, prevalece a regra geral de que a caracterização da condição de consumidor exige destinação final fática e econômica do bem ou serviço, mas a presunção de vulnerabilidade do consumidor dá margem à incidência excepcional do CDC às atividades empresariais, que só serão privadas da proteção da lei consumerista quando comprovada, pelo fornecedor, a não vulnerabilidade do consumidor pessoa jurídica.**

- Ao encampar a pessoa jurídica no conceito de consumidor, a intenção do legislador foi conferir proteção à empresa nas hipóteses em que, participando de uma relação jurídica na qualidade de consumidora, sua condição ordinária de fornecedora não lhe proporcione uma posição de igualdade frente à parte contrária. **Em outras palavras, a pessoa jurídica deve contar com o mesmo grau de vulnerabilidade que qualquer pessoa comum se encontraria ao celebrar aquele negócio, de sorte a manter o desequilíbrio da relação de consumo. A “paridade de armas” entre a empresa-fornecedora e a empresa-consumidora afasta a presunção de fragilidade desta. Tal consideração se mostra de extrema relevância, pois uma mesma pessoa jurídica, enquanto consumidora, pode se mostrar**

vulnerável em determinadas relações de consumo e em outras não.
Recurso provido.⁴⁵ – *grifos acrescentados.*

No tocante ao conceito de consumidor, válido ressaltar a previsão do parágrafo único do artigo 2º da Lei n.º 8.078/90, relativamente a criação da figura do consumidor equiparado. Trata-se da possibilidade de se conceder a uma coletividade de pessoas, determináveis ou não, afetadas – na qualidade de consumidoras – por algum acidente de consumo, ainda que abstratamente, os instrumentos jurídicos imprescindíveis a proteção e defesa de seus direitos.

Por fim, quanto ao objeto da relação de consumo, tem-se que pode se materializar tanto como um produto, quanto como um serviço. De acordo com a redação do Código consumerista, “produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial”⁴⁶ e “serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista”.⁴⁷

A maioria dos autores concorda quanto à constatação de que, pelo menos no que tange ao conceito do que seja um produto, a interpretação deve ser a mais extensa e elástica o possível. Doutrinadores como Filomeno, destacam, todavia, a importância de que ao produto objeto da relação de consumo possa se atrelar o caráter de bem de natureza econômica, afirmando ser tal qualidade inafastável para a definição de produto.

Quanto aos serviços, também não de ser vistos de forma ampla, somente atentando-se para a restrição conceitual oferecida pelo próprio dispositivo da Lei, posto que esta é clara ao afirmar que as atividades decorrentes de relações de caráter trabalhista estão excluídas da concepção de serviço.

Ainda no que tange à definição de serviço, existia celeuma jurídica no sentido de se questionar o enquadramento das atividades desenvolvidas pelas instituições financeiras em geral como sendo de prestação de serviços, muito embora o dispositivo do CDC supracitado fosse expresso em afirmar que também constituía serviço, para efeitos da legislação consumerista, as atividades de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária.

Tal questionamento era constantemente levado ao poder Judiciário para discussão, posto as instituições de caráter financeiro afirmarem que o Código Consumerista não seria

⁴⁵ Recurso Ordinário em Mandado de Segurança RMS n.º 27.512 – BA (2008/0157919-0), Relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, julgado em 20/08/2009. Disponível em www.stj.jus.br. Sítio visitado em 18.05.2010.

⁴⁶ BRASIL. Lei n.º 8.078/90 – **Código de Defesa do Consumidor**, art. 3º, §1º.

⁴⁷ BRASIL. Lei n.º 8.078/90 – **Código de Defesa do Consumidor**, art. 3º, § 2º

aplicado às mesmas, em razão de a Lei n.º 4.595/64 regular, de modo específico, o funcionamento das referidas instituições.

Porém, esta questão já foi devidamente elucidada com a formulação da súmula 297 do Superior Tribunal de Justiça, com os seguintes dizeres: “O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras”.⁴⁸

2.2. Princípios norteadores

Assim como todo ramo da ciência jurídica detentor de autonomia, o direito do consumidor possui como sustentáculo não somente uma gama de normas que lhe atribue conteúdo próprio, mas também se constitui de uma rede principiológica que lhe confere a autonomia necessária para a sua elevação a um ramo singular no direito brasileiro.

Como aporte mais importante dos princípios expressos no Código Consumerista, tem-se o artigo 4º, posto que nele consta, além da descrição dos objetivos gerais da chamada Política Nacional de Relações de Consumo, a enumeração – em caráter não exaustivo, por óbvio – dos princípios norteadores de tais relações.

O caráter não taxativo da listagem dos princípios trazidos pelo artigo 4º encontra salvaguarda em norma prevista pelo próprio CDC, em seu artigo 7º, posto este afirmar que os direitos resguardados pelo código consumerista não são excludentes de outros que decorram de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário ou, ainda, da legislação interna ordinária e de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade.⁴⁹

Dito isto, convém se esmiuçar acerca das principais características de alguns dos princípios enumerados pelo citado artigo, tais como os princípios da vulnerabilidade, nele incluídos as noções de hipossuficiência, bem como da inversão do ônus da prova; da igualdade ou da harmonização dos interesses dos consumidores e fornecedores; da boa-fé objetiva e da repressão eficiente a abusos.

⁴⁸ Súmulas do STJ disponível em <http://www.stj.jus.br>. Sítio visitado em 28.05.2010.

⁴⁹ BRASIL. Lei n.º 8.078/90 – **Código de Defesa do Consumidor**, art. 7º

2.2.1. Princípio da vulnerabilidade – hipossuficiência e inversão do ônus da prova.

Ao abordar a questão dos princípios, a Lei n.º 8.078/90 destaca como primeira regra principiológica a ser observada a questão do “reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo”.⁵⁰

De acordo com Filomeno⁵¹, é fato que, no âmbito da proteção especial que é concedida ao consumidor, é este quem representa a parte mais fraca, vulnerável, levando-se em consideração que os detentores dos meios de produção são quem possuem o controle do mercado, ou seja, são eles que decidem o que será produzido, qual a forma desta produção e para quem o objeto será produzido, isto sem entrar-se na seara da fixação das margens de lucro.

É justamente a constatação da vulnerabilidade do consumidor frente aos fornecedores que gera, por via de consequência, todo um aparato de instrumentos – presentes no próprio CDC – de modo a suprir, pelo menos em tese, esta situação de “fraqueza”.

A exemplo desses instrumentos que facilitam a defesa do consumidor, tem-se o próprio estabelecimento da responsabilidade objetiva, da qual teceremos mais comentários no tópico adiante, estabelecendo que no âmbito das relações de consumo não há que se perquirir acerca do elemento culpa para a responsabilização do agente causador de eventual dano.

Há, ainda, a previsão do artigo 6º, VIII, elevando a direito básico do consumidor:

a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a **inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil**, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências.⁵² – *grifos acrescidos.*

Tal instrumento é amplamente utilizado nas vias judiciais e tem se mostrado muito eficiente na defesa dos direitos do consumidor. Atendidos um dos dois requisitos citados pelo inciso – se a alegação do consumidor for considerada verossímil ou quando ele puder ser considerado parte hipossuficiente relativamente ao fornecedor – passa a ser deste, o fornecedor, a obrigação de comprovar que o dano não ocorreu ou, ainda, que o caso se enquadra em algumas das excludentes de responsabilidade previstas no Código Consumerista.

⁵⁰ BRASIL. Lei n.º 8.078/90 – **Código de Defesa do Consumidor**, art. 4º, I.

⁵¹ GRINOVER, Ada Pelegrini...[ET AL]. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. p. 69

⁵² BRASIL. Lei n.º 8.078/90 – **Código de Defesa do Consumidor**, art. 6º, VIII.

Ainda quanto à vulnerabilidade, esta pode ser técnica – caso em que o consumidor não possui conhecimentos específicos sobre o produto ou serviço adquirido – jurídica – quando se mostra impossível, considerando os conhecimentos do consumidor, que este compreenda as cláusulas do contrato firmado, por exemplo – ou, ainda, pode a vulnerabilidade ser de natureza fática ou socioeconômica – sendo o fornecedor o detentor do poderio econômico, o consumidor estaria numa situação sempre inferior.

2.2.2. Princípio da igualdade ou da harmonização dos interesses dos consumidores e fornecedores

Trata-se de princípio que busca implementar uma situação de simetria entre a posição dos fornecedores e consumidores dentro do mercado de consumo.

O primado da igualdade, reconhecido universalmente nas declarações de direitos de todo o mundo e, em especial, na nossa Carta Constitucional, ao preceituar que todos são iguais perante a lei, comando normativo é reproduzido também no Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 4º, inciso III, quando se tutela o equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores.

De acordo com interpretação já dominante, para que os desiguais alcancem uma situação isonômica, devem ser tratados desigualmente para que se possa atingir uma igualdade real, fática.

Segundo Filomeno⁵³, a harmonização prevista no Código Consumerista possuiria três grandes instrumentos: o *marketing* de defesa do consumidor – setores criados pelas empresas para contato direto com o consumidor –, a convenção coletiva de consumo – cujo objetivo primordial é a prevenção da ocorrência de conflitos entre as partes componentes da relação de consumo – e a prática do *recall*, consistente na convocação de um grupo de consumidores para a troca de determinado produto, ou parte dele, face à constatação de vício ou defeito no mesmo.

2.2.3. Princípio da boa fé objetiva

Outro princípio cuja consagração se deu através do Código Consumerista foi o da boa-fé. Esta ultrapassou a visão arraigada a uma noção subjetiva, já que antes, para ser

⁵³ GRINOVER, Ada Pelegrini...[ET AL]. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. p. 77-78.

caracterizada a má-fé de uma das partes, era necessário a avaliação acerca do comportamento, da intenção, do manifesto intuito doloso da parte em produzir qualquer dano a alguém.

O preceito da boa-fé encontra previsão no CDC tanto elevado à categoria de princípio, em seu artigo 4º, III, quanto no artigo 51, IV, na seção reservada as definições sobre cláusulas abusivas.

A boa fé passa a ser concebida não como simples intenção, mas como critério objetivo de conduta, exigindo-se respeito e lealdade com integridade física, moral e patrimonial da outra parte. Tal princípio traduz a necessidade de que as condutas sociais sejam adequadas a padrões aceitáveis de comportamento, de modo que não haja indução de qualquer resultado causador de danos aos indivíduos, não se perquirindo acerca da existência de culpa ou dolo.

2.2.4. Princípio da coibição e repressão eficientes a abusos

Encartado no artigo 4º, VI, do Código Consumerista, prevê expressamente como um dos princípios que deve reger as relações de consumo

a coibição e repressão eficientes de todos os abusos praticados no mercado de consumo, inclusive a concorrência desleal e utilização indevida de inventos e criações industriais da marcas e nomes comerciais e signos distintivos, que possam causar prejuízos aos consumidores.⁵⁴

Ao fazer menção a expressão abusos, tal vocábulo está geralmente atrelado ao exercício irregular de direitos, uma vez que abusar significa praticar, com algum tipo de excesso, uma determinada conduta, disfarçada, pelo menos inicialmente, pelo manto da licitude.

Para melhor aferir a abusividade no exercício de um “direito”, há que se avaliar a conduta sob o crivo da proporcionalidade. Uma situação abusiva pode ser configurada toda vez que os meios destinados a realizar um fim não são considerados apropriados ou quando há evidente desproporção entre os meios utilizados e o fim almejado.

O Código de Defesa do Consumidor faz outras menções acerca da proibição de abusos nas relações de consumo. Destacam-se a proteção ao consumidor contra as publicidades enganosas e abusivas (art. 6º, IV); desconsideração da personalidade jurídica, constatando-se o abuso de direito (art. 28, *caput*); proibição expressa de publicidades abusivas

⁵⁴ BRASIL. Lei n.º 8.078/90 – Código de Defesa do Consumidor, art. 4º, VI.

(art. 37, § 2º); além de ter destinado uma seção inteira para descrever algumas das práticas abusivas que são vedadas aos fornecedores (art. 39 e seguintes).

2.3. Regime da responsabilidade legal

Tem-se por responsabilidade civil uma forma de assegurar o ressarcimento por eventuais danos/lesões oriundos de atos ou situações tidas como antijurídicas. Conforme salienta Cavalieri Filho⁵⁵, trata-se a responsabilidade de uma espécie de dever jurídico sucessivo, posto que decorrente da violação de um outro dever jurídico, este último o qual poderíamos chamar de obrigação.

Em linhas gerais, existem dois fundamentos para a distinção das principais formas de responsabilização dos agentes: a culpa, encartada na doutrina subjetiva ou teoria da culpa, e o risco, defendido pela doutrina objetiva ou teoria do risco.

O Código Civilista, através de seus artigos 186 e 187, utiliza como regra o tipo de responsabilização de natureza subjetiva, ao definir que, além da ação ou omissão ensejadora de um dano, para que seja imputada responsabilidade ao agente, ao comportamento deste também deve se atrelar alguma conduta cuja natureza seja, pelo menos, culposa – levando-se em consideração a noção de culpa em sentido lato. Veja-se a grafia dos artigos supracitados:

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

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.⁵⁶ – *grifos acrescidos*.

De acordo com a teoria subjetivista ou da culpa, para se aferir a responsabilidade, faz-se necessário perquirir-se acerca da subjetividade do ato do causador do dano, no intuito de que se demonstre, em cada caso concreto, se tal agente desejou o resultado – configurando-se o conceito de dolo – ou, ainda, se agiu com imprudência, imperícia ou negligência – definição de culpa em sentido estrito. O grave problema atinente à esta espécie de responsabilização é que, na maioria das vezes, a prova da culpa do agente (seja ela em sentido

⁵⁵ CAVALIERI Filho, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 2.

⁵⁶ BRASIL. Lei n.º 10406/02 – **Código Civil**, arts. 186 e 187.

lato ou estrito) é dificultosa, gerando óbices, por conseguinte, para que a vítima consiga ser ressarcida de seu prejuízo, seja qual for a natureza deste.

Como toda regra comporta exceção, muito embora, na maior parte dos casos o Código Civil proclame a responsabilização subjetiva do agente, em certas e determinadas situações, o referido diploma legal adota a responsabilidade objetiva, a exemplo das hipóteses de responsabilização dos agentes que desenvolvam atividades de risco ou perigosas, dos donos ou detentores de animais, dos responsáveis pelos incapazes, dentre outros.

Não há dúvidas de que o instituto da responsabilidade civil, ao longo dos tempos, sofreu diversas transformações. Hoje, conquanto a regra geral adotada pelo Código Civil ainda seja a da responsabilização subjetiva, conforme já explicitado, atualmente, um dos principais focos desse disciplinamento é a busca por resultados efetivos, de modo que o instituto passou a ter grande foco na pessoa que suportou o dano – a vítima e não mais no juízo que recaía sobre a conduta do agente, rompendo, desta forma, com a ênfase secular atribuída ao ofensor em função do dogma da culpa, principalmente na seara consumerista.

Porém, ao contrário do Código Civil, o Código de Defesa do Consumidor instituiu como regra a responsabilização objetiva do causador do dano, dispensando, deste modo, a necessidade de comprovação da culpa para imputar aos fornecedores de produtos e/ou serviços a responsabilidade pelo dano. Para tanto, mostra-se suficiente a demonstração da existência denexo causal entre o dano experimentado pelo consumidor e o vício ou defeito no serviço ou produto adquirido.

Ora, segundo a teoria supra, o criador do risco tem o dever legal de responder por suas eventuais conseqüências. O que gera a responsabilidade é o fato danoso, não interessando se este acontecimento possui natureza culposa ou dolosa.

O único ônus a recair sobre a vítima é a obrigação de provar a existência do dano e de seu fato gerador.

A opção adotada pela legislação consumerista é reflexo dos enunciados da teoria do risco do negócio ou do empreendimento, segundo a qual, nas palavras de Cavalieri Filho

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. (...) 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 o garante dos produtos e

serviços que oferece no mercado de consumo, respondendo pela qualidade e segurança dos mesmos.⁵⁷

Todavia, existe uma exceção à responsabilidade objetiva prevista no Código Consumerista: a responsabilização dos profissionais liberais, conforme disposição expressa do artigo 14, § 4º, ao aduzir que “a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa”⁵⁸, definindo, portanto, para tais profissionais, a responsabilidade subjetiva.

Saliente-se, ainda, que tal diferenciação no tratamento concedido aos profissionais liberais restringe-se ao fundamento da responsabilidade, inexistindo qualquer incompatibilidade entre esta norma em específico (artigo 14, §4º) e as demais regras protetivas dos direitos do consumidor, inclusive a de inversão do ônus da prova a favor deste.

2.3.1. Responsabilidade pelo fato do produto e do serviço

A responsabilidade pelo fato do produto ou serviço funda-se na obrigação de reparar um dano causado ao consumidor e que seja conseqüência da falta de segurança do produto ou serviço adquirido.

Para Cavalieri, fato do produto “é um acontecimento externo, que ocorre no mundo exterior, que causa dano material ou moral ao consumidor (ou ambos), mas que decorre de um defeito do produto”.⁵⁹

Diz-se que um produto ou serviço possui defeito de segurança quando, além de frustrar, de algum modo, a legítima expectativa do consumidor, sua utilização ou fruição mostra-se capaz de adicionar riscos à incolumidade do próprio adquirente ou de terceiros. Para Rizzato,

O defeito é o vício acrescido de um problema extra, alguma coisa extrínseca ao produto, que causa um dano maior que simplesmente o mal funcionamento, o não-funcionamento, a quantidade errada, a perda do valor pago, já que o produto ou serviço não cumprem o fim ao qual se destinam. O defeito causa, além desse dano do vício, outro ou outros danos ao patrimônio jurídico material ou moral do consumidor.⁶⁰

⁵⁷ CAVALIERI Filho, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 172.

⁵⁸ BRASIL. Lei n.º 8.078/90 – Código de Defesa do Consumidor, art. 14, § 4º.

⁵⁹ CAVALIERI Filho, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 477

⁶⁰ NUNES, Luís Antônio Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**. 4. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009. p. 181.

Hodiernamente, denominam-se de acidente de consumo os danos causados por produtos e serviços que demonstrem conter defeito de segurança. Porém, é válido ressaltar que, para a caracterização do defeito, não basta simplesmente constatar-se a ocorrência deste, posto que a mera observação de defeito ensejaria a responsabilização por vício e não por fato do produto ou do serviço. Para a responsabilização do fornecedor pelo fato do produto ou serviço, faz-se necessário que do defeito encartado naqueles decorra algum tipo de prejuízo.

Ainda, para a caracterização de defeito, devem ser observadas as previsões elencadas pelos artigos 12 e 14 do CDC que tratam, respectivamente do fato do produto e do fato do serviço.

No que tange à responsabilidade pelo fato do produto ou serviço, o Código de Defesa do Consumidor a restringe, inicialmente, as figuras do fabricante, do construtor e do importador, excluindo, num primeiro momento, a responsabilização do comerciante. Este somente poderá ser acionado se aqueles fornecedores – fabricante, construtor ou importador – não puderem ser identificados; o produto for fornecido sem identificação precisa do seu fabricante, produtor, construtor ou importador; ou, ainda, se o comerciante não conservar adequadamente os produtos perecíveis. Trata-se de modalidade de responsabilização dita subsidiária.

2.3.2. Responsabilidade por vício do produto e do serviço

A responsabilidade por vício do produto e do serviço tem fundamento na obrigação de suprir um dano provocado no consumidor e que seja oriundo dos denominados vícios de qualidade dos produtos ou serviços adquiridos, ou seja, de defeitos capazes de torná-los impróprios ou inadequados ao consumo ou, ainda, que lhes diminuam o valor agregado.

Conforme bem menciona Zelmo Denari⁶¹, a responsabilidade pelo vício do produto ou serviço não surge apenas como consequência de vícios de qualidade, mas também da constatação de vício aparentes, tais como os decorrentes do vencimento do prazo de validade, da deterioração, alteração, adulteração, falsificação, corrupção, fraude, ou, mesmo, da desobediência de normas regulamentares de fabricação, distribuição ou apresentação.

No que concerne à responsabilidade por vício do produto ou serviço, o Código Consumerista prevê que todos os fornecedores da cadeia de consumo, sejam eles fabricantes, construtores, importadores ou comerciantes são igualmente responsáveis pelo solucionamento

⁶¹ GRINOVER, Ada Pelegrini...[ET AL]. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. p. 215.

dos eventuais vícios que venham a apresentar os produtos ou serviços fornecidos. Além disso, cumpre ressaltar que a escolha acerca de qual fornecedor deverá ser acionado cabe ao consumidor. É o que explica Zelmo Denari, no trecho a seguir:

Prevaecem, in casu, as regras de solidariedade passiva e, por isso, a escolha não induz concentração do débito: se o escolhido não ressarcir integralmente os danos, o consumidor poderá voltar-se contra os demais, conjunta ou isoladamente. Por um critério de comodidade e conveniência o consumidor, certamente, dirigirá sua pretensão contra o fornecedor imediato, quer se trate de industrial, produtor, comerciante ou simples prestador de serviços.⁶²

Neste caso, diferentemente do que ocorre na responsabilização pelo fato do produto ou serviço, onde se aplica a responsabilidade subsidiária, teremos a modalidade de responsabilidade denominada solidária, a qual, conforme acima explicitado, proporcionará ao consumidor a possibilidade de escolha relativamente ao fornecedor que, diretamente, promoverá a solução para o vício apresentado no produto adquirido ou no serviço contratado.

⁶² GRINOVER, Ada Pelegrini...[ET AL]. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. p. 215.

3. DA LEGISLAÇÃO APLICÁVEL AO COMÉRCIO ELETRÔNICO

Não se constitui de nenhuma novidade o fato de que, genericamente analisando-se, o ramo do direito responsável pela disciplina do comércio é o Direito Comercial. Todavia, a depender da natureza da relação especificamente transacionada, o contrato dela proveniente poderá ser analisado sob o prisma de outros ramos do direito, tais como o Direito Civil ou, quando se constatar a ocorrência de uma relação de consumo, o Direito do Consumidor.

Deve-se frisar, ainda, que, quando a relação comercial ensejar o cometimento de uma infração penal, como ocorre nos casos de invasão de privacidade, calúnia, difamação, o Direito Penal será o adequado para a resolução do conflito. Também, nos casos em que os contratantes estejam localizados em países diversos, deve-se avaliar a possibilidade de aplicação de regras provenientes do Direito Internacional.

Portanto, ora o comércio – em qualquer de suas formas – é disciplinado pelo Direito Comercial, ora pelo Direito Civil, ora pelo Direito Internacional, ora pelo Direito do Consumidor, e assim por diante.

Tratando-se de transações efetuadas através de comércio eletrônico e, de modo específico, daquelas que apresentem natureza consumerista, entende-se, conforme será melhor explicitado mais adiante, não haver qualquer empecilho para a incidência das normas constantes do Código de Defesa do Consumidor, presentes na Lei nº. 8.078/90.

Muito embora o foco desta pesquisa e, em especial, do presente capítulo, seja a discussão acerca da efetividade na aplicação do Código de Defesa do Consumidor ao comércio eletrônico, mister se faz tratar, pelo menos em linhas gerais e antes de adentrarmos no tópico reservado a tal análise, de algumas das legislações e projetos de leis já existentes, seja no Brasil, seja em outros países, que tenham por objeto, especificamente, a regulamentação do comércio eletrônico e das conseqüências jurídicas dele decorrentes.

3.1. Projetos de Leis e legislação estrangeira acerca da regulamentação do comércio eletrônico

3.1.1. Projetos de Lei em tramitação no Brasil

Pode-se dizer que a legislação brasileira concernente à regulamentação de diretrizes e normas relativas às transações eletrônicas ainda se mostra tímida, principalmente quando comparada à legislação alienígena acerca da matéria. Nas palavras de Irma Maceira Pereira

A legislação Nacional encontra-se engatinhando na formação de normas garantidoras de direitos e obrigações às pessoas que celebram negócios jurídicos eletronicamente. Entretanto, a estrangeira é bem variada e nos fornece inúmeros subsídios para uma melhor compreensão da matéria.⁶³

No país, de acordo com dados do Centro Brasileiro de Estudos Jurídicos da *Internet*⁶⁴ e dos autores Paulo e Priscilla Nevares Alves⁶⁵, existem cerca de vinte projetos de leis sobre a matéria. O mais importante deles, o Projeto de Lei (PL) n.º 1589/99, cuja iniciativa se deve a Seccional de São Paulo da Ordem dos Advogados do Brasil, merecerá um tópico a parte.

Quanto aos demais projetos, merecem citação os seguintes:

- Projeto de Lei n.º 4.102-A/93 (Projeto de Lei do Senado - PLS n.º 151/91) do Senador Mauricio Correa, definindo crimes praticados por meio de computadores, regulando a garantia constitucional da inviolabilidade de dados e informações;

- Projeto de Lei do Senado n.º 22/96 do Senador Sebastião Bala Rocha, atribuindo valor jurídico a digitalização de documentos;

- Projeto de Lei n.º 1.713/96, dispondo acerca do acesso, a responsabilidade e os crimes cometidos nas redes de computadores;

- Projeto de Lei n.º 3.692/97, regulamentando a publicação e distribuição de listas de assinaturas da *Internet*;

- Projeto de Lei n.º 672/99 do Senador Lucio Alcântara, dispondo sobre comércio eletrônico, baseado na Lei Modelo da UNCITRAL, a respeito da qual teceremos maiores comentários no tópico destinado à legislação estrangeira. Este PL possui como pontos mais importantes: a definição de intermediação, o expreso reconhecimento de efeitos jurídicos a relativamente aos dados transmitidas eletronicamente, a equiparação da assinatura eletrônica à assinatura manuscrita, além da expressa menção à possibilidade da celebração de contratos mediante a utilização de mensagens eletrônicas;

- Projeto de Lei n.º 1.483/99, instituindo a fatura eletrônica e a assinatura digital nas transações de comércio eletrônico;

- Projeto de Lei n.º 2601/00 do deputado Evilásio Farias, o qual objetiva proibir a divulgação e cessão de dados e o envio de material de cunho comercial, obtidos em razão de

⁶³ MACEIRA, Irma Pereira. **A responsabilidade Civil no Comércio Eletrônico**. São Paulo: RCS, 2007. p. 303.

⁶⁴ MACHADO, Maria Aparecida de Lima. Comércio Eletrônico. Disponível em: <http://www.artigos.com/artigos/sociais/direito/comercio-eletronico-10110/artigo/>. Acesso em 25 de maio de 2010.

⁶⁵ ALVES, Paulo Antônio Nevares e ALVES, Priscilla Pacheco Nevares. **Implicações Jurídicas do Comércio Eletrônico no Brasil**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008. p. 55-57.

relação de consumo, para fins de envio de material publicitário, solicitações ou propostas de cunho comercial;

- Projeto de Lei nº 3660/00 do deputado Nelson Proença, dispondo sobre a privacidade de dados e a relação entre usuários, provedores e portais em redes eletrônicas;

- Projeto de Lei nº 4.906/01, dispondo sobre o valor probante do documento eletrônico, assim como da assinatura digital, além de regular a certificação digital e instituir normas sobre as transações de comércio eletrônico;

- Projeto de Lei nº 5403/01 do senador Luiz Estevão, dispondo sobre acesso a informação na Internet e dá outras providências.

3.1.1.1. Projeto de Lei nº 1.589/99

Desenvolvido pela Comissão de Informática da Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional de São Paulo, o PL 1589/99, o qual foi substituído, dois anos depois, pelo PL nº 4.906/01, é um dos mais avançados e completos projetos de lei entre as propostas já redigidas por nossos legisladores e buscou inspiração na legislação de outros países – em especial, a Lei modelo da UNCITRAL.

O referido projeto dispõe acerca do comércio eletrônico. De modo geral, institui regras acerca dos provedores, da possibilidade de notificação e intimação por meio de correio eletrônico, da arbitragem, do envio de *spams*, dentre outros e, de forma específica, da validade jurídica dos documentos gerados eletronicamente e da questão da assinatura digital.

Um dos capítulos mais interessantes constantes do PL 1.589/99 é o que faz menção às normas de proteção e defesa do consumidor, reconhecendo, expressamente, em seu artigo 13, que ao comércio eletrônico aplica-se a legislação consumerista:

Capítulo VI – Das normas de proteção e de defesa do consumidor

Art. 13 - Aplicam-se ao comércio eletrônico as normas de defesa e proteção do consumidor.

§ 1º - Os adquirentes de bens, de serviços e informações mediante contrato eletrônico poderão se utilizar da mesma via de comunicação adotada na contratação, para efetivar notificações e intimações extrajudiciais, a fim de exercerem direito consagrado nas normas de defesa do consumidor.

§ 2º - Deverão os ofertantes, no próprio espaço que serviu para oferecimento de bens, serviços e informações, disponibilizar área específica para fins do parágrafo anterior, de fácil identificação pelos consumidores, e que permita seu armazenamento, com data de transmissão, para fins de futura comprovação.

§ 3º - O prazo para atendimento de notificação ou intimação de que trata o parágrafo primeiro começa a fluir da data em que a respectiva mensagem esteja disponível para acesso pelo fornecedor.

§ 4º - Os sistemas eletrônicos do ofertante deverão expedir uma resposta eletrônica automática, incluindo a mensagem do remetente, confirmando o recebimento de quaisquer intimações, notificações, ou correios eletrônicos dos consumidores.⁶⁶ – *grifos acrescidos*.

Perceba-se que o referido projeto, de forma brilhante, remeteu ao Código de Proteção e Defesa do Consumidor as questões concernentes aos direitos e deveres do consumidor. Este projeto, caso venha a ser aprovado, possibilitará um grande avanço na regulamentação do comércio eletrônico em âmbito nacional, agregando-lhe uma maior escala de segurança jurídica.

Quanto à existência de normas já publicadas a respeito do tema, o Brasil possui apenas a medida provisória n.º 2200-2 de 2001, a qual trata da Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira – IPC-Brasil, tendo por finalidade a garantia da autenticidade, integridade e validade jurídica de documentos em sua forma eletrônica, bem como das aplicações habilitadas a se utilizarem de certificados digitais, além de buscar a realização de transações eletrônicas seguras.⁶⁷

3.1.2. Legislação estrangeira

Internacionalmente, pode-se citar como norma norteadora da regulamentação do comércio eletrônico a Lei Modelo da UNCITRAL, já anteriormente mencionada, que tem por objetivo determinar diretrizes acerca deste tipo de comércio, de forma a efetuar uma tentativa de uniformização das mais variadas legislações internas já erigidas sobre a matéria.

De forma independente, alguns países já possuem legislação regulando a matéria de comércio eletrônico.

Os Estados Unidos, segundo Irma Maceira⁶⁸, é o país que demonstra maior interesse na elaboração de normas relativas ao comércio eletrônico, notadamente por ser a nação pioneira neste tipo de comércio. Lá, em razão da independência e grande autonomia, pelo menos legislativa, existente entre os Estados-membros, vários deles já erigiram suas próprias regras acerca da comunicação eletrônica de dados. O país é dotado, inclusive, de uma lei federal que vigora desde o ano de 2000, a qual objetiva a uniformização das transações

⁶⁶ Disponível em http://www.abes.org.br/old/gruptrab/legislacao/pl_1589_99.htm. Acesso em 02 de jun de 2010.

⁶⁷ MACEIRA, Irma Pereira. **A responsabilidade Civil no Comércio Eletrônico**. São Paulo: RCS, 2007. p. 314.

⁶⁸ MACEIRA, Irma Pereira. **A responsabilidade Civil no Comércio Eletrônico**. São Paulo: RCS, 2007. p. 305-306.

eletrônicas e que tem como norma expoente a que concede os mesmos efeitos legais da assinatura de papel àquela feita digitalmente.

Em Portugal, existe a chamada Lei do comércio eletrônico, aprovada por Decreto no ano de 2004, definindo o âmbito e objeto deste ramo comercial, regras de comunicação em meio eletrônico, responsabilidade dos prestadores de serviços em rede, bem como entidades supervisoras e regime de sanções. Segundo Paulo e Priscilla Nevares Alves⁶⁹, a regulamentação elaborada pelos portugueses é considerada pelos juristas como representação do que há de mais moderno e avançado acerca do comércio eletrônico.

A Argentina apresenta situação semelhante à do Brasil, tendo elaborado apenas uma Lei cujo objeto é a regulamentação da assinatura digital, trazendo sua definição, formas de verificação de autenticidade e criação de uma “Autoridade de Aplicação”.

3.1.2.1. Lei modelo da UNCITRAL

Criada em dezembro de 1996, a referida lei, de acordo com Irma Maceira, foi elaborada com a contribuição de juristas de todo o mundo, associado com a colaboração de um grupo técnico de especialistas, de modo a se criar um conjunto coeso de regras que fossem internacionalmente aceitáveis e capazes de prestar orientação aos legisladores de cada um dos países para “eliminar os obstáculos atinentes à aceitação das vias eletrônicas, como meio válido para as negociações, em especial aquelas decorrentes do chamado comércio eletrônico”.⁷⁰

Acerca da referida Lei, Ricardo L. Lorenzetti se posiciona do seguinte modo:

A lei modelo da Uncitral sobre comércio eletrônico (1996/1997) utiliza este conceito e afirma que se baseia numa análise dos objetivos e funções do documento, porém admite a variação no suporte técnico. Por meio de aplicação deste procedimento consagra o princípio de equivalência e não-discriminação: não se negarão os efeitos jurídicos, validade ou eficácia a uma informação somente porque esteja sob a forma de mensagem eletrônica (art. 5º), ou quando a lei requeira que conste por escrito, este requisito será considerado cumprido pela mensagem eletrônica (art. 6º).⁷¹

⁶⁹ ALVES, Paulo Antônio Nevares e ALVES, Priscilla Pacheco Nevares. **Implicações Jurídicas do Comércio Eletrônico no Brasil**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008. p. 52.

⁷⁰ ALVES, Paulo Antônio Nevares e ALVES, Priscilla Pacheco Nevares. **Implicações Jurídicas do Comércio Eletrônico no Brasil**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008. p. 39.

⁷¹ LORENZETTI, Ricardo L. **Comércio eletrônico**: tradução de Fabiano Menke com notas de Cláudia Lima Marques. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.p. 104-105.

A citada Lei Modelo é dividida em duas partes: a primeira trata do comércio eletrônico em geral, definindo o seu âmbito de aplicação, os requisitos jurídicos atinentes às mensagens de dados, dentre eles algumas normas relativas à assinatura digital, bem como define alguns fundamentos relativos à formação e validade dos contratos firmados eletronicamente. A segunda parte trata do comércio eletrônico em áreas específicas, trazendo um capítulo relativo ao transporte de mercadorias.

A Lei Uniforme da Comissão de Direito do Comércio Internacional da Organização das Nações Unidas (UNCITRAL) é dotada de regras bem claras no intuito de ser efetiva na resolução de conflitos internacionais acerca do tema, definindo parâmetros para os países que desejam aplicar em suas legislações internas alguns dos ditames previstos na Lei Modelo. Deste modo, a Lei atingiria o seu fim maior: o de dirimir e diminuir conflitos provenientes das relações comerciais internacionais, já que, ao adotar ou se espelhar nas regras constantes desta Lei, os países acabarão por possuir normas similares acerca da regulação do comércio eletrônico.

Outra observação importante a ser feita sobre esta Lei é o fato de que ela não contém nenhum tipo de regulamentação concernente à proteção dos direitos dos consumidores virtuais. Porém, ao invés de criticar-se tal constatação, deve-se considerá-la uma atitude prudente da Comissão que a elaborou, pois, esta estratégia permite a adesão de uma maior quantidade de países aos ditames da Lei Modelo, já que, em razão de a maioria das nações possuir legislação própria acerca da matéria consumerista, a definição de regras uniformes poderia gerar conflitos com as diversas legislações internas.

3.2. Comércio eletrônico sob a ótica do Código de Defesa do Consumidor

Conforme explanado no capítulo reservado à caracterização do comércio eletrônico, os contratos eletrônicos podem ser interpessoais, interativos e intersistêmicos, ensejando as duas primeiras modalidades contratuais geralmente a ocorrência de uma relação de consumo, sendo a terceira reservada às transações efetuadas entre empresas às quais, em regra, aplica-se a legislação civilista.

Pode-se afirmar que os contratos eletrônicos de natureza consumerista são os celebrados em uma relação na qual, em um de seus pólos, tem-se a figura de consumidor e, no outro, a de um fornecedor, utilizando-se de meios eletrônicos, principalmente da *Internet*, para a sua concretização.

Mesmo em se tratando de uma relação de consumo virtual, é seguro afirmar que a ela se aplicam todos os requisitos e princípios que norteiam uma contratação tradicional, ou seja, regem tal relação os princípios da publicidade, da vinculação, da não abusividade, e os demais previstos no Código Consumerista.

Quando se elucidou o conceito de comércio e contrato eletrônicos constatou-se que o que os diferencia das demais formas de comercialização e contratação é, tão somente, o meio utilizado para a realização das transações comerciais e da celebração do contrato.

Percebeu-se, ainda, que o contrato eletrônico apresenta semelhanças à outras formas contratuais celebradas entre ausentes e muitas das regras aplicadas a estes podem ser aproveitadas na análise dos contratos efetuados eletronicamente. Porém e conforme afirmado acima, uma das mais importantes constatações é que, não fazendo o Código de Defesa do Consumidor qualquer distinção entre o meio utilizado para a celebração dos contratos de consumo, seus princípios de proteção ao consumidor podem ser utilizados também sem qualquer ressalva à todas as formas contratuais oriundas de relações consumeristas.

Neste sentido, a afirmação dos autores Paulo e Priscilla Nevares Alves:

Submeter-se-ão ao âmbito de aplicação das normas do Código de Defesa do Consumidor brasileiro todas as relações de consumo envolvendo consumidor e fornecedor de bens e serviços de consumo. A inexistência de uma norma mais específica não exclui as relações jurídicas concluídas mediante rede, do âmbito de aplicação das normas consumeristas e, na eventualidade da falta de alcance destas normas, da função integradora do Código Civil ou, se for o caso, da legislação constitucional.⁷²

Não se está aqui a dizer que, conquanto se afirme que as normas do Código de Defesa do Consumidor sejam aplicáveis às relações desta natureza realizadas através de comércio eletrônico, não seja eminente a necessidade de uma normatização específica a regular a matéria. Ora, diante da vasta pluralidade de transações comerciais eletrônicas, faz imprescindível a elaboração de uma lei ou leis direcionadas à matéria.

Porém, em face de atualmente não encontramos no ordenamento jurídico nacional normas ou regulamentos elaborados especificamente para o comércio eletrônico, vislumbra-se que tanto o Código Civil quanto o Código de Defesa do Consumidor são perfeitamente capazes de suprir, pelo menos até este momento, quase que a totalidade das divergências e conflitos pertinentes ao tema.

⁷² ALVES, Paulo Antônio Nevares e ALVES, Priscilla Pacheco Nevares. **Implicações Jurídicas do Comércio Eletrônico no Brasil**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008. p. 81.

3.2.1. Principais problemas advindos dos contratos eletrônicos e suas respectivas soluções à luz do CDC.

Caracterizadas, primordialmente, pela facilidade e dinamismo com os quais são efetivadas, as relações contratuais eletrônicas podem ocasionar diversos problemas aos consumidores. Porém, e conforme já anteriormente ressaltado, o Código de Defesa do Consumidor mostra-se como instrumento hábil a solucionar as eventuais dificuldades que venham a ser enfrentadas pelos consumidores. Podem-se destacar as seguintes situações que, eventualmente, ensejem lesões aos consumidores, quais sejam: atraso na entrega do produto; ausência de entrega do produto; possibilidade de devolução em caso de arrependimento, bem como a responsabilidade pelos custos de devolução do produto; oferta e publicidade enganosa, assim como o envio de spams e o erro material de preço. Analisar-se-á cada uma destas hipóteses e as respectivas soluções dadas pelo Código Consumerista.

3.2.1.1. Atraso na entrega do produto

Conforme já bem ressaltado no segundo capítulo desta obra, a responsabilidade dos fornecedores de produtos ou serviços é de natureza objetiva, ou seja, o dever de reparar os danos eventualmente causados aos consumidores independe da comprovação de culpa ou dolo por parte dos fornecedores.

Assim como nas contratações realizadas em outros meios, as efetuadas através das vias eletrônicas trazem um prazo para o seu cumprimento, este geralmente definido unilateralmente pelo fornecedor. Dessa unilateralidade decorre o fato de que o contrato, quanto a este quesito – a entrega – deve contemplar a possibilidade de ocorrências extraordinárias, para não se considerar descumprido o acordo firmado no caso de tais eventos ocorrerem. Ou seja, o fornecedor deve estipular um prazo razoável para a entrega do bem, de forma a não frustrar a legítima expectativa do consumidor adquirente do produto.

Desta forma, evita-se a perda do momento para utilização do produto comprado, como na hipótese de aquisição de um bem para presentear alguém em uma data específica. Nesse sentido, a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, in verbis:

CIVEL - CONSUMIDOR - PRELIMINARES DIVERSAS - REPELIDAS - DANOS MATERIAIS E MORAIS - ATRASO NA ENTREGA DE PRODUTO - NUBENTES - FRUSTRAÇÃO - PRESENTE DE

CASAMENTO - NÃO CONFIGURA MERA ILICITUDE CIVIL - RECUSO CONHECIDO - NÃO PROVIDO - SENTENÇA MANTIDA PELOS SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS.

1. A relação contratual da compra e venda do fogão foi entre as partes, sendo os noivos apenas os destinatários do produto dado como presente. A inadimplência se verificou perante o contratante, ora Recorrido, e a fundamentação do pedido de danos morais decorreu do constrangimento que o Recorrido alega ter passado perante os noivos e os aborrecimentos que suportou diante da inadimplência contratual.

2. Portanto, afastado as preliminares, uma vez que a inicial encontra-se apta, as partes são legítimas, o objeto é lícito, o juízo é competente e existe possibilidade jurídica do pedido. Cabe registrar que a inicial é de fácil compreensão e o pedido feito decorre logicamente dos fatos expostos.

3. A Recorrida, mesmo na qualidade de mera intermediária do negócio jurídico, o que não é verdade (agiu em nome próprio ao vender o fogão), ao fixar em contrato a data de entrega da mercadoria, assume a responsabilidade pelo seu cumprimento. Diante da inadimplência contratual, responde pela sua mora.

4. Os danos ultrapassaram o ilícito contratual, quer seja pela frustração na entrega do presente aos nubentes, quer seja pelos graves aborrecimentos enfrentados pelo consumidor, ora Recorrido, que não teve a mercadoria e nem o seu dinheiro devolvido até a presente data.

5. Recuso conhecido. Não provido. Sentença mantida pelos seus próprios fundamentos.⁷³ – *grifos acrescidos.*

Não comprovada a ocorrência de alguma das hipóteses excludentes de responsabilidade, o fornecedor tem sempre a obrigação de cumprir com o prazo informado. Trata-se de cláusula contratual que, uma vez descumprida, há de sujeitar o infrator a perdas e danos, bem como a possibilidade de rescisão do contrato pelo consumidor que se sentiu enganado. Eis outra decisão que corrobora com o que fora afirmado:

EMENTA. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER COM PEDIDO CUMULADO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. AQUISIÇÃO DE APARELHAGEM ELETRÔNICA VIA INTERNET COM ENTREGA AGENDADA QUE DESCUMPRIRA. PROCURADA PARA NOVO PRAZO DESCUMPRIU TODAS AS NOVAS DATAS AGENDADAS. ENTREGA EFETIVA APÓS O AJUIZAMENTO DA AÇÃO. RESPOSTA DA EMPRESA RÉ ARGUINDO A SÚMULA 75 DO TJERJ, AFIRMANDO QUE O CASO IMPORTA EM SIMPLES DESCUMPRIMENTO DE DEVER CONTRATUAL. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. RECURSO POSTULANDO A REFORMA DO JULGADO. CONSIDERANDO-SE QUE NO CURSO DO PROCESSO FOI ENTREGUE O APARELHO ADQUIRIDO RESTA EXAMINAR O PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. No caso presente, resta claro que não se trata de compensar a dor moral decorrente da não ocorrência de uma comemoração ou festa não ocorrente pela não entrega de um determinado produto, mas, por menor que seja o produto, e menor o seu preço para cada consumidor ele tem uma expressão de valor diversa. Não se pode dizer que quem tem o seu produto adquirido não entregue conforme diversas vezes prometido não tenha sentido dor moral, sobretudo, quando não se traz aos autos

⁷³ Apelação Cível de Juizado n.º 20070110343173, Relator Juiz Flávio Fernando Almeida da Fonseca, Primeira Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do DF, julgado em 29/09/2009. Disponível em: <http://www.tjdft.jus.br>. Sítio visitado em 06.06.2010.

qualquer explicação pelo atraso, restando claro um patente defeito do serviço de compras que oferece ao público, que, no mínimo lhe causa insegurança. O dano moral esta presente, e no caso arbitrado em R\$3.000,00 - (três mil reais), observado o principio da razoabilidade que a circunstância requer. RECURSO PROVIDO.⁷⁴ – grifos acrescidos.

3.2.1.2. Produto não entregue

Nos casos de o produto não ser entregue, mesmo em o consumidor tendo efetuado o seu respectivo adimplemento, aplicam-se todas as hipóteses previstas no subitem acima, qual seja, atraso na entrega do produto. Não obstante a possibilidade de indenização pelos danos morais eventualmente sofridos pelo consumidor ou por terceiros, em função da não entrega do bem, o fornecedor deverá indenizar materialmente por seu ilícito.

O fundamento reside no art. 35⁷⁵ do Código Consumerista, concedendo ao consumidor as seguintes alternativas: exigir o cumprimento forçado da obrigação, nos termos em que lhe foi ofertada, aceitar outro produto ou prestação de serviço equivalente ou, ainda, rescindir o contrato, com direito à restituição da quantia eventualmente antecipada, monetariamente atualizada, e a perdas e danos.

3.2.1.3. Possibilidade de devolução em caso de arrependimento

De acordo com as disposições do Código de Defesa do Consumidor, quando a aquisição do bem ou serviço contratado se der fora do estabelecimento comercial do fornecedor – especialmente por telefone ou a domicílio – não se faz necessário que o objeto do contrato contenha algum tipo de vício para que se abra ao consumidor a possibilidade de desistência do mesmo. Para tanto, é suficiente que o bem ou serviço não corresponda à expectativa do consumidor e este desista do contrato no prazo legal. Tal prazo, de acordo com o art. 49 do CDC, é de sete dias a contar da assinatura ou ato de recebimento do produto ou serviço.

Deste modo, o dispositivo supra enquadra-se nas hipóteses de venda à distância, como nos casos dos contratos firmados eletronicamente.

⁷⁴ Apelação Cível n.º 0003619-41.2008.8.19.0037 (2009.001.56399), Relator Des. Ronaldo Rocha Passos, Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, julgado em 09/03/2010. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br>. Sítio visitado em 20.05.2010.

⁷⁵ BRASIL. Lei n.º 8.078/90 – **Código de Defesa do Consumidor**, art. 35.

Na modalidade eletrônica, a execução do contrato pode ocorrer de duas formas: se o produto ou o serviço possui natureza imaterial (aquisição, através de *download*, de uma música, livro, programa, etc), o envio ocorre de forma automática, pelo menos em tese, após a confirmação do pagamento e se dá através da própria rede; se o produto possui natureza material a entrega ocorre do mesmo modo que uma venda à distância comum.

Parte majoritária da doutrina entende que o dispositivo do CDC, seu art. 49, é perfeitamente aplicável aos contratos eletrônicos, por estarem presentes os requisitos da impessoalidade e da satisfação incerta, visto que o consumidor não tem contato direto com o produto ou serviço que está sendo disponibilizado. É o que afirma Cláudia Lima Marques:

A doutrina é unânime que a interpretação dos contratos do comércio eletrônico envolvendo consumidores deve ser diferenciada, sensível à proteção do contratante mais fraco e leigo, o consumidor. A interpretação se faz a seu favor (art. 47 do CDC) e o recurso ao direito subsidiário geral só se fará quando favorável ao consumidor.(...) A doutrina é unânime que os contratos à distância do comércio eletrônico se aplica o art. 49 do CDC e o prazo de reflexão de 07 dias.⁷⁶

Outros doutrinadores, a exemplo de Fabio Ulhoa Coelho, entendem não ser aplicável o direito de arrependimento nas relações de consumo realizadas através da *internet*, pois tais operações não se enquadrariam como transações efetuadas fora do estabelecimento comercial, uma vez que, segundo ele, o consumidor dirigiu-se até o estabelecimento virtual do fornecedor para adquirir o produto ou serviço, não havendo diferenças entre encaminhar-se até o estabelecimento físico ou virtual.

Para o referido autor, o direito de arrependimento somente seria aplicável ao comércio eletrônico exclusivamente se o consumidor fosse envolvido por um *marketing* agressivo, inibindo assim sua reflexão sobre a conveniência e oportunidade do ato de consumo. Nas palavras do autor Fabio Ulhoa

O art. 49 do CDC não deve ser aplicado ao comércio eletrônico, porque não se trata de negócio concretizado fora do estabelecimento do fornecedor. O consumidor está em casa, ou no trabalho, mas acessa o estabelecimento virtual do empresário; encontra-se, por isso, na mesma situação de quem se dirige ao estabelecimento físico. O direito de arrependimento é reconhecido ao consumidor apenas nas hipóteses em que o comércio eletrônico emprega *marketing* agressivo. Quando o website é desenhado de modo a estimular o internauta a precipitar-se nas compras, por exemplo, com a interposição de chamativos ícones movimentados, em que as promoções sujeitam-se a brevíssimos prazos, assinalados com relógios de contagem regressiva, então é

⁷⁶ MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2005. p. 129-131.

aplicável o art. 49 do CDC. Caso contrário, se o website não ostenta nenhuma técnica agressiva, o direito de arrependimento não se justifica.⁷⁷

Muito embora a linha de pensamento desenvolvida neste trabalho não corrobore com o pensamento de Fabio Ulhoa, mas sim com o de Cláudia Lima Marques, faz-se importante salientar que o direito de arrependimento não é absoluto, devendo ambas as partes demonstrar que agiram conforme o princípio da boa-fé objetiva. De tal modo, o consumidor tem o seu direito garantido, desde que não o utilize indistintamente, causando prejuízos ao fornecedor.

Reconhecido o direito de arrependimento do consumidor no comércio eletrônico, tem-se que o prazo de sete dias estabelecido no Código para exercício de tal prerrogativa deve ser contado, no caso de aquisição de bens, a partir do dia do recebimento dos mesmos pelo consumidor; e no caso de prestação de serviços, a partir do dia de celebração do contrato ou a partir do dia em que se tenham cumprido as obrigações.

Para os casos de o consumidor exercer o seu direito de rescisão, estará obrigado o fornecedor a restituir todas as somas pagas pelo consumidor, corrigidas monetariamente, sem qualquer tipo de retenção de gastos, nos termos do parágrafo único do art. 49. Essa restituição dos valores deve ocorrer em tempo razoável.

A princípio, a única despesa a ser custeada pelo consumidor seria aquela relacionada com a devolução da mercadoria. Mas é comum que tais gastos sejam patrocinados pelo fornecedor. De acordo com Nelson Nery Junior, tais custos devem ser adimplidos pelas empresas, posto que decorrentes do risco comercial das mesmas. Ainda, segundo o autor,

O fornecedor que opta por práticas comerciais mais incisivas, como as vendas em domicílio ou por marketing direto, isto é, fora do estabelecimento comercial, corre o risco do negócio, de modo que não tem o que nem do que reclamar se a relação jurídica é desfeita em virtude do arrependimento do consumidor. Essa situação de arrependimento e resolução do contrato de consumo é ínsita aos negócios estabelecidos mediante essa prática comercial.⁷⁸

3.2.1.4. Publicidade e oferta no comércio eletrônico

Não se pode negar que, pela importância associada à publicidade, ela é um caractere quase que essencial às relações consumeristas. Em face de sua grande relevância para a concretização destas relações, principalmente naquelas realizadas através de meios

⁷⁷ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**, v.3. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 49.

⁷⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini...[ET AL]. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. p. 563.

eletrônicos, posto que é a própria publicidade o veículo propulsor e viabilizador do negócio a ser efetuado, surge a necessidade de que a massa publicitária seja regulada pelo Direito, considerando-se também a vulnerabilidade do consumidor nas relações de consumo. Para tanto, o legislador brasileiro incluiu no Código Consumerista normas acerca da publicidade e a oferta de produtos e serviços, de forma a melhor garantir os direitos do consumidor.

As assertivas presentes no Código do Consumidor referentes à publicidade em ambiente virtual equiparam-se aquelas concernentes aos canais de televisão, rádio, *outdoors*, entre outros mecanismos publicitários, em razão de o anunciante dever ser responsabilizado pelos informes publicitários por ele promovidos, seja qual for o meio utilizado.

Um dos principais cernes a embasar as disposições relativas à publicidade consta do art. 30 do CDC, *in verbis*:

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.⁷⁹

A publicidade da qual se está tratando será aquela realizada por um fornecedor de bens e serviços, através de meios eletrônicos, objetivando a atingir os potenciais consumidores que freqüentam a rede. Neste caso, conforme o art. 29 do CDC, consumidores são “todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas”.⁸⁰

Desse modo, toda e qualquer pessoa que esteja submetida aos efeitos da publicidade vinculada através da *internet* poderá ser equiparada ao consumidor definido no art. 2º do CDC, mesmo que não tenha adquirido ou utilizado produtos ou serviços da rede.

Na realidade, o princípio que vincula o fornecedor à publicidade veiculada, reconhece a responsabilidade deste numa fase denominada pré-contratual, não deixando o consumidor à mercê dos artifícios utilizados pelo fornecedor na tentativa de comercializar os seus produtos e serviços.

O princípio da vinculação da oferta, no entanto, não foi criado com o intuito de punição de erros ou falhas cometidas pelos fornecedores, mas sim se constitui de um meio para a coibição da prática de publicidades enganosas.

O Código de Defesa do Consumidor define claramente o que é publicidade enganosa no art. 37, § 1º:

⁷⁹ BRASIL. Lei n.º 8.078/90 – Código de Defesa do Consumidor, art. 30.

⁸⁰ BRASIL. Lei n.º 8.078/90 – Código de Defesa do Consumidor, art. 29.

É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva. § 1º É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços.⁸¹

Mais adiante, o mesmo diploma legal dispõe que a prática de publicidade enganosa constitui infração penal, senão vejamos:

Art. 66. Fazer afirmação falsa ou enganosa, ou omitir informação relevante sobre a natureza, característica, qualidade, quantidade, segurança, desempenho, durabilidade, preço ou garantia de produtos ou serviços: Pena - Detenção de três meses a um ano e multa. § 1º Incurrerá nas mesmas penas quem patrocinar a oferta.

§ 2º Se o crime é culposo; Pena Detenção de um a seis meses ou multa."

"Art. 67. Fazer ou promover publicidade que sabe ou deveria saber ser enganosa ou abusiva: Pena Detenção de três meses a um ano e multa.⁸²

Se o fornecedor recusar dar cumprimento à oferta, deverão ser aplicadas as disposições do art. 35, já mencionado, sendo do consumidor a escolha dentre uma das opções mencionadas no referido dispositivo.

Segundo Antônio Herman de Vasconcelos e Benjamin,

O princípio da veiculação 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 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 fatos que o enfoque tradicional recusava-se a aceitar ou prestava pouco ou nenhuma atenção.⁸³

Cabe aos juízes e tribunais demonstrarem certa severidade ao punir fornecedores que, de forma maliciosa, fazem uso de publicidade enganosa para conseguir mais clientes. As decisões neste sentido devem, além de compensar os danos sofridos pelos consumidores, possuir caráter pedagógico aos agentes causadores dos danos, para inibir a reiteração de tais práticas condenáveis.

⁸¹ BRASIL. Lei n.º 8.078/90 – **Código de Defesa do Consumidor**, art. 37.

⁸² BRASIL. Lei n.º 8.078/90 – **Código de Defesa do Consumidor**, arts. 66 e 67.

⁸³ GRINOVER, Ada Pelegrini...[ET AL]. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. p. 271.

3.2.1.5. Envio de spams

Nome geralmente relacionado aos emails enviados sem a solicitação do usuário, os *spams* se constituem de um recurso de publicidade – utilizado principalmente com intuito comercial – hodiernamente manejado pelas empresas para a oferta de produtos e serviços, uma vez que o custo para o seu envio é praticamente inexistente.

Para se proteger contra os problemas oriundos do recebimento de spams, o Presidente da Associação Nacional dos Usuários de Internet (Anui) e membro do Comitê Gestor da Internet no Brasil, Raphael Mandarino, sugere, referindo-se aos spams como sendo verdadeiras pragas, que

A melhor defesa para esta praga continua sendo:

- 1 - bloqueie o remetente para que não chegue outros lixos dele;
- 2 - Nunca responda um SPAM, nem mesmo a tal opção de excluir. Estas relações de e-mails que circulam com os spam's são capturadas em Listas e os vigaristas que as vendem não têm certeza de que os endereços realmente existam. Quando você os responde, eles passam a ter a confirmação de que o seu endereço eletrônico é válido, e é isso que eles tanto querem. Depois disso nunca mais você ficará livre;
- 3 - Nunca compre nada que seja oferecido por um SPAM. Esta é a melhor punição a quem não te respeita. Nenhuma empresa séria manda SPAM. Algumas já incorreram em erros no passado e os arranhões em sua credibilidade os fizeram aprender e alertaram o mercado de que esta prática é repudiada pelos internautas.⁸⁴

No Brasil, já existem decisões proferidas pelos Tribunais, no sentido de punir as empresas pelo uso indiscriminado dos *spams*, em especial quando o consumidor demonstra já ter efetuado tentativas, através da via administrativa, para a suspensão no envio das referidas mensagens. Este é o exemplo retratado na decisão a seguir transcrita:

EMENTA: CONSUMIDOR. INDENIZATÓRIA. REMESSA DE MENSAGENS ELETRÔNICAS EM MASSA - SPAM. CANCELAMENTO NÃO EFETIVADO PELAS VIAS ADMINISTRATIVAS. DANO MORAL CONFIGURADO. CARÁTER DISSUASÓRIO DO INSTITUTO. Ausência de prova acerca do atendimento administrativo das solicitações de cancelamento que, associada à verossimilhança da insurgência do consumidor e à sua hipossuficiência, autorizam a conclusão da falha na prestação dos serviços das demandadas. Desburocratização do sistema, mediante contratação por vias virtuais, que vem em benefício da parte ré, aumentando-lhe sobremaneira a gama de clientela e os lucros daí advindos, cujos riscos não podem ser repassados aos consumidores. **Dano extrapatrimonial reconhecido, ante os abalos**

⁸⁴ MANDARINO, Raphael. **Invasão de privacidade – Spam**. Disponível em <http://www.cg.org.br/publicacoes/artigos/artigo28.htm>. Acesso em 21 de jun de 2010.

sofridos pelo autor nas inúmeras e reiteradas tentativas de cancelar a remessa dos emails, evidenciando o descaso e o desrespeito das rés para com o consumidor. Quantum fixado na sentença mantido, pois atende aos fins punitivo-pedagógico e compensatório da indenização, que tem caráter dissuasório.⁸⁵ – grifos acrescidos.

3.2.1.6. Erro material de preço

O erro material de preço do produto na oferta veiculada, quando não tão distante da realidade comercial, não há de ser considerado escusa legal capaz de isentar o fornecedor do cumprimento forçado da oferta veiculada. Não pode o fornecedor alegar, por exemplo, mero erro de digitação, no caso de produtos ofertados através da *internet*, para fundamentar a sua recusa em cumprir com a oferta. A decisão a seguir reflete este mesmo pensamento e refere-se a um caso no qual a empresa fornecedora do produto recusou cumprimento a uma oferta constante de seu *site* e consistente na venda de dois computadores pelo preço de um, perfazendo o montante de R\$ 1.749,82:

EMENTA: AÇÃO COMINATÓRIA. CONSUMIDOR. ALEGAÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DA OFERTA POR PARTE DA EMPRESA RÉ. AQUISIÇÃO, VIA INTERNET, DE DOIS NOTEBOOKS POR PREÇO PROMOCIONAL. COMPRA CANCELADA PELA RÉ EM RAZÃO DA CONSTATAÇÃO DE ERRO MOMENTÂNEO NO SITE VEICULADOR DA OFERTA. PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO. ERRO QUE NÃO SE MOSTRA EVIDENTE, EMBORA A GRANDE VANTAGEM OFERTADA, UMA VEZ QUE EM MERCADOS ALTAMENTE COMPETITIVOS, OFERTAS COMO A QUE FOI DIVULGADA NÃO SÃO DE TODO DESARRAZOADA. RECURSO DESPROVIDO.⁸⁶ – grifos acrescidos.

Em seu voto, o qual foi seguido pelos demais Juízes da Turma Recursal da qual faz parte, o Juiz Eugênio Facchini Neto, no julgamento do Recurso cuja ementa encontra-se acima, afirma que

Não se pode esquecer, tampouco, que o preço para o consumidor não significa o custo para o fabricante. Para um fabricante do porte da requerida, um aparelho como aquele objeto desta demanda custa poucas centenas de reais, em insumos e tributos. No preço ao consumidor, porém, está embutido, além da margem do lucro, todos os investimentos em tecnologia e publicidade que são feitos. Afastando tais componentes, o custo unitário, efetivo, de cada aparelho, certamente é inferior ao valor da oferta publicizada. Assim, ainda que a ré seja compelida a observar o CDC e honrar

⁸⁵ Recurso Cível Nº 71002459428, Segunda Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Fernanda Carravetta Vilande, Julgado em 12/05/2010. Sítio visitado em 21/06/10.

⁸⁶ Recurso Cível Nº 71002024719, Terceira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Eugênio Facchini Neto, Julgado em 16/07/2009. Disponível em <http://www.tjrs.jus.br>. Sítio visitado em 09/06/10.

a oferta divulgada em rede, ainda assim certamente não terá prejuízo efetivo.⁸⁷

Porém, ressalte-se que, em se constatando grande disparidade entre o preço real do produto ofertado e do veiculado, deve-se, também pautado no princípio da boa-fé objetiva, adotar posição justa, no sentido de desobrigar o fornecedor ao cumprimento da oferta. Eis o teor de decisão proferida pelo TJ/SP:

Ementa: Consumidor. Ação de reparação de dano moral. Cumulação com pedido de obrigação de fazer. **Anúncio veiculado por site na internet que oferece aparelho de televisão e monitor de LCD em importâncias flagrantemente incompatíveis com seus valores de mercado.** Invocação dos princípios consumeristas. Oferta que obrigaria o fornecedor nos exatos termos propostos. Artigo 30, do CDC. **Erro escusável. Poder vinculante da oferta que não pode dispensar princípios da boa-fé objetiva e vedação ao enriquecimento sem causa. Anúncio que discrepa do valor real do bem e que não pode ser equiparado à publicidade enganosa.** Evidente erro no informe publicitário que revela inexorável ausência de seriedade na proposta. Total ausência de dano moral pela recusa na venda. Verba honorária fixada com correção que não pode ser reduzida. Sentença de improcedência. Apelo improvido.⁸⁸ – *grifos acrescidos.*

No caso levado à análise pelo citado Tribunal, o consumidor pretendia obrigar o fornecedor que veiculou a oferta a formalizar a venda de quatro aparelhos de televisão LCD, com tela de 40 polegadas, pelo valor total de R\$ 279,60 e de dois monitores de LCD com 19 polegadas, pelo valor total de R\$ 169,80, conforme anunciado no site. Ora, tal oferta é flagrantemente irreal, não havendo qualquer razoabilidade na exigência de seu cumprimento.

3.2.2. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos contratos eletrônicos de caráter internacional.

Outra questão relevante a ser discutida é a relacionada com a definição de qual legislação seria aplicada aos contratos efetuados entre consumidores brasileiros e empresas internacionais, assim como qual seria o foro competente para a resolução de eventuais conflitos deles decorrentes. Para efetuar tal distinção, a principal diretiva seria a determinação do lugar onde foi celebrado o contrato eletrônico.

⁸⁷ Recurso Cível N° 71002024719, Terceira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Eugênio Facchini Neto, Julgado em 16/07/2009. Disponível em <http://www.tjrs.jus.br>. Sítio visitado em 09/06/10

⁸⁸ Apelação Cível n.º 990093423227, Relator Des. Ruy Coppola, 32ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, julgado em 21/01/2010. Disponível em <http://www.tj.sp.gov.br>. Sítio visitado em 08.06.2010.

Para dirimir tal controvérsia, pode-se fazer uso do que dispõe o Código Civil, em seu artigo 435, asseverando que “Reputar-se-á celebrado o contrato no lugar em que foi proposto”.⁸⁹. Analisando-se somente este artigo, poder-se-ia dizer que, ao contrato celebrado entre consumidores nacionais e fornecedores de outros países, aplicar-se-ia a lei vigente nestes.

Porém, o Código de Processo Civil, em seu art. 88, inciso II, afirma que:

Art. 88. É competente a autoridade judiciária brasileira quando: I - o réu, qualquer que seja a sua nacionalidade, estiver domiciliado no Brasil; **II - no Brasil tiver de ser cumprida a obrigação;** III - a ação se originar de fato ocorrido ou de ato praticado no Brasil. Parágrafo único. Para o fim do disposto no I, reputa-se domiciliada no Brasil a pessoa jurídica estrangeira que aqui tiver agência, filial ou sucursal.⁹⁰ – *grifos acrescidos.*

Contudo, como se estar a tratar de relações consumeristas oriundas do comércio eletrônico, devem ser observadas as disposições do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, prevendo este, em seu art. 101 que “Na ação de responsabilidade civil do fornecedor de produtos e serviços, sem prejuízo do disposto nos Capítulos I e II deste título, serão observadas as seguintes normas: I - a ação pode ser proposta no domicílio do autor; (...)”.⁹¹

Porém, o entendimento que defende a aplicação da legislação brasileira e, especialmente, o Código de Defesa do Consumidor, a estes contratos internacionais, não é pacífico, existindo aqueles que defendem a aplicabilidade da legislação do domicílio da empresa fornecedora. Em defesa da aplicação do CDC, têm-se os doutrinadores Ricardo Lorenzetti e Cláudia Lima Marques que, acerca do tema, aduzem respectivamente:

Este tema proporcionou inúmeros debates com as seguintes posições: - Deve-se aplicar a lei do fornecedor, no seu foro, porque dessa maneira incentiva-se o progresso do comércio eletrônico, já que a aplicação da lei do domicílio do consumidor obstaculiza e encarece excessivamente a atividade. - Deve ser aplicada a lei mais favorável e, neste caso, submeter o caso à lei e ao foro do domicílio do fornecedor pode ser mais favorável ao consumidor. - **Deve ser aplicada a lei do domicílio do consumidor, e a demanda deve ser ajuizada no seu foro.**

Das três posições, esta última é a majoritária e com a qual concordamos, tendo em vista que o contrato é celebrado no domicílio do consumidor. A publicidade, que tem efeitos vinculantes, é realizada no computador do usuário, consistindo em oferta feita a domicílio, o que é coerente com a regra

⁸⁹ BRASIL. Lei n.º 10.406/02 – **Código Civil**, art. 435.

⁹⁰ BRASIL. Lei n.º 5.869/73 – **Código de Processo Civil**, art. 88.

⁹¹ BRASIL. Lei n.º 8.078/90 – **Código de Defesa do Consumidor**, art. 101, I.

da aparência jurídica como fundamento para a oferta e a aceitação sobre a base da confiança, conforme sustentamos acima.⁹² – *grifos acrescidos*.

Assim, se a conclusão do contrato for precedida por um convite ou indução do negócio dirigido a ele ou genérico por meio da publicidade, e o consumidor realizou no Brasil todas as medidas necessárias de sua parte para a conclusão do contrato (aceitação válida), a lei brasileira possui contatos mais próximos e deve ser aplicada ao contrato internacional de consumo, de forma a favorecer o contratante mais fraco. (...) A doutrina estrangeira conclui que esta é a prática da maioria dos países do primeiro mundo. Esta teoria parece ser compartilhada pela jurisprudência do STJ.⁹³

Assim como Ricardo Lorenzetti, a escritora Cláudia Lima Marques, enfatiza a necessidade de proteção do consumidor, concordando com o entendimento que prevê como lei regulamentadora das transações de consumo internacionais a do domicílio do consumidor.

⁹² LORENZETTI, Ricardo L. **Comércio eletrônico**: tradução de Fabiano Menke com notas de Cláudia Lima Marques. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 416.

⁹³ MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2005. p. 147-148.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho teve como objetivo apresentar as principais características atinentes ao comércio eletrônico e sua relação com o sistema de proteção ao consumidor. Estabeleceu-se um conceito para este ramo negocial, definindo-o como sendo aquele no qual as transações comerciais se operam na ausência de um ambiente físico, sendo iniciadas, desenvolvidas e finalizadas através de meios eletrônicos ou virtuais.

Para o detalhamento acerca dos caracteres principais das relações, em especial contratuais, oriundas do tipo de comércio estudado, procurou-se utilizar como parâmetro de estabelecimento virtual a *internet* dada a sua importância no cenário econômico-social atual, muito embora tenha se esclarecido que o comércio eletrônico também se realiza através de canais diversos, como o telefone, a televisão, dentre outros.

Como conseqüência natural das transações efetuadas através do comércio eletrônico, abordou-se a questão do contrato eletrônico. Demonstrou-se ser este uma das modalidades de contrato, já bem aceita e geralmente comentada pela doutrina, e que, conquanto represente a exteriorização de um ramo comercial tão recente e moderno, apresenta características similares a outros tipos contratuais que também independem, para a sua formalização, da existência de qualquer instrumento escrito apto a formalizar a obrigação que o originou.

Ainda quanto ao contrato eletrônico, definiram-se seus conceitos e características marcantes, bem assim alguma das formas de classificação a ele atribuídas pela doutrina. Também foram abordados os requisitos sem os quais aos contratos eletrônicos não se poderia atribuir validade jurídica e as etapas necessárias à formação destes contratos. Por fim, apresentou-se o recurso da assinatura digital, tecnologia eletrônica que pode vir a trazer maior segurança à realização destes tipos de contrato, mas que se perfazem de elementos imprescindíveis para a validação de uma contratação em meio eletrônico.

Ato contínuo, fez-se um estudo acerca da Lei n.º 8.078/90, o Código de Defesa do Consumidor, abordando-se sua origem constitucional, suas principais características e princípios norteadores, bem assim os elementos caracterizadores de uma relação de consumo – partes, objeto e fim ao qual se destina o objeto da relação.

Definido o conceito de relação de consumo e os princípios a ela aplicáveis, passou-se ao estudo do regime de responsabilidade legal adotado pelo Código Consumerista e, por via de conseqüência, o regime de responsabilidade adequado às relações de natureza consumerista desenvolvidas através do comércio eletrônico. Enfatizou-se que o Código de Defesa do Consumidor prevê a responsabilização objetiva do agente causador do dano, de

modo a exigir da vítima apenas a comprovação da ocorrência do dano, a conduta do agente, bem como o nexo de causalidade entre tais requisitos, não se perquirindo acerca da culpa ou dolo daquele que causou o prejuízo ao consumidor.

Ainda no tópico reservado ao estudo da responsabilidade, delineou-se as principais características acerca das mais importantes vertentes da responsabilização civil previstas no Código Consumerista: a responsabilidade pelo fato e pelo vício dos produtos e serviços.

Em face de todo o exposto, não há dúvidas acerca do fato de que as tecnologias desenvolvidas pelo homem, principalmente na área eletrônica e computacional, deixaram de ser apenas uma tendência, tendo se consolidado como uma realidade sócio-econômica vivenciada por todo o mundo. Tecnologias como a internet, especialmente importante para o desenvolvimento deste trabalho, vem cada vez mais eliminando distâncias e obstáculos em nossa sociedade.

Nesse ínterim, os contratos realizados eletronicamente vêm a satisfazer as necessidades dessa nova sociedade, interligando consumidores locais a fornecedores de todo o mundo. A manifestação de vontade das partes contratantes passa a ser demonstrada virtualmente e transmitida através dos meios eletrônicos disponíveis. Na pesquisa, também se evidenciou que estes tipos de contratos somente se diferenciam dos demais quanto ao meio nos quais são celebrados – o meio virtual ou eletrônico – igualando-se às outras formas contratuais quando da apuração de seus requisitos de validade e eficácia.

Assim como aos contratos os quais se originaram de uma relação de consumo, aos contratos eletrônicos é perfeitamente cabível a aplicação dos princípios e regras constantes do Código de Defesa do Consumidor, posto que este não vinculou a aplicação de suas regras ao meio no qual o contrato de consumo fosse celebrado, mas, tão somente, à natureza da relação travada.

Restou claro, principalmente através do colacionamento de decisões de vários Tribunais de Justiça do país e, até mesmo, do Superior Tribunal de Justiça, que os Juízes não vêm tendo qualquer dificuldade em julgar, com fundamento nos princípios e regras do Código de Defesa do Consumidor, dissídios oriundos de relações consumeristas, cuja transação tenha se dado em meios eletrônicos.

Porém, muito embora tenha se constatado haver efetividade na aplicação do Código Consumerista ao comércio eletrônico, não se está aqui a menosprezar os estudos e os projetos de Lei já existentes acerca da criação de uma regulação normativa específica do comércio eletrônico, posto que com o advento de tal legislação o consumidor e os demais usuários dos

meios eletrônicos estariam ainda mais protegidos e resguardados contra eventuais problemas ocorrentes nas transações efetuadas neste tipo de comércio.

Como se viu, várias nações têm efetuado esforços em munir seus ordenamentos jurídicos de normas atinentes ao comércio eletrônico, tendo como principal embasamento teórico a Lei Modelo da UNCITRAL.

No Brasil, muito embora haja diversos projetos de lei abordando o tema, em especial o anteprojeto da OAB/SP, a maioria destes ainda não foi aprovado ou sequer colocado em votação até o presente momento.

Portanto, enquanto as regras específicas não são aprovadas pelo Congresso Nacional, conclui-se, através da presente pesquisa, que a atual legislação consumerista é sim aplicável às transações comerciais eletrônicas e que tal aplicação é satisfatoriamente efetiva.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

LEGISLAÇÃO

BRASIL. **Constituição Federal/1988.**

BRASIL. Lei n.º 5.869/73 – **Código de Processo Civil.**

BRASIL. Lei n.º 8.078/90 – **Código de Defesa do Consumidor.**

BRASIL. Lei n.º 10.406/02 – **Código Civil.**

MANUAIS

ALVES, Paulo Antônio Nevares e ALVES, Priscilla Pacheco Nevares. **Implicações Jurídicas do Comércio Eletrônico no Brasil.** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

CAVALIERI Filho, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil.** 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial, v.3.** 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: Responsabilidade Civil.** 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de Direito do Consumidor.** 8. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

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

GRECO, Marco Aurélio e MARTINS, Ives Gandra da Silva: coordenadores. **Direito e Internet: relações jurídicas na sociedade informatizada.** São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2001.

GRINOVER, Ada Pelegrini...[ET AL]. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

LORENZETTI, Ricardo L. **Comércio eletrônico**: tradução de Fabiano Menke com notas de Cláudia Lima Marques. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

MACEIRA, Irma Pereira. **A responsabilidade Civil no Comércio Eletrônico**. São Paulo: RCS, 2007.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2005.

_____ **Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

NUNES, Luís Antônio Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil volume III – Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

ROCHA Filho, Valdir de Oliveira: coordenador. **O Direito e a Internet**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**. 7.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O Contrato e seus princípios**. 3. ed. Rio de Janeiro: Aide Editora, 2001.

ARTIGOS

ALBUQUERQUE, Adriano Bessa. **Qualidade de Websites de Comércio Eletrônico**.

Disponível em:

http://74.125.155.132/scholar?q=cache:etDxZMIoiNQJ:scholar.google.com/+qualidade+de+websites&hl=pt-BR&as_sdt=2000. Acesso em 10 de fev de 2010.

CABRINI, Ricardo. **As relações de consumo nos contratos eletrônicos celebrados via internet**. Disponível em:
<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/viewPDFInterstitial/152/153>.
Acesso em 05 de fev de 2010.

FELIPINI, Dailton. **O comércio eletrônico B2B**. Disponível em: http://www.e-commerce.org.br/artigos/comercioeletronico_B2B.php. Acesso em 04 de maio de 2010.

MACHADO, Maria Aparecida de Lima. **Comércio Eletrônico**. Disponível em:
<http://www.artigos.com/artigos/sociais/direito/comercio-eletronico-10110/artigo/>. Acesso em 25 de maio de 2010.

MANDARINO, Raphael. **Invasão de privacidade – Spam**. Disponível em
<http://www.cg.org.br/publicacoes/artigos/artigo28.htm>. Acesso em 21 de jun de 2010.

VEDOVATE, Ligia Lílian Vergo. **Contratos eletrônicos**. Disponível em
<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/viewPDFInterstitial/331/326>.
Acesso em 27 de jan de 2010.

WASTER, Cristiano Carlos Mariz. **Comércio Eletrônico: atuação preventiva e repressiva nos contratos eletrônicos de consumo**. Disponível em:
<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/view/410/405>.
Acesso em 05 de fev de 2010.

SÍTIOS DA INTERNET

CÂMARA BRASILEIRA DE COMÉRCIO ELETRÔNICO. Disponível em:
<http://www.camara-e.net>. Acesso em 13 de mar de 2010.