

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

ALEXI DE MEDEIROS ANTAR

ESTUDO SOBRE OS CONTRATOS ELETRÔNICOS

SÃO PAULO

2017

ALEXI DE MEDEIROS ANTAR

ESTUDO SOBRE OS CONTRATOS ELETRÔNICOS

Monografia de conclusão de curso apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de ESPECIALISTA em Direito Contratual, sob a orientação da Professora Doutora Sandra Konrad.

São Paulo

2017

RESUMO

ANTAR, Alexi de Medeiros. *Estudo sobre os contratos eletrônicos*. Dissertação de Pós-graduação – Faculdade de Direito da Pontifícia Católica de São Paulo, São Paulo, 2017.

O presente trabalho aborda a disciplina dos contratos eletrônicos. O tema é de suma relevância, especialmente neste início de século, dadas as recentes evoluções que a tecnologia vem sofrendo, com seus consequentes desdobramentos na sociedade, na econômica e nas ciências jurídicas. Diante da importância que suscita, aliado ao aspecto de novidade e enorme potencial de crescimento, temos um estudo sobre a teoria geral deste inédito tipo contratual, bem como algumas das iniciais e mais controvertidas discussões que já permeiam o assunto. As conclusões e hipóteses pautam-se nas fontes imediatas do Direito, notadamente leis, e fontes secundárias, como princípios, doutrina e jurisprudência, estas ainda um tanto quanto incipientes, dado o ineditismo da matéria. Desta forma, podemos dividir o trabalho em 3 (três) partes principais. Em um primeiro momento, introduz-se o tema, seguindo-se algumas considerações históricas. Vencida a etapa introdutória, na parte geral são tecidos apontamentos atinentes aos princípios, seguidos dos critérios classificativos das várias espécies do gênero de contratos telemáticos, bem como alguns dos requisitos de validade e eficácia que intermediam a matéria. Ato contínuo, há o cotejo da disciplina perante o Marco Civil da Internet, seguido por questões práticas relativas à responsabilidade civil. Finalmente, analisa-se a temática da competência judicial, especialmente dos litígios oriundos de negócios internacionais. A conclusão repisa a importância que a disciplina certamente trará nos anos vindouros, bem como a necessidade de profundo desenvolvimento e estudo.

Palavras-chave: Contratos. Eletrônicos. Lei Modelo da UNCITRAL. Direito. Consumidor. Interativos. Click-wrap. Marco. Civil. Internet. Competência. Judicial.

ABSTRACT

ANTAR, Alexi de Medeiros. *Study of electronic contracts*. Dissertação de Pós-graduação – Faculdade de Direito da Pontifícia Católica de São Paulo, São Paulo, 2017.

The present work approaches the study of electronic contracts. The subject is extremely important, especially during the first years of the present century due to the evolution technology is suffering and to its consequences on society, economics and law. Because of the importance the subject carries added to the innovation and huge growing potential, we present a study regarding the general theory of this new kind of contract, as well as some of the most recent discussions the theme is facing in courts. The conclusions and hypothesis are based on the primary sources, mainly laws, as well as secondary sources, such as general principles, thesis from other authors and court decisions, all of which are still in its initial stages because of the uniqueness of the theme. Based on the previous ideas, it is possible to divide the work into 3 (three) different parts. In the first chapters we introduce the theme, followed by some historical commentaries and considerations. After that we present in the general aspects of the subject the general principles that govern the theme, the different kinds of contracts, as well as some of the requirements regarding the validity and efficiency of the contracts. Thereof, there is an approach and comparison of the subject on the Marco Civil da Internet and some of the questions on tort law. At last the study deals with the discussion over the competent judicial court to judge the lawsuits, especially those generated over the contracts celebrated between parties living in different countries. The conclusion reinforces the importance the subject definitely will have in the coming years and the necessity of development and study.

Key-words: Electronic. Contracts. UNCITRAL Model Law. Consumer's. Law. Interactive. Click-wrap. Marco. Civil. Internet. Judicial. Competency.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	7
2	OS CONTRATOS ELETRÔNICOS	11
2.1	Considerações Históricas	11
3	PRINCÍPIOS	15
3.1	Equivalência funcional dos atos jurídicos produzidos por meios eletrônicos com os atos jurídicos tradicionais	16
3.2	Neutralidade tecnológica das disposições reguladoras do comércio eletrônico	20
3.3	Inalterabilidade do direito existente sobre obrigações e contratos	22
3.4	Boa fé	24
3.4.1	Princípio anexo da confiança	26
3.5	Autonomia privada	28
3.6	Fundamentos jurídicos para a contratação eletrônica (segundo modelo da UNCITRAL)	29
4	CLASSIFICAÇÃO QUANTO À FORMA DE CONTRATAÇÃO	32
4.1	Intersistêmicos	33
4.2	Interpessoais – artigo 11 da Lei Modelo da UNCITRAL	34
4.2.1	Entre ausentes	37
4.2.2	Entre presentes	38
4.3	Interativos – “contrato por computador <i>stricto sensu</i>”	39
4.3.1	<i>Click wrap</i>	41
4.3.2	<i>Shrink wrap</i>	43
4.3.3	<i>Browse wrap</i>	45
4.4	Contratos interativos e sua importância para o direito do consumidor	48
4.4.1	Interativos enquanto oferta permanente	51
4.4.2	Equiparação à compra fora do estabelecimento	56
5	REQUISITOS DE VALIDADE DO CONTRATO ELETRÔNICO: A PROBLEMÁTICA DA CAPACIDADE DAS PARTES E OS VÍCIOS DO NEGÓCIO JURÍDICO	60
5.1	A problemática atinente à capacidade das partes	61
5.2	Os vícios do negócio jurídico	66
6	CONTRATOS ELETRÔNICOS À LUZ DA LEI 12.965/2014 – MARCO CIVIL DA INTERNET – A QUESTÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL	71

7	CONTRATOS ELETRÔNICOS INTERNACIONAIS – COMPETÊNCIA JUDICIAL PARA APRECIÇÃO E DECISÃO	79
7.1	A relação civil-empresarial	80
7.2	A relação de consumo – problemática e solução?	81
8	PUBLICIDADE ABUSIVA NOS PRODUTOS ELETRÔNICOS GRATUITOS – ASPECTOS JURÍDICOS DO COMÉRCIO ELETRÔNICO DE CONSUMO.....	86
	CONCLUSÃO.....	90
	BIBLIOGRAFIA.....	92

1 INTRODUÇÃO

Revolução tecnológica. A expressão, que pode ser verificada constantemente, utilizada por uma série de mídias, desde livros de não-ficção, de sociologia, antropologia, economia ou política, que abordam a atualidade, até os artigos de jornais e tabloides, a despeito de ter caído no jargão popular, não deixa de ser uma constante e uma verdade.

Assim, temos uma realidade que é alterada diariamente. Alterada por eventos globais e gigantescos, bem como, no mais das vezes, motivados por esta evolução da tecnologia, a qual encontra desdobramentos e consequências nos mais variados campos.

Ora, o processo judicial brasileiro, que até a década passada era, majoritariamente, físico, hoje caminha a largos passos como processo eletrônico. O pedido de uma pizza, que durante anos foi feito através de um telefonema para a pizzaria, hoje pode ser feito pelo acesso a uma série de aplicativos de entrega de comida em residência. A solicitação de um carro particular era feita através de um gesto, para que o condutor encostasse-se ao meio fio e o passageiro ingressasse no táxi, hoje pode ser realizada por intermédio de um aplicativo de requisição de carro, seja táxi, Uber ou várias outras empresas que prestam serviço semelhante. E essa lista de inovações tecnológicas poderia seguir por páginas a fio, sendo que não teríamos nem mesmo um mínimo percentual do total.

Analisando-se esses exemplos, retornamos à expressão com que iniciamos o presente trabalho. Revolução tecnológica. Uma nova ordem que atinge todos os campos da vida humana, bem como todos os campos do conhecimento humano, desde a invenção de novas tecnologias para entretenimento, no campo artístico, até novas formas de lidar com problemas que acompanham o ser humano desde a mais primitiva histórica, como doenças e a morte, no campo médico e fármaco.

Da mesma forma, o tema afetou a disciplina jurídica, como visto com o exemplo dos processos eletrônicos. Contudo, mais ainda, afetou principalmente a temática relativa aos contratos.

Ora, é bem verdade que o contrato (negócio jurídico) hoje é fonte do Direito extremamente constante na vida de qualquer cidadão. E, tal qual ocorreu com os demais campos, os contratos foram afetados sobremaneira pelas novas tecnologias que surgiram nos últimos anos. Valendo-se dos exemplos acima listados, pactos que

antigamente ocorreriam por meios tradicionais, como a celebração por papel, por emprego de palavras (verbal) ou mesmo gestos (gestual), passaram a encontrar possibilidade de celebração por meio eletrônico.

Diante desse novo cenário, não há como não observar a importância e relevância da matéria. Da mesma forma, inquestionável a necessidade de as ciências jurídicas abordarem as várias inovações contratuais, oriundas da aplicação das novas tecnologias e da eletrônica, internet etc., para que esse novo universo que se abre não fique sem respostas e tratamentos por parte do Direito.

Todavia, antes de darmos prosseguimento ao presente tópico, de rigor tecer alguns comentários referentes à adoção de conceitos e definições. Com efeito, o presente trabalho busca tratar dos chamados contratos eletrônicos. Contudo, como qualquer novo modelo que passa a ser incorporado ao modelo legal vigente, suscita alguns questionamentos interpretativos e conceituais, de tal sorte que cumpre definir o alcance do que seriam estes “contratos eletrônicos”.

A primeira indagação diz respeito ao que seriam contratos eletrônicos, ou seja, se aqueles celebrados por utilização de comunicação digital ou, por outro lado, se seriam contratos que cuidassem dos bens e serviços da tecnologia da informação. A dúvida não é atual, de tal sorte que já há quase 15 anos Newton de Lucca (2003, p. 19) se posicionou sobre o assunto, conforme se denota do magistério abaixo transcrito:

[...] dicotomia geralmente adotada no âmbito do direito comparado no sentido de dividir em duas partes distintas o estudo dos vínculos que têm por objeto os bens e/ou serviços de informática – ou, simplesmente, dos contratos informáticos -, de um lado, e o exame daqueles vínculos que se formaram mediante a utilização da informática como meio de comunicação ou de expressão da vontade (ou seja, dos contratos telemáticos), de outro lado.

E prossegue, a fim de espancar qualquer sombra de dúvida que porventura possa rondar o espectro conceitual dos contratos eletrônicos:

Contrato informático é o negócio jurídico bilateral que tem por objeto bens ou serviços relacionados à ciência da computação. Contrato telemático, por sua vez, é o negócio jurídico bilateral que tem o computador e uma rede de comunicação como suportes básicos para sua celebração. (LUCCA, 2003, p. 33).

Assim, temos o contrato informático como aquele que cuida da disciplina atinente aos bens da vida relacionados à tecnologia da informação, ao passo que contratos telemáticos seriam os contratos cuja comunicação se dá através da

internet, ou utilizando-se de computadores, aparelhos de celular, vídeo conferência etc. conectados em rede.

Como visto acima, Newton de Lucca utiliza a expressão “contratos telemáticos”, contudo, na maior parte das obras doutrinárias sobre o assunto, deparamo-nos com a expressão “contratos eletrônicos”, daí porque adotaremos este último em prejuízo daquele. De toda sorte, e para fins didáticos, objetivando que o texto não fique repetitivo, poderá ser encontrada a expressão “contratos telemáticos”. Frise-se que ambas serão tidas como sinônimo na presente obra. Apenas na hipótese de tratarmos de contratos que tenham por objetivo bem da vida de tecnologia da informação, não celebrados por intermédio de comunicação em rede e com suporte computadorizado, iremos nos valer do termo “contratos informáticos”.

Ato contínuo, devemos ter em mente que boa parte das expressões relativas aos contratos eletrônicos surgiu dentro do léxico inglês. Isso é consequência lógica do fato de que boa parte dessas invenções tecnológicas, eletrônicas e informáticas surgiu nos Estados Unidos da América. De uma simples leitura do dicionário Houaiss (2004, p, 931, 1636, 1970), por exemplo, denota-se que alguns dos verbetes foram incorporados ao léxico pátrio, como Internet¹, delete², mouse³ etc. Doutra banda, alguns são de uso bastante restrito e careceriam de uma tradução lusófona.

A despeito da constatação, não optamos pela tradução porque esta, constantemente, esvazia de significado o verbete e acaba por não traduzir com precisão o que se busca definir. Assim, por várias vezes o leitor vai se deparar com palavras do inglês, as quais não serão traduzidas em uma única expressão, mas, ao

¹ Internet: (sXX) INF TEL rede de computadores dispersos por todo planeta que trocam dados e mensagens utilizando um protocolo comum, unindo usuários particulares, entidades de pesquisa, órgãos culturais, institutos militares, bibliotecas e empresas de toda envergadura. → inicial por vezes maiusc. ETIM ing. *internet* ‘id.’, red. de *internetwork* ‘ligação entre redes’.

² Deletar: palavra a evitar, por apagar, suprimir, remover <d. uma ou mais informações em um meio de armazenamento> ETIM ing. (to) *delete* (sXVI) ‘apagar, remover, suprimir’, der. do rad. lat. de *deletum*, supn. do v. *delere* ‘destruir, apagar, suprimir’.

³ Mouse: [ing.] (sXX) INF dispositivo de entrada dotado de um a três botões, que repousa em uma superfície plana sobre a qual pode ser deslocado, e que, ao ser movimentado provoca deslocamento análogo de um cursor na tela [o mouse permite ao usuário comandar a execução de determinadas ações, quer movendo o cursor até ícones, regiões da tela ou entradas de menus que correspondam às ações desejadas, quer clicando em dos botões.] ETIM ing. *mouse* (sXII) ‘rato’, do ing. ant. *mus* [...]; passa a ser us. em INF pela semelhança do dispositivo com um pequeno rato; [...].

contrário, terão a definição abordada em conceituação mais extensa e, assim esperamos, precisa e explicativa.

Feita a singela digressão, retomamos a introdução da matéria, discutindo a importância do tema e as primeiras criações doutrinárias, jurisprudenciais e legais sobre o assunto.

Pois bem, a disciplina dos contratos eletrônicos é assunto novo, vez que a inovação diária tecnológica também é inédita. Desta forma, a problemática que exsurge com o tema também carece tratamento por parte do legislador, do intérprete da lei, dos tribunais que a aplicam e do jurisdicionado, que está sujeito às hipóteses gerais abstratas aplicáveis ao caso concreto, ou seja, às suas condutas sociais.

Desta forma, o presente trabalho abordará alguns destes temas. Assim, inicialmente estudaremos os princípios gerais de direito contratual aplicáveis à disciplina dos contratos eletrônicos e que constituem regra geral a ser lembrada sempre que algum caso específico venha a ser analisado individualmente. Ato contínuo, verificaremos como se classificam os contratos eletrônicos, da mesma forma como particularidades incidentes sobre umas e outras espécies, notadamente àqueles sujeitos à legislação consumerista.

Vencido o tópico taxonômico, passa-se ao estudo de questionamentos práticos, como requisitos de validade do contrato eletrônico, vícios do negócio etc., passando-se à apreciação das mais recentes inovações legislativas (dentre as quais, notadamente, o Marco Civil da Internet, também classificado como sendo a constituição do mundo virtual). Ainda sobre o aspecto mais prático, verificaremos a questão de apreciação judicial oriunda de contentas que discutam contratos eletrônicos, como o foro competente para apreciação da lide. Finalmente, temas gerais e que não poderiam deixar de ser apreciados, como o tópico atinente à publicidade e aos certificados digitais, assinaturas etc.

O assunto como um todo é complexo e completo. Naturalmente que o presente trabalho não tem a pretensão de esgotar o tema, mas apenas mostrar questões de suma importância ao operador do Direito e ao cidadão, de forma geral, a fim de que comece a compreender essa nova matéria que surge dentro do Direito Contratual e que, certamente, só tenderá a se desenvolver e aprofundar-se nos tempos que estão por vir.

2 OS CONTRATOS ELETRÔNICOS

2.1 Considerações Históricas

Não é nosso objetivo escrever um tópico acerca do histórico do contrato eletrônico pelo viés tradicional. Não vamos deduzir fatos concretos históricos, datas ou seguir uma necessária ordem cronológica, no sentido de afirmar que em determinado ano a internet foi inventada, em certo momento foi celebrada a primeira transmissão de dados ou qualquer construção precisa nesse sentido. Muitos manuais e livros sobre o assunto cuidam da matéria de maneira mais densa, profunda e precisa do que conseguiríamos realizar nesses breves apontamentos.

Doutra banda, e inobstante o esforço hercúleo que poderia ser feito para apertar quase meio século de internet em dois ou três parágrafos, discutimos a forma como o tema é abordado hodiernamente. Partindo desses pressupostos, analisamos o histórico.

Sem dúvidas o contrato é, na sociedade ocidental moderna global como um todo, a principal fonte de obrigações. Mais do que leis, costumes, postulados genéricos e mesmo valores morais, o contrato assume uma posição de destaque e protagonismo. Com efeito, é difícil imaginar qualquer situação que não envolva a celebração de um negócio jurídico, desde a travessia urbana por transporte⁴ de um bairro para outro, até o simples acender de luzes⁵.

Contudo, é bem verdade que até poucos anos atrás, o contrato não era tão presente como o é hoje. A razão, possivelmente, reside na massificação do consumo. A chamada era da informação e do conhecimento, como é descrita a virada do século XX para o XXI também poderia, facilmente, receber a alcunha de era do consumo. Ora, incontestemente que a internet repercutiu em diversas esferas da sociedade, notadamente com desdobramentos no comércio eletrônico (MARÇAL; CURY, 2012, p. 136).

Catapultando ainda mais essa gana em consumir e contratar, é idealizado o contrato eletrônico, o qual aproxima ainda mais contratante e contratado, consumidor e fornecedor. Referida necessidade de atender a milhares de potenciais

⁴ Um contrato de transporte, que pode se operar por meio público, como ônibus, trens etc., até o privado, como táxis ou mesmo uma carona mediante pagamento.

⁵ Seria um contrato de fornecimento de energia, envolvendo concessionária de serviços públicos para fornecimento de eletricidade.

contratantes em curto espaço temporal levou, inegavelmente, à padronização dos contratos, os quais deixaram de ser pactos de vontade para se tornarem instrumentos de adesão, sem uma real manifestação da vontade, mas apenas adesão à oferta constante e pública.

Desta feita, parte da doutrina italiana da virada do século, encabeçada aqui por Giorgio Oppo e Natalino Irti *apud* Ricardo L. Lorenzetti (2004, p. 277-278), que traduz referida corrente doutrinária, conforme se verifica do trecho abaixo:

Na contratação eletrônica pode ser muito difícil constatar a presença do consentimento de alguém que opere um computador; pode ser extremamente árduo verificar se ocorreu uma intenção real de obrigar-se; pode ser impossível provar o erro, o dolo ou a coação. [...] Este tema começou a ser abordado a partir de um título mais geral, vinculado à deterioração da noção de sujeito, conforme a advertência feita pela filosofia. Na teoria dos contratos, falava-se da 'desumanização do contrato', de um acordo sem contrato e de uma objetivação do intercâmbio. Diz-se que não existe um consenso baseado na justaposição de vontades, mas sim em atos unilaterais de autonomia que se manifestam sem uma fusão de vontades. Já se observou que ocorre um acordo, mas não um contrato, não há um verdadeiro consenso, nem um diálogo [...].

A despeito da inovação do pensamento, a crítica surgiu no sentido de que nem todos os tipos e modalidades contratuais enveredaram no mesmo sentido. Com efeito, houve uma bifurcação da prática contratual, sendo que tradicionais espécies continuaram em vigor, aplicando conceitos que remontariam desde há muito, como, por exemplo, contratos internacionais entre multinacionais. Da mesma maneira, negócios jurídicos eletrônicos ou de consumo, de forma geral, de fato sofreram alguns desses efeitos de desumanização do contrato, como a construção jurídica italiana afirmou. Ora, havendo uma bipartição da prática tradicional, consequência direta seria uma nova interpretação e, ato contínuo, uma inédita teoria geral a incidir e disciplinar a matéria. O caminho inverso do que lecionam os bancos acadêmicos, de teoria geral para, depurada e selecionada, aplicar-se às espécies do gênero.

Inegável, portanto, que por existirem vários tipos de contrato, não é mais possível pensar em uma teoria contratual única e aplicável a todos, indistintamente. Aquela tradicional, que encerra princípios como o *pacta sunt servanda* ainda continua válida e com grande aplicabilidade em determinadas transações e negócios jurídicos. Por outro lado, revoluções legais, sociais e tecnológicas (como foi o caso da codificação consumerista, que trouxe uma nova sistemática contratual, por exemplo), demandam novas respostas de todos os setores da sociedade, dentre os

quais das ciências jurídicas. Mais uma vez, ilustramos tais afirmações com as palavras de Luis L. Lorenzetti (2004, p. 280):

Diante dessa diversificação, não se afigura sensato persistir na simplicidade, porque tal atitude conduz à esterilidade e à ineficácia das ferramentas jurídicas. Há que se aceitar a diversificação, produzindo respostas diferenciadas e ajustadas a cada hipótese legal. Cuida-se de nada mais do que colocar a ciência jurídica em sintonia com as outras ciências e com a sociedade, já que a pluralidade é uma característica da pós-modernidade, assim como a segmentação é inerente a uma economia evoluída.

Partindo-se do trecho acima destacado, tem-se a justificativa à diversificação para interpretação e tratamento das questões tecnológicas, dentre as quais, inegavelmente, os contratos eletrônicos.

Pois bem, se em contratos que, até pouco tempo, eram regidos pela *lex mercatoria*, parte-se de princípios de igualdade de partes e da força vinculativa do contrato; ou em contratos regidos pelo Código de Defesa do Consumidor utilizam-se cláusulas não escritas, a abusividade e de termos contrários ao hipossuficiente; nos contratos eletrônicos, como verificado no excerto supra, também existem particularidades e inovações.

Desta forma, dentro do âmbito telemático, passa a contratação a ter um dos alicerces como:

[...] a oferta com fundamento na aparência e a aceitação baseada na confiança, próprias de sistemas de alta evolução tecnológica [...]. A confiança remodela a declaração de vontade do aceitante consoante o significado que o proponente poderia e deveria conferir-lhe, levando-se em consideração todas as circunstâncias, no sentido que a boa-fé lhe possa razoavelmente atribuir. (LORENZETTI, 2004, p. 281-284)

Ora, nos contratos eletrônicos a confiança passa a protagonizar papel de destaque porque o sistema é complexo e indescritível como um todo. Sem dúvida, é virtualmente impossível verificar cada ato, cada byte, cada pormenor da rede, dos softwares e demais programas que poderiam ser utilizados para a contratação via internet. É inviável conhecer todo e qualquer sistema, particularidade etc., para aí sim resolver contratar eletronicamente. Portanto, mais forte do que nunca, o conceito de boa-fé contratual carece de observação na contratação telemática, claro exemplo da evolução histórica e prática de referido postulado (LORENZETTI, 2004, p. 281-284).

Portanto, o que outrora fora inovação jurídica, para logo depois ser incorporado pela interpretação de operadores e tribunais, sendo eventualmente

positivado pela legislação, no artigo 422 do Código Civil, recebe novo tratamento para os contratos eletrônicos. Ou, como afirma Ricardo L. Lorenzetti (2004, p. 283):

[...] fica claro que os modelos de comportamento racional e os padrões do 'contratante médio' obrigam a reformular os conceitos: a conduta do indivíduo é baseada na confiança, e este se constrói com fundamento na aparência criada pelo 'sistema especialista'.

Logo, da mesma forma como a evolução histórica, desdobramento do progresso tecnológico, reclama respostas de vários setores sociais, econômicos e jurídicos, esta se desdobra na necessidade premente de uma nova doutrina, sistemática e criação, a fim de abarcar, tratar e compreender o fenômeno dos contratos eletrônicos, revolução esta que vem sendo desenvolvida aos poucos pela sociedade jurídica geral no mundo inteiro.

3 PRINCÍPIOS

O Direito Contratual, como subárea do Direito Civil, também possui princípios específicos que regem a matéria e prestam-se como norte ao operador e intérprete. Como enunciados genéricos e abstratos, também sofrem os efeitos da evolução histórica e são integrados por novas especificidades inerentes aos novos campos, desdobramentos das disciplinas clássicas das ciências jurídicas (REALE, 1974, p. 339-340).

Dentro desse prisma, no qual surge o estudo do contrato eletrônico, novos enunciados gerais se desenvolvem, para acompanhar a matéria que também se reinventa e progride, respondendo à própria evolução histórica social. Sobre o assunto, destaca-se magistério de Jorge José Lawand (2003, p. 41), cujo excerto destaca-se:

[...] não se pode olvidar que ante a especificidade do meio pelo qual se perfazem estes contratos, é que a Lei Modelo da UNCITRAL delineou princípios próprios para as transações por meios eletrônicos, que servem de paradigma para as leis que porventura venham a ser elaboradas. Como se está diante de um novo fenômeno jurídico, há necessidade de balizarmos a matéria com outros princípios de grande importância possibilitando a sua conformação ao direito.

Portanto, não seria outro o desdobramento da evolução tecnológica senão a necessária resposta das ciências jurídicas aos novos questionamentos que surgiriam. Da mesma forma, o desenvolvimento e implementação de novos princípios que se entremeiam ao tema e lançam luzes ao operador do Direito de como interpretar e resolver a questão.

Frise-se, por oportuno, que o Direito Contratual como gênero da matéria ora abordada possui muitos princípios, sendo que não será nosso objetivo, no presente trabalho, tratar sobre esses primados, a exemplo da força obrigatória dos contratos, da autonomia privada, onerosidade excessiva etc. Consagrados autores já abordaram o tópico com profundidade e excelência, de tal sorte que não nos cumpre, aqui, repetir referidas lições.

Pelo contrário, o foco aqui será uma análise dos princípios relativos à disciplina digital, aqueles postulados que interessam apenas e tão somente aos contratos eletrônicos, a fim de que não nos percamos em digressões e discussões jurídicas que não são o nosso objetivo imediato.

Imperioso ter em mente, como destacado no trecho acima, que referidos princípios foram pensados e desenvolvidos pela UNCITRAL, como diretrizes para que os Estados-membro possam elaborar as próprias leis e regulamentos (UNCITRAL, 1999).

Outrossim, utilizamo-nos de referida construção legal internacional, bem como a obra de Jorge José Lawand (2003, p. 39-54).

Finalmente, de rigor não se olvidar que o rol não é taxativo, ao contrário, pode ser integrado por novos paradigmas que surjam com a evolução social e a necessidade de complementação (LAWAND, 2003, p. 40).

3.1 Equivalência funcional dos atos jurídicos produzidos por meios eletrônicos com os atos jurídicos tradicionais

A análise dos princípios relativos ao Contrato Eletrônico, em espécie, inicia-se com a questão da equivalência funcional dos atos jurídicos eletrônicos àqueles tradicionais, como o papel.

A insurgência inicia-se com a problemática atinente à novidade. Não raras vezes, quando algo novo (e, porque não, potencialmente revolucionário) passa a fazer parte da realidade social, enfrenta alguma resistência das instituições já consagradas e em uso. Com a revolução digital, com todos seus apetrechos, celulares, computadores, aplicativos, bases de dados etc. não foi diferente. Isso ocorre porque, como já visto acima, novas situações demandam novas respostas e tratamentos.

Tendo-se essa situação em mente, surgiram questionamentos sobre a validade e eficácia do ato jurídico elaborado de forma eletrônica. Ora, há milhares de anos havia a contratação verbal e escrita, sendo que a matéria já era de conhecimento geral e possuía ampla construção cultural. Contudo, o surgimento da modalidade celebrada por intermédio eletrônico desafiava alguma incredulidade em relação à segurança e validação.

Para que o contrato eletrônico não seja visto com ressalvas e relegado a uma segunda categoria de forma de contratar, onde pairam dúvidas sobre sua legitimidade e validade, é que deve ser encarado como dotado das mesmas funcionalidades dos contratos celebrados de forma tradicional. Aqui, nos valem das palavras de Fábio Ulhoa Coelho (2008, p. 39):

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

Isso importa dizer que os requisitos que devem ser verificados na pactuação celebrada em papel, bem como seus impeditivos de validade, eficácia e consequentes desdobramentos no mundo jurídico, devem ser os mesmos daquela realizada por meio eletrônico. Ou seja, não deve haver diferenciação entre as duas modalidades, vez que em todas elas, busca-se a equivalência de validade, independente da categoria utilizada e da forma de expressão da declaração de vontade, se por escrito, verbal ou gestual.

Ainda sobre o tópico, destaca-se lição de Jorge José Lawand (2003, p. 42), que inclusive equipara o contrato escrito dotado de fé-pública em virtude de legitimação por tabelionato de notas àquele efetivado pela internet:

O primeiro princípio fundamental que rege a disciplina dos contratos eletrônicos é o que veda qualquer espécie de diferenciação entre os contratos clássicos, produzidos em papel e reconhecida a sua legitimidade através de um tabelionato de notas e os contratos efetivados através dos meios eletrônicos, em especial pela Internet. Visa-se impedir qualquer espécie de preconceito com relação ao que consta da rede mundial de computadores.

Imperioso, contudo, fazer uma ressalva no sentido de que são instrumentos realizados por intermédio de naturezas diferentes. Assim, indubitável que cada qual (escrito, verbal, eletrônico) possui suas características intrínsecas e próprias. Contudo, a modalidade eletrônica não pode ser discriminada e relegada para segundo plano quando comparado àquelas tradicionais.

A elaboração e adoção desse entendimento principiológico, como visto acima, decorre da necessidade de resposta do Direito às evoluções sociais e tecnológicas. Com efeito, o comércio internacional, ao se tornar mais dinâmico e dependente de meios rápidos e confiáveis, pautou-se na formação e celebração pela modalidade eletrônica.

Ciente disso, a UNCITRAL, em sua Lei Modelo de Comércio Eletrônico, dispôs sobre a matéria, a fim de evitar-se qualquer obstáculo ao natural desenvolvimento do comércio internacional e integração social mundial. É o que consta da exposição de motivos, cujo texto destaca-se, com sua consequente tradução: “The Model Law is based on the recognition that legal requirements prescribing the use of traditional paper-based documentation constitute the main

obstacle to the development of modern means of communication”.⁶ (UNCITRAL, 1999).

Ou seja, em razão da necessidade de conferir eficácia aos meios eletrônicos, bem como a impossibilidade de negar-se efetividade a estes, ao contrário do que poderia ser feito frente ao contrato em papel, a UNCITRAL sugeriu a equivalência funcional dos meios contratuais. Repise-se, não é uma equivalência absoluta, como a própria exposição fática e método de aplicação dentro dos ordenamentos domésticos da lei prevê, mas uma equiparação:

The Model Law does not attempt to define a computer-based equivalent to any kind of paper document. Instead, it singles out basic functions of paper-based form requirements, with a view to providing criteria which, once they are met by data messages, enable such data messages to enjoy the same level of legal recognition as corresponding paper documents performing the same function.⁷ (UNCITRAL, 1999).

Assim, por este primeiro princípio, pilar fundamental da aceitação do contrato eletrônico, temos a equivalência às demais formas de contratar, pelo que deve ser aceito, caso cumpra os requisitos inerentes aos contratos celebrados pelas modalidades tradicionais.

Ato contínuo, surge a problemática entre colisão de normas. Seriam os artigos 107⁸ e 109⁹ do Código Civil impeditivos da aplicação do presente primado dentro da legislação brasileira? A nosso ver, não há colisão de normas aqui, em primeiro lugar por conta de ser o princípio da equivalência de formas apenas um postulado geral e que mais funciona como uma sugestão legislativa da UNCITRAL do que norma vinculativa. Desta maneira, não haveria como sobrepor-se à lei civil, pois não tem status de convenção internacional.

Mas, ainda que assim não o fosse, o mencionado princípio não encontra óbice nos precitados artigos. Ora, pelo texto dos mencionados dispositivos, denota-se que o legislador civil deixou ao livre arbítrio das partes contratantes a forma de

⁶ “A Lei Modelo é baseada no reconhecimento que os requisitos legais prescritos no uso da documentação tradicional pautada no papel constituem-se como alguns dos maiores obstáculos ao desenvolvimento dos mais modernos meios de comunicação” (tradução nossa).

⁷ “A Lei Modelo não busca estabelecer que o documento eletrônico é absolutamente equivalente à forma em papel. Ao contrário, sublinha elementos básicos do contrato escrito e seus requisitos, os quais, uma vez alcançados pelo contrato eletrônico, os autorizam a gozarem das mesmas garantias e reconhecimento legal daqueles celebrados pela modalidade papel,” (tradução nossa).

⁸ “At. 107. A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente exigir.”

⁹ “Art. 109. No negócio jurídico celebrado com a cláusula de não valer sem instrumento público, este é da substância do ato.”

celebrar contratos. Assim, podem ser verbais, por instrumento público, particular, por execução de gestos etc. Contudo, essa liberdade de manifestação da vontade encontra limites na própria lei, que por vezes manda que o contrato seja celebrado seguindo determinada forma. Comentando o assunto, destaca-se da doutrina:

Esse dispositivo [artigo 107 do Código Civil] consagra a liberdade de se eleger a forma para se declarar a vontade, que pode ser verbal, tácita, por instrumento particular ou público. Só quando a lei expressamente determinar uma forma especial para a celebração de determinados negócios jurídicos é que as partes serão obrigadas a adotá-la. (BENHAME, 2014, p. 255).

Da mesma forma, é como compreendem Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery (2014, p. 480) comentam o texto do artigo 109, ao disporem que:

A forma como elemento constitutivo do ato (forma *ad substantiam*) é matéria de existência e não de validade do negócio jurídico. O dispositivo trata da hipótese de as partes ajustarem o instrumento público forma para a existência do ato. A solenidade é contratual, ou seja, a exigência não é legal (*ex vi* CC 104 III).

Ou seja, por ser questão patrimonial disponível, sujeita à livre pactuação entre os contratantes da maneira que melhor lhes aprouver, podem decidir por uma forma específica ou não de exteriorização da vontade e vinculação negocial. Pelo mesmo prisma, podem acordar que determinado tipo de contrato deverá ser celebrado por instrumento público, hipótese na qual, não sendo assim formalizado, inexistente.

Doutra banda, pelo pensamento de Newton de Lucca (2003, p. 94), afirma-se que a exigência atinente à forma encontra desdobramentos no plano da eficácia, e não da existência em si. Dispõe:

[...] observação a ser feita sobre os contratos telemáticos, ao que parece, não obstante sua aparente obviedade, é que nada impede possam eles ser livremente celebrados pelos que assim o desejarem. Inexiste norma jurídica em nossa ordenação que proíba a realização de contratos por tal meio. A única exceção, evidentemente, diz respeito às hipóteses legalmente previstas, para as quais se exige forma solene para que possa o ato jurídico produzir os efeitos jurídicos pertinentes.

Ilustrando a questão sobre a necessidade de um contrato (e exteriorizações de vontade dentro de sua execução) ser celebrado por determinado meio, não valendo a comunicação eletrônica por simples acordo entre as partes, decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (2016a). Note que os contratantes, e posteriormente litigantes, não haviam previsto a modalidade eletrônica para comunicação, mas apenas a notificação escrita. A despeito desse acordo, uma das partes tentou a renovação por intermédio de mensagem eletrônica, a qual não foi

aceita e, quando da decisão do tribunal, acertadamente não se aplicou o princípio da equivalência funcional:

Ação declaratória de inexistência de débito cumulada com indenização por dano moral julgada parcialmente procedente - Alegação de renovação de contrato a justificar a saque do título - Reconhecida a inexistência de renovação automática - Previsão expressa de renovação por meio de notificação escrita - Entendimento de que notificação escrita corresponde à tradicional feita por escrito, conhecida no meio jurídico e não pela via eletrônica - Inexistência de previsão expressa para a modalidade excepcional (e-mail) - Nulidade do título verificada - Recurso improvido.

Da mesma forma, cita-se exemplo listado pela UNIDROIT (2010), em seus comentários ao artigo 1.10 – Notificação:

Illustrations. 1. Seller A and buyer B have a longstanding business relationship in the course of which they have always negotiated and concluded their contracts by telephone. On discovering a defect in the goods supplied on one occasion, B immediately sends A notice thereof by e-mail. A, who does not regularly read its e-mail and had no reason to expect an e-mail from B, on discovering B's notice three weeks after it had been sent rejects it as being too late. B may not object that it had given prompt notice of the defects since the notice was not given by a means appropriate to the circumstances¹⁰

Referidas questões tratadas na decisão supra não se opõem ao princípio da equivalência funcional, pois esta, como dito acima e aqui reforçado, não é absoluta. Ao contrário, trata-se de uma norma que apenas busca dar mais efetividade aos contratos eletrônicos ao afirmar que não podem ter sua validade questionada pelo simples fato de serem realizados dessa forma, mas somente se, sendo de outra modalidade (papel, verbal etc.) também pudessem ser questionados. Portanto, tendo obrigatoriamente ser negócio jurídico por instrumento público, qualquer outro tipo, como verbal, eletrônico etc., também teria sua validade com relação à forma questionada.

3.2 Neutralidade tecnológica das disposições reguladoras do comércio eletrônico

A tecnologia como concebida hoje pode não ser aquela que utilizaremos amanhã. O postulado, que pode parecer senso-comum, guarda extrema veracidade,

¹⁰ “Exemplos. 1. O vendedor A e o comprador B travam longa e duradoura relação negocial, na qual sempre se comunicaram e concluíram seus negócios por telefone. A determinada ocasião, ao descobrir defeitos nos bens fornecidos, B imediatamente envia e-mail para A. Este não tem o costume de ler referidas missivas eletrônicas e não esperaria receber esse tipo de comunicação de B, descobre o e-mail 3 semanas depois e o rejeita por ser muito anterior. B não pode alegar que deu imediato conhecimento para A, vez que não foi veiculado pelos meios apropriados”. (tradução nossa).

pois a eletrônica, a internet, os programas de computador e, de uma forma geral, a tecnologia, têm avançado com estonteante rapidez. Quiçá os melhores escritores de ficção-científica consigam imaginar o que a tecnologia futura reserva à sociedade, tampouco o podem fazer os juristas.

Com vistas a evitar que a legislação relativa aos contratos eletrônicos (e ao comércio eletrônico, também), torne-se obsoleta antes que as revoluções jurídicas possam acompanhar a evolução tecnológica, foi concebido o presente princípio.

Dentro desse prisma, destaca-se inicialmente a Lei Modelo da UNCITRAL, que buscou discorrer sobre o assunto e encorajar os países subscritores a adotarem legislações nesse sentido. Ora, a fim de resguardar a validade da construção legal, ao invés de simplesmente descartá-la quando da criação de nova tecnologia, a sugestão legislativa supranacional aduz que os ordenamentos jurídicos devem ser pensados e aplicados com vistas à tecnologia atual, mas também recepcionar e abarcar as criações futuras. O objetivo, um tanto quanto simples, é evitar que diplomas legais inteiros sejam descartados em razão de determinada inovação tornar-se obsoleta e ultrapassada.

Com efeito, é irrefutável a constatação que as inovações tecnológicas acontecem muito mais rápido do que o custoso e burocrático processo legal. Dessa forma, se o princípio da neutralidade tecnológica não fosse adotado, leis viriam ao mundo jurídico já suplantadas por inovações eletrônicas, ou seja, natimortas. Vislumbrando essa possibilidade, a UNCITRAL (1999) cuidou da matéria, ao incluir em sua exposição de motivos: “More generally, it may be noted that, as a matter of principle, no communication technique is excluded from the scope of the Model Law since future technical developments need to be accommodated.”¹¹

Discorrendo sobre o tópico, Jorge José Lawand (2003, p. 45):

Esta formulação é o que se denominou de princípio da neutralidade tecnológica. Isto nos revela o fato de que as normas disciplinadoras do comércio eletrônico abarcarão, não somente a tecnologia existente no momento em que foram promulgadas, mas também as futuras sem necessidade de ser submetida a alguma espécie de modificação.

O princípio ora analisado é de suma importância, em especial ao campo contratual celebrado por meio digital, pois estes também evoluem com assombrosa velocidade. Ademais, a transmissão de dados, celebração de negócios jurídicos e

¹¹ “De rigor ainda notar que, em princípio, não deve ser excluída da criação legislativa nenhuma técnica de comunicação eletrônica que, sob o escopo da Lei Modelo, possa ser incluída e acolhida como eventual inovação tecnológica.” (tradução nossa).

comércio internacional, só para citar alguns, estão em constante mudança. Isso importa dizer que o sistema se reinventa diariamente e, consequência direta, reclama do Direito um acompanhamento de tutela a fim de que questões não fiquem sem resposta.

Diante da constante inovação, bem como do princípio da neutralidade tecnológica das disposições reguladoras, cumpre fazer menção à Lei Modelo da UNCITRAL que, como exposto nos motivos, tenta adotar verbetes e expressões que abordem vários significados aos termos empregados, de tal sorte que possam ser aproveitados por eventuais tecnologias vindouras. Exemplo disso é a utilização de EDI (*Electronic Data Interchange*), que pode abarcar uma série de significados correlatos, mas sem restringir por demais a expressão.

Dessa forma, e pelo emprego desse princípio, a legislação fica resguardada contra o veloz desenvolvimento de novas tecnologias, mantendo a lei tecnologicamente neutra.

3.3 Inalterabilidade do direito existente sobre obrigações e contratos

Com efeito, como visto acima (subitem 2.1), o contrato eletrônico não é uma espécie contratual inédita, mas uma nova forma de contratar, tal qual suas correlatas representadas pela escrita, verbal, gestual etc. Contudo, isso não importa dizer que o meio eletrônico cria um espaço alheio à esfera de incidência e atuação do Direito. Tampouco se poderia pensar na internet como um ambiente livre dos direitos e obrigações que regem as demais modalidades, ou mesmo em uma inovação legislativa, de tal sorte que sobre este tipo, devem incidir as normas, formas, capacidades etc., de todas as demais espécies de negócio jurídico.

Sobre o assunto, valemo-nos das palavras de Ana Paula Gambogi Carvalho (2001, p. 59-60, grifo do autor), a qual discorre sobre o presente princípio, com destaques do original:

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

Da mesma forma como os postulados anteriormente delineados, a criação jurídica deste princípio encontra-se na Lei Modelo da UNCITRAL (1999), na fundamentação quanto à sugestão de aplicação da construção legislativa aos ordenamentos jurídicos internos de cada Estado-membro. Consta do item 15, *in verbis*:

It was observed that the Model Law should permit States to adapt their domestic legislation to developments in communications technology applicable to trade law without necessitating the wholesale removal of the paper-based requirements themselves or disturbing the legal concepts and approaches underlying those requirements. At the same time, it was said that the electronic fulfillment of writing requirements might in some cases necessitate the development of new rules¹².

Pois bem. A Lei Modelo, da mesma forma como entende que, por vezes, pode ser necessária a criação de leis e regras para integrarem o ordenamento jurídico, sendo, inclusive o próprio texto uma sugestão para tanto, determina que a criação até então realizada não deva ser descartada, relegada ou não aplicada.

Isso importa dizer que “os contratos concretizados através da Internet têm as mesmas características ordinariamente requeridas para os contratos em geral, tanto quanto ao conteúdo bem como no sentido da sua exteriorização e pluralidade de vontades.” (LAWAND, 2003, p. 48).

E, corroborando o assunto, faz-se menção a Rafael Illescas Ortiz (2001, p. 217), ao dispor que: “Las reglas de interpretación [...] no se alteran por el hecho de ser aplicados a declaraciones efectuadas mediante el nuevo soporte electrónico¹³.”

Ou seja, toda a criação relativa ao Direito Contratual, de forma geral, aplica-se aos contratos eletrônicos naquilo que lhes for pertinente e cabível. Ainda que boa parte da legislação, tanto doméstica quanto alienígena, tenha sido desenhada em momento pretérito à criação da modalidade contratual via digital, imperioso notar que conceitos gerais, como capacidade das partes, objeto do contrato, forma de expressão da vontade e elementos correlatos devem ser observados.

¹² “Foi observado que a Lei Modelo deveria permitir aos Estados-membro que adaptassem sua legislação doméstica às inovações na tecnologia de comunicações aplicável ao Direito Comercial sem, necessariamente, a remoção completa dos requisitos do contrato baseado em papel, ou abalando conceitos legais e seus respectivos tratamentos. Ao mesmo tempo, fora dito que, para a completude dos requisitos relativos ao contrato escrito, em alguns casos seria necessário o desenvolvimento de novas regras.” (tradução nossa).

¹³ “As regras de interpretação [...] não devem ser alteradas por serem as diretivas aplicadas a declarações realizadas através do novo suporte eletrônico.”

Dentro do mesmo prisma, questões atinentes a especificidades como tempo da proposta (artigos 427 e 428 do Código Civil), vícios do negócio jurídico (artigo 138 até 165 do Código Civil), oferta ao público (artigo 429 do Código Civil), ou direito de arrependimento (artigo 49 do Código de Defesa do Consumidor), só para citar alguns exemplos, mesmo que não expressamente dispostos para a modalidade eletrônica, devem ser seguidos.

Portanto, temos um ordenamento jurídico que pode, e deve, ser aplicado dentro do possível aos contratos formulados por meio eletrônico. Por mais inovadora e revolucionária que a ferramenta possa parecer, boa parte dos problemas jurídicos que esta suscita encontram guarida no direito geral das obrigações e parte geral dos contratos, da mesma forma como nos contratos em espécie, pois são os mesmos tipos, apenas realizados por outro meio.

3.4 Boa fé

Ainda que tenhamos afirmado no tópico título do presente tem que o objetivo era trabalhar os princípios específicos relativos aos contratos eletrônicos, em prejuízo da abordagem geral de postulados genéricos, não poderíamos fugir do presente. Inicialmente, dada a relevância deste princípio, o qual é adotado em boa parte dos ordenamentos jurídicos civis ocidentais, ainda que sob óticas diversas, e em segundo lugar por conta da menção expressa da Lei Modelo da UNCITRAL sobre o tema.

Partindo-se da situação específica, temos previsão expressa da boa-fé objetiva no artigo 422¹⁴ do Código Civil. A ideia, que soa como uma inovação no ordenamento jurídico brasileiro, não é de todo estranha à ordem civilista. Ainda que em uma legislação pretérita a boa-fé não fosse abordada de forma objetiva, o era na psique do contratante, uma diligência subjetiva. Roberto Senise Lisboa (2014, p. 611), comentando o dispositivo, expressa que:

Enquanto o modelo Bevilacqua adotava a boa-fé psicológica ou subjetiva, o Código se vale do modelo germânico, no qual vigora a boa-fé objetiva, norma de conduta a ser seguida pelas partes tanto antes da contração como por ocasião de sua conclusão e execução.

¹⁴ “Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.”

Ora, da lição que se extrai acima, denota-se uma influência do ordenamento civilista germânico na redação do Código de 2002, no sentido de trazer à boa-fé objetiva posição de destaque na forma de contratar. Contudo, não é só da lei alemã que se obtém essa leitura.

O *Code Napoléon* estabelecia no art. 1.134, al. 3^a que ‘as convenções devem ser executadas de boa-fé’ o que foi seguido em 1900 pelo BGB (*Bürgerliches Gesetzbuch*) no § 242, denominado ‘parágrafo régio’, dispondo que ‘o devedor está obrigado a executar a prestação como exige a boa-fé’ e pelo Código Civil suíço, vigente desde 1912, que estabelece em seu art. 2º que ‘cada um deve exercer os seus direitos e cumprir as suas obrigações segundo as regras da boa-fé’. (LAWAND, 2003, p. 50, grifo do autor).

Essa ocorrência em várias legislações, tanto doméstica quanto alienígena, não deixou de ser observada pelo texto da Lei Modelo da UNCITRAL. Ainda que talvez despiciendo citar expressamente a “boa fé”, vez que princípio insculpido em diversos países membros da Organização das Nações Unidas e das comissões internas (dentre as quais a UNCITRAL – *United Nations Commission on International Trade Law*), a sugestão legislativa trazida pela ONU não se olvidou do postulado.

Desta forma, a Lei Modelo para Comércio Eletrônico, da UNCITRAL (1999) em seu artigo 3.1, já consigna expressamente que: “Article 3. Interpretation (1) In the interpretation of this Law, regard is to be had to its international origin and to the need to promote uniformity in its application and the observance of good faith¹⁵.”

Com efeito, um dos pilares da rede e de sua aceitação pelos usuários, consumidores, fornecedores etc. pauta-se na confiança quanto à conduta do próximo e na segurança do sistema. Desta forma, deve-se crer que o outro contratante procede e atua na internet, imbuído da maior boa-fé possível.

Ato contínuo, quanto mais desenvolvido o ambiente eletrônico e, conseqüentemente, a celebração de contratos dessa modalidade, mais se observa a questão da boa-fé. Exemplos práticos são os termos comumente encontrados em sítios eletrônicos (provedores de aplicações) nos quais o usuário de determinado serviço se certifica que as informações por ele prestadas são verdadeiras. Ou poder-se-ia citar a classificação e confiabilidade de vendedores e compradores, avaliados por outros usuários, em sites de comércio eletrônico, como é o exemplo do Mercado Livre ou OLX.

¹⁵ “Artigo 3. Interpretação. (1) para interpretação da presente Lei, deve ser levada em consideração sua origem em ambiente internacional, bem como o intuito de promover a uniformidade de aplicação e a observância do princípio da boa-fé.” (tradução nossa).

Referidos casos práticos são situações concretas nas quais se observa o princípio da boa-fé atuante e empregado para um melhor funcionamento da rede como um todo. Sem isso, confiança e segurança, o sistema inteiro poderia ruir como um castelo de cartas. Os contratos eletrônicos, onerosos ou gratuitos, celebrados diariamente, baseiam-se na conduta dos contratantes e usuários, que em última instâncias são as pessoas que sustentam e criam a rede mundial.

3.4.1 Princípio anexo da confiança

Como verificado acima, quando discorreremos sobre o princípio da boa-fé, consignamos que um de seus supedâneos, ou desdobramentos, seria a questão da confiança. Pois bem, ainda que utilizemos a classificação principiológica de Jorge José Lawand (2003, p. 39-54), o qual se pauta nos conceitos da Lei Modelo da UNCITRAL, bem como se poderia afirmar que o presente postulado já está abarcado no princípio geral da boa-fé, acima discutido, ousamos amoldar ligeiramente o critério do precitado professor para destacar a questão do princípio da confiança como dever anexo e sujeito àquele.

Assim, valemo-nos do presente tópico para discorrer um pouco mais aprofundadamente sobre a importância que a confiança exerce no direito eletrônico e, notadamente, na subárea dos contratos telemáticos.

Inicialmente, vale fazer um adendo ao afirmar que a subdivisão ora proposta, cujos desdobramentos acadêmicos são mais relevantes do que a questão prática propriamente dita, não é unânime na doutrina. Desta feita, enquanto doutrinadores como Cesar Viterbo Matos Santolim (1995, p. 83) defendem a separação dos princípios, outros, como Paulo Sá Elias (2008, p. 72-73), entendem que ambos caminham juntos e não devem ser interpretados como questões distintas. Valendo-se do segundo citado autor, destaque:

[...] Santolim (*Princípios*, p. 83 e ss.), considera a *confiança* apenas um subprincípio da *boa-fé objetiva*. Contra, considerando um princípio autônomo, Branco (p. 173 e ss.). Boa fé e confiança, portanto, como descreve Lima Marques, são duas faces da mesma moeda, ou dois 'pontos de vista' de um só fenômeno social: 'um concentrado na atuação, valorando a *lealdade* na conduta segundo os usos do tráfico jurídico e, outro, no resultado, no reflexo social ou no efeito de nascimento de direitos e deveres'. Da valoração da conduta, nasce o que denominou de *relações jurídicas de confiança*, logo, regular estas 'relações jurídicas' criadas pela boa-fé é proteger a confiança. [...] Para a autora, a *confiança* é o paradigma-mãe da boa-fé, pois mesmo na definição de *bona fides*, a *fides* já é um elemento pré-definidor.

A despeito do argumento supra, o qual é extremamente válido, filiamo-nos àqueles que defendem a divisão do tema e, portanto, traçamos breves linhas sobre o instituto.

Com efeito, o princípio da confiança, inserido dentro do contexto dos contratos eletrônicos e do Direito digital, como um todo, adquire elevada importância no sentido de servir como fundamento para a validade do sistema como um todo. Isso porque uma das bases e pilares estruturais é a necessidade de confiar, de ter fé, na superestrutura que é a rede mundial e seus usuários. Ou seja, o conceito do postulado reside no próprio nome, pois pelo princípio da confiança temos a questão da necessidade de os internautas acreditarem e confiarem na superestrutura e nos seus pares quando executam uma transação eletrônica, inserem uma chave, assinam documento ou qualquer outra tarefa equivalente e que se valha da rede mundial e dos meios digitais.

Ilustrando o assunto e traçando paralelo com o mundo da aviação, exemplo deduzido por Ricardo Luis Lorenzetti (2005, p. 487-490):

Ao embarcar num avião não inspecionamos os controles do aeroporto nem a capacidade do piloto; quando contratamos via *Internet* não fazemos uma investigação sobre a solvência do ofertante, do servidor, o funcionamento das chaves, o sistema de segurança nas transações e outros aspectos.

Pois bem. Como já trabalhamos no subitem 2.1, temos hoje uma sociedade extremamente complexa e integrada. O ser humano como entidade única basicamente deixou de existir para se transformar em ser coletivo, inserido em um contexto multifacetado e interativo. O mesmo é verdade com relação às relações negociais e contratuais, de tal sorte que não mais se veem relações isoladas, mas sim, via de regra, inseridas em um universo muito maior.

Partindo-se dessas premissas, as quais são lançadas e encaixadas em um mundo digital, é possível verificarmos um sistema computacional, eletrônico, virtual, cujos limites parecem fugir do alcance da compreensão e imaginação. Ora, ao não ser possível compreender por completo, ou identificar uma figura que se preste como porto-seguro, resta ao usuário apenas confiar na superestrutura e no bom funcionamento, bem como na boa-fé daquele com quem contrata, pois, doutra banda, alternativa não haveria senão a queda deste universo, o qual se sustenta nas interações entre internautas.

Aqui, mais uma vez, nos valem das palavras de Ricardo Luis Lorenzetti (2005, p. 488), que definiu referido cenário há mais de uma década, mas cujo magistério parece postergar-se ao longo de cada nova revolução digital:

O sistema é inextricável porque a complexidade técnica que apresenta é avassaladora; é anônimo porque não é possível conhecer o dono ou o responsável. E, todavia, o sistema gera confiabilidade através do seu funcionamento reiterado, das marcas, o apoio do Estado e outros símbolos. [...] A confiança é necessária porque esta se acha na base do funcionamento do sistema especializado, inextricável e anônimo; é o lubrificante das relações sociais.

Desta feita, passível concluir que uma das bases do mundo eletrônico é a credibilidade da qual deve ser imbuído o sistema como um todo, instituto este que não merece ser desconsiderado pelo Direito, mas, ao contrário, ter destaque dentro do estudo da disciplina. Da mesma forma, e ainda que corolário do princípio da boa-fé, elemento adotado na Lei Modelo da UNCITRAL, de rigor notar a relevância do postulado da confiança, o qual assume papel de destaque dentro do Direito eletrônico, notadamente nos contratos telemáticos e no aspecto consumerista.

3.5 Autonomia privada

Finalmente, encontramos um último princípio, emprestado da parte geral da disciplina contratual e que, ao mesmo tempo, deve ser abordado no presente trabalho. Parte por termos adotado a taxonomia de Jorge José Lawand (2003, p. 52-53), parte por haver adoção específica na Lei Modelo da UNCITRAL. Sobre o assunto, o precitado autor:

Este princípio é da essência de qualquer contrato e vem reforçado pela Lei Modelo da UNCITRAL, que em seu art. 4.1, prevê a possibilidade de alteração das relações contratuais, as quais no entorno digital poderão ser modificadas ao alvedrio dos contratantes, garantindo-se, com isto, a liberdade de contratação das pessoas, o que inclusive encontra-se disciplinado no art. 1.1 dos Princípios da UNIDROIT para os contratos do comércio internacional, onde está estabelecido que as partes tem liberdade para celebrar um contrato e determinar o seu conteúdo.

Da mesma forma, e para fins ilustrativos, cita-se o mencionado artigo 4.1 da Lei Modelo da UNCITRAL (1999):

Article 4. Variation by agreement (1) As between parties involved in generating, sending, receiving, storing or otherwise processing data messages, and except as otherwise provided, the provisions of chapter III may be varied by agreement¹⁶.

¹⁶ “Artigo 4. Variações por concordância. (1) Entre as partes envolvidas em geral, enviar, receber, armazenar ou de outra forma processar comunicação eletrônica, e exceto se

Naturalmente que a Lei Modelo, como paradigma legislativo para criação legal doméstica, não deve ser compreendida em seus termos mais absolutos, especialmente quando deve esbarrar no que a lei veda. Inobstante, não é de se perder de vista que, com a evolução da lógica contratual, essa verdade, outrora supedâneo da ideologia ocidental capitalista, deixou de ser exercida em caráter absoluto.

Hoje, pelo dirigismo contratual, o contrato deixa de ser campo aberto para exposição de vontade privada livre, havendo a inserção de cláusulas não escritas, por exemplo. Da mesma forma, o estatuto civil¹⁷ afirma que o contrato será regido em razão e nos limites da função social que há de desempenhar.

Doutra banda, a Lei Modelo, bem como a legislação pátria, deixa ao livre arbítrio dos particulares a utilização de tipos contratuais clássicos, já existentes (típicos), ou aqueles que se amoldam à situação particular e não possuem capítulo legal específico (atípicos), desde que exercidos dentro desses postulados gerais e respectivas limitações legais.

3.6 Fundamentos jurídicos para a contratação eletrônica (segundo modelo da UNCITRAL)

Pois bem, como verificado nos tópicos acima, a Lei Modelo, sugerida pela UNCITRAL para regular os ordenamentos jurídicos internos dos Estados-membros, lista uma série de princípios que entende serem os norteadores da disciplina. O presente trabalho, valendo-se de alguns desses postulados, bem como pautado no autor Jorge José Lawand (2003, p. 39-54), inicia a introdução à matéria partindo dessas regras gerais. Contudo, questionamento que não pode deixar de surgir diz respeito aos objetivos da UNCITRAL (1999) ao criar a Lei Modelo. A resposta é encontrada na parte relativa à forma de aplicação da própria norma legal:

As to the general principles on which the Model Law is based, the following non-exhaustive list may be considered: (1) to facilitate electronic commerce among and within nations; (2) to validate transactions entered into by means of new information technologies; (3) to promote and encourage the implementation of new information technologies; (4) to promote the uniformity of law; and (5) to support commercial practice. While the general

doutra forma entregue, as determinações do capítulo III podem ser alteradas por mútuo acordo.” (tradução nossa).

¹⁷ Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.”

purpose of the Model Law is to facilitate the use of electronic means of communication, it should not be construed in any way as imposing their use¹⁸.

Ou seja, da leitura do trecho acima, denota-se a preocupação das Nações Unidas, expressa pela Comissão de Direito Comercial Internacional, com o desenvolvimento e uniformização do comércio eletrônico. Com efeito, entende o órgão supranacional que um dos pilares para o desenvolvimento dos povos e das nações é o fomento ao comércio internacional, o qual, em virtude da inequívoca evolução tecnológica recentemente vivenciada, tem se apresentado inquestionavelmente de forma eletrônica (UNCITRAL, 1999).

Para encorajar e desenvolver o instituto ainda mais, cria-se um estatuto de recomendações, com objetivos práticos. De rigor notar que, ao mesmo tempo em que a lei se baseia em resoluções por vezes genéricas, como o desenvolvimento do comércio eletrônico entre nações, ou a criação de novas tecnologias, também se vale de elementos práticos (UNCITRAL, 1999). Assim, não se deve passar indiferente ao tópico atinente à uniformização da lei (e conseqüente interpretação).

A questão, que será mais oportunamente vista em tópicos vindouros (capítulo 7, *infra*) suscita problemática, pois a contratação digital, não raras as vezes, é feita entre proponente e oblato que residem em nações diversas. A Organização das Nações Unidas, antevendo a possibilidade de surgirem litígios com base nesse divórcio de localidades, bem como a eventualidade de problemas não resolvidos, elenca como um dos objetivos a uniformização legal, previsto expressamente no artigo 3. Interpretação (1) (UNCITRAL, 1999).

Comentando brevemente o escopo da UNCITRAL e da Lei Modelo, destaca-se lição de Michael Sax (1998, p. 30), que discorre sobre o histórico da instituição e dá sucintas explicações sobre a criação legislativa:

It has prepared the Model Law on Electronic Commerce. The Model law was prepared as a model to countries for the evaluation and modernization of their laws relating to computerized or other modern communication techniques and would also be used by a number of states with limited familiarity with modern communication techniques. The Commission commenced their studies of this area in 1985 and after a series of recommendations put forth the text of the Model Law in. they also prepared

¹⁸ “Quanto aos princípios gerais nos quais a Lei Modelo se baseia, deve ser considerada a lista exemplificativa abaixo: (1) facilitar o comércio eletrônico entre nações; (2) validar transações iniciadas nos novos meios tecnológico-informativos; (3) promover e incentivar a implantação de novas tecnologias; (4) promover a uniformização da lei; e (5) dar suporte à prática comercial. Enquanto o propósito geral da Lei Modelo é facilitar o uso da comunicação eletrônica, não deve ser interpretada de forma a impor seu uso.” (tradução nossa).

a guide for the benefit of member states to use in preparing their domestic laws¹⁹.

Resumindo-se todo o exposto acima, irrefutável concluir que a UNCITRAL (1999), como entidade supranacional, surge para regular e uniformizar o comércio internacional. Em razão do passar dos anos e evolução tecnológica, cria a comissão de estudos de comércio eletrônico, a qual redige a Lei Modelo, para adoção pelos estados-membros. Este texto legislativo, por sua vez, como redação sugestiva para capitanear a criação positivista doméstica, pauta-se em objetivos como o fortalecimento do comércio internacional eletrônico, o desenvolvimento de novas tecnologias e a uniformização da lei e da interpretação desta, para pacificação dos litígios que porventura ocorreriam oriundos desse novo comércio eletrônico internacional.

¹⁹ “Esta (UNCITRAL) preparou a Lei Modelo para Comércio Eletrônico. A Lei Modelo foi criada como modelo para países avaliarem e modernizarem suas leis concernentes à comunicação eletrônica ou outras tecnologias modernas afins, bem como para aquelas nações familiarizadas com esse tipo de comunicação eletrônica e técnicas modernas. A Comissão iniciou seus trabalhos em 1985 e, após uma série de recomendações e sugestões, passou o texto da Lei Modelo. Também foi elaborado um guia de como os países-membros podem se valer do texto para criarem suas próprias leis internas.” (tradução nossa).

4 CLASSIFICAÇÃO QUANTO À FORMA DE CONTRATAÇÃO

Como verificado alhures (capítulo 1), o contrato eletrônico não é uma modalidade nova, mas sim uma forma de contratar, tal qual a verbal, escrita, gestual etc. Dentro deste diapasão, não nos cumpre classificar o contrato eletrônico em compra e venda, empréstimo, locação, transporte ou qualquer outro contrato típico ou atípico. Ao contrário, falamos em contrato de compra e venda celebrado por meio eletrônico, contrato de empréstimo por meio digital e assim por diante.

A despeito dessas observações propedêuticas, a doutrina entendeu por bem classificar o negócio jurídico celebrado por meio eletrônico em algumas espécies.

Inicialmente, faz-se mister destacar que qualquer disciplina taxonômica pode encontrar sua validade e valor dentro do mundo acadêmico. Assim, partindo-se de determinado parâmetro de organização, existem várias possibilidades de classificação dos contratos eletrônicos.

Contudo, e para fins do presente trabalho, adotamos critério sugerido por Cesar Viterbo Matos Santolim (1995, p. 24-26), conceituação esta posteriormente desenvolvida por Mariza Delapieve Rossi *apud* Erica Brandini Barbagalo (2001, p. 49-51):

Cesar Viterbo Matos Santolim [...] classifica o que chama de contratos por computador em três categorias distintas, conforme a utilização feita do computador na formação dos mesmos: 'computador como simples meio de comunicação', situação em que o computador funciona como instrumento de comunicação de vontade já aperfeiçoada; 'computador como local de encontro de vontades já aperfeiçoadas', hipótese em que 'o computador é posto a serviço das partes contratantes, não pertencendo o sistema a nenhuma delas, com exclusividade', programado por terceiro estranho à contratação; e 'computador como auxiliar no processo de formação da vontade (contratos por computador *stricto sensu*)', atuando o computador como determinante na manifestação de vontade das partes. [...] Em consonância com os conceitos anteriormente trazidos, Mariza Delapieve Rossi [...] classifica a forma de contratação eletrônica em três categorias: interpessoais, interativas e intersistêmicas.

O trecho destacado leva a conclusão de classificação por forma de utilização do computador quando da formação do negócio jurídico. Assim, diferenciam em três espécies do gênero contratos eletrônicos, quais sejam, intersistêmicos, interpessoais e interativos. Cada qual possui suas respectivas peculiaridades e suscita uma problemática própria, de tal sorte que trabalharemos com cada espécie nos tópicos abaixo.

4.1 Intersistêmicos

A primeira modalidade a ser abordada é a contratação intersistêmica. O nome, quase autoexplicativo, induz tratar-se de contratações entre duas máquinas. Contudo, de rigor notar que a falta de ação humana já levaria à inexistência do ato, pois carecedor de elemento fundamental, a vontade humana. Senão nos livros de ficção científica, duas máquinas não poderiam contratar de forma autônoma. Para o mundo jurídico, a ausência de exteriorização de vontade humana invalida o ato, conforme prevê o artigo 104²⁰ do Código Civil (RODRIGUES, 2006, p. 171).

Contudo, a doutrina desenvolve referido conceito para separá-lo da ideia de pressupostos de validade do negócio jurídico (aqueles dispostos no mencionado artigo 104 do Código Civil) e os elementos estruturais. Sobre o assunto, Silvio Rodrigues (2006, p. 171), que ainda comenta a vontade humana, elemento que aqui nos interessa mais do que os outros:

A doutrina [...] distingue os elementos estruturais do negócio jurídico, isto é, os elementos que constituem seu conteúdo, dos pressupostos ou requisitos de validade, que são os mencionados no aludido art. 104. Entre os elementos essenciais do negócio jurídico figura, em primeiro lugar, a vontade humana, pois, vimos, o negócio jurídico é fundamentalmente um ato de vontade. Todavia, como a vontade é um elemento de caráter subjetivo, ela se revela através da declaração, que, desse modo, constitui, por sua vez, elemento essencial.

Dentro desse conceito, carregado para a ideia do presente tópico, estaríamos diante de uma incongruência, pois a máquina não possui vontade humana. Assim, o intérprete pode se perguntar como a presente categoria é aceita como modalidade classificativa autônoma.

A resposta é que, para a formação do contrato intersistêmico, já existe um pacto prévio, validamente celebrado e o qual apenas toma seus contornos finais com a execução de ordens entre as máquinas que se comunicam entre si próprias. Em outras palavras, duas pessoas ou entes despersonalizados celebram negócio jurídico (o qual, inclusive, pode ser por meio eletrônico), o qual apenas depende de execução continuada. Essa última etapa, acontece via comunicação entre dois sistemas antagônicos, aperfeiçoando-se finalmente o contrato.

Por essa toada, valemo-nos do magistério de Erica Brandini Barbagalo (2001 p. 51), que define a contratação intersistêmica em breves palavras:

²⁰ “Art. 104. A validade do negócio jurídico requer: I – agente capaz; [...]”

São assim caracterizados os contratos eletrônicos formados utilizando-se o computador como ponto convergente de vontades preexistentes, ou seja, as partes apenas transpõem para o computador as vontades resultantes de negociação prévia, sem que o equipamento interligado em rede tenha interferência na formação dessas vontades.

Ato contínuo, e para ilustrar ainda mais a situação, imagine-se duas empresas distintas, uma delas fabricante de alimentos e a outra um supermercado varejista. Existe um contrato de fornecimento, já celebrado entre elas e que aduz que a fornecedora tem o dever de enviar determinada quantidade de certo produto toda vez que os estoques da varejista estejam em suas últimas unidades.

A tarefa, que há algumas décadas seria feita manualmente, por checagem do estoque e, frente à constatação de poucas unidades ainda disponíveis, emitir-se-ia ordem de fornecimento ao fabricante, mudou radicalmente por ocasião dos contratos eletrônicos. No mundo moderno, não raras as vezes um sistema informatizado, verificando a pequena quantidade disponível, emite pedido de compra para o sistema da fornecedora que, automaticamente, manda uma entrega à rede varejista e emite a fatura, em verdadeiro contrato de execução continuada, aperfeiçoada por modalidade intersistêmica. Ou, valendo-se da exemplificação listado pela UNIDROIT (2010):

Illustration. 2. Automobile manufacturer A and components supplier B set up an electronic data interchange system which, as soon as A's stocks of components fall below a certain level, automatically generates orders for the components and executes such orders. The fact that A and B have agreed on the operation of such a system makes the orders and performances binding on A and B, even though they have been generated without the personal intervention of A and B²¹.

Ora, o contrato aditivo ao principal foi celebrado entre dois sistemas, sem a atuação direta do ser humano. É bem verdade que existia uma negociação prévia, mas é inegável que houve uma contratação entre máquinas, sem a ingerência humana, tendo o contrato se aperfeiçoado e concluído de forma automatizada.

4.2 Interpessoais – artigo 11 da Lei Modelo da UNCITRAL

²¹ “Exemplificação 2. Montadora A e fornecedor de peças B formalizam sistema de troca de informações e comunicações pelo qual, assim que o estoque de peças de A fica abaixo de determinado nível, automaticamente fatura ordem de compra e executa-a. O fato de A e B terem concordado com operar determinado sistema eletrônico faz com que as ordens sejam vinculantes à A e B, ainda que tenham sido geradas sem a intervenção pessoal de nenhuma das partes.” (tradução nossa).

Se a hipótese anterior era de uma contratação entre duas máquinas, aqui estamos diante de negócio jurídico celebrado entre pessoas, mas utilizando-se do meio eletrônico (computador, videoconferência, e-mail, aplicativo de conversa de celular, redes sociais etc.). Ou, como leciona Erica Brandini Barbagalo (2001, p. 53):

Como interpessoais podem ser entendidos os contratos celebrados por computador quando este é utilizado como meio de comunicação entre as partes, interagindo na formação da vontade destas e na instrumentalização do contrato, não sendo apenas forma de comunicação de vontade já concebida. Essa categoria se caracteriza principalmente pela interação humana nos dois extremos da relação.

Ilustrando a hipótese, de formação de vínculo contratual via troca de comunicação digital, a Lei Modelo da UNCITRAL (1999) dispõe expressamente no artigo 11 – Formação e Validade dos Contratos – parágrafo (1):

(1) In the context of contract formation, unless otherwise agreed by the parties, an offer and the acceptance of an offer may be expressed by means of data messages. Where a data message is used in the formation of a contract, that contract shall not be denied validity or enforceability on the sole ground that a data message was used for that purpose²².

Contudo, e ainda que a Lei Modelo tenha previsto expressamente a hipótese de contratação interpessoal telemática, prestando-se como paradigma a encorajar e instigar os países-membro a adotarem o texto, referida sugestão legislativa não entra em particularidades quanto ao momento ou local da celebração, deixando referidos detalhes a cargo da redação doméstica. É o que se percebe do trecho abaixo (UNCITRAL, 1999):

As to the time and place of formation of contracts in cases where an offer or the acceptance of an offer is expressed by means of a data message, no specific rule has been included in the Model Law in order not to interfere with national law applicable to contract formation.²³

Contudo, a lei brasileira já previa referidos detalhes no Título V do Livro I da Parte Especial, do Código Civil, relativamente aos contratos em geral. Assim, os artigos 427 até 435 da precitada Lei cuidam de dar parâmetros sobre a formação dos contratos de uma forma geral, sem, em uma primeira leitura, especificar a modalidade de contratação.

²² “No contexto da formação contratual, exceto se pactuado entre as partes, uma oferta e aceite podem ser expressos via mensagem eletrônica. Na hipótese de utilização de mensagem eletrônica para a formação do vínculo, o contrato não pode ter sua validade e exequibilidade questionadas pela simples argumentação de que uma mensagem eletrônica foi utilizada para tanto.” (tradução nossa).

²³ “Quanto ao tempo e local de formação dos contratos nos quais a oferta ou aceite são realizados via eletrônica, nenhuma regra específica foi incluída na Lei Modelo a fim de que esta não interferisse na lei nacional a reger a formação do vínculo contratual.” (tradução nossa).

Em tempo, faz-se mister um adendo para destacar a aplicação do princípio da inalterabilidade do direito existente sobre obrigações e contratos (subitem 2.2.3, supra). A Lei Civil dispõe acerca da formação contratual, contudo, perfeitamente aplicável à espécie eletrônica, de tal sorte que referidos dispositivos prestam-se como norte à interpretação das situações às quais estão sujeitas a presente modalidade. Assim, utiliza-se da criação já positivada e encartada para regular nova hipótese, travando-se um paralelo entre o intuito originário do legislador e aqueles novos paradigmas ao qual a hipótese genérica subsumiu-se (LAWAND, 2003, p. 48-49). Ainda, e a fim de ilustrar a hipótese abstrata, toma-se a contratação epistolar e a celebrada via e-mail, na qual esta foi absorvida pela criação legislativa anterior relativa àquela.

Da mesma forma, não se deve olvidar lição elementar da doutrina acerca da formação do vínculo para celebração do negócio jurídico dentro do ordenamento legal brasileiro, acerca de consenso entre oferta e aceite. Para tanto, colaciona-se magistério de Pontes de Miranda (2012, p. 142-143):

Em princípio, o consenso há de estender-se a todos os pontos da oferta, ou das manifestações de vontade simultâneas, ou do plano de estatutos ou contrato social. [...] Enquanto não se conclui o negócio jurídico e não se trata de oferta ou de esquema imutável, pode algum dos interessados sugerir ou exigir algum ponto, mas, admitido isso, os que manifestaram a vontade têm de novamente manifestar-se. Se os figurantes consentiram a propósito dos pontos reputados, por todos, essenciais, o que ficou reservado é ponto secundário, ou não-essencial, ou complementar. O negócio jurídico bilateral ou plurilateral conclui-se desde o momento em que há o consenso sobre todos os pontos que se tiveram por essenciais.

Vencidas referidas exposições pertinentes ao tema, denota-se da leitura do artigo 428 do Código Civil²⁴ que a proposta pode ser feita entre presentes e entre ausentes (LISBOA, 2014, p. 616). Tal qual previsto na legislação, a regra pode ser aplicada aos contratos eletrônicos. Assim, nos tópicos abaixo serão abordadas hipóteses do contrato eletrônico na modalidade interpessoal entre presentes e entre ausentes.

²⁴ Art. 428. Deixa de ser obrigatória a proposta: I – se, feita sem prazo a pessoa presente, não foi imediatamente aceita. Considera-se também presente a pessoa que contrata por telefone ou por meio de comunicação semelhante; II – se, feita sem prazo a pessoa ausente, tiver decorrido tempo suficiente para chegar a resposta ao conhecimento do proponente; III – se, feita a pessoa ausente, não tiver sido expedida a resposta antes do prazo dado; IV – se, antes dela, ou simultaneamente, chegar ao conhecimento da outra parte a retratação do proponente.”

4.2.1 Entre ausentes

Se a hipótese mais prevista no Código Civil de 1916 era da contratação entre ausentes por meio de carta, é inegável que a evolução tecnológica quase transformou esse expediente epistolar em exceção, sendo que na sociedade do Século XXI o e-mail tomou seu lugar. No entanto, quando da redação do texto atual, não houve substancial mudança e a ideia de missiva eletrônica não foi abertamente abordada.

De toda sorte, pela proximidade de conceito entre uma e outra (*mail* como correio e *e-mail* como correio eletrônico, emprestados do léxico inglês), nada mais ocorreu senão uma substituição de verbetes, mas dentro da mesma categoria de contratação, qual seja, entre ausentes. Assim, da mesma forma como o envio de uma carta com proposta ao endereço de um oblato era tido como negócio entre ausentes, o envio de uma mensagem eletrônica também o é. Corroborando com o alegado, Roberto Senise Lisboa (2014, p. 616):

Considera-se proposta entre ausentes [...] aquela efetuada por meio de conversa dessincronizada, concedendo-se um prazo para que o oblato venha a responder se a aceita ou não, como é o caso, em regra, dos e-mails, que não são imediatamente lidos pelos destinatários.

Inobstante a lição da doutrina, o tema também já foi apreciado pelos tribunais, sem que tenha sido suscitada grande dúvida acerca de sua validade ou parâmetros legais. Neste sentido, decisão do Tribunal de Justiça do Estado do São Paulo (2015c):

APELAÇÃO – PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS EDUCACIONAIS - COBRANÇA – Rescisão de contrato firmado pelas partes – Rescisão operada anteriormente – confirmação pelo teor de e-mails trocados pelas partes – Aferição acerca da clara e objetiva rescisão contratual firmada – Depois de cerca de dois anos, a apelada enviou notificação extrajudicial para a parte apelante, postulando o pagamento de multa rescisória – Descabimento – Aplicação do princípio da boa-fé objetiva – Incidência do denominado instituto da *supressio*, em razão da demonstração inequívoca de que a rescisão contratual já havia se consolidado dois anos antes pela via regular do correio eletrônico – Recurso provido.

Ademais, do voto do desembargador relator, destaca-se trecho em que reconhece a validade da comunicação via e-mail para declaração de vontade de rescisão contratual, cite-se:

[...] impende acrescentar que o e-mail notadamente constitui-se em instrumento capaz de engendrar a comunicação pertinente à constituição de efeitos negociais, que outrora eram requisitados apenas e tão somente a atos essencialmente formais, tais como notificações e contra notificações.

Doutra banda, questão mais recente diz respeito aos aplicativos de mensagens eletrônicas e redes sociais. Aqui, para fins práticos utilizamo-nos dos exemplos de WhatsApp²⁵ e Facebook²⁶, duas das redes mais utilizadas no Brasil. Ainda que carreguem em sua descrição ideias como redes sociais para conversa instantânea, é bem verdade que nem sempre o usuário que recebe a mensagem a lê imediatamente. Ora, desta feita, arriscamos afirmar que referidos serviços se comportam como e-mails, ou seja, contratação entre ausentes.

Finalmente, extremamente válido trazer à tona recente decisão judicial que homologou contratação de venda e compra de bem imóvel através de meio eletrônico, qual seja, via WhatsApp. Ainda que não se tenha entrado no mérito de ter sido uma celebração de negócio jurídico entre ausentes ou presentes, a despeito de ter citado o artigo 428, inciso I do Código Civil, a decisão acerca da curiosa negociação é extremamente pertinente à discussão. Destaca-se trecho da sentença:

[...] com a inicial vieram as tratativas entre as partes e o fechamento do negócio, tudo através do famoso aplicativo de celular chamado WhatsApp. A validade do negócio é plena, pois há proposta e há aceitação, que dentro da moderna concepção jurídica dos contratos é plenamente aceita. Aliás, o Código Civil cuida do tema quando considera juridicamente presente em uma proposta a pessoa que contrata por telefone ou por meio de comunicação semelhante. [...] É certo que a forma utilizada para o fechamento do negócio – através do WhatsApp - em que pese ser inovadora e válida, não é nem um pouco recomendável, face o objeto da compra e venda – um terreno – e o valor envolvido e depositado – 50 mil reais. (MINAS GERAIS, 2015).

Portanto, indiscutível a existência corriqueira da contratação eletrônica interpessoal entre ausentes, a qual se aperfeiçoa diariamente através de troca de e-mails, mensagens em aplicativos de comunicação etc., questões essas tratadas pela doutrina (JORGE JÚNIOR, 2012, p. 10) e jurisprudência.

4.2.2 Entre presentes

Da mesma forma como a contratação interpessoal ocorre por troca de mensagens entre ausentes, pelo que citamos como exemplo o correio eletrônico e as redes sociais, pode ser realizada via comunicação entre presentes. A situação hipotética já vinha abordada no Código Civil de 1916, que dispunha no inciso I do

²⁵ De acordo com pesquisa, o Brasil possui cerca de 100 milhões de usuários do aplicativo. (FOLHA DE SÃO PAULO, 2016)

²⁶ Segundo pesquisado, 45% da população brasileira, ou cerca de 92 milhões de pessoas usam a rede social mensalmente. (FACEBOOK, 2015).

artigo 1.081²⁷ sobre a possibilidade do uso do telefone para tanto. Doutra banda, a lei atual, complementando o citado dispositivo fez incluir a expressão “[...] ou por meio de comunicação semelhante”.

Mais uma vez nos valem das palavras de Roberto Senise Lisboa (2014, p. 616), ao dispor que:

Considera-se proposta entre presentes não apenas aquela que é efetivada por meio do telefone (sistema de 1916), como também por qualquer outro meio de comunicação que possibilita a resposta imediata do peticionado. Trata-se de ótima providência da nova legislação, que admite, desse modo, como sendo proposta entre presentes, aquela resultante de qualquer comunicação sincronizada entre o proponente e o oblato, inclusive aquela através da internet.

Tomando-se o excerto acima e equiparando a veiculação informativa negocial instantânea, a exemplo do que acontece no telefonema, pode-se citar a videoconferência como forma de contratação entre presentes. Ora, serviços como a videochamada são cenários extremamente semelhantes à comunicação por telefone, com a diferença da utilização simultânea de voz e imagem e não apenas o meio auditivo, como é o caso dos telefonemas (GUERREIRO, 2012, p. 39).

4.3 Interativos – “contrato por computador *stricto sensu*”

Finalmente, vencidos os tópicos acima, temos a modalidade interativa. Referido tipo contratual é, nos dizeres de Cesar Viterbo Matos Santolim (1995, p. 26) o “contrato por computador *stricto sensu*”, ou a modalidade de contrato eletrônico por excelência. Ora, ainda que as hipóteses vistas nos itens acima também sejam negócios jurídicos telemáticos, bem como presentes no dia a dia da sociedade moderna, é bem verdade que não suscitam tanta discussão e nem possuem desdobramentos jurídicos e sociais como a presente espécie. A explicação para referida assertiva é um tanto simples: este tipo representa a modalidade mais comum e corriqueira dentro da contratação digital.

Antes de abordarmos a análise de números ou qualquer detalhe intrínseco ao aqui discutido, inclusive as subdivisões que a doutrina adota, conceitos que inclusive às vezes se tangenciam, cumpre breve exposição sobre o que seria a modalidade interativa. Se a categoria intersistêmica é a interação entre dois sistemas, e a

²⁷ “Art. 1.081. Deixa de ser obrigatória a proposta: I – Se feita sem prazo a uma pessoa presente, não foi imediatamente aceita. Considera-se também presente a pessoa que contrata por meio do telefone [...]”.

interpessoal a comunicação entre duas pessoas, por intermédio de meios eletrônicos, a interativa seria um meio termo entre estas. Desta feita, e em exposição mais simples, podemos afirmar que o gênero interativo é a interação entre máquina e pessoa.

Ou, nos dizeres de Alberto Gosson Jorge Júnior (2012, p. 10, grifo no original), que conceitua como:

Os contratos denominados 'interativos' são aqueles contratos eletrônicos caracterizados pela interação da máquina com a pessoa humana. Um exemplo disso é o que ocorre nas páginas eletrônicas mais modernas, nas quais o internauta seleciona os produtos que irá adquirir e, após esse processo, confirma a negociação com um clique, significando estar de acordo com o estabelecido nesse contrato eletrônico.

Certamente muitos dos leitores que passarem os olhos por essas linhas, ao interpretarem o conceito acima, logo associarão a alguma lembrança, possivelmente recente, de acesso à rede mundial para aquisição de bens, serviços, downloads etc., o que é, grosso modo, contratação eletrônica interativa, como bem pontua Cláudia Lima Marques (2011, p. 32):

Essa identidade pode surgir pelo fato de que 'No Brasil, somente em 2010, o comércio eletrônico cresceu 40%, atingindo mais de 23 milhões de compradores, que, por sua vez, movimentaram 15 bilhões de reais. Em 2009, havia movimentado a metade, cerca de US\$ 8,7 bilhões, o que, por sua vez, representava um aumento de 10,3% em relação a 2008.

Esses números, relativos ao período de 2009 e 2010, são ainda mais impactantes nos anos seguintes. Assim, em 2016, o faturamento do comércio eletrônico era estimado em R\$ 44,6 bilhões (quarenta e quatro bilhões e seiscentos milhões de reais), divididos em cerca de 106,5 milhões de pedidos de compra (ECOMMERCEBRASIL, 2016).

Referidos dados comprovam o peso que essa modalidade contratual vem adquirindo dentro do comércio geral. Outrossim, de rigor ter em mente que tais cifras dizem respeito à modalidade contratual interativa, o que apenas reforça o impacto e importância doutrinária e jurisprudencial que o tema abarca e demanda. Diante dessa grande expressão que assume tanto no cenário econômico quanto social, patente que o assunto não poderia demorar a ser tratado, pelo que se destaca magistério de Erica Brandini Barbagalo (2001, p. 55-56) que remonta cerca de 15 (quinze) anos no passado. Destaca-se:

Este é o mais peculiar dos modos de contratação via computador. Por esse meio de utilização uma pessoa interage com um sistema destinado ao processamento eletrônico de informações, colocados à disposição por outra pessoa, sem que esteja, ao mesmo tempo, conectada e sem que tenha

ciência imediata de que o contrato foi efetuado. Este é o exemplo mais comum de conclusão de contrato via Internet, pela World Wide Web, do que derivam as compras de produtos ou contratação de serviços pela rede de computadores, mediante acesso aos chamados Web Sites, compostos do que se usou denominar 'páginas eletrônicas'.

Portanto, demonstrada a pertinência do tema e densidade do assunto, passa-se à análise das subdivisões dos contratos eletrônicos interativos. Importante reiterar, por oportuno, que não raras vezes as hipóteses se aproximam em significado e peculiaridades, pelo que a divisão presta-se mais a fins acadêmicos do que práticos, mas a qual não poderíamos passar ao largo nesse trabalho. Vencida a etapa taxonomista, o tema enveredará para a análise deste gênero perante a lei consumerista.

4.3.1 *Click wrap*

Possivelmente estamos diante da versão mais comum de contrato eletrônico de consumo na modalidade interativa. Com efeito, pela presente espécie, temos um negócio jurídico no qual o internauta acessa um sítio eletrônico de fornecedor e adquire determinado bem ou serviço a partir da interação com comandos de aquisição do tipo “compre com um clique” ou “compre aqui”, bem como não raras vezes encontramos a opção de “carrinho de compras” (ISENBERG, 2002, p. 290).

Imperioso notar o uso dos verbetes “consumidor” e “fornecedor” utilizados acima. Sem dúvidas referida modalidade pode ser utilizada em contratos que não sejam regidos pelo Código de Defesa do Consumidor, contudo, é difícil imaginar situação que fuja desse cenário. Outrossim, a grande importância prática gira em torno dos desdobramentos que a citada contratação suscita, e não eventual discussão atinente à aplicabilidade da lei consumerista sobre eventual compra e venda, por exemplo (o que, inclusive, não é o escopo aqui).

Inobstante, neste tipo de contratação o usuário tem conhecimento prévio das cláusulas contratuais, pelo que, a despeito de ser um contrato de adesão, no qual o consumidor não tem o poder de discutir ou alterar disposições pré-contratuais, fica ao seu livre arbítrio optar pela contratação ou não. É o que a doutrina doméstica ensina, a exemplo do trecho abaixo que, além de conter uma definição sobre o contrato *click-wrap*, discorre sobre a ciência pretérita do conteúdo e, conseqüentemente, cumprimento de princípios norteadores, como a vontade privada e boa-fé:

Click-wrap é o contrato de adesão telemático, cujo objeto seja um bem imaterial (digitalizado) ou material, em que o fornecedor estabeleça unilateralmente as cláusulas contratuais, notificando o adquirente sobre as mesmas antes de obter a manifestação de vontade deste, que é exteriorizada mediante conduta social típica, quer seja por meio de um clique em determinado ícone, quer seja por utilizar o produto digitalizado, salvo em seu computador, ou usar o produto após a entrega do bem, quando for material. Neste caso, o conhecimento das cláusulas contratuais ocorre previamente à exteriorização da vontade do usuário [...]. (LIMA, 2009).

Da mesma forma, é como dispõe a doutrina alienígena, a exemplo do trecho infra destacado e que remonta há cerca de quinze anos. Diz:

A click-wrap license typically displays an agreement to a Web user, who must click on a link or button indicating his willingness to be bound by the terms of the agreement before he can begin downloading the software, using the free e-mail service, buying book etc. Click-wrap agreements are commonly used by e-commerce businesses for various purposes²⁸. (ISENBERG, 2002, p. 290).

Por haver um conhecimento prévio dos termos do contrato, bem como a possibilidade de o usuário decidir se vincular ao conteúdo ou não, ao lhe ser facultada a contratação, inicialmente não se vislumbra um descumprimento ao princípio da boa-fé contratual, já verificado acima, ou aos princípios acessórios da informação e transparência, trazidos no bojo da literatura consumerista e acostados nos artigos 4º, caput²⁹, e 6º, inciso III³⁰ do Código de Defesa do Consumidor (TARTUCE; NEVES, 2014, p. 40-42).

Naturalmente que os demais princípios relativos ao Direito do Consumidor, bem como a disciplina consumerista como um todo, são aplicáveis ao presente tipo contratual, como a vedação às cláusulas abusivas, a vedação ao perdimento do preço pago em caso de desistência dentre tantos outros postulados protetivos (FREITAS, 2016, p. 15-16), inclusive tendo em vista a teoria do diálogo das fontes

²⁸ “Uma licença click-wrap usualmente apresenta um contrato para o usuário da rede, o qual precisa clicar num acesso ou ícone indicando sua concordância em ficar vinculado aos termos contratuais antes que possa realizar um download de software, utilizar uma conta de e-mail gratuita, adquirir um livro etc. Contratos click-wrap geralmente são utilizados para negócios de comércio eletrônico por uma série de propósitos”. (tradução nossa).

²⁹ “Art. 4º. A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e a harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: [...]”

³⁰ “Art. 6º. São direitos básicos do consumidor: [...]

III – a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem; [...]” (Redação dada pela Lei nº 12.741/2012).

(TARTUCE; NEVES, 2014, p. 14-22). Contudo, como não é o objetivo do presente trabalho abordar o tema profundamente, não vamos adentrar em referidas discussões, mas apenas e tão somente tratar das questões inerentes à espécie de contrato eletrônico interativo da modalidade *click-wrap*.

Pois bem, assim, pode-se concluir que *a priori* o presente tipo contratual não suscita questionamentos quanto ao princípio da transparência e informação (podem ser verificados no caso concreto, como interpretação dúbia sobre referida cláusula, mas, como dito alhures, tal discussão não é o escopo deste estudo).

As principais discussões sobre essa hipótese contratual, e que também pode ser encontrada nos outros dois tipos – *shrink-wrap* e *browse-wrap* – adiante estudados, giram em torno de temas próprios do Código de Defesa do Consumidor e sua aplicabilidade a tais contratações, bem como quanto à competência jurisdicional. Como essas questões são gerais a todas as espécies interativas, decidimos abordá-los em tópicos próprios, *infra* (capítulo 7 e item 7.2, *infra*).

4.3.2 *Shrink wrap*

A presente modalidade quase foge da lógica de contratos eletrônicos. Isso porque a espécie de *shrink-wrap* é compreendida como aquele contrato inserido dentro de um software ou produto equivalente e, quando adquirido e iniciado o uso (seja pelo rompimento do invólucro de papel filme que cobre a mídia, ou então pelo acesso ao conteúdo do contrato), passa a valer para o consumidor. Em outras palavras:

Shrink-wrap agreements are agreements either printed on the back of or included inside a box containing commercial computer software. The agreements often contain a number of legal terms that relate to how the software may be used. The term ‘shrink-wrap’ arose because the agreements are often inside the shrink-wrapped plastic or cellophane that seals the box containing the software. By breaking the shrink wrap, the purchaser agrees to abide by the terms of the agreement [...]³¹. (ISENBERG, 2002, p. 288)

³¹ “Contratos *shrink-wrap* são contratos impressos no verso ou inseridos dentro da caixa que contém o software de computador. Referido instrumento usualmente apresenta uma série de termos legais que se relacionam à maneira de uso do programa. O termo “embalagem-filme” surgiu devido ao fato de que tais contratos geralmente vêm dentro de embalagens de papel filme ou celofane que veda a caixa do programa. Ao romper o invólucro, o adquirente concorda em seguir as cláusulas e estipulações do contrato.” (tradução nossa).

Dentro dessa ótica, tem-se como contrato diverso daquela categoria clássica de vinculação eletrônica, ou interação entre máquinas e seres humanos. A despeito de fugir um pouco da acepção tradicional de contrato digital, a doutrina (LIMA, 2009) desde há muito o classifica dentro dessa categoria, daí o porquê de o mantermos aqui e discorrermos breves linhas sobre essa espécie.

Comentando o assunto, destaca-se precedente que teve grande repercussão dentro do direito norte-americano. Trata-se da ação movida por ProCD contra Zeidenberg, precedente julgado pela Corte de Winsconsin, identificação 25 908 F. Supp. 640 (W. D. Wis. 1996). Os comentários de Ricardo Luis Lorenzetti (2008, p. 585), são bastante elucidativos para entendermos o caso e a aplicabilidade do contrato *shrink-wrap*:

Nesse caso, 'ProCD' era titular de uma base de dados telefônicos, a qual foi comercializada mediante um invólucro que, uma vez aberto, implicava a adesão a um contrato de licença. O demandado comprou o programa e logo constituiu uma base e dados semelhante, com um preço inferior. Na primeira sentença se entendeu que o demandado não pôde ler o texto escrito até que abriu o invólucro do pacote que o continha e, portanto, não pôde negociar o acordo, nem deu assentimento explícito aos seus termos depois de os ter conhecido. A Corte revogou essa sentença invocando as seções 2-204 e 2-206 do *Uniform Commercial Code* e declarou que esse acordo de uso se tornara vinculante. A seção 2-204 estabelece que as partes podem realizar um contrato de qualquer maneira que demonstre seu acordo. A ProCD propôs um contrato que o comprador só pôde aceitar mediante o uso do *software* posteriormente a haver tido a oportunidade de ler a licença, e se os termos dela houvessem sido inaceitáveis, poderia evitar a formação do contrato devolvendo simplesmente o *software* ao vendedor.

Inobstante as razões esposadas pela corte americana para reverter o julgamento de primeira instância e simplesmente afirmar que, caso o consumidor não quisesse se vincular ao contrato, que devolvesse o *software*, os tribunais brasileiros questionariam uma série de cláusulas.

Com efeito, e ainda que o Direito do Consumidor tenha primeiro sido pensado dentro do âmbito político americano (KENNEDY, 1962), bem como seja difícil fazer um cotejo entre a legislação brasileira e norte-americana, tendemos a crer que no presente caso ProCD x Zeidenberg, as cortes locais posicionar-se-iam em outro sentido. Com efeito, a modalidade *shrink-wrap* encontra uma série de obstáculos dentro da lei consumerista brasileira, pelo que é modalidade que, caso amplamente utilizada, poderia ser um tanto quanto contestada.

Inicialmente, destaca-se o artigo 46 do Código de Defesa do Consumidor³². Referido dispositivo discorre sobre excludentes da vinculação do contrato de consumo, sendo uma delas quando o consumidor não tem conhecimento prévio de cláusulas e termos. Com efeito, essa foi a justificativa para a sentença de primeiro grau do caso ora analisado. Pela modalidade de contratação *shrink-wrap*, o consumidor só tem acesso ao contrato e todas as suas cláusulas depois de adquirir o produto. Sem adentrar na questão da boa-fé ou ausência desta na atitude do réu do caso *sub judice*, faz-se mister notar que, na hipótese de o evento ter ocorrido no Brasil, o precitado dispositivo protetivo certamente seria matéria invocada contra o fornecedor.

Isso porque, como visto alhures, no contrato *shrink-wrap* só se tem pleno conhecimento dos termos e pormenores do pacto depois da abertura do pacote (o que seria, grosso modo, a manifestação da vontade de contratar). Comentando o assunto, Flávio Tartuce e Daniel Amorim Assumpção Neves (2014, p. 263) ensinam:

Pois bem, aprofundando-se na análise do art. 46 do CDC, para começar, são consideradas como não vinculativas as cláusulas desconhecidas, ou que o consumidor não teve a oportunidade de conhecer, havendo a chamada violação do dever de oportunizar. A origem da previsão está na vedação da chamada condição puramente potestativa, aquela que representa a vontade ou o puro arbítrio de apenas uma das partes, considerada ilícita pelo art. 122 do CC/2002.

Dentro desse mesmo prisma, de rigor destacar-se artigo 44-D, inciso I³³ do Projeto de Lei do Senado nº 281/2012. Pelo texto do projeto, passa a ser expressa obrigação do consumidor que utiliza meio eletrônico para contratação apresentar sumário do contrato com todas as cláusulas importantes e que limitem direitos do aderente. Assim, entendemos que referida modalidade encontraria uma série de empecilhos dentro da legislação consumerista, sendo espécie bastante controversa.

4.3.3 *Browse wrap*

³² “Art. 46. Os contratos que regulam as relações de consumo não obrigam os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance.”

³³ “Art. 44-D. É obrigação do fornecedor que utilizar o meio eletrônico ou similar: I – apresentar sumário antes da contratação, com as informações necessárias ao pleno exercício do direito de escolha do consumidor, destacadas as cláusulas que limitem direitos; [...]”

A presente modalidade se aproxima sobremaneira àquela exposta no item 3.3.1 *Click-wrap*. Isso se dá porque, aqui, mais uma vez estamos diante do sítio eletrônico, no qual o usuário navega e verifica bens e serviços que são comercializados. Contudo, ao contrário do contido naquela modalidade, aqui não há necessidade de concordância expressa do usuário (ISENBERG, 2002, p. 293).

Ora, isso importa dizer que, pelo simples fato de já acessar o site e verificar o conteúdo, o consumidor estaria de acordo com as cláusulas contratuais e, conseqüentemente, teria firmado o pacto. É o que se abstrai da doutrina estrangeira, conceito que já existe há mais de quinze anos:

Generally, a browse-wrap agreement is a contract that a user may view online but need not do anything to indicate his acceptance. For example, many websites have adopted 'Terms of Service' or 'Terms of Use' agreements; these are often linked from the bottom of every page of a site. In another setting, a browse-wrap agreement may be displayed to a user downloading a software program, but the download proceeds without the user's having to click an 'I agree' button³⁴. (ISENBERG, 2002, p. 293).

A definição acima já suscita uma série de questionamentos, alguns deles práticos e outros jurídicos. Inicialmente, não há que se olvidar da discussão referente à razão para a escolha dessa modalidade.

Com efeito, pela leitura do trecho supra, incontestemente que esse tipo de contratação suscitaria muito mais questionamentos do que aquele aventado pela modalidade *click-wrap*, na qual haveria efetiva oportunidade ao consumidor para aderir aos termos ou rejeita-los, a partir do momento em que a contratação reclama uma ação ativa do internauta. Por outro lado, a resposta a justificar a opção dos sites em valerem-se da *browse-wrap* é um tanto simples e justificada por alcance do site e da empresa. Cada etapa a mais dentro do processo de contratação telemática é uma oportunidade adicional que o usuário tem de desistir do programa. Assim, utiliza-se essa espécie para acelerar a formação do pacto. Doutra banda, aqui não ocorre a aceitação expressa do consumidor mediante conduta positiva, mas sim omissiva, no sentido de continuar navegando na página. Comentando o assunto, Cíntia Rosa Pereira de Lima (2009):

³⁴ “Via de regra, um contrato *browse-wrap* é um acordo pelo qual o usuário acessa conteúdo online, mas não precisa indicar sua aceitação. Por exemplo, muitos sítios eletrônicos adotam os ‘termos de serviço’ ou ‘termos de uso’, comumente botões localizados na parte de baixo das páginas eletrônicas. Doutra banda, um contrato *browse-wrap* pode estar disponível a um usuário que realiza algum download de programa, contudo o download se realiza sem que o usuário tenha que clicar em algum ícone de concordância.” (tradução nossa).

[...] esta técnica caiu em descrença, pois o fornecedor nem ao menos dá conhecimento da existência dos termos de forma clara e de fácil constatação, o que inviabiliza a real convergência das declarações de vontade (*'meeting of the minds'*). Esta constatação, feita pelos tribunais e doutrinadores norte-americanos e canadenses, acabou por enfraquecer o uso desta técnica contratual, tendo em vista o grande risco de o fornecedor sofrer a invalidação dos termos.

Ato contínuo, discute-se se a presente espécie é, efetivamente, um contrato. Ora, como visto na descrição supra mencionada, em momento algum há anuência expressa do usuário, mas apenas conduta omissiva, como se se tratasse de pactuação tácita. A questão já chegou a ser analisada pelas cortes americanas, no precedente citado por Luís Wielewicki (2001, p. 208-209). Trata-se do caso *Ticketmaster Corp. et. alii v. Tickets.com, Inc.* julgado em 27/03/2000, pelo corte distrital da Califórnia. Destaca-se, acerca da problemática de tratar-se ou não de contratação, que:

[...] a simples localização de termos de uso numa página de Internet não gera obrigações se não estiver submetida à aceitação expressa. Segundo a decisão, 'further, the terms and conditions are set forth so that the customer needs to scroll down the home page to find and read them. Many customers instead are likely to proceed to the event page of interest rather than reading the small print'. It cannot be said that merely putting the terms and conditions in this fashion necessarily creates a contract with any one using the web site³⁵.

A questão, ainda que tenha sido analisada pela casuística alienígena há mais de 15 anos, ainda não foi amplamente abordada e discutida em sede doméstica, vez que o Brasil não caminha na mesma velocidade tecnológica dos Estados Unidos. Doutra banda, a doutrina já se pronunciou sobre o tema, ainda que partindo de um estudo comparado para concluir que, inicialmente, não deve ser a espécie *browse-wrap* elevada à categoria de contrato. Mais uma vez, valemo-nos da criação de Cíntia Rosa Pereira de Lima (2009), entendimento este ao qual nos filiamos, no sentido de que:

[...] não podem ser considerados nem ao menos como 'condições gerais dos contratos', pois estas somente integram o contrato, quando o consumidor tiver conhecimento ou a efetiva oportunidade de conhecê-las, antes de manifestar sua aceitação. Desta forma, para um *'browse-wrap'* ser considerado válido, requer-se a notificação do usuário adequadamente acerca da existência dos termos contratuais; a oportunidade efetiva de revê-

³⁵ "Ademais, os termos e condições são acostados de forma que o cliente necessita rolar a barra de rolagem até o final da página para encontrá-los e lê-los. Muitos clientes, ao contrário, costumam já acessar a página de seu interesse ao invés de ler as miúdas letras. Não pode ser afirmado que meramente por inserir termos e condições desta forma necessariamente cria um contrato com qualquer um que esteja usando o sítio eletrônico." (tradução nossa).

los; a advertência sobre as consequências de suas ações (como o acesso ao *site*); a atuação do usuário conforme a conduta descrita.

Portanto, imperioso notar que, a despeito da similaridade à espécie *click-wrap*, o contrato interativo *browse-wrap* não é tão bem aceito pela comunidade jurídica e pelos tribunais. A razão primordial é a falta de ciência ao usuário de que estaria contratando, o que acaba por atacar a própria essência do pacto, no sentido de surgir questionamento intrínseco sobre ser, efetivamente, um negócio jurídico. Pontuando com as observações da doutrina comparada, entendemos que só quando cumpridos uma série de requisitos pode o acordo *browse-wrap* ser compreendido como contrato e, desta forma, de maneira válida, vincular o usuário. Caso contrário, a possibilidade deste invalidar o pacto por intermédio de decisão judicial, amparado, sobretudo, pelo Código de Defesa do Consumidor, é extremamente provável. (LIMA, 2009).

4.4 Contratos interativos e sua importância para o direito do consumidor

Como tivemos a oportunidade de verificar em todos os tópicos anteriores (item 4.3 e subitens) atinentes aos contratos interativos, podemos tecer as conclusões prévias no sentido de que:

- (i) a modalidade possui absoluta relevância dentro do comércio eletrônico dado a quantidade de produtos, serviços e capital movimentados;
- (ii) a maior parte dos contratos interativos representa relações de consumo;
- (iii) são transações realizadas fora do estabelecimento comercial (não existe local físico propriamente dito, mas sim os terminais eletrônicos e a internet);
- (iv) por vezes o consumidor sequer conhece o fornecedor, ou mesmo em qual local ele está sediado.

Ora, dada a inegável relevância da matéria, aliada às peculiaridades atinentes à relação de consumo, faz-se mister tecermos alguns comentários a fim de tentar resolver a questão.

Adentrando no universo consumerista, bem como à disciplina propriamente dita, inicialmente acreditamos que não existe qualquer discussão sobre a aplicabilidade da legislação do consumidor às relações eletrônicas. Ora, como visto acima, no item 2.3 supra, pelo princípio da inalterabilidade do direito existente sobre

obrigações e contratos, o simples fato de ser o contrato celebrado por meio digital não exclui a incidência da legislação existente, a qual, porventura, estaria sujeito. Desta forma, pelo simples fato de ser o contrato eletrônico de consumo, não fica o Código de Defesa do Consumidor afastado de sua esfera de aplicação.

E, ainda que não se suscitasse o mencionado princípio específico, o teor do artigo 1º do Código de Defesa do Consumidor³⁶ atrairia a aplicação da lei especial ao contrato discutido no caso concreto, pois norma de natureza cogente.

Da mesma forma, a Lei 12.965/2014, também conhecida como Marco Civil da Internet, estipula em seu artigo 7º, inciso XIII³⁷, acerca da aplicabilidade das normas consumeristas às relações regidas por esse tipo de relação, realizadas via internet.

Contudo, repisando o que o presente trabalho já vem discorrendo desde o introito, a disciplina eletrônica reinventa-se diariamente. Assim, vem à tona o questionamento: estaria uma Lei sancionada em 1990 ainda atualizada e apta a acompanhar matéria mais recente e extremamente dinâmica, tal qual o contrato eletrônico?

Por mais vanguardista que o Código Brasileiro de Defesa do Consumidor seja considerado, há cerca de uma década surgiram projetos de lei para modernizá-lo e adequá-lo às novidades trazidas pela eletrônica³⁸. Ainda que muitos deles tenham sido absorvidos por uma agenda mais contundente e completa, pelo que ficaram declarados como prejudicados, rejeitados ou aproveitados, em 2012 foi lido o Projeto de Lei do Senado nº 281, de autoria do senador José Sarney. É a explicação da ementa:

Altera a Lei nº 8.078/1990 – Código de Defesa do Consumidor – para aperfeiçoar as disposições gerais constantes do Capítulo I do Título I, estabelecendo que as normas e os negócios jurídicos devem ser interpretados e integrados da maneira mais favorável ao consumidor e dispor sobre normas gerais de proteção do consumidor no comércio eletrônico, visando a fortalecer a sua confiança e assegurar tutela efetiva,

³⁶ “Art. 1º. O presente código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos arts. 5º, inciso XXXII, 170, inciso V da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias.”

³⁷ “Art. 7º. O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos: [...] XIII – aplicação das normas de proteção e defesa do consumidor nas relações de consumo realizadas na internet.”

³⁸ A título exemplificativo, destacamos o PLC 114/2005, do deputado Wellington Fagundes, o PLS 154/2007, da senadora Lúcia Vânia, ou o PLS 542/2007 do senador Marcelo Crivella. Todos os referidos projetos de lei foram abordados pelos PLS 281, 282 e 283, todos de 2012. Vale incluir, ainda, que os projetos são tratados em conjunto por serem a “Modernização do Código de Defesa do Consumidor”, parte da chamada “Agenda Brasil 2015”. Para o presente trabalho, contudo, aquele que mais nos interessa é o PLS 281/2012, que cuida mais especificamente da reforma do atual CDC para inclusão de dispositivos relativos aos contratos eletrônicos.

preservar a segurança nas transações, a proteção da autodeterminação e da privacidade dos dados pessoais; as normas aplicam-se às atividades desenvolvidas pelos fornecedores de produtos ou serviços por meio eletrônico ou similar; estabelece que o consumidor pode desistir da contratação a distância, no prazo de sete dias a contar da aceitação da oferta ou do recebimento ou disponibilidade do produto ou serviço; dispõe que caso o consumidor exerça o direito de arrependimento, os contratos acessórios de crédito são automaticamente rescindidos, sem qualquer custo para o consumidor; tipifica como infração penal o ato de veicular, hospedar, exibir, licenciar, alienar, utilizar, compartilhar, doar ou de qualquer forma ceder ou transferir dados, informações ou identificadores pessoais, sem a expressa autorização de seu titular e consentimento informado, salvo exceções legais. (BRASIL, 2012).

Referido projeto, finalizado seu trâmite no Senado Federal, foi encaminhado para a Câmara dos Deputados em 04/11/2015, autuado como PL 3514/2015. Nessa segunda Casa, aguarda apreciação pelo Plenário.

Sobre a explicação da ementa, bem como se verificando o teor do artigo 45-A³⁹ do referido projeto, de rigor notar a preocupação do legislador com a proteção e segurança do comércio eletrônico. Ademais, como um dos pilares da contratação eletrônica (e a distância), utiliza-se de verbetes como “confiança”, “segurança” e “proteção”.

Ora, como visto acima, no tópico que cuidou do princípio da boa-fé dentro dos contratos eletrônicos (item 3.4., supra), a rede digital e, conseqüentemente, os negócios jurídicos celebrados por meio desta, pautam-se na confiança e expectativa de segurança. O projeto de lei, ao incluir referidos conceitos jurídicos indeterminados no *caput* do mencionado artigo, busca arraigar tais primados de forma mais veemente na construção positiva legal. Assim, boa parte dos artigos que integram essa “Seção VII – do Comércio Eletrônico” são pensados tendo-se em vista esses conceitos. Alguns já foram vistos acima e outros ainda serão abordados no presente trabalho.

Inobstante todo o esforço legislativo, o governo federal também atuou e elaborou o Decreto nº 7.962/2013, no intuito de regular o comércio eletrônico, notadamente dentro do âmbito consumerista. Comentando o decreto, Arystóbulo de Oliveira Freitas (2016, p. 17), que sintetiza o citado comando legal:

Em resumo, o referido decreto traz disciplina para as seguintes questões, que não estavam disciplinadas anteriormente: a) obrigatoriedade de

³⁹ “Art. 45-A. Esta seção dispõe sobre normas gerais de proteção do consumidor no comércio eletrônico e a distância, visando a fortalecer sua confiança e assegurar sua tutela efetiva, mediante a diminuição da assimetria de informações, a preservação da segurança nas transações e a proteção da autodeterminação e da privacidade dos dados pessoais.”

informações cadastrais de sítios eletrônicos utilizados para oferta ou conclusão de contratos de consumo, bem como o fornecimento de informações completas sobre produtos e serviços negociados; b) obrigatoriedade de manutenção de estrutura para atender a eventual direito de arrependimento e resolução de demandas pelo consumidor.

Diante de todo o cenário de reforma legislativa que se desenha no horizonte, indubitável concluir que a disciplina dos contratos eletrônicos, ainda que abordada pela atual criação legal, demanda mais especificidade. Outrossim, a proteção do consumidor, que cada dia mais celebra contratos por intermédio da internet também clama pela atenção do legislador e do aplicador do Direito, os quais necessitam olhar para essa classe extremamente representativa e que, com o passar dos anos, só tende a crescer.

Vencida essa explanação propedêutica sobre a reforma legal que o tema sofre, abordamos alguns pontos mais controvertidos ainda dentro da ótica do Direito do Consumidor. Oportunamente, voltaremos ao tema, então sob uma crítica atinente à competência judicial para apreciação pelos Tribunais e leis aplicáveis (capítulo 7, *infra*).

4.4.1 Interativos enquanto oferta permanente

Ato contínuo, e ainda sobre os contratos eletrônicos interativos, os quais encontram seus maiores desdobramentos dentro do âmbito consumerista, passamos à análise destes enquanto oferta permanente. Com efeito, quando do acesso de uma pessoa a um sítio eletrônico de venda de produtos, como, por exemplo, livros jurídicos, o usuário encontra uma série de títulos expostos e disponíveis para aquisição. Ora, é possível equiparar essa disponibilização de produtos, ainda que em espaço virtual, àquela comumente encontrada em lojas de departamentos, supermercados etc.? A nosso ver, e partindo do raciocínio abaixo desenvolvido, não poderia ser diferente, de tal sorte que ambas merecem o mesmo tratamento fático e jurídico.

O Código Civil expõe em seu artigo 429 que: “A oferta ao público equivale a proposta quando encerra os requisitos essenciais ao contrato, salvo se o contrário resultar das circunstâncias ou dos usos.”.

Referido raciocínio encontra eco no texto do Código de Defesa do Consumidor. Assim, manda o artigo 30 que:

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.

Pois bem, tendo referidos dispositivos em consideração e retornado à indagação formulada no primeiro parágrafo de presente tópico, podemos classificar o contrato interativo como uma espécie de oferta permanente.

O produto disponibilizado por meio digital é ofertado por meio do sítio eletrônico do fornecedor nos mesmos moldes que seria em uma gôndola do mercado. Existe informação precisa de produtos ou serviços apresentados, bem como qualquer publicidade, como, e.g., preço, quantidade, qualidade, especificidades etc., integram o contrato a ser celebrado.

Na obra de Pontes de Miranda (2012, p. 138), pelos comentários dos atualizados, adota-se que todo o tipo de informação incluída no site deve ser abarcada como parte da oferta, ante a complexidade e quantidade de dados deste tipo contratual. Destaca-se:

Lembre-se, também, que no comércio eletrônico há uma característica nova, face à distância física e a força tecnológica, que Irti denomina consenso “sem diálogo ou acordo”, oferta “desumanizada” ou sem cara (Oppo): a imagem substituindo a linguagem. A doutrina propõe o enfrentamento da questão com o uso mercadológico da imagem, dos sons, das projeções dos fornecedores e do silêncio dos consumidores, em analogia à forma como eram regulados os atos existenciais e as condutas sociais típicas. Assim, o consumidor, entrando no mundo virtual dos sites (imagens), segue (ou “navega” em) um caminho repleto de imagens (linguagens), e um simples tocar (“clique”, na linguagem atual) no teclado significa aceitação, um simples continuar um caminho virtual de imagens, sons e mínimas palavras pode significar um a declaração de vontade tácita, um simples continuar no site, em silêncio, abrindo wraps sem protestar, pode ter um significado, ou cortar a conexão pode significar um determinado tipo de contratação ou uma declaração negativa ou positiva. O método do Código de Defesa do Consumidor, de inclusão de todas as informações que o consumidor vê, ouve, visita, “baixa” como oferta, pode provar-se positivo neste contexto tão fluído, rápido e cada vez mais internacional de consumo pela rede mundial Internet (MARQUES, Cláudia Lima. Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor. São Paulo: Ed. RT, 2004, p. 31 e ss.).

Inobstante tais assertivas, inquestionável verificar que tal contratação é de adesão. Ao consumidor cabe apenas e tão somente optar pela contratação ou negativa, mas é virtualmente impensável cogitar-se em discutir e alterar quantidade, valor, qualidade etc. do produto ofertado.

A fim de colocar uma pá de cal sobre qualquer discussão, Cláudia Lima Marques (2011, p. 131) sobre o assunto:

A situação mais comum nos contratos interativos é a disponibilização de páginas eletrônicas na web para acesso dos internautas, tratando-se a mais das vezes de um convite para contratar. Configura-se a hipótese de “oferta ao público” prevista no art. 429 do CC e com mais vigor no art. 30 do CDC, não havendo dúvida de que o proponente é o site fornecedor quando se tratar de relação de consumo.

Nesse mesmo sentido, Cíntia Rosa Pereira de Lima (2009), onde se discorre que: “As páginas da internet são consideradas ofertas, vinculando o fornecedor nos termos do art. 429 do CC/02, em se tratando de relação entre particulares e empresas; e arts. 30 e 25 do CDC, quando a relação for de consumo”.

Como bem visto acima, a doutrina mais especializada pauta-se nos artigos 30 do Código de Defesa do Consumidor e 429 do Código Civil. Apesar da aplicação do princípio da inalterabilidade do direito existente sobre obrigações e contratos (item 3.3 *supra*), pelo que, tais dispositivos, ainda que não pensados para a citada hipótese do contrato eletrônico interativo poderiam ser utilizados, faz-se mister destacar trecho do Projeto de Lei do Senado 281/2012. Em citada criação, prevê-se no artigo 45-B e incisos IV a VII⁴⁰, as especificidades que a oferta feita por meio eletrônico deve carregar.

O novo artigo não afasta a incidência da regra geral dos já existentes dispositivos, mas, ao contrário, apenas reforça ainda mais a garantia ao consumidor na contratação eletrônica. Desta feita, além de serem vislumbrados pela lei como ofertas permanentes ao público, devem encerrar uma série de requisitos enumerados nos incisos, os quais poderíamos mesmo classificar como *numerus apertus*, pois representariam o mínimo das informações necessárias ao usuário da mídia digital.

Realizada a necessária digressão sobre o cenário atual e a classificação doutrinária, bem como àquilo que porventura pode passar a fazer parte do Código do Consumidor em futuro próximo, avançamos no tópico.

⁴⁰ “Art. 45-B. Sem prejuízo do disposto neste Código, os sítios e demais meios eletrônicos, bem como as comunicações remetidas ao consumidor, utilizados para oferta ou conclusão de contrato de consumo devem disponibilizar, em local de destaque e de fácil visualização, entre outras, as seguintes informações: [...] IV – condições integrais da oferta, incluindo as modalidades de pagamento, disponibilidade e forma e prazo da execução do serviço ou da entrega ou disponibilização do produto ou serviço; V – características essenciais do produto ou do serviço, incluídos os riscos à saúde e à segurança dos consumidores; VI – prazo de validade da oferta, inclusive do preço; VII – informações claras e ostensivas a respeito de quaisquer restrições à fruição da oferta.”

Pois bem, existindo a oferta permanente no sítio eletrônico a todos os usuários porventura navegando na página eletrônica, pela modalidade *click-wrap* (que, em última análise, como visto alhures, subitem 4.3.1, é a que mais nos interessa tanto pelos desdobramentos práticos quanto jurídicos), ao clicar na opção de “concordar”, “comprar”, “eu aceito”, ou qualquer outra variante semelhante, aquelas estipulações gerais anteriores passam a ser válidas e vinculantes às partes. Isso importa dizer que, o que antes era oferta permanente ao público, com o clique do cursor do consumidor, passa a ser contrato celebrado.

E, ainda, ao se observar as peculiaridades do caso, esse tipo de contratação é celebrado entre ausentes. Como visto na teoria exposta no tópico 4.2.1 – contrato entre ausentes, supra, entre o tempo da expedição da proposta e o recebimento desta pelo oblato, transcorre lapso temporal, ou seja, o contrato não é instantâneo. Ademais, reputa-se celebrado com a expedição da concordância do consumidor, que clica sobre os bens que deseja adquirir, encaminhada para o terminal do peticitante (artigo 434, *caput*, do Código Civil⁴¹).

Por mais despiendo que possa reverberar no presente texto, não podemos nos olvidar que, a despeito de tais exposições relativamente à aceitação e vinculação do consumidor aos termos do contrato, demais dispositivos atinentes a vícios do negócio jurídico, cláusulas abusivas, publicidade enganosa etc., não impedem que o teor do contrato possa ser revisto em sede judicial, com anulação ou alteração de cláusulas, por exemplo.

Referidos conceitos já vêm sendo trabalhados pela doutrina mais especializada desde há muito. Outrossim, não seria o escopo do presente trabalho discutir a aplicabilidade de discussões judiciais quanto a vícios do negócio, cláusulas abusivas etc., pois nos perderíamos em digressões que não trariam efetiva construção ao texto. Doutra banda, válido focar em questões mais polêmicas e que permeiam o instituto.

Dentro desse prisma, um dos temas que chama a atenção e que merece abordagem é a questão atinente ao erro do valor.

Assim, a título ilustrativo, imagina-se situação na qual o ofertante estipula em seu sítio eletrônico de venda de bens, um preço por determinado produto que está em total e flagrante desconformidade com os demais preços praticados pelo

⁴¹ “Art. 434. Os contratos entre ausentes tornam-se perfeitos desde que a aceitação é expedida, exceto: (...)”

mercado. Diante desse descompasso entre valor agregado do bem e preço do bem para o consumidor, este adquire o produto por contrato eletrônico interativo de *click-wrap*. Como visto acima, o envio do comando do botão “comprar aqui” formalizaria o contrato.

A hipótese, ainda que possa ser arguida pelo consumidor beneficiado como oferta ao público e que, em tese, teria o condão de vincular o proponente, não merece prevalecer. Isso porque estaria diametralmente contrariando princípios maiores, como a boa-fé (item 3.4 *supra*), a função social e a vedação ao enriquecimento sem causa. Isso importa dizer que é incabível o consumidor exigir o cumprimento do negócio, nos termos do artigo 35, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor⁴².

O Judiciário já decidiu casos semelhantes. Nesse sentido, acostamos ementa recente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (2015a), no qual a loja fornecedora ofertou desconto nos produtos, mas, ao enviar o boleto bancário houve erro de preenchimento que ocasionou um desconto de 100%. Frente à incongruência lógica, bem como vedação ao enriquecimento sem causa, o Tribunal mandou a devolução dos produtos ou do valor. É a ementa:

APELAÇÃO CÍVEL. Ação de Cobrança. Compra efetivada pela Internet. Sentença que Julgou Procedente a Ação, a fim de condenar o Requerido a devolver os produtos em 05 (cinco) dias, no exato estado em que os recebeu, ou subsidiariamente, pagar o valor dos produtos objetos da Lide, corrigidos monetariamente e acrescidos de juros Legais. Inconformismo do Requerido. Não acolhimento. Emissão de Boleto Bancários com valores zerados. Erro de Sistema Operacional da Empresa Requerente que ensejou em um desconto de 100% (cem por cento) no valor dos produtos adquiridos. Percentual que não se caracteriza como desconto. Comprovação de entrega das mercadorias ao Autor. Dever de ressarcir ou de pagar o valor dos produtos adquiridos na Loja Virtual, sob pena de caracterização de enriquecimento ilícito, nos termos do artigo 884 do Código Civil. Sentença de Primeiro Grau mantida. Ratificação, nos termos no artigo 252 do Regimento Interno desta Corte de Justiça. RECURSO NÃO PROVIDO.

Ato contínuo, de rigor destacar-se a questão das compras realizadas em provedores de aplicação para anúncios e intermediação, como é o caso do Mercado Livre. O tema será abordado novamente em tópico vindouro (item do marco civil), de toda sorte, cumprem algumas ponderações iniciais.

⁴² “Art. 35. Se o fornecedor de produtos ou serviços recusar cumprimento à oferta, apresentação ou publicidade, o consumidor poderá, alternativamente e à sua livre escolha: I – exigir o cumprimento forçado da obrigação, nos termos da oferta, apresentação ou publicidade [...].”

Pois bem, neste tipo de hipótese, sensivelmente diferente daquelas observadas na casuística acima, no qual o produto é do fornecedor, aqui temos situação na qual a plataforma digital presta-se a serviço de intermediação de negócios entre terceiros. Assim, teríamos de um lado uma pessoa que anuncia determinado bem nesse espaço digital, e do outro um internauta, interessado no bem da vida, que o adquire.

Neste caso, estamos diante de situação que reclama a aplicabilidade da legislação civil entre os contratantes (vendedor e comprador), vez que não existe uma relação consumerista propriamente dita. Contudo, como avaliar a atuação do provedor de aplicação intermediador?

Com efeito, plenamente possível inferir que o provedor de aplicação exerce atividade de intermediação, a qual autorizaria a utilização dos conceitos previstos no Código de Defesa do Consumidor. Isso se pauta, basicamente, no fato de que o site intermediador realiza atividade típica de fornecimento, ainda que o serviço ofertado seja gratuito, o que, é de senso comum, nunca o é, vez que, via de regra, recebe comissões pela intermediação e conclusão do negócio entre os particulares, bem como se utiliza da base de dados dos usuários, ativo valioso dentro do mundo das informações eletrônicas (Franco, 2015, p. 306).

Portanto, e vencida a digressão, verificado um problema atinente à transação, surge o dever de indenizar aquele que sofreu o dano. E, como se verifica da jurisprudência quase uníssona (SÃO PAULO, 2015b; 2014), o consumidor frustrado em sua expectativa pode demandar, inclusive, o provedor de aplicação, independente de não ter tido conduta ativa, mas apenas omissiva (na hipótese de ter permitido que vendedores não confiáveis atuassem em seu espaço virtual, provedor de aplicação, no sentido de ofertar e contratar com adquirentes de boa-fé e, posteriormente, lesando-os).

4.4.2 Equiparação à compra fora do estabelecimento

Inobstante as discussões entabuladas acima, questão bem menos polêmica diz respeito à equiparação da compra eletrônica àquela realizada fora do estabelecimento comercial. Para conceituar o termo, valemo-nos do magistério de Fábio Ulhoa Coelho (2008, p. 33):

O estabelecimento empresarial é conceituado como o conjunto de bens reunidos pelo empresário para a exploração da atividade econômica. [...] Antes do aparecimento do comércio eletrônico, o estabelecimento empresarial era sempre físico, ou seja, a empresa encontrava-se instalada em imóvel fisicamente acessível ao consumidor ou adquirente.

Até aqui, não verificamos qualquer grande mudança conceitual ou prática desde aquela doutrina a muito praticada. Contudo, com o desenvolvimento do comércio eletrônico, surge a problemática da conceituar o estabelecimento virtual. Para tanto, utilizamos novamente entendimento do precitado doutrinador (COELHO, 2008, p. 33): “Com o comércio eletrônico, surge uma nova espécie de estabelecimento, fisicamente inacessível: o consumidor ou adquirente devem manifestar a aceitação por meio da transmissão eletrônica de dados. É o estabelecimento virtual”.

Portanto, não havendo ponto físico onde o consumidor adquira o bem, mas apenas o sítio eletrônico, que funciona como a “loja” do fornecedor (a título exemplificativo, podemos citar a Netshoes), deve toda a aquisição ser considerada como realizada fora do estabelecimento?

A nosso ver, sim. Ora, o principal diferencial entre a compra dentro e fora do estabelecimento diz respeito à possibilidade de exercício do direito de arrependimento, previsto no artigo 49 do Código de Defesa do Consumidor⁴³. Esse direito decorre do fato de que na compra fora do estabelecimento o consumidor não tem contato com o item que deseja adquirir, não pode vê-lo, tocá-lo, pesá-lo e medi-lo. Da mesma forma, o comando legal busca dar a possibilidade de o consumidor refletir sobre a compra, muitas vezes realizada por impulso e mediante forte pressão de marketing feita pelo fornecedor.

Da mesma forma, a doutrina ensina que a compra pela internet é equiparada à compra fora do estabelecimento comercial, pelo que atrairia a incidência do citado artigo 49 do Código de Defesa do Consumidor. Cita-se:

O CDC enumerou, de maneira exemplificativa, as forma de contratação fora do estabelecimento comercial: por telefone e a domicílio. O caráter de *numerus apertus* desse elenco é dado pelo advérbio ‘especialmente’ constante da norma. Assim, as contratações por telefone, fax, videotexto, mala direta, reembolso postal, catálogo, prospectos, lista de preços, a domicílio, vis Internet etc. (NERY; NERY, 2012, p. 308).

⁴³ “Art. 49. O consumidor pode desistir do contrato, no prazo de 7 dias a contar de sua assinatura ou do ato de recebimento do produto ou serviço, sempre que a contratação de fornecimento de produtos e serviços ocorrer fora do estabelecimento comercial, especialmente por telefone ou a domicílio.”

Ora, pela *mens legis* consumerista, no intuito de proteger o hipossuficiente, outro não poderia ser o entendimento senão afirmar que a compra via internet é realizada fora do estabelecimento comercial. E, mais ainda, por conta disso, ao consumidor é facultado o exercício do direito de arrependimento. Chancelando esse entendimento, decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (2011), cuja ementa colaciona-se:

Compra e venda pela 'internet'. Desistência manifestada no prazo do art. 49 do CDC. Cabimento da restituição do valor debitado pela operadora de cartão de crédito. Descabimento, porém, de indenização pelo dano moral atribuído a desgastes e dissabores, já que pessoa jurídica não sofre tal sorte de repercussão psíquica, assim como de alugueis pela sala na qual os bens ficaram guardados até retirada pelo vendedor. Apelação parcialmente provida.

Ainda sobre o tema, e considerando o intuito de considerar compra realizada fora do estabelecimento aquela na qual o consumidor não teve contato direto com o bem, a criação jurídica inclina-se no sentido de afirmar que a compra, mesmo feita em terminais eletrônicos dentro da loja física, também deve ser considerada como se fosse realizada fora. Isso porque, tal qual aquela realizada via internet, em casa ou qualquer outro computador, aqui também o consumidor não teve a oportunidade pretérita de manusear e conhecer o produto. É como ensinam Flávio Tartuce e Daniel Amorim Assumpção Neves (2014, p. 288):

[...] pretende-se a inclusão de norma preceituando que se equipara à modalidade contratação à distância 'aquela em que, embora realizada no estabelecimento, o consumidor não teve a prévia oportunidade de conhecer o produto ou serviço, por não se encontrar em exposição ou pela impossibilidade ou dificuldade de acesso a seu conteúdo'. Cite-se a compra realizada em estabelecimentos por meio de computadores que estão dentro da loja.

Finalmente, questiona-se acerca da responsabilidade pelo pagamento do valor do frete, se a cargo do consumidor desistente ou do fornecedor. Em um primeiro momento o tema suscitou alguma divergência de entendimentos. Caso o frete ficasse a cargo do fornecedor, este teria uma diminuição patrimonial sem ser o real responsável. Doutra banda, imputar o preço da postagem ao consumidor seria impor um ônus ao direito de arrependimento, bem como não seria respeitada a total e real restituição de valores, sobrando uma defasagem atinente ao valor do frete para devolução do bem. Esse segundo entendimento foi o que prevaleceu, sendo inclusive decidido pelo Superior Tribunal de Justiça (2013). Da ementa do Recurso Especial, destacamos a parte que nos interessa:

ADMINISTRATIVO. CONSUMIDOR. DIREITO DE ARREPENDIMENTO. ART. 49 DO CDC. RESPONSABILIDADE PELO VALOR DO SERVIÇO POSTAL DECORRENTE DA DEVOLUÇÃO DO PRODUTO (...) 3. Exercido o direito de arrependimento, o parágrafo único do art. 49 do CDC especifica que o consumidor terá de volta, imediatamente e monetariamente atualizados, todos os valores eventualmente pagos, a qualquer título, durante o prazo de reflexão, entendendo-se incluídos nestes valores todas as despesas com o serviço postal para a devolução do produto, quantia esta que não pode ser repassada ao consumidor. 4. Eventuais prejuízos enfrentados pelo fornecedor neste tipo de contratação são inerentes à modalidade de venda agressiva fora do estabelecimento comercial (internet, telefone, domicílio). Aceitar o contrário é criar limitação ao direito de arrependimento legalmente não previsto, além de desestimular tal tipo de comércio tão comum nos dias atuais. 5. Recurso especial provido.

Portanto, podemos concluir o presente tópico com o entendimento de que: (i) a compra via internet é equiparada à compra fora do estabelecimento comercial; (ii) em virtude disso, o consumidor pode se valer do direito potestativo previsto no artigo 49 do Código de Defesa do Consumidor; e (iii) quando da restituição do valor do bem, o fornecedor deve inclusive reembolsar os valores gastos com postagem, a fim de que a faculdade de arrependimento e retorno ao *status quo ante* seja amplamente cumprida.

5 REQUISITOS DE VALIDADE DO CONTRATO ELETRÔNICO: A PROBLEMÁTICA DA CAPACIDADE DAS PARTES E OS VÍCIOS DO NEGÓCIO JURÍDICO

O contrato eletrônico, como um acordo de vontades com desdobramentos no mundo jurídico e fático, também está sujeito a uma série de requisitos inerentes aos pactos formalizados pelos chamados meios tradicionais. Desta forma, assim como os contratos celebrados por papel, verbais ou gestuais, os contratos eletrônicos sujeitam-se aos requisitos de existência, validade e eficácia que disciplinam seus pares.

Contudo, como visto no tópico acima sobre o princípio da confiança (item 3.4.1, *supra*), por vezes o contratante não sabe com quem negocia, qual tipo de segurança o ambiente fornece, ou tampouco peculiaridades do sistema. Discorrendo sobre o assunto, Paulo Henrique Vieira Sante (2013) comenta dúvidas que, não raras vezes, acometem o usuário.

Esta insegurança pode ser vista de diversos ângulos e diante disto surgem diversas indagações tais como: Até que ponto realmente está celebrando com determinada empresa ou com determinado consumidor? Será que este consumidor possui capacidade civil para os atos ou é um adolescente que conseguiu o cartão de crédito de seus pais e a senha e por isso está realizando aquela compra? Se realmente é aquela determinada empresa que está vendendo ou se trata de uma empresa de fachada com o escopo de realizar um estelionato virtual? A informação repassada chegará na íntegra e fielmente como estava na tela do consumidor sem adulteração ou modificação e o seu retorno também? Poderá haver interceptação das informações enviadas? São várias as indagações e diante disso busca-se as soluções. Um outro ponto importante é que tange ao próprio usuário de microcomputadores e outros similares. Muitas vezes eles, usuários, não conhecem o próprio sistema operacional, os programas e as próprias ferramentas que auxiliam no uso diário deste equipamento para evitar alguns tipos de problemas.

Partindo dessas premissas, e comparando-as com o Capítulo I do Título I do Livro III da Parte Geral do Código Civil, acerca do Negócio Jurídico, deparamo-nos com questões inerentes a validade deste dito negócio jurídico. Pois bem, preceitua o artigo 104 do Código Civil que “a validade do negócio jurídico requer: I – agente capaz; II – objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III – forma prescrita ou não defesa em lei.”. O descumprimento destes requisitos acarreta, via de regra, na invalidação do negócio.

Outrossim, pelo teor dos Capítulos IV e V dos mesmo título da legislação civil, listam-se vários defeitos dos negócios jurídicos podem acarretar em sua invalidação ou nulidade absoluta, respectivamente.

Referidos requisitos e defeitos suscitam discussões na contratação tradicional e, portanto, não poderia ser diferente na contratação eletrônico, por vezes até mesmo potencializados. Assim, o presente capítulo tratará de alguns destes questionamentos, notadamente sobre a capacidade das partes contratantes e dos defeitos negociais. O tema inerente à forma prescrita ou não defesa em lei já foi abordado no tópico do princípio da equivalência funcional (item 3.1, *supra*) e, portanto, não iremos tratar novamente do tema.

5.1 A problemática atinente à capacidade das partes

A primeira problemática que suscitamos, e que talvez seja a mais constante no mundo dos contratos telemáticos, diz respeito à contratação por pessoa que não possui plena capacidade para o exercício dos atos da vida civil. Nosso objetivo não será desenvolver a matéria sobre capacidade civil e seus vários pormenores, mas apenas e tão somente aplicar o instituto à contratação eletrônica e verificar os desdobramentos pela jurisprudência e doutrina.

Pois bem, um dos grandes desafios da vida virtual é saber se a outra pessoa com quem se está contratando é, realmente, quem diz ser. Com efeito, se passar por outrem quando da formalização de contrato por mídia eletrônica é tarefa relativamente fácil. Pense em um adolescente que utiliza o cartão de crédito de seus pais, ou usuário que preenche formulário com dados e informações que não lhe pertencem, ou qualquer um que diz ser quem realmente não é.

Todas essas situações são corriqueiras e, não raras vezes, o intérprete do Direito se depara com os questionamentos que, necessariamente, surgem da execução de tais atos. Isso porque, como visto acima, a validade do negócio jurídico (dentre os quais se cita o contrato eletrônico) requer agente capaz. Ora, aplicando-se o conceito de forma inflexível, teríamos a necessária invalidade do negócio praticado por absolutamente incapaz e a possibilidade de anulação daquele relativamente incapaz, como discorre Paulo Henrique Vieira Sante (2013).

No que tange aos contratos eletrônicos começam a surgir alguns problemas. Os dois principais são, a questão dos atos praticados por incapazes e do consentimento em relação ao negócio. Como é sabido os negócios jurídicos praticados por menores de 16 anos são nulo e os que estão na faixa etária entre 16 e 18 anos anuláveis conforme o Art. 166, I, e 171, I, ambos do Código Civil.

A despeito do que preceitua o comando legal, é bem verdade que alguns atos da vida civil, praticados por absolutamente incapazes, acabam sendo tolerados. Exemplo clássico seria o menor que vai à padaria comprar pães para os pais, a pedido deles. Não teria ocorrido uma venda e compra? Ou, mais ainda, o menor que toma um ônibus para voltar da escola. Não estaríamos diante de um contrato de transporte de pessoa? Sobre o assunto, do qual emprestamos os exemplos acima, Sheila do Rocio Cercal Santos Leal (2009, p. 131):

Embora as normas sobre a incapacidade tenham por escopo final a proteção dos incapazes, a doutrina e a jurisprudência têm amenizado a sua aplicação, considerando válidos alguns atos corriqueiros praticados por menores, como, por exemplo, a compra de um lanche, de entrada para o cinema, o transporte de ônibus, enfim, atos nos quais se pode presumir a autorização dos pais.

Sendo referidos atos compreendidos como socialmente (frise-se o verbete, de que a sociedade aceita, mas perante o Direito, teria outra sorte) aceitáveis dentro da organização tradicional, porque não compreendê-los também dentro do universo digital? Respondendo o questionamento, lição de Ana Paula Gambogi Carvalho (2001, p. 100-101), que ilustra a matéria e dá solução à qual adotamos. Diz:

[...] de qualquer forma, deve-se ressaltar que, não obstante a grande parte dos atos cotidianos praticados por crianças e adolescentes acabe por não ter a sua validade questionada, isto não significa que eles não possam ter a sua nulidade declarada. Caso o menor conclua um contrato sem ter a autorização de seus pais para tanto e estes resolvam pleitear judicialmente a declaração da nulidade do ato praticado, deverá o magistrado aplicar a lei e declarar o ato nulo. Em face dessas considerações, pergunta-se se certos contratos eletrônicos celebrados via *Internet* por menores de 16 anos poderiam ser tolerados pela jurisprudência como atos cotidianos. Para responder esta questão, deve ser lembrado, antes de tudo, que as declarações de vontade cotidiana são excepcionalmente válidas. Trata-se na verdade, de uma 'validade fática', aceita por razões metajurídicas e pelo fato de que os atos são, em sua grande maioria, tão irrelevantes que raramente constituem objetos de um litígio judicial (por exemplo, compra de um pão ou chocolate).

Assim, devido ao contrato eletrônico, especialmente na modalidade interativa de *click-wrap*, poder ser considerado ato cotidiano, haveria que se falar em aceitação social. Outrossim, também advogam a favor da possibilidade de o ato subsistir a questão de que, via de regra, referidos contratos não envolvem vultuosas quantias e tampouco são absolutamente contrários à vontade dos pais ou responsáveis, pois já teriam deixado o menor com acesso à Internet, dados do cartão de crédito em mãos etc.

Doutra banda, não podemos nos olvidar que, no caso de eventual contenda ser levada aos tribunais envolvendo a disputa relativa à validade ou não de contrato

eletrônico celebrado por pessoa absolutamente incapaz, teria o ato de ser declarado nulo. A lei, de natureza cogente, deve sobrepor-se aos usos e costumes, que seria fonte de direito aplicável à espécie, por aceitação da sociedade.

A questão também é tópico de discussão da doutrina alienígena. Comentando o assunto, Ricardo L. Lorenzetti (2004, p. 302), que faz um estudo da legislação civil argentina e comparação com demais estatutos de outros países.

A capacidade é um pressuposto da contratação. No que toca a esse aspecto, aplica-se o art. 1.160 do CC, mas existe a dificuldade adicional de que não se pode constatar a capacidade de quem opera um computador. Nestes casos, o contrato é inválido, mas é suscetível de ser ratificado pelo maior responsável (art. 1.162 do CC). Na França tem aplicação a teoria da aparência para obrigar o maior; nos Estados Unidos o menor pode ser responsabilizado pelo dano na hipótese de ficar comprovado que a outra parte acreditava que estava contratando com um adulto.

Pois bem, pela interpretação dos citados artigos do Código Civil Argentino então vigente, Lei 340/1869⁴⁴, há um rol de pessoas que não podem contratar, dentre as quais o absolutamente incapaz. Contudo, pelo teor do artigo 1.162, referidos contratos podem ser ratificados, hipótese na qual teriam a mesma validade daqueles que foram previamente autorizados, dando-se direito de exigir o cumprimento. (INFOLEG).

Da mesma forma, a legislação francesa e americana, sendo que nesta última fica até mesmo responsabilizado o menor por eventuais danos oriundos do pacto.

Ou seja, em todos os ordenamentos verificados, busca-se uma forma de validar a contratação, vez que, inegavelmente, é realidade à qual não se pode fechar os olhos. Desta maneira, é possível concluir que o operador, bem como intérprete da lei envereda no sentido de afirmar que, contanto que não levados ao conhecimento dos tribunais, os atos podem ser reputados válidos, pois cotidianos e sem impacto econômico significativo para o universo jurídico. Naturalmente que, tanto melhor se ratificados por maiores, contudo, nem sempre é possível verificar-se essa hipótese. Doutra banda, também se pode concluir que, caso esses contratos eletrônicos

⁴⁴ “Art. 1.160. No pueden contratar los incapaces por incapacidad absoluta, ni los incapaces por incapacidad relativa en los casos en que les es expresamente prohibido, ni los que están excluidos de poderlo hacer con personas determinadas, o respecto de cosas especiales, ni aquellos a quienes les fuese prohibido en las disposiciones relativas a cada uno de los contratos, ni los religiosos profesos de uno y otro sexo, sino cuando comprasen bienes muebles a dinero de contado, contratasen por sus conventos; ni los comerciantes fallidos sobre bienes que correspondan a la masa del concurso, si no estipularen concordatos con sus acreedores.”

“Art. 1.162. La ratificación hecha por el tercero a cuyo nombre, o en cuyo interés se hubiese contratado, tiene el mismo efecto que la autorización previa, y le da derecho para exigir el cumplimiento del contrato.”

formalizados por incapazes sejam levados às cortes, sem qualquer ato posterior de ratificação, devem ser dados por nulos.

Ainda sobre o assunto, mas sem relação intrínseca com a questão da capacidade do agente, de rigor alguns comentários sobre a vontade. Ora, como já verificado da doutrina de Silvio Rodrigues, em excerto supra transcrito, a vontade humana é um dos elementos estruturais do negócio jurídico. Contudo, quando falamos de contrato telemático, nem sempre é fácil inferir qual a real vontade do agente e se a expõe sem reserva mental.

Desta feita, mais uma vez nos valendo das palavras de Ricardo L. Lorenzetti (2004, p. 300), citamos construção doutrinária alienígena, ao comentar sobre o emissor⁴⁵ da mensagem eletrônica:

O desenvolvimento de inúmeras tecnologias no campo da contratação acentuou o problema referente à indagação dos estados subjetivos (...) Gradualmente foi se dando cada vez mais primazia à declaração, à aparência, e, em geral, aos modos objetivos de avaliação da expressão da vontade.

Ora, do texto acima destacado, denota-se que, com a evolução dos meios tecnológicos, sendo consequência direta a possibilidade de contratação eletrônica, tornou-se mais complexo e difícil constatar o real estado volitivo do usuário, de tal sorte que foi necessário dar mais atenção à declaração propriamente dita. Referido conceito encontra paralelo no artigo 110 do Código Civil⁴⁶, o qual dá primazia ao que efetivamente foi exposto pelo sujeito em detrimento de eventual reserva mental porventura tida.

Comentando o citado dispositivo legal, disserta Mário Benhame (2014, p. 257):

A reserva mental ou restrição mental, também conhecida como reticência, consiste na celebração de um negócio jurídico em que a declaração de vontade não é a real, pois o objetivo do declarante é outro que o declaratório ignora. [...] A divergência entre a declaração de vontade e a real intenção do declarante é proposital.

⁴⁵ Sobre “emissor”, destaca-se a conceituação da Lei Modelo da UNCITRAL, que define no artigo 2 (c): “Originator’ of a data message means a person by whom, or on whose behalf, the data message purports to have been sent or generated prior to storage, if any, but it does not include a person acting as an intermediary with respect to that data message.”, ou, pela tradução livre, “Emissor’ de uma mensagem eletrônica significa a pessoa por quem, ou em nome de quem, uma mensagem eletrônica foi enviada ou gerada previamente a arquivamento, se houver, mas não inclui uma pessoa que atue como intermediário relativamente a esta mensagem.” (UNCITRAL, 1996).

⁴⁶ “Art. 110. A manifestação de vontade subsiste ainda que o seu autor haja feito a reserva mental de não querer o que manifestou, salvo se dela o destinatário tinha conhecimento.”

Ora, do cotejo do pensamento argentino àquilo que dispõe o Código Civil brasileiro, resta clara a similitude de pensamento. Em ambos a primazia deve ser dada ao que efetivamente foi exposto, especialmente no meio eletrônico, onde é mais complicado ter ciência do subjetivo do usuário dada a falta de aproximação física. O mesmo pensamento pode ser aplicado ao artigo 112⁴⁷ do Código Civil, que espousa a mesma corrente interpretativa.

Pelo comando legal do citado artigo, deve-se atentar à real intenção do agente em prejuízo do sentido literal da linguagem, ou seja, a intenção é mais importante do que a forma. Ou, valendo-nos da doutrina acima citada, destaca-se:

Como a vontade é o fundamento do negócio jurídico, ela prevalece sobre a expressão literal da linguagem quando com ela conflitar. [...] Nesse sentido, importa salientar o desprendimento da forma para prevalecer o fundo, ou seja, o conteúdo. A real intenção do agente será perquirida quando por uma controvérsia qualquer se deva perscrutar a real intenção contida na manifestação de vontade emitida. Nesse sentido, mister relevar a importância da qual se reveste a vontade, sendo sua expressão o ponto fulcral do negócio jurídico. (BENHAME, 2014, p. 259).

Naturalmente que nem sempre é fácil imaginar referidas hipóteses aplicáveis a contratos interativos, nos quais há a simples adesão do usuário aos termos já ofertados, de forma pública e permanente, pelo sistema. Contudo, é plenamente possível imaginar o cabimento do presente tipo de situação em contratações interpessoais, seja via troca de e-mail, audioconferência, sala de bate papo etc.

Dentro desse mesmo prisma de contratação interpessoal, de rigor analisar-se a questão do elemento volitivo e a ciência tidas pelo receptor. Com efeito, como visto acima, na contratação entre ausentes (subitem 4.2.1, supra), caso a oferta seja feita à pessoa ausente, deixará de vincular o proponente caso (i) tenha ocorrido tempo suficiente para chegar resposta ao conhecimento do proponente, (ii) não tiver sido expedida resposta dentro do prazo dado ou, (iii) a retratação chegar ao mesmo tempo ao destinatário. Das referidas hipóteses previstas no artigo 428 do Código Civil, aquela que nos interesse mais é a última.

Pelo entendimento da doutrina alienígena, do qual extraímos trecho de Ricardo L. Lorenzetti (2004, p. 301), sobre o receptor: “[...] não é necessário que a mensagem ingresse na esfera de conhecimento intelectual do destinatário, mas sim, e apenas, na sua esfera de controle.”

⁴⁷ “Art. 112. Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem.”

Ilustrando a questão, suscitamos o exemplo de uma contratação interpessoal na qual o emissor envia um e-mail para o receptor, contendo uma proposta. Pelo entendimento acima esposado, não seria necessário que o receptor tivesse efetivo conhecimento intelectual da mensagem, mas simplesmente estivesse em sua esfera de controle, como a caixa de entrada de e-mails, a fim de que a proposta vinculasse o emissor.

Contudo, ousamos discordar do renomado professor, pois, imaginando-se a mesma situação, não é possível auferir que o receptor teve conhecimento efetivo da mensagem, mas apenas potencial. Desta forma, caso o emissor, após o envio da proposta, a retificasse ou retratasse com o envio de outra mensagem eletrônica, não poderia haver caracterização de vinculação daquela primeira proposta armazenada na caixa de entrada do receptor, primeiro por conta da falta de ciência da proposta, e em segundo lugar pela retratação virtualmente simultânea. Assim, a proposta não teria o condão de vincular as partes.

5.2 Os vícios do negócio jurídico

O Capítulo IV do Título I do Livro III da Parte Geral do Código Civil cuida dos defeitos no negócio jurídico. Ato contínuo, o Capítulo V dispõe quanto à invalidade do negócio jurídico, expondo hipóteses de nulidade absoluta do ato.

Independente sob qual prisma se observe o tópico, de rigor notar que existe uma constante, qual seja, a vontade não corresponde à real intenção do agente, seja por elementos externos, seja por atos subjetivos, como é o caso da simulação. Pois bem, se no capítulo 5.1 analisamos a questão da invalidade do negócio jurídico em razão do erro quanto ao agente, pois incapaz, no presente tópico vamos tecer alguns comentários relativamente ao erro quanto à exposição da vontade.

Inicialmente, cumpre destacar que os vícios do negócio jurídico são muitos e, em alguns casos, é difícil imaginar uma hipótese na qual a contratação eletrônica possa ser eivada por um desses desajustes da vontade, a exemplo do estado de perigo. Contudo, como esse rol pode ser aplicado a todo e qualquer tipo de contratação, os contratos eletrônicos ficam sujeitos à mesma disciplina, sendo que, havendo a ocorrência de qualquer um deles, fica o negócio jurídico celebrado por intermédio de computador, internet, rede etc., passível de invalidação judicial.

Vencida a breve exposição deste introito, passamos à análise de algumas dessas figuras e que possivelmente sejam as mais comuns ou passíveis de ocorrer dentro do universo dos contratos eletrônicos. Sobre estas, apresentaremos consequentes comentários e questões práticas verificadas pela doutrina e pelos tribunais.

Possivelmente o que tem mais relevância para o presente estudo diz respeito ao erro. Sugerimos este vício por conta de que a contratação eletrônica, como qualquer novidade, traz consigo uma carga de incertezas e dúvidas. Naturalmente que referidos questionamentos quanto à nova modalidade de celebração de negócios jurídicos levam, não raras vezes, ao erro, seja quanto ao erro de direito, seja quanto ao erro de fato. É o que se infere da exposição fática de Ricardo L. Lorenzetti (2004, p. 302-303), que dispõe:

[...] na contratação eletrônica podem ocorrer inúmeras situações, já que as partes se relacionam sem saber o lugar onde a outra atua, e podem desconhecer até mesmo o direito aplicável ou a existência de determinada norma, ou, com maior frequência, a interpretação que é feita pelos juízes do local. Nestas hipóteses, aplica-se a doutrina que considera que o erro de direito é anulável quando afeta o motivo principal da contratação. O erro de fato invalidante é aquele que recai sobre um elemento essencial do ato e é escusável.

O Código Civil Brasileiro, tal qual seu equivalente argentino, também elenca o erro como causa de anulabilidade do negócio jurídico, desde que se trate de equívoco substancial sobre a essência do bem. Ora, isso importa dizer que, quando da contratação telemática, o erro deve ser tanto que afete o motivo principal do negócio, ou que recaia sobre elemento essencial do ato.

Desta forma, poderíamos imaginar um exemplo no qual usuário da rede de computadores objetiva adquirir determinado produto, como uma passagem aérea e, por não haver clareza suficiente no site quanto às datas de partida e chegada, escolhe um voo cujo itinerário não lhe é favorável. Sem entrar no mérito da questão da publicidade, ou sobre a possibilidade de remarcar a passagem, imperioso notar que, no exemplo, o consumidor foi induzido a erro quando da compra de passagem aérea via contrato eletrônico, o que poderia ensejar a anulabilidade do negócio por conta de sua exteriorização da vontade que não condizia com o real interesse.

Ato contínuo, abordamos o dolo. Segundo a citada doutrina, “O dolo pode afetar a vontade negocial. Aqui, utiliza-se qualquer artifício, astúcio ou maquinação, afirmando o que é falso ou dissimulando o que é verdadeiro.” (LORENZETTI, 2004, p. 304).

Ou, como definiria a construção doutrinária pátria, nas palavras de Mário Benhame (2014, p. 279): “[...] alguém, intencionalmente, cala-se sobre um vício da coisa, para que esta seja alienada, essa omissão é dolosa, pois teve como objetivo concretizar uma alienação, que se não realizaria se o vício fosse exteriorizado.”

Trazendo a definição supra ao mundo fático, bem como valendo-nos do caso descrito no subitem 4.2.1, supra, acerca da compra e venda realizada por utilização do aplicativo What’sApp (MINAS GERAIS, 2015), configurado como contrato eletrônico interpessoal entre ausentes, no caso de o vendedor ter omitido algum dado sobre o terreno, poder-se-ia falar em dolo e consequente anulabilidade do negócio.

Da mesma forma, partindo para exemplo concreto decidido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo (2010), acerca de contratação telemática e informática, acórdão que decidiu pelo afastamento da ocorrência de dolo por provedor de acesso à Internet. Com efeito, no caso, a autora sustentou que, ao ceder domínio virtual, viu o número de usuários cair vertiginosamente, pois teriam migrado à empresa cessionária. Assim, alegou ter ocorrido dolo por parte da ré. A despeito dos argumentos, o Tribunal Bandeirante entendeu que não houve vício do negócio nesse sentido, mas, se muito, violação dos princípios anexos de cooperação e lealdade. Entrar nessa discussão afastaria do foco do trabalho, que são contratos eletrônicos, e não a teoria geral contratual. De toda sorte, colacionamos parte da ementa para fins ilustrativos, bem como para denotar a possibilidade de ocorrência de vícios do negócio em contratos telemáticos:

PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS - CONTRATO DE CESSÃO DE DIREITOS SOBRE DOMÍNIO ELETRÔNICO FIRMADO ENTRE PROVEDORES DE INTERNET- COMPETÊNCIA DESTA 30ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO - AÇÃO ANULATÓRIA DO CONTRATO AJUIZADA PELO CEDENTE, SOB ALEGAÇÃO DE DOLO, CUMULADA COM PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR PERDAS E DANOS MATERIAIS E MORAIS - AUSÊNCIA DE PROVA DE VÍCIO DE CONSENTIMENTO - PARTES PLENAMENTE CIENTES DO OBJETO DO CONTRATO, QUE CUIDOU DE MERA TERCEIRIZAÇÃO TEMPORÁRIA DE SERVIÇOS DE INTERNET - IMPUTAÇÃO DE DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL AO CESSIONÁRIO - INOBSERVÂNCIA DA BOA-FÉ OBJETIVA CONTRATUAL - DEVER DE INDENIZAR PELA ACENTUADA QUEDA DE REMUNERAÇÃO MENSAL [...].

Ato contínuo, e analisando-se mais uma das hipóteses de vício do negócio jurídico e que teria espaço para caracterizar-se em contratação eletrônica, destaca-se a coação. Com efeito, pela inteligência do artigo 151 e seguintes do Código Civil, relativamente à coação, temos uma conduta de um dos contratantes, ou de terceiro,

que vicia a vontade da outra parte a ponto de que se comporte de maneira contrária àquilo que desejaria expressar, tornando o negócio, portanto, anulável.

Coação tem, [...] sentido de constrangimento de alguém a comportar-se em desacordo com sua real vontade. O CC trata da 'coação moral', da pressão que intimida, que amedronta – a vis compulsiva. [...] A coação para viciar o negócio jurídico há de ser tão forte e determinada, que o paciente (o que sofre a coação) se intimide a ponto de recear danos à sua pessoa, à sua família ou aos seus bens. Os danos receados não de ser iminentes, isto é, atuais e inevitáveis. (BENHAME, 2014, p. 282)

Trazendo a hipótese abstrata a algum caso concreto e que envolva contratação eletrônica, poderíamos aventar a hipótese de formalização de contrato de crédito bancário em caixa eletrônico, em razão da atuação de terceiro. Com efeito, pelo teor do artigo 154 do Código Civil⁴⁸, referido vício ensejaria a anulabilidade do negócio, mesmo em razão da conduta desse terceiro.

Dentro desse prisma, acostamos julgado da corte paulista (2009) na qual houve coação de correntista para que formalizasse contrato de crédito bancário em caixa eletrônico, ou seja, contrato telemático. Referida operação, anormal ao padrão de movimentação financeira do correntista coagido e deveria ser de conhecimento do banco, que se beneficiou com a operação, pois receberia altos juros e taxas pelo crédito concedido, foi posteriormente anulada pelo tribunal e, ato contínuo, houve condenação solidária da instituição financeira ao pagamento de perdas e danos ao correntista. Para tanto, colacionamos trecho da ementa, no que nos interessa:

[...] CONTRATO – Empréstimo eletrônico – Mútuo celebrado mediante coação de sequestrador em caixa de auto-atendimento – Falta de segurança no serviço bancário – Contrato nulo – Inexigibilidade da dívida – Condenação do banco à devolução ao apelante da quantia paga a título de prestações mensais, descontada a importância paga pela seguradora – Indenizatória procedente – Apelação provida para esse fim [...].

Doutra banda, poder-se-ia advogar que, nesse tipo de lide, teria ocorrido coação que beiraria às raias da violência física propriamente dita, de tal sorte que a vontade deixaria de existir. Ora, inexistindo vontade, não há que se falar em existência do negócio jurídico, de tal sorte que não teria nascido o contrato de mútuo aduzido no caso prático acima. Naturalmente que a linha que separa uma hipótese da outra é tênue e é possível encontrar entendimentos que enveredam pelos dois caminhos. De toda sorte, o vício no negócio jurídico eletrônico por ocorrência de

⁴⁸ “Art. 154. Vicia o negócio jurídico a coação exercida por terceiro, se dela tivesse ou devesse ter conhecimento a parte a que aproveite, e esta responderá solidariamente com aquele por perdas e danos.”

coação é hipótese que se impõe e pode prevalecer, como verificado no julgado acima emprestado do Tribunal de Justiça de São Paulo.

Finalmente, temos ainda como vícios do negócio jurídico o estado de perigo (art. 156), a lesão (art. 157) e a fraude contra credores (art. 158 e seguintes, todos do Código Civil). Repise-se que, como afirmado alhures, não sendo o objetivo do presente trabalho detalhar a parte geral do código, expondo quesitos e conceitos inerentes aos vícios do negócio jurídico, não iremos nos ater detalhadamente sobre essas figuras. Ao contrário, apenas frisar que são situações que não devem ser vistas como estranhas ao contrato eletrônico, vez que este está sujeito a, virtualmente, todos os cenários, questionamentos e detalhes que, eventualmente, poderiam ser suscitados nos contratos celebrados pelos modos tradicionais.

6 CONTRATOS ELETRÔNICOS À LUZ DA LEI 12.965/2014 – MARCO CIVIL DA INTERNET – A QUESTÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

O Marco Civil da Internet surgiu com a pretensão de ser a “Constituição da Internet”. Com efeito, e fazendo menção ao alegado em sede de introdução e histórico (capítulos 1 e 2.1, *supra*), incontestemente a evolução tecnológica e a mudança do mundo real para o virtual. Dentro desse prisma, outra não poderia ser a atitude do legislador senão a criação de uma lei geral e genérica para tratar do assunto, ao invés de apenas e alicerçar-se em construções positivadas esparsas e pontuais.

Desta forma, foi editada a Lei 12.965/2014, comumente denominada Marco Civil da Internet. É bem verdade que houve alguma crítica pela demora na criação do instituto, o qual veio, inclusive, depois da lei que cuidou do aspecto criminal da Internet (Lei nº 12.737/2012, também conhecida como Lei Carolina Dieckmann). Contudo, de rigor notar que foi texto legal bem recebido pela comunidade especializada e pela sociedade civil de forma geral, inclusive por tratar de uma série de questões que ainda não tinham resposta legal e, portanto, ficavam à livre interpretação da criação doutrinária e jurisprudencial. É o que faz crer o excerto abaixo destacado:

Importante mencionar que no Brasil não existia lei específica que tratasse dos deveres dos provedores de acesso, aplicações e dos direitos dos usuários. Questões submetidas ao Judiciário comumente apresentavam decisões contraditórias e eram julgadas com base na aplicação do Código Civil Brasileiro, Código de Defesa do Consumidor e outras legislações existentes. Uma das funções do Marco Civil Brasileiro é gerar segurança jurídica, oferecendo base legal ao Poder Judiciário quando se deparar com questões envolvendo internet e tecnologia da informação, evitando-se decisões contraditórias sobre temas idênticos, o que era muito comum. (JESUS; MILAGRE, 2014, p. 18).

Dentro do texto são abordadas diversas questões atinentes ao uso da Internet, sendo que, possivelmente, a principal discussão orbita os limites e intersecções do direito à intimidade e privacidade e, em contrapartida, o direito à informação e à livre expressão. A matéria, polêmica e complexa, ainda que de grande interesse à criação doutrinária e acadêmica, não é o enfoque do presente trabalho, pelo que só será abordada nos limites da análise contratual, a fim de não nos perdermos em digressões jurídico-filosóficas.

Doutra banda, como visto na primeira frase do presente tópico, a Lei é abrangente e aborda uma série de assuntos, pois visava atuar como a Constituição da Internet. Portanto, tangencia uma variedade de temas, dentre os quais os

contratos eletrônicos e o negócio jurídico virtual de forma geral. É o que dispõe o magistério de Fábio Caldas de Araújo (2014), ao comentar os principais pontos da Lei e, conseqüentemente, a questão contratual:

No que tange à tutela negocial ela pode ser visualizada pela proteção do art. 3, VIII quanto à proteção da: “*liberdade dos modelos de negócios promovidos na internet, desde que não conflitem com os demais princípios estabelecidos nesta Lei*”. E mais, a liberdade negocial em condições de oportunidade otimizada restou garantida pelo *princípio da neutralidade* da rede, conforme dispõe o art. 9º: “*O responsável pela transmissão, comutação ou roteamento tem o dever de tratar de forma isonômica quaisquer pacotes de dados, sem distinção por conteúdo, origem e destino, serviço, terminal ou aplicação*”. A garantia da neutralidade visa a permitir a universalidade no uso e dispersão do mundo virtual, um dos corolários de sua criação e motor propulsor de sua expansão.

Da mesma forma, cita-se Arystóbulo de Oliveira Freitas (2016, p. 18) que, comentando o Marco Civil, faz expressa menção à questão do comércio eletrônico e os inegáveis avanços que trouxe. Cita-se:

[...] não podemos deixar de fazer menção aos avanços trazidos pelo denominado Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014). Essa norma estabelece princípios, garantias, direitos e deveres, relacionados ao uso da internet no Brasil (art. 1º). No que se refere ao comércio eletrônico, o Marco Civil trouxe a proteção e inviolabilidade das comunicações pela internet, obrigatoriedade de guarda do registro de acesso e de aplicações, exigência de fornecimento de informações claras e completas nos contratos de prestação de serviços e aplicação do CDC à relação de consumo realizadas na internet (art. 7º e incisos).

Doutra banda, também resguardou a questão do livre empreendimento na internet, no sentido de autorizar modelos de negócios que não conflitem com demais princípios. É o que se abstrai da lição de Damásio de Jesus e José Antônio Milagre (2014, p. 23):

A liberdade dos modelos de negócios promovidos na internet fica assegurada como princípio (inc. VIII do art. 3º), desde que não conflite com os demais princípios trazidos pelo Marco Civil. A exemplo, negócios que ofendam a privacidade, a neutralidade da rede e a liberdade de expressão não serão considerados válidos e legais no Brasil.

Vencidas essas ponderações propedêuticas sobre o tema, passa-se à análise e aplicabilidade da novel legislação aos contratos eletrônicos.

Com efeito, existe uma série de dispositivos na Lei que tangencia ou adentra especificamente nos contratos telemáticos. Da mesma forma, tratam de contratos informáticos, como o disposto no artigo 7º, inciso V⁴⁹, o qual prevê a manutenção da qualidade de conexão contratada. Aqui, e a despeito da relevância da matéria,

⁴⁹ “Art. 7º. O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos: [...] V – manutenção da qualidade contratada da conexão à internet [...]”.

elevada a nível principiológico, não vamos nos ater ao tema, inclusive em razão da divisão feita, em capítulo introdutório, sobre contratos telemáticos e informáticos, sendo que estes podem ser realizados por intermédio daqueles.

Inobstante o supra alegado, bem como reportando-nos novamente à questão dos contratos telemáticos, temos diversos dispositivos que abordam a questão, de tal sorte que nos cumpre um apanhado geral quanto a algumas peculiaridades e detalhes.

Com efeito, o legislador cuidou de disciplinar, notadamente, a proteção aos dados e à intimidade dos usuários quando relacionados aos provedores de acesso e de aplicações. Dentro desse prisma, fez constar disposições expressas que buscam resguardar a proteção aos registros, aos dados e à comunicação privada.

Imperioso fazer constar, antes de prosseguirmos com a matéria, que a relação entre usuário e provedor de acesso/ conexão ou, no mais das vezes, aplicação de internet é um contrato. No primeiro caso, um contrato de prestação de serviços, no qual, mediante remuneração, o usuário possui acesso à rede mundial. Quanto à segunda modalidade, trata-se dos vários sítios eletrônicos, nos quais o usuário executa as mais diversas tarefas. Podem ser sites de provedor de correio eletrônico, redes sociais, sites de buscas etc.

Com efeito, boa parte destes serviços acessados pelos internautas é resumida em contratos informáticos eletrônicos de prestação de serviços, como utilização de e-mail, acesso às redes sociais, anúncios em comparadores de preços dentre um infinidade de demais aplicações encontradas na internet e que, a cada dia, se renovam e reinventam. Assim, ao classificarmos como contratos (e, se entrássemos na discussão taxonômica, possivelmente teríamos a maioria como contratos interativos *click-wrap*, gratuitos e bilaterais), a matéria passa a ter relevância ao presente estudo.

Trazendo a matéria ao campo da responsabilidade civil, iniciamos com o artigo 14 do Marco Civil, o qual disciplina que “Art. 14. Na provisão de conexão, onerosa ou gratuita, é vedado guardar os registros de acesso a aplicações de internet.”. Comentando o precitado dispositivo, Damásio de Jesus e José Antônio Milagre (2014, p. 57), dispõe:

Provedores de acesso devem guardar, somente e tão somente, registros de conexão, nunca registros de acesso a aplicações de internet. Em síntese, provedores de conexão não podem registrar o que o usuário faz na internet, se acessa a rede social, um comunicador ou um sistema de e-commerce,

tais registros não devem ser guardados, definitivamente, pelo provedor de conexão.

Isso importa dizer que o provedor de conexão (aqui, tendo como exemplo, a fim de ilustrar o termo, sociedades como a NET, Brasil Telecom, ou operadoras de telefonia móvel, tais como Claro ou Vivo) deve manter o registro de conexão (artigo 13 do Marco Civil da Internet), mas não devem ter registro aos sites que o usuário acessou. Referida conclusão decorre do princípio da proteção à intimidade, no sentido de que não é do interesse de terceiros ter ciência de quais aplicações de internet o usuário acessou, mas apenas ter guardado o registro de conexão, definido no artigo 5º, inciso VI da precitada lei como sendo “o conjunto de informações referentes à data e hora de início e término de uma conexão à internet, sua duração e o endereço IP utilizado pelo terminal para o envio e recebimento de pacotes de dados.”.

Da mesma, no que tange à proteção da intimidade e privacidade dos usuários, pelo teor do artigo 16 do Marco Civil, às aplicações de internet é vedada a guarda do registro de acesso a outras aplicações, bem como de dados cadastrais que extrapolem o objetivo precípuo do serviço contratado.

Mais uma vez nos valendo dos ensinamentos de Damásio de Jesus e José Antônio Milagre (2014, p. 62), ao comentarem o citado comando legal, fazem constar que:

Provedores estão proibidos de ceder os registros de acesso a aplicações a outras aplicações, sem que haja o consentimento prévio, e mais, provedores não devem guardar o registro de acesso a outras aplicações de internet feito pelo usuário. Ainda, é proibido aos provedores de aplicações guardarem dados pessoais que excedam o necessário para a finalidade pelos quais foram coletados. O usuário terá o direito a questionar sempre que entender que dados em excesso estão sendo coletados por provedores de aplicações.

Aqui, mais uma responsabilidade contratual à qual os provedores de aplicação estão obrigados. Com efeito, antes da edição da citada legislação, caso o usuário quisesse obstar que provedores cedessem e, por vezes, negociassem com bancos de dados de internautas, teriam que se valer de disposições mais genéricas previstas, por exemplo, no Código de Defesa do Consumidor, o que nem sempre poderia ser adotado pelo julgador.

Pelo teor da novel lei, há disciplina proibitiva de os provedores enviarem referidos registros a outras aplicações de internet, desde que não previamente autorizado pelo usuário. Da mesma forma, o site só deve buscar informações

cadastrais que sejam, realmente, essenciais ao serviço prestado, independente se oneroso ou gratuito.

O dispositivo ganha extrema relevância e demonstra atualidade quando cotejado à questão das redes sociais. Estas têm como uma das principais fontes de receita a negociação de bancos de dados de consumidores, para que empresas fornecedoras ou anunciantes possam direcionar melhor sua publicidade, a fim de atingir o espectro correto de possíveis interessados nos bens e serviços (*retargeting*). Sobre o assunto, destaca-se Flávio Franco (2015, p. 306-307):

[...] os próprios dados de usuários passaram a constituir ativos que são trocados, inclusive, por serviços gratuitos. Como exemplo, o Facebook e Google, em diversos serviços, não cobram o usuário pela sua utilização, mas em troca, vendem as informações coletadas e o que sabem sobre seu público para diversas empresas anunciantes.

Ora, autorizar a captura e registro indiscriminados de dados dispensáveis ao bom serviço daria a tais sites uma grande vantagem sobre os consumidores, no sentido de que só com a abertura de vários dados pessoais poderiam utilizar a rede social. Entendemos que andou bem o legislador ao fazer essa ressalva ao direito de atuação dos provedores, ao exigir aceitação expressa do usuário para registro e transmissão de dados pessoais entre sites, bem como para que não seja obrigado a fornecer mais informações do que aquelas indispensáveis à utilização da aplicação.

Doutra banda, nos artigos subsequentes, notadamente os dispositivos 18 e 19 da precitada Lei nº 12.965/2014, houve limitação quanto à responsabilização de provedores de acesso e de aplicação quanto ao conteúdo gerado por terceiros. Para fins didáticos, separamos os dois comandos legais, vez que o primeiro cuida de provedores de conexão, ao passo que os seguintes disciplinam a hipótese geral às aplicações de internet.

Pois bem, manda o artigo 18 que “O provedor de conexão à internet não será responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros.”. Ao assim dispor, o legislador buscou afastar a responsabilidade civil do provedor de acesso por conta de conteúdo elaborado e inserido na rede por pessoas alheias à relação contratual. Assim, não há que se falar em responsabilização contratual ou tampouco extracontratual.

Naturalmente que o objetivo do Marco Civil da Internet não foi criar um campo livre e desregrado, no qual usuários poderiam postar o que bem entendessem, ofendendo outros internautas e, ainda assim, saírem imunes. Contudo, não há de se

perder de vista que o provedor de acesso apenas oferece conexão à rede mundial, pelo que não poderia sofrer responsabilizações, ainda que pela teoria da responsabilidade objetiva, da solidariedade da cadeia de fornecedores ou pelo risco da atividade (risco-proveito). Penalizar o provedor de acesso pelo conteúdo gerado por terceiros extrapola a lógica do razoável e a esfera de atuação de tais sociedades e pessoas, de tal sorte que, repise-se, apenas oferecem o acesso à rede, para ingresso nas várias aplicações.

Ato contínuo, e para que não restasse um ambiente desregulamentado e refém de conteúdos potencialmente ofensivos e lesivos, o legislador redigiu o artigo 19 da precitada lei. Manda a cabeça do dispositivo que, sopesando princípios da livre expressão e impedimento da censura, ao da honra, moral e privacidade, o conteúdo pode ser retirado mediante ordem judicial. Da mesma forma, pelo descumprimento do comando exarado pelo Poder Judiciário, o provedor de aplicação passa a responder civilmente quanto a eventuais danos oriundos do conteúdo gerado e divulgado por terceiro. Comentando o artigo, bem como eventuais lacunas interpretativas, lecionam Damásio de Jesus e José Antônio Milagre (2014, p. 66):

O Marco Civil resolve a questão no art. 19 e prevê que o provedor de aplicação só será responsabilizado por conteúdo gerado por terceiros se, e somente se, após ordem judicial, não tomar as medidas para tornar indisponível o referido conteúdo. A Lei não é expressa se o provedor poderia ser responsabilizado, igualmente, se, após ordem judicial, não fornecesse os registros necessários à apuração da autoria do delito informático. Em nossa percepção, tal questão continuará sendo tratada mediante ação de obrigação de fazer, deduzida em juízo, consistente no fornecimento dos registros, sob pena de multa diária, prática comum hodiernamente.

Isso importa dizer que, independente da existência de contrato telemático entre a vítima e o provedor de aplicação, este último passa a ser responsável civil pelos danos sofridos por aquele, em razão do conteúdo gerado por terceiros, na hipótese de ficar constatada a negativa ou inércia do provedor em retirar da página eletrônica referido conteúdo.

Ato contínuo, e trazendo a hipótese abstrata ao caso concreto, destacamos ementa do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (2016c) no qual há responsabilização do criador de conteúdo ofensivo, bem como do provedor de aplicação:

AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C PEDIDO DE INDENIZAÇÃO – Empresa autora que postula a abstenção do uso de sua marca ‘Tok & Stok’ como palavra-chave para direcionamento a link patrocinado de empresa

concorrente (Westwing) em conhecido site de buscas na Internet (Google) – Sentença de improcedência – Desacerto – Réus que apresentam não só legitimidade passiva como devem ser responsabilizados pelos atos de concorrência desleal praticados – Uso parasitário da marca configurado – Provedor de pesquisas que não pode se eximir da responsabilidade pelo ocorrido, ao argumento de que não realiza controle prévio das palavras-chave de busca contratadas pelo anunciante no serviço ‘AdWords’ – Situação que não se confunde com o controle de provedor sobre o conteúdo de páginas na internet – Celebração de contrato eletrônico de prestação de serviços de publicidade no qual necessariamente o site de buscas toma inequívoco conhecimento do uso de marca alheia. Propriedade intelectual tem a natureza de direito absoluto e efeitos erga omnes. Prática de concorrência desleal que atinge não somente o autor direito da fraude, mas também aquele que divulga e viabiliza de modo determinante a sua concretização. Violação a direito de terceiros provocada pelo contrato que não pode ser admitida – Aplicação ao caso concreto do princípio da função social do contrato, em sua projeção ultra-partes (tutela externa do crédito) – Devida a condenação dos réus à abstenção definitiva do uso da marca ‘Tok & Stok’ como palavras-chave para remissão a anúncios da concorrente Westwing no site de pesquisas do réu Google, e ao pagamento de indenização por materiais e danos morais – Pessoa jurídica passível de sofrer prejuízos de ordem extrapatrimonial – Inteligência da Súmula 227 do STJ – Ilícito lucrativo que merece reprimenda, através da fixação de indenização por danos morais — Ação procedente – Inversão da sucumbência – Recurso provido.

A ementa, ainda que não seja extremamente elucidativa, amolda-se de forma exemplar a ilustrar a presente discussão. Com efeito, quando do ajuizamento do processo sob análise, ainda não havia sido editada a Lei Federal nº 12.965/2014, de tal sorte que ficou excluída da apreciação do caso. Contudo, o nobre desembargador relator traçou paralelo com os artigos da novel legislação, a fim de ilustrar o *decisum* sob duas óticas, tanto anterior ao Marco Civil quanto posterior à vigência deste.

Inobstante, cumpre destacar a natureza da ofensa que ensejou a condenação de terceiro e provedor de aplicação (Google), qual seja, de natureza de direitos autorais e conexos.

Assim, aplicar-se-ia à decisão da lide o artigo 19, § 2º⁵⁰, o qual prevê a aplicabilidade do dispositivo a questões de ofensa aos direitos de autor e conexos.

⁵⁰ “Art. 19. Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário. [...] § 2º A aplicação do disposto neste artigo para infrações a direitos de autor ou a direitos conexos depende de previsão legal específica, que deverá ser respeitar a liberdade de expressão e demais garantias previstas no art. 5º da Constituição Federal [...]”

Soma-se à assertiva o teor do artigo 31⁵¹, pelo qual se infere que, até a edição de lei específica disciplinando o tópico, seriam utilizadas as diretivas da Lei de Direitos Autorais (Lei Federal nº 9.610/98). Outrossim, imperioso notar que, ainda que na hipótese *sub judice*, tenha decorrido dever de reparação oriunda de responsabilidade aquiliana, nada impediria que se origina-se de descumprimento de obrigação contratual, caso a empresa prejudicada tivesse, por exemplo, contratado os serviços do provedor de aplicação, site buscador.

Ato contínuo, e a fim de finalizar a questão da responsabilização de provedor de aplicação por conteúdo gerado por terceiro, cumpre fazer menção expressa ao teor do artigo 20 do Marco Civil da Internet⁵². Pela leitura do *caput*, é possível inferir a necessidade que o site, via de regra, tem, de avisar ao usuário que seu conteúdo foi removido.

Com efeito, aqui, não raras as vezes, estamos diante de um contrato telemático. Isso porque em muitos dos provedores de aplicação requisita-se aos internautas que anuam com os termos de uso, ou pela simples utilização presume-se celebrada contratação *browse-wrap* (sem entrar no mérito da discussão entabulada no subitem 4.3.3, supra, sobre ser ou não uma contratação expressa e válida). Desta feita, teríamos um contrato interativo para que o usuário utilize o campo de comentários, ou possa deduzir algum conteúdo no provedor de acesso. Ato contínuo, e a fim de evitar responsabilização civil, o provedor simplesmente indisponibiliza o texto, imagem etc., para depois notificar o cliente.

O tema da responsabilidade civil no Marco Civil da Internet ainda abarca uma série de situações e várias interpretações jurisprudenciais, especialmente antes da vigência deste diploma. Contudo, adentrar as várias nuances do tema não é o foco do presente trabalho, de tal sorte que apenas nos ativemos aos principais questionamentos que a disciplina suscita.

⁵¹ “Art. 31. Até a entrada em vigor da lei específica prevista no § 2º do art. 19, a responsabilidade do provedor de aplicações de internet por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros, quando se tratar de infração a direitos de autor ou a direitos conexos, continuará a ser disciplinada pela legislação autoral vigente aplicável na data de entrada em vigor desta Lei.”

⁵² “Art. 20. Sempre que tiver informações de contato do usuário diretamente responsável pelo conteúdo a que se refere o art. 19, caberá ao provedor de aplicações de internet comunicar-lhe os motivos e informações relativos à indisponibilização de conteúdo, com informações que permitam o contraditório e a ampla defesa em juízo, salvo expressa previsão legal ou expressa determinação judicial fundamentada em contrário.”

7 CONTRATOS ELETRÔNICOS INTERNACIONAIS – COMPETÊNCIA JUDICIAL PARA APRECIÇÃO E DECISÃO

O contrato internacional não é uma realidade nova. Com efeito, desde há muito civilizações, nações, impérios e toda sorte de organização social já negociava com outros, fossem vizinhos territoriais ou comunidades localizadas do outro lado do globo. Doutra banda, o contrato eletrônico internacional é criação mais recente, advindo da evolução tecnológica, a qual já foi tratada em tópicos preliminares.

Naturalmente o tema é complexo e aborda uma infinidade de aspectos e particularidades, sendo que nosso objetivo não será explorar cada um desses pormenores. Ao contrário a matéria será dividida entre contratos eletrônicos internacionais empresariais, ou seja, aqueles que são regidos pela legislação civil e comercial, e os contratos aos quais incide a lei protetiva consumerista.

O foco tampouco será analisar cada tipo de contratação telemática, vez que o espectro, como já analisado, é virtualmente infinito, abrangendo contratos típicos e atípicos. Assim, apenas verificaremos aspectos práticos no que tange à aplicação de normas jurídicas a dirimirem eventuais litígios oriundos dos descumprimentos obrigacional e contratual, notadamente no campo do contrato de consumo (tópico 7.2, *infra*), majoritariamente em virtude da relevância e repercussão da matéria e tutela do consumidor.

Vencida essa curta digressão introdutória e explicativa, passamos à análise da matéria. Com efeito, se em momento cronológico pretérito a contratação era realizada por instrumentos tradicionais, como a escrita ou, mesmo, verbais, hoje pode ser realizado por comunicação eletrônica. Outrossim, pela nova dinâmica econômica e política mundial, frutos e motores da globalização, referido tipo de negociação e contratação é realizado, no mais das vezes, entre sujeitos de direito sediados em países distintos, daí a caracterização de contrato internacional.

Ora, se em negociações internas, no qual os contratantes possuem valores intrínsecos mais próximos, cultura, visão e inclusive compartilham o mesmo idioma, existem constantes discussões judiciais ou arbitrais atinentes a cláusulas, temos etc., o mesmo acontece em pactos internacionais. Contudo, onde seriam dirimidas referidas discussões? A questão será respondida nos tópicos vindouros.

7.1 A relação civil-empresarial

Ensina Fabio Ulhoa Coelho (2008, p. 50):

A compra de bens ou serviços que sirvam de insumos à atividade econômica do adquirente pode realizar-se também pela oferta e aceitação transmitidas por processamento eletrônico de dados, seja pelo intercâmbio de mensagens (EDI – electronic data interchange), seja via internete (BtoB – business to business).

Partindo da definição de Fábio Ulhoa Coelho, acima destacada, patente que existe grande quantidade de contratos internacionais formalizados entre empresários, comerciantes etc. Da mesma forma, muitos destes são entre sujeitos localizados em países diferentes. E, finalmente, se até fins do século XX referidos contratos eram formalizados pelos meios tradicionais, hoje não é raridade vê-los formalizados por meio digital.

Da mesma maneira quanto os contratos tradicionais, os contratos eletrônicos de comércio internacional também estão sujeitos às mesmas regras e normas de interpretação, formalização e execução (observados, naturalmente, os princípios inerentes aos contratos eletrônicos, citados em capítulo prévio). Diferenciação que poderia ser sugerida, por exemplo, é aquela que Fábio Ulhoa Coelho (2008, p. 51) cita em seu curso de direito empresarial, a qual pegamos emprestado para citar:

O desenvolvimento da rede mundial de computadores tem proporcionado a criação de websites destinados especificamente à negociação de insumos, diretos ou indiretos. É o caso das plataformas negociais e dos portais de comunidade empresarial. Nos negócios concluídos nestas páginas da internet, por estar sujeito o contrato-e entre empresários ao regime contratual cível, a formação do estabelecimento virtual (isto é, a disponibilização de informações no website) para a venda de insumos não precisa atender, no Brasil aos mesmos pressupostos decorrentes da legislação consumerista. O iniciador não tem, em outras palavras, dever de detalhar e clarificar, já no website, as informações sobre os produtos ou serviços, preços e condições de pagamento, porque o destinatário é também empresário e tem, por força da atividade econômica que explora, meios de avaliar as informações transmitidas.

A despeito dessa digressão exemplificativa sobre diferenciações entre um regime de contratação e outro, não existe muita discussão que afastaria a regra geral sobre foro de competência para demandas empresariais internacionais eletrônicas.

Desta forma, a fim de resolver a questão da competência, incidente a regra do artigo 9º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro – LINDB⁵³. Havendo

⁵³ “Art. 9º. Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem. § 1º. Destinando-se a obrigação a ser executada no Brasil e

negociação e chegando-se a comum acordo sobre os termos do pacto, reputa-se celebrado no local de onde foi emitida a última proposta finalmente aceita. E, pelo teor do comando legal citado, este será o foro competente para apreciar qualquer contenda oriunda do contrato. Contudo, de rigor notar que usualmente os contratos internacionais civis ou empresariais têm cláusula de eleição de foro e/ ou compromisso arbitral. Portanto, a problemática não é tão complexa e tampouco suscita tantas discussões como aquela que orienta a relação consumerista, que será verificada no próximo tópico.

7.2 A relação de consumo – problemática e solução?

Como bem observado no tópico introdutório dessa subseção, o comércio eletrônico é, não raras vezes, um comércio internacional. Ora, tanto pode ser um comércio entre iguais, como seria, por exemplo, a operação de exploração de petróleo, no qual Estados, companhias gigantescas e conglomerados multinacionais negociam entre si, também pode ser a compra de uma mercadoria em um mercado estrangeiro, e que o consumidor gostaria de possuir.

De rigor não nos olvidarmos que, a complexidade e abrangência do comércio eletrônico e internacional podem ser tão dinâmicas que o produto adquirido sequer necessita ser físico. Exemplo é a compra de um *e-book*, a ser entregue como arquivo digital no *e-reader* do usuário. Com efeito, no exemplo acima, não há embarque da mercadoria, desembarço, trâmites aduaneiros, armazenamento em containers ou galpões etc. Existe a simples transmissão de dados, o que facilita ainda mais a transação internacional e afasta ainda mais a necessidade de instalação de filiais do fornecedor nos vários países do globo.

Contudo, da mesma maneira como essa nova dinâmica traduz-se em benefícios e facilidades, também acarreta desafios e novas situações às quais a resolução judicial terá de enfrentar. Comentando o assunto, destacamos Cláudia Lima Marques (2011, p. 33) sinalizando o avanço da globalização e do comércio internacional, e a forma como o Direito Internacional deve se portar:

A internacionalidade deste mercado é também um desafio. Erik Jayme (2003, p. 186) alerta que, no século XXI, ao mesmo tempo em que a globalização econômica e uniformização das sociedades de consumo

dependendo de forma essencial, será esta observada, admitidas as peculiaridades da lei estrangeira quanto aos requisitos extrínsecos do ato. § 2º A obrigação resultante de contrato reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente.”

avançam, os Estados nacionais cedem a uma maior liberalização do comércio internacional e abrem seus mercados a produtos estrangeiros, deve o Direito Internacional compensar esta tendência, voltando-se para a proteção da pessoa humana no mercado globalizado: o consumidor.

Da mesma forma, citando a lição do jurista alemão, cujo magistério a professora gaúcha acosta em seu comentado artigo acima aduzido:

L'autre grand problème du droit international de nos jours est la protection de la personne humaine face à la globalisation. (...) Dans la situation de l'histoire contemporaine, où les Etats semblent céder aux marchés, il faut trouver en équilibre entre le respect des lois des pays de l'origine des marchandises et des services et les règles protectives des pays des consommateurs⁵⁴. (JAYME, Erik, Justicia et Pace, Discours du Président de l'Institut de Droit International, 69ème Session. In : _____. Gesammelte Schriften, Band 3, C. F. Müller, Heidelberg, 2003).

Ainda sobre o exemplo do usuário que adquire um e-book por intermédio de contrato eletrônico celebrado pela modalidade *click-wrap*, com um fornecedor sediado em outro país. Na hipótese do surgimento de algum litígio oriundo da transação, como ficariam resguardados os direitos do consumidor a fim de demandar judicialmente a fornecedora? A questão, que até algumas décadas não teria muitos reflexos no mundo jurídico e tampouco relevância prática, hoje é tema que merece tratamento dos operadores do Direito, os quais se debruçam sobre o problema. De rigor notar, inicialmente, que aqui o consumidor, hipossuficiente, tem situação ainda mais agravada, pois a falta de existência de filial da empresa fornecedora dentro de seu país o enfraquece mais ainda.

É o que ensina Cláudia Lima Marques (2011, p. 38) ao dispor que:

Esta des-localização é mais do que simples distância, pois permite a qualquer um, a qualquer hora, ultrapassar fronteiras nacionais na 'segurança fake' de estar em casa; tudo aliado ao tempo virtual, que é imediato e atemporal, tempo de trabalho e de lazer. Esta união do 'Zeit-Raum' ou 'Tempo-Espaço' é um novuum que agrava a vulnerabilidade dos consumidores e põe em xeque-mate os princípios e regras projetados para um espaço 'nacional' ou 'internacional'.

Pois bem, como visto no tópico acima, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) disciplina a matéria, no artigo 9º e parágrafos. Contudo, inquestionável que por essa redação o consumidor, para contratos entre ausentes, teria de ajuizar a demanda em território estrangeiro. Isso porque, como visto, no

⁵⁴ “[...] outro grande problema do Direito Internacional hodiernamente é a proteção da pessoa humana frente à globalização. Dentro da situação da história contemporânea, onde os Estados aparecem ceder aos mercados, é necessário encontrar um equilíbrio entre as leis dos países de origem dos bens e serviços e as regras protecionistas dos países dos consumidores.” (tradução nossa).

mais das vezes, o contrato eletrônico é realizado na modalidade *click-wrap*, após oferta permanente.

Ora, seguindo este raciocínio e o comando do artigo 9º da LINDB, se aplicariam as leis do país de origem, bem como lá seria julgado, pois seria o foro competente. Aqui, mais uma vez nos valem dos ensinamentos de Cláudia Lima Marques (2011, p. 47):

A regra brasileira atual, o art. 9º da Lei de Introdução, usa a lei do lugar da celebração e aparecimento das obrigações (*lex loci celebrationes*), o que pode ser protetivo para os turistas brasileiros, no sentido de que exclui a eleição de leis, mas manda aplicar sempre a lei do lugar de conclusão dos contratos, isto é, a lei estrangeira (em Roma como os romanos, diz o adágio). Já o art. 9º, § 2º, considera que a lei do lugar onde reside o proponente é a aplicada para contratos entre ausentes, assim que pelo art. 30 do CDC a oferta é sempre feita pelo fornecedor, logo, a sua lei se aplicará a todo o comércio eletrônico internacional, se o CDC não intervir como lei de aplicação imediata.

Assim, pela regra geral e utilizável nos contratos de natureza puramente civil e empresarial, a demanda seria ajuizada no país do fornecedor, pois este seria o foro competente para conhecer e julgar. No entanto, há de se ter em conta o sistema protetivo do consumidor, a facilitação do acesso à Justiça e exercício de direito de defesa. Por esta interpretação, o consumidor poderia ajuizar a demanda no foro de seu domicílio, ou seja, no Brasil.

Inobstante, cita-se o magistério de Alberto Gossom Jorge Júnior (2012, p. 14), que é incisivo ao afirmar acerca do foro competente para conhecer de relação de consumo: “(...) o consumidor poderá demandar o fornecedor estrangeiro no foro de sua residência aqui no Brasil, diante do disposto no art. 101 do CDC [...]”

Ato contínuo, o legislador tomou iniciativa sobre a matéria e, ao invés de deixar apenas aos tribunais e à doutrina a elaboração de fontes do Direito, editou a Lei 12.965/2014, Marco Civil da Internet, como visto acima (item 6). E, em referida norma, incluiu a abusividade e conseqüente nulidade de cláusula de eleição de foro que exclua do consumidor a possibilidade de demandar no Brasil. Com efeito, o artigo 8º, parágrafo único, inciso II⁵⁵ da constituição digital é um verdadeiro avanço para a proteção do consumidor.

⁵⁵ “Art. 8º. A garantia do direito à privacidade e à liberdade de expressão nas comunicações é condição para o pleno exercício do direito de acesso à Internet. Parágrafo único. São nulas de pleno direito as cláusulas contratuais que violem o disposto no caput, tais como aquelas que: [...] II – em contrato de adesão, não ofereçam como alternativa ao contratante a adoção do foro brasileiro para solução de controvérsias decorrentes de serviços prestados no Brasil.”

Ademais, o Projeto de Lei do Senado 281/2012, dentre as propostas de alteração legais, discorre sobre a mudança do artigo 9º da LINDB.

Inicialmente, pela pretensa nova redação do artigo 9º da LINDB, aos contratos internacionais celebrados entre profissionais, empresários e comerciantes, poderá haver eleição de foro e de legislação aplicável a dirimir as controvérsias originárias do pacto. A despeito de aparentar não mudar radicalmente a ideia até então vigente, faz-se mister notar que, no § 6º, inciso VIII, referido artigo não deverá ser aplicável às relações de consumo, os quais seriam tutelados pelo comando do artigo 9º-A.

A nova redação dispõe que a lei aplicável em contrato internacional de consumo, quando os contratantes não residem no mesmo país, será a da celebração do contrato (o que, pela lógica, seria o país do proponente – artigo 435 do Código Civil c/c artigo 429 do Código Civil c/c artigo 9º, § 2º da atual redação da LINDB). Contudo, abre espaço para o caso de o serviço ser executado no Brasil, hipótese na qual a lei brasileira, se mais favorável ao consumidor, será aquela aplicável.

Independente do progresso da tramitação legislativa, a qual apenas virá para dar mais segurança e estabilidade ao jurisdicionado e ao hermeneuta, é bem verdade que tribunais têm julgado no sentido de afastar exceções de incompetência e processando os feitos no Brasil. Exemplo disso é a ementa abaixo colacionada, do Tribunal de Justiça Bandeirante (2016b). No caso, a despeito de contratação de serviços de estadia que previa foro estrangeiro e, ainda que afastada essa norma, incidisse a atual redação da LINDB, o julgador entendeu por bem integrar a interpretação e aplicar a legislação consumerista:

RECURSOS DE APELAÇÃO – AÇÃO DECLARATÓRIA C.C. INDENIZATÓRIA – Contratação no exterior de ‘prestação do serviço de tempo compartilhado’, ou seja, de direito de uso de opções hoteleiras – Legitimidade passiva da ré – Integrante do mesmo grupo econômico da empresa contratada internacionalmente, utilizando-se de sua marca para auferir vantagens econômicas – Perante o consumidor, a ré apresenta-se como parte da cadeia de fornecimento dos serviços contratados e, por isso, responde pelas demais empresas prestadoras do serviço da rede ‘Meliá’ – Competência concorrente da jurisdição brasileira – Art. 88, inc. I e Parágrafo único, do CPC – Aplicação da legislação brasileira, notadamente do Código de Defesa do Consumidor – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro que apresenta lacunas quanto ao tema, porquanto não pensada sob a ótica moderna das relações de consumo e necessidade de proteção integral do consumidor hipossuficiente, a despeito do critério espacial da contratação – Diante da lacuna, aplica-se legislação análoga pertinente, ou seja, o CDC brasileiro – Decadência: ausência de configuração – Autores reclamam extrajudicialmente do vício da contratação antes dos três primeiros meses após a celebração do negócio – Violação do dever de informação que caracteriza vício do serviço e impõe a

resolução do contrato, com restituição das partes ao "status quo ante" – Danos morais configurados – Alteração do ônus de sucumbência – Negado provimento ao recurso da ré, com observação, e recurso dos autores provido.

Assim, inconteste o avanço que o ordenamento jurídico pátrio vem aplicando à questão, tanto pela pertinência quanto pela constante ocorrência do tema. Ora, como visto ao longo de todo o trabalho, o progresso tecnológico clama por revoluções sociais, econômicas e jurídicas, sendo que a tutela do consumidor dentro do contrato de consumo internacional é providência que se impõe.

8 PUBLICIDADE ABUSIVA NOS PRODUTOS ELETRÔNICOS GRATUITOS – ASPECTOS JURÍDICOS DO COMÉRCIO ELETRÔNICO DE CONSUMO

Ato contínuo ao estudo dos contratos eletrônicos, deparamo-nos com tópico de grande relevância, notadamente dentro do consumo eletrônico, qual seja, a questão atinente à publicidade. Naturalmente o tema é complexo e não é a pretensão do presente trabalho esgotar o tema, mesmo porque este se permeia com aspectos que não são exclusivos ao comércio eletrônico, mas, ao contrário, nasce da disciplina que já era lá tratada e desenvolvida no Direito Consumerista.

De toda sorte, ao acessar um provedor de aplicação, seja um site de notícias, uma rede social, um fórum de assuntos diversos, o usuário sempre se depara com anúncios dos mais variados bens de consumo, os quais, não raras vezes, são exatamente do produto ou serviço que interessa sobremaneira ao internauta. Pois bem, como visto no capítulo 6, supra, existe um estudo do perfil de cada usuário, pautado em suas informações pessoais, dados sociais e econômicos, os quais são, inclusive, negociados entre empresas, sites etc. A partir desse perfil traçado de cada internauta é possível enviar a publicidade de produtos e serviços que melhor se amolda aos interesses por ele manifestados, a fim de que celebre contratos com esses anunciantes.

A despeito de ser um evento cotidiano, tanto o acesso aos provedores de aplicações quanto o contato com os informes publicitários, os quais levam, invariavelmente, à contratação e celebração de relações de consumo, faz-se mister anotar quais seriam os limites dessa publicidade, a fim de que o internauta não se torne refém de táticas abusivas e agressivas. Comentando o assunto, Lúcia Ancona Lopez de Magalhães Dias (2016, p. 69), cuja exposição sobre a publicidade na internet, notadamente àquela que não se identifica, em um primeiro momento, como mensagem publicitária, destacamos:

[...] importante advertir para a constante mercantilização de valores, o que torna determinados esforços revestidos – *a priori* – de conteúdo propagandístico em paradigmáticas peças publicitárias a fim de estimular verdadeiras relações de troca a uma massa de consumidores. Da mesma forma, diante das constantes inovações tecnológicas e de comportamentos, sobretudo na internet, eventuais mensagens que supostamente não aparentem finalidade econômica podem igualmente estar sujeitas ao controle, pois, neste caso, a intenção econômica restará mascarada pelo fornecedor ou pelo terceiro por ele contratado. Neste caso, restará violado o princípio da identificação da mensagem publicitária, que determina que toda publicidade deve ser ‘fácil e imediatamente’ identificada como tal.

Ora, constantemente o internauta depara-se com informes e anúncios que nem sempre se revelam como tais em um primeiro momento. Da mesma forma, em muitos sites existe uma publicidade absurda em quantidade e massificada, que às vezes se repete na mesma página ou, até mesmo, demanda que o usuário abra o informe para, só então, poder ser excluído do layout do site. Sobre o assunto, Maria Eugênia Reis Finkelstein (2004, p. 258), que discorre sobre as várias formas de publicidade abusiva e invasiva.

O consumidor deve ser extremamente cuidadoso ao navegar por sites, pois pode ser invadido por mensagens publicitárias que não se identificam como tais e que constituam *marketing* agressivo e invasivo. Ademais, o consumidor pode ter seus hábitos de consumo mapeados por *cookies* e pode ser vítima de *spams*. No entanto, a tendência mais forte do comércio eletrônico é que a publicidade seja veiculada sob a forma de *banners*.

Contudo, faz-se mister compreender o que seria publicidade enganosa e abusiva, bem como marketing agressivo e invasivo, a fim de podermos tecer os limites de cada qual e como impactam no comércio eletrônico de consumo.

Pois bem, a redação do artigo 37 do Código de Defesa do Consumidor⁵⁶ cuidou de regular a questão da publicidade abusiva e enganosa, conceituando os institutos em seus parágrafos.

O precitado artigo, notadamente no § 2º, não estipula um conceito preciso do que seria a publicidade abusiva, mas, ao contrário, nos dizeres de Lucia Ancona Lopez de Magalhães Dias, cria uma “cláusula geral de não abusividade”. Desta feita, indagar-se-ia a possibilidade de inclusão da publicidade veiculada nos provedores de aplicação ao preceito geral que veda a abusividade, no sentido de tentar obstar o influxo exagerado de anúncios, banners, spams etc., tal qual discorreu Maria Eugênia Reis Finkelstein no trecho acima destacado.

Ainda que a atual redação da lei consumerista não trace critério preciso, de rigor notar que o Projeto de Lei do Senado 281/2012, já citado anteriormente (item 4.4, supra) traz limitação à questão da publicidade porventura veiculada pelo fornecedor e anunciante. Com efeito, o artigo 45-F do precitado projeto cuida da

⁵⁶ “Art. 37. 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. § 2º É abusiva, dentre outras a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento ou experiência da criança, desrespeite valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.”

proibição de publicidade via e-mail (o comumente chamado *spam*), quando inexistente relação de consumo prévia, ou o consumidor já tenha feito a opção de não receber referido tipo de mensagem publicitária.

Ato contínuo, os §§ 3º e 4º do citado artigo⁵⁷ especificam o que seria publicidade por correio eletrônico, bem como a necessidade de o fornecedor e anunciante cessarem imediatamente a prática, quando requisitado pelo oblatto.

Ora, notar esse desenvolvimento legislativo nos leva à invariável conclusão de que o texto normativo busca avanços a fim de coibir algumas das práticas executadas atualmente em ambiente virtual e que ainda não têm as respostas imediatas e adequadas. Isso porque, como visto nos capítulos primeiros, o ambiente virtual, como criação nova, demanda respostas inovadoras, sendo que, apenas na medida do possível utilizam-se as soluções disponíveis na metodologia tradicional.

Com efeito, o projeto de lei mencionado traz sugestão textual para combate à propaganda abusiva da modalidade *spam*, a qual é ofertada ao potencial consumidor sem que ele expresse interesse ou disponibilidade de recebê-la, bem como é executada em quantidade exagera em seu espaço de trabalho ou para assuntos pessoais, qual seja, a caixa de correio eletrônico. Contudo, esposamos entendimento de que seria necessário coibir a utilização desmesurada de outros tipos de publicidade que poderiam, facilmente, ser classificadas como abusivas. Sugerimos, aqui, a questão dos *banners* e dos *cookies*.

Quanto aos primeiros, temos propagandas que surgem nas páginas dos provedores de aplicações, na qual o internauta navega e, por vezes, depara-se com o informe publicitário. Entendemos que referido tipo de publicidade poderia ser configurado como abusivo na hipótese em que prejudicasse o acesso e navegação do usuário na página da internet. Isso porque, existem ocasiões nas quais o consumidor movimenta o cursor pela tela, buscando os ícones que deseja acessar e, constantemente, informe publicitário surge inesperadamente, atrapalhando a tarefa. Contudo, não podemos fugir à constatação de que o critério é extremamente subjetivo e seria terreno pantanoso qualquer regulamentação sobre referidos

⁵⁷ “Art. 45-F. É vedado ao fornecedor de produto ou serviço enviar mensagem eletrônica não solicitada a destinatário que: [...] § 3º O fornecedor deve cessar imediatamente o envio de ofertas e comunicações eletrônicas ou de dados a consumidor que manifeste recusa em recebê-las. § 4º Para os fins desta seção, entende-se por mensagem eletrônica não solicitada aquela relacionada a oferta ou publicidade de produto ou serviço e enviada por correio eletrônico ou meio similar.”

paradigmas do que seria publicidade abusiva e publicidade não abusiva, de tal sorte que o conceito jurídico indeterminado teria de ser preenchido na casuística.

Ato contínuo, e no tocante aos *cookies*, os temos como os programas de computador que acompanham a navegação do usuário, mantendo registros dos provedores de aplicação que acessa, para acelerar a navegação. Contudo, como visto acima, por deterem os dados de preferências, especificações sociais e demais informações próprias dos usuários, podem municiar os fornecedores e elevá-los à posição de exagerada vantagem frente aos consumidores.

A esse critério, andou bem o Marco Civil da Internet ao limitar a quantidade de informações exigidas do consumidor apenas àquelas efetivamente essenciais ao programa utilizado. De toda sorte, aqui, mais uma vez, nos vemos diante de critério fático aberto, pois é plenamente possível ao fornecedor solicitar diversos dados e justificar serem estes necessários à garantia de segurança do serviço, de comprovação de identificação etc.

Doutra banda, na hipótese de regulamentação de referida questão, o legislador terá de se atentar para não adentrar e ferir a esfera da liberdade econômica e livre iniciativa, no que tange às empresas cujo objeto social é a negociação de bases de dados de consumidores, os quais se constituem como ativo valioso no mundo virtual. Isso porque, caso seja legislada como publicidade abusiva a utilização de *cookies*, pode haver excessiva intervenção legal na precitada atividade econômica, a fim de eventualmente até inviabilizá-la, o que, tampouco, deve ser o objetivo do legislador.

CONCLUSÃO

O Direito Contratual Eletrônico é disciplina nova. Com referida assertiva, que basicamente resume os capítulos 1 e 2, sobre introdução e histórico, iniciamos a conclusão do presente trabalho.

Com efeito, a disciplina do Direito Digital, reflexo direto do avanço tecnológico e da grande revolução de finais do século XX e início do XXI, ainda é um infante quando comparado a disciplinas milenares dentro das ciências jurídicas, desde tempos imemoriais, quando do surgimento da noção de sociedade e de relações humanas.

Assim, a despeito de todas as evoluções que já enfrentou, inquestionável concluir que a matéria ainda demanda muita criação e produção intelectual e jurisprudencial. Da mesma forma, é necessário seguir o passo rápido da evolução tecnológica e digital, a fim de que não se torne letra morta, ou não traga a Justiça e paz social às demandas oriundas das evoluções diárias.

Dentro desse prisma, é forçoso concluir que:

- (i) O Direito Digital, dentro do qual pode-se citar a espécie contratos eletrônicos, é disciplina nova e que demanda grande criação, sendo que os atuais institutos disponíveis no Direito tradicional, ainda que sirvam à hipótese geral, nem sempre atendem às questões mais específicas;
- (ii) Como evolução global, dentro de países, sociedades e culturas integradas, problemas semelhantes surgem em diversos membros das comunidades internacionais, pelo que é possível grande trabalho do Direito Comparado, Internacional, e das entidades supranacionais, a exemplo da Lei Modelo da UNCITRAL, cuja importância e influência, nesse primeiro momento do direito eletrônico, têm natureza ímpar;
- (iii) Os contratos eletrônicos, pautados na disciplina contratual clássica, têm desdobramentos tanto no campo civil-empresarial quanto consumerista. A despeito da dicotomia, as relações entre iguais suscitam menos questionamentos ao intérprete do Direito, vez que não raras oportunidades, se valem de soluções mais simples e práticas, como usos e costumes mercantis (*lex mercatoria*), cláusula de eleição de foro, INCOTERMS, arbitragem etc. Relações de consumo, por outro lado, demandam maior atenção, notadamente do legislador e dos tribunais, a fim de prover o

consumidor hipossuficiente com garantias que, ao menos minimamente, assegurem-lhe direitos perante o fornecedor;

- (iv) A internet, a rede mundial de computadores e os contratos eletrônicos são realidade presente para grande parte da população mundial. Da mesma forma, prognósticos de todos e quaisquer institutos levam à irrefutável conclusão que a tendência é a intensificação desse uso e comércio. Diante do cenário que se apresenta, a evolução legislativa, a exemplo do Marco Civil da Internet, é medida de rigor. Contudo a proteção do consumidor e do usuário da Internet ainda demanda uma série de avanços, como a regulamentação da publicidade, do uso das redes, da cessação dos serviços etc.

Portanto, repisamos o quanto disposto nos tópicos primeiros, bem como nos parágrafos supra, acerca da grande evolução que o instituto já sofreu. Da mesma forma, reiteramos o grande caminho que existe pela frente, a ser trilhado pela matéria do Direito Eletrônico e dos contratos telemáticos, a fim de atender aos operadores do Direito e aos usuários, na melhor sorte possível.

BIBLIOGRAFIA

ARAÚJO, Fábio Caldas de. Reflexões sobre o Marco Civil da Internet. **Revista Consultor Jurídico**. São Paulo: Dublê Editorial, 04 de julho de 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jul-04/fabio-caldas-araujo-reflexoes-marco-civil-internet>>. Acesso em: 20 fev. 2017.

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

BENHAME, Mário. Dos Fatos Jurídicos. *In*: FUJITA, Jorge Shiguemitsu et. al. (Coord.). **Comentários ao Código Civil**: artigo por artigo. 3. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 253-321.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei n. 3514, de 2015. **Câmara dos Deputados**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=205248>>. Acesso em: 14 fev. 2017, às 22h30.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1340604/RJ. Relator: Min. Mauro Campbell Marques. São Paulo, 15 de agosto de 2013. **Diário da Justiça Eletrônico**, 22 de agosto de 2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201201416908&dt_publicacao=22/08/2013>. Acesso em: 25 mar. 2017.

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

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial, v. 3: direito de empresa**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. A publicidade no Código de Defesa do Consumidor: aspectos jurídicos centrais e desafios analíticos. **Revista do Advogado**. São Paulo, ano XXXVI, n. 130, p. 68-77, ago. 2016.

E-COMMERCEBRASIL. 34° Webshoppers: e-commerce cresceu 5,2% no primeiro semestre de 2016, diz E-bit. **e-commercebrasil**, 01 de setembro de 2016. Disponível em: <<https://www.ecommercebrasil.com.br/noticias/34o-webshoppers-e-commerce-cresceu-52-no-primeiro-semester-de-2016-diz-e-bit/>>. Acesso em: 09 fev. 2017, 23h30.

ELIAS, Paulo Sá. **Contratos eletrônicos e a formação do vínculo**. São Paulo: Lex, 2008.

FACEBOOK. 45% da população brasileira acessa o Facebook mensalmente. **Facebook**, 20 de março de 2015. Disponível em: <

br.facebook.com/business/news/BR-45-da-populacao-brasileira-acessa-o-Facebook-pelo-menos-uma-vez-ao-mes>. Acesso em: 08 fev. 2017, 22h30.

FINDELSTEIN, Maria Eugênia Reis. **Aspectos jurídicos do comércio eletrônico**. Porto Alegre: Síntese, 2004.

FOLHA DE SÃO PAULO. WhatsApp chega a 1 bilhão de usuários. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 01 de fevereiro de 2016. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/tec/2016/02/1736093-whatsapp-chega-a-1-bilhao-de-usuarios.shtml>>. Acesso em: 08 fev. 2017, às 22h30.

FRANCO, Flávio. O impacto do Marco Civil da Internet nas atividades de E-Commerce. In: ARTESE, Gustavo (Coord.). **Marco Civil da Internet: análise jurídica sob uma perspectiva empresarial**, São Paulo: Quartier-Latin, 2015. p. 299-316.

FREITAS, Arystóbulo de Oliveira. Apontamentos sobre o comércio eletrônico e o Direito do Consumidor. **Revista do Advogado**, São Paulo, ano XXXVI, n. 130, p.14-21, ago. 2016.

GUERREIRO, Carolina Dias Tavares. Formação dos contratos de consumo celebrados via internet. **Revista do Advogado**, São Paulo, ano XXXII, n. 115, p. 34-43, abr. 2012.

HOUAISS, Antonio; VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2004.

INFOLEG. Código Civil Argentino. **InfoLEG – Información Legislativa**. Disponível em: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/105000-109999/109481/texactley340_libroll_S3_tituloI.htm>. Acesso em: 27 fev. 2017, às 16h30.

ISENBERG, Douglas M. **The giga law guide to internet law**. New York: Random House Trade Paperbacks, 2002.

JAYME, Erik. Justicia et Pace, Discours du Président de l'Institut de Droit International, 69ème Session. In : _____. **Gesammelte Schriften, Band 3, C. F. Müller, Heidelberg**, 2003.

JESUS, Damásio de; MILAGRE, José Antônio. **Marco Civil da Internet: comentários à lei 12.965/2014**. São Paulo: Saraiva, 2014.

JORGE JÚNIOR, Alberto Gosson. Aspectos da formação e interpretação dos contratos eletrônicos. **Revista do Advogado**, São Paulo, ano XXXII, n. 115, p. 7-17, abr. 2012.

KENNEDY, John Fitzgerald. *Special Message to the Congress on Protecting the Consumer Interest*. 15 março 1962. Disponível em : <<http://www.presidency.ucsb.edu/ws/?pid=9108>>. Acesso em: 30 de março de 2017.

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

LEAL, Sheila do Rocio Cercal Santos. **Contratos eletrônicos**: validade jurídica dos contratos via internet. São Paulo: Atlas, 2009.

LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. **Validade e obrigatoriedade dos contratos de adesão eletrônicos (shrink-wrap e click-wrap) e dos termos e condições de uso (browse-wrap)**: um estudo comparado entre Brasil e Canadá. 2009. 673 f. Tese (Doutorado em Direito Civil) - Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2009. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-03062011-090910/pt-br.php>>. Acesso em: 12 fev. 2017.

LISBOA, Roberto Senise. Dos contratos em geral. In: FUJITA, Jorge Shiguemitsu et. al. (Coord.). **Comentários ao Código Civil**: artigo por artigo. 3ª ed. rev. atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 604-638.

LORENZETTI, Ricardo L. **Comércio Eletrônico**. Tradução Fabiano Menke. São Paulo: RT, 2004.

_____. Informática, Cyberlaw e E-Commerce. In: LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto (Coord.). **Direito e Internet, v. 1**: aspectos jurídicos relevantes. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 465-508.

_____. Contratos eletrônicos. In: LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto (Coord.). **Direito e Internet, v. 2**: aspectos jurídicos relevantes. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 541-594.

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

MARÇAL, Sérgio Pinheiro, CURY, Renato José. O Comércio Eletrônico e o Código de Defesa do Consumidor. **Revista do Advogado**, São Paulo, ano XXXII, n. 115, p. 136-143, abr. 2012.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. Comércio Eletrônico de Consumo Internacional: modelos de aplicação da lei mais favorável ao consumidor e do privilégio de foro. **Revista do Advogado**, São Paulo, nº 114, p. 31-49, ano XXXI, dez. 2011.

MINAS GERAIS. 1ª Vara Cível da Comarca de Uberaba do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Sentença n. 701 15 009815-3, autos n. 0098153-43.2015.8.13.0701. Autor Aline Martins Fernandes. Réu Gustavo Leone Alves Pereira. Juiz Lúcio Eduardo de Brito. Uberaba, 7 de julho de 2015. **Diário de Justiça**, 10 julho 2015. Disponível em: <http://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_peca_movimentacao.jsp?id=2700100&hash=d24c15c2f41ea0d08e0cfa9c9ddda673>. Acesso em: 30 de março de 2017.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado: direito das obrigações**. Atualizado por Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. v. 38.

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código civil comentado**. 11. ed. São Paulo: RT, 2014.

_____; _____. **Leis civis comentadas**. 3 ed. São Paulo: RT, 2012.

ORTIZ, Rafael Illescas. **Derecho de la contratación electrónica**. Madrid: Civitas Ediciones, 2001.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 2. ed. São Paulo: Bushatsky, 1974.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil, v. 1: parte geral**. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

SANTE, Paulo Henrique Vieira. Contratos eletrônicos e sua validade jurídica. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, v. XVI, n. 118, nov. 2013. Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13867&revista_caderno=17>. Acesso em: 10 mar. 2017.

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

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível nº 9262670-59.2008.8.26.0000. Relator: Des. Ricardo Negrão. São Paulo, 30 de março de 2009. **Diário da Justiça Eletrônico**, 11 de maio de 2009. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=3601100&cdForo=0>>. Acesso em: 25 mar. 2017.

_____. _____. Apelação Cível nº 9228154-81.2006.8.26.0000. Relator: Des. Edgard Rosa. São Paulo, 21 de julho de 2010. **Diário da Justiça Eletrônico**, 04 de agosto de 2010. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=4613541&cdForo=0>>. Acesso em: 25 mar. 2017.

_____. _____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível nº 0117190-97.2008.8.26.0100. Relator: Des. Arantes Theodoro. São Paulo, 03 de fevereiro de 2011. **Diário da Justiça Eletrônico**, 18 de fevereiro de 2011. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=4926888&cdForo=0>>. Acesso em: 25 mar. 2017.

_____. _____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível nº 0179673-03.2007.8.26.0100. Relator: Manoel Justino Bezerra Filho. São Paulo, 29 de abril de 2014. **Diário da Justiça Eletrônico**, 30 de abril de 2014. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=7526581&cdForo=0>>. Acesso em: 25 mar. 2017.

_____. _____. Apelação Cível nº 0021783-84.2010.8.26.0006. Relator: Mario A. Silveira. São Paulo, 18 de maio de 2015. **Diário da Justiça Eletrônico**, 19 de maio de 2015. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=8465472&cdForo=0&vIcPctcha=RQBdx>>. Acesso em: 25 mar. 2017.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível nº 0173811-75.2012.8.26.0100. Relator: Penna Machado. São Paulo, 08 de abril de 2015. **Diário da Justiça Eletrônico**, 09 de abril de 2015. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=8357417&cdForo=0>>. Acesso em: 25 mar. 2017.

_____. _____. Apelação Cível nº 1041085-86.2013.8.26.0100. Relator: Mario Chiuvite Junior. São Paulo, 15 de dezembro de 2015. **Diário da Justiça Eletrônico**, 16 de dezembro de 2015. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=9197269&cdForo=0>>. Acesso em: 25 mar. 2017.

_____. _____. Apelação Cível nº 1002612-55.2015.8.26.0037. Relator: Des. Miguel Petroni Neto. São Paulo, 10 de maio de 2016. **Diário da Justiça Eletrônico**, 17 de maio de 2016. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=9438593&cdForo=0&vIcPctcha=iyEbc>>. Acesso em: 25 mar. 2017.

_____. _____. Apelação Cível nº 1005434-77.2015.8.26.0114. Relator: Des. Hugo Crepaldi. São Paulo, 30 de junho de 2016. **Diário da Justiça Eletrônico**, 30 de junho de 2016. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=9568900&cdForo=0>>. Acesso em: 25 mar. 2017.

_____. _____. Apelação Cível nº 0130935-08.2012.8.26.0100. Relator: Francisco Loureiro. São Paulo, 09 de novembro de 2016. **Diário da Justiça Eletrônico**, 11 de novembro de 2015. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=9971392&cdForo=0>>. Acesso em: 25 mar. 2017.

SAX, Michael M. **International electronic trade carrying out consumer and commercial transactions**. Toronto: Sax Law Office Publications, 1998.

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito do Consumidor**. 3. ed. São Paulo: Método, 2014.

UNCITRAL. Model Law on Electronic Commerce with Guide to Enactment 1996. **United Nations**, Nova Iorque. 1999. Disponível em: <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/electcom/05-89450_Ebook.pdf>. Acesso em: 29 jan. 2017, às 21h30

UNIDROIT. **UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts**. Roma: UNIDROIT, 2010. Disponível em:

<<http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/integralversionprinciples2010-e.pdf>>. Acesso em: 21 fev. 2017.

WIELEWICKI, Luis. Contratos e Internet: contornos de uma breve análise. *In*: SILVA JÚNIOR, Ronaldo Lemos; WAISBERG, Ivo (Coord.). **Comércio Eletrônico**. São Paulo: RT, 2001. p. 191-209.