

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**Comércio Eletrônico: atuação preventiva e repressiva nos
contratos eletrônicos de consumo.**

Cristiano Carlos Mariz Waster

Presidente Prudente/SP
2005

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**Comércio Eletrônico: atuação preventiva e repressiva nos
contratos eletrônicos de consumo.**

Cristiano Carlos Mariz Waster

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do Grau de Bacharelado em Direito, sob orientação da Professora Gilmara Pesquero Fernandes Mohr Funes.

Presidente Prudente/SP
2005

**Comércio Eletrônico: atuação preventiva e repressiva nos
contratos eletrônicos de consumo.**

Monografia aprovada como requisito
parcial para obtenção do Grau de
Bacharel em Direito

Gilmara Pesquero Fernandes Mohr Funes
Orientadora

Paula Pontalti Marcondes Moreira
Examinadora

Andrei Mohr Funes
Examinador

Presidente Prudente/SP, 28 de novembro de 2005.

In navigating our way through the new world of commerce without paper, we may not have all the answers, but we are at least asking the right questions.

(Joseph I. Rosenbaum. Eletronic commerce: key legal and contractual issues www.businessstech.com)

RESUMO

O presente trabalho analisa as questões concernentes ao comércio eletrônico sob a ótica de proteção do consumidor como parte hipossuficiente na relação, descrevendo e classificando pormenorizadamente o que vem a ser contrato eletrônico e discorrendo sobre sua validade e eficácia. O autor buscou estudar a atuação preventiva e repressiva nos contratos de consumo celebrados por meio eletrônico, apontando soluções práticas trazidas pela doutrina acerca do tema. Para tanto, utilizou o caminho do método histórico, valendo-se da técnica da documentação indireta, com pesquisa bibliográfica sobre o tema. Foi empregado o método de abordagem indutivo e o de procedimento monográfico e estatístico. Procurou o autor demonstrar a necessidade de educar o consumidor atribuindo-lhe capacidade técnica para exigir do fornecedor o cumprimento das normas inerentes à relação de consumo. Como alternativa para esta educação, trouxe a idéia da criação de um órgão responsável pela emissão de um selo de conformidade que comprovaria a idoneidade do fornecedor virtual. O autor também faz uma breve análise dos projetos de lei em trâmite acerca do Comércio Eletrônico e da atuação perante as infrações cometidas em detrimento do consumidor virtual. Para tanto, discorre sobre a aplicação do Código de Proteção e Defesa do Consumidor nacional nas relações de consumo por meio eletrônico. Por fim, demonstra algumas práticas abusivas cometidas contra o consumidor e sugere algumas precauções que devem ser adotadas para inibi-las.

Palavras-chave: Contratos Eletrônicos. Comércio Eletrônico. Prevenção. Assinatura Digital. Consumidor. Fornecedor. Internet.

ABSTRACT

This present paper analyses matters concerning electronic commerce under the view of consumer protection as hyposufficient part in the transaction, describing and classifying in details what an electronic contract is and debating about its validity and effectiveness. The author has attempted to study the preventive and repressive actuation in the contracts of consume celebrated through electronic means, pointing practical solutions brought up by the literature concerning the topic. For such, the historical method has been used, through the technique of indirect documentation, with bibliographical research on the matter. The inductive approach method and the monographic and statistical procedure have been used. The author has attempted to demonstrate the necessity of educating the consumer, furnishing him with technical capability to demand from the supplier the fulfillment of the rules regarding the consume relationship. As an alternative for such education, he has brought up the idea of the creation of an organization responsible for the issueing of a stamp of approval that would confirm the capacity of the virtual furnisher. The author also briefly analyses the Bills in course on Electronic Commerce and how to proceed in the presence of infractions carried out harming the on-line consumer. For that, he discourses on the application of the National Consumer Protection and Defense Code to the consume business transactions through electronic means. At last, demonstrates some abusive practices committed against the consumer and suggests some precautions that should be adopted to avoid them.

Key-words: Electronic Contracts. Electronic Commerce. Prevention. Digital Signiture. Consumer. Supplier. Internet.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1 CONTRATOS	10
1.1 PRINCÍPIOS CONTRATUAIS	10
1.1.1 Princípio da autonomia da vontade	10
1.1.2 Princípio da relatividade das convenções	11
1.1.3 Princípio da força vinculante dos contratos	11
1.1.4 Princípio da supremacia da ordem pública	12
1.1.5 Princípio do consensualismo.....	13
1.1.6 Princípio da revisão dos contratos ou da onerosidade excessiva	13
1.1.7 Princípio da boa-fé e da probidade	15
1.2 CONCEITOS.....	16
1.2.1 Conceito de contrato	16
1.2.2 Conceito de contrato eletrônico.....	17
1.3 CARACTERÍSTICAS DOS CONTRATOS ELETRÔNICOS	18
1.4 CONTRATO ELETRÔNICO VÁLIDO E EFICAZ.....	20
1.5 ASSINATURA DIGITAL: CONCEITO E REGULAMENTAÇÃO.....	20
2 E-COMMERCE	24
2.1 CONCEITO	24
2.2 EVOLUÇÃO DO E-COMMERCE	25
2.3 T-COMMERCE.....	28
3 LEGISLAÇÃO APLICÁVEL	30
3.1 PROJETOS DE LEI EM TRÂMITE ACERCA DOS COMÉRCIO ELETRÔNICO	30
3.1.1 A Lei Modelo da UNCITRAL sobre Comércio Eletrônico.	30
3.1.2 O Projeto de Lei nº. 1.589/99 elaborado pela OAB/SP.	32
3.2 APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR NOS CONTRATOS DE COMÉRCIO ELETRÔNICO	33
3.3 O CÓDIGO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR EM CONFRONTO COM AS LEGISLAÇÕES INTERNACIONAIS.	33
4 ATUAÇÃO PREVENTIVA	36
4.1 SISTEMA NACIONAL DE CERTIFICAÇÃO	36
4.2 APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA EDUCAÇÃO E DA BOA-FÉ OBJETIVA	39
5 ATUAÇÃO REPRESSIVA	47
5.1 ASSOCIAÇÃO DE PÁGINAS E DE MARCAS (CYBERSQUATTING)	47
5.2 ASSOCIAÇÃO DE PALAVRAS (METATAGS).....	47
5.3 MENSAGEM COMERCIAL NÃO-SOLICITADA (SPAM)	48
5.4 PROGRAMAS DE REGISTRO DO INTERNAUTA (COOKIES)	50
5.5 PHISHING SCAM E PHARMING SCAM.....	52
5.6 CLÁUSULAS ABUSIVAS.....	54
5.7 O USO DA ARBITRAGEM	55
6 CONCLUSÃO	57
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	59

INTRODUÇÃO

O Indivíduo (compreendendo este não só pessoas físicas, mas também empresas, fundações, instituições, etc) ainda não se adequou à rapidez inerente deste novo sistema de informação e, conseqüentemente, ainda não exige seus direitos e não observa seus deveres da maneira correta, acarretando em infrações a normas tão suscitadas quando se trata de outros meios de comunicação. Tal comportamento nos leva a fazer a seguinte pergunta: Será que consumidor foi educado para as relações realizadas neste novo horizonte que se abre?

Os órgãos fiscalizadores no ramo da alimentação vedam que o comerciante, dono de um restaurante por exemplo, aplique multa ao consumidor quando este deixa alimentos no prato. Só existe a possibilidade de aplicar esta multa quando a compra é feita na modalidade “self-service”. Quando o consumidor adquire o alimento por quilo esta multa não poderá ser aplicada tendo em vista que o consumidor já pagou pelo alimento que deixou de consumir. Porém, tais órgãos admitem a possibilidade de aplicar a multa quando a justificativa se baseia no desperdício de comida que fica nos pratos e não pode ser doada para uma instituição de caridade. Isto se torna possível porque um dos princípios basilares da relação envolvendo o consumidor é o da educação. A multa, nesse caso, não tem um caráter lucrativo para o empresário (a maioria deles revertem esse dinheiro para doações) sendo aplicada tão somente como um caminho a ser seguido pelo consumidor, educando-o para que atue de maneira que apenas consuma aquilo que realmente necessita, evitando o desperdício. O mesmo tipo de educação não deveria ser aplicado nas relações de consumo que envolvem meios eletrônicos, visando a proteção do consumidor, não contra terceiros, mas contra a sua própria fraqueza como ser humano?

O presente tema justifica-se no fato de que o ser humano não está adaptado à nova realidade virtual, ou seja, ainda não compreende que esta novidade que transcende o mundo da comunicação, não trazendo apenas informações bem como criando um novo tipo de relação onde ainda se sobressai o anonimato, criando uma falsa impressão de insegurança e causando, por conseguinte, um descrédito por parte da maioria que não detêm um conhecimento aprofundado de sua sistemática.

Ao se referir a um dos maiores avanços desta nova geração virtual, a internet, Eric Schmidt, presidente da *Novel*, brilhantemente aduz que “A internet é a primeira coisa que a humanidade criou e não entende, a maior experiência de anarquia que jamais tivemos.”.

Tal “desordem” não pode prevalecer perante o Estado, que existe justamente para dirimir conflitos, trazendo para si a responsabilidade de dizer o direito, sendo, portanto, necessário que este, em se tratando de proteção ao consumidor principalmente, não deixe que exista um abismo entre o sistema normativo e este tipo de relação, sob pena causar um tratamento diferenciado a relações semelhantes, ferindo o preceito constitucional do tratamento igual para os iguais.

Protegendo o consumidor estaremos, de certo modo, protegendo a todos porque em um determinado momento todos estaremos no pólo mais fraco em uma relação de consumo, como consumidor.

Para a real solução do problema em questão deve-se encará-lo como verdadeiro e suscetível de regras próprias que elevarão a segurança das relações virtuais e conseqüentemente trarão mais benefícios diretos e indiretos a toda população.

Com a popularização da *internet* e a aplicação de melhorias em sua segurança jurídica estaremos viabilizando a lei da oferta e da procura uma vez que, na *internet*, tal lei se encontra muito mais ávida.

Com a mudança de comportamento causada por uma educação “forçada” do consumidor estaremos, por conseguinte, qualificando os fornecedores que, para sobreviverem neste mundo virtual, terão que se adaptar as novas exigências do mercado, ainda que ocasionadas pela proteção ao consumidor.

De forma alguma esta proteção inviabilizará este novo conceito de mercado pois, existindo real proteção ao consumidor, mais pessoas irão confiar em tal método de relacionamento que reduziu ainda mais os trâmites existentes.

Comumente tem-se a idéia de que o Estado, como ente legislador, só se manifesta em situações de seu interesse ou quando há uma grande comoção social. Este comportamento não deve ser esperado quando se trata de relação de consumo denominada como “virtual” visto que as pessoas tidas como “vítimas” geralmente não se exibem, ou por medo de se expor ainda mais ou por ignorância das lesões que sofreram. Isto acarreta em insegurança jurídica, corrompendo todo o ordenamento jurídico.

Nas relações de consumo realizadas via *internet* nem sempre as normas são observadas e o consumidor, via de regra, não consegue meios para comprovar tal abuso, pela rapidez da transação e a facilidade em manter o anonimato. É sabido que, ao contrário do que se imagina, a *internet* possui meios muito mais eficazes na busca e comprovação da relação consumada. A figura do provedor de acesso deve ser utilizada em prol da segurança, utilizando-o na busca e fiscalização do material que circula na *internet*.

O presente trabalho teve por finalidade estudar a atuação preventiva e repressiva nos contratos de consumo celebrados por meio eletrônico, apontando soluções práticas trazidas pela doutrina acerca do tema. Para tanto, seguirá o caminho do método histórico, utilizando-se da técnica da documentação indireta, com pesquisa bibliográfica sobre o tema.

Inicialmente trouxemos um panorama geral sobre os princípios contratuais e sobre o conceito de contratos para, após, adentrarmos mais especificamente nos contratos eletrônicos de consumo e os princípios norteadores das relações de consumo.

Após, passamos a tratar da validade e eficácia dos contratos eletrônicos analisamos as questões referentes à assinatura digital e na implantação das certificações digitais.

Ao tratarmos mais especificamente sobre a atuação preventiva no comércio eletrônico, demonstramos a necessidade de educar o consumidor para que exija seus direitos nas relações de consumo virtuais. Tal proposição é feita com base na hipossuficiência técnica quanto ao meio utilizado, pois o consumidor não está apto a exigir do fornecedor que cumpra os requisitos básicos para segurança das informações fornecidas para realização do contrato.

Em seguida, discorreremos sobre a atuação repressiva nos casos de ofensas aos direitos dos consumidores, demonstrando os tipos mais comuns de ataques e a maneira de evitá-los com maior sucesso.

Tal proposição baseia-se principalmente no fato de que hodiernamente muito se fala em repressão aos desrespeitos aos consumidores virtuais e muito se discute com relação a sua punição. Porém, dificilmente se propõem a adotar-se medidas que tornem estes desrespeitos muito mais difícil de acontecer.

1 CONTRATOS

1.1 Princípios contratuais

Os princípios contratuais são diretrizes que norteiam, em geral, as relações contratuais, ou seja, toda vez que um estudo for dirigido para a área contratual deve ter como alicerce alguns princípios que solucionarão o problema.

Dentre os princípios que serão analisados a seguir, destacam-se os princípios da autonomia da vontade, da relatividade das convenções e o da força vinculante dos contratos.

Porém, não há pretensão em diminuir a importância dos demais princípios aqui colacionados, que serão de grande relevância para o estudo em questão.

1.1.1 Princípio da autonomia da vontade

Este princípio parte da idéia de que as pessoas, em regra, são livres para contratar. Diz-se “em regra” porque essa liberdade não é plena, como dispõe o artigo 421 do Código Civil que preceitua que “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

Carlos Alberto Gonçalves (2004), ao comentar sobre a função social do contrato, traz a idéia de que o atual Código Civil procurou priorizar os valores coletivos, afastando-se das concepções individualistas, trazidas pelo diploma anterior.

O mesmo autor (2004, p. 5) diz que este artigo “subordina a liberdade contratual à sua função social, com prevalência dos princípios condizentes com a ordem pública”.

Posto isto, podemos dizer que o princípio da autonomia da vontade permite aos contratantes, capazes, gozar de liberdade para acordarem sobre o objeto, lícito, e os termos do contrato, desde que respeitem a função social do contrato.

Sobre o tema podemos utilizar as palavras de Sílvio Rodrigues (2003, p. 15) que diz:

O princípio da autonomia da vontade consiste na prerrogativa conferida aos indivíduos de criarem relações na órbita do direito, desde que submetam às

regras impostas pela lei e que seus fins coincidam com o interesse geral, ou não contradigam. Desse modo, qualquer pessoa capaz pode, pela manifestação de sua vontade, tendo objeto lícito, criar relações a que a lei empresta validade.

No mesmo sentido, Carlos Roberto Gonçalves (2004, p. 20) diz que esse princípio “se alicerça exatamente na ampla liberdade contratual, no poder dos contratantes de disciplinar os seus interesses mediante acordo de vontades, suscitando efeitos tutelados pela ordem jurídica”.

Conclui-se, deste modo, que o princípio em questão garante aos contratantes plena liberdade para contratar, eis que o contrato tratará de algo de interesse das partes, sendo as partes os reais legitimados a delimitarem seu alcance.

1.1.2 Princípio da relatividade das convenções

Como dito, os contratantes possuem certa liberdade e, conseqüentemente, o contrato se tornará lei entre as partes.

Porém, não é possível que algo onde apenas as partes transijam sobre seus termos possa atingir terceiros.

Deste modo, podemos dizer que “os efeitos do contrato só se produzem em relação às partes, àqueles que manifestaram a sua vontade, vinculando-os ao seu conteúdo, não afetando terceiros nem seu patrimônio.” (GONÇALVES, 2004, p. 26).

É natural que o contrato vincule apenas as partes contratantes visto que apenas elas participaram de sua concretização.

1.1.3 Princípio da força vinculante dos contratos

O princípio da força vinculante dos contratos, também conhecido como princípio da obrigatoriedade dos contratos ou princípio da intangibilidade dos contratos, consiste na regra conhecida como *Pacta sunt servanda* (algo como o pacto deve ser cumprido ou contrato faz lei entre as partes), que resume em uma expressão latina a idéia de que uma vez compactuado não pode uma das partes valer-se de escusas para não cumpri-lo.

Na concepção de Sílvio Rodrigues (2003, p. 17) lê-se que:

O *princípio da força vinculante das convenções* consagra a idéia de que o contrato, uma vez obedecidos os requisitos legais, torna-se obrigatório entre as partes, que dele não se podem desligar senão por outra avença, em tal sentido. Isto é, o contrato vai constituir uma espécie de lei privada entre as partes, adquirindo força vinculante igual à do preceito legislativo, pois vem munido de uma sanção que decorre da norma legal, representada pela possibilidade de execução patrimonial do devedor. *Pacta Sunt Servanda!*

Vimos que as partes são livres para contratar, ou seja, ninguém será obrigado a celebrar um contrato que não lhe agrade. Porém, uma vez celebrado o contrato, este vincula suas partes, incorrendo em descumprimento da obrigação, conforme preceitua o artigo 389 do Código Civil quando diz que “não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.”

Este princípio garante aos contratantes a segurança jurídica de que o contrato firmado será cumprido e, quando não cumprido, garante a parte prejudicada o ressarcimento dos prejuízos que suportar.

Nesse sentido ensina Washington de Barros Monteiro (2003, p. 10):

Em virtude do terceiro princípio, aquilo que as partes, de comum acordo, estipularam e aceitaram deverá ser fielmente cumprido (*pacta sunt servanda*), sob pena de execução patrimonial contra o devedor inadimplente. A única derrogação a essa regra é a escusa por caso fortuito ou força maior (Cód. Civil de 2002, art. 393, parágrafo único). Fora dela, o princípio da intangibilidade ou da imutabilidade contratual há de ser mantido (*quod antea est voluntatis postea est necessitatis*).

Como salientou o autor, o artigo 393 do mesmo diploma legal permite ao contratante o não cumprimento do contrato quando houver caso fortuito ou força maior quando não for previsível ou não exista a possibilidade de impedi-lo.

1.1.4 Princípio da supremacia da ordem pública

Este princípio figura como limitação a liberdade de contratar, ou seja, quando houver conflito entre o interesse público e o interesse particular das partes, deve prevalecer o interesse público.

O parágrafo único do artigo 2.035 do Código Civil estabelece que "nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos."

Oportunamente, Carlos Roberto Gonçalves (2004, p. 24) esclarece que:

A doutrina considera de ordem pública, dentre outras, as normas que instituem a organização de família (casamento, filiação, adoção, alimentos); as que estabelecem a ordem de vocação hereditária e a sucessão testamentária; as que pautam a organização política e administrativa do Estado, bem como as bases mínimas da organização econômica; os preceitos fundamentais do direito do trabalho; enfim, "as regras que o legislador erige em cânones basilares da estrutura social, política e econômica da Nação. Não admitindo derrogação, compõem leis que proíbem ou ordenam cerceando nos seus limites a liberdade de todos"³².

Note-se que este princípio, materializado pelo parágrafo único do artigo 2.035, estabelece limites à liberdade de contratar garantida aos contratantes. Entretanto, esta limitação encontra respaldo na idéia de que protegendo a ordem pública estará se prejudicando a liberdade contratual mas protegendo os contratantes num contexto maior, pois também estão inseridos na ordem pública.

1.1.5 Princípio do consensualismo

O referido princípio diz que para a consumação do contrato basta o acordo de vontades, ou seja, quando a lei não estabelecer forma solene para a formação do contrato, qualquer forma que possa caracterizar a exteriorização da vontade de ambas as partes é suficiente para a formação do contrato.

Este princípio é importante para os contratos eletrônicos, visto que a forma eletrônica para a celebração do contrato é permitida desde que a lei não exija forma solene para sua celebração.

1.1.6 Princípio da revisão dos contratos ou da onerosidade excessiva

Este princípio é de grande importância em nosso ordenamento jurídico, pois garante uma equidade posterior a celebração do contrato. Ele parte da idéia de que nenhuma das partes pode prever qualquer intempérie que venha acontecer que possa tornar o contrato extremamente oneroso.

Diz o Código Civil, em seu artigo 884, traz a regra de que "aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o

indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários”. Este instituto traz a regra do enriquecimento sem causa.

Nosso ordenamento jurídico não permite que o indivíduo enriqueça sem que para isso tenha contribuído, ou seja, não é lícito que alguém venha a auferir lucros em detrimento de outrem.

Esse instituto norteia o princípio da onerosidade excessiva, porquanto quando um contrato se torna demasiadamente oneroso para uma das partes por causa superveniente a celebração dele, cria para a outra parte um enriquecimento sem causa.

Nada obstante o artigo acima aludido, a resolução do contrato por onerosidade excessiva possui previsão expressa pelo Código Civil, em seus artigos 478 e seguintes, como segue:

Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.

Note-se que este artigo demonstra claramente o enriquecimento sem causa, causado por uma situação extraordinária e imprevisível. Esse acontecimento recebe o nome de Teoria da Imprevisão que, nas palavras de Carlos Roberto Gonçalves (2004, p. 31):

A teoria da imprevisão consiste, portanto, na possibilidade de desfazimento ou revisão forçada do contrato quando, por eventos imprevisíveis e extraordinários, a prestação de uma das partes torna-se exageradamente onerosa – o que, na prática, é viabilizado pela aplicação da cláusula *rebus sic stantibus*, inicialmente referida.

Esta cláusula *rebus sic stantibus* ao qual o autor se refere garante aos contratantes que estarão obrigados a adimplir o contrato firmado desde que “assim estando as coisas”, ou melhor, a situação circundante permaneça incólume.

Entretanto, em observância ao princípio da força vinculante dos contratos, surge o artigo 479, do diploma ora em questão, que, ainda que impere causa superveniente que torne o contrato extremamente oneroso, a resolução poderá ser evitada “oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato”.

1.1.7 Princípio da boa-fé e da probidade

O contrato nada mais é do que uma conversão das vontades das partes em acordarem, visando um fim em comum. Posto isto, se torna lógico que exista um pressuposto para ambas as partes, qual seja, a boa-fé com relação aos termos do contrato.

Ruy Rosado de Aguiar Júnior (1994, P.7) define boa-fé como:

[...]um princípio geral de Direito, segundo o qual todos devem comportar-se de acordo com um padrão ético de confiança e lealdade. Gera deveres secundários de conduta, que impõem às partes comportamentos necessários, ainda que não previstos expressamente nos contratos, que devem ser obedecidos a fim de permitir a realização das justas expectativas surgidas em razão da celebração e da execução da avenca.

A boa-fé divide-se em objetiva e subjetiva.

A boa-fé subjetiva é aquela oriunda do psicológico do sujeito, ou seja, “deve o intérprete considerar a intenção do sujeito da relação jurídica, o seu estado psicológico ou íntima convicção.” (GONÇALVES, 2004, p. 35).

No caso da boa-fé objetiva não existe a necessidade de se buscar a intenção do sujeito, seu estado psicológico. Contenta-se em vislumbrá-la nas atitudes, na forma exteriorizada da vontade, tratando-se de uma norma comportamental.

Esta é a boa-fé exigida pelo legislador ao dizer no artigo 422 do Código Civil que “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.”

Este diploma legal, apesar de manter a regra da liberdade contratual e do *pacta sunt servanda*, priorizou o aspecto social dos contratos.

Note-se que o referido artigo também faz menção ao princípio da probidade, que está interligado com o princípio da boa-fé.

Nas lições de Carlos Roberto Gonçalves (2004, p. 34), lê-se que:

A *probidade*, mencionada no art. 422 do Código Civil, retrotranscrito, nada mais é senão um dos aspectos objetivos do princípio da boa-fé, podendo ser entendida como a honestidade de proceder ou a maneira criteriosa de cumprir todos os deveres, que são atribuídos ou cometidos à pessoa. Ao que se percebe, ao mencioná-la teve o legislador mais a intenção de reforçar a necessidade de atender ao aspecto objetivo da boa-fé do que estabelecer um novo conceito⁴⁸.

O artigo 422 exalta as obrigações éticas, como a veracidade, integridade, honradez e lealdade.

São regras de condutas exigíveis inseridas no reconhecimento da cláusula gerais de boa-fé objetiva, devendo-se ter garantido o íntegro equilíbrio entre os interesses privados e coletivos, sempre acentuando os últimos quando em conflito com os primeiros.

1.2 Conceitos

1.2.1 Conceito de contrato

O contrato é a fonte de obrigação mais comum e importante existente. Qualquer pessoa celebra um contrato em seu dia-a-dia, até mesmo sem se atentar para esta celebração. Exemplo ocorre quando tomamos um ônibus para o trabalho ou compramos um café na hora do almoço.

Carlos Roberto Gonçalves (2004, p. 2) conceitua o que vem a ser um contrato, senão vejamos:

O contrato é uma espécie de *negócio jurídico* que depende, para a sua formação, da participação de pelo menos duas partes. É, portanto, negócio jurídico bilateral ou plurilateral. Com efeito, distinguem-se, na teoria dos negócios jurídicos, os *unilaterais*, que se aperfeiçoam pela manifestação de vontade de apenas uma das partes, e os *bilaterais*, que resultam de uma composição de interesses. Os últimos, ou seja, os negócios bilaterais, que decorrem de mútuo consenso, constituem os contratos. Contrato é, portanto, como dito, uma espécie do gênero negócio jurídico¹.

E ainda Washington de Barros Monteiro (2003, p. 5) conceitua:

De nossa parte, podemos conceituá-lo como acordo de vontades que tem por fim criar, modificar ou extinguir um direito. Por essa definição, percebem-se, para logo, a natureza e a essência do contrato, que é um *negócio jurídico* e que por isso reclama, para a sua validade, em consonância com o art. 104 do Código Civil de 2002, agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita ou não defesa em lei.

No mesmo sentido dispõe Caio Mário da Silva Pereira (2003, p. 7) quando afirma:

[...] É um negócio jurídico bilateral, e de conseguinte exige *consentimento*; pressupõe, de outro lado, a conformidade com a ordem legal, sem o que não teria o condão de criar direitos para o agente; e, sendo ato negocial, tem por escopo aqueles objetivos específicos. Com a pacificidade da doutrina, dizemos então que o *contrato é um acordo de vontades, na conformidade da lei, e com a finalidade de adquirir, resguardar, transferir, conservar, modificar ou extinguir direitos*. Dizendo-os mais sucintamente, e

reportando-nos à noção que demos de negócio jurídico (nº 82, *supra*, vol. I), podemos definir contrato como o “acordo de vontades com a finalidade de produzir efeitos jurídicos”.

Como bem conceituou a doutrina, o contrato é um acordo de vontades em conformidade com a lei, ou seja, que não infringe algumas regras básicas, com o fim de criar, modificar ou extinguir um direito.

1.2.2 Conceito de contrato eletrônico

Uma vez conceituado o que vem a ser contrato, faz-se necessário delimitar-se o alcance do que se convencionou chamar de "contrato eletrônico".

A primeira demonstração de contrato por meio eletrônico surgiu com o *Electronic Data Interchange* (EDI). Esse sistema ingressou no comércio mundial rapidamente.

Com o incremento tecnológico, os contratos passaram a ser celebrados por outros comumente utilizados por meio da *Internet* como a troca de mensagens pelo correio eletrônico (*e-mail*) e o oferecimento de propostas em uma *página* ou em estabelecimento virtual, nos quais o consentimento da outra parte pode ser expresso pelo *click* de um botão na tela do computador¹.

Há alguns anos atrás, referir-se a um contrato eletrônico soaria um tanto quanto abstrato, porém, nos dias atuais, onde impera a lei do custo/benefício e exige-se uma agilidade cada vez maior, o meio eletrônico funciona como uma estrada de alta velocidade que torna capaz a celebração de um contrato entre pessoas com interesses comuns, mas que se encontram distantes fisicamente.

Porém, para que este meio seja empregado, deve ser exaustivamente analisado fornecendo aos contratantes o nível de confiabilidade capaz de torná-lo tão seguro quanto os demais, sob pena de ser utilizado sem observar regras básicas de proteção aos contratantes existentes no nosso ordenamento jurídico.

Deste modo, deve-se agir com cautela ao conceituarmos o que vem a ser contrato eletrônico, visto que não se deve limitar sua abrangência como também não se deve abarcar aquilo que ele não compreende.

O Contrato Eletrônico mostra-se como uma modalidade que não irá substituir o uso do papel, mas auxiliá-lo, permitindo que ele seja apenas utilizado nos casos

¹ Este método é mais conhecido como *click-wrap agreement*.

realmente importantes, quando a lei assim dispuser. A utilização da máquina torna as negociações muito mais baratas e diminui as etapas entre fornecedor e consumidor a ponto de, ainda que ausente de regulamentação, ser usada em larga escala pelos contratantes.

Neste contexto conclui Liliana M. Paesani (1998, pág 14) ao dizer que imperará a tecnocracia caso o jurista se recuse a aceitar o computador, pois este induz uma nova maneira de pensar.

Conforme sua nomenclatura sugere, os contratos eletrônicos são aqueles realizados por meio eletrônico, ou seja, “uma vez constatado que o meio digital é utilizado para celebrar, cumprir ou executar um acordo, estaremos diante de um 'contrato eletrônico'”. (LORENZETTI, 2004, p. 287).

Para Luís Wielewicki (2001, p. 198) os contratos eletrônicos são “instrumentos obrigacionais de veiculação digital. São todas as espécies de signos eletrônicos transmitidos pela Internet que permitem a determinação de deveres e obrigações jurídicos”.

Os dois autores acima citados conceituam como contrato eletrônico os contratos celebrados por meio eletrônico. Entretanto, o segundo autor delimita o alcance do mesmo quando diz que serão aqueles transmitidos pela Internet.

A nosso ver, ao vinculá-lo a Internet o autor restringiu sua abrangência tendo em vista que ele pode ser realizado com a utilização de outros meios que não seja a Internet, como por exemplo a *Google Net*.

1.3 Características dos contratos eletrônicos

Por se tratar de uma espécie de contrato, a doutrina elaborou duas classificações que destacam o nível de interatividade entre os contratantes e a forma de apresentação do contrato.

A classificação trazida por Lucas Costa Noris (2004) destaca o nível de interatividade das partes no meio eletrônico dividindo-se em:

- Intersistêmicos são aqueles que para sua concretização utiliza-se programas pré-configurados, não havendo interferência humana. Nestes, os programas celebram os contratos automaticamente, havendo interferência humana apenas numa fase pré-contratual, ao aplicar as diretrizes a serem observadas;

- Interpessoais são aqueles que exigem para sua celebração a existência de uma rede interligando os computadores, possibilitando que os contratantes se

comuniquem por meio delas. Os contratos eletrônicos interpessoais, por sua vez, subdividem-se em:

a) Simultâneos - como o nome sugere, são aqueles onde as partes celebram o contrato utilizando-se de aplicativos que enviam e recebem as declarações em um curto espaço de tempo, como se estivessem num mesmo ambiente, porém virtual. *MSN, Trillian*, ou qualquer outro que possibilite a troca instantânea de mensagens, são exemplos deste tipo de contratos;

b) Não-Simultâneos - nesta o meio utilizado para a celebração demanda um lapso temporal um pouco maior para a celebração, baseando-se em comunicação eletrônica, como o *e-mail*.

- Interativos – nestes, a pessoa irá se interagir com um sistema pré-programado, solicitando um serviço, efetuando uma compra, autorizando um débito, etc.

Já a classificação que considera a forma de apresentação do contrato possui uma certa familiaridade com a classificação clássica, diferenciando-se apenas por ser realizada pelo meio eletrônico:

- Contratos de Adesão são aqueles onde uma parte elabora um contrato e a outra adere a ele, ou seja, apenas aceita os termos impostos. Não há, nessa modalidade, a discricionariedade em elaborar um contrato que se adapte a necessidade de ambos, mas sim aceitar as diretrizes contratuais formuladas pela outra parte. Geralmente apresentam-se em forma de *disclaimers*, ou seja, o usuário da Internet, após ler os termos do contrato, manifesta sua aceitação clicando em um *link* fornecido.

Muito comum em instalação de programas (*Softwares*) ou contratos de prestação de serviços da caixa de correios (*e-mail*), como se denota nos contratos de serviço de *e-mail* fornecido pela Hotmail©.

- Contratos Específicos ou Paritários são aqueles que, apesar da manifestação bilateral de vontade na elaboração das cláusulas que estabelecem as condições do negócio jurídico, realiza-se por meio eletrônico. Trata-se, portanto, da forma comum de celebração, onde as partes buscam um fim que beneficie a ambos, porém, se dá por meio eletrônico.

1.4 Contrato eletrônico válido e eficaz

O contrato eletrônico tem em seu nascedouro a utilização de um meio eletrônico, o que acaba diferenciando a análise de sua validade e eficácia.

Essa diferenciação ocorre porque o contrato deve preencher determinados requisitos, tanto para se mostrar válido, quanto para delimitar sua eficácia.

A melhor maneira de discorrer sobre a validade e eficácia dos contratos eletrônicos é colacionar o art. 11 da Lei Modelo da UNCITRAL sobre Comércio Eletrônico, de 1996, que diz:

Art. 11. (1) Salvo disposição em contrário das partes, na formação de um contrato, a oferta e sua aceitação podem ser expressas por mensagens eletrônicas. Não se negará validade ou eficácia a um contrato pela simples razão de que se utilizaram mensagens eletrônicas para a sua formação”.

Sobre este artigo a UNCITRAL emitiu uma interpretação oficial, o que facilita sua compreensão, senão vejamos:

O artigo 11 não tem por objeto interferir com o regime relativo à formação dos contratos, mas sim promover o comércio internacional dando maior certeza jurídica à celebração de contratos por meio eletrônicos. O artigo não trata somente da formação do contrato mas também da forma em que caberia expressar a oferta e sua aceitação. Em certos países, uma disposição enunciada nos termos do parágrafo (1) poderia ser considerada como mera expressão de algo evidente; a saber, que a oferta e a aceitação podem ser comunicadas por qualquer meio, incluídas as mensagens de dados. Não obstante, a disposição é necessária devido à incerteza que subsista em numerosos países sobre a possibilidade de que um contrato possa ser celebrado por meios eletrônicos. (MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES (Org.). Lei Modelo da UNCITRAL SOBRE Comércio Eletrônico (1996) com Guia para a sua Incorporação ao Direito Interno, p. 49 Apud SILVA JÚNIOR, Ronaldo Lemos da / WAISBERG Ivo. Comércio Eletrônico.....pág. 199).

Nesse diapasão, podemos afirmar que o contrato eletrônico será válido e eficaz quando preencher os requisitos de um contrato, como também quando realizado de uma maneira que possa comprovar sua autenticidade e autoria.

Sobre a autenticidade e autoria dos contratos eletrônicos trataremos no capítulo a seguir.

1.5 Assinatura digital: conceito e regulamentação

A problemática existente com relação à assinatura digital é a mesma que se verifica quanto ao documento eletrônico e sua comprovação.

Para estudarmos a matéria, primeiramente se faz necessário conceituar o que vem a ser assinatura, desmistificando, assim a crença de que há a necessidade de documento escrito e assinatura hológrafa para confirmação da autoria.

Utilizaremos as palavras de Lorenzetti, para conceituá-la:

Em sentido amplo, a assinatura é qualquer método ou símbolo usado por uma parte com a intenção de vincular-se ou autenticar um documento. As técnicas podem ser variadas: a assinatura hológrafa, a assinatura manual transformada em carimbo, a assinatura manual digitalizada, o código em cartão de crédito, a chave na criptografia.(2004, p.)

No mesmo sentido leciona Miguel Pupo Correia (1999) quando afirma:

O termo assinatura significa, numa acepção ampla, qualquer ato pelo qual o autor de um documento se identifica e manifesta a sua concordância com o conteúdo declarativo dele constante, isto é, o ato de autenticação pelo próprio autor do documento por ele gerado ou gerado por terceiro e cujo conteúdo este aprova ou aceita.

Destarte, o conceito de assinatura não se confunde com sua forma mais comum, ou seja, a assinatura realizada pelo próprio punho é apenas mais um método de identificação de autoria, que, por se tratar de um método altamente seguro, acabou vinculando-se ao conceito.

Em suma, uma vez afastada a idéia de que assinatura é somente aquela feita com o próprio punho, resta apenas regulamentar a assinatura feita por meio eletrônico padronizando sua utilização.

Essa padronização não deve acarretar numa vinculação a um método, mas sim numa forma de garantir aos contratantes, e ao consumidor em especial, a segurança jurídica de que se trata realmente da pessoa física ou jurídica que a ele se apresenta.

Faz-se necessária esta observação diante de um problema que vem surgindo no mundo, qual seja, a vinculação da assinatura digital com a técnica de criptografia assimétrica.

Sem sombra de dúvidas, o meio mais confiável de comprovar a autoria de documentos digitais hodiernamente é a criação de chaves públicas e privadas. Porém, por ser o mais seguro não se deve confundí-lo com o único capaz de tal comprovação. O que se quer evitar, é a criação de leis específicas para a regulamentação da criptografia assimétrica ao invés de legislar a respeito da assinatura eletrônica.

Ao se regular a certificação digital como meio apto para comprovação da autoria estará, ao mesmo tempo, revolucionando a utilização do documento eletrônico e tornando regra este método, em detrimento de outros mais eficazes que possam surgir.

Como se trata de um círculo social totalmente dinâmico, regular a assinatura digital com um método específico - como a Certificação Digital - poderá ocasionar vários problemas quando da substituição deste método por um mais confiável, quando este se mostrar obsoleto e inseguro.

Com isso, tenta se mostrar que a melhor solução para a regulamentação da comprovação de autoria dos documentos eletrônicos é a criação de parâmetros a se adotar, facilitando para os contratantes a utilização do método que mais lhe convier dependendo do contrato a celebrar.

Nesse sentido caminhou o projeto de Lei do Senado nº 672/99, que dispõe sobre o comércio eletrônico, em seu art. 7º, como segue:

Art. 7.º No caso de a lei exigir a assinatura de uma pessoa, este requisito considerar-se-á preenchido por uma mensagem eletrônica, desde que seja utilizado algum método para identificar a pessoa e indicar sua aprovação para a informação contida na mensagem.

Note-se que o mencionado projeto de lei foi prudente ao tratar do assunto sem designar um método específico, salientando apenas a necessidade de uma forma de identificação de autoria.

Outro empecilho que se vislumbra é a falsa impressão de que documento se consubstancia numa declaração relevante em papel.

Porém, sabe-se que a docência e o suporte são os elementos que compõem o documento.

A primeira consiste na capacidade de incorporar e transmitir uma declaração enquanto a segunda consiste basicamente no suporte, ou seja, no papel ou qualquer outro meio capaz de perpetuar essa declaração.

Desde que o papel foi utilizado como suporte para declaração passou-se a vislumbrá-lo como sinônimo de documento, portanto, requisito essencial para comprovar a autenticidade de uma declaração. Tal assertiva denota-se pelo fato de que vinculada ao papel esta estará sujeita a vários exames técnicos que poderão comprovar sua autenticidade, tornando-se, portanto, um método extremamente confiável.

Nos documentos eletrônicos, isso não é possível, visto que "o documento original pode ser igual ao falso porque não há *bits* falsos; um *byte* fará a cópia exata de outro *byte* original" (GRECO, 2000).

A solução, portanto, é a adoção de métodos que tornem a tarefa de falsificação extremamente difícil e onerosa, equiparando o documento eletrônico ao documento escrito, que também não é infalível.

Entretanto, a adoção de métodos não necessita de regulamentação específica, baseando-se apenas em regulamentações que criarão determinadas observações que darão ao novo método autenticidade.

2 E-COMMERCE

2.1 Conceito

Inicialmente cumpre-se salientar que grande parte dos contratos eletrônicos tem em seu nascedouro uma relação de consumo. Esta relação entre consumidor e fornecedor por meio eletrônico é chamada de comércio eletrônico (*e-commerce*). Por isso, antes de adentrar deste sistema faz-se necessário conceituar as partes envolvidas nesta relação, ou seja, o consumidor e o fornecedor.

O Código de Proteção de Defesa do Consumidor, Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990, em seu artigo 3º, traz o conceito de fornecedor, como segue:

Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

§ 1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.

§ 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

Como visto, fornecedor será aquele que interferir na relação contratual com profissionalismo e intenção de lucro, enquanto o consumidor será aquele que se utilizar dos serviços e/ou produtos fornecidos, como destinatário final. Essa é a exegese encontrada no artigo 2º do referido diploma legal, senão vejamos:

Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

Atente-se que o artigo acima colacionado foi além, equiparou aos consumidores a coletividade de pessoas que participem na relação de consumo. Para facilitar a visualização, imaginem a situação onde um consumidor adquire um produto com seu prazo de vencimento expirado e o leva a uma reunião de pessoas. Todas as pessoas afetadas pelo produto equiparam-se ao consumidor.

Uma vez definidos consumidores e fornecedores, podemos dizer que ocorre um comércio eletrônico quando firmado um acordo de vontades por meio eletrônico

envolvendo a figura de um fornecedor e um consumidor cujo objeto será um produto ou serviço, conforme o próprio art. 3º explica em seus parágrafos:

§ 1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.

§ 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

Nesse sentido, conclui Luís Henrique Ventura (2001, p. 20) quando assevera:

Mas a definição de comércio eletrônico não pode se restringir apenas à compra e venda de mercadorias e, porque existe também a possibilidade de se prestar SERVIÇOS através de redes eletrônicas de comunicação à distância. Por conseguinte, quando se fala de comércio eletrônico refere-se à compra e venda de bens e serviços.

Logo, Comércio Eletrônico é a operação que consiste em comprar e vender mercadorias ou prestar serviços por meio eletrônico.

Saliente-se pelo fato de que aos e conceituar Comércio Eletrônico buscou-se abranger não só aqueles contratos celebrados pela *Internet*, mas todos realizados por meio eletrônico. Esta observação é importante porque a *Internet* é uma rede de computadores interligados, e nada impede que futuramente venham a surgir outras, como recentemente tem se noticiado a criação da *Google Net*¹, que seria uma espécie de internet gratuita fornecida pela *Google*.

Afastando-se a diferença do meio pelo qual é realizado e sua comprovação, o comércio eletrônico exige a observação pertinente ao comércio em geral, em cumprimento dos preceitos trazidos pelo Código de Proteção e Defesa do Consumidor.

2.2 Evolução do e-commerce

Com o surgimento da Internet implantaram-se mudanças em diversos setores, notadamente nas relações comerciais, revolucionando a tradicional maneira de se realizar um negócio.

De fato, a contratação sem um contato físico entre as partes não se trata de algo novo, porém, os contratos eletrônicos como se estuda no presente trabalho, direcionando-o às relações de consumo principalmente, destaca-se dos demais por independe de um meio físico capaz de provar a realização do contrato, ou seja,

enquanto os outros contratos realizados sem o contato físico dependem de algo no mundo físico capaz de provar sua existência, enquanto nos contratos eletrônicos sua prova pode ser feita exclusivamente por meios eletrônicos.

O Comércio Eletrônico permite aos fornecedores uma oferta mais tentadora e possibilita aos consumidores uma melhor forma de pagamento. Por isso, vem aumentando significativamente as negociações das empresas. Isto porque ele reduz drasticamente os custos desde a fabricação do produto, até a chegada na residência do consumidor. Evita os gastos com intermediários e diminui o prejuízo ao se manter o produto na prateleira aguardando o consumidor.

Por meio eletrônico o que está ao alcance do consumidor não é o produto em si, mas uma descrição deste ou até mesmo uma demonstração virtual de seu uso, o que não obriga o fornecedor a tê-lo em estoque, reduzindo seu custo.

Outro fator é que, pela Internet, o fornecedor não precisa ter um representante localizado em cada região, pois no ambiente virtual sua loja terá alcance em todo território nacional e internacional.

Com isto, o número de fornecedores no ambiente virtual cresce a cada ano, visando um consumidor que procura obter vantagens mais sedutoras que as existentes no mercado.

Estas vantagens traduzem-se em números, aonde o comércio eletrônico vem crescendo substancialmente em todo o país, conforme quadro abaixo extraído do site www.e-commerce.org.br:



Fonte: www.e-commerce.org.br

¹ *Google Net*: Conforme notícia veiculada pelo estadão.com.br (2005, p.1) que a empresa Google está adquirindo cabos de fibra ótica em todo os Estados Unidos e adquirindo conexões velozes com o fim de criar uma Internet paralela, que poderá ser acessada gratuitamente por seus usuários.

Para que este crescimento continue acontecendo, se faz necessário que nosso ordenamento jurídico não se torne complexo e de difícil aplicação, necessitando de regras claras e precisas, exprimindo-se em segurança jurídica para ambas as partes.

Dailton Felipini (2005), ao discorrer sobre o tema, afirma:

Conforme a “eCommerce News” já demonstrou várias vezes em anos anteriores, o crescimento do e-commerce é uma tendência natural decorrente do aumento da base de Internautas e da descoberta das vantagens da compra on-line, sendo que esse crescimento deve continuar em ritmo forte pelo menos até o final desta década. Isto, se o governo não inventar nenhum tipo de regulamentação castradora, ou voltar sua insaciável ganância por receita para esse setor ainda incipiente. Pode ser coincidência, mas é interessante como determinados setores nos quais o governo mantém certa distância, se desenvolvem com uma notável exuberância. Assim tem sido no caso do e-commerce, pelo menos até agora.

Em termos de tributação, não existe diferença entre uma loja na esquina ou na Internet. Ou seja, um produto vendido na loja da esquina não pode ser taxado diferentemente do mesmo produto vendido na loja virtual por uma questão de isonomia tributária. O receio de lojistas da Internet e representantes do setor é a que com o aumento do volume transacionado, algum burocrata resolva inventar mais alguma aberração do tipo “taxa por visitante recebido”, “contribuição temporária (sic) para aumentar uma faixa de banda larga”, “fundo de combate ao vírus de computador”, e coisas do gênero. O último ato de Brasília, aumentando a alíquota do lucro presumido das empresas prestadoras de serviços para 40% do faturamento, mostra que nesse setor, o inferno é o limite.

Outro receio é a burocratização. Coisas do tipo: criação de “ministério extraordinário do e-commerce” para estabelecimento das normas, regras e procedimentos a serem seguidos pelas empresas que decidirem vender pela Internet; “Guia de registro das horas com computador ligado na Internet” a ser contabilizada mensalmente; acesso obrigatório ao site “Voz da Internet”, e por aí afora. Resquícios de um país atrasado que devem ser esquecidos.

Exageros à parte, o fato concreto é que o e-commerce representa um novo e promissor canal de comercialização e vem mostrando um exuberante crescimento nos últimos quatro anos. Representa também a geração de renda e empregos, possibilitando a evolução competitiva de nossas empresas e estimulando a expansão das exportações, devido a maior facilidade de divulgação de nossos produtos no mercado externo. Cabe a todos nós cuidarmos muito bem dessa criança de cinco anos de idade que já está trazendo muitos benefícios para o país.

Como bem frisou o autor, para que o comércio eletrônico possa crescer de uma maneira mais rápida e fundamentada, deve o Estado ter cautela ao legislar sobre o assunto, sob pena de acabar com um mercado assaz promissor.

2.3 T-commerce

Como se demonstrou a *Internet* revolucionou as relações humanas em vários aspectos, mudando muitas vezes até a maneira de pensar.

Entretanto, por exigir um investimento tido como alto pelos padrões da classe média brasileira, o acesso à *rede* acaba excluindo uma grande fatia da sociedade que não possui instrução e capital para estar incluído neste universo, em que pese os programas sociais de “inclusão digital”.

Este fator é decisivo para manter a televisão como principal meio de acesso aos consumidores, pois está presente na maioria dos lares do Brasil.

De olho nessa grande porcentagem de consumidores, e cientes de que a maioria dos “*internautas*”¹ também possui aparelho televisor, vem se aliando a *Internet* ao aparelho de televisão, possibilitando aos espectadores navegar pela rede enquanto assistem a seus programas preferidos.

Unindo estes dois universos, o fornecedor consegue oferecer seu produto ao consumidor no momento em que este assiste aos programas habituais, ou oferecer alternativas ao consumidor de escolher pelo programa que quer assistir pagando antecipadamente pelo programa (*pay per view*).

A este novo panorama deu-se o nome de T-Commerce, que seria a abreviação em inglês para algo como comércio televisivo.

Porém, apesar da nomenclatura diversa, entendemos se tratar de mais uma variação do comércio eletrônico, visto que utiliza os mesmos sistemas dele, mudando apenas sua forma de exteriorização.

O mesmo exemplo se vislumbra pela celebração de um contrato de consumo via WAP (Wireless Application Protocol ou Protocolo de Aplicações sem fio) por meio de um celular.

Como dito o comércio eletrônico envolve todo tipo de contratação eletrônica e não apenas a feita por meio de computadores interligados a *Internet*. Diante disso, pode-se dizer que as regras pertinentes aos contratos eletrônicos e ao consumidor virtual aplicam-se a todas as nuances que possam surgir, desde que possuam as mesmas características dele, como celebração por meio eletrônico, desnecessidade de presença física e comprovação por documentos eletrônicos.

¹ Internautas: nomenclatura dada às pessoas que navegam pela rede mundial de computadores.

Contudo, há de se ter em mente que a fiscalização e a punição das irregularidades cometidas utilizando-se do *T-Commerce* devem ser mais rapidamente punidas, pois sua abrangência ainda é maior, assim como o estrago que pode causar. Mas isso, num futuro próximo, deve ter sua importância igualada ao comércio eletrônico em geral, pois os computadores cada vez mais fazem parte do cotidiano da sociedade. O que se busca enfatizar é que não se deve visualizar o *T-commerce* como algo que necessita de regulamentação própria, sob pena de tornar o uso de novas tecnologias ainda mais complicado, pois cada um será regulado separadamente. O que se deve fazer, como já discutido, é legislar de uma maneira que abarque todas as hipóteses existentes e futuras, facilitando a manutenção de um ambiente seguro.

3 LEGISLAÇÃO APLICÁVEL

Em que pese à falta de regulamentação específica, o comércio eletrônico não está desamparado, pois a legislação existente em nosso ordenamento jurídico protege amplamente o consumidor, levando em conta sua condição de hipossuficiente.

A proteção do consumidor encontra-se abarcada pela Constituição da República Federativa do Brasil, em seu artigo que trata dos direitos e garantias fundamentais (art. 5º, inciso XXXII), que afirma:

XXXII – o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;

Em observância do art. 5º, inciso XXXII, da Constituição da República Federativa do Brasil e do art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, foi instituído o Código de Proteção e Defesa do Consumidor, cujas definições de consumidor, fornecedor e produto já foram expostas.

Este código traz alguns preceitos básicos que devem ser observados ao se analisar uma relação de consumo. Tais preceitos serão amplamente discutidos quando tratarmos da atuação preventiva e repressiva no comércio eletrônico.

3.1 Projetos de lei em trâmite acerca dos comércio eletrônico

3.1.1 A Lei Modelo da UNCITRAL sobre Comércio Eletrônico.

Cumpre-se salientar que a Lei Modelo da UNCITRAL não é um projeto de lei nacional relativa ao comércio eletrônico, mas é pertinente ao tema visto que sua finalidade é uniformizar as legislações internas.

A Lei Uniforme da Comissão de Direito do Comércio Internacional da Organização das Nações Unidas (UNCITRAL - *United Nations Commissions on International Trade Law*), que foi aprovada em dezembro de 1996, surgiu com a finalidade de solucionar as dúvidas que vinham surgindo a respeito do Comércio Eletrônico.

Ela propõe a uniformização das leis internas a respeito do comércio eletrônico, facilitando as relações comerciais entre os países, eliminando “os

obstáculos desnecessários ocasionados ao comércio internacional pelas insuficiências e divergências do direito interno que afetem esse comércio”. (Resolução n. 51/162 da Assembléia Geral de 16 de dezembro de 1996: Lei modelo da UNCITRAL sobre o Comércio Eletrônico: um guia para a sua incorporação ao Direito Interno, 2002).

Acerca do tema, Erica Brandini Barbagalo (2001, p. 59) afirma:

[...] tem por finalidade oferecer um conjunto de regras internacionalmente aceitáveis, que permitam eliminar obstáculos calcados na incerteza da validade jurídica das comunicações por meio eletrônicos em âmbito de direito interno. Foi a Lei Modelo formulada no sentido de ser adaptada ao sistema legislativo dos países que houvessem por bem adota-la.

Ricardo L. Lorenzetti (2004, p. 104/105) também discorre nesse sentido, como segue:

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

Outro fator importante que se extrai da Lei Uniforme é o fato de que ela não trouxe nenhuma regulamentação a respeito da proteção dos consumidores virtuais. Verifica-se, portanto, que foi prudente a Comissão visto que possibilita a adesão de mais países que poderiam ter conflitos entre suas legislações – ou até Constituições – e a normas ali presentes.

A Lei Uniforme da Comissão de Direito do Comércio Internacional da Organização das Nações Unidas atendeu muito bem o fim a que se destina, ou seja, trouxe regras claras para solucionar os conflitos internacionais estabelecendo parâmetros aos países aplicarem em suas legislações internas com o fim de pacificar as relações comerciais internacionais, pois possuirão diplomas similares acerca do tema.

3.1.2 O Projeto de Lei nº. 1.589/99 elaborado pela OAB/SP.

O Projeto de Lei nº. 1.589/66 da Comissão Especial de Informática Jurídica da Ordem dos Advogados do Brasil, seção de São Paulo, foi elaborado para regulamentar o comércio eletrônico no Brasil, aplicando o que há de mais moderno na legislação mundial, mas inspirado principalmente na Lei Modelo da UNCITRAL.

Sobre o tema, o aludido diploma traz em seu art. 13:

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

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

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

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

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

Note-se que o referido projeto, acertadamente, remeteu ao Código de Proteção e Defesa do Consumidor as questões relativas aos direitos e deveres do consumidor.

Outro fator importante foi a autorização para o uso da arbitragem nos contratos por meio eletrônico. Porém, como o diploma possibilitou a notificação e intimação extrajudicial por meio eletrônico, poderia ter trazido também a hipótese de arbitragem por meio eletrônico, sem a necessidade de contato físico entre as partes, o que já é possível nos dias atuais, até com um grau elevadíssimo de segurança das informações.

Este projeto, caso venha a ser aprovado, possibilitará um enorme avanço do comércio eletrônico em âmbito nacional, pois agregará a ele um auto grau de segurança jurídica.

3.2 Aplicação do Código de Proteção e Defesa do Consumidor nos contratos de comércio eletrônico

Ao se conceituar o contrato eletrônico e comércio eletrônico vimos que o que diferencia dos demais é apenas o meio utilizado para a celebração do contrato, podendo se aplicar as regras de proteção e defesa do consumidor trazidas pelo Código de Defesa do Consumidor.

De fato, o contrato eletrônico em muito se assemelha aos contratos celebrados entre ausentes, e muito de suas regras podem ser aproveitadas.

Porém, o mais importante é que os princípios de proteção do consumidor podem ser utilizados sem qualquer ressalva, pois o Código de Defesa do Consumidor não faz distinção entre o meio utilizado para a celebração do contrato de consumo.

3.3 O Código de Proteção e Defesa do Consumidor em confronto com as legislações internacionais.

É certo que o Comércio Eletrônico transcende as barreiras internacionais, possibilitando ao consumidor acesso irrestrito ao mercado internacional. Estes contratos internacionais vem crescendo exponencialmente nos últimos anos, devido aos preços alcançados e ao acesso a tecnologia de ponta.

Porém, por se tratar de um novo ângulo de contratação, isto vem suscitando variadas dúvidas, desde a legislação aplicável até o foro competente para dirimir conflitos que surgirem.

Para resolver este conflito podemos fazer uso do que dispõe o Código Civil e a Lei de introdução ao Código Civil.

O Código Civil, em seu artigo 435, assevera:

Art. 435. Reputar-se-á celebrado o contrato no lugar em que foi proposto.

Analisando o artigo podemos concluir que, ao contrato celebrado entre consumidores nacionais e fornecedores de outros países, aplica-se a lei do fornecedor.

A Lei de Introdução ao Código Civil, em seu artigo 9º, dispõe:

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 dependendo de forma essencial, será esta observada, admitidas as peculiaridades da lei estrangeira quanto aos requisitos extrínsecos do ato.

§ 2º. A obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente.

Combinando estes dois diplomas, podemos dizer que se aplica a legislação do domicílio do proponente.

Porém, surge o art. 88, inciso II do Código de Processo Civil que:

Art. 88. É competente a autoridade judiciária brasileira quando:

I - o réu, qualquer que seja a sua nacionalidade, estiver domiciliado no Brasil;

II - no Brasil tiver de ser cumprida a obrigação;

III - a ação se originar de fato ocorrido ou de ato praticado no Brasil.

Parágrafo único. Para o fim do disposto no nº I, reputa-se domiciliada no Brasil a pessoa jurídica estrangeira que aqui tiver agência, filial ou sucursal.

Este artigo trata da hipótese onde a obrigação assumida tem que ser adimplida em território nacional (inciso II), atribuindo competência a autoridade judiciária nacional.

Contudo, como tratamos de comércio eletrônico devemos observar as disposições do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, como faz de forma exauriente Layla Christiane (2002, p. 64/65) em seu trabalho:

O Código de Defesa do Consumidor, por sua vez, determina que o fornecedor teria que se adaptar às diversas legislações de todos os lugares onde se encontrasse o consumidor.

Em seu art. 101, I, de plena aplicação aos contratos de consumo internacionais, o CDC estabelece expressamente a possibilidade do consumidor escolher o foro que quer demandar o fornecedor, podendo ser em território nacional ou no local de origem do fornecedor.

Como lembra a mesma autora ao discorrer sobre o assunto, ainda que exista esta disposição em nosso ordenamento, esta solução não se mostra tão simples, pois a decisão nacional dependeria de uma ulterior homologação no país do fornecedor, estando sujeito a uma nova demanda, observando, ainda, tratados ou convenções internacionais.

Ainda que, *a priori*, consegue se extrair um entendimento quanto a norma aplicável e o foro competente, este entendimento não é pacífico, existindo aqueles que entendem ser aplicável apenas o domínio da empresa, ou seja, caso a empresa utilize o domínio ".fr" devemos aplicar as normas francesas a respeito do comércio eletrônico.

Respeitando esse entendimento, não concordamos com ele, visto que a prática mostra-se claramente contrária a esta solução. É comum, no mercado virtual a utilização de domínios diversos da localização real do fornecedor. Em nosso próprio território vislumbramos essa prática, onde inúmeros fornecedores utilizam-se do domínio ".com" que alude aos sítios americanos.

Nada obstante a discussão doutrinária acerca do tema, uma pacificação vem se desenhando em nosso sistema jurídico. Essa assertiva baseia-se no recente julgamento pelo Superior Tribunal de Justiça que reconheceu o direito de um consumidor, que adquiriu uma filmadora, marca Panasonic, em Miami (USA), e que mais tarde veio a se apresentar defeituosa, de ser reparada pela Panasonic do Brasil Ltda (RESP nº 63.891).

Porém, ainda resta a discussão nos casos onde o fornecedor não possui representante em mercado nacional.

Concluindo, colaciona-se aqui o que expõe Ricardo L. Lorenzetti (2004, p. 416) acerca do tema:

Este tema proporcionou inúmeros debates com as seguintes posições:

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

Das três posições, esta última é a majoritária e com a qual concordamos, tendo em vista que o contrato é celebrado no domicílio do consumidor. A publicidade, que tem efeitos vinculantes, é realizada no computador do usuário, consistindo em oferta feita a domicílio, o que é coerente com a regra da aparência jurídica como fundamento para a oferta e a aceitação sobre a base da confiança, conforme sustentamos acima.

Oportuno a transcrição deste trecho pois nos filiamos a esta corrente doutrinária, aplicando ao tema o que dispõe o art. 101 inciso I, do Código de Proteção e Defesa do Consumidor. Ademais, deve-se ter em mente a idéia de que o consumidor é a parte hipossuficiente da relação de consumo, buscando sempre facilitar sua proteção.

4 ATUAÇÃO PREVENTIVA

Quando se fala em Comércio Eletrônico a primeira discussão que surge é com relação a proteção do consumidor, sempre salientando-se as formas de punição e quem é a autoridade competente para tanto.

Entretanto, antes de preocupar-se com a repressão das lesões ao consumidor virtual, deve-se buscar a prevenção, impedindo que o consumidor virtual seja lesado em seu direito.

Com a prevenção, há um combate antes mesmo de que a ofensa ao direito se constitua, o que diminui os prejuízos para todos os envolvidos.

Para concretizar essa prevenção, devemos usar de métodos que educam o consumidor e, ao mesmo tempo, auxilia na averiguação de irregularidades existentes.

Ciente disso, passamos a apresentar no presente tópico alguns métodos que podem auxiliar nesta prevenção, como o Sistema Nacional de Certificação e o princípio da educação e boa-fé objetiva.

4.1 Sistema Nacional de Certificação

O presente tema visa demonstrar os benefícios que a criação de um sistema nacional de certificação pode proporcionar aos consumidores virtuais brasileiros, pois contarão com o auxílio de um órgão, estatal ou não, que estará constantemente monitorando os sites por ele certificados.

Hodiernamente, contamos com instituições que prestam um serviço de fundamental importância para os consumidores nacionais, onde são exemplos o INMETRO (Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial) o IPEM (Instituto de Pesos e Medidas), etc. Esses institutos auxiliam os consumidores no momento em que fiscalizam os produtos disponíveis no mercado, verificando se estão de acordo com as normas nacionais. Grosso modo, o que se busca com a criação do sistema nacional de certificação é esse tipo de fiscalização.

Essa fiscalização seria feita por um órgão responsável pela verificação dos sítios que fornecerem produtos e serviços por meio eletrônico, verificando se estão de acordo com a legislação de proteção ao consumidor. Ao *site* que estiver de

acordo com as normas, seria emitido um selo de aprovação, que estaria condicionado a constante verificação dos parâmetros exigidos.

Este órgão, além de fiscalizar, pode ser responsável por centralizar as reclamações referentes aos produtos e serviços fornecidos, sendo ele incumbido de apurar as reclamações, sob pena de cassação do selo fornecido.

Exemplificando, o que se busca com tal sistema é similar ao serviço prestado pelo PROCON de São Paulo, a exemplo, conforme seus próprios objetivos, que estão disponíveis em seu sítio na *internet* (<http://www.procon.sp.gov.br/instobjetivos.asp#Objetivos>), como segue:

Objetivos da Fundação Procon

A Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor - Procon, instituição vinculada à Secretaria da Justiça e da Defesa da Cidadania do Estado de São Paulo é caracterizada, nos termos da legislação, por ser uma entidade com personalidade jurídica de direito público, dotada de autonomia técnica, administrativa e financeira.

Com o apoio de um grupo técnico multidisciplinar, tem dentre seus objetivos a recepção, análise e encaminhamento de reclamações de forma individual ou coletiva que são apresentadas pela população, bem como orientação aos consumidores acerca de seus direitos.

Além do atendimento direto, a Fundação mantém fiscalização permanente, com o objetivo fazer cumprir as determinações da legislação relativa à defesa do consumidor.

Oferece subsídios e acompanha ações judiciais coletivas propostas em nome da Fundação, e realiza estudos e acompanhamento de legislação nacional e internacional, bem como de decisões judiciais referentes ao tema.

A Fundação desenvolve também programas educativos, estudos e pesquisas na área de defesa do consumidor; oferece suporte técnico para a implementação e operacionalização dos Procons Municipais Conveniados; realiza intercâmbio com entidades oficiais, organizações privadas, e outros órgãos envolvidos com a defesa do consumidor, inclusive internacionais.

Todavia, além de fiscalizar, este órgão irá emitir um selo aprovando o fornecedor que cumpre a legislação, facilitando ao consumidor virtual a escolha entre os *sites* em situação regular.

A criação deste órgão, saliente-se, não torna obrigatório ao fornecedor, para sua manutenção na rede, a necessidade do selo, como também não presume-se irregular determinado *site* por não possuir o selo de conformidade. Este selo tem como escopo auxiliar o consumidor no sentido de precaver-se em substituição ao consumidor, verificando os sítios que o detenham.

No Brasil, tal proposição não tem solidez, mas na Europa já existe esse tipo de certificação, que transcende as barreiras dos países adeptos. Vejamos notícia veiculada pelo Ministério da Ciência e Tecnologia (2002) sobre o assunto:

A Comissão Europeia está planejando lançar um esquema de selo de confiança para garantir padrões mínimos de proteção ao consumidor online. A iniciativa visa incentivar os europeus a fazerem compras via internet, informou ontem um funcionário da Comissão.

Ao exibir um ícone facilmente reconhecível --o selo de confiança-- em um site na web, os comerciantes registrados poderiam demonstrar aos consumidores que atendem determinados requisitos de proteção, como requerimento de privacidade de dados, compromissos quanto aos preços oferecidos, transparência de informação e um sistema aberto para reclamações.

O poder executivo da União Europeia espera que o esquema --a ser revelado no começo do ano que vem-- ajude as pequenas e médias empresas a vender seus produtos e serviços on-line, especialmente a consumidores de outros países que talvez não conheçam o revendedor.

A proposta quanto ao selo de confiança, que conta com o apoio da indústria e dos consumidores, surgiu no momento em que as empresas e os líderes do governo reabriram o diálogo sobre a necessidade de fomentar o comércio digital.

Centenas de líderes do setor público e privado se reuniram ontem para lançar iniciativas que estimulariam as vendas de produtos eletrônicos diante da desaceleração econômica, ciberterrorismo, pirataria digital e da perda de confiança pelos consumidores.

O GBDe (Global Business Dialogue on Electronic Commerce), organização mundial estabelecida em 1999 para definir padrões comuns e promover a auto-regulamentação do comércio via internet, disse que o crescimento do comércio eletrônico ainda precisa ganhar a confiança dos consumidores.

"A decolagem dos novos serviços demorou mais do que se esperava", disse Luis Lada, vice-presidente de estratégia corporativa da Telefónica, maior operadora de telecomunicações da Espanha.

Os problemas generalizados quanto à privacidade, métodos de pagamento inseguros, proteção inadequada aos direitos de propriedade intelectual e falta de compreensão quanto aos benefícios do acesso em banda larga de alta velocidade estão reduzindo o potencial do comércio eletrônico, segundo a organização.

Num primeiro momento poderia se criar um órgão apenas nacional, mas num momento posterior poderia se expandir para o Mercosul.

Uma alternativa para essa Certificação seria a criação de uma agência reguladora, nos moldes da Anatel. Nesse sentido já se pronunciou o Deputado Júlio Semeghini (PSDB/SP) em notícia veiculada pelo Ministério da Ciência e Tecnologia (2002):

O deputado federal Júlio Semeghini (PSDB/SP) defendeu nesta terça-feira, 19, a criação de uma agência reguladora para a Internet brasileira. Para Semeghini, as mudanças trazidas pela Web são complexas demais para serem reguladas através do governo e do Congresso Nacional.

"Uma agência teria independência e flexibilidade, o que não acontece hoje com o governo", explica. A defesa foi feita durante a participação do parlamentar no Congresso Internacional sobre Negócios Jurídicos e Internet, que acontece até o próximo dia 21.

De acordo com Semeghini, a dinâmica do mercado deve exigir mudanças constantes, mais facilmente implementáveis a partir de uma agência que siga os moldes da Anatel ou da Aneel. Um exemplo de assunto que aguarda regulamentação é o envio de spam.

"Teremos uma audiência pública no Congresso, em fevereiro ou março, justamente para discutir se cabe lei ou não", diz, lembrando que pouquíssimos países têm leis a respeito e que os resultados não são bons. O deputado defende que a questão seja resolvida por meio de um esforço de auto-regulamentação dos provedores.

A criação do Sistema Nacional de Certificação é extremamente positiva, porquanto trará benefícios a ambas as partes: aos consumidores uma garantia de que aquele fornecedor atende os requisitos mínimos de segurança e a certeza de que existe algum lugar onde registrar sua queixa; e aos fornecedores um atrativo a mais que gerará maior rentabilidade.

4.2 Aplicação do princípio da educação e da boa-fé objetiva

Para sobreviver no mercado, o fornecedor necessita estar cada vez mais ciente das necessidades e anseios dos consumidores. Enquanto isso, para ser consumidor não há qualquer tipo de preparação.

Para se tornar um fornecedor há a necessidade de estudar as características do mercado e os meios necessários para mostrar seu produto.

Nesse contexto, onde o consumidor é constantemente seduzido, deve se traçar parâmetros para a captação de clientela, sob pena de estar ferindo as garantias do consumidor. Essa proteção é necessária, visto que todo mundo, sem exceção, será consumidor num momento de sua vida, pois é praticamente impossível alguém se auto-prover numa sociedade como a de hoje.

Todos têm necessidades e dependem de outras pessoas que forneçam produtos capazes de supri-las. Essa dicotomia oferta/procura muitas vezes cria situações onde o consumidor é desrespeitado, quando não enganado sobre as propriedades do produto.

Por isso a Constituição da República Federativa do Brasil e o Código de Proteção e Defesa do Consumidor se preocuparam em reduzir essa hipossuficiência, aplicando preceitos básicos às relações de consumo.

Entretanto, na maioria das vezes, esses preceitos são apenas observados num aspecto de defesa do consumidor. Ocorre que, a melhor maneira de se proteger o consumidor é educando-o, de forma que este passe a exigir dos fornecedores um respeito maior a suas garantias.

Como exemplo dessa educação, citamos um caso que aconteceu recentemente em algumas cidades do país.

Alguns restaurantes que vendiam por quilo passaram a aplicar uma multa aos consumidores que deixavam comida em seus pratos. Porém, tal prática, a primeira vista, parece arbitrária, pois os consumidores já pagaram por aquele alimento deixado no prato.

Notificados a esclarecerem o motivo da dupla cobrança, os restaurantes alegaram que o restante da comida que sobrava nas gôndolas era doado para instituições de caridade. Ocorre que, havia um desperdício muito grande com a comida que restava nos pratos, que não poderia ser doada.

Este fator foi preponderante, visto que a multa ora aplicada tinha o fim de educar os consumidores e não de puni-los pelo desperdício.

Nesse sentido noticiou Fátima Fernandes e Cláudia Rolli (2001) na matéria intitulada *Brasil 'joga fora' R\$ 150 bilhões por ano*:

Um movimento anti-desperdício começa a espalhar-se pelo país. Num restaurante da rede Habib's, no centro de São Paulo, quem raspa o prato paga o preço fixo de R\$ 3,90, independentemente de quantas vezes se servir. Quem deixa restos de comida paga o dobro.

Assim como a loja do Habib's, que está querendo jogar menos comida fora, o racionamento de energia elétrica trouxe à tona um problema que é gigantesco no país – o desperdício.

As ações para economizar água, alimentos, material de construção e embalagens, ainda que incipientes, passaram a ser debatidas intensamente em vários setores da economia nos últimos três meses. O uso mais racional da eletricidade, forçado pela crise energética, despertou a consciência de que o consumidor pode economizar muito mais, sem viver com desconforto. O mesmo vale para a indústria, o comércio e o setor de serviços. O tema ganhou força nos últimos dias com o fato de o mundo estar na iminência de uma guerra.

[...]

Nos restaurantes, o desperdício é maior ainda, especialmente naqueles que cobram preço fixo por refeição. A atitude do Habib's, em prática em uma das suas 180 lojas, espanta os clientes não frequentes, mas ganha o apoio dos consumidores tradicionais.

A supervisora da loja, Rejane Gomes, vai de mesa em mesa explicar para o cliente o motivo do preço mais caro. "Tem muita gente morrendo de fome por aí", argumenta. Essa mensagem é transmitida diariamente para 15 a 20 pessoas das 320 que almoçam lá.

Nessa acepção, mas, saliente-se, não com aplicação de multa, é que entendemos ser necessário, nesse momento de adaptação, a aplicação de métodos que busquem a conscientização dos consumidores virtuais sobre seus direitos e garantias que devem ser exigidos na contratação por meio eletrônico.

Temos outro exemplo na aplicação de cobrança progressiva instituída pela SABESP no fornecimento de água e esgoto.

Sobre esta cobrança, explica Juliana Ogalla Tinti (2003, p. 1):

Para efetuar o cálculo das contas de água e esgoto a Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo - Sabesp -- deve obedecer a determinados critérios, instituídos por meio de Decretos-Lei e normas internas, dentre os quais destaca-se (i) a categorização do usuário como residencial, comercial, industrial, público ou misto, (ii) a quantificação do consumo, para fins de aplicação de tabela progressiva de preços de tarifas, e (iii) a classificação do imóvel no chamado "regime de economias".

A aplicação do primeiro critério acima indicado tem por objetivo beneficiar o consumidor residencial. É que o preço cobrado pelo metro cúbico da água e do esgoto deste consumidor é menor do que aquele aplicado aos demais usuários, tendo em vista que a capacidade contributiva dos últimos é presumivelmente maior do que a do primeiro.

O segundo critério a ser obedecido visa incentivar a diminuição do consumo através da aplicação de tabela progressiva de preços. Assim, o preço do metro cúbico da água e do esgoto será tanto maior quanto o for o consumo. O terceiro critério destacado foi instituído pelo Decreto-Lei Estadual nº 21.123/83, que estipulou o conceito de "economia" para fins de cobrança de tarifas de água e de esgoto. Com o advento deste Decreto-Lei, a Sabesp deveria desmembrar os prédios -- residenciais ou não -- compostos por unidades autônomas, classificando-os em tantas "economias" quantas fossem as unidades autônomas.

Sem adentrarmos na verificação de sua constitucionalidade, a progressão veio diante do alto consumo de água, educando o consumidor a utilizá-la mais prudentemente.

Aliando este princípio da educação dos consumidores ao comércio eletrônico, é que criaremos um ambiente seguro ao consumidor, pois ele estará apto a exigir dos fornecedores um tratamento correto.

Henrique Alves Pinto (2004), ao discorrer sobre o assunto afirma:

a)Educação: uma importantíssima ferramenta de auxílio ao consumidor, busca torná-lo mais consciente de suas responsabilidades, direitos e obrigações, ajudando-o a exercer um papel atuante no mercado, protegendo-o dos enganos e fraudes, ao possibilitar o acesso efetivo à lei e aos mecanismos de reparação.

A questão que surge é a de que não adianta criar mecanismos de segurança capazes de garantir a autenticidade da mensagem ou a identidade de seu remetente e destinatário se não educar o consumidor a exigi-la quando necessário.

Nesse sentido o PROCON de São Paulo já promove a educação do consumidor quando se trata de consumo em geral, como segue:

EDUCAÇÃO PARA O CONSUMO

A Fundação Procon também atua preventivamente desenvolvendo projetos de Educação para o Consumo formal objetivando a implantação de conceitos básicos de proteção e defesa do consumidor, de modo transversal, nas matérias que compõem a grade curricular do ensino fundamental, médio e superior, para formar cidadãos conscientes, críticos e participativos.

Os projetos consistem, em linhas gerais, no treinamento e/ou orientação de professores e coordenadores que atuam como agentes multiplicadores, por meio de material didático desenvolvido especialmente para esse fim.

Como distinguir um fornecedor, no comércio eletrônico, que cumpre alguns requisitos básicos de segurança se muitas vezes o consumidor não possui conhecimento de que tais requisitos são necessários?

É certo que, ainda que o consumidor não tenha noção, o fornecedor deve se precaver para garantir a segurança das informações obtidas em razão da negociação. Porém, isso será apenas verificado quando houver desvio de finalidade dessas informações, onde grandes estragos já podem ter ocorridos.

Um consumidor bem informado poderá exigir mais do fornecedor, reduzindo sua hipossuficiência técnica quanto ao meio utilizado.

Sobre o tema, colacionamos as palavras de Ricardo Luis Lorenzetti (2004, p. 363), que leciona:

Nesses casos, empresas atuam profissionalmente perante consumidores leigos, o que os distancia em nível econômico e em nível de conhecimento. O que ocorre no mundo real também se repete no mundo virtual. Poderíamos afirmar que essa característica não apenas se mantém, como também se aprofunda, uma vez que se podem verificar três categorias de disparidades:

O mesmo autor (2004, p. 363) classifica-as como *Disparidades econômicas* (que seria a hipossuficiência econômica); *Disparidades de informação quanto ao objeto* (que seria a hipossuficiência técnica quanto ao objeto do contrato) e; *Disparidades tecnológicas* (que seria a hipossuficiência técnica quanto ao meio utilizado para contratar).

Sobre a hipossuficiência econômica o autor afirma:

No mundo da economia real existem diferenças econômicas entre os fornecedores de bens e serviços e os consumidores, em razão das quais foram criadas normas de proteção como escopo de neutralizar esta deficiência. Na economia da informação e no mundo virtual continuam figurando fornecedores com um importante poder de negociação, ficando claro, a partir dos dados sobre fusões e acordos estratégicos entre empresas, que há um incremento da tendência de concentração. Com razão, já se disse que "onde há consumo, haverá consumidores".

Em que pese as considerações do autor acerca do tema, não vislumbramos a necessidade de maior proteção do consumidor virtual do que a existente no âmbito geral, protegendo-o de sua hipossuficiência econômica.

Sobre a hipossuficiência técnica quanto ao objeto do contrato Lorenzetti (2004, p. 363) leciona:

No meio virtual também se verificam as diferenças no volume de informações referentes ao bem ou serviço que constitui o objeto da prestação, o que deu lugar ao surgimento da categoria de "fornecedores profissionais" e à imposição de deveres de informação, de ônus da prova etc. Na área que analisamos no momento, ocupamo-nos não apenas da economia digital, mas também da economia da informação, e, portanto, nos referimos a produtos que são constituídos de informação, o que instaura uma nova diferença qualitativa. Não se trata apenas do desconhecimento acerca de aspectos relativos às características do automóvel, do imóvel ou do empréstimo em dinheiro contratado. O produto constituído pela informação é:

- intangível, e por isso refratário à verificação empírica que o consumidor está acostumado a efetuar como prova da confiabilidade;
 - hermético, no sentido de que apresenta uma característica enigmática acerca da possibilidade de conhecê-lo da mesma maneira e grau de conhecimento que se tem sobre outros produtos;
 - mutável e flexível, o que significa que a experiência anterior não tem muita importância;
 - está inserido num complexo sistema de relações, uma vez que apresenta interações múltiplas com outros sujeitos ou outras partes.
- O produto, desta forma, é um verdadeiro desafio para o consumidor.

Aqui, nada obstante os fatores que diferenciam o produto, devem ser supridos com informações detalhadas sobre as características dos produtos de forma a elucidar qualquer dúvida.

Com relação a hipossuficiência técnica quanto ao meio empregado, ao nosso ver, é a que desperta maior interesse, pois trata-se de algo não muito comum nas relações consumeristas, conforme afirma o mesmo autor (2004, p. 364):

No ambiente virtual, além do que já foi dito, floresce uma diferença cognoscitiva sobre o meio empregado. No direito comparado há normas jurídicas que estabelecem um esquema protetivo relacionado com o surgimento de novas tecnologias de *marketing* agressivo, o que se acentua no caso da *Internet*, que possibilita a realização de publicidade dentro da residência do consumidor. Esta nova realidade apresenta particularidades, porque a publicidade dentro de casa atinge todo o grupo familiar, criando expectativas e comportamentos orientados ao consumo que restam irresistíveis, propiciando inclusive conflitos familiares. Deve-se levar em consideração, outrossim, que a tecnologia é cada vez mais complexa na sua programação, mas se apresenta de maneira bastante simplificada perante o usuário, ocultando deste modo uma grande quantidade de aspectos que permanecem na esfera de controle do fornecedor. Pode-se afirmar que a tecnologia aumenta a vulnerabilidade dos consumidores, instaurando uma relação que não lhes é familiar.

Como asseverou o autor, não se trata de um meio familiar ao consumidor em que ele possa usar de meios capazes de evitar situações que infrinjam seus direitos.

Neste sentido, entendemos haver a necessidade de normas que eduquem o consumidor de maneira que acabe familiarizando-o ao ambiente virtual.

Nesse sentido conclui o autor (2004, p. 365):

Concluimos este ponto afirmando a necessidade de um desenvolvimento do princípio protetivo no âmbito da economia da informação e da tecnologia digital, cujos aspectos mais específicos desenvolveremos ao longo deste capítulo.

Auxiliando nessa educação preventiva estará o Sistema Nacional de Certificação, que poderá promover cursos aos consumidores e fornecedores com o intuito de promover um ambiente virtual seguro e mais atrativo.

A dúvida que surge é como fiscalizar o fornecedor verificando se este está cumprindo o dever de educar o consumidor.

Solucionando este impasse podemos utilizar o princípio da boa-fé objetiva, que, de acordo com o artigo 422 do Código Civil, onde "Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé".

Cláudia Lima Marques (2002), ao discorrer sobre o tema, afirma:

Boa-fé significa uma atuação "refletida", atuação refletindo, pensando no outro, no parceiro contratual, respeitando-o, respeitando seus interesses legítimos, seus direitos, respeitando os fins do contrato, agindo com lealdade, sem abuso da posição contratual, sem causar lesão ou desvantagem excessiva, com cuidado para com a pessoa e o patrimônio do parceiro contratual, cooperando para atingir o bom fim das obrigações, isto é, o cumprimento do objetivo contratual e a realização dos interesses legítimos de ambos os parceiros.

Nas relações consumerista, o princípio da boa-fé está descrito no artigo 4º, inciso III, do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, que dispõe:

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

(...)

III – harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170 da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores. (grifos não originais)

(...)

O preceito da boa-fé trazido pelo CDC vai além da boa-fé subjetiva, verificando-se nas relações de consumo a boa-fé objetiva.

A boa-fé objetiva, segundo resume Silvio Salvo Venosa (2003, p. 3), "nada mais é do que uma conceituação moral, ética, lícita, no momento em que as partes se conduzem negocialmente".

No mesmo sentido afirma Ana Carolina de Cássia Franco (2003):

Ao contrário da boa-fé subjetiva, detectada pela conduta psicológica do indivíduo, a boa-fé objetiva, exterior a ele, preocupa-se com a conduta que o indivíduo teria numa determinada situação, impondo-lhe um comportamento de respeito para com o outro. E configurando-se a boa-fé objetiva no campo obrigacional, pouca importância tem o elemento subjetivo, pois o que o ordenamento jurídico requer é a obediência a um determinado padrão de conduta.

Este princípio tem grande relevância pois dele derivam outros princípios que serão fundamentais para a interpretação dos contratos eletrônicos.

Em nenhum momento se busca prejudicar o fornecedor ou onerá-lo de maneira que torne a sua atuação inviável. Isto porque, dele depende o consumidor.

Este raciocínio, a primeira vista, parece tornar o comércio eletrônico mais prejudicial ao fornecedor. Mas como já salientamos, aos consumidores mais aptos proporcionará um ambiente virtual muito mais maduro.

O que se busca realçar é a hipótese de junção destes dois princípios (educação e boa-fé objetiva) para uma melhor prevenção do consumidor nos contratos eletrônicos.

Aliando a criação de requisitos estabelecidos aos fornecedores com o intuito de educar o consumidor ao fato de que a observância destes preceitos será analisada de forma objetiva, o consumidor terá a garantia de que o contrato firmado estará nos moldes do que dispõe o Código de Proteção e Defesa do Consumidor.

Como dito o princípio da boa-fé objetiva exige a observância da moral, ética e licitude do ato, de forma exteriorizada, sem levar em conta os aspectos subjetivos.

A existência de preceitos que, de certa forma, obrigam o fornecedor a "educar" o consumidor nas relações por meio eletrônico, irá impor ao fornecedor que assim proceda sob pena de inobservância do princípio da boa-fé objetiva.

Mister observar que, conforme a legislação colacionada, o fornecedor deverá educar o consumidor em vários momentos contratuais, inclusive numa fase pré-contratual.

A educação do consumidor reduzirá drasticamente a disparidade técnica quanto ao meio utilizado, garantindo ao consumidor o direito de exigir a preservação de seus dados, pois terá conhecimento dos meios tecnológicos capazes de assegurá-los.

Isto, a longo prazo, tornará o consumidor mais apto a contratar, utilizando-se dos estabelecimentos virtuais que, por sua vez, criarão um ambiente mais seguro e propenso a um crescimento sustentável.

5 ATUAÇÃO REPRESSIVA

Ainda que se adotem métodos capazes de reduzir as possibilidades de ofensas aos direitos do consumidor, algumas ofensas ainda ocorrerão.

Porém, no presente trabalho o que se tentará demonstrar serão algumas práticas comumente praticadas no mundo virtual, que não encontram similares no comércio em geral.

Tais práticas devem ser extirpadas do comércio eletrônico, pois na maioria das vezes induzem o consumidor a erro, aproveitando-se de meios tecnológicos para tanto.

5.1 Associação de páginas e de marcas (*Cybersquatting*)

Essa prática consiste no ato de criar um *site* idêntico a um outro bastante conhecido com o intuito de enganar o consumidor. Consiste também no ato de copiar uma marca, aproveitando-se de sua popularidade.

Ricardo L. Lorenzetti (2004, p.394), ao discorrer sobre o tema, afirma:

É possível que um sujeito que desejar ofertar seus produtos na *web* acabe por estabelecer uma semelhança com uma página ou marca conhecidas; para isso, pode utilizar a "clonagem de páginas", confeccionando uma igual a outra difundida, para a finalidade de se aproveitar do efeito de atração que essa prática produz.

Conclui-se, conforme expôs o autor, que estas práticas devem ser combatidas pois ofendem o consumidor no momento em que tentam fraudá-lo.

Como prevenção, o consumidor deve sempre digitar o endereço do *site* desejado na barra de endereço de seu navegador.

5.2 Associação de palavras (*metatags*)

Hodiernamente, o número de sítios disponíveis na rede mundial é imenso. Para auxiliar o usuário nesta tarefa de encontrar o endereço correto dentro de inúmeras opções surgiram os *sites* de busca (Altavista, Google, Cadê). Para tanto estes *sites* de busca desenvolveram "programas-robos" que ficam incumbidos de

varrer a *internet* em busca de *sites* e associando-os a palavras inseridas em seu conteúdo, classificando-os para o usuário em ordem de importância.

No entanto, os programadores responsáveis pela criação destes *sites* podem auxiliar estes "programas-robos" nesta tarefa. Para tanto basta inserir no código html (*hyper text markup language*) palavras-chave que correspondem ao conteúdo fornecido pela página da *internet*.

Entretanto, alguns sítios utilizam esta técnica para fins ardilosos posto que associam o *site* a palavras-chave que nada têm em comum, aproveitando-se dos mecanismos de busca para induzir o usuário a erro. Para tanto, costumam utilizar-se de palavras de cunho sexual ou nomes de pessoas públicas.

Nesse sentido explica Lorenzetti (2002, p. 391/392):

A publicidade enganosa é freqüente, e tem como motivação o desejo de atrair o internauta. A tendência mais consolidada na utilização da *Internet* se orienta para o emprego de ferramentas de busca e não à busca individual e exaustiva feita pelo usuário, mais difícil e lenta; nestas ferramentas são empregadas palavras-chave, e o uso que delas se faz possibilita a feitura de análises estatísticas. Conseqüentemente, aquele que confecciona uma página poderá incluir algumas das palavras mais freqüentemente procuradas pelos usuários, conforme a informação fornecida pelos *sites* de busca, de modo que cada vez que o internauta escreva essa palavra a página será exibida, ainda que não tenha uma relação direta com o tema: utilizam-se palavras vinculadas ao sexo, às marcas de produtos e às empresas mais procuradas. Esta técnica, denominada *metatag*, constitui publicidade enganosa com relação ao consumidor e aproveitamento indevido do nome, em caso de utilização de marcas.

Essa prática configura ofensa aos consumidores no momento em que apresenta um conteúdo diverso do oferecido em seu portal, induzindo-o a erro.

5.3 Mensagem Comercial não-solicitada (*Spam*)

O primeiro caso de *Spam* que se tem conhecimento ocorreu em 1978, conforme notícia veiculada no Portal Terra, sobre "O que é Spam" (2003) em sua seção de informática:

A primeira mensagem não-solicitada enviada por e-mail de que se tem notícia foi um anúncio da DEC, fabricante de computadores, que falava sobre a nova máquina DEC-20, em 1978. A mensagem, que foi enviada na ARPAnet (Advanced Research Projects Agency Network, rede de pesquisa avançada do Departamento de Defesa dos EUA, que deu origem à Internet), dava detalhes sobre o novo produto e convidava as pessoas para apresentações na Califórnia. O Spam gerou polêmica na rede por violar as regras de uso da ARPAnet e um dos **comentários mais curiosos** da época é o do guru do GNU/Linux, Richard Stallman. No comentário, Stallman diz

que não acha o Spam um problema, posição totalmente contrária à que tem hoje.

O mesmo artigo discorre sobre a origem do termo *Spam*, como segue:

Mas originariamente, SPAM foi o nome dado a uma marca de presunto picante (**SP**iced h**AM**, em inglês, de onde surgiu a sigla) enlatado da **Hormel Foods**, uma empresa norte-americana que vende o produto desde 1937. E como o nome de uma comida enlatada se tornou sinônimo de uma das piores pragas da Internet? A resposta é, curiosamente, o grupo de comediantes britânicos *Monthy Python*.

Em um **quadro de seu programa de TV** na década de 70, eles encenaram uma cena surreal em um restaurante que servia todos os seus pratos com SPAM. A garçonete descreve para um casal de clientes os pratos repetindo a palavra “spam” para sinalizar a quantidade de presunto que é servida em cada prato. Enquanto ela repete “spam” várias vezes, um grupo de vikings que está em outra mesa começa a cantar “Spam, spam, spam, spam, spam, spam, spam, spam, lovely spam! Wonderful spam!”, interrompendo-a.

Por isso, alguns usuários dos MUDs (multi-user dungeon, um antigo ambiente compartilhado usado para bate-papo virtual) começaram a fazer o paralelo entre a irritante e repetitiva música “spam” e as mensagens repetitivas e irritantes de alguns usuários que anunciavam seus produtos ou idéias.

Portanto, notável é a associação de algo irritante com o envio de mensagens comerciais não-solicitadas. Porém, além do inconveniente de ter sua caixa de correspondência virtual totalmente abarrotada, esta prática começou a causar grandes prejuízos, tomando tempo e dinheiro dos internautas.

Para melhor conceituar o que vem a ser o envio de mensagem comercial não-solicitada, colacionamos o que dispõe a Fundação de Procon de São Paulo (www.procon.sp.gov.br):

13. O que é Spam?

Spam é designação de mensagens eletrônicas não solicitadas, normalmente, enviadas com intuito de promover produtos ou serviços.

Para atender aos princípios do Código de Defesa do Consumidor, o envio de mensagens deve ser precedido da autorização expressa do consumidor.

Dica: Muito cuidado com o recebimento dessas mensagens que não raro disseminam programas (vírus, spywares e outros) que comprometem o funcionamento de seu computador, podendo deixá-lo inoperante, ou mesmo permitir que terceiros tenham acesso a seus dados pessoais, como, por exemplo, senha e números de contas bancárias.

No Brasil, ainda não há legislação expressa sobre a proibição e punição expressa ao “*spammer*”¹, mas conclui-se que o envio de mensagens sem a expressa autorização do consumidor pode responsabilizar o “*spammer*” pelos danos que causar ao consumidor.

¹ Spammer: nomenclatura empregada para identificar aquele que pratica o envio de Spam.

Em outros países essa prática constitui crime, ocorrendo inúmeros casos de punição destes infratores, que angariam grandes lucros com esta forma de publicidade indesejada.

Alguns países determinaram que o envio de mensagens publicitárias só pode ocorrer quando expressamente autorizado pelo consumidor. Para outros, o emissor deverá retirar o consumidor de sua lista no momento em que este responde o *e-mail* colocando no campo de resposta à vontade de ser excluído da lista de contatos.

Não obstante, o consumidor virtual pode precaver-se de tal prática, adotando algumas medidas assecuratórias como evitar fornecer seu endereço de e-mail a desconhecidos ou em sítios públicos, utilizar-se de um filtro de e-mail, etc.

5.4 Programas de registro do internauta (*Cookies*)

Antes de adentrarmos no tema propriamente dito, se faz necessário esclarecermos o que vem a ser arquivos de consumo.

Para isso utilizaremos as palavras de Carolina Dias Tavares Guerreiro (2002, p. 94), que explica:

Antes mesmo de iniciar a análise desse tema, convém esclarecer que a expressão “arquivos de consumo” é indicativa de gênero, do qual “banco de dados” e “cadastro” são espécies.

Considera-se banco de dados o conjunto de informações organizado, arquivado de forma permanente, em outro estabelecimento que não o do fornecedor, não tendo o consumidor solicitado a sua inclusão em um dado banco de dados (exemplos de bancos de dados: SPC e SERASA).

Já no caso dos cadastros, é o consumidor que, voluntariamente, informa os seus dados diretamente ao fornecedor.

A mesma autora (2002, p. 94), discorre acerca da possibilidade de usar estes arquivos de consumo:

Os arquivos de consumo somente podem ser utilizados para cumprir a sua função primordial, qual seja, evitar patologias na relação de consumo. Assim, considera-se prática comercial abusiva o fornecimento, por um banco de dados, de informações sobre diversos consumidores, com os quais o fornecedor não esteja se relacionando, naquele dado momento.

Feitas essas observações, podemos dizer que *cookies* é uma derivação de *magic-cookies*, um conceito usado em programação Unix por meio do qual um servidor fornece uma senha para identificar um cliente.

Quando este consumidor novamente visitar o sítio, o servidor do fornecedor consulta o equipamento do consumidor verificando se este exibe seu *magic-cookie*.

Em caso positivo, o consumidor é reconhecido e tratado de forma individual, de acordo com sua navegação anterior.

Essa técnica foi adotada pela Internet, e hoje muitos servidores HTTP¹ usam *cookies* para identificar o usuário. Nesse diapasão, um *cookie* é um pequeno conjunto de informações que um servidor HTTP grava em um determinado arquivo de seu computador, administrado por seu navegador.

A Fundação PROCON de São Paulo (www.procon.sp.gov.br), em sua página na *Internet*, assim conceitua os *cookies*:

14. Alguns sites utilizam cookies. O que são cookies?

Cookies são arquivos de textos, normalmente, instalados em seu computador quando do acesso de uma página na Internet. Os cookies são úteis quando empregados para facilitar a navegação no site, no entanto, podem ser usados indevidamente para coletar dados a seu respeito. As informações coletadas podem ser usadas para traçar seu perfil de consumo e envio posterior de material publicitário ou de mensagens eletrônicas não solicitadas.

Atenção: o consumidor deve previamente ser informado sobre o uso dessas ferramentas, sendo-lhe permitido desabilitá-las, caso seja seu interesse, ou desautorizar o compartilhamento de qualquer informação com terceiros alheios à relação.

O problema nessa prática é que o consumidor dificilmente é avisado deste armazenamento, quando muito sabe que isto é possível.

Sobre o tema, Ricardo L. Lorenzetti (2004, p. 396), assevera:

A utilização de programas que permitem registrar os passos do internauta na rede confere a possibilidade de obtenção de dados precisos sobre os seus costumes e desejos, os quais têm um valor relevante para o *marketing*. Esta coleta de dados pessoais é feita sem o conhecimento do consumidor.

A utilização de programas que permitem registrar os dados do consumidor, quando feita sem o seu consentimento, ofendem sua privacidade. Nesse sentido posicionou-se Ricardo L. Lorenzetti (2004, p. 397), como segue:

Neste caso, assim como no anterior, também defendemos a opinião de que ocorre uma violação de privacidade, nos termos do art. 1.071 do CC argentino. De *lege ferenda*, o projeto argentino sobre comércio eletrônico propõe (art. 44) que “os ofertantes de bens e serviços e os prestadores de serviços intermediários poderão solicitar de seus clientes a informação pertinente aos fins comerciais de cada caso. Somente poderão ceder a terceiros esta informação, de forma total ou parcial, se tiverem o consentimento expresso e prévio dos interessados. Este consentimento não estará vinculado à realização da transação”.

¹ Hiper text transfer protocol: linguagem que transforma os protocolos numéricos dos *sites* em textos, facilitando a memorização dos endereços eletrônicos.

Note-se que o autor trouxe a baila outro problema existente ao se armazenar estes dados do consumidor, qual seja, a cessão destes dados total ou parcialmente a terceiros.

Resolvendo este problema, temos interpretação da Fundação Procon de São Paulo, que emitiu o seguinte posicionamento ao responder as perguntas mais freqüentes feitas pelos consumidores, como segue:

11. Os fornecedores podem armazenar dados a meu respeito sem meu conhecimento? os dados coletados podem ser compartilhados com terceiros? Não. Você deve ser comunicado, por escrito, sobre o armazenamento de informações a seu respeito. O responsável pelo arquivo deve assegurar o seu acesso às informações armazenadas e permitir a retificação de dados incorretos e/ou a supressão daqueles que se mostrem excessivos considerando as finalidades para as quais foi constituído o arquivo.

O compartilhamento de dados com terceiros somente pode ser admitido quando atender à finalidade de uma relação concreta de consumo (exemplos: cessão de dados pelos serviços de proteção ao crédito para balizar a contratação de produto ou serviço pelo consumidor; cessão de dados para empresa responsável pela entrega de produtos ao consumidor). A cessão de dados para empresas alheias à relação de consumo deve ocorrer somente com a expressa autorização do consumidor.

O fornecedor responde pela coleta e conservação das informações armazenadas, devendo, para atender aos princípios do Código de Defesa do Consumidor, restringir a coleta aos dados que se mostrem pertinentes ao contexto da relação de consumo e manter o arquivo protegido do acesso de estranhos (hackers, crackers, funcionários não autorizados).

<http://www.procon.sp.gov.br/faqinternet.shtml>

Conclui-se, portanto, que a utilização dos *cookies* é prática abusiva que viola o direito à privacidade, e sua utilização deve restringir-se aos casos realmente necessários, desde que previamente autorizado expressamente pelo consumidor.

5.5 Phishing Scam e Pharming Scam

Tratam-se de métodos que tentam enganar o consumidor, dirigindo-o a um sítio falso quando acredita se tratar do verdadeiro, com o fim de se apropriar de informações importantes, como dados bancários.

O *phishing scam* é um método mais fácil de ser descoberto, pois com algumas cautelas consegue se evitar a fraude.

No sítio do banco HSBC (www.hsbc.com.br), no setor de segurança, temos notícia intitulada “Exemplos de phishing scam no Brasil” que bem define este tipo de fraude:

A expressão phishing é uma gíria hacker derivada da palavra inglesa fishing, que significa pescaria. É uma alusão ao ato de jogar uma isca ao mar e esperar que alguém fisque. No caso de golpes online, a isca geralmente é uma mensagem de e-mail fraudulenta, em nome de instituições confiáveis, jogada no grande "oceano" da Internet, com o intuito de "fisgar" usuários incautos.

(...)

Em nosso país, os golpistas têm usado todo o tipo de isca para atrair internautas desavisados para sites clonados ou induzi-los a instalar programas espões, projetados para roubar senhas e outras informações, principalmente bancárias.

Tratando-se do *pharming scam*, a fraude é mais potente. Neste método o fraudador altera o sistema DNS (Domain Name System) da máquina do usuário ou do próprio servidor. No segundo caso pode-se até buscar a responsabilidade deste servidor, que não acautelou-se de maneira a evitar este tipo de ataques.

O Sistema DNS consiste na seguinte idéia: quando acessamos um *site*, digitamos um endereço em formato de texto (http). No momento em que "cliquamos" com o *mouse* no botão "ir" ao endereço solicitado, o navegador irá procurar o endereço numérico (*Internet Protocol*) respectivo ao http solicitado.

Porém, nas páginas com grande fluxo de visitas, este endereço numérico fica armazenado no servidor ou até mesmo no computador do usuário.

A fraude consiste em invadir o servidor ou computador do usuário alterando o número correspondente ao endereço solicitado. No instante em que o usuário solicita o endereço, o computador ou servidor indicará o número adulterado direcionando o usuário ao sítio do fraudador, que geralmente possui características idênticas ao sítio original.

Nesta conduta, nos casos onde atinge apenas o computador do usuário, será lesionado apenas aquele que usar deste computador. Entretanto, quando o invadido é o servidor, o estrago alcançará todos aqueles que utilizam-se dele para acessar a rede mundial de computadores.

Neste caso, o consumidor lesionado pode buscar reparação dos danos causados com o provedor de acesso que teve seu sistema invadido e não tomou as cautelas necessárias à atividade.

Na fraude denominada *phishing scam*, o consumidor pode acautelar-se adotando medidas protetivas, tais como: não abrir *e-mail* de remetentes desconhecidos, checar sempre o verdadeiro *link* que o atalho direciona; procurar digitar o endereço na barra de endereços do navegador, evitando atalhos fornecidos em *e-mails*.

5.6 Cláusulas abusivas

A lei de proteção ao consumidor (Lei nº 8.078/90) garante a igualdade nas contratações possibilitando até modificações de cláusulas contratuais que provoquem a desigualdade entre fornecedor e fabricante. O Direito, reagindo a essa desigualdade, exige uma conduta mais ética nos contratos em geral, os quais devem conter a boa-fé nas fases pré e pós-contratuais.

É princípio comezinho que as cláusulas nos contratos de adesão devem ser interpretadas contra o proponente e a favor do consumidor.

Nessa esteira refuta-se a efetividade de algumas cláusulas do Contrato de Consumo celebrado por meio eletrônico, por se tratarem de cláusulas abusivas, conforme dispõe o artigo 6º do CDC, que dispõe:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

(...)

IV - a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços;

Portanto, conclui-se que as cláusulas inseridas nos contratos de consumo celebrados por meio eletrônico, quando violarem direitos dos consumidores, deverão ser desconsideradas, pois se tratam de cláusulas abusivas.

Dentre as possíveis, elencamos as cláusulas trazidas pelo CDC, em seu artigo 51, como abusivas:

Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

I - impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos. Nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis;

II - subtraíam ao consumidor a opção de reembolso da quantia já paga, nos casos previstos neste código;

III - transfiram responsabilidades a terceiros;

IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;

V - [\(Vetado\)](#);

VI - estabeleçam inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor;

VII - determinem a utilização compulsória de arbitragem;

VIII - imponham representante para concluir ou realizar outro negócio jurídico pelo consumidor;

IX - deixem ao fornecedor a opção de concluir ou não o contrato, embora obrigando o consumidor;

X - permitam ao fornecedor, direta ou indiretamente, variação do preço de maneira unilateral;
 XI - autorizem o fornecedor a cancelar o contrato unilateralmente, sem que igual direito seja conferido ao consumidor;
 XII - obriguem o consumidor a ressarcir os custos de cobrança de sua obrigação, sem que igual direito lhe seja conferido contra o fornecedor;
 XIII - autorizem o fornecedor a modificar unilateralmente o conteúdo ou a qualidade do contrato, após sua celebração;
 XIV - infrinjam ou possibilitem a violação de normas ambientais;
 XV - estejam em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor;
 XVI - possibilitem a renúncia do direito de indenização por benfeitorias necessárias.

§ 1º Presume-se exagerada, entre outros casos, a vontade que:

I - ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence;

II - restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou equilíbrio contratual;

III - se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso.

§ 2º A nulidade de uma cláusula contratual abusiva não invalida o contrato, exceto quando de sua ausência, apesar dos esforços de integração, decorrer ônus excessivo a qualquer das partes.

§ 3º [\(Vetado\)](#).

§ 4º É facultado a qualquer consumidor ou entidade que o represente requerer ao Ministério Público que ajuíze a competente ação para ser declarada a nulidade de cláusula contratual que contrarie o disposto neste código ou de qualquer forma não assegure o justo equilíbrio entre direitos e obrigações das partes.

Como o próprio artigo demonstrou, nos casos onde houver ofensa a direitos do consumidor, as cláusulas ofensivas serão nulas.

5.7 O uso da Arbitragem

O nosso sistema judiciário encontra-se hoje com um excesso de demanda e escassez de funcionários, o que deixa o sistema moroso e muitas vezes a prestação jurisdicional não alcança o fim desejado, pois a demora pode onerar o processo de tal maneira que o torne mais caro do que o bem da vida almejado.

Para reduzir esta disparidade foi instituída a Lei de Arbitragem (Lei nº. 9.307/96), que possibilita uma forma de solução de litígio extrajudicial onde as partes elegem um árbitro para conduzir os trabalhos chegando a um resultado satisfatório.

Com relação a aplicação da arbitragem nas relações de consumo, Ricardo L. Lorenzetti (2004, p. 417) afirma:

A questão da arbitragem nas relações de consumo deve ser analisada com cuidado, diferenciando-se as diferentes hipóteses.

A arbitragem pode trazer inúmeros benefícios para o consumidor em condições que garantam o direito de defesa e de acessibilidade ao órgão julgador. Neste sentido, já se propôs a criação de um organismo

internacional independente que intermedeie as disputas, podendo operar *on-line* e ser acessado pelos consumidores quando depararem com um problema sem solução por parte do fornecedor. Este organismo deverá estar claramente identificado para o consumidor e será de adesão voluntária. Cogita-se de organismos similares ao *ombudsman* com funcionamento no âmbito da *Internet* e com apoio e controle de governos nacionais.

Acreditamos que a aplicação da arbitragem nas relações de consumo deve ser analisada com ressalvas, pois se trata de uma situação de primazia dos interesses do consumidor.

Nesse sentido posiciona-se o legislador ao considerar nulas as cláusulas que impõem a convenção de arbitragem (art. 51, inciso VII do CDC).

Contudo, nem sempre a convenção da arbitragem mostra-se prejudicial ao consumidor, principalmente quando supervisionada por um órgão legalmente regulamentado.

No caso dos contratos de consumo celebrados por meio eletrônico, poderia até se cogitar em se implantar um sistema de arbitragem *on-line*, mantido pela Agência Reguladora responsável pelo setor, conforme se demonstrou no tópico referente ao Sistema Nacional de Certificação.

6 CONCLUSÃO

Pode-se dizer que o contrato é um acordo de vontades em conformidade com a lei, ou seja, que não infringe algumas regras básicas, com o fim de criar, modificar ou extinguir um direito. Quando este acordo tem suas etapas concluídas por meio eletrônico podemos dizer que estamos diante de um contrato eletrônico.

Nesse contexto podemos afirmar que quando esta relação tem em seus pólos a figura de um fornecedor e de um consumidor, onde o bem objeto do contrato é um produto, estaremos diante de uma relação de comércio eletrônico.

Nesta relação se deve priorizar a proteção do consumidor virtual, assim como ocorrem nas relações de consumo em geral.

Seguindo este raciocínio é que devemos também educar o consumidor para que possamos reduzir sua hipossuficiência técnica quanto ao meio utilizado para a concretização do contrato.

A educação do consumidor é um direito que necessita ser observado, sob pena de ferir-se o princípio da boa-fé objetiva, vez que o consumidor deve ser avisado dos procedimentos assecuratórios de suas informações e de concretização do contrato e qual a razão de ser destes procedimentos.

Estas medidas são observadas em outros campos, e o resultado que se alcança é bem mais vantajoso, pois evita que a infração ocorra.

Para realizar este trabalho de educação do consumidor, entendemos necessária a criação de um Sistema Nacional de Certificação, que auxiliará na proteção dos direitos do consumidor ficando incumbido, também, de emitir um selo de conformidade para aqueles fornecedores que se adequarem às normas impostas.

Este órgão também ficaria responsável por promover esclarecimentos aos consumidores por meio de cursos ou divulgação nos meios de comunicação de métodos capazes de auxiliar o consumidor virtual, podendo se cogitar até uma criação de uma cartilha para o consumidor virtual.

Em outro plano, quando as infrações já ocorreram, demonstramos algumas práticas comuns no meio eletrônico, e entendemos que se tratam de métodos abusivos para captação de clientela, quando não, utiliza-se de meios ardilosos para enganar o consumidor virtual.

Para reduzir a incidência destas práticas demonstramos algumas recomendações que devem ser adotadas pelo consumidor.

Em última análise, propomos a solução extrajudicial de conflitos, inclusive, por meio eletrônico, facilitando a dissolução desse conflito.

Conclui-se, portanto, que neste primeiro momento há a necessidade de equiparar o consumidor para torná-lo apto a celebrar contratos por meio eletrônico cercado-o de normas que o auxiliem nesta tarefa.

Posteriormente, quando o fornecedor utiliza-se de métodos abusivos deve-se ter uma punição rápida e exemplar, evitando a falsa sensação de que o comércio virtual possibilita a infração e o anonimato.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Cláusulas Abusivas no Código do Consumidor. In: 12 MARQUES, Cláudia Lima (Coord.). Estudos sobre a proteção do consumidor no Brasil e no MERCOSUL. Porto Alegre: Livraria do Advogado, Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor, 1994, p. 13-32. <http://bdjur.stj.gov.br/dspace/bitstream/2011/469/1/Cl%C3%A1usulas_Abusivas_no_C%C3%B3digo_do_Consumidor.pdf> acesso em 07/09/2005.

CASTRO, Dayse Starling Lima. Belo Horizonte: Castro Assessoria e Consultoria, 2003. Disponível em: <http://www.procon.go.gov.br/artigodoutrinario/artigo_dout_99_7.htm>. Acesso em 15/07/2005.

CERQUEIRA, Tarcísio Queiroz. A regulamentação da internet no Brasil. JUS Navigandi, Teresina, a. n. 49, fev. 2001. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=1769>>. Acesso em: 05/01/2005.

CORREIA, Miguel Pupo, Sociedade de Informação e direito: a assinatura digital. 1999. Disponível em <http://publicaciones.derecho.org/redi/N@umero_12_-_Julio_de_1999/Sociedade>. Acesso em 24/07/2005.

CUEVAS, Guillermo Cabanellas de Las (director); OCA, Ángel Montes de (coordinator). Derecho de Internet. Buenos Aires: Heliasta, 2004.

FELIPINI, Dailton. O eCommerce vai continuar crescendo... se o governo deixar. [2005]. Disponível em: <http://www.e-commerce.org.br/Artigos/ecommerce_continua_crescendo.htm>. Acesso em 18/08/2005.

FERNANDES, Fátima; ROLLI, Cláudia. Brasil 'joga fora' R\$ 150 bilhões por ano. São Paulo. 2001. Artigo Folha de São Paulo. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/dinheiro/ult91u31706.shl>> acesso em 28/09/2005.

FRANCO, Ana Carolina de Cássia. A Boa-fé objetiva e seus reflexos nas relações de consumo. 2003. Disponível em: <http://www.procon.go.gov.br/artigodoutrinario/artigo_dout_99_1.htm>. Acesso em 06/09/2005.

FUNDAÇÃO PROCON. Objetivos da Fundação PROCON. São Paulo. Disponível em <<http://www.procon.sp.gov.br/instobjetivos.asp#Objetivos>>. Acesso em 26/09/2005.

_____. Educação para o Consumo. São Paulo. Disponível em <<http://www.procon.sp.gov.br/mateduceducacaoconsumo.asp>>. Acesso em 26/09/2005

GRECO, Marco Aurélio. *Internet e direito*. 2. Ed. São Paulo: Dialética, 2000.

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

HSBC. Como funciona o phishing scam. Disponível em: <<http://www.hsbc.com/h/sbc/security/phishing>>. Acesso em 13/10/2005.

_____. Exemplos de phishing scam no Brasil. 2004. Disponível em: <<http://www.hsbc.com.br/common/seguranca/dezembro-04-exemplos-phishing.shtml>>. Acesso em 13/10/2005.

LORENZETTI, Ricardo Luis. Comércio eletrônico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

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

MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O novo regime das relações contratuais. 4ª ed. São Paulo: RT, 2001.

_____, Cláudia Lima. Proposta de uma teoria geral dos serviços com base no código de defesa do consumidor: a evolução envolvendo serviços remunerados direta ou indiretamente. Revista em CDROM Juris Síntese Millenium: legislação, jurisprudência, doutrina e prática processual. N. 35. Porto Alegre: Síntese Publicações, maio/jun., 2002.

MINISTÉRIO DA CIÊNCIA E TECNOLOGIA. UE defende selo de confiança para o comércio eletrônico. 2002. Disponível em: http://www.mct.gov.br/Temas/info/Imprensa/Noticias_2/Comercio_2.htm. Acesso em 12/09/2005.

_____. Deputado defende agência reguladora para comércio eletrônico. 2002. Disponível em: http://www.mct.gov.br/Temas/info/Imprensa/Noticias_2/Comercio_2.htm. Acesso em 12/09/2005.

MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil: Direito das Obrigações 2ª Parte. 34ª ed. São Paulo: Dialética, 2003.

NORIS, Lucas Costa. A internet e o consumidor. Presidente Prudente, 2004. 53 f. Monografia (Graduação) - Faculdades Integradas Antonio Eufrásio de Toledo, 2004.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil Volume III: Contratos. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

PINTO, Henrique Alves. Princípios nucleares do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor e sua extensão como princípio constitucional . Jus Navigandi, Teresina: a. 8, n. 214, 5 fev. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4792>>. Acesso em: 13/09/005.

PORTAL TERRA. O que é Spam. 2003. Disponível em: < <http://informatica.terra.com.br/virusecia/spam/interna/0,,O1195623-EI2403,00.html>>. Acesso em 15/10/2005.

ROCHA FILHO, Valdir de Oliveira (Org.). O Direito e a Internet. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

ROCHA, Layla Christiane Nunes. Comércio eletrônico: aspectos legais dos contratos de consumo e a proteção jurídica do consumidor na Internet. Presidente Prudente, 2002. 105 p. Monografia (Graduação) - Faculdades Integradas Antonio Eufrásio de Toledo, 2002.

TINTI, Juliana Ogalla. Regras em jogo: Cobrança indevida da Sabesp leva usuários à Justiça. Disponível em < <http://conjur.estadao.com.br/static/text/2277,1>> Acesso em 12/09/2005.

VENOSA, Silvio Salvo. A Reforma do Código Civil: Repercussões na Administração Pública e no Controle Externo . TCMSP, São Paulo, 2003. Disponível em: <http://www.tcm.sp.gov.br/legislacao/doutrina/07a11_04_03/2silvio_salvo1.htm>. Acesso em: 04/10/2005.

VENTURA, Luís Henrique. Comércio e Contratos Eletrônicos: Aspectos Jurídicos. Bauri, SP: EDIPRO, 2001.