
DEFESA DO CONSUMIDOR NA REDE

*Flávio Alves Martins**

SUMÁRIO: 1. Aspectos gerais acerca da contratação pela *Internet*. 2. Tentativas de proteção. 3. Regulamentação no Brasil. 4. Boa-Fé e contratos eletrônicos. 5. Algumas questões importantes.

1. Aspectos gerais acerca da contratação pela *Internet*

O número de usuários que acessa a *Internet* (rede mundial de computadores, o mundo do *world wide web*) é cada vez maior e para que possam usufruir informações e benefícios advindos da rede ou para que possam realizar negócios é necessário preencher eletronicamente questionários com seus dados pessoais. Mas, como serão utilizadas essas informações? E no caso da contratação de um serviço ou do fornecimento de um produto, qual a proteção que as partes terão? Essas são algumas dúvidas que ainda atormentam os que desejam contratar pela *Internet*.

A primeira expressão de contratação por meio digital surgiu há mais de vinte anos com o referido *EDI (Eletronic Data Interchange)*, a troca eletrônica de informações mediante a utilização de computadores. Esse sistema *computer-to-computer*, rapidamente ingressou no comércio mundial.

Com o desenvolvimento tecnológico, além desse meio, os contratos passaram a ser celebrados por outros

* Professor-Adjunto da UFRJ. Professor da Pós-Graduação/Mestrado da Faculdade de Direito de Campos. Presidente da Comissão Permanente de Direito da Comunicação e Informática do IAB.

bastante utilizados na *Internet* como, por exemplo, a troca de mensagens pelo correio eletrônico (*e-mail*) e o oferecimento de propostas em uma *página* (*homepage*) ou em ambiente digital (mantido pelo provedor e também conhecido por “estabelecimento virtual”), nos quais a aceitação da outra parte pode ser expressa pelo pressionamento de um botão “*concordo*” na tela do computador (o chamado *click-wrap agreement* ou *point-and-click agreement*).

Nesse sentido, o *local* (*site*) criado para venda de produtos ou prestação de serviços é considerado como uma parte componente do estabelecimento, com natureza idêntica ao exemplar físico que o opera. O estabelecimento eletrônico (em inglês, *cyberstore* ou *virtual store*) “possui idêntica natureza jurídica que o físico, podendo-se falar em fundo de comércio e título de estabelecimento (este expresso no nome de domínio).”¹

Essa a atuação dos provedores, de um lado, e dos usuários, de outro, pode caracterizar a existência de um contrato de consumo. Tanto o provedor de acesso, que se obriga a prestar serviços de conexão e de transmissão de informações, quanto o de conteúdo, que oferta e comercializa bens, serviços e informações, estabelecem uma relação de consumo com o usuário da *Internet*.

Se a contratação eletrônica enquadra-se nos chamados contratos em massa ou de consumo, como enfrentar eventuais problemas contratuais em uma sociedade de massa e, simultaneamente, globalizada?

A maioria das transações eletrônicas realizadas atualmente se baseia em acordos aceitos pressionando apenas uma tecla da *webpage*, que constitui uma regra admissível com base no costume negocial e na conduta das partes. Mas, quanto ao conteúdo, esse contrato não se difere de outro qualquer na maioria dos aspectos: a

¹COELHO, Fábio Ulhôa. *O estabelecimento virtual e o endereço eletrônico*. São Paulo: Tribuna do Direito, 1999. p. 32.

utilização de cláusulas gerais, o que o caracteriza como um contrato em massa, mediante a adesão a condições gerais de contratação pré-estipuladas.

Nesse caso, alguns autores consideram que aos contratos eletrônicos aplicam-se regras já existentes em nosso ordenamento jurídico como as que tradicionalmente são utilizadas para os contratos em geral (Código Civil) e no Direito do consumidor em particular (Lei nº 8.078/90).

Outros entendem que, para o crescimento equilibrado do comércio eletrônico urge a necessidade da criação de normas para as transações realizadas por computadores, sendo indispensável que essa regulamentação reconheça a complexidade da contratação por esse meio, adaptando os princípios gerais do Direito às particularidades resultantes dessas transações.

Considero que observados os elementos essenciais ou requisitos de validade do ato jurídico (art. 104 CC), os contratos celebrados pela rede produzem os mesmos efeitos jurídicos dos tradicionais; mesmo para os contratos denominados solenes ou formais, não há diferença essencial entre o documento eletrônico e o tradicional (em papel). Utiliza-se a certificação eletrônica neste caso.

Para colaborar na eliminação da insegurança jurídica acerca da efetividade desses contratos, existem algumas normas que podem ser utilizadas, além de propostas que podem ser aplicadas no caso de lacunas em nosso ordenamento jurídico como, por exemplo, a Lei Modelo sobre o Comércio Eletrônico da *UNICTRAL*² que iguala os contratos eletrônicos aos outros sob o ponto de vista legal.

Há também Projetos de Lei em tramitação no Congresso Nacional e que devem ser objeto de análise e crítica, sob pena de termos um emaranhado de dispositivos que apenas trarão confusão e discussões jurídicas

² Comissão da Organização das Nações Unidas para o Direito do Comércio Internacional.

insolúveis, pois uma das prioridades do jurista e da produção científico-jurídica deve ser produzir o conhecimento necessário à elaboração de novos modelos jurídicos que atendam às necessidades do desenvolvimento brasileiro.

Atualmente, o Brasil está entre os dez maiores países em número de usuários pela *Internet* no mundo. A importância do comércio eletrônico verifica-se, principalmente, em escala mundial. As vantagens da *Internet* são inegáveis, mas esse meio tem em si alguns males como a invasão de privacidade e a falta de regras mais claras que protejam aos que desejam utilizar a rede para realizar contratos. No Brasil, as principais reclamações dos consumidores têm sido o atraso na entrega de mercadoria e a invasão de *sites* por *hackers* e *crackers*.³

Por isso, é fundamental que sejam apresentadas soluções para os conflitos de interesses nessa área do Direito obrigacional, conferindo-se segurança a essas relações jurídicas, pois sob uma perspectiva funcionalista, o Direito deve ser dinâmico e responder eficazmente às mudanças que se verificam e aos anseios da sociedade produzidos por essa revolução tecnológica.

A proteção contratual do consumidor que utiliza a *Internet* é necessária, pois há lesões que pode sofrer. Quanto ao conteúdo, uma lesão comum é a utilização de cláusulas gerais e abusivas (leoninas) como, por exemplo, as que prorrogam a jurisdição, as que invertem o ônus da prova (do fornecedor), que limitam os direitos do consumidor (cláusulas de não indenizar) ou que, por fim, atentem contra a legislação de proteção ao consumidor no direito brasileiro, a qual, por presunção absoluta, considera essas condições nulas de pleno direito (arts.

³ Pesquisa realizada pela ISS (*Internet Security Systems*), uma das maiores empresas de segurança da *Web*, indica que menos de 5% das companhias com foco em comércio eletrônico desenvolvem políticas de segurança efetivas (Fonte: "Internet & Ci@", *Jornal do Commercio*, 10/5/2000).

51 a 53, CDC).

Outra forma de lesão ao consumidor é a publicidade enganosa como, por exemplo, sob a técnica denominada *metatag*, que consiste na utilização de palavras-chave nos *searchers* (buscadores), de forma indevida, isto é, incluir palavras bastante utilizadas para que o consumidor as acesse, mesmo que nada tenham com o conteúdo por ele procurado.

2. Tentativas de proteção

No âmbito mundial, primeira tentativa concreta de proteção às partes e de regulamentação é a Lei Modelo sobre o Comércio Eletrônico da *UNCITRAL*, que objetiva a adaptação da legislação de vários países. Prevê, em seu art. 1º, que seu conteúdo se aplica a qualquer tipo de informação na forma de mensagem eletrônica usada no contexto de atividades comerciais, porém, prudentemente destaca, nas notas ao artigo citado, que não afasta qualquer regra interna que se destine à proteção do consumidor.

Quanto à forma do contrato eletrônico, não há uma previsão para a sua exigência. Em seu art. 6º, a Lei Modelo dispõe que se a lei requer que a informação seja fornecida por escrito, esta exigência é alcançada se a informação contida na mensagem é acessível para ser utilizada em futuras referências. Preconiza, portanto, a denominada equivalência funcional, equiparando, para fins de validade jurídica, a mensagem eletrônica a qualquer documento tradicional.

Adota, ainda, o princípio da neutralidade tecnológica, ou seja, reconhece que, em relação às assinaturas eletrônicas, não se pode deixar de prever a adoção de novas tecnologias que possam ser disponibilizadas futuramente. Note-se, por exemplo, que

se a criptografia⁴ tornar-se obsoleta, poderá provocar um “engessamento” da norma jurídica, por isso é preferível dotar a figura da autenticação das mensagens eletrônicas com maior flexibilidade.

Também o Direito norte-americano tem procurado regulamentar as relações pela *Internet*. Das primeiras tentativas a mais conhecida e que tem sido fonte para outros ordenamentos é a *Digital Signature Act* (Utah, 1995), que trata da assinatura digital, reconhecendo a infra-estrutura de chave pública (*PKI*) ou criptografia assimétrica como a forma para se validar um documento eletrônico.

Todavia, atualmente, a mais importante forma de regulamentação é a Lei das Assinaturas Eletrônicas no Comércio, em vigor desde 1º/10/2000. Esse diploma legal, também conhecido por *E-sign*, concede à assinatura eletrônica o mesmo *status* legal (os mesmos efeitos legais) da assinatura em papel, desvinculando-se da tradicional exigibilidade deste, ou seja, adota a orientação da Lei Modelo da *UNCITRAL*, quanto à equivalência funcional.

Esse diploma legal vai mais além:

a) estabelece a proteção ao consumidor, prevendo que o uso de registros e assinaturas eletrônicas deve ser validado desde que haja o consentimento afirmativo deste, que deverá ter sido informado da abrangência e do significado do uso do meio eletrônico. Garante, ainda, a possibilidade do consumidor retirar seu consentimento (art. 101(c);

b) adota o reconhecimento da *neutralidade tecnológica*, atribuindo importância à criptografia assimétrica ou de chave pública (*PKI*) sem, entretanto, excluir a possibilidade de se utilizar outras tecnologias, abraçando a outras formas de assinaturas eletrônicas que

⁴ Constituída por um selo eletrônico, é o resultado de um processamento eletrônico de dados. É a tecnologia que utiliza um par de chaves distintas e interdependentes, de modo que a mensagem enviada seja codificada, garantindo a autoria e a autenticidade.

se tornem disponíveis no futuro e que sejam mais eficazes.

Outra importante tentativa de regulamentação encontra-se nas Propostas de Diretiva do Parlamento Europeu, que são indicadores das atividades legislativas de cada Estado-membro. Duas Diretivas podem ser utilizadas pelos que se interessam pela regulamentação dos contratos pela *Internet*, a Diretiva 97/7/CE (relativa à proteção dos consumidores nos contratos à distância) e a Diretiva 2000/31/CE.

Especificamente sobre comércio eletrônico há a Diretiva 2000/31/CE, vigendo desde 17.7.2000.⁵ Tal medida iguala os contratos eletrônicos a todos os outros sob o ponto de vista legal e exige que os Estados-membros assegurem que não sejam criados obstáculos à utilização desses contratos, salvo em casos especiais como, por exemplo, nos direitos de família, sucessório e imobiliário (art. 9º).

Exige, ainda, que os operadores *on-line* ofereçam informações claras sobre sua identidade (arts. 5º e 6º) e alude a necessidade de se garantir um elevado nível de proteção de defesa do consumidor, a partir de propósitos como:

a) a imposição de obrigações de informação e de transparência ao operadores de molde a facilitar os consumidores para que possam tomar decisões esclarecidas (art. 10);

b) a obrigação do fornecedor em confirmar o recebimento do pedido do consumidor, sem atrasos injustificados e por meio eletrônico (art. 11);

c) a previsão de novas garantias nas relações contratuais, destacando-se a de fornecer meios aos usuários para que possam corrigir erros de manipulação, identificar com clareza o momento do perfazimento do contrato e a necessidade do prestador de bens ou de serviços emitir um aviso de recepção da aceitação da oferta.

⁵ Disponível em <http://europa.eu.int/pol/infso/indexde.htm>.

Uma terceira importante e mais recente Diretiva é a 2002/58/CE, segundo a qual desde outubro passado os Estados-membros devem harmonizar seus respectivos ordenamentos ao combate ao *spam*.⁶

3. Regulamentação no Brasil

A Constituição Federal afirma que nosso Estado Democrático de Direito funda-se, entre outros, nos princípios da dignidade da pessoa humana e da livre iniciativa, que devem condicionar a atividade econômica para a construção de uma sociedade justa e solidária (art. 3º, inc. I). Desta, um dos aspectos relevantes é a defesa do consumidor, quer como um direito fundamental (art. 5º, inc. XXXII), quer como um dos princípios gerais da atividade econômica (art. 170, inc. V).

Não há, entretanto, apesar da preocupação em se conferir segurança a esse tipo de contratação, dispositivos legais infra-constitucionais à proteção e defesa do consumidor nos contratos celebrados pela *Internet*.

A principal proposta de regulamentação é o Projeto de Lei nº 4.906/01, que tem, dentre outras características, a transnacionalidade, admitindo certificações estrangeiras (art. 47), e a adoção da criptografia assimétrica.

Quanto à proteção e defesa do consumidor, o capítulo II, Título V, do Projeto é todo dedicado a isso, realçando que se aplicam ao comércio eletrônico as normas do CDC:

Art. 30. Aplicam-se ao comércio eletrônico as normas de defesa e proteção do consumidor vigentes no País.

Art. 31. A oferta de bens, serviços ou

⁶ Envio de mensagens comerciais ou não para vários endereços eletrônicos sem que haja uma autorização.

informações por meio eletrônico deve ser realizada em ambiente seguro, devidamente certificado, e deve conter claras e inequívocas informações sobre:

I – nome ou razão social do ofertante;

II – número de inscrição do ofertante no respectivo cadastro geral do Ministério da Fazenda e, em se tratando de serviço sujeito a regime de profissão regulamentada, o número de inscrição no órgão fiscalizador ou regulamentador;

III – domicílio ou sede do ofertante;

IV – identificação e sede do provedor de serviços de armazenamento de dados;

V – número de telefone e endereço eletrônico para contato com o ofertante, bem como instruções precisas para o exercício do direito de arrependimento;

VI – tratamento e armazenamento, pelo ofertante, do contrato ou das informações fornecidas pelo destinatário da oferta;

VII – instruções para arquivamento do contrato eletrônico pelo aceitante, bem como para sua recuperação em caso de necessidade; e

VIII – sistemas de segurança empregados na operação.

Art. 32. Para o cumprimento dos procedimentos e prazos previstos na legislação de proteção e defesa do consumidor, os adquirentes de bens, serviços e informações por meio eletrônico poderão se utilizar da mesma via de comunicação adotada na contratação para efetivar notificações

e intimações extra-judiciais.

§ 1º Para os fins do disposto no caput deste artigo, os ofertantes deverão, no próprio espaço que serviu para o oferecimento de bens, serviços e informações, colocar à disposição dos consumidores área específica, de fácil identificação, que permita o armazenamento das notificações ou intimações, com a respectiva data de envio, para efeito de comprovação.

§ 2º O ofertante deverá transmitir uma resposta automática aos pedidos, mensagens, notificações e intimações que lhe forem enviados eletronicamente, comprovando o recebimento.

Circunstância fundamental da contratação pela *Internet* é a distância entre as partes para o fechamento do negócio. Alguns autores consideram que há uma “contratação entre ausentes em tempo real,”⁷ enquanto outros, entendem que há uma celebração entre presentes:

... el tiempo transcurrido entre la oferta y la aceptación puede convertirse em irrisório. Por este motivo el contrato electrónico está más cerca de la contratación entre presentes que entre ausentes.⁸

Importante preocupação na celebração dos contratos eletrônicos é a certeza da identidade das partes contratantes. A solução apresentada nos arts. 3º e 4º do Projeto é o da assinatura eletrônica que, em nosso Direito,

⁷ TUCCI, José Rogério Cruz. Eficácia probatória dos contratos celebrados pela internet. In: *Direito e internet: aspectos jurídicos e relevantes*. São Paulo: EDIPRO, 2001. p. 275.

⁸ TUCCI, José Rogério Cruz. Op. cit., nota 07, p. 275.

fundamenta-se apenas na chamada assinatura digital por criptografia assimétrica (ou de chave pública):

Art. 3º Não serão negados efeitos jurídicos, validade e eficácia ao documento eletrônico, pelo simples fato de apresentar-se em forma eletrônica.

Art. 4º As declarações constantes de documento eletrônico presumem-se verdadeiras em relação ao signatário, nos termos do Código Civil, desde que a assinatura digital:

I – seja única e exclusiva para o documento assinado;

II – seja passível de verificação pública;

III – seja gerada com chave privada cuja titularidade esteja certificada por autoridade certificadora credenciada e seja mantida sob o exclusivo controle do signatário;

IV – esteja ligada ao documento eletrônico de tal modo que se o conteúdo deste se alterar, a assinatura digital estará invalidada;

V – não tenha sido gerada posteriormente à expiração, revogação ou suspensão das chaves.

Por esse sistema, considera-se original o documento assinado (para identificação do seu autor) mediante sistema criptográfico de chave pública, porém, apesar de reconhecer esse tipo de tecnologia para autenticação de assinaturas digitais, acompanha a proposta da *UNCITRAL* à neutralidade tecnológica com fórmula aberta (a outras tecnologias equiparáveis que atendam aos mesmos fins).

Aos contratos celebrados pela rede além dos princípios aplicáveis aos contratos tradicionais (previstos

no Código Civil e na Lei nº 8.078/90) podem ser aplicados os princípios: da identificação do remetente; do impedimento de rejeição (ou do não repúdio) ou comprovação inequívoca do recebimento; da verificação, com o armazenamento para comprovação futura (se necessário); da privacidade e da autenticação.⁹

Outra questão a se problematizar é a utilização indevida das informações prestadas, atentando contra a privacidade de dados e a relação entre usuários, provedores e portais em redes eletrônicas. Nossa Constituição Federal estabelece, como um dos direitos fundamentais da pessoa, o direito à privacidade (art. 5º, inciso X), contudo, no plano infraconstitucional, a estruturação e comercialização de cadastros não se encontram regulamentados, salvo no CDC em seu art. 43.

Deve-se assegurar a privacidade dos usuários, ficando os provedores, portais e assemelhados com a imposição de multa no caso de utilização sem o consentimento prévio do consumidor.

Nesse sentido, importante destacar o art. 33 do PL nº 4.906/01 que trata da responsabilidade do ofertante caso venha a solicitar, divulgar ou ceder informações de caráter privado, relativas ao destinatário, as quais deve manter em sigilo, salvo se expressa e previamente autorizado pelo titular a fazê-lo ou mediante ordem judicial (neste caso serão mantidas em segredo de justiça). E que o intermediário deverá guardar sigilo sobre as informações transmitidas, bem como sobre as armazenadas, que não se destinem ao conhecimento público.

No comércio eletrônico, outra dúvida é saber se a responsabilidade pelo produto ou serviço alcança o

⁹ Para comprovação de autoria e integridade, o conteúdo assinado mediante a utilização de chaves emitidas por Autoridade Certificadora credenciada pela "Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasil" presume-se verdadeiro em relação aos signatários, o que não obsta a utilização de outra forma para comprovação, desde que admitido pelas partes como válido (MP 2200-2/01). Disponível em <http://www.icpbrasil.gov.br>.

proprietário do portal ou somente o fornecedor. O PL nº 4.906/01 prevê responsabilidade do ofertante, com a possibilidade de ação regressiva, de acordo com os seus arts. 35, 36 e 37.

Sobre tal discussão, Santos esclarece que:

...tem sido sustentado que o intermediário que fornece serviços de conexão ou de transmissão de informações ou que disponibiliza para o ofertante serviços de armazenamento de arquivos e sistemas para operacionalização da oferta de contratação eletrônica não é responsável pelo conteúdo das informações transmitidas ou armazenadas... nos casos em que o provedor de acesso, em razão de serviços por ele prestados, vier a causar prejuízos às partes de uma contratação eletrônica, a responsabilidade do provedor subsistirá, ainda que não responda pelo negócio jurídico celebrado entre o consumidor e o provedor de conteúdo. Embora intermediário... será responsável pelos prejuízos que sua ação ou omissão vier a causar, como prestador dos serviços de conexão e transmissão de informações.¹⁰

Um dos fenômenos que mostrou crescimento mais rápido foi o da prática conhecida por *spam*, isto é, ter sua caixa de *e-mail* invadida por mensagens não requisitadas, enviadas a partir de uma lista de endereços.¹¹ Além de

¹⁰ SANTOS, Manoel J. Pereira dos. Contratos eletrônicos. In: ROVER, Aires José (Org.). *Direito, sociedade e informática: limites e perspectivas da vida digital*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2000. p. 201.

ineficiente pode ser prejudicial ao consumidor que perde tempo e pode gastar impulsos telefônicos para apagar essas mensagens. Os EUA e a União Européia adotam a punição civil e caminham à criminal.

Segundo a ABRANET (Associação Brasileira de Provedores de Acesso), o prejuízo com recebimento de *spam* chega a incríveis R\$ 90.000.000,00 mensais¹² no Brasil.

Um dos apensos do PL nº 4.906/01, o PL nº 1589/99, prevê que aquele que se dispuser a praticar *spam* deve informar o caráter de sua mensagem, sob pena de vir a responder por perdas e danos por solicitar, divulgar ou ceder informações (art. 33 PL nº 4.906/01). Também podem ser citados o PL nº 367/2003 (Senado), que visa coibir a utilização de mensagens comerciais não solicitadas por meios da rede eletrônica, e o PL nº 2186/2003.

Quanto aos deveres, quem pretende ofertar produtos e serviços pela *Internet* deve se preocupar com as informações sobre os mesmos. Essas informações são obrigatórias na página.

Na publicidade pela *Internet*, o nome e o endereço postal do fornecedor devem constar, assim como o número do estoque (quanto ao oferecimento de produto), porém, as ofertas feitas no estrangeiro não precisam apresentar idioma português, pois não se sujeitam à legislação brasileira.

Outra importante preocupação refere-se à segurança do *site* utilizado pelo consumidor contra invasões de *hackers* ou *crackers*. Esse fato pode gerar sérios prejuízos a quem acessa uma determinada página objetivando estabelecer relações contratuais de consumo. Dentre os principais exemplos de casos de invasão

¹¹ Meio técnico conhecido por *cookie*, ou seja, fichário no qual são armazenados, pelos servidores, endereços, hábitos e preferências dos que os acessam.

¹² Disponível em <http://www.brasilantispam.org>, www.spam2003.com.br.

destacam-se:

a) a interceptação de mensagens encaminhadas por *e-mail*.

b) a colheita não autorizada de dados pessoais do consumidor.

c) a utilização de senhas alheias para acesso a determinados serviços.

d) a interceptação de dados relativos a cartões de crédito/bancários.

e) a apropriação de documentos enviados pela *Internet*.

f) a comercialização com terceiros das informações, dados e documentos coletados, sem autorização.

g) a destruição ou inutilização de *software* por vírus.

Apesar dos esforços, como a criação de barreiras de proteção *firewall* ou assemelhados, a “genialidade” de quem se propõe a invadir *sites* é indiscutível. Isto, entretanto, não tem sido considerado pela doutrina como uma possibilidade de fato necessário (caso de força maior, especificamente) que poderia ser utilizado como uma excludente de responsabilidade dos provedores ou responsáveis pela página da *web* com o propósito de se eximir de arcar com os prováveis prejuízos que o consumidor que acessa o *site*.

Esse, por exemplo, o entendimento de Simão Filho, o qual corroboro dentro dessa visão e considerando-se o estágio atual:

... a invocação da excludente para fins de não responsabilização daquele prestador de serviços e/ou fornecedor de bens em ambiente de Internet, a nosso ver não se adapta nem à natureza jurídica do instituto... força maior.¹³

Observe-se, ainda, que os arts. 30 e 31 do CDC (Lei nº 8.078/90) mantêm a responsabilidade do fornecedor ante a oferta veiculada e a obrigatoriedade

¹³ SIMÃO FILHO, Adalberto. Dano ao consumidor por invasão do *site* ou da rede. In: *Direito & internet: aspectos jurídicos relevantes*. São Paulo: EDIPRO, 2001. p. 110-111.

do dever de informar, ou seja, cabe a quem oferece produtos ou serviços a obrigação legal de informar sobre todos os aspectos referentes direta ou indiretamente ao produto ou ao serviço, bem como os riscos que possam apresentar à segurança.

Logo, dificilmente será afastada a responsabilidade de quem explora a prestação de serviços ou vende produtos por *site*, salvo se houver a culpa concorrente do próprio consumidor, prevista nos arts. 12, parágrafo 3º, inciso III, e 14, parágrafo 3º, inciso II, do CDC como, por exemplo, no caso de uma pessoa acessar um *site* em que sabia da invasão deste e, mesmo assim, o faz com a finalidade de sofrer algum dano para, posteriormente, buscar uma indenização.

Assim, quem disponibiliza produtos/serviços pela *Internet* deve propiciar ao consumidor todas as informações relevantes para que este possa entender sobre a segurança e usar a sua autonomia para realizar a contratação específica.

Por fim, apenas para registro, quanto ao marketing na *Internet*, também há preocupação com essa atividade. Todavia, os Projetos de Lei em tramitação não tratam desse aspecto fundamental do exercício do comércio eletrônico; logo, devem ser aplicadas as regras contidas no texto do CDC, que prevê dois tipos de publicidade que contrariam os interesses dos consumidores e, por isso, devem sofrer sanções: a enganosa, aquela que conduz o consumidor ao erro, conforme o art. 37, parágrafo 1º, e a abusiva (art. 37, parágrafo 2º), aquela que agride valores sociais, constitucionalmente protegidos.

4. Boa-fé e contratos eletrônicos

O respeito ao Código de Defesa do Consumidor, já instituído e reconhecido pela sociedade como um

instrumento adequado à resolução de conflitos e resguardo de interesses conduz à afirmação que também a contratação pela Internet fundamenta-se em princípios jurídicos como o da boa-fé objetiva, ou seja, a interpretação deve considerar o contexto do comércio eletrônico, o dinâmico progresso dos instrumentos tecnológicos e a boa-fé das relações comerciais.

Essa boa-fé princípio não se refere a um ponto de vista psicológico, que é a convicção que se procede com a certeza da existência do próprio direito, mas a um ponto de vista ético, que significa a consideração dos interesses alheios.

A segurança, que é um dos valores fundamentais, é essencial para o intercâmbio jurídico-patrimonial que interessa ao direito das obrigações e tem, em sua base, a relação de confiança. Entretanto, nos negócios jurídicos pode haver um campo lacunoso em que nem a lei, nem o contrato, possam auxiliar e no qual apenas uma conduta leal mútua, isto é, pautada na boa-fé, deverá ser cumprida.¹⁴

O dever de observar uma conduta correta do contrato explicita-se numa série de obrigações que impõem a lealdade e a correção nos negócios, inclusive nos eletrônicos e pela *Internet*.

Qualquer das partes tem o dever de informar as circunstâncias que a outra possa ignorar e que sejam determinantes na manifestação do consenso, momento em que se forma o contrato por meio da união de declarações receptícias das vontades dos contraentes (proposta e aceitação).

O dever de informação (indicação ou esclarecimento) pode dizer respeito à comunicação que uma parte deve fazer à outra de circunstâncias ignoradas, imperfeita ou incompletamente conhecidas.

¹⁴ MARTINS, Flávio Alves. *A boa-fé objetiva e sua formalização no Direito das obrigações brasileiro*. 2.^ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2000. p. 73.

A oferta deve conter informações inequívocas, portanto, há necessidade de se prestar todas as informações prévias sobre o ofertante, a sistemática de contratação eletrônica e sobre o bem, serviço ou informação, aplicando-se, subsidiariamente, os arts. 30 e 31 do CDC.

Devem as partes informar, respondendo correta e plenamente às perguntas formuladas pela outra; devem, também, não abusar da impossibilidade da outra em se auto-informar ante à complexidade técnica e à especialização do negócio, ou decorrente da inexperiência negocial. A informação, atividade essencialmente pré-contratual, deve ainda, levar em consideração ter ou não, a outra parte, alguma peculiaridade que mereça alguma proteção como, por exemplo, ser incauto (menor de idade), ter dificuldades com o idioma (estrangeiro) ou ser portador de algum defeito físico (problemas de visão)... Outro critério, é verificar o abuso da confiança depositada por uma das partes à outra em virtude da continuidade ou da freqüência de relações.¹⁵

Se a publicidade é o conjunto de processos destinados a atrair a atenção do público, informando sobre um produto, um serviço ou uma ação, para convencê-lo a comprá-lo, utilizá-lo ou dela participar, ao optar por uma forma de publicidade deve o fornecedor sujeitar-se a deveres decorrentes da lei, bem como comportar-se de forma ética, observando a boa-fé e os bons costumes. Nisso encontram-se os fundamentos para a proibição da publicidade enganosa ou abusiva, por ser frustradora das expectativas do consumidor; agir dessa forma é não agir conforme a boa-fé objetiva.¹⁶

A Lei nº 8.078/90, impõe ao fornecedor o dever prestar todas as informações, inclusive técnicas e científicas sobre o produto ou serviço (art. 12 c/c 36 do CDC) e a proibição da publicidade enganosa.

¹⁵ Ibidem, p. 78-79.

¹⁶ Ibidem, p. 80.

A boa-fé projeta-se, também, no cumprimento das obrigações, sejam as de prestação (principais), sejam as de conduta (ou acessórias – mais intimamente ligadas à boa-fé objetiva) e no exercício do direito. A idéia é a de se assegurar uma adequada execução do ordenamento obrigacional, com vista à realização dos interesses nele co-envolvidos.

Por último, observe-se que, se a boa-fé deve existir na conclusão, na execução, não se pode esquecer o pós-contrato. Mesmo após o encerramento do contrato, há que se exigir das partes boa-fé ou responsabilidade *post factum finitum* como, por exemplo, na proibição de utilização, sem a prévia e expressa autorização, dos dados do consumidor (fundamentais na contratação pela *Internet*) em outros cadastros.

5. Algumas questões importantes

Entendo que essa contratação terá validade desde que atenda aos elementos essenciais (requisitos de validade) de qualquer ato em nosso ordenamento jurídico, à possibilidade de identificação do emitente da vontade registrada e aos princípios da autenticidade e da integridade do documento eletrônico utilizado, ou seja, a equivalência funcional (art. 6º da Lei Modelo de Comércio Eletrônico da *UNCITRAL*) que equipara a mensagem eletrônica a qualquer documento tradicional para fins de validade jurídica.

Destarte, a publicidade veiculada pela *Internet* constitui oferta, vinculando o fornecedor predisponente à Responsabilidade Civil objetiva. Além disso, podemos afirmar que suas principais obrigações são, sob pena de atuação incompatível com a boa-fé objetiva:

- a) redigir claramente o texto contratual;
- b) prestar todas as informações pertinentes ao contrato e ao serviço

- ou produto;
- c) não utilizar cláusulas consideradas abusivas;
- d) permitir o direito de arrependimento em 07 dias, tendo em vista ser contrato realizado à distância (art. 49 CDC);
- e) admitir a inversão do *onus probandi*;
- f) manter as informações em sigilo e responder pelo uso indevido, mesmo que por terceiros não autorizados;¹⁷
- g) informar elementos para contatos futuros para reclamações ou mais pedidos de informações.

Há algumas questões que suscitam dúvidas entre os operadores do Direito: Qual a legislação aplicável e qual o foro a apreciar tal questão?

A contratação pela *Internet* é um fenômeno globalizante e de efeitos mundiais; não há fronteiras. Logo, o Brasil deve acompanhar essa nova realidade enfrentando-a e apresentando caminhos e soluções, sob pena de entregarmos os consumidores brasileiros exclusivamente à vontade dos fornecedores, principalmente estrangeiros.

Caracterizada a relação de consumo, se for celebrado no Brasil aplica-se o CDC, não há dúvida. Mesmo que a página eletrônica (*web page*) do proponente esteja armazenada no exterior, às operações comerciais realizadas no Brasil através da *Internet*, ainda que tenha como parte contratante uma parte estrangeira.

Outra possibilidade de solução, porém subsidiária, é a da regulamentação híbrida, na qual destacam-se as

¹⁷ É dever do fornecedor proteger os dados e informações pessoais dos consumidores, não podendo repassá-los a terceiros, salvo se expressamente autorizado, sendo abusiva qualquer cláusula que imponha ao consumidor a obrigação de manifestar-se contra a transferência de seus dados a terceiros (Portaria SDE).

experiências dos Mecanismos Alternativos de Resolução de Disputas, bastante utilizados nos EUA, com a adoção de mediação ou arbitragem. Tal medida também está prevista no PL nº 4.906/01, dispensando-se a obrigatoriedade da concordância expressa do aderente prevista no parágrafo 2º do art. 4º da Lei de Arbitragem.

Qual a norma a aplicar se houver conflito nos contratos eletrônicos?

Para se evitar discussões intermináveis no comércio internacional, existem as experiências dos Mecanismos Alternativos de Resolução de Disputas (em inglês, *ADR*) para os que enfrentam problemas com o consumo *on-line*, utilizando-se de foros criados para resolver esses problemas de forma alternativa, colateral aos mecanismo oficiais e, às vezes, mais efetivos.

Nos EUA existem instituições como a *WebTrader* e a *NovaForum*, atuando ora com a mediação ora com a arbitragem e já existe um Projeto no Parlamento Europeu exigindo que os *sites* de comércio eletrônico se filiem a pelo menos dois órgãos de resolução alternativa de disputas.

O próprio PL nº 4.906/01 prevê, em seu art. 48, a possibilidade das partes optarem por essa alternativa, ou melhor, pela arbitragem.

Entendo que, se ficar caracterizado ser um contrato de consumo, deve-se adotar o CDC, pois a norma que faculta ao consumidor o direito de acionar o fornecedor em seu próprio domicílio tem caráter imperativo. No entanto, caso o fornecedor não tenha representante no Brasil, a executividade dessa sentença poderia restar prejudicada.

Portanto, caracterizada uma relação de consumo, se uma empresa estabelecida no Brasil fizer ofertas pela *Internet*, o Judiciário considerará e aplicará o CDC, mesmo que a página eletrônica (*web page*) do proponente esteja armazenada no exterior.

E se um incapaz celebrar contrato pela *Internet*?

A propagação da *Internet* aumenta a possibilidade de casos de contratos serem concluídos por usuários incapazes (um processo fácil para a maioria), o que acarreta a nulidade do ato. Os riscos dessa celebração devem correr por conta dos fornecedores. Para se evitar isso, o fornecedor na *Internet* deve, para diminuir seus riscos, incluir no formulário de sua *homepage* a pergunta sobre a idade do consumidor bem como o aviso expresso de que não serão celebrados contratos com menores (*si minor se maiorem dixerit vel probatus fuerit*). Se isso ocorrer, os responsáveis pelo incapaz responderão pelos prejuízos causados à outra parte ou a terceiros.

Um contrato ou um documento eletrônico tem a mesma validade jurídica dos tradicionais?

Mesmo que os contratos sejam formais/solenes, não há diferença essencial entre o documento eletrônico e o documento tradicional (em papel). Para isso utiliza-se da certificação eletrônica. Sob esse aspecto, alguns ordenamentos preferiram introduzir um conceito de assinatura eletrônica *lato sensu* indicando os requisitos mínimos que o sistema ou tecnologia a ser utilizado, qualquer que seja, deve garantir. O Brasil optou pelo processo mais conhecido, a Assinatura Digital por criptografia assimétrica a ser reconhecida por Autoridade Certificadora e, atendendo à recomendação da melhor doutrina, acompanha a proposta da *UNCITRAL* à neutralidade tecnológica com fórmula aberta (a outras tecnologias equiparáveis que atendam aos mesmos fins), conforme dispõe o parágrafo único do art. 2º do PL nº 4.906/01.

Evita-se, dessa forma, um sério problema: a morosidade nomogenética em comparação com o avanço tecnológico da comunicação de dados; qualquer norma jurídica deve se fundamentar em conceitos genéricos que permitam uma adequação à nova realidade, sob pena de cair em desuso, por defasagem.

Se as informações prestadas pela *Internet* forem

cedidas indevidamente, haverá responsabilidade?

Caso o ofertante venha a solicitar, divulgar ou ceder informações de caráter privado, relativas ao destinatário, as quais deve manter em sigilo, deverá responder por isso, salvo se expressa e previamente autorizado pelo titular a fazê-lo ou mediante ordem judicial.

É possível aos provedores de acesso ou proprietários de *sites* beneficiarem-se da excludente de responsabilidade com o argumento de invasão do sistema por *crackers*?

Não pode ser tratada como excludente, pois é previsível, por isso, evitável. No comércio eletrônico a questão é saber se a responsabilidade pelo produto ou serviço alcança o proprietário do portal ou somente o fornecedor, com a possibilidade de ação regressiva.

Afirmamos, então, que a contratação pela *Internet* deve ser estudada sob dois aspectos: quanto à formação e quanto à *execução*. Sob o primeiro, devem ser observados os requisitos de validade de qualquer outro ato jurídico, a possibilidade de identificação do emitente da vontade registrada (autenticidade), a integridade (que não seja alterada por terceiro) e o não repúdio.

Quanto ao segundo aspecto, o da execução do contrato, entendemos que se deva exigir a boa-fé objetiva em todas as suas fases e até mesmo nas tratativas ou no pós-contrato (*post factum finitum*), assim como a utilização do CDC para garantir a proteção do hipossuficiente.

Quanto ao *marketing* na *Internet*, devem ser aplicadas as regras contidas no texto do CDC, que prevê dois tipos de publicidade que contrariam os interesses dos consumidores e, por isso, devem sofrer sanções: a enganosa e a abusiva.

Por fim, o interesse social e o desenvolvimento científico estão conjugados e refletem-se no Direito. Se a função deste é ser dinâmico, respondendo eficazmente às mudanças e aos anseios da sociedade, é relevante que realizemos um trabalho com este enfoque, demonstrando que a contratação pela

Internet produz efeitos jurídicos como qualquer outro, mesmo que o contrato seja considerado formal ou solene, e que a boa-fé objetiva pode ser aplicada nessa relação jurídica enquanto relação de consumo atribuindo às partes uma maior proteção, pois o exercício de seus direitos e o cumprimento de suas obrigações estão condicionados a regras objetivamente dispostas na lei, que as retirou dos valores, objetivos fundamentais da sociedade como, por exemplo, a justiça e a segurança jurídica.

Reafirmo a importância da utilização (pelas partes) e da aplicação (pelo julgador) da boa-fé objetiva no contrato pela *Internet*, refletindo, então, os dispositivos constitucionais da dignidade da pessoa humana e da livre iniciativa condicionando a atividade econômica, para a construção de uma sociedade mais justa na qual sejam respeitados os direitos fundamentais como, por exemplo, o do consumidor.

Impõe-se ao jurista, ao pesquisador do Direito, acompanhar sua evolução, ditada pela sociedade, e dar-lhe complemento de acordo com as mutações.

Referências:

CASIMIRO, Sofia de Vasconcelos. *A Responsabilidade Civil pelo conteúdo da informação transmitida pela internet*. Coimbra: Almedina, 2000.

CASTRO, Luiz Fernando Martins. O comércio eletrônico e a defesa do consumidor no direito brasileiro e no Mercosul. In: *Internet e Direito. Reflexões doutrinárias*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2001.

COELHO, Fábio Uihôa. *O estabelecimento virtual e o endereço eletrônico*. São Paulo: Tribuna do Direito, 1999.

DE LUCCA, Newton. Títulos e contratos eletrônicos. In:

Direito & Internet. São Paulo: EDIPRO/IBCI, 2000.
LAGO JÚNIOR, Antônio. *Responsabilidade civil por atos ilícitos na internet*. São Paulo: LTr, 2001

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor. O novo regime das relações contratuais*. São Paulo: RT, 1992.

MARTINS, Flávio Alves. *A boa-fé objetiva e sua formalização no direito das obrigações brasileiro*. 2.^a ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2001.

SANTOS, Manoel J. Pereira dos. Contratos eletrônicos. In: ROVER, Aires José (Org.). *Direito, sociedade e informática: limites e perspectivas da vida digital*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2000.

SILVEIRA, Mariana C. Avanços recentes do comércio eletrônico nos Estados Unidos e no México. In: *Comércio Eletrônico*. São Paulo: RT, 2001.

SIMÃO FILHO, Adalberto. Dano ao consumidor por invasão do site ou da rede. In: *Direito & Internet*. São Paulo: EDIPRO/IBCI, 2000.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Eficácia probatória dos contratos celebrados pela internet. In: *Direito e internet: aspectos jurídicos e relevantes*. São Paulo: EDIPRO/IBCI, 2000.

