

O CONSUMIDOR NO DIREITO DE ARREPENDIMENTO NO COMÉRCIO ELETRÔNICO

Monografia apresentada como requisito
parcial para a conclusão do curso de
bacharelado em Direito do Centro
Universitário de Brasília - UniCEUB.

Orientador: Prof.^o Dr.^o LEONARDO
ROSCOE BESSA

BRASÍLIA

2010

AGRADECIMENTO

A Deus, por todas as oportunidades e proteção a minha vida, a saúde para obter conquistas e coragem para enfrentar as adversidades.

Aos meus pais Nataniel e Alice pela dedicação e carinho de sempre.

A minha irmã Silvia e meu cunhado Wellington pelo apoio e assistência a assuntos de informática que muito me socorreram em horas difíceis.

Ao meu tio Mário Alves da Silva (in memorian), irmão “Hafth” pelo apoio espiritual.

Ao meu orientador Professor Doutor Leonardo Roscoe Bessa, a quem admiro pela generosidade, dedicação e atenção, tão rara no meio jurídico e pelo seu respeito aos alunos, as pessoas. Meus sinceros agradecimentos por todo apoio, paciência e consideração e pelo estímulo em continuar estudar Direito do Consumidor.

Ao BRASILCON por ter me concedido empréstimos de livros e me proporcionado a participar de Congressos,

eventos onde tive oportunidade de ter conhecido autores do presente trabalho.

Aos amigos Paula Cristina e Sérgio Henrique do STJ que me emprestaram vários volumes de livros.

A professora Lilian Rose pelo apoio e conselhos sábios em momentos difíceis.

Ao professor Drº Stênio Ribeiro da UPIS que me iniciou no aprendizado ao Direito do Consumidor.

Ao Juiz Drº Moacyr Fernandes (Bahia) pelas dicas e atenção.

A Drª. Cláudia Lima Marques pela valiosa atenção em responder todos os meus e-mails, me dando informações úteis e nomes de livros para a Monografia. Onde admiro a simplicidade, o carinho no trato com as pessoas, meu muito obrigada de coração.

Sem a colaboração e torcida sincera de todos vocês nas horas mais complicadas seria impossível concluir essa tarefa.

INTRODUÇÃO

A sociedade moderna é caracterizada como consumidora em potencial, consumimos o tempo todo, quando adquirimos um produto num estabelecimento comercial, em nossa casa ou mesmo no trabalho. A compra de um objeto qualquer por telefone, pelo catálogo, pela internet, por telemarketing ou até mesmo num stand de uma feira, caracteriza um ato de consumo.

O presente trabalho tem como foco específico o instituto jurídico do art. 49 do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, que trata da garantia do direito de arrependimento às contratações realizadas fora do estabelecimento comercial.

O estudo é essencialmente dogmático e bibliográfico, o que se justifica pela natureza interdisciplinar do direito do Consumidor e também pela atualidade do tema que determinou uma análise em várias obras, por não concentrar o assunto numa obra só.

A pesquisa visa esclarecer ao consumidor como se defender de uma compra mal sucedida realizada no comércio eletrônico e o direito de desistir dentro do prazo de 7 (sete) dias em compras fora do estabelecimento comercial.

Em razão do alcance da internet, que possibilita a formação de contratos nacionais (entre partes localizadas em um mesmo país) e internacionais (entre partes localizadas em países distintos), faz-se necessária a delimitação geográfica. Portanto, para fins deste estudo, serão considerados apenas os contratos celebrados no Brasil.

A escolha do direito de arrependimento no comércio eletrônico foi feita em razão de persistentes preocupações com o consumidor hipervulnerável (pessoas idosas, jovens, crianças, pouca escolaridade) e a exploração massificada dos fornecedores e provedores na concessão de créditos e ilusórias vantagens na aquisição da compra, fazendo com que o consumidor venha a se endividar, aumentando assim a inadimplência.

No primeiro capítulo podem-se encontrar assuntos sobre o avanço tecnológico da internet e suas aplicações no comércio eletrônico. Os problemas são maiores quando se trata de contratações à distância, particularmente de compra e

venda pela internet. Esta comercialização aumenta a cada dia em nosso país, seja pela facilidade, seja pela delimitação de gastos pelas empresas. Mas, infelizmente sabemos que tudo isso tem um custo muito elevado para o consumidor. O “clique do mouse” não é um ato qualquer, mas sim caracteriza um ato de consumo, logo o “click” significa uma ferramenta de compra, por que o *e-commerce* (chamado também de comércio eletrônico) tornou-se um grande “*Shopping Center Virtual*”, no que traz efetivamente problemas quanto se adquire um produto sem pensar, no momento de uma empolgação.

Já no segundo capítulo o estudo analisa os contratos realizados pelo comércio eletrônico, assim como as consequências e responsabilidade civil do fornecedor, cláusulas abusivas. Os contratos de consumo são contratos à distância, regulados pela lei consumerista, tanto por seus princípios (arts. 1º a 6º) como em capítulo especial – da proteção contratual (arts. 46 a 54).

Seria impossível listar e comentar cada espécie de contrato de consumo na presente obra, por serem muitos, então foge do objetivo do trabalho, portanto adota-se segundo a professora Cláudia Lima Marques, somente os contratos de consumo nacional, o de adesão, particularmente.

No terceiro capítulo refere-se ao direito do arrependimento, onde o Código de Defesa do Consumidor consagra o direito de o consumidor voltar atrás em declaração de vontade. O direito de arrependimento existe per se, sem que seja necessária qualquer justificativa do por que da atitude do consumidor em desistir das compras que efetivou. Basta que o contrato de consumo tenha sido concluído fora do estabelecimento comercial para que o consumidor tenha o direito de arrepender-se.

Analisa-se o prazo de reflexão, a contagem do prazo, a relação de consumo, a devolução das quantias pagas e despesas de envio, e o frete, onde foram ressaltadas as garantias do consumidor que tem o direito de ser restituído sem ônus para ele.

No que concerne aos meios de pagamento, podem ser, em geral, cartão de crédito, via boleto de pagamento ou depósito em conta corrente, cartão inteligente, cheque eletrônico e ainda, a moeda eletrônica.

A confiança revela-se como um dos valores fundamentais para que o consumidor venha a ter segurança em suas compras virtuais, baseado na eticidade e solidariedade impostas na Constituição Federal.

Há muitas vantagens ao realizar compras pela internet, mas também existem algumas desvantagens para o consumidor, principalmente em relação ao pagamento antecipado, antes de receber o produto, da dificuldade da troca ou devolução do bem, a demora em enviar o produto ao consumidor e provar que realizou a compra e que somente após a entrega que se dá algum tempo depois de feito o pedido, tem o comprador contato físico com o produto adquirido, podendo não corresponder exatamente ao que ele pretendia.

O Direito tem sido constantemente desafiado a acompanhar o envolvimento social com as novas tecnologias. A ciência jurídica está sendo provocada a criar normas, que não apenas devam reparar danos ou impedir comportamentos abusivos, mas que evitem práticas que atentem contra os interesses individuais e coletivos, produzindo regras suficientemente flexíveis para que sejam capazes de acompanhar o desenvolvimento tecnológico.

No entanto, mesmo com todo o desenvolvimento da internet, ainda são escassos os estudos acerca da validade do comércio eletrônico e suas aplicabilidades, tais, como: assinatura digital nos contratos eletrônicos e aos estudos de codificação de dados, pouco se tem estudado sobre a privacidade e o direito autoral, mas estes últimos não abordaremos no presente trabalho.

Ainda há muita insegurança nas compras feitas pela Internet devido às fraudes e as desonestidades de alguns fornecedores, mas já existem estudos sobre as criptografias simétrica e assimétrica (surgindo daí a assinatura digital) entre outros.

Diante do exposto, o presente trabalho objetiva estudar as vendas a distância e as garantias do consumidor em desistir das mesmas com ressarcimento das despesas efetuadas e todos os seus direitos assistidos.

1. ASPECTOS GERAIS SOBRE INTERNET

A Rede Mundial, como também é denominada, teve seu surgimento na década de 60, através das forças militares americanas e tinha o objetivo de criar um meio para transmissão de dados entre um computador e outro¹.

Durante muitos anos, o acesso à Internet ficou restrito às instituições de ensino e pesquisa. No entanto, a partir da década de 80, os microcomputadores passaram a ter um custo menor, sendo acessível à parte considerável da população. No início dos anos 90, a Internet ultrapassou a marca de um milhão de usuários e teve início a sua utilização para fins comerciais.²

No Brasil, a Internet somente foi liberada para uso comercial em 1995, sendo que o comércio eletrônico apenas começou a dar seus primeiros passos em meados de 1998. Atualmente, grande parte da população pode conectar-se a Rede Mundial, desde que se associe a um provedor de acesso.³

O surgimento da rede mundial de computadores permitiu que a troca de informações acontecesse com maior celeridade e de forma globalizada, mantendo um grande número de pessoas conectadas em um mundo onde a diversidade e a possibilidade de escolha é infinita.

A utilização da Internet para fins comerciais propiciou o desaparecimento das distâncias e das fronteiras, a redução das barreiras alfandegárias e a progressiva abertura dos mercados, levando ao crescimento vertiginoso do comércio interno e internacional.⁴

Não se pode perder de vista que quando se compra algo utilizando o meio virtual, o que se tem em mente é apenas uma simples imagem do que se estará adquirindo, ou seja, não há como analisar se aquele produto ou serviço em vias de consumo é realmente o desejado ou da forma almejada.

1.1 Conceito

¹ FINKELSTEIN, Maria Eugênia Reis. **Aspectos Jurídicos do Comércio Eletrônico**. Ed Thomson IOB, 2004. p.35.

² Idem. p.35-36.

³ LEAL, Sheila Rocio Cercal Santos do. **Contratos Eletrônicos – Validade jurídica dos contratos via internet**. Editora Atlas, 2007. p.3 e ss.

⁴ PECK, Patrícia. **Direito Digital**. Editora Saraiva: São Paulo, 2002. p.7-8.

De acordo com entendimento de Gustavo Testa Correa, a internet é:

(...) um sistema global de rede de computadores que possibilita a comunicação e a transferência de arquivos de uma máquina à outra máquina conectada na rede, possibilitando, assim, um intercâmbio de informações sem precedentes na história, de maneira rápida, eficiente e sem a limitação de fronteiras, culminando na criação de novos mecanismos de relacionamento.⁵

A Internet é uma rede internacional ou de computadores interconectados, que permite que se comunique entre si dezenas de milhões de pessoas, bem como o acesso a uma imensa quantidade de informações de todo mundo. Possui algumas características consideradas juridicamente relevantes, tais como: a) ser uma rede aberta, em que qualquer um pode acessá-la; b) ser interativa, pois o usuário gera dado, navega e estabelece relações; c) ser internacional, visto que permite transcender as barreiras nacionais; d) existe uma multiplicidade de operadores; e) ter uma configuração de sistema auto-referente, isto é, opera descentralizadamente e, na ausência de um centro que possa ser denominado de “autoridade”, constrói a ordem a partir das “regras do caos”; f) ter aptidão para gerar suas próprias regras conforme o costume; g) apresentar uma aceleração do processo histórico; h) permite a comunicação em “tempo real” e uma “desterritorialização” das relações jurídicas; h) diminui drasticamente os custos das transações.⁶

No campo empresarial, a tecnologia da informação exerceu forte impacto nas atividades em razão de diminuição de custos. A implementação de terminais de computadores em rede, o uso do correio eletrônico, a Intranet, a gestão de formulários eletrônicos, com a utilização de documentos digitais como meio de transporte e armazenamento de informação são alguns exemplos de trabalhos que se tornaram mais rápidos e eficientes após a implementação de tecnologia.⁷

Vivem-se, hoje, na expressão de Arnoldo Wald, sob os efeitos da “nova economia”, que prevê a possibilidade de cortar custos substanciais e aumentar consequentemente os lucros empresariais, multiplicando rapidamente à velocidade da comercialização dos produtos e dando uma nova escala à atividade negocial,

⁵ CORRÊA, Gustavo Testa. **Aspectos Jurídicos do Comércio eletrônico**. Síntese - Porto Alegre, 2004.

⁶ LORENZETTI, Ricardo L. **Comércio Eletrônico**. Editora Revista dos Tribunais. Tradução de Fabiano Menke. São Paulo, 2004. p.25-26.

⁷ Ibidem, p.52.

pela possibilidade de alcançar um número ilimitado de clientes e fornecedores pela utilização da Internet.⁸

As empresas não estão com a atenção voltada apenas para o produto a ser comercializado. Muito mais que isto, estão preocupadas em estabelecer um grau de intimidade com o consumidor, determinante de seus gostos e necessidades, que garanta relações comerciais duradouras. Para tanto, intensificam-se as trocas de informações que possibilitam a constituição de bancos de dados, o controle do mercado e a oferta, não de qualquer produto ou serviço, mas daqueles que efetivamente possam capturar os consumidores.⁹

A tela de um computador pode ser obscura o suficiente para confundir o consumidor, além do que as imagens e o texto publicitário são “preparados” por profissionais da área de marketing, não sendo possível definirem-se alguns detalhes quanto ao produto ou serviço que se consome, como por exemplo, seu tamanho, cor, textura, peso, dentre outras características. Todas as percepções podem ficar restritas a apenas uma imagem na tela do computador e é fato que existe uma diferença considerável entre ir a um estabelecimento empresarial real e “visitar” um estabelecimento empresarial virtual como, por exemplo, os sites do submarino¹⁰, das lojas americanas¹¹, e da livraria saraiva¹², entre tantos outros.¹³

1.2 Criptografia – Uma abordagem geral

Os métodos criptográficos foram muito difundidos e aplicados em exercícios e estratégias militares, pois, possibilitavam o envio de mensagens a locais distantes, sem que o inimigo a decifrasse caso rendessem o mensageiro. Este também foi o primeiro estímulo ao desenvolvimento da criptoanálise, ou seja, o método de quebrar

⁸ A expressão nova economia foi empregada originariamente por Peter Drucker no livro *Administrando o Futuro*. Em sentido inverso, vale mencionar a opinião de Mauro de Chermont, de que: “(...) devemos ir com calma. Muito cuidado com o modismo. A nova economia não vai substituir a ‘velha economia’. Existe a economia de sempre, com novas ferramentas. (...)” (e-economy, e-business, e-commerce... e agora. Revista de tecnolística, São Paulo, ano 7, nº 67, p.79, jun. 2001).

⁹ WALD, Arnaldo. **Um novo direito para a nova economia**: a evolução dos contratos e o Código Civil. Revista Sinete de Direito Civil e Processual Civil, n. 12, jul./ago. Porto Alegre, 2001. p.40.

¹⁰ Disponível em: <http://www.submarino.com.br/> - Acessado em: 10/03/2010.

¹¹ Disponível em: <http://www.americanas.com.br/> - Acessado em: 10/03/2010.

¹² Disponível em: <http://www.livrariasaraiva.com.br/> - Acessado em: 10/03/2010.

¹³ MARQUES, Cláudia Lima. **Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor** – um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico. Ed. RT: 2004. p.112-114.

o código que possibilita a leitura da mensagem enviada e a implantação da segurança.¹⁴

A análise etimológica da palavra criptografia “deriva de criptologia, que se origina do grego **‘KRYPTOS LÓGOS’**, que significa ‘palavra escondida’.” Esta técnica pode ser denominada com a arte de cifrar ou decodificar, possibilitando ao conhecedor do código o acesso à mensagem enviada.¹⁵

Na atualidade, as ciências exatas, enquanto área do conhecimento, são responsáveis pelo estudo da criptografia, sob a forma de uma ramificação da criptologia. Outro desdobramento da criptologia é a criptoanálise, que trata do método de decifrar as mensagens, sem a utilização de senhas.¹⁶

O significado de criptografia é “a arte de escrever em cifra ou em código, de modo a permitir que somente quem conheça o código possa ler a mensagem”. Pode ser interpretado como a possibilidade de camuflar determinado arquivo ou documento. Esta camuflagem pode ser reconhecida sob a forma lógica, pela utilização de fórmulas matemáticas, na qual, apenas quem possui a fórmula decodificadora pode ler os dados criptografados. Com isso, algoritmos matemáticos programados em softwares, por sua complexidade, transformam documentos legíveis em um emaranhado de caracteres numéricos sem nenhum sentido, sendo possível sua leitura, apenas, com a utilização da chave (senha) adequada. O ato de tornar impossível a leitura da mensagem, sendo possível sua leitura, apenas ao receptor correto, pois este conhece o padrão utilizado na mensagem, permitindo conhecer o conteúdo do que foi enviado.¹⁷

Uma das soluções apontadas pelos estudiosos do Direito e por especialistas da área de informática para garantir a segurança dos negócios jurídicos, almejada, é a utilização da assinatura digital como meio de validar os instrumentos digitais de contratos. A assinatura digital é, no momento, reconhecida como a possibilidade do

¹⁴ BEHRENS, Fabiele. **Assinatura Eletrônica & Negócios Jurídicos**: Juruá, Curitiba, 2007, p.32.

¹⁵ VOLPI, M.M. **Assinatura Digital. Aspectos técnicos, práticos e legais**. Rio de Janeiro: Axcel Books, 2001, p.6.

¹⁶ BEHRENS, Fabiele. **Assinatura Eletrônica & Negócios Jurídicos**: Juruá, Curitiba, 2007, p.32-33.

¹⁷ Idem, p.32-33.

envio seguro de um documento por meio da aplicação do método criptográfico assimétrico.¹⁸

O processo da assinatura digital advém de um ramo da matemática aplicada que utiliza complexas equações interdependentes para transformar mensagens em códigos ininteligíveis, e a partir de um procedimento reverso, recuperar o formato original que garantem a integridade do conteúdo que trafega nas redes digitais, dando certeza e confiabilidade às informações transmitidas.¹⁹

Sua aplicação se dá sob a produção e emissão de senhas que, quando obtidas corretamente pelo usuário, permitirão o acesso ao conteúdo até então cifrado. Este procedimento de cifrar uma identificação, aplicá-la a um documento e posteriormente recuperá-la é o que se denomina de assinatura digital.²⁰

A criptografia pode ocorrer sob duas formas, a convencional ou simétrica e a de chaves públicas e privadas, ou assimétricas. Na forma convencional uma mesma chave (senha) é utilizada tanto para encriptar como para desencriptar (codificar e decodificar) um arquivo ou documento. Na forma assimétrica são representadas duas chaves, uma, privada e outra, pública, que são complementares uma à outra. Uma vez codificada com a chave privada, apenas quem tem a chave pública poderá decifrar a codificação, assim como realizar a operação inversa. Cada uma das formas tem uma função e aplicação específica e possível que varia conforme a necessidade dos usuários e os fins por eles almejados.²¹

2.Comércio eletrônico

2.1 Conceito

Várias são as definições de comércio eletrônico²². Alguns autores o definem como uma forma de EDI (*Electronic Data Interchange*)²³, ou seja, uma troca de

¹⁸ BEHRENS, Fabiele. **Assinatura Eletrônica & Negócios Jurídicos**: Juruá, Curitiba, 2007, p.32.

¹⁹ Idem, p.32-33.

²⁰ Idem, p.32-33.

²¹ Idem, p.32-33.

²² De acordo com Volpi A. Neto (2001, p.29): “O comércio eletrônico pode ser definido como a compra e venda de produtos e bens pela Internet. Existe aí uma distinção que tem efeitos práticos. Alguns entendem que somente os bens que circulam pela rede é que caracterizam o comércio eletrônico, ou seja, produtos que podem ser transferidos de uma máquina para a outra, tais como programas de computador, o projeto arquitetônico de uma casa, uma música digitalizada, o conteúdo de um livro, etc. Pode-se chamá-los como produtos de bits. Outros entendem que todos os produtos adquiridos pela Internet fazem parte do comércio eletrônico. A diferença é que esses são entregues pelo correio ou empresas de transporte. Ou seja, são produtos de átomos. Alguns autores também fazem a distinção designando como comércio direto a prestação de serviços e comércio indireto, a venda de

dados por computadores e outros equipamentos eletrônicos sem que se recorra à produção de um suporte de papel. Outros, como a venda de quaisquer produtos ou serviços mediante a utilização da Internet.

Segundo a definição de Gilberto Marques Bruno²⁴, comércio eletrônico nada mais é do que: *“uma modalidade de compra à distância, consistente na aquisição de bens e/ou serviços, através de equipamentos eletrônicos de tratamento e armazenamento de dados, nos quais são transmitidas e recebidas informações”*.

Para Fábio Ulhoa Coelho comércio eletrônico é a venda de produtos, virtuais ou físicos, ou a prestação de serviços realizada em ambiente virtual. Ele pondera que tanto a oferta como a celebração do contrato é realizada por transmissão e recepção eletrônica de dados, e que pode se dar por meio da Internet ou fora dela. Ao ponderar que o comércio eletrônico pode ser realizado fora da Internet, o autor exemplifica que o cliente, mediante o fornecimento do programa, pode estabelecer conexão de seu computador com o computador do banco por meio de contato telefônico, sem usar a rede mundial de computadores. É o que chama de “comércio e não internetenático”, para referir-se ao e-commerce realizado fora da Internet.²⁵

Sobre esse assunto, Cláudia Lima Marques pondera que o comércio eletrônico seria o comércio “clássico”, hoje realizado por meio de contratação à distância. Alcança os contratos celebrados pela Internet, por telefones fixos e celulares, pela televisão a cabo, etc.²⁶

Para Rodney de Castro Peixoto²⁷ há conceitos diversos formulados sob diferentes prismas. Segundo o autor:

Conceito Técnico - Comércio eletrônico é uma combinação de tecnologias, aplicações e procedimentos negociais que permitem a compra e venda on-line de bens e serviços entre governos, sociedades, corporações privadas e

bens físicos. Mas, perante o ordenamento jurídico, ainda não há um consenso sobre sua definição ou delimitação. Obviamente, a tangibilidade ou não do bem acarreta consequências tributárias profundas, ainda não delineadas; porém, na sua essência como comércio, penso que eventuais diferenças tendem a desaparecer”.

²³ O artigo 2º da Lei Modelo da UNICITRAL define EDI como transferência eletrônica de computador para computador, de informações estruturadas de acordo com um padrão estabelecido.

²⁴ BRUNO, Gilberto Marques. **As relações do “business-to-consumer” (B2C) no âmbito do “e-commerce”**. Disponível em: <http://www.jus.com.br> – Acessado em: 28/07/2002.

²⁵ ULHOA, Fábio Coelho. **Curso de Direito Comercial**. Vol. 1, 8ª Edição - Editora Saraiva: São Paulo, 2004. p. 32.

²⁶ MARQUES, Cláudia Lima. **Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor** – um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico. Ed. RT: 2004. p. 35.

²⁷ PEIXOTO, Rodney Castro de. **O Comércio Eletrônico e os Contratos**. Editora Forense: Rio de Janeiro, 2001. p. 10.

o público. Antes dos fenômenos da Internet, o meio mais utilizado era o EDI (Eletronic Data Interchange).

Conceito Econômico - Comércio eletrônico é a realização de toda a cadeia de valor dos processos de negócios, realizada esta efetuada no ambiente digital.

Conceito Administrativo (privado) – Comércio eletrônico é um termo genérico que descreve toda e qualquer transação comercial que se utiliza de um meio eletrônico para ser realizado. Com o uso de tecnologia se obtém a otimização do relacionamento da cadeia de suprimentos até o ponto de venda, bem como a melhora da comunicação entre a empresa e o cliente final.

Conceito Jurídico - Comércio eletrônico é a atividade comercial explorada através de contrato de compra e venda com a particularidade de se este contrato celebrado em ambiente virtual, tendo por objeto a transmissão de bens físicos ou virtuais e também serviços de qualquer natureza.

Já Aldemário Araújo Castro define o comércio eletrônico como: (...) o sentido da expressão “comércio eletrônico”. Seria o conjunto de operações de compra e venda de mercadorias ou prestações de serviços por meio eletrônico ou, em outras palavras, as transações com conteúdo econômico realizadas por intermédio de meios digitais. Nesta linha, o comércio eletrônico envolve a venda de bens tangíveis (comércio eletrônico impróprio ou indireto). Assim, são exemplos do primeiro tipo de operações: a venda de livros, brinquedos, CDs de música, equipamentos eletrônicos, entre outros. Já no segundo tipo de transações podemos ter a venda de softwares, músicas, utilidades. No primeiro caso, temos um desdobramento físico da operação, um bem corpóreo sairá do estabelecimento do vendedor e será entregue ao comprador. Já no segundo caso, a operação começa, desenvolve-se e termina nos meios eletrônicos, normalmente a internet.²⁸

Sendo assim, o comércio eletrônico nada mais é do que uma modalidade de compra, de bens e/ou serviços, à distância, utilizando-se de equipamentos eletrônicos de tratamento e armazenamento de dados, nos quais são transmitidas e recebidas informações a respeito do que se está comprando.²⁹

1.2.2 Distinção entre comércio eletrônico de bens corpóreos e incorpóreos – Implicações legais

Primeiramente, cumpre distinguir o comércio eletrônico em duas categorias, isto é, tendo em conta a natureza dos bens e os serviços que são ofertados. Em outras palavras: Corpóreos ou Incorpóreos.³⁰

O primeiro grupo versa sobre a utilização da internet como meio de compra e venda de bens corpóreos, a exemplo do que já vinha acontecendo através de centrais de telemarketing e reembolso postal.³¹

²⁸ CASTRO, Aldemário Araújo. **Os meios eletrônicos e a tributação**. In: Demócrito Reinaldo Filho (Coord). **Direito de Informática - temas polêmicos**. Editora Edipro: Bauru, 2002. p. 254.

²⁹ ALBERTIN, Alberto Luiz. **Comércio Eletrônico: modelo, aspectos e contribuições de sua aplicação**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2002.

³⁰ ATHENIENSE, Alexandre. **Auto Aplicação do Código do Consumidor nas transações de bens corpóreos pelo comércio eletrônico na internet**. RDC nº38/2001, p.298/304.

Daí a formação de “centros comerciais virtuais”, a que aderem frequentemente pequenos comerciantes, na colocação de seus produtos ou serviços, com a vantagem destes sistemas estarem funcionando 24 horas por dia.³²

Dizia Clóvis Beviláqua, que *“bem é tudo aquilo que concorre para satisfazer uma necessidade humana”*,³³ ao trazer o conceito de “bem” para a economia política e compará-lo ao conceito de direito.³⁴

Assim, “bem jurídico” é uma utilidade, porém caracterizada pela sua maior extensão face ao conceito econômico, pois este abrange o trabalho, a terra e o valor; e aquele abrange os interesses ocorrentes dentro desse círculo e outros, que podem incluir o indivíduo, a família e a sociedade.³⁵

Os “bens jurídicos” possuem maior amplitude do que os “bens econômicos” incluem não só os de natureza patrimonial ou econômica, como também abrangem aqueles que não possuem expressão patrimonial e, portanto, não suscetíveis a valoração. *“Todo bem econômico é jurídico, mas a recíproca não é verdadeira, pois nem todo bem jurídico é econômico.”*³⁶

*“Desta forma, pode-se dizer que “juridicamente”, os bens são valores materiais ou imateriais, que podem ser objeto jurídico de uma relação de direito”.*³⁷

Observa Caio Mário da Silva Pereira, que em razão de sua materialidade é que se efetivará a distinção entre ambos. Assim, “coisa” caracteriza-se por ser objeto corpóreo e material. Imateriais ou abstratos são os “bens” especificamente considerados.³⁸

³¹ Idem. p.298

³² Idem. p.298

³³ BEVILÁQUA, Clóvis. **Teoria Geral do Direito Civil**. 3ª Ed., Livraria Francisco Alves, Rio de Janeiro, 1946. p. 207.

³⁴ Segundo Miguel Maria de Serpa Lopes (1960:332): A palavra “bens”, ora empregada, opõe-se aos “bens jurídicos”, levando-se em consideração o conceito econômico e o jurídico, há que se distinguir bem e das coisas. “A palavra coisa possui um sentido mais amplo, pois compreende aquelas coisas que podem ser objeto de um bem, e assim consideradas pela ordem jurídica, como também muitas outras coisas que, por incapazes de apropriação pelo homem, se tornam estranhas à ordem jurídica”.

³⁵ BEVILÁQUA, Clóvis. **Teoria Geral do Direito Civil**. 3ª Ed., Livraria Francisco Alves, Rio de Janeiro, 1946. p. 208.

³⁶ GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 8ª Ed., Forense. Rio de Janeiro, 1983. p. 174.

³⁷ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. Parte Geral. Vol 1 . 27 Ed. Saraiva: São. Paulo, 1988. 323p.

³⁸ PEREIRA, Caio Mário Silva da. **Curso de Direito Civil – Direito das Obrigações**. 1ª e 2ª parte. Vs. 4 e 5. São Paulo: Saraiva, 2004. p.272.

Interessa-nos, em razão da presente pesquisa tão somente a classificação dos bens corpóreos e os incorpóreos. Vejamos:

a) Bens Corpóreos e Incorpóreos:

Clássica a divisão dos bens, já procedida pelos romanos, em corpóreos e incorpóreos. Atualmente, essa distinção não é mais realizada pela lei civil, mantendo, contudo, a doutrina interesse em realizá-la.

Basicamente, a distinção que se faz em torno dos bens corpóreos e incorpóreos reside na materialidade do bem. Assim, corpóreos seriam aqueles objetos que possuem uma existência material, concreta como, por exemplo: um carro, uma gleba de terras, uma casa, etc.

Incorpóreos, por sua vez, são aqueles que não possuem existência tangível e relacionam-se aos direitos que as pessoas possuem sobre as coisas, sobre o produto de seu intelecto ou contra outra pessoa, podendo, todavia, ser objeto de valoração econômica. Vale dizer, são economicamente mensuráveis. Dizem respeito, pois aos direitos reais, aos direitos autorais, a propriedade industrial, entre outros.³⁹

Em última análise, são os bens incorpóreos caracterizados como imateriais, e os corpóreos como materiais, aplicando-lhes, por conseguinte, quando objetos de uma relação de consumo, v.g., uma obra intelectual (conforme Lei 5.988, de 14 de dezembro de 1973).⁴⁰ Compreende as informações de sons e imagens, criando um novo cenário, em que o objeto transacionado não será os átomos, mas apenas bits e bytes.⁴¹

Esta modalidade prescindirá de maiores avanços da nossa legislação, como denuncia o projeto de lei do comércio eletrônico, ora em trâmite no Congresso Nacional, de modo a validar as inovações tecnológicas de proteção dos dados, como é o caso de autenticação de documento digital, assinatura digital e certificações. Para que esta transação adquira padrões mínimos de autenticidade,

³⁹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Volume 1, 8ª ed. Editora Saraiva: São Paulo, 1991. p.157.

⁴⁰ DONATO, Maria Antonieta Zanardo. **Proteção ao Consumidor: conceito e extensão**. Biblioteca de Direito do Consumidor, Ed. RT, v.7, 1994.

⁴¹ ATHENIENSE, Alexandre. **Auto Aplicação do Código do Consumidor nas transações de bens corpóreos pelo comércio eletrônico na internet**. RDC nº38/2001. p.299.

integridade e confidencialidade, de modo a propiciar eficácia no caso de recusa e atendimento aos trânsitos formais dos documentos.⁴²

É necessário que nossa legislação, tal como em outros países, busque legalizar a utilização da assinatura digital (o equivalente à carteira de identidade do usuário de internet), de modo a torná-la admissível como prova um documento digital.⁴³

O projeto de lei de comércio eletrônico assegura a prevalência do Estatuto (Código de Direito do Consumidor) ao preceituar em seu art. 13: *“Aplicam-se ao comércio eletrônico as normas de defesa e proteção do consumidor”*.⁴⁴

No entanto, à condição necessária a aplicação do Código de Defesa do Consumidor nas relações negociais que se concretizam no âmbito da internet, reside no enquadramento de uma das partes como Consumidor (art. 2º da referida Lei), que se trata de pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produtos ou serviços como destinatário final.⁴⁵

As normas protecionistas do consumidor não constituem empecilhos ao comércio eletrônico, ao contrário do que alguns consideram. Mesmo porque não são específicas ou exclusivas às ofertas eletrônicas; ao contrário, incidem qualquer forma de oferta. Os cuidados com o comércio na internet, portanto, são os mesmos que os observados no comércio tradicional. O que mudou fora apenas o modo de contratação, que oferece mais agilidade, menores custos e diminui drasticamente as distâncias.⁴⁶

As transações eletrônicas celebradas pela Internet são plenamente válidas, desfrutam das possibilidades probatórias já existentes e sujeitam-se às leis em vigor, como o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor, não reclamando de legislação específica que os discipline.⁴⁷

Bens Móveis e Imóveis:

⁴² Ibidem, p.299.

⁴³ Idem. p. 299.

⁴⁴ Idem. p. 299.

⁴⁵ Idem. p. 299.

⁴⁶ Idem. p.299.

⁴⁷ Idem. p.299.

Os bens imóveis, na clássica definição de Clóvis Beviláqua, “*são as coisas que não podem transportar sem destruição, de um lugar para outro*”.⁴⁸

b) Classificam-se, ainda, os bens imóveis em:

a) Imóveis por sua natureza: quando o legislador incluiu ao conceito de imóvel os seus acessórios (árvores, frutos pendentes) e adjacências naturais (espaço aéreo e subsolo), conforme disposto no artigo 43, inciso I, do Código Civil.⁴⁹

b) Imóveis por acessão física artificial (artigo 43, inciso II do CC): são todas as coisas móveis que justapostas ao imóvel em caráter permanente como, por exemplo: as construções, as sementes, etc., desde que a sua retirada implique em dano, modificação ou fratura.⁵⁰

c) Imóveis por acessão intelectual (artigo 43, inciso III do CC): trata esse inciso de uma ficção legal que confere aos bens móveis o caráter de bens imóveis toda vez que o proprietário vise a incorporá-los ao prédio.⁵¹ Por exemplo: o maquinário de uma indústria, os adornos de uma residência, desde que colocados a serviço do imóvel e não da pessoa.

d) Imóveis por determinação legal (art. 44, incisos I-III, do CC): são os direitos reais sobre imóveis; direito à sucessão aberta; apólices da dívida pública oneradas com a cláusula de inalienabilidade.⁵²

Os bens móveis, a seu turno, conceituam-se como “*os bens que, sem deterioração na substância ou na forma, podem ser transportados de um lugar para outro, por força própria ou estranha*”.⁵³

Abrange, pois, esta classe de bens os semoventes (animais), e os móveis propriamente ditos (moedas, produtos ou mercadorias, etc.).

1.2.3 Peculiaridades do comércio eletrônico

⁴⁸ BEVILÁQUA, Clóvis. **Teoria Geral do Direito Civil**. 3ª Ed., Livraria Francisco Alves, Rio de Janeiro, 1946. p. 261.

⁴⁹ DONATO, Maria Antonieta Zanardo. **Proteção ao Consumidor: conceito e extensão**. Biblioteca de Direito do Consumidor, Ed. RT, v.7,1994. p. 110/114.

⁵⁰ Idem. p.214.

⁵¹ RODRIGUES Sílvio. **Direito Civil**. Volume 1 , 7ªed., Editora Saraiva: São Paulo, 1977. p.104.

⁵² DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Volume 1 , 8ª ed. Editora Saraiva: São Paulo, 1991. p.161.

⁵³ BEVILÁQUA, Clóvis. **Teoria Geral do Direito Civil**. 3ª Ed., Livraria Francisco Alves, Rio de Janeiro, 1946, p.230.

Conforme a investigação acerca das peculiaridades do fenômeno do comércio eletrônico vai aprofundando, percebe-se que se trata de um caso especial de venda a distância, na qual o consumidor padece de uma vulnerabilidade com características próprias, não apenas em decorrência da insegurança quanto à conveniência do negócio, dadas as dificuldades de identificar efetivamente o objeto contratual e a contraparte com quem se negocia, mas também devido à circunstância de se negociar em um novo ambiente de relacionamento interpessoal, por meio de uma linguagem muito peculiar, que pode dificultar significativamente a reflexão no momento da formação contratual.⁵⁴

A primeira peculiaridade do comércio eletrônico está no fato de ele representar, dada sua capacidade de interligar fornecedores e consumidores em diferentes localidades e sem restrição de tempo, uma ferramenta estratégica para o fenômeno conhecido como globalização. A globalização, segundo o grande geógrafo Milton Santos: *“constitui o estádio supremo da internacionalização, a amplificação em ‘sistema mundo’ de todos os lugares e todos os indivíduos, embora em graus diversos”*.⁵⁵

A divulgação de bens e serviços por intermédio da internet, infra-estrutura global e descentralizada de comunicação, que teve sua origem nos setores militar e acadêmica, cria a possibilidade de vantagens não só para os fornecedores, que vêem assim o seu mercado alargado ao mundo inteiro e com custos muito baixos, situação particularmente atrativa para pequenas e médias empresas, mas também para os consumidores, em tese, com melhores opções de escolha, mais informações sobre produtos, etc., tudo sem a necessidade de deslocamento físico.⁵⁶ Trata-se, portanto, de um valioso instrumento na economia globalizada, que agrega funcionalidade e celeridade às transações comerciais em uma dimensão jamais vista.⁵⁷

1.2.4 Funcionamento e modalidades de comércio eletrônico

⁵⁴ ROCHA, Roberto Silva. **Natureza Jurídica dos contratos celebrados com sites de intermediação no comércio eletrônico**. RT 61/2007, p.230.

⁵⁵ SANTOS, Milton. **Da totalidade ao lugar**. Editora da Universidade de São Paulo: São Paulo, 2005. p.143.

⁵⁶ OLIVEIRA, Elsa Dias. **A proteção do consumidor nos contratos celebrados através da Internet**: contribuição para uma análise numa perspectiva material e internacional privatista. Coimbra: Almedina, 2002. p.23.

⁵⁷ Cf. José de Oliveira Ascensão, no prefácio do Manual. **O Comércio eletrônico em Portugal – O quadro legal e o negócio**. Disponível em: <http://www.icp> – Acessado em: 12/05/2010.

As primeiras operações de comércio eletrônico surgiram no início da década de 70, a partir do advento da transferência eletrônica de fundos (TEF)⁵⁸, na qual se podia transferir dinheiro eletronicamente, e da troca eletrônica de dados (electronic data interchange – EDI), tecnologia que permitiu a transferência eletrônica de documentos como ordens de compra, faturas e pagamentos eletrônicos entre organizações. Contudo, foi com o desenvolvimento comercial da Internet que a expressão *electronic commerce* (*e-commerce*) passou a ser utilizada.⁵⁹

No comércio eletrônico, a exteriorização da vontade negocial se dá na forma de mensagens eletrônicas, isto é, a informação é gerada, enviada, recebida ou arquivada eletronicamente por meio ótico ou similar. Abrangem atividades muito diversas, que incluem o comércio eletrônico de bens e serviços, a entrega on-line de conteúdo digital, as transferências financeiras eletrônicas, leilões comerciais, determinação em linha das melhores fontes para aquisições (*sourcing*)⁶⁰, comercialização direta ao consumidor e serviço pós-venda. Como empresa, Isto é, a atividade econômica organizada por empresário, o comércio eletrônico envolve desde a agregação de pedidos, o gerenciamento de estoque, a compra perante outros fornecedores, o processamento de pagamentos até a entrega e o atendimento pós-venda⁶¹.

Assim, entende-se por comércio eletrônico a oferta, a demanda e a contratação à distância de bens, serviços e informações, realizada dentro de um ambiente digital, ou seja, com a utilização dos recursos típicos do que se denominou convergência tecnológica.⁶² Para tanto, utiliza-se um “sistema de informação”, que é o conjunto de componentes inter-relacionados, desenvolvidos para coletar,

⁵⁸ BAPTISTA, Luiz Olavo. **Aspectos jurídicos das transferências eletrônicas internacionais de fundos**. (Tese) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v.749, 1998, p.60-81.

⁵⁹ SANTOLIM, César Viterbo Matos. **Formação e eficácia probatória dos contratos por computador**. Volume 749. São Paulo, 1998. p.60-81.

⁶⁰ LODDER, Arno; VOULON, Marten B. **Intelligent Agents and the Information requirements of the Directives on Distance Selling and E-commerce**. *International review of law Computers*. v.16. n.3, 2002. p.277-287.

⁶¹ Cf. Comunicação ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao comitê Econômico e Social e ao Comitê das Regiões, tendo em vista a segurança e a confiança na comunicação eletrônica, Com (97) 503, p.7. Disponível em: <http://www.cordis.lu/esprit/src/ecomcom.htm> - Acessado em: 12/04/2010.

⁶² SANTOS, Manoel J. Pereira dos; ROSSI, Mariza Delapieve. **Aspectos legais do comércio eletrônico – Contratos de adesão**. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 36. São Paulo; RT, out-dez, 2000, p.105.

processar, armazenar e distribuir informação para facilitar a coordenação, o controle, a análise, a visualização e o processo decisório.⁶³

Essa oferta de produtos ou serviços normalmente é realizada por intermédio de sites dos próprios fornecedores (lojas virtuais) ou por meio de shoppings Centeres eletrônicos, isto é, portais que reúnem diversos fornecedores menos conhecidos ou mesmo vendedores não profissionais, facilitando o contato destes com um maior número de possíveis compradores. Os consumidores interagem nesse mercado virtual por meio de uma *interface*⁶⁴, na qual são apresentados os catálogos eletrônicos, a chamada “cesta de compras”, as ferramentas de busca e as soluções de pagamento.⁶⁵

Na internet, o processo de decisão de compra normalmente experimentado pelo consumidor é influenciado por uma série de ferramentas utilizadas pelos fornecedores: a) identificação da necessidade (*banners* de propaganda, anúncios *pop-under*); b) busca de informações (catálogos virtuais, máquinas de busca externas); c) avaliação das alternativas (grupos de discussão, comparação cruzada de sites); d) compra e entrega (dinheiro eletrônico e serviços bancários virtuais; provedores de logística); e) avaliação pós-compra (grupos de discussão).⁶⁶

Pode-se dizer que o comércio eletrônico abarca qualquer forma de transação ou intercâmbio de informações comerciais baseadas na transmissão de dados sobre redes de comunicação. Assim, abrange não só a compra e venda “eletrônica”, mas também o uso da rede para atividades anteriores e posteriores à venda, tais como a publicidade, a assistência técnica, a busca de informações, etc.⁶⁷

⁶³ LAUDON, Kenneth C.; LAUDON, Jane Price. **Sistemas de informação com Internet**. 4. ed. LTC: Rio de Janeiro, 1999. p.17.

⁶⁴ Segundo Johnson (2001:17-33): “A palavra interface refere-se a softwares que dão forma à interação entre usuário e computador. A interface atua como uma espécie de tradutor, mediando as duas partes, tornando uma sensível a outra. Segundo o autor, é uma maneira de mapear e orientar, por meio de metáforas, esse novo e desnorteante território formado pelas redes de computadores, o espaço-informação”.

⁶⁵ Cf. TURBAN, Eram; KING, David. **Comércio eletrônico: estratégias e gestão**. Trad. Arlete Simille Marques. Revisão técnica Belmiro João, Érico Veras Marques. São Paulo: Prentice Hall, 2004. p.35.

⁶⁶ ROCHA, Roberto Silva. **Natureza Jurídica dos contratos celebrados com sites de intermediação no comércio eletrônico**. RT 61/2007. p.216-217.

⁶⁷ Segundo Marques (2004:38), o fenômeno do comércio eletrônico pode ser mais bem visualizado a partir de dois enfoques: estritamente, como uma das modalidades de contratação não-presencial ou à distância para a aquisição de produtos e serviços por intermédio de meio eletrônico ou via eletrônica ou, de maneira ampla, como um novo método de fazer negócios, com base na transmissão de dados sobre redes de comunicações com a Internet. Esses processos acabam por englobar todas as atividades negociais juridicamente relevantes, prévias e posteriores à venda ou à contratação.

Em relação à forma de execução, o comércio eletrônico comporta duas modalidades: direta ou indireta. Diz-se que comércio eletrônico é direto quando ocorre a encomenda, o pagamento e a entrega on-line de bens incorpóreos e serviços, tais como software, livros e informação. O objeto comercializado é intangível, podendo com isso ser transmitido de uma parte a outra pelo próprio ambiente virtual. Nesse tipo de comércio, a eficiência no registro das informações adquire ainda maior relevância.⁶⁸

Já nos casos em que a encomenda efetivada por meio de informática refere-se a bens corpóreos (livros, CDs, equipamentos eletrônicos), trata-se de comércio eletrônico indireto, porque os bens costumam ser entregues por meio dos canais tradicionais, tais como os serviços de correio ou pelas carreiras, que são empresas especializadas na entrega das mercadorias comercializadas pela Internet.⁶⁹

Outra distinção muito utilizada em relação ao comércio eletrônico é quanto às partes envolvidas. Costuma-se chamar *business to business* (B2B) o comércio eletrônico realizado entre empresas. Trata-se do mais próspero, adiantado e seguro tipo de comércio eletrônico. Promete, entre outras coisas, ampliar a competitividade de grandes corporações. É de grande utilidade nas compras e vendas de suprimentos, bem como nas estratégias de integração da cadeia de fornecedores pela Internet.⁷⁰

Ao lado desse tipo de comércio eletrônico existe o *business to consumer* (B2C). Nessa modalidade de comércio eletrônico é que se desenvolvem as relações de consumo. Conforme Lorenzetti, a maioria das leis e das propostas de legislação separa o comércio eletrônico entre empresas e comerciantes das relações entre governos e particulares e daquelas realizadas entre consumidores, aplicando-se as normas protetivas apenas no campo específico das relações entre consumidores e fornecedores. Nesses casos, destaca o autor, empresas atuam profissionalmente

⁶⁸ SANTOS, Manoel J. Pereira dos; ROSSI, Mariza Delapieve. **Aspectos legais do comércio eletrônico** – Contratos de adesão. Revista de Direito do Consumidor, v. 36. São Paulo; RT, out-dez, 2000, p.105.

⁶⁹ ROCHA, Roberto Silva. **Natureza Jurídica dos contratos celebrados com sites de intermediação no comércio eletrônico**. RT 61/2007, p.237.

⁷⁰ TAPSCOTT, Don; LOWY, Alex; TICOLL. **Plano de ação para uma economia digital**. São Paulo: Makron Books, 2000. p.339.

perante consumidores leigos, o que os distancia em nível econômico e em nível de conhecimento.⁷¹

Segundo Turban e King, o comércio por intermédio da internet representa o aperfeiçoamento do chamado marketing direto, tradicionalmente desenvolvido por reembolso postal (catálogos) e telefone (telemarketing). A diferença é que nos mercados eletrônicos o contato com os clientes é mais interativo e rico em informações, dada sua natureza bidirecional.⁷²

1.2.5 Perspectivas legislativas do comércio eletrônico

O artigo 13 do projeto de Lei 1.589/99 da OAB de São Paulo determina expressamente: *“aplicam-se ao comércio eletrônico as normas de proteção e defesa do consumidor”*.⁷³

A Lei Modelo das Nações Unidas sobre o Comércio Internacional foi uma das primeiras a ser estabelecida, e, posteriormente, aceita no Brasil. Não se considera excesso de informação resgatar que a ONU, em 1996, por intermédio da Comissão das Nações Unidas para Leis do Comércio Internacional (UNCITRAL – United Nations Commission on International Trade Law), criou o modelo que veio a ser recepcionado no Brasil.⁷⁴

A Uncitral busca a uniformização internacional da legislação sobre o comércio eletrônico e, de acordo com seu art.5º, *“não se negarão efeitos jurídicos, validade ou eficácia à informação apenas porque esteja na forma de mensagem eletrônica”*, apresentando a assinatura digital de forma aberta e flexível. Desse modo, o Modelo de Lei da Uncitral para o Comércio Eletrônico torna sua atualização possível, não havendo a necessidade de alteração na legislação.⁷⁵

Ao dispor sobre a assinatura, a referida lei traz em seu art. 7º que, quando requerer a assinatura de uma pessoa, esta será válida em uma mensagem eletrônica, desde que seja utilizado um método para identificá-la e indicar sua

⁷¹ LORENZETTI, Ricardo L. **Comércio Eletrônico**. Editora Revista dos Tribunais. Tradução de Fabiano Menke. São Paulo, 2004. p.362-363.

⁷² TURBAN, Eram: KING, David. **Comércio eletrônico: estratégias e gestão**. Trad. Arlete Simille Marques. Revisão técnica Belmiro João, Érico Veras Marques. São Paulo: Prentice Hall, 2004. p.60.

⁷³ SANTOS LEAL, Sheila do R. Cercal. **Contratos Eletrônicos – Validade Jurídica dos Contratos via Internet**. Ed. Atlas, 2007, p.186.

⁷⁴ BEHRENS, Fabiele. **Assinatura Eletrônica & Negócios Jurídicos**. Curitiba: Juruá, 2007. p.82.

⁷⁵ CASTRO, Aldemário Araújo. **Os meios eletrônicos e a tributação**. In: Demócrito Reinaldo Filho (Coord). **Direito de Informática - temas polêmicos**. Editora Edipro: Bauru, 2002.p.254.

aprovação para a informação contida na mensagem e, ainda desde que tal método seja tão confiável quanto seja apropriado para os propósitos para os quais a mensagem foi gerada ou comunicada, levando-se em consideração todas as circunstâncias do caso, incluindo qualquer acordo das partes a respeito. Percebe-se, nesse caso, a necessidade eminente de uma identificação segura e confiável das partes, bem como de um método apropriado para comprovar tal autenticidade. Portanto, a assinatura digital é o método que melhor corresponde às determinações da Lei Modelo da Uncitral, sendo este o método mais adequado.⁷⁶

Em 1999, no Senado Federal foi apresentado o Projeto de Lei 672, o qual seguia em concordância com a Lei Modelo da Uncitral; aprovado em 23.05.1999, confirmava a possibilidade de substituição da assinatura manual por métodos seguros de identificação eletrônica.⁷⁷

Além disso, prevê em seu art. 4º que:

Art.4º - Questões relativas a matérias regidas por esta lei que nela não estejam expressamente disciplinadas serão solucionadas em conformidade, entre outras, com os seguintes princípios gerais na qual ela se inspira:

I – facilitar o comércio eletrônico externo e interno;

II – convalidar operações efetuadas por meio das novas tecnologias da informação;

(...).

Uma prova da inspiração na Lei Modelo da Uncitral é o art. 7º do Projeto de Lei 672/99, que, quanto à assinatura, regulamenta que:

Art.7º. 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.

Parágrafo único. O método utilizado deverá ser confiável e apropriado para os propósitos para os quais a mensagem for gerada ou comunicada, levando-se em consideração todas as circunstâncias do caso, inclusive qualquer acordo das partes a respeito.

Este mesmo Projeto, ainda naquele mesmo artigo, prevê a validade, como substituta da assinatura de próprio punho, do método de identificação que as partes acordarem entre si.⁷⁸

Não se pode esquecer que este dispositivo legal possui a intenção de que o método de identificação seja acordado entre as partes, mas é possível entender, também, que houve uma falha do legislador em decorrência da falta de imposição de limites ao alcance da tecnologia; pode ocorrer de as partes não possuírem

⁷⁶ BEHRENS, Fabiele. **Assinatura Eletrônica & Negócios Jurídicos**. Curitiba: Juruá, 2007. p.82-83.

⁷⁷ Ibidem, p.85.

⁷⁸ REZENDE, Pedro Antônio Dourado de. **Entidades Certificadoras, Assinaturas Eletrônicas e Projetos de Lei**. Jus Navegandi. Teresina, ano 6, n. 54, fev. 2002. Disponível em: <http://www.jus.texto.asp?id=2704> – Acessado em: 12/04/10.

conhecimentos específicos e técnicos suficientes para proceder de modo adequado e seguro, gerando um risco significativo; tal fato torna as partes vulneráveis a fraudes, tanto entre elas próprias, quanto em relação a terceiros.⁷⁹

Um posicionamento mais crítico permite crer que haveria a necessidade da criação de uma entidade responsável para fazer a regulamentação do comércio eletrônico, pois assim, o responsável teria a obrigação de deter os conhecimentos necessários a respeito da matéria para, nesse sentido, legislar de forma adequada.⁸⁰

Ainda no que se refere ao projeto de Lei 672/99, cabe colocar que o mesmo recebeu as mesmas críticas dirigidas à Lei Modelo da Uncitral, devido à omissão quanto à criptografia assimétrica, necessidade premente diante dos avanços tecnológicos e dos novos meios de contratação.⁸¹

Ainda em 1999, foi apresentado na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei 1.483, o qual foi composto por dois artigos, com a finalidade de proporcionar validade à assinatura digital como método seguro para a realização de contratações eletrônicas; este projeto pretende instituir a fatura eletrônica e a assinatura digital, recomendando sua certificação por órgão público.⁸²

Não se pode omitir que, de acordo com o mesmo Projeto, o reconhecimento da assinatura digital será conferido por órgão público e a este caberá a fiscalização, avaliação e cadastro; contudo, não informa a que ministério este órgão estará vinculado e, ainda, deixa em aberto qual será o seu modo de operação. De acordo com o art.2º desta proposta normativa, caberá ao estado o poder fiscalizador e certificador dos documentos eletrônicos, além do que este órgão será o responsável pelo registro das assinaturas digitais. Trata-se de um Projeto de grande importância para o Brasil. Foi apresentado como forma de regulamentação das assinaturas digitais tanto em relação à sua existência como ao estabelecimento de um órgão estatal competente para estabelecer normas e controlar mais especificamente a questão.⁸³

⁷⁹ BEHRENS, Fabiele. **Assinatura Eletrônica & Negócios Jurídicos**. Curitiba: Juruá, 2007. p.86.

⁸⁰ Idem.p.86.

⁸¹ Ibidem, p.87.

⁸² CASTRO, Aldemário Araújo. **Os meios eletrônicos e a tributação**. In: Demócrito Reinaldo Filho (Coord). **Direito de Informática - temas polêmicos**. Editora Edipro: Bauru, 2002.P.254 e ss.

⁸³ BEHRENS, Fabiele. **Assinatura Eletrônica & Negócios Jurídicos**. Curitiba: Juruá, 2007. p.87-88.

Como se pode observar, a Lei Modelo da Uncitral serve de base para outras iniciativas legislativas no âmbito brasileiro e não foi diferente o projeto de Lei 1.589, de 31.08.1999, o qual foi proposto a partir do Anteprojeto da Ordem dos Advogados do Brasil (seção São Paulo), por meio da Comissão Especial de Informática Jurídica. Este Projeto é considerado por muitos como bem desenvolvido, posto que corresponda, de maneira clara e objetiva, às legislações internacionais que tratam do tema de comércio eletrônico.⁸⁴

Cabe esclarecer que esse Projeto dispõe sobre o comércio eletrônico em geral, ou seja, trata da validade jurídica do documento eletrônico, da validade da assinatura digital, das regras para a oferta de produtos na Internet, além do que assegura direitos individuais e coletivos dos consumidores no comércio eletrônico, reafirmando os direitos dos consumidores já existentes, entre outros assuntos.⁸⁵

Parece ser de fácil absorção que, dessa forma, o referido Projeto proporciona maior segurança jurídica nas contratações eletrônicas; é composto por 53 artigos, sendo onze voltados especificamente ao comércio eletrônico, enquanto dez se direcionam ao documento eletrônico. Um dado importante é que tal iniciativa legislativa equipara o documento eletrônico assinado digitalmente aos documentos assinados no mundo real, além de que reconhece o primeiro como instrumento probatório de atos e fatos jurídicos, tanto praticados quanto ocorridos na Internet.⁸⁶

Antônio Terêncio G. L. Marques leciona que:

Através do uso dessa técnica se garantirá a equiparação do documento informativo com o documento físico, sendo, por certo, até mais seguro que este, pois permitirá, em decorrência de uma infinita variedade de seqüência de números pela assinatura digital, maior segurança aos documentos eletrônicos e aos próprios usuários.

O Projeto de Lei 1.589/99 trata da documentação eletrônica em seu Título III e considera original o documento assinado pelo autor, mediante sistema criptográfico de chave pública (art.14) e cópia do documento eletrônico resultante da digitalização de documento físico, bem como a materialização de documento original (§1º).⁸⁷

Além disso, de acordo com Aldemário Araújo Castro, esse Projeto “*adota o sistema de criptografia assimétrico como base para a assinatura digital e reserva papel preponderante para os notários*”, afirmando que a certificação da chave

⁸⁴ MARQUES, Antônio Terêncio G. L. **A prova documental na internet**. Curitiba: Juruá, 2007. p.192-193.

⁸⁵ Ibidem. p.193.

⁸⁶ Idem.p.193.

⁸⁷ Ibidem, p.194.

pública por meio do tabelião presume a autenticidade do documento, sendo que não gera o mesmo efeito aquela feita pelo particular, com fundamento na Lei 8.935, de 1994 e, ainda, no art.236 da Constituição Federal.⁸⁸

Tal iniciativa também apresenta especial relevância quando vem a tratar do comércio eletrônico, pois destaca que o consumidor virtual terá proteção à sua privacidade na Internet e, ainda, será informado de forma adequada no meio virtual; dispõe, para o fornecedor, a forma como ele deverá atuar em relação aos seus clientes, além de como agir de forma a evitar responsabilidades ou prejuízos oriundos da ineficácia do contrato eletrônico. Finalmente, o Projeto de Lei 1.589/99 dispõe de matérias como as relações com o provedor de acesso e o armazenamento de dados, a emissão de certificados eletrônicos, bem como o controle dessas atividades⁸⁹.

Este subitem estaria incompleto se não resgatasse que, em 05.09.2000, foi instituída pelo Governo Federal, a infra-estrutura de Chaves Públicas do Poder Executivo Federal, por meio do decreto 3.587/00. Com ele foi criado um sistema de assinaturas digitais, utilizando-se do método de criptografia assimétrica, o qual seria utilizado do cerne da Administração Pública Federal.⁹⁰

Esse Decreto visa à regulamentação da aplicação da assinatura digital no mercado privado, estimulando a aceitação e aprovação de outros projetos, pois tem por objetivo primordial normalizar a assinatura digital por meio da utilização da criptografia assimétrica. Foi com sua instituição que se possibilitou a criação da Infra-Estrutura de Chaves Públicas do Poder Executivo Federal (ICP-GOV), o qual possui toda a estrutura de funcionamento e operação do sistema de certificação adotando a criptografia assimétrica. Ele também permitiu a criação da Autoridade certificadora raiz (AC Raiz) e ainda, a instituição da Autoridade de registro (AR). Em 31.10.2001, entrou em vigor o Decreto 3.996/01, o qual revogou o Decreto 3.587/00. Este novo decreto traz novas disposições sobre a certificação digital e a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira – ICP – Brasil.⁹¹

⁸⁸ CASTRO, Aldemário Araújo. **Os meios eletrônicos e a tributação**. In: Demócrito Reinaldo Filho (Coord). Direito de Informática - temas polêmicos. Editora Edipro: Bauru, 2002.p.254 e ss.

⁸⁹ MARQUES, Antônio Terêncio G. L. **A prova documental na internet**. Curitiba: Juruá, 2007. p.193-194.

⁹⁰ CASTRO, Aldemário Araújo. **Os meios eletrônicos e a tributação**. In: Demócrito Reinaldo Filho (Coord). Direito de Informática - temas polêmicos. Editora Edipro: Bauru, 2002.p.254 e ss.

⁹¹ BEHRENS, Fabiele. **Assinatura Eletrônica & Negócios Jurídicos**. Curitiba: Juruá, 2007. p.91-93

Segundo Marlon Marcelo Volpi: a Autoridade Certificadora Raiz será *"responsável pela emissão e manutenção dos certificados das AC de órgãos e entidades da Administração Pública Federal e das AC privadas credenciadas, bem como, o gerenciamento da Lista de Certificados revogados (LCR)"*.⁹²

Já, a Autoridade de Registro, segundo Marlon Marcelo Volpi *apud* Fabiele, será:

Responsável por receber as requisições de certificação ou revogação de certificado dos usuários, confirmarem a identidade desses usuários e a validade de sua requisição, além de encaminhar esses documentos à AC responsável. Cabe ainda à AR entregar os certificados assinados pela AC aos seus respectivos solicitantes.⁹³

Com a intenção de melhor e adequar os Projetos de Lei 1.483 e 1.589, propostos a partir de 1999, foi apresentado, em junho de 2001, o substitutivo aos Projetos de Lei 1.483/99 e 1.589/99. Tal substituição partiu do deputado Júlio Semeghini, relator dos referidos Projetos de Lei, tendo por objetivo acrescentar melhoramentos e fortalecer algumas propostas, tais como, ao tratar da assinatura digital, adotar o método de criptografia assimétrica, excluindo a possibilidade de utilização de outros métodos de assinatura eletrônica. Com efeito, proporciona maior segurança àqueles que se utilizam da Internet para contratar; dispõe, ainda, que poderão atuar na certificação digital tanto entidades certificadoras públicas como privadas, não dependendo de autorização estatal. Contudo, estabelece que seja presumida e autêntica a assinatura digital perante terceiros, desde que esta seja certificada por entidade, pública ou privada, credenciada pelo Poder Público.⁹⁴

Num esquema contínuo de apresentação das legislações brasileiras que normatizam o assunto, convém neste momento expor que, em 08.08.2001, foi apresentado o Projeto de Lei 4.906; criado a partir da união dos Projetos de Lei 1.483/99 e 1.589/99, dispõe sobre o valor probatório do documento eletrônico e da assinatura digital. O referido Projeto considera válido, como forma de codificação, somente o método de criptografia assimétrica; também regula a certificação digital, institui normas aplicáveis às contratações eletrônicas, entre outros assuntos.⁹⁵

⁹² VOLPI, Marlon Marcelo *apud* BEHRENS, Fabiele. **Assinatura Eletrônica & Negócios Jurídicos**. Curitiba: Juruá, 2007. p.92.

⁹³ *Ibidem*, p.93

⁹⁴ CASTRO, Aldemário Araújo. **Os meios eletrônicos e a tributação**. In: Demócrito Reinaldo Filho (Coord). **Direito de Informática - temas polêmicos**. Editora Edipro: Bauru, 2002.p.254.

⁹⁵ BOIAGO JÚNIOR, José Wilson. **Contratação Eletrônica: Aspectos Jurídicos**. Curitiba: Juruá, 2005.p,85-86.

Importante frisar que este Projeto considera o documento eletrônico como uma informação gerada, enviada, recebida, armazenada ou comunicada por meios eletrônicos, também reforça o funcionamento da assinatura digital, impedindo que as contratações eletrônicas sejam realizadas utilizando-se de outros métodos de segurança; logo, as codificações poderão ocorrer somente com a adoção da criptografia assimétrica, não sendo permitido qualquer outro método.⁹⁶

Finalmente, em 28.06.2001, o Governo Federal instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileiras (ICP - Brasil), por meio da Medida Provisória 2.200. De acordo com o que foi dito anteriormente, tal medida, editada primeiramente na citada data, foi reeditada pela Medida Provisória 2.200-1, de 27.07.2001, a qual, por conseguinte, também foi reeditada pela Medida Provisória 2.200-2, de 24.08.2001.⁹⁷

Vale destacar que, a partir de sua criação, a ICP - Brasil assume o dever de fornecer condições adequadas para conferir validade jurídica aos documentos eletrônicos, garantindo sua autenticidade, integridade e eficácia.⁹⁸

Não menos importante é o fato de a Medida Provisória 2.200/01 ter instituído a infra-estrutura técnico-administrativa dos agentes que regularão e fornecerão os certificados digitais e ainda, tratado dos efeitos jurídicos produzidos pela declaração volitiva assinada digitalmente e certificada digitalmente de acordo com a ICP – Brasil. Trata ainda, dos efeitos jurídicos originados de outros meios de comprovação de autoria: uma autarquia federal se responsabilizará pela política legislativa de intervenção estatal, controlando e supervisionando as atividades dos prestadores de serviços de certificação digital.⁹⁹

Não se pode omitir que esta Medida Provisória confere validade jurídica à assinatura digital, atribuindo à mesma a eficácia e a validade jurídica de uma assinatura manual. Ressalta-se, também, que ao declarar a utilização da certificação como sendo opcional, permite, com fundamento em seu art.10, § 2º, a utilização de qualquer outro meio de comprovação da autoria e da integridade de documento eletrônico, incluindo os meios que utilizam certificados não emitidos pela ICP - Brasil, desde que este certificado seja acordado entre as partes contratantes como sendo

⁹⁶ Ibidem, p.151.

⁹⁷ MARQUES, Antônio Terêncio G. L. **A prova documental na internet**. Curitiba: Juruá, 2007. p.181-182.

⁹⁸ Idem.p.182.

⁹⁹ MENKE, Fabiano. **Assinatura Eletrônica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.p,30.

válido ou, ainda, desde que aceito pelo sujeito destinatário do documento eletrônico. Logo, mesmo os documentos não certificados pela ICP - Brasil terão o mesmo valor probatório entre os contratantes, desde que acordado entre eles, não fazendo prova perante terceiros.¹⁰⁰

2 OS CONTRATOS À DISTÂNCIA NO COMÉRCIO ELETRÔNICO

O contrato eletrônico é caracterizado por empregar meio eletrônico para sua celebração. Apresenta quanto à capacidade, objeto, causa e efeitos as mesmas regras a serem aplicadas aos contratos celebrados por meio físico.^{101/102}

Assim, o contrato estabelecido entre fornecedor e consumidor, que tem por objeto a aquisição ou utilização, por meio eletrônico, de produto e/ou serviço disponibilizado, na Internet, subsume-se às normas do Código de Defesa do Consumidor.¹⁰³

De acordo com o autor Pothier o contrato é a *“convenção pela quais duas ou mais pessoas prometem e se obrigam a dar, fazer ou não fazer alguma coisa”*.¹⁰⁴ Tem esse sentido o art. 1.101 do Código Civil francês de 1804.

A declaração da vontade de uma das partes é emitida por meio de um computador que, obviamente, não é um sujeito independente. Tanto o hardware quanto o software cumprem uma função meramente instrumental. A declaração de vontade é imputável ao sujeito a cuja esfera de interesses pertence ao *hardware* e ao *software*.¹⁰⁵ Ocorre que nem sempre a declaração emitida por meio de um

¹⁰⁰ MARQUES, Antônio Terêncio G. L. **A prova documental na internet**. Curitiba: Juruá, 2007. p.187.

¹⁰¹ Segundo entendimento de Lucca (2003): “A boa doutrina também se refere aos contratos eletrônicos como contratos telemáticos”.

¹⁰² FINKELSTEIN, Maria Eugênia Reis. **Aspectos Jurídicos do Comércio Eletrônico**. Ed Thomson IOB, 2004. p.188.

¹⁰³ Idem.p.188.

¹⁰⁴ POTHIER. **Tratado das obrigações pessoais e recíprocas nos pactos, contratos, convenções &c.** Tradução portuguesa de José Homem Correa Telles. Lisboa: Imprensa Nevesiana, 1835. *Apud* ANDRADE, Darcy Bessone de Oliveira. **Aspectos da evolução da teoria dos contratos**. São Paulo: Saraiva, 1949. p.11.

¹⁰⁵ Para Finkelstein (2004, p.188) a questão interessante é a originada dos computadores programados para executar as três tarefas: a) manifestar uma oferta; b) receber informação; e c) emitir uma aceitação. Neste caso, existe um intercâmbio de mensagens que podem ser chamadas de documentos, mas não há assinatura digital. A vontade do sujeito se manifesta pela instalação do serviço em sua empresa. É uma vontade geral e não relacionada a um caso concreto. Não há, assim, uma declaração de vontade específica. Essa declaração de vontade, no entanto, não deixa de ser assim considerada, uma vez que foi espontânea a instalação deste tipo de programa na máquina. Este programa é utilizado pelas empresas que prestam serviços de contratação on-line a cargo de sistemas computadorizados automáticos.

computador coincide com a intenção do suposto sujeito. Este pode, por exemplo, alegar que o programa não obedeceu às suas instruções ou que sua suposta declaração foi feita por um terceiro.¹⁰⁶

Para evitar este tipo de problema, as partes podem determinar, por meio de cláusulas contratuais, a exata forma como irão direcionar suas mensagens eletrônicas. Assim, podem estabelecer que somente as mensagens que apresentem firma digital deverão ser levadas em consideração para efeitos de transações eletronicamente celebradas¹⁰⁷.

Assim sendo, quem contrata por meio eletrônico deve estar racionalmente orientado acerca dos meios mais seguros para comerciar e as precauções que devem ser tomadas contra terceiros, pois o meio eletrônico apresenta riscos, mas as declarações feitas por este meio não são inválidas pelo simples fato de provirem dele¹⁰⁸.

Quanto à manifestação da vontade de se contratar, há dois tipos de atos:

- 1) O de efetuar um click com o mouse e verificar imediatamente opções; e
- 2) O de abrir um invólucro, seja este real como um pacote, ou simbólico como o empacotamento de um programa de computação ou um produto que contenha informação.¹⁰⁹

O contrato eletrônico, por sua vez, é o negócio jurídico bilateral que resulta do encontro de duas declarações de vontade e é celebrado por meio da transmissão eletrônica de dados. Ele geralmente é formado pela aceitação de uma oferta pública disponibilizada na Internet ou de uma proposta enviada a destinatário certo, via correio eletrônico, contendo, no mínimo, a descrição do bem e/ou produto ofertado, preço e condições de pagamento.¹¹⁰

Os contratos eletrônicos, atualmente, apresentam grandes problemas a serem superados. Entre estes problemas destacam-se:¹¹¹

¹⁰⁶ LORENZETTI, R.L. **Comércio Eletrônico**. Abeledo Perrot: Buenos Aires, 2000. p.178.

¹⁰⁷ FINKELSTEIN, Maria Eugênia Reis. **Aspectos Jurídicos do Comércio Eletrônico**. Ed Thomson IOB, 2004. p.188.

¹⁰⁸ Ibidem, p.189.

¹⁰⁹ Ibidem, p.188.

¹¹⁰ Idem.,p.188-189.

¹¹¹ Idem.,p.188-189.

- 1) A presença de cláusulas abusivas nos contratos eletrônicos, em face da normal falta de negociações;
- 2) O fato da maioria dos contratos eletrônicos caracterizarem contrato de adesão;
- 3) A falta de segurança acarreta riscos à privacidade do usuário; e
- 4) A questão da assinatura digital e da autoridade certificadora.

No Brasil, não temos um conceito legal de contrato, apesar de o Código Civil de 2002 termos como fonte inspiradora o Código Civil italiano de 1942, o legislador pátrio entendeu que não deveria utilizar a definição de contrato estampada pela norma italiana no art. 1.321, como segue: "o contrato é acordo de duas ou mais partes para constituir, regular ou extinguir entre elas uma relação jurídica patrimonial."¹¹²

O Conceito de contrato trazido pelo art. 1.321 do Código Civil italiano tem sido adotado, em grande parte, pela doutrina brasileira, a exemplo de Darcy Bessone.¹¹³

Sobre a questão patrimonial, Francesco Messineo chama a atenção para o fato de que o conteúdo de um contrato deve ser patrimonial, cujas partes regulam seus interesses por meio do clausulado, respeitando as normas de ordem pública.¹¹⁴

Para Orlando Gomes, o contrato é o negócio jurídico bilateral ou plurilateral que obriga as partes à observância de conduta idônea à satisfação dos interesses que estipularam.¹¹⁵ Segundo Silvio Rodrigues o contrato é um negócio bilateral decorrente da vontade de mais de uma vontade.¹¹⁶

Até bem pouco tempo, os contratos eram celebrados basicamente de forma escrita (em papel) ou verbal (inclusive por telefone). Com a chegada da Internet e a disseminação da informática, desenvolveram-se mais uma maneira de se contratar, a contratação eletrônica,¹¹⁷ que rompe as fronteiras geográficas, facilitando, ainda

¹¹² Idem., p.188-189.

¹¹³ ANDRADE, Darcy Bessone de Oliveira. **Aspectos da evolução da teoria dos contratos**. São Paulo: Saraiva, 1949. p.21-29.

¹¹⁴ MESSÍNEO, Francesco. **Dotem generale del contratto**. 3ª Ed. Milano: Giuffré, 1948. p.39.

¹¹⁵ GOMES, Orlando. **Contratos**. 26ª. Editora Forense: Rio de Janeiro, 2007. p.17.

¹¹⁶ RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: dos contratos e das declarações unilaterais da vontade**. Volume 3, 3ª Ed. – Editora Saraiva: São Paulo, 2007. p.9

¹¹⁷ A contratação eletrônica é um tema relevante, tanto é que tem levado pesquisadores a dedicarem livros, trabalhos acadêmicos e artigos exclusivamente ao assunto. Por exemplo: Maria Eugênia Reis

mais, a ação das empresas (que, por sinal, sempre buscam superar barreiras), notadamente das pequenas e das médias que tinham alcance limitado para a distribuição de seus produtos ou da prestação de serviços. Elas agora vêm nos meios eletrônicos um modo prático e econômico para a expansão de seus negócios.¹¹⁸

Entende-se por contratação eletrônica aquela celebrada via computador, em rede local ou na internet. A princípio, essa contratação se dá no mesmo molde da contratação “convencional” quanto à capacidade do agente, objeto lícito e a forma válida. No entanto, é a forma que vai variar.¹¹⁹ É uma contratação na qual a formalidade se dará em ambiente virtual, no caso, a Internet. Nas palavras de Semy Glanz: “*contrato eletrônico é aquele celebrado por meio de programas de computador ou aparelhos com tais programas*”.¹²⁰

Segundo Érica Brandini Barbagalo: “(...) *considera os contratos eletrônicos os acordos entre duas ou mais pessoas para, entre si, constituírem, modificarem ou extinguirem um vínculo jurídico, de natureza patrimonial, expressando suas respectivas declarações de vontade por computadores interligados entre si*”.¹²¹

A doutrina majoritária entende que o dispositivo é perfeitamente aplicável aos contratos eletrônicos, pois, além de se tratar de um contrato à distância, está presente a impessoalidade e a satisfação incerta, já que o consumidor não tem contato direto com o produto ou serviço disponível na Internet. Assim, tal agente conta com a prerrogativa de um prazo para reflexão, podendo verificar se o produto ou serviço realmente satisfaz suas expectativas e, em caso contrário, poderá desfazer o negócio.¹²²

Finkelstein. **Aspectos jurídicos do comércio eletrônico**. São Paulo/Porto Alegre: Síntese. 2004; Érica Brandini Barbagalo. **Contratos eletrônicos**. São Paulo: Saraiva, 2001, entre outros.

¹¹⁸ De acordo com Verçosa (2004, p.135): “o mercado tradicionalmente caracterizado como um lugar físico torna-se uma visão superada pela moderna tecnologia, sendo apenas virtual o lugar das operações realizadas via internet”.

¹¹⁹ BRASIL, Ângela Bittencourt. **Contratos eletrônicos**. In: Demócrito Reinaldo Filho (Coord.). **Direito da informática – temas polêmicos**. p. 298.

¹²⁰ GLANZ, Semy. **Internet e contrato eletrônico**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v.87, n.757, 1998, p.72.

¹²¹ BARBAGALO, Érica Brandini. **Contratos eletrônicos: contratos formados por meio de redes de computadores: peculiaridades jurídicas da formação do vínculo**. Editora Saraiva: São Paulo, 2001.p.37.

¹²² NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. Editora Saraiva: São Paulo, 2009. p.574-575.

A lei, na verdade, pressupõe que, além da aquisição do produto ou serviço, existem outras transações firmadas por contrato fora do estabelecimento comercial, que merecem a guarida do prazo de reflexão. E de fato existem. São, por exemplo, assinaturas de revistas e jornais; a contratação de serviços de TV a cabo feita por vendedores em domicílio; a aquisição de seguros em geral e planos de saúde também feita em domicílio etc. São casos típicos de contratos cuja importância está mais no contrato do que no serviço ou na entrega do produto, pois: a) seguro de vida, obviamente, tem prazo incerto de efetivação; b) da mesma maneira, seguro de automóveis e demais tipos; c) nos planos de saúde, o ideal é não precisar usá-los, isto é, não adoecer; etc.¹²³

Entretanto, existem estudiosos do assunto que possuem uma linha de pensamento diferenciada, como Ronaldo Alves de Andrade, entende que:

O Código de Defesa do Consumidor Brasileiro não regulou minuciosamente os contratos de venda a distância, não estabelecendo os requisitos necessários para tal modalidade de contratação; tampouco ditou os tipos de contrato que poderiam legalmente ser celebrados dessa forma e nem fixou seus respectivos objetivos. Em realidade, limitou-se a instituir, no art. 49, o direito de recesso, ou seja, o direito de arrependimento, permitindo ao consumidor desistir dentro de sete dias, recebendo de volta, corrigida monetariamente, a importância despendida com a aquisição. O dispositivo legal mencionado é extremamente abrangente e por certo constitui um tipo aberto, cabendo ao juiz preenchê-lo. Dada essa opção do legislador, em princípio, todo e qualquer negócio jurídico celebrado a distância, seja qual for seu objeto, comportará o direito de recesso. Caberá ao aplicador do direito, portanto à jurisprudência, estabelecer exceções a essa regra tão ampla e que, se aplicada uniformemente, poderá trazer situações de injustiça que ferem o espoco do Código de Defesa do Consumidor, qual seja, defender o consumidor tão-somente para equipá-lo-á ao fornecedor e, assim, equilibrar as relações jurídicas de consumo.¹²⁴

A priori, a Internet seria apenas uma facilitadora na contratação, sendo mais um instrumento pelo qual, as pessoas pudessem externar sua vontade. Entretanto, nos contratos eletrônicos celebrados na Internet, o objeto do negócio pode ser entregue pelo fornecedor fisicamente (quando se tratar de um bem imaterial, por exemplo, um software, o qual é disponibilizado por meio do “download” – transmissão eletrônica do programa, sendo esta última categoria uma espécie de contratação própria dos meios eletrônicos.¹²⁵

¹²³ Idem. p.574-575.

¹²⁴ ANDRADE, Ronaldo Alves de. **Contrato eletrônico no novo Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor**. Editora Manole: Barueri, São Paulo, 2004. p.110.

¹²⁵ BARBAGALO, Erica Brandini. **Contratos eletrônicos: contratos formados por meio de redes de computadores: peculiaridades jurídicas da formação do vínculo**. Editora Saraiva: São Paulo, 2001.p.37.

Quanto à expressão “contrato eletrônico”, a doutrina varia quanto à nomenclatura. Cláudia Lima Marques prefere a expressão contratos do comércio eletrônico.¹²⁶ Por sua vez, Maurício de Souza Matte denomina-o de contrato por meio eletrônico.¹²⁷ Fábio Malina Losso o chama de contrato informático.¹²⁸ Já Newton de Lucca considera que a expressão contrato eletrônico, ou mesmo contrato informático, parece firmar-se cada vez mais¹²⁹.

A palavra “eletrônico” está relacionada à eletrônica, que é aquela parte da física que trata de circuitos elétricos, na qual a comunicação de dados via computador se faz por meio de impulsos elétricos, o que a caracteriza como comunicação eletrônica. Por essa razão, justifica-se o adjetivo eletrônico para o contrato firmado por comunicação gerada por impulsos elétricos.¹³⁰

Para dirimir a diferença entre o contrato informático e o eletrônico segue os conceitos:

Contrato informático é o que tem por “objeto” o equipamento ou o serviço de informática, incluindo o desenvolvimento, a venda e a distribuição de hardware ou software e outros bens ou serviços relacionados. Todavia, o contrato eletrônico tem na sua “forma” a peculiaridade, isto é, a contratação é feita por meio da informática.

Diante do exposto, o contrato que tem por objeto um bem informático (contrato informático) pode ser celebrado inclusive de forma verbal ou escrita (materializado em minuta contratual, em loja de equipamentos de informática, por exemplo). Já o contrato eletrônico ou telemático é aquele que tem o computador como instrumento para sua celebração.¹³¹

¹²⁶ MARQUES, Cláudia Lima. **Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor – um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico**. Ed. RT: São Paulo, 2004. p.36.

¹²⁷ MATTE, Maurício de Souza. **Internet – comércio eletrônico: aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor nos contratos de e-commerce**. São Paulo: LTr, 2001.p.76.

¹²⁸ LOSSO, Fábio Malina. **Contratos informáticos**. In: Demócrito Reinaldo Filho (Coord.). **Direito da informática – temas polêmicos**. p.289.

¹²⁹ LUCCA, Newton de. **Títulos e contratos eletrônicos – o advento da informática e suas consequências para a pesquisa jurídica**. In: Lucca, Newton de e Simão filho, Adalberto (Coords). **Direito e Internet – aspectos jurídicos relevantes**. São Paulo: Quartier Latin, 2005,2ª ed. p.63.

¹³⁰ BARBAGALO, Erica Brandini. **Contratos eletrônicos: contratos formados por meio de redes de computadores: peculiaridades jurídicas da formação do vínculo**. Editora Saraiva: São Paulo, 2001. p.38.

¹³¹ Idem.,p.38.

Há três categorias de contratos informáticos. A primeira é o contrato de hardware (equipamentos); a segunda é o contrato de software (programa de computador); e a terceira é o contrato de manutenção ou assistência.¹³²

De todo modo, a contratação eletrônica proporciona os mais variados tipos de negócios, por diversos agentes. Negócios entre empresas (B2B – *business to consumer*). Na Internet, também é possível negócios entre particulares no âmbito da contratação civil. Entretanto, por serem negócios eventuais e esporádicos, talvez não seja o mais apropriado incluí-las como parte do comércio.¹³³

A evolução do contrato relata que, no direito romano, convenção era gênero do qual o contrato (*contractum*) e o pacto (*pactum*) eram espécies. O contrato se dava para obrigações civis e o pacto se referia apenas às obrigações civis e o pacto se referia apenas às obrigações naturais. Para o contrato, não bastava o acordo de vontades, era imprescindível uma causa civil, por exemplo, uma promessa pública com palavras solenes. Os pactos, então, não tendo um caráter solene, não podiam ser levados aos tribunais em um primeiro momento, sendo utilizados, por exemplo, pelos escravos, que não eram titulares de obrigações civis, sendo, mais tarde, abertas algumas exceções.¹³⁴

A lei, na verdade, pressupõe que, além da aquisição do produto ou serviço, existem outras transações firmadas por contrato fora do estabelecimento comercial, que merecem a guarida do prazo de reflexão. E de fato existem, são por exemplo, assinaturas de revistas e jornais; a contratação de serviços de TV a cabo feita por vendedores em domicílio; a aquisição de seguros em geral e planos de saúde também feita em domicílio, etc. São casos típicos de contratos cuja importância está mais no contrato do que no serviço ou na entrega do produto, pois: a) seguro de vida, obviamente, tem prazo incerto de efetivação; b) da mesma maneira, seguro de automóveis e demais tipos; c) nos planos de saúde, o ideal é não precisar usá-los, isto é, não adoecer; etc.¹³⁵

¹³² ASCENSÃO, José Oliveira de. **Estudos sobre direito da internet e da sociedade da informação**. Coimbra: Almedina, 2001. p.38.

¹³³ AMARAL, Antônio Carlos Rodrigues do. **Direito do comércio internacional: aspectos fundamentais**. Editora Aduaneiras: São Paulo, 2004. p.311.

¹³⁴ ANDRADE, Darcy Bessone de Oliveira. **Aspectos da evolução da teoria dos contratos**. Editora Saraiva: São Paulo, 1949. p.9-10.

¹³⁵ NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. Saraiva: São Paulo, 2009. p..574-575.

Essa questão precisa ficar clara aos consumidores para evitar equívocos. A lei foi sábia, tanto que garante até a aquisição de imóvel.¹³⁶

Na medida em que os bens corpóreos (materiais, tangíveis, tais como carros, máquinas, livros e etc.) exigem sempre sua entrega física ao consumidor, ao passo que os incorpóreos (são valores protegidos pelo ordenamento jurídico que não possuem existência material) podem ser transmitidos, exclusivamente, por meios eletrônicos, como a Internet. Assim, por exemplo, todos os direitos, o conhecimento (*know-how*), as criações intelectuais como marcar e patentes, etc.¹³⁷

Entretanto, quando a contratação tem por objeto bens incorpóreos, como a licença de uso de um software, acompanhada do download do programa, o negócio pode ser inteiramente concluído via Internet. Alguns sites são denominados de “inteligentes”, justamente porque recebem a proposta do consumidor, recolhem o pagamento e entregam diretamente o bem adquirido, por meio eletrônico. Nenhum outro ato é necessário para concretizar o negócio. Nesse caso, o contrato se aperfeiçoou dentro do estabelecimento empresarial, o que afasta a aplicação do direito de arrependimento. Aliás, em se tratando de bens incorpóreos, muitas vezes é impossível devolver o bem ou desfazer o serviço já prestado.¹³⁸

Quando o negócio jurídico tiver por objeto bens corpóreos, com entrega física ao consumidor, aplica-se o direito de arrependimento. Nesse caso, o site não é considerado um estabelecimento empresarial, para o efeito específico do art. 49 do Código de Defesa do Consumidor.¹³⁹

Quando o negócio jurídico tiver por objeto bens incorpóreos ou a prestação de serviços, exclusivamente em meio eletrônico ou a prestação de serviços, exclusivamente em meio eletrônico, o direito de arrependimento do consumidor é inaplicável. Nesta hipótese, o site é considerado, *per se*, um estabelecimento empresarial.¹⁴⁰

É relativamente comum o fato de muitos consumidores julgarem erroneamente o direito de arrependimento, acreditando que o mesmo poderá ser

¹³⁶ Ibidem. p.575.

¹³⁷ Ibidem, p.574-575.

¹³⁸ PARENTONI, Leonardo Netto. **Locação empresarial, estabelecimento fechado e renovação compulsória**. Revista de Direito Empresarial n.º4, jul./dez - Editora Juruá: Curitiba, 2005. Apud, p.514-517- V. III, Repertório de Jurisprudência IOB – agosto de 2006- N. 16/2006.

¹³⁹ Idem.p.514-517.

¹⁴⁰ Idem.p.514-517.

aplicado em toda e qualquer relação jurídica de consumo; ledô engano. O Código de Defesa do Consumidor brasileiro, ao consagrar tal direito, estabeleceu duas condições sem as quais os consumidores não podem a ele recorrer.¹⁴¹

Dessa forma, a primeira condição estabelece que o contrato de consumo tenha sido realizado fora do estabelecimento comercial. Logo, as vendas realizadas por catálogo, telefone, reembolso postal, fax, mala direta, venda em domicílio e também pela Internet caracterizam-se como contratação de fornecimento de produtos e serviços fora do estabelecimento comercial. Isso permite entender que somente em tais circunstâncias o consumidor poderá arrepender-se pura e simplesmente da relação de consumo, sem que haja a necessidade de declarar o motivo de sua atitude.¹⁴²

No entendimento de Nelson Nery Júnior:

Para os fornecimentos feitos no estabelecimento comercial, em presença do consumidor ou seu representante, em prévio conhecimento dos termos contratuais e mediante suficiente reflexão, vigora o princípio *pacta sunt servanda*, ou seja, o consumidor deverá cumprir o que contratou, sujeitando-se às consequências do inadimplemento. Diferente é o tratamento no caso de essa contratação do fornecimento de produto ou serviço ocorrer fora do estabelecimento comercial, via de regra por reembolso postal, telefone ou em domicílio. Nessa hipótese, presumido que o consumidor não teve condições de examinar de perto o produto ou serviço, ou que, pelas circunstâncias, não refletiu o bastante sobre a aquisição que fazia, o legislador deferiu-lhe o direito de arrependimento, ou seja, de desistir do contrato (art.49).¹⁴³

Dessa forma, operada a desistência, os efeitos da revogação do ato são *ex tunc*, ou seja, retroagem ao início para repor as partes ao *status quo* ante, como se nunca tivessem efetuado a venda e compra.¹⁴⁴

Aliás, é o que está expressamente estabelecido no parágrafo do art. 49, que prevê, inclusive que, se eventualmente algum pagamento tenha chegado a ser feito (entrada, por exemplo), as importâncias devem ser imediatamente devolvidas.¹⁴⁵

A segunda condição imposta pelo Código de Defesa do Consumidor é de natureza temporal, ou seja, o consumidor terá o prazo de sete dias para arrepender-se e exercer seu direito de arrependimento. Tal prazo é denominado de prazo de

¹⁴¹ Idem.p.514-517.

¹⁴² ALMEIDA, João Batista de. **A proteção do Consumidor**. Saraiva: São Paulo, 2002. p.149.

¹⁴³ Idem.p.149.

¹⁴⁴ Idem.p.149.

¹⁴⁵ Idem.p.149.

reflexão, e terá seu início contado a partir da conclusão do contrato com a entrega que está adquirindo, podendo assim, ser surpreendido com a entrega de um produto ou uma prestação de um serviço muito abaixo de suas expectativas, em total ou parcial desconformidade com a oferta publicitária.¹⁴⁶

2.1 Contratos de adesão

Cumprе salientar que o Código Civil de 2002 apresenta disposição intervencionista, uma vez que estabelece, no artigo 421, que a liberdade de contratar deverá ser exercida “*em razão da função social do contrato*”¹⁴⁷. Ademais, no artigo 422¹⁴⁸, mais uma vez resta evidente o caráter intervencionista do Código Civil de 2002, ao estabelecer que os contratantes sejam obrigados a respeitar, na conclusão do contrato, e em sua execução, os princípios da probidade e boa-fé. Assim, conforme aceito pela doutrina, a cláusula-geral encontra-se em todos os contratos celebrados, valendo dizer que a boa-fé das partes é pressuposta quando da celebração de todo e qualquer contrato.¹⁴⁹

Mas o que dizer daqueles contratos de adesão nos quais todas as cláusulas foram impostas por uma parte a outra? Encontra-se a boa-fé presente? Antes de iniciar a resposta a esta questão, faz-se necessário notar que a complexidade do mundo dos negócios apresenta como efeito a chamada padronização dos contratos, o que não, necessariamente, suprime a boa-fé.¹⁵⁰

Ocorre, porém, que quando uma parte encontra-se em posição de impor condições à outra, estamos em uma situação em que o surgimento das chamadas cláusulas abusivas é quase certo, situação esta incompatível com a boa-fé. Esta é uma situação comum quando se trata de uma relação de consumo.¹⁵¹

A vedação à utilização de cláusulas abusivas e seu respectivo sancionamento embasa-se na necessidade de proteger o consumidor contra a possibilidade de

¹⁴⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**. Comentado pelos autores do Anteprojeto. Ed: Forense Universitária: Rio de Janeiro, 2004. p.549-550.

¹⁴⁷ Cf. SILVA, L. R.L. **Cláusulas Abusivas: Natureza do Vício e Decretação de Ofício**. Revista de Direitos do Consumidor, n.º 23/24, 1997, p.129 e 130.

¹⁴⁸ “Art. 422. Os contratos são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”. - Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2002/L10406.htm> - Acessado em: 12/03/2010.

¹⁴⁹ FINKELSTEIN, Maria Eugênia Reis. **Aspectos Jurídicos do Comércio Eletrônico**. Ed Thmson IOB, 2004. p.296.

¹⁵⁰ Idem. p.296.

¹⁵¹ Idem.p.296.

determinação unilateral das condições contratuais por parte dos fornecedores. Vale notar que os contratos de consumo materializa-se, na maioria das vezes, por meio de contratos de adesão¹⁵² que, uma vez formados, provocam um desnível das condições econômicas das partes por ocasião de suas respectivas execuções.¹⁵³ O Código Civil de 2002, em seu artigo 424, dispõe especificamente sobre contratos de adesão.¹⁵⁴

Segundo João de Mattos Antunes Varela¹⁵⁵:

Contrato de adesão é aquele em que um dos contratantes – o cliente, o consumidor – como sucede, por exemplo, na generalidade dos contratos de seguro e de transporte por via aérea, férrea ou marítima ou dos contratos bancários, não tendo a menor participação na preparação e redação das respectivas cláusulas, se limita a aceitar o texto que o outro contratante oferece em massa, ao público interessado.

E segue: “(...) os *particulares, necessitados de celebrar o contrato, são forçados pelas circunstâncias a aceitar o modelo de certo modo lhes é imposto*”.¹⁵⁶

Já para Orlando Gomes¹⁵⁷: “o *traço característico do contrato de adesão reside verdadeiramente na possibilidade de predeterminação do conteúdo da relação negocial pelo sujeito de direito que faz a oferta ao público*”.

Fica claro que os contratos de adesão têm por escopo a possibilidade de uma das partes imporem à outra um conteúdo contratual que não seria aceito se a parte

¹⁵² Acerca da distinção entre “contratos de adesão” e “cláusulas gerais de contratos”, vide MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 3ª ed. São Paulo RT, 1998, p.53-67.

¹⁵³ A abusividade inerente a alguns contratos de consumo decorre da conjugação de alguns fatores, relacionados à prévia determinação das condições contratuais, quais sejam, de acordo com Cláusulas Abusivas e seu controle no Direito brasileiro, Revista de Direito do Consumidor 20/66, 1996, in verbis. 1.a desigualdade do poder de barganha do consumidor motivou o aparecimento das cláusulas abusivas; 2.o contrato de adesão nasceu como imperativo de uma nova ordem econômica, pois só por seu intermédio era possível a venda em larga escala; 3. com ele passou a ter uma impessoalidade na contratação, similar à impessoalidade do mercado; 4. procurou-se por intermédio desse tipo de contrato, isto é, pela padronização, eliminarem-se riscos jurídicos, decorrentes de fatores irracionais, o que reflete o próprio espírito da época em que vivemos, como, ainda, a elaboração de textos referentes a esses contratos aproxima-se da própria atividade legislativa (...); 5. não é incomum que nos defrontemos com monopólios (naturais ou artificiais), pois todos utilizam-se de cláusulas extremamente similares; 6. isto configura uma forma de poder que fortalece impérios industriais; 7.a liberdade contratual, na sua fisionomia clássica, é configuradora de liberdade de um lado só; 8. como vantagens empresariais (mas, que, em última análise se inexistentes, refletiriam no custo dos produtos) pode-se apontar a diminuição do tempo gasto, mesmo porque não há espaço, de lado a lado para negociação, e se espaço houvesse, não seria despropositado crer-se que o fornecedor, nas tratativas, teria substancial vantagem. (MARQUES, op, cit, 1988,p.53-67.)

¹⁵⁴ FINKELSTEIN, Maria Eugênia Reis. **Aspectos Jurídicos do Comércio Eletrônico**. Ed Thomson IOB, 2004. p.296-297

¹⁵⁵ VARELA, J. M. A. **Das Obrigações em Geral**. 7ª ed., vol.I. Editora Coimbra: Almedina, 1991. p.262.

¹⁵⁶ Idem. p.262.

¹⁵⁷ GOMES, Orlando. **Contratos**. 26ª. Editora Forense: Rio de Janeiro, 2007. p.129.

mais fraca (consumidor considerado vulnerável) da relação tivesse condições de negociar as condições que atenderiam ao seu interesse. Por isso é que se afirma que nesse tipo de contrato as negociações preliminares são inexistentes.

Os contratos eletrônicos normalmente são organizados sob a forma de contratos de adesão. Portanto, somente duas situações são possíveis: ou a completa aceitação do texto contratual, ou a sua completa rejeição.¹⁵⁸

Contratos de adesão devem ser coibidos e atualmente o são, em muitos casos.^{159/160} No caso específico dos contratos eletrônicos, temos que os contratos de adesão materializam-se sob a forma dos chamados contratos *clickwrap*, normalmente um click de mouse.¹⁶¹

Os contratos de adesão constituem espaço privilegiado para o surgimento de cláusulas abusivas. Esses são considerados fenômenos interligados. Não é correto afirmar, que as cláusulas abusivas estão restritas aos chamados contratos de adesão.¹⁶²

Não! As cláusulas abusivas podem surgir até mesmo em contratos que não se restrinjam ao conceito de contratos de adesão. Portanto, mesmo que o corpo do contrato tenha sido negociado entre as partes, podem estar presentes uma ou mais cláusulas consideradas abusivas.¹⁶³

As cláusulas abusivas podem surgir em qualquer contrato, independentemente da técnica de sua conclusão. Basta, para tanto, que ocorra o desequilíbrio contratual. Clássico exemplo ocorre na celebração dos contratos eletrônicos.¹⁶⁴

¹⁵⁸ Idem.p,129.

¹⁵⁹ Idec pede na justiça a revisão dos contratos que tornam o consumidor um eterno devedor. Em setembro, o Idec ajuizou uma ação coletiva, em nome de seus associados, contra dezesseis instituições financeiras que possuem contratos de financiamento habitacional regidos pelas regras do Sistema Financeiro de Habitação (SFH). A ação, preparada depois de uma longa pesquisa feita com os contratos apresentados pelos associados do Instituto, visa a combater inúmeras cláusulas abusivas presentes nesses documentos que, em resumo, fazem com que o consumidor jamais consiga quitar seu saldo devedor, tornando-se um eterno devedor do financiamento. Apud, FINKELSTEIN, Maria Eugênia Reis. **Aspectos Jurídicos do Comércio Eletrônico**. Ed Thmson IOB, 2004. p.296-297.

¹⁶⁰ FINKELSTEIN, Maria Eugênia Reis. **Aspectos Jurídicos do Comércio Eletrônico**. Ed Thmson IOB, 2004. p.298/299.

¹⁶¹ Ibidem, p.299-300.

¹⁶² Ibidem, p.299-300.

¹⁶³ Idem,p.299-300.

¹⁶⁴ Idem. p,299-300.

O instituto das cláusulas abusivas não se confunde com o do abuso de direito do art. 187 do Código Civil. “Podemos tomar a expressão” cláusulas abusivas” como sinônima de cláusulas opressivas, cláusulas vexatórias, cláusulas onerosas ou, ainda, cláusulas excessivas.¹⁶⁵

2.2 Concepção moderna do contrato

A constituição Federal de 1988 proclamou como fundamentos da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana e o respeito aos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, tendo como objetivo fundamental a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.¹⁶⁶

A ordem brasileira constitucional econômica adota o princípio da justiça social como base da atividade econômica, cujas limitações têm reflexos diretos na autonomia contratual, a qual passa a ser delimitada pela função social.¹⁶⁷

A função social do contrato está diretamente ligada com a função social da propriedade, de acordo com os ditames dos incisos XXIII do art. 5º e III, do art. 170 da Constituição Federal de 1988, tendo em vista que *“a realização da função social da propriedade somente se dará se igual princípio for estendido aos contratos, cuja conclusão e exercício não interessa somente às partes contratantes, mas a toda a coletividade”*.¹⁶⁸

O contrato, sendo meio de circulação da propriedade, não pode mais ficar adstrito às partes contratantes, uma vez que seus efeitos surtem consequências sociais. Partindo dessa premissa, os estudiosos de direito já vinham defendendo que todos os contratos, independentemente de sua natureza, deveriam ter uma função social e estar alicerçados na boa-fé objetiva.¹⁶⁹

A boa-fé objetiva adveio da interpretação do Código alemão (BGB), que iniciou a grande transformação da relação obrigacional ao reconhecer a “existência

¹⁶⁵ MALINVAUD Philippe. **Le Condizioni Generali Di Contratto**. Dirigido por C. Massimo Bianca, tomo II, Milano, Giuffrè, 1981, p.437. Em sentido conforme, Juan Carlos Rezzónico, **Contratos com cláusulas predispostas**, cit., § 27, p.57.

¹⁶⁶ MATTOS, Analice Castor. **Aspectos Relevantes dos Contratos de Consumo Eletrônico**. Ed. Juruá: Curitiba, 2009. p.24.

¹⁶⁷ Ibidem, p.24/25.

¹⁶⁸ Ibidem, p.25-26.

¹⁶⁹ Ibidem, p.26.

de deveres acessórios ou implícitos, instrumentais e independentes, ao lado da obrigação principal”, admitindo a cláusula geral de boa-fé no § 242.¹⁷⁰

Distingue-se da boa-fé subjetiva¹⁷¹ por ser uma regra de conduta que impõe às partes o dever de agir com transparência, lealdade e cooperação mútua, de acordo com a legítima expectativa dos contratantes no cumprimento do contrato. Ou seja, um *“modelo de conduta social, arquétipo ou standard jurídico, segundo o qual cada pessoa deve ajustar a própria conduta a esse arquétipo, obrando como obraria um homem reto: com honestidade, lealdade, probidade”*.¹⁷²

Antes mesmo do advento do Código Civil de 2002, o princípio da boa-fé objetiva já havia sido positivado no ordenamento jurídico brasileiro como princípio informador das relações de consumo.¹⁷³

A defesa do consumidor, a partir da Constituição Federal de 1988, é inserida na categoria dos direitos fundamentais (art. 5º, XXXII), tornando-se um dos princípios da ordem econômica (art. 170, V), fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, com o fim de assegurar a todos existência digna, segundo os ditames da justiça social.¹⁷⁴

Tais preceitos constitucionais têm como alicerce o princípio da pessoa humana calcado nos direitos humanos fundamentais.¹⁷⁵

Como esclarece Simone Hegele Bolson, os direitos do consumidor são direitos humanos de terceira geração que ultrapassam os direitos sociais da segunda geração, típicos do estado social, em razão do caráter de solidariedade, vulnerabilidade incidível no caso concreto.¹⁷⁶

A vulnerabilidade do consumidor é reconhecida, coibindo-se os abusos, como, por exemplo, versa o inciso, IV, do art. 51, que estabelece serem nulas de

¹⁷⁰ FRADERA, Vera Maria Jacob de. **A interpretação da proibição de publicidade enganosa ou abusiva à luz do princípio da boa-fé: o dever de informar no Código de Defesa do Consumidor.** Revista de Direito do Consumidor. n.º 4, (especial) - nov/jan. São Paulo, 1992. p.173-191.

¹⁷¹ Sobre a boa-fé subjetiva cf. MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no Direito Privado.** 1ª edição, 2ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 411.

¹⁷² MATTOS, Analice Castor. **Aspectos Relevantes dos Contratos de Consumo Eletrônico.** Ed. Juruá: Curitiba, 2009. p.24-25.

¹⁷³ Idem. p,24-25.

¹⁷⁴ Ibidem, p.28.

¹⁷⁵ Idem.p,28.

¹⁷⁶ BOLSON, Simone Hegele. **O princípio da dignidade humana, relações de consumo e o dano moral ao consumidor.** Revista de Direito do Consumidor. n.º 46, abr/jun. São Paulo, 1992. p.264-291.

pleno direito as cláusulas que “estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou seja, incompatíveis com a boa-fé ou a equidade”.¹⁷⁷

Assim, as cláusulas abertas que se reportam à função social do contrato e a boa-fé objetiva serão aplicadas tendo em vista a peculiaridade de cada sistema.¹⁷⁸

O Código Civil rege as relações privadas de forma ampla, há uma presunção de que a relação obrigacional é equilibrada, que as partes são iguais, e que sua validade requer agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita ou não defesa em lei.¹⁷⁹ Para os contratos celebrados sem o pressuposto do equilíbrio entre as partes contratantes, há a previsão da hipótese de estado de perigo¹⁸⁰ e da lesão.¹⁸¹

Já o Código de Defesa do Consumidor regula as relações de consumo partindo da premissa de que as partes contratantes são desiguais, com o objetivo de manter o equilíbrio da relação de consumo, protegendo o consumidor, que é a parte vulnerável do contrato perante o fornecedor, não apenas na questão sócio-econômica (vulnerabilidade fática), mas também com relação ao acesso e controle das informações, (vulnerabilidade técnica) e negocial (vulnerabilidade jurídica ou científica).¹⁸²

Tanto no sistema do Código Civil quanto no Código de Defesa do Consumidor, a inserção da função social do contrato e do princípio da boa-fé objetiva não elimina a aplicação dos princípios tradicionais do Estado liberal, quais sejam: a liberdade de contratar, a força obrigatória do contrato e a eficácia relativa da convenção, que passam a ser aplicados em conjunto com os novos princípios norteadores das relações contratuais oriundos das idéias da eticidade e solidarismo,

¹⁷⁷ MARQUES, Cláudia Lima. **Comércio eletrônico e a proteção do consumidor: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico**. São Paulo: RT, 2004b. p.227.

¹⁷⁸ MATTOS, Analice Castor. **Aspectos Relevantes dos Contratos de Consumo Eletrônico**. Ed. Juruá: Curitiba, 2009. p.29.

¹⁷⁹ BRASIL. **Código Civil (2002)**. Código Civil e Constituição Federal: Lei n.º 10.406, de 10-1-2002. Artigo 104. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2002/L10406.htm> - Acessado em: 12/03/2010.

¹⁸⁰ Ibidem, art. 156.

¹⁸¹ Ibidem, art. 157.

¹⁸² MARQUES, Cláudia Lima. **Comércio eletrônico e a proteção do consumidor: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico**. São Paulo: RT, 2004b. p.270.

impostas pela nova ordem constitucional, que colocam a confiança no núcleo das relações contratuais.¹⁸³

Deve existir uma colaboração intersubjetiva na negociação, na qual o declarante responde pela confiança que o outro contratante nele depositou ao contratar.¹⁸⁴

Dessa forma, a confiança revela-se como um dos valores fundamentais da ordem econômica contemporânea que busca redirecionar a autonomia privada a fim de promover a justiça social e proteger o princípio da dignidade da pessoa humana, salvaguardado o equilíbrio do contrato.¹⁸⁵

2.2.1 Dever de informação

O objetivo da transparência pela informação¹⁸⁶, como proteção contratual, garante ao consumidor o direito à informação, a educação e a transparência.¹⁸⁷

Por esse princípio, o fornecedor passa a ser responsável pelas informações que veicular, como também impõe o dever anexo de prestar informação nítida, precisa e em língua portuguesa¹⁸⁸, que preencha os requisitos da adequação, suficiência e veracidade, sobre o produto e serviço.¹⁸⁹

A informação é a *"chave do momento decisório para o consumidor, daí por que os deveres de informação encontram-se no contrato dos instrumentos de proteção deste agente econômico."*¹⁹⁰

¹⁸³ Nas palavras de Cláudia Lima Marques: *"Confiança é aparência, informação, transparência, diligência e ética no exteriorizar vontades negociais"*. (MARQUES, 2004a, p.33).

¹⁸⁴ Como exemplo, cita-se o **Resp. 63.981 - SP do Superior Tribunal de Justiça** que foi conhecido e dado provimento à luz da proteção da confiança no direito do consumidor: Direito do Consumidor. Filmadora adquirida no exterior. Defeito da mercadoria. Responsabilidade da empresa nacional da mesma marca (**"Panasonic"**). Economia globalizada. Propaganda. Proteção ao consumidor. Peculiaridade da espécie. Situações a ponderar nos casos concretos. Nulidade do acórdão

¹⁸⁵ MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao Novo Código Civil** – Do Inadimplemento das Obrigações. v.V, t.II. Editora Forense: Rio de Janeiro, 2003.

¹⁸⁶ BRASIL. **Lei Nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Institui o Código de Defesa do Consumidor. RT. 6º, III e 46. – Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L8078compilado.htm> - Acessado em: 13/02/2010.

¹⁸⁷ Idem, art.4º, IV.

¹⁸⁸ BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcelos. **O conceito jurídico de consumidor**. Revista dos Tribunais. n.º 628, fev. São Paulo 1988. p.69-79.

¹⁸⁹ MATTOS, Analice Castor. **Aspectos Relevantes dos Contratos de Consumo Eletrônico**. Ed. Juruá: Curitiba, 2009. p.36.

¹⁹⁰ MARQUES, Cláudia Lima. **Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor** – um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico. Ed. RT: São Paulo, 2004a. p.82.

No comércio eletrônico, em razão da distância física entre as partes, a debilidade informativa aumenta, uma vez que “as *informações disponíveis* são aquelas escolhidas pelo fornecedor”.¹⁹¹ Esta é a razão pela qual a qualidade da informação fornecida pelo comerciante é a base de toda a confiança da relação de consumo, em especial, aquelas informações prévias que dispõe detalhadamente sobre o fornecedor, sua política de privacidade de banco de dados e as condições do contrato, para que o consumidor não venha a ter surpresas na contratação.¹⁹²

“Confiança” é chave para o desenvolvimento do comércio eletrônico. Para se firmar como alternativa de consumo, ele deve inspirar credibilidade. Muitos ainda desconfiam da compra virtual, temem informar o número do cartão de crédito e vê-lo clonado (embora não se incomodem de entregar o mesmo cartão ao frentista, no posto de gasolina e também quando vai ao restaurante entrega o mesmo para o garçon).¹⁹³

Do lado do comércio eletrônico, a postura dominante tem sido a de preservar e ampliar a confiança do usuário, a qualquer custo. É conquistar o consumidor através do respeito, lealdade e boa-fé, princípios basilares para qualquer relação de consumo¹⁹⁴.

Todos os contratos eletrônicos devem conter os requisitos dispostos no art. 31¹⁹⁵ do Código de Defesa do Consumidor, transmitindo informações com relação à característica, quantidade, qualidade, composição, preço e garantia do produto ou serviço ofertado.

As informações prévias à celebração de qualquer contrato de consumo virtual, de acordo com Rita Peixoto Blum, devem ser prestadas em português e concernir sobre: a identidade (razão social e CNPJ) e endereço do fornecedor; o endereço, eletrônico ou não, para comunicação das partes sobre assuntos atinentes ao contrato, para facilitar a comunicação do consumidor (no caso de reclamação ou

¹⁹¹ Ibidem, p.70.

¹⁹² LORENZETTI, Ricardo L. **Comércio Eletrônico**. Editora Revista dos Tribunais. Tradução de Fabiano Menke. São Paulo, 2004. p.309.

¹⁹³ ULHOA, Fábio Coelho. **Direitos do Consumidor no Comércio Eletrônico**. Revista do Advogado AASP. Ano XXVI n.89. dez/2006. p.1-3.

¹⁹⁴ Idem.,p.1-3.

¹⁹⁵ Segundo o Código de Defesa do Consumidor em seu art. 31: “A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores”. (BRASIL, 1990).

arrependimento); nível de segurança do site; informação sobre a forma de uso, pelo fornecedor, dos dados pessoais que o consumidor lhe fornecer para a contratação; características essenciais do produto ou serviço, incluindo impostos; despesas de entrega (custos do frete e impostos); mobilidade de pagamento entrega ou execução; direito de arrependimento; prazo de validade da oferta ou do preço; sempre que necessário, informação a respeito da duração mínima do contrato, no caso de fornecimento de produtos ou prestação de serviços de execução continuada ou periódica (ex: assinatura de jornal ou revista).¹⁹⁶

Devem constar na loja virtual dados relacionados à empresa ofertante, quais sejam: disponibilidade do nome ou razão social; apresentação da inscrição no cadastro geral do Ministério da Fazenda e, quanto a profissões regulamentadas, deve conter a numeração estabelecida pelo órgão fiscalizador, conter o endereço do domicílio ou sede; indicar número de telefone e endereço eletrônico.¹⁹⁷

Informar o consumidor sobre a questão da segurança do site e sobre a forma de armazenamento dos dados recebidos é um dever do fornecedor virtual, a fim de propiciar uma relação contratual equilibrada, na qual o consumidor se torne menos vulnerável ao receber a informação clara e precisa, podendo exercer seu direito de escolha de forma consciente.¹⁹⁸

O Art. 46 do Código de Defesa de Consumidor garante ao consumidor o direito de conhecer efetivamente as cláusulas contratuais no intuito de coibir práticas pré-contratuais abusivas.¹⁹⁹

Dessa forma, os contratos que regulam as relações de consumo não obrigam os consumidores ao cumprimento das obrigações conveniadas, se não lhes for dada à oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance.²⁰⁰

¹⁹⁶ BLUM, Rita Peixoto Ferreira. **Direito do Consumidor na Internet**. Quartier Latin: São Paulo, 2002.

¹⁹⁷ BEHRENS, Fabiele. **A assinatura eletrônica como requisito de validade dos negócios jurídicos e a inclusão digital na sociedade brasileira**. Curitiba, 2005. p.157 e ss.

¹⁹⁸ MATTOS, Analice Castor. **Aspectos Relevantes dos Contratos de Consumo Eletrônico**. Ed. Juruá: Curitiba, 2009. p.40.

¹⁹⁹ NERY Nelson. **Código de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto**. 7ª ed. – Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p.485.

²⁰⁰ BEHRENS, Fabiele. **A assinatura eletrônica como requisito de validade dos negócios jurídicos e a inclusão digital na sociedade brasileira**. Curitiba, 2005. p.157 e ss..

Além do dever de informação, pelo novo paradigma da confiança, o fornecedor tem também o dever de confirmar o recebimento do pedido e de conferir a possibilidade de perenizar o contrato.²⁰¹

O dever de confirmação do pedido é fundamental no meio eletrônico, tendo em vista que o risco de interrupção da transmissão de dados ou falha na comunicação eletrônica pode suscitar dúvidas quanto à efetiva conclusão do contrato.²⁰²

O consumidor que compra pela internet não tem meios de saber se seu pedido foi efetivado sem que o fornecedor informe o recebimento do aceite, enviando-lhe uma mensagem de confirmação.²⁰³

O contratante deve ainda enviar, junto com a mensagem de confirmação, o contrato, no qual constará o objeto, valor, forma de pagamento, prazo de entrega, dentre outras informações. Dessa forma, o consumidor terá a possibilidade de armazená-lo em seu computador ou imprimir-lo, a fim de perenizar seu conteúdo, como garantia de que não será futuramente alterado pelo fornecedor, tendo em vista que no mundo virtual, com a desmaterialização do meio e do texto contratual, a mudança é fácil, barata e poucas vezes será notada.²⁰⁴

Destaca-se o dever de segurança. A proteção dos dados, a certificação e a criação de ambientes seguros são deveres do fornecedor que oferece seus serviços e produtos na rede.²⁰⁵

O fornecedor que opera no meio virtual tem o dever de garantir aos seus clientes que os dados coletados para a transação não serão usados para fins diversos do que foi acordado, nem repassados a terceiros sem prévia e expressa autorização do consumidor.²⁰⁶

Embora a relação de consumo na rede se dê com determinado fornecedor, existem outros agentes envolvidos na relação de oferecimento do produto ou

²⁰¹ Idem. p.157 e ss.

²⁰² Idem.p.157 e ss.

²⁰³ MATTOS, Analice Castor. **Aspectos Relevantes dos Contratos de Consumo Eletrônico**. Ed. Juruá: Curitiba, 2009. p.24. p.101.

²⁰⁴ Ibidem, p.101-102.

²⁰⁵ Ibidem, p.102.

²⁰⁶ Idem.p.102.

serviço, tais como as empresas de softwares, os provedores e as empresas de segurança eletrônica, que criam entre si diferentes tipos de relações jurídicas.²⁰⁷

Apesar de o provedor não fazer parte da relação jurídica que se forma entre o fornecedor virtual e o consumidor, o primeiro pode vir a ser responsabilizado pelo fato do serviço, se não criar um ambiente seguro para o consumidor caso não averigüe a existência da empresa contratante no mundo real. Dessa forma, a criação de “empresas virtuais fantasmas” seria dificultada.²⁰⁸

A empresa de software responde solidariamente com o fornecedor por danos que o consumidor venha sofrer em razão de falhas no sistema de segurança eletrônica de dados.²⁰⁹

Todos os intermediários que fornecem serviços de conexão, de transmissão de informações ou armazenamento de dados, respondem pela informação objeto da oferta transmitida erroneamente ou desatualizada, como também pelo armazenamento das informações recebidas e pelo dever de sigilo profissional.²¹⁰

Nos demais casos, o fornecedor tem o dever de fixar o prazo de duração da oferta, dentro do qual não poderá revogá-la. Uma vez veiculada a oferta sem prazo, em consonância com os incisos III e IV do art. 6º do Código de Defesa do Consumidor, o fornecedor fica obrigado a cumpri-la, ainda que tenha sido retirada do site. O mesmo ocorre no caso da oferta sem prazo transmitida por e-mail, salvo na hipótese de revogação da oferta, que só é possível na oferta descontínua (não simultânea) e desde que a mensagem de retratação chegue antes da expedição da aceitação.²¹¹

Todas essas relações jurídicas devem adequar o serviço às normas do Código de Defesa do Consumidor, englobando tanto o fornecedor que visa oferecer serviços e produtos na rede, quanto o fornecedor que oferece os meios de acesso ao mundo virtual.²¹²

²⁰⁷ Ibidem, p.102-103.

²⁰⁸ Ibidem, p.101.

²⁰⁹ Idem.p.101-103.

²¹⁰ Idem. p.101-103.

²¹¹ Idem. p.101-103.

²¹² Idem. p.101-103.

A formação da relação obrigacional de natureza contratual se inicia com a fase pré-contratual, da oferta, e termina com a aceitação.²¹³

O período pré-contratual compreende as fases que antecedem a contratação, englobando todas as práticas comerciais, desenvolvidas pelo fornecedor, como a publicidade.²¹⁴

No Código de Defesa do Consumidor, a publicidade, assim como qualquer informação veiculada com relação a produto e serviço oferecido ou apresentado, desde que suficientemente precisa, configura oferta, consoante o art. 30.²¹⁵

A oferta tem caráter vinculante e obrigatório em face da teoria da declaração e da confiança, uma vez que a possibilidade de retirá-la arbitrariamente representaria uma fonte de insegurança, capaz de causar prejuízos ao consumidor que de boa-fé, acreditou na seriedade da oferta.²¹⁶

Dessa forma, o fornecedor fica vinculado à oferta que divulgar na rede, aplicando-se a regra dos arts. 30, 34, 35 e 48 do Código de Defesa do Consumidor. O agente que veicular a publicidade pode ser responsável pelas informações, assim como toda a cadeia de fornecedores, consoante com o art.18 do mesmo estatuto legal.²¹⁷

Quanto ao momento da aceitação, adota-se a teoria da expedição, o contrato torna-se perfeito quando da expedição da aceitação pelo aceitante dentro das condições da oferta. Pela teoria da expedição, deve-se considerar no comércio eletrônico o momento da conclusão do contrato o do envio do e-mail.²¹⁸

Uma vez aceita a oferta, em caso de descumprimento, o consumidor tem o direito de exigir o cumprimento forçado da obrigação, aceitar outro produto ou prestação de serviço equivalente ou, então, rescindir o contrato, com direito à restituição da quantia eventualmente antecipada, monetariamente atualizada e perdas e danos, de acordo com ao art. 35 do Código de Defesa do Consumidor.²¹⁹

2.3 Responsabilidade civil

²¹³ Idem. p.101-103.

²¹⁴ Idem. p.101-103.

²¹⁵ Idem. p.101-103.

²¹⁶ Idem. p.101-103.

²¹⁷ Idem. p.101-103.

²¹⁸ Idem. p.101-103.

²¹⁹ Idem. p.101-103.

A definição de responsabilidade civil é marcada por divergências doutrinárias, uma vez que são utilizados critérios para a sua elaboração, tais como a culpa, o fato, as pessoas responsáveis ou a necessidade de equilíbrio de direitos e interesses.²²⁰ Maria Helena Diniz²²¹ define a responsabilidade civil como a aplicação de medidas destinadas à reparação de dano material ou moral em razão de prática de ato próprio ou de terceiro, pelo fato de animal ou coisa (responsabilidade subjetiva), ou mediante imposição legal, independentemente da existência de culpa (responsabilidade objetiva).²²²

A teoria da Responsabilidade Civil evoluiu ao longo do tempo, passando a ser considerada objetiva em alguns casos. Tal Responsabilidade calcada na teoria do risco é uma imputação atribuída por lei a determinadas pessoas de indenizarem os danos provocados por atividades exercidas no seu interesse, não sendo necessária qualquer perquirição acerca da conduta do agente ou de seus prepostos. Basta, pois, a relação de causalidade entre o dano sofrido pela vítima e a situação de risco pelo agente.²²³

Nesse sentido, o Código de Defesa do Consumidor veio a estabelecer expressamente a responsabilidade objetiva em seus artigos 12, 14, 18 e 20. Isso significa que o fornecedor será responsabilizado independentemente de culpa, desde que seja provado o nexo causal entre o fato existente e o dano causado.²²⁴

Nota-se, porém, que o mesmo poderá isentar-se da responsabilidade de ressarcir pelo fato²²⁵ ou vício²²⁶ do produto ou serviço quando provar a inexistência

²²⁰ SANTANA, Héctor Valverde. **Dano Moral no Direito do Consumidor**. Biblioteca de Direito do Consumidor – 38 Ed: RT, São Paulo, 2009. p.93

²²¹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Volume 1, 8ª ed. Editora Saraiva: São Paulo, 1991. p.40.

²²² SANTANA, Héctor Valverde. **Dano Moral no Direito do Consumidor**. Biblioteca de Direito do Consumidor – 38 Ed: RT, São Paulo, 2009.

²²³ De acordo com Sanseverino (2002, p.46-47): "(...) na Responsabilidade Civil objetiva, diversamente, foi adotado o método da casuística, também chamado de método da tipificação ou modelo cerrado." A legislação enumera os casos de responsabilidade objetiva, impedindo o desenvolvimento pela jurisprudência de novas hipóteses. Apesar disso, a tendência é a ampliação da responsabilidade civil objetivo do parágrafo único do artigo 927 do CC: "Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem".

²²⁴ MARTINS, Plínio Lacerda. **Anotações ao Código de Defesa do consumidor**: conceitos e noções básicas. Ed DP&A: Rio de Janeiro, 2001. p.67.

²²⁵ Sobre o fato do produto ou serviço, têm-se os seguintes comentários feitos pelos autores do Anteprojeto - Código de Defesa do Consumidor 9ª Edição, p.185: "A insegurança é um vício de qualidade que se agrega ao produto ou serviço como um novo elemento de desvalia. De resto, em

do defeito ou vício, a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro, ou a não colocação do produto no mercado.²²⁷

Sergio Cavaliere Filho²²⁸ elabora a definição de responsabilidade civil a partir da noção de dever jurídico. Ensina que o dever jurídico não é um mero conselho, advertência ou recomendação, mas uma ordem ou comando à inteligência e à vontade do sujeito de direito capaz de criar obrigações. O ato ilícito é uma violação de um dever jurídico sucessivo de reparar o dano.

A partir da noção de dever jurídico originário e sucessivo, o autor acima referido apresenta a distinção entre obrigação e responsabilidade. A obrigação consiste no dever jurídico originário decorrente da lei ou do contrato, enquanto a responsabilidade é o dever jurídico sucessivo, uma vez que este existirá necessariamente em virtude da violação da obrigação ou dever jurídico originário. Então, a responsabilidade civil é o dever jurídico sucessivo atribuído ao agente violador, consistente no dever de reparar o dano causado pela violação de um dever jurídico originário ou principal.²²⁹

O artigo 12 da lei consumerista descreve quais as espécies de fornecedores que estão obrigados a indenizar, a saber: o fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro e o importador. Já o artigo 18 da mesma lei referida estabeleceu somente a responsabilidade solidária para os fornecedores *lato sensu*, deixando de fazer menção expressa a qualquer deles.²³⁰

ambas as hipóteses, sua utilização ou fruição suscita de um evento danoso (*eventus dommi*) que se convencionou designar de acidente de consumo,”

²²⁶ Segundo o Art. 18 do Código de Defesa do Consumidor: “Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinem ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com as indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas. (BRASIL, 1990)

²²⁷ Artigo 12 do CDC, (...) § 3º. O fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar: I – que não colocou o produto no mercado; II – que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste; III – a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro; Artigo 14, (...) § 3º. O fornecedor de serviço só não será responsabilizado quando provar: I. que tendo prestado o serviço, o defeito inexiste; a culpa é exclusiva do consumidor ou de terceiro. (BRASIL, 1990)

²²⁸ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 8. ed., São Paulo: Atlas, 2008. p.1-6.

²²⁹ SANTANA, Héctor Valverde. **Dano Moral no Direito do Consumidor**. Biblioteca de Direito do Consumidor – 38 Ed: RT, São Paulo, 2009. p.93.

²³⁰ SILVA JÚNIOR, Ronaldo Lemos da; WAISBERG, Ivo. **Comércio Eletrônico**. IASP, Ed. RT, 2001, p.195-196.

Já no artigo 34 do referido diploma legal, especifica os atos dos fornecedores e seus prepostos ou representantes autônomos, direta ou indiretamente, em contratos à distância, a cumprirem com as informações prestadas e as promessas feitas por seus vendedores.²³¹

Este dispositivo legal é da mais alta relevância.²³² Não são poucos os casos em que o consumidor lesado fica totalmente impossibilitado de acionar o fornecedor – beneficiário de um comportamento inadequado de um de seus vendedores – sob o argumento de que estes não estavam sob sua autoridade, tratando-se de meros representantes autônomos.

Agora, a voz do representante, mesmo autônomo, é a voz do fornecedor e, por isso mesmo, o obriga. Quantas e quantas vezes o antigo “Baú da Felicidade”, de Silvio Santos, fez uso de tal artifício! O preceito põe abaixo o argumento legal que a empresa utilizava como pretexto para fraudar milhões de consumidores.²³³

Segundo Jonatas Alves Milhomens (1994, p.96):

(...) conforme elenca o artigo 13 do Código de Defesa do Consumidor e o artigo 13, Inciso VII, do Decreto lei n.º 2.181/97, veio a considerar prática infrativa²³⁴ a ausência do nome e do endereço do fornecedor ou do importador nas vendas a distância, inclusive pela *Internet*. Isso porque ao adquirir bens de consumo por aqueles meios, o consumidor muitas vezes desconhece o fabricante do produto, restringindo-se assim sua proteção, eis que em caso de acidente de consumo, os maiores responsáveis são aqueles.²³⁵

O fabricante, o comerciante sempre poderá ser identificado, já que é ele quem receberá o valor do pagamento, assim também é responsável o provedor que disponibiliza o acesso à rede.²³⁶

Não existe no Brasil uma norma regulamentadora de suas atividades, de modo que deverão ser utilizados as normas de Direito já existentes em nosso ordenamento.²³⁷

²³¹ Idem.p.195-196.

²³² GRINOVER, Ada Pellegrini, et al. **Código Brasileiro do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998. p.291.

²³³ Idem.

²³⁴ A violação de tal norma pode acarretar a multa do artigo 57 do Código de Defesa do consumidor.

²³⁵ MILHOMENS, Jônatas; ALVES, Magela Geraldo. **Manual do Direito do Consumidor**. Editora Forense: Rio de Janeiro, 1994. p.96.

²³⁶ SAAD, Eduardo Gabriel. **Comentários ao Código de defesa do consumidor**: Lei n. 8078, de 11.9.1990. 3.ed. São Paulo: LTr, 1997. p.296.

²³⁷ Idem. p.296.

No artigo 7º do CDC, em seu parágrafo único. Tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo.²³⁸

Na opinião de Marcos da Costa²³⁹:

(...) dessa forma, havendo convivência ou imprudência no controle de determinado material veiculado pela Internet, pode este provedor vir a ser responsabilizado. Em princípio, o provedor não tem responsabilidade, porque não é obrigado a ter conhecimento do conteúdo. Mas, na medida em que tiver conhecimento inequívoco, deve promover a suspensão da divulgação pública no site e notificar o titular para que tome as providências adequadas, sob pena de ser considerado co-responsável pelo crime praticado.²⁴⁰

3 DIREITO DE ARREPENDIMENTO (ART. 49 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR)

3.1 Conceito

Trata-se de um direito concedido ao consumidor que adquire o produto ou serviço, quando a contratação tenha se dado fora do estabelecimento comercial do fornecedor, conforme disposto no art. 49 do Código de Defesa do Consumidor. Nesse sentido, quando o consumidor adquire um produto ou serviço mediante negociação fora do estabelecimento comercial (por telefone, internet ou em seu domicílio), tem o direito de desistir do contrato, no prazo de sete dias, contado da assinatura ou do ato de recebimento do produto ou serviço.²⁴¹

Arreponder-se significa voltar atrás e, no caso em tela, desistir do consumo de determinado bem ou serviço depois de ter firmado a relação consumerista, pouco importando o motivo de tal arrependimento.

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

²³⁸ Idem.p.296.

²³⁹ COSTA, Marcos da. **Ruma à legalidade: normatização trará mais segurança ao comércio eletrônico**. In: Revista Problemas Brasileiros. nº. 336 nov-dez, 1999. p.33.

²⁴⁰ Idem.p.33.

²⁴¹ COLNAGO, Roberto *et. al.* **Coleção Estudos Direcionados Perguntas e Respostas** – Direito do Consumidor. n. 28, Ed. Saraiva: Rio de Janeiro, 2010.

consumidor ter direito não significa necessariamente que haverá uma observância voluntária (uma boa vontade) por parte do fornecedor.²⁴²

A norma do art. 49 foi criada para dar maior proteção aos consumidores que adquirirem produtos ou serviços fora do estabelecimento comercial, sobretudo: a) em seu domicílio, recebendo a visita do vendedor; b) pelo telefone (vendas por *telemarketing*); c) mediante correspondência (mala direta, carta-resposta etc.); d) por meio eletrônico, como por exemplo, pela Internet; e) assistindo à TV (e comprando pelo telefone, via correio, Internet etc.); f) por notificação via Cartório de Títulos e Documentos, caso queira, etc.²⁴³

3.2 Finalidade do direito do arrependimento

A finalidade da norma, como se depreende de sua clara redação, é para proteger a declaração de vontade do consumidor, para que essa possa ser decidida e refletida com calma, protegida das técnicas agressivas de vendas a domicílio, o artigo 49 do CDC inova o ordenamento jurídico nacional e institui um prazo de reflexão obrigatório e um direito de arrependimento.²⁴⁴

3.3 Tipos de vendas:

a) Venda em domicílio - Venda porta-a-porta:

Qualquer fornecedor que pratique a chamada técnica de “venda em domicílio”, na residência dos consumidores, no seu local de trabalho (repartições, colégios, etc.), mesmo que por telefone, ou por malote postal, para propor aos consumidores a conclusão de contratos de compra e venda, de assinatura de periódicos, de consórcio, etc., ou para oferecer a prestação de seus serviços, passa a estar submetido ao regime especial instituído pelo art. 49 do CDC, para que seja assegurada a boa-fé, a lealdade nas relações contratuais entre consumidor e fornecedor.²⁴⁵ A venda de porta em porta (*door-to-door*) ou venda em domicílio é uma técnica comercial de vendas fora do estabelecimento comercial, amplamente difundida nas sociedades de consumo, pelas benesses que traz o fornecedor

²⁴² BESSA, Leonardo Roscoe. **Caderno do Jornal Correio Braziliense – Direito e Justiça**. 5 de setembro de 2005.

²⁴³ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Direito do Consumidor**. Ed. Atlas: São Paulo, 2008. p.134/135.

²⁴⁴ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor. O novo regime das relações contratuais**. 5ª edição, Biblioteca de Direito do Consumidor -1. São Paulo, 2006, Ed: RT. p.834-835.

²⁴⁵ Ibidem, p.835.

(investimento reduzido, ausência de vínculo empregatício com os vendedores, baixos riscos de reclamação ou devolução do produto), mas que coloca o consumidor em situação de evidente vulnerabilidade (pouco tempo para decidir, impossibilidade de comparar o produto com outros, dependência total das informações prestadas pelo vendedor ou pelo catálogo etc).²⁴⁶

b) venda porta-a-porta e concorrência:

A venda de porta em porta prejudicaria concorrência leal, pois, sem suportar os ônus fiscais e econômicos para manter um estabelecimento comercial, o fornecedor que utiliza esta técnica vai ao encontro do cliente, que, sem poder comparar os preços e a qualidade do produto apresentado e, por vezes, tendo tentado livrar-se de importuno vendedor, decide-se pelo produto apresentado. Igualmente, dos vendedores a domicílio não é exigido um nível profissional maior, pois não existe vínculo empregatício entre ele e o fornecedor do produto, sua remuneração se dará por prêmios ou porcentagens. Tudo acaba por incentivar que o vendedor utilize qualquer artifício, inclusive o de mascarar ou omitir informações importantes para o consumidor sobre o preço, a qualidade e os riscos do produto, para vender mais e alcançar uma retribuição adequada.²⁴⁷

O setor de vendas em domicílio via TV, mala direta e, atualmente, pela internet é um dos que mais crescem no Brasil e no mundo. Cada vez mais os consumidores, sem tempo de ir às compras e/ou porque é bastante cômodo, adquirirão produtos e serviços sem sair de casa.²⁴⁸

c) Venda porta-a-porta e respeito ao consumidor:

O consumidor perturbado em sua casa ou no local de trabalho não tem o necessário tempo para refletir se deseja realmente obrigar-se, se as condições oferecidas lhe são realmente favoráveis, não tem o consumidor a chance de comparar o produto e a oferta com outras do mercado, nem de examinar com cuidado o bem que está adquirindo. O consumidor recebe do vendedor, ou da correspondência circular enviada, no mais das vezes, informações incompletas,

²⁴⁶ MARQUES, Cláudia Lima, BENJAMIN, Antônio Herman V. MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. Arts 1º a 74 – **Aspectos Materiais**. São Paulo, 2003, ed: RT, p.600.

²⁴⁷ Ibidem, p.601.

²⁴⁸ RIZZATO, Luiz Antônio Nunes. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2009.,p.571-578.

principalmente sobre o preço da mercadoria (por exemplo: curso de computação grátis e em três vezes sem juros – mas com correção monetária; desconto de 20% à vista – assinando a proposta receberá uma Bíblia de graça, não ficando obrigado a contratar etc.). Por fim, se o produto adquirido apresenta algum defeito ou vício de qualidade, não possui o consumidor a possibilidade de reclamar, pois o vendedor não retornará e a fábrica localiza-se em outro Estado da Federação, o que desestimula a reclamação.²⁴⁹

d) Venda emocional:

A boa-fé objetiva é um patamar de lealdade, de cooperação, de informação e de cuidado com o patrimônio e a pessoa do consumidor, que é imposto por norma legal, tendo em vista a aversão do direito ao abuso e aos atos abusivos praticados pelo contratante mais forte, o fornecedor, com base na liberdade assegurada pelo princípio da autonomia privada. O CDC presume o consumidor como parceiro contratual mais vulnerável por lei (art. 4º, I) e, impõe aos fornecedores de serviço no mercado brasileiro um patamar mínimo de atuação conforme a boa-fé. O art. 39 proíbe uma série de práticas abusivas. O abuso pode estar também no método de venda, que impede à reflexão, a decisão racional e refletida, a livre escolha do art. 6º, II, do CDC. Daí denominar-se de venda emocional aquela que – para vender – seduz o consumidor com prêmios, com champanhe, festas, filmes, recepções, cerveja ou bebidas alcoólicas em locais fora do estabelecimento comercial ou mesmo paradisíacos, a que o sugestiona a adquirir mais, para si ou amigos, como a venda em bola de neve, proibida na França. As vendas de multipropriedade ou *time-sharing* geralmente utilizam-se deste método emotivo de venda, daí a necessidade não só de informação para o consumidor. Os sete dias de reflexão do art. 49 devem iniciar quando o consumidor sabe como desfazer a venda. O prazo de decadência pode ser interrompido pelas investigações do Ministério Público sobre os métodos de venda utilizados. Em resumo, a imposição do princípio da boa-fé e da confiança como *leitline* das relações de consumo no mercado brasileiro traz em si uma visão mais ampla da relação contratual, que valoriza a fase pré-contratual, a fase de aproximação negocial entre o fornecedor, com seus métodos de venda e de

²⁴⁹ MARQUES, Cláudia Lima, BENJAMIN, Antônio Herman V. MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. Arts 1º a 74 – **Aspectos Materiais**. São Paulo, 2003, ed: RT. p.601

marketing, e o grupo ainda incerto de consumidores em potencial e exposto aos métodos genéricos de marketing dos fornecedores.²⁵⁰

e) Venda a distância por meios instrumentais, telefone ou internet:

A atividade negocial de oferta de produtos e serviços e de contratação a distância é hoje “exponencial”, globalizada, tecnológica e virtual, fenômeno cuja importância não pode passar despercebida. As vendas ou contratações à distância, conhecidas desde o século XIX, como as vendas por catálogo, reembolso postal ou por correspondência, hoje se servem da ajuda de meios de telecomunicação, como o *teleshopping*, com contratação por televisão, por telefone e mesmo por internet, por e-mail etc. O art. 33 e o art. 49 do CDC mencionam expressamente estas vendas, todas direta ou indiretamente realizadas através de telefones ou correspondência, como incluídas em seu campo de aplicação. Os novos meios de contratação à distância, por satélite, cabo e outros que se sucederem, também devem considerar-se incluídos no CDC, em analogia com as expressões mencionadas nos arts. 33 e 49. Os elementos desta contratação massificada e geral, da pressão e da distância são fenômenos já conhecidos, por exemplo, como a venda por correspondência, por catálogo e outras, agora presentes na “contratação no comércio eletrônico”, que também encontra abrigo neste art. 49.²⁵¹

O chamado “comércio eletrônico” é realizado através de contratações a distância, por meios eletrônicos (e-mail, etc), por internet (on-line) ou por meios de telecomunicações de massa (*telemarketing*, TV, TV a cabo, etc.), é um fenômeno plúrimo, multifacetado e complexo, nacional e internacional, onde há realmente certa “desumanização do contrato”. A expressão escolhida pela doutrina italiana²⁵² choca, é esta sua principal finalidade. Assim como Gherzi denominava de “contrato sem sujeito” o primeiro tipo de contrato pós-moderno, aqui temos outro tipo de contrato pós-moderno, em que a impessoalidade é elevada a graus antes desconhecidos e no qual, todas as técnicas de contratação de massas se reunirão: do contrato de adesão, das condições gerais dos contratos, ao marketing agressivo, à atividade do

²⁵⁰ Ibidem, p.602.

²⁵¹ Idem.p.602.

²⁵² OPPO, Giorgio. **Disumanizzazione del contratto?** Revista di Dritto Civile, ano XLIV, n. 5, set-out.1998. p. 525.

cliente, à internacionalidade intrínseca de muitas relações, á distância entre o fornecedor e o consumidor.²⁵³

f) Venda a contento

Assim que entrou em vigor o CDC, houve quem encontrasse certa semelhança entre o direito de arrependimento de a venda a contento, esta disciplinada nos arts. 509-512 do Código Civil de 2002 (arts. 1.144 -1.147 do Código Civil de 1916) como um pacto adjeto à compra e venda. “A venda feita a contento do comprador entende-se realizada sob condição suspensiva, ainda que a coisa lhe tenha sido entregue; e não se reputará perfeita, enquanto adquirente não manifestar seu agrado” (art.509).²⁵⁴

Trata-se, como se vê do conceito legal, de uma venda sob condição suspensiva, vale dizer, a compra e venda só estará aperfeiçoada quando o adquirente disser que está satisfeito com a compra. Enquanto isso não ocorrer, a natureza jurídica do contrato é de comodato, porque o Código diz (art.511): “as obrigações do comprador, que recebeu, sob condição suspensiva, a coisa comprada, são as de mero comodatário”.²⁵⁵

Não é isso que ocorre com o direito de arrependimento ou prazo de reflexão. Aqui temos uma compra e venda perfeita e acabada, em que todos os seus efeitos se produzem. Não há condição suspensiva, nem comodato. Temos, na realidade, um contrato consumado até que o consumidor manifeste o seu arrependimento. Este é um direito potestativo do consumidor, que pode ser manifestado sem qualquer justificativa, ao qual o fornecedor está submisso.²⁵⁶

E quais são os efeitos que disso decorrem? Todas as responsabilidades contratuais podem ocorrer nesse prazo de reflexão. Se nesses sete dias o produto apresentar algum vício ou ocorrer um dano pelo fato do produto, o fornecedor terá que indenizar normalmente, pelas regras do CDC. Ele não vai poder dizer que se tratava de um mero comodato e que o comprador ainda não havia assumido a posição do consumidor. Haverá contrato de compra e venda perfeito e acabado, pelo que o fornecedor terá que responder pela integridade do risco. Mas, em

²⁵³ Idem.p.525

²⁵⁴ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Direito do Consumidor**. Ed. Atlas: São Paulo, 2008. p.135.

²⁵⁵ Idem.p,135.

²⁵⁶ Idem.p,135.

contrapartida, o comprador também terá que responder pela integridade pelo contrato nesse período de reflexão. Se, por acaso, a coisa adquirida perecer, o comprador deverá responder pela sua perda, de acordo com princípio *res perit domino*. Durante o prazo de reflexão, repita-se, a compra está perfeita e acabada, o comprador é o proprietário da coisa, e esta perece para o dono. Assim, por exemplo, se comprei um microcomputador (notebook) pela internet e enquanto o experimento, no prazo de reflexão, ele vem a ser furtado ou destruído em um acidente, aí já não mais posso me arrepender. Sofro os riscos normais do proprietário, os riscos da força maior e do caso fortuito, porquanto, repita-se, *res perit domino*.²⁵⁷

Portanto, não temos uma compra e venda a contento no direito de arrendimento, nem mero comodato, mas, uma compra e venda perfeita e acabada, um contrato de eficácia imediata, apenas sujeito a um direito formativo extintivo, aquilo que Carnelutti chamava de direito potestativo, ou seja, o direito unilateral do consumidor de desfazer o contrato no prazo de sete dias, tal qual uma cláusula resolutiva, uma condição resolutiva, com a diferença de que aqui ela está prevista na lei. Na verdade, é um direito formativo extintivo, ao qual corresponde, da outra parte, não um dever, mas um estado de sujeição.²⁵⁸

3.4 Prazo de reflexão

Deve fazê-lo, entretanto, dentro do prazo de reflexão, fixado pelo CDC em 7 (sete) dias. Em outros sistemas jurídicos esse prazo é mais dilatado. O legislador brasileiro optou por conceder o prazo de sete dias, de relativa exigüidade, de modo a evitar eventuais abusos que possam ser cometidos pelo consumidor.²⁵⁹

A lei confere ao consumidor o prazo de sete dias para isso. É o chamado prazo de reflexão. Nesse prazo, o consumidor pode desistir do contrato independentemente de qualquer justificativa. A lei dá ao consumidor a faculdade (direito potestativo ou formativo) de desistir daquela compra de impulso, efetuada sob forte influência da publicidade sem que o produto esteja sendo visto de perto, concretamente, ou sem que o serviço possa ser mais bem examinado. Na verdade, é um direito unilateral do consumidor de desfazer o contrato, um direito formativo

²⁵⁷ Idem.p.135.

²⁵⁸ Idem.p.135.

²⁵⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: Comentados pelos Autores do Anteprojeto. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p.560-561.

extintivo, tal qual a resolução, a denúncia ou a revogação nos contratos paritários Direito potestativo (ou formativo), é aquele ao qual não corresponde um dever, mas um estado de sujeição.²⁶⁰

Como o prazo é sempre contado a favor do consumidor e como ele (consumidor) não dispõe dos meios (nem os controla) para garantir que a desistência chegue ao fornecedor no prazo (até porque, como se sabe, na maior parte das opções de aviso, o consumidor depende de outro fornecedor: correio, companhia telefônica, provedor da Internet, cartório), deve-se contar o prazo como o da remessa do aviso.²⁶¹

Se assim não fosse, tirando a ligação telefônica _ e, talvez, o telegrama _ não haveria meios de garantir que o consumidor exercesse seu direito de desistir dentro do prazo. Além disso, como a lei garante 7 dias para refletir, não tem sentido exigir que ele exerça o arrependimento no primeiro dia para buscar garantir que o fornecedor receba o aviso dentro do exíguo prazo. Ele pode exercê-lo no sétimo dia. E considera-se, também, que a ligação telefônica é um modelo inseguro, porquanto sua prova é dificultada (mesmo que o consumidor grave a ligação: teria de ter testemunha para demonstrar o dia).²⁶²

Portanto, fica claro que os 7 dias (ou o prazo concedido pelo fornecedor) são garantidos *in totum* para o consumidor refletir: a desistência pode ser exercida no último dia.²⁶³

Com o implemento do setor, os vendedores passaram a ofertar prazo maior do que 7(sete) dias para reflexão e desistência. São vários os anunciantes que garantem 10,15 e até 30 dias para a desistência do negócio.²⁶⁴

Nesses casos, como a oferta vincula o fornecedor e como o prazo de 7 dias do artigo 49. do CDC, é um mínimo legal, nada impede que ele seja ampliado pelo

²⁶⁰ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Direito do Consumidor**. Ed. Atlas: São Paulo, 2008. p.134.

²⁶¹ NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**: Saraiva: São Paulo, 2009. p.574-575.

²⁶² Idem.p,574-575.

²⁶³ Ibidem, p.575.

²⁶⁴ Idem.p,575.

fornecedor. Se isso foi feito, passa a valer, então, como prazo de reflexão aquele garantido na oferta do vendedor.²⁶⁵

3.5 Contagem do prazo

Quanto ao prazo de sete dias, deve o consumidor ficar atento à sua contagem, pois o mesmo exclui o dia de início e inclui o dia final; aplica-se, na contagem do prazo, o art. 132 (e seus parágrafos) do Código Civil Brasileiro; tal contagem jamais terá seu início em dia não útil ou em feriado e, do mesmo modo, se o último dia tiver as mesmas características, o prazo será imediatamente prorrogado para o próximo primeiro dia útil. O consumidor deverá exercer seu direito de arrependimento dentro deste prazo legal, sob pena de não poder valer-se desse direito.²⁶⁶

Se o produto ou serviço for entregue ou prestado no dia da assinatura do contrato, a partir daí é que se conta o prazo para o exercício do direito de arrependimento. Caso o contato seja assinado num dia e o produto ou serviço entregue ou prestado em época posterior, o prazo de reflexão tem início a partir da efetiva entrega do produto ou prestação do serviço. Isso porque, na maior parte das vezes, as compras por catálogo ou por telefone são realizadas sem que o consumidor esteja preparado para tanto, e, ainda, sem que tenha podido ter acesso físico ao produto. Quando recebe o produto encontrado, verifica que está aquém de suas expectativas, pois, se o tivesse visto e examinado, não o teria comprado.²⁶⁷

Não teria sentido, portanto, contar-se o curto prazo de reflexão a partir da assinatura do contrato ou da postagem do pedido nos correios, ocorrendo à surpresa do consumidor somente quando efetivamente recebesse o produto em suas mãos. A proteção que a lei lhe confere restaria inócua.²⁶⁸

O prazo de reflexão, diz a lei, conta-se da assinatura do contrato ou do ato de recebimento do produto ou serviço, dependendo do caso concreto. A toda evidência, contar-se-á o prazo da assinatura do contrato quando se tratar de contrato que não

²⁶⁵ Idem.p.575.

²⁶⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: Comentado pelos autores do Anteprojeto. Ed: Forense Universitária: Rio de Janeiro, 2004. p.549-550.

²⁶⁷ NERY JÚNIOR, Nelson. **Código de Defesa do Consumidor**: Comentado pelos Autores do Anteprojeto. 9ª ed. – Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009. p.560-564.

²⁶⁸ Ibidem, p.560.

importa em entrega posterior do produto ou serviço, como, por exemplo, contratação de serviços de TV a cabo feito por vendedores em domicílio; a aquisição de seguros em geral e planos de saúde também feita em domicílio; assinaturas de revistas e jornais. Tratando-se de aquisição de produtos ou serviços, cuja entrega é posterior à celebração do contrato, o prazo de arrependimento só começa a correr a partir do efetivo recebimento do produto ou da prestação do serviço.²⁶⁹

No entanto, a melhor interpretação é no sentido de que a contagem do prazo de sete dias se inicie quando a assinatura do contrato coincidir com o recebimento do produto ou serviço. Com efeito, quando o recebimento do produto ou o serviço for posterior à conclusão do contrato, a contagem do prazo deverá se iniciar na data do efetivo recebimento da mercadoria ou do serviço, pois somente nesse momento é que o consumidor terá condições de verificar se o produto atende as suas expectativas.²⁷⁰

Vale ressaltar que alguns produtos são entregues no domicílio do consumidor. Outros, cabe ao consumidor retirar, por exemplo, no posto do correio. Neste caso, a contagem do prazo se inicia quando da retirada na agência do correio.²⁷¹

Há que se informar que ao consumidor, quando do exercício de seu direito de arrependimento, não será imputado nenhum ônus, de modo que as quantias por ele eventualmente pagas deverão ser restituídas pelo fornecedor monetariamente e atualizadas de acordo com os índices oficiais. Da mesma forma, o pagamento de frete, postagem e outras despesas serão de responsabilidade do fornecedor, constituindo tal ônus um risco inerente à sua atividade econômica.²⁷²

O Código de Defesa do Consumidor é claro e objetivo ao estipular o prazo de sete dias a contar de sua assinatura ou do ato de recebimento do produto ou serviço. Contudo, o que fazer no caso do contrato eletrônico, posto que não haja assinatura física? Deve-se entender o primeiro momento como o da concretização do negócio na forma já mencionada anteriormente, e o segundo como a data do real recebimento do produto ou prestação do serviço.²⁷³

²⁶⁹ Ibidem, p.560.

²⁷⁰ Idem.p.560.

²⁷¹ Ibidem, p.561.

²⁷² GRINOVER, Ada Pellegrini. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: Comentado pelos autores do Anteprojeto. Ed: Forense Universitária: Rio de Janeiro, 2004. p.549-550.

²⁷³ Idem.p.549-550.

3.6 Parágrafo único: enriquecimento ilícito

Segundo dispõe o parágrafo único do art. 49, exercitado o direito de arrependimento não deverá haver enriquecimento ilícito do fornecedor, em virtude de sua prática agressiva e venda. Desconstituindo o vínculo pela manifestação do consumidor, retornaram ambos os contraentes ao status anterior, devendo o fornecedor devolver os valores recebidos, monetariamente atualizados.²⁷⁴

3.7 Exercício do direito: devolução do produto

Se o contrato nasceu, o consumidor brasileiro que receber o produto do vendedor de porta é mais do que mero possuidor do bem, ou depositário, como no sistema francês – ele é possivelmente o novo proprietário do produto, pois a tradição transferiu o domínio.²⁷⁵

Se ele pretende fazer uso do seu novo direito de arrependimento, no prazo de sete dias, deverá cuidar para que o bem não pereça e não sofra qualquer tipo de desvalorização, devendo evitar usá-lo ou danificá-lo (abrir o pacote, experimentar o *shampoo*, manusear e sujar a enciclopédia etc). Se o fizer, segundo nos parece, poderá até desistir do vínculo obrigacional, liberando-se das obrigações assumidas (por exemplo: pagamento da segunda prestação, recebimento mensal dos fascículos da enciclopédia etc.), mas, como não pode mais devolver o produto nas condições que recebeu (volta ao status quo), terá de ressarcir o fornecedor pela perda do produto ou pela desvalorização que o uso causou, tudo com base no princípio do enriquecimento ilícito. Nestes termos é a solução do direito alemão, que nos parece adequada ao espírito do CDC, pois pode ser de interesse do consumidor livrar-se do vínculo contratual, mas não é justo que enriqueça sem causa. Assim, como boa- fé resolve- se o vínculo e regula-se a volta à situação anterior, sem que ninguém ganhe com isso.²⁷⁶

3.8 Relação de consumo fora do estabelecimento comercial

²⁷⁴ MARQUES, Cláudia Lima, BENJAMIN, Antônio Herman V. MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. Arts. 1º a 74 – **Aspectos Materiais**. Ed. RT: São Paulo, 2003. p.605.

²⁷⁵ Idem.p.605.

²⁷⁶ Idem.p.605.

Quando o consumidor pretende realizar compra e venda de consumo, normalmente faz cotação de preços, examinam as especificações do produto pretendido, pesquisa as melhores bases para contratar, entre outros procedimentos acautelatórios. Feitos isso, dirige-se a um estabelecimento comercial escolhido previamente, sabendo o que pode ser objeto do contrato de consumo que quer realizar.²⁷⁷

Dentro do estabelecimento comercial pode efetivar a esperada compra e venda, de acordo com suas previsões. Entretanto, o fornecedor pode oferecer-lhe outras alternativas, de modo a ampliar o rol de possibilidade de fechamento do contrato de consumo.²⁷⁸

De todo modo, o consumidor está sujeito às variações naturais decorrentes de sua vontade de contratar, não se podendo falar que terá sido surpreendido pelo oferecimento das alternativas pelo fornecedor.²⁷⁹

O caso concreto é que vai determinar o que seja venda fora do estabelecimento comercial sujeita ao direito de arrependimento ou não. Se for dos usos e costumes entre as partes a celebração de contratos por telefone, por exemplo, não incide o dispositivo e não há o direito de arrependimento. O consumidor pode ter relações comerciais com empresa que fornece suporte para informática e adquirir, mensalmente, formulários contínuos para computador, fazendo-o por telefone. Conhece a marca, as especificações, e o fornecedor já sabe qual a exigência e preferência do consumidor. Negociam assim há seis meses continuados, sem reclamação por parte do consumidor. Nesse caso, é evidente que se o contrato de consumo se der nas mesmas bases que os anteriores, não há o direito de arrependimento. Havendo mudança na marca do formulário, ou das especificações sempre exigidas pelo consumidor, tem ele o direito de arrepender-se dentro do prazo de reflexão.²⁸⁰

O direito de arrependimento existe, independentemente de o produto haver sido encomendado por pedido expresso do consumidor. O Código lhe dá esse direito porque presume *júris et de jure*, que possa não ter ficado satisfeito e ter sido

²⁷⁷ NERY JÚNIOR, Nelson. **Código de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto**. 7ª ed. – Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. p.561/562.

²⁷⁸ Idem.p.561/562.

²⁷⁹ Ibidem, p.561.

²⁸⁰ Ibidem, p.561/562.

apanhado de surpresa quanto à qualidade e outras peculiaridades do produto ou serviço.²⁸¹

De outra parte, se for da essência do negócio a realização fora do estabelecimento comercial, não incide a norma sob comentário. A compra e venda de imóvel é celebrada, de regra, no recinto do cartório de notas, na presença do oficial. Não se pode considerar essa venda como tendo sido efetivada fora do estabelecimento comercial. O que importa é que as tratativas preliminares (sinal, compromisso de compra e venda etc) tenham sido concluídas no estabelecimento comercial (nos escritórios da construtora, da imobiliária etc.).²⁸²

As vendas pelo sistema de marketing direto estão sujeitas ao regime do direito de arrependimento. Os contratos de seguro e de cartão de crédito, por exemplo, cujos formulários são enviados pelo fornecedor, por intermédio dos correios, perderá sua eficácia se o consumidor utilizar-se do direito de arrependimento, sendo irrelevante que o envio tenha partido da iniciativa do fornecedor ou por pedido do consumidor.²⁸³

3.9 Devolução de quantias pagas

O consumidor tem direito à devolução imediata das quantias eventualmente pagas, monetariamente atualizadas pelos índices oficiais, caso exerça o direito de arrependimento dentro do prazo de reflexão. A cláusula contratual que lhe retire o direito ao reembolso das quantias pagas é abusiva e, portanto, nula, de acordo com a prescrição do art.51, nº. II, do Código.²⁸⁴

Entretanto, existem estudiosos do assunto que possuem uma linha de pensamento diferenciada, como Ronaldo Alves de Andrade, entende que:

O Código de Defesa do Consumidor Brasileiro não regulou minuciosamente os contratos de venda a distância, não estabelecendo os requisitos necessários para tal modalidade de contratação; tampouco ditou os tipos de contrato que poderiam legalmente ser celebrados dessa forma e nem fixou seus respectivos objetivos. Em realidade, limitou-se a instituir, no art. 49, o direito de recesso, ou seja, o direito de arrependimento, permitindo ao consumidor desistir dentro de sete dias, recebendo de volta, corrigida

²⁸¹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Direito do Consumidor**. Ed. Atlas: São Paulo, 2008. p.134.

²⁸² Idem. p,134.

²⁸³ Idem.p,134.

²⁸⁴ NERY JÚNIOR, Nelson. **Código de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto**. 9ª ed. – Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009.p.550-564.

monetariamente, a importância despendida com a aquisição. O dispositivo legal mencionado é extremamente abrangente e por certo constitui um tipo aberto, cabendo ao juiz preenchê-lo. Dada essa opção do legislador, em princípio, todo e qualquer negócio jurídico celebrado a distância, seja qual for seu objeto, comportará o direito de recesso. Entrementes, caberá ao aplicador do direito, portanto à jurisprudência, estabelecer exceções a essa regra tão ampla e que, se aplicada uniformemente, poderá trazer situações de injustiça que ferem o espoco do Código de Defesa do Consumidor, qual seja, defender o consumidor tão-somente para equipá-lo-á ao fornecedor e, assim, equilibrar as relações jurídicas de consumo.²⁸⁵

Sobre esse assunto, Bruno dos Santos Caruta Nogueira entende que:

O exercício do direito de arrependimento é irrestrito e incondicionado, pois independe da existência de qualquer motivo que o justifique, ou seja, no íntimo, o consumidor pode até ter suas razões para desistir, mas elas não precisam ficar evidenciadas nem tampouco explicitadas. Aliás, o Código de Defesa do Consumidor é de ordem pública e, portanto, irrenunciável, sendo considerada não escrita a cláusula contratual em que o consumidor abre mão do seu direito de arrepender-se. Exemplo: o consumidor comprou pela Internet um quadro de arte, quando o mesmo lhe foi entregue percebeu que as cores não correspondiam fielmente as que ele tinha visto anteriormente, ou não estava disposto a gastar o valor correspondente ao investimento no quadro, ou percebeu que o mesmo não se adequava à decoração de sua casa, ou realmente se arrependeu, enfim, nada disso importa. Basta que ele se manifeste objetivamente da desistência do quadro para o seu direito se concretizar, desde que tal manifestação se dê no prazo legal.²⁸⁶

3.10 Despesas de envio, frete e outros encargos

Havendo despesas com frete, postagem e outros encargos suportados pelo fornecedor para fazer chegar às mãos do consumidor o produto ou serviço contratado fora do estabelecimento comercial, seu ressarcimento fica por conta do risco negocial da empresa. O fornecedor que opta por práticas comerciais mais incisivas, como as vendas em domicílio ou por marketing direto, isto é, fora do estabelecimento comercial, corre o risco do negócio, de modo que não tem nem do que reclamar se a relação jurídica é desfeita em virtude do arrependimento do consumidor. Essa situação de arrependimento e resolução do contrato de consumo é ínsita aos negócios estabelecidos mediante essa prática comercial.²⁸⁷

O Código garante o direito de arrependimento, de forma pura e simples, sem que do consumidor se exija a declinação dos motivos que o levaram a arrepender-se do negócio. A denúncia vazia do contrato de consumo é direito do consumidor, que

²⁸⁵ ANDRADE, Ronaldo Alves de. **Contrato eletrônico no novo Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor**. Editora Manole: Barueri, São Paulo, 2004. p.110.

²⁸⁶ NOGUEIRA, Bruno dos Santos Caruta. **Direito de arrependimento à luz do Código de Defesa do Consumidor**. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br> - Acessado em: 23 de agosto de 2007.

²⁸⁷ NERY JÚNIOR, Nelson. **Código de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto**. 9ª ed. – Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009.p.560-564.

não pode ser apenado com o pagamento das despesas oriundas daquele contrato resolvido, justamente porque sua atividade é lícita e jurídica²⁸⁸.

Podem as partes, entretanto, estabelecer cláusula contratual no sentido de carrear as despesas de frete, postagem e demais encargos ao consumidor, no caso de agir este com dolo ou culpa grave. A cláusula que, genericamente, determinar o ressarcimento do fornecedor é contrária ao art. 49 do Código de Defesa do Consumidor, porque praticamente inibe o exercício do direito de arrependimento, tornando-o inoperante.²⁸⁹

3.11 Manifestação da desistência

O consumidor não precisa justificar-se. Porém, necessita manifestar objetivamente a desistência.²⁹⁰

A manifestação da desistência, no prazo legal, pode ser feita por qualquer meio idôneo, mas o consumidor deve ter a cautela de poder prová-la, caso necessário. Pode desistir valendo-se dos mesmos meios que utilizou para a compra: Correio, telefone, internet, notificação cartorária etc. e: a) avisando o fornecedor pelo telefone; b) comunicando-o pela Internet; c) notificando-o por correspondência por meio dos correios; d) por carta entregue pessoalmente no domicílio do fornecedor, de seu preposto ou representante; e) por telegrama enviado pelo posto do correio ou por telefone (“fonegrama”); f) por notificação via cartório de Títulos e Documentos, caso queira; etc.²⁹¹

Se tivesse referido à assinatura do contrato de compra e venda do produto ou serviço que iria ser entregue, então nada diria, uma vez que a norma cuida das vendas fora do estabelecimento e a proteção tem início quando o consumidor recebe efetivamente o produto ou o serviço. É isso o que importa, e não o documento emitido para sua compra e venda, e sim quando recebe o produto.

É relativamente comum o fato de muitos consumidores julgarem erroneamente o direito de arrependimento, acreditando que o mesmo poderá ser

²⁸⁸ Idem.p,560-564.

²⁸⁹ NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**: Saraiva: São Paulo, 2009. p.574-575.

²⁹⁰ NERY JÚNIOR, Nelson. **Código de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto**. 7ª ed. – Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. p.563.

²⁹¹ NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**: Saraiva: São Paulo, 2009. p.574-575.

aplicado em toda e qualquer relação jurídica de consumo; ledô engano. O Código de Defesa do Consumidor Brasileiro, ao consagrar tal direito, estabeleceu duas condições sem as quais os consumidores não podem a ele recorrer.²⁹²

Dessa forma, a primeira condição estabelece que o contrato de consumo tenha sido realizado fora do estabelecimento comercial. Logo, as vendas realizadas por catálogo, telefone, reembolso postal, fax, mala direta, venda em domicílio e também pela Internet caracterizam-se como contratação de fornecimento de produtos e serviços fora do estabelecimento comercial. Isso permite entender que somente em tais circunstâncias o consumidor poderá arrepender-se pura e simplesmente da relação de consumo, sem que haja a necessidade de declarar o motivo de sua atitude.²⁹³

Dessa forma, operada a desistência, os efeitos da revogação do ato são *ex tunc*, ou seja, retroagem ao início para repor as partes ao status *quo ante*, como se nunca tivessem efetuado a venda e compra.²⁹⁴

Aliás, é o que está expressamente estabelecido no parágrafo do art. 49, que prevê, inclusive, que, se eventualmente algum pagamento tenha chegado a ser feito (entrada, por exemplo), as importâncias devem ser imediatamente devolvidas.²⁹⁵

A segunda condição imposta pelo Código de defesa do consumidor é de natureza temporal, ou seja, o consumidor terá o prazo de sete dias para arrepender-se e exercer seu direito de arrependimento. Tal prazo é denominado de prazo de reflexão, e terá seu início contado a partir da conclusão do contrato com a entrega que está adquirindo, podendo, assim, ser surpreendido com a entrega de um produto ou uma prestação de um serviço muito abaixo de suas expectativas, em total ou parcial desconformidade com a oferta publicitária.²⁹⁶

Para alguns serviços específicos, o prazo se iniciará somente quando da assinatura do contrato, como a adesão ao plano de saúde ou ao seguro de automóvel. Não há como o prazo se iniciar quando do recebimento do serviço, uma

²⁹² PARENTONI, Leonardo Netto. Op Cit. **Locação empresarial, estabelecimento fechado e renovação compulsória**. Revista de Direito Empresarial n.º 4, jul./dez - Editora Juruá: Curitiba, 2005.p,514-517.

²⁹³ ALMEIDA, João Batista de. **A proteção do Consumidor**. Saraiva: São Paulo, 2002. p.149.

²⁹⁴ Idem. p,149.

²⁹⁵ Idem. p,149.

²⁹⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: Comentado pelos autores do Anteprojeto. Ed: Forense Universitária: Rio de Janeiro, 2004. p.549-550.

vez que o consumidor receberá efetivamente o serviço contratado apenas quando for acometido de doença ou quando ocorrer o sinistro com o veículo. Por isso é que, em alguns casos, o prazo será da assinatura do contrato, oportunidade em que o consumidor poderá realmente analisar as condições pactuadas.²⁹⁷

Ressalte-se que a norma não exige qualquer justificativa por parte do consumidor: basta à manifestação objetiva da desistência, pura e simplesmente. No íntimo, o consumidor terá suas razões para desistir, mas elas não contam e não precisam ser enumeradas. Ele pode não ter simplesmente gostado da cor do tapete adquirido pelo telefone na oferta feita pela TV, ou foi seu tamanho que ele verificou ser impróprio. O consumidor pode apenas não querer gastar o que iria custar o bem. Ou se arrepende mesmo. O fato é que nada disso importa. Basta manifestar objetivamente a desistência.²⁹⁸

O direito de arrependimento não está vinculado a qualquer vício do produto ou serviço ou ainda a qualquer justificativa por parte do consumidor. Ou seja, o direito de desistir do negócio celebrado é imotivado. Qualquer explicação que o consumidor der a respeito dos motivos da desistência, além de ser voluntário, servirá apenas para que o fornecedor saiba, a título de coleta de dados e para sua pesquisa, o porquê do consumidor estar desistindo do produto e serviço.²⁹⁹

Exercido o direito de arrependimento, o consumidor deverá receber de forma imediata a quantia paga, monetariamente atualizada, voltando ao *status quo* ante. Assim, todo e qualquer custo despendido pelo consumidor deverá ser ressarcido, como o valor das parcelas pagas, além de outros custos, como os de transporte, por exemplo. Além disso, a norma autoriza que a restituição seja feita de forma imediata, ou seja, o fornecedor não poderá impor prazo ao consumidor para que restitua os valores.³⁰⁰

O art. 51, II do CDC estabelece que seja nula de pleno direito a cláusula que subtraia do consumidor a opção de reembolso da quantia já paga. Então, mesmo

²⁹⁷ NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. Saraiva: São Paulo, 2009. p.574-575.

²⁹⁸ Idem. p.574-575.

²⁹⁹ Idem. p.574-575.

³⁰⁰ MATTOS, Analice Castor. **Aspectos Relevantes dos Contratos de Consumo Eletrônico**. Ed. Juruá: Curitiba, 2009. p.101 e ss.

que o contrato contenha cláusula no sentido de não aplicar o direito de arrependimento, deve ser considerada como não escrita.³⁰¹

Também é nula a cláusula que impõe multa para a hipótese de não conclusão do negócio, uma vez que ao consumidor é garantido o direito se ver livre da avença contratual sem qualquer ônus para si. Tratando-se de regulares prejuízos sofridos pelo fornecedor. Trata-se de risco inerente àqueles que optam por realizar a venda fora do estabelecimento comercial.³⁰²

3.12 Administradoras de cartão de crédito

O principal instrumento das vendas por telefone ou Internet (principalmente os anúncios na TV e programas por meio eletrônicos), é a facilidade que o pacote de ofertas das operadoras oferece para efetuar o pagamento, oportunizando vantagens em utilizar cartões de crédito ou mesmo débito.³⁰³

Assim os vendedores encontram a parceria ideal: as administradoras de cartão de crédito.³⁰⁴

Como é sabida, a administradora do cartão mantém com os fornecedores que comercializam produtos pela televisão contrato comercial no qual se estabelece uma espécie de conta corrente. (também mantém banco de dados dos clientes, e com isso trocam de informações).³⁰⁵

O comerciante vende ao consumidor, entre o boleto com o número de seu cartão, com o preço do produto etc.; o boleto é enviado à administradora, que efetua o pagamento do preço ao vendedor; posteriormente é cobrado o preço do consumidor. Fecha-se assim o ciclo.³⁰⁶

Acontece que a administradora do cartão recebe pelo serviço efetuado aos vendedores, normalmente cobrado por meio de descontos dos valores a serem a eles creditados. Logo, as administradoras de cartões e os fornecedores-vendedores

³⁰¹ Idem.p.101

³⁰² Idem.p.101

³⁰³ NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**: Saraiva: São Paulo, 2009. p.574-575.

³⁰⁴ Idem. p,574-575.

³⁰⁵ Idem. p.574-575.

³⁰⁶ Idem. p,574-575.

são parceiros nos negócios, já que ambos têm interesses jurídicos e comercial na venda.³⁰⁷

Além disso, as administradoras dos cartões de crédito participam do negócio no momento da oferta feita pelo vendedor, na medida em que a conhecem e anuem com seu conteúdo. Aliás, as ofertas sempre trazem em letras garrafais que os pagamentos podem ser feitos com cartão de crédito. Na verdade, esse é o grande “lance de marketing”, o grande atrativo para que o consumidor adquira produtos sem sair de casa e sem ter nenhum trabalho, apenas dando o número de seu cartão de crédito. E é por isso mesmo que as vendas nesse segmento não param de crescer. Atraídos pela possibilidade de adquirir produtos e serviços assistindo à TV e usando apenas o telefone, mala direta, ou por Internet, através de chats e emails, o consumidor faz as compras e usa seu cartão otimizando assim o seu tempo.³⁰⁸

Ora, a oferta vincula os fornecedores conforme estão estabelecidos no art. 30 do CDC. E, como já foi comentada, a desistência garantida no art. 49 efeitos *ex tunc*, anulando o negócio desde o início, como se nunca tivesse sido feito.³⁰⁹

Assim, exercido o direito do art.49, toda a transação desaparece, inclusive e principalmente aquela ligada ao pagamento do preço. E, se esta foi estabelecida mediante o uso do cartão de crédito), o art. 49 seria inócuo: não serviria para nada. Isto porque a maior parte das transações efetuadas por compras por telefone, Internet e mala direta tem no cartão de crédito seu meio de pagamento.³¹⁰

E isso seria verdade mesmo que se considerasse a administradora do cartão de crédito com um terceiro da operação, pois, em repassando o vendedor a cobrança do preço para esse terceiro, o efeito seria o mesmo de inutilizar as garantias do art. 49 do CDC.³¹¹

3.12.1 Da restituição em dobro

³⁰⁷ Idem. P,574-575.

³⁰⁸ Ibidem, p.575-578.

³⁰⁹ Idem. ,p.575-578.

³¹⁰ Ibidem, p.574-575.

³¹¹ Idem. P,574-575.

O instituto da restituição em dobro encontra previsão legal no art. 42, parágrafo único³¹² do CDC. Segundo o aludido dispositivo legal, o consumidor que é cobrado em quantia indevida terá direito à repartição de indébito em valor igual ao dobro do que pagou em excesso, salvo engano justificável.³¹³

O instituto tem uma manifesta natureza de pena civil.³¹⁴ A restituição, em princípio, pressupõe que o fornecedor tenha recebido um valor indevidamente.³¹⁵ O valor indevido pode decorrer do pagamento antecipado pela aquisição de produto ou serviço, que não se efetivou, ou ainda, que tenha por fundamento uma cláusula contratual, que, posteriormente, tenha sua abusividade declarada. Não necessita para a sua aplicação da comprovação, sequer, do prejuízo do consumidor em montante equivalente ao da pena de dobra. Basta a demonstração de que a cobrança contra ele proposta é indevida.

Pela dicção do parágrafo único do art. 42 não basta à configuração do elemento objetivo do pagamento ou cobrança indevida para que se aplique a sanção da “pena de dobra”. Impõe-se, ainda, consoante entendimento do Antônio Herman Vasconcelos Benjamin, que se demonstre o elemento subjetivo, por parte do fornecedor, qual seja: a má-fé ou uma culpa grave. Apenas tais situações subjetivas não se coadunariam com a eximente do “engano justificável”, que afasta a aplicação da sanção. Com efeito, importante transcrever trecho do voto proferido pelo eminente desembargador Humberto Adjunto Ulhôa, nos autos do processo de nº. 2006.01.1.038574-6, em curso na 3ª Turma Cível do egrégio TJDF, in ver bis:³¹⁶

No tocante à devolução em dobro das quantias pagas indevidamente, entendo que só é cabível quando a cobrança é feita de má-fé, consoante o disposto no parágrafo único do artigo 42 do Código do Consumidor, o que não vislumbro *in casu*, visto que a apelada se sentia autorizada a fazer a cobrança em razão da norma editada pela Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel, que, em tese, a autorizava. Assim, ante o

³¹² De acordo com o art. 42 do CDC, na cobrança de débitos, o consumidor inadimplente não será exposto a ridículo, nem será submetido a qualquer tipo de constrangimento ou ameaça. Parágrafo único. O consumidor cobrado em quantia indevida tem direito à repetição do indébito, por valor igual ao dobro do que pagou em excesso, acrescido de correção monetária e juros legais, salvo hipótese de engano justificável. (BRASIL, 1990)

³¹³ ALMEIDA, Luís Cláudio Carvalho. **A repetição do indébito em dobro**. ED: RT, Revista do Direito do Consumidor, São Paulo, 2006, 54, p.101.

³¹⁴ Idem. p.101.

³¹⁵ Neste sentido é a doutrina de Antônio Herman de Vasconcelos e Benjamin, in ver bis: “(...) Por conseguinte a sanção, no caso da lei especial, aplica-se sempre que o fornecedor (direta ou indiretamente) cobrar e receber, extrajudicialmente, quantia indevida”. (GRINOVER, 2004).

³¹⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: Comentado pelos autores do Anteprojeto. Ed: Forense Universitária: Rio de Janeiro, 2004.

justificável engano, a devolução deve ser feita na forma simples, e não em dobro, como pretende o apelante.³¹⁷

A má-fé e a culpa grave tem sido objetivamente afastadas pela jurisprudência quando a cobrança, ainda que indevida, tem respaldo em algum ato normativo, conforme julgado acima transcrito; ou, de acordo com o STJ, em cláusula contratual, cuja interpretação é alvo de controvérsia:

*“(...) È incabível a dobra prevista no artigo 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor, quando o débito tem origem em encargos cuja validade é objeto de discussão judicial (...)”.*³¹⁸

*“Não incide a sanção do art. 42, parágrafo único, do CDC, quando o encargo considerado indevido é objeto de controvérsia jurisprudencial e não está configurada a má-fé do credor”.*³¹⁹

³¹⁷ TJDF – 20060110385746APC, Relator Humberto Adjunto Ulhôa, 3ª Turma Cível, julgamento em 21.3.2007, DJ 19.4.2007, p.84.

³¹⁸ STJ Resp 756.973/RS, Rel. Ministro Castro Filho, 3ª Turma, julgado em 27.3.2007.

³¹⁹ STJ – AgRg no Resp 856.486/RS. Ministro Humberto Gomes de Barros, 3ª Turma, julgado em 25.9.2006, DJ 9.10.2006, p.305.

CONCLUSÃO

Os desafios atuais da sociedade pós-moderna e da nova “era da informação” e da chamada nova crise do contrato, uma crise de confiança, usando, pois, o comércio eletrônico apenas como exemplo destes desafios dogmáticos para o Direito do Consumidor. Vivemos uma época desafiadora com os novos ramos do Direito

A divulgação de bens e serviços através da internet tem manifestas vantagens para os fornecedores por seguir uma extrema valorização de sofisticadas técnicas de persuasão e publicidade, além de métodos agressivos e muitas vezes abusivas e atrativas para os consumidores que podem e não sabem exatamente com quem estão contratando, tem apenas uma indicação de um endereço eletrônico, mas não tem a garantia sobre a idoneidade ou a real existência do fornecedor. Esta situação nem sempre será a mais favorável para o consumidor, que em comparação ao fornecedor, é considerado como parte contratual mais fraca. Para esta fragilidade contribuem vários fatores: por um lado, a proliferação da oferta embelezada por métodos publicitários que criam no consumidor a ilusão de necessidades e que, na realidade são fictícias, e que no momento de empolgação leva o consumidor a comprar e depois poderá vir se arrepender.

A utilização da internet não favorece o contato físico entre as partes e daí a dificuldade do consumidor em caso de uma reclamação, não saberá a quem se dirigir; além do mais, não vê o produto que pretende adquirir e por isso confia nas informações e/ou imagens a ele oferecidas e ademais, lhe são oferecidas facilidade de crédito, descontos, brindes, (ofertas) também é solicitado o pagamento antecipado e a insegurança de utilizar o cartão de crédito e clonarem a senha.

O presente trabalho não teve a pretensão de esgotar o assunto, mas sim, demonstrou que é possível se aplicar ao comércio eletrônico a segurança e, a confiança em realizar baseado em princípios como a boa fé objetiva e a transparência, norteadores de bom senso, lealdade na forma de contratação entre consumidor e fornecedor.

Por último, importa relevar que, apesar de vários doutrinadores brasileiros acreditarem que existe a necessidade de regulamentar mais precisamente o comércio eletrônico, entende-se que é possível sim aplicar ao comércio eletrônico as

leis já existentes no ordenamento jurídico brasileiro e os princípios norteadores das relações contratuais, dentre eles o da boa-fé objetiva, que impõe o dever de informação e transparência nas negociações. Mesmo porque, dificilmente o processo legislativo conseguiria acompanhar a velocidade e a dinâmica com que se desenvolvem os meios tecnológicos.

No que concerne aos meios de pagamento, podem ser, em geral, cartão de crédito, via boleto de pagamento ou depósito em conta corrente, cartão inteligente, cheque eletrônico e, ainda, a moeda eletrônica ou *e-cash*.

O presente trabalho buscou estabelecer e abordar alguns aspectos relevantes dos contratos de consumo eletrônico, sem entrar nos problemas que podem surgir com a utilização desse novo meio de contratação, tais como fraude, crimes, incapacidade da parte para contratar, compra de objetos ilícitos, dentre outros, por serem exceções à regra geral da contratação, que parte do pressuposto de que todos os requisitos legais para a contratação foram preenchidos.

O estudo também não se propôs a enfrentar a questão da responsabilidade contratual, apenas mencionou alguns tópicos de responsabilidade civil, mas sim sucintamente, questões novas trazidas pelo comércio eletrônico.

As normas do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90) possuem plena aplicabilidade ao processo de formação dos contratos de consumo por meio da Internet, nas suas disposições relativas à oferta (Arts. 30 a 35), à publicidade (Arts.36 a 38), às disposições gerais sobre a proteção contratual (Arts. 46 a 50) e aos contratos de adesão (Art. 54).

A oferta via correio eletrônico não se equipara à oferta postal convencional, inexistindo uma única organização responsável pelo serviço de correios, na qual podem as partes razoavelmente confiar, não se podendo falar, nesse caso, em instantaneidade;

Não obstante isso, a contratação via oferta ao público, subsumida no conceito tradicional dos contratos entre ausentes, tende à instantaneidade, em face do inegável avanço da rapidez nas comunicações.

No caso da contratação entre ausentes por meio da Internet, a adoção da teoria da recepção mostra-se mais favorável ao consumidor, observado o direito

básico à preservação da segurança (art.6º, I do CDC), em face da periculosidade inerente ao meio.

A retirada da oferta, na forma do Art. 427 do Código Civil e dos artigos 30 e 31 do Código de Defesa do Consumidor, tem por consequência a responsabilidade obrigacional do proponente, eis que aquela manifestação de vontade, uma vez emitida, é dotada de vinculabilidade e irrevogabilidade, em função do imperativo da segurança dos negócios.

A necessidade de identificação das partes e de comprovação da origem e integridade dos dados é suprida por meio das assinaturas ou formas eletrônicas, gênero em relação ao qual figura como espécie a forma digital, marcada pelo uso dos métodos de criptografia assimétrica e simétrica,, de modo a garantir a confidencialidade da comunicação, mediante a intervenção de um terceiro, que vem a ser a autoridade de certificação.

A assinatura eletrônica e a assinatura manuscrita não se confundem, sendo a primeira, ao contrário da segunda, plenamente transferível, além de se modificar a cada arquivo transformado em documento.

O exercício do direito de arrependimento não se pode sujeitar a qualquer formalidade, não podendo implicar, para o consumidor, em qualquer tipo de penalidade, devendo o mesmo tão somente suportar os gastos da devolução.

A natureza jurídica do prazo de reflexão enseja divergência doutrinária, no tocante a se considerar ou não a formação do vínculo contratual antes do término do lapso de reflexão, o que influirá na amplitude da reparação assegurada ao consumidor. Se o contrato se considera formado já na primeira manifestação de vontade, a proteção ao consumidor não será tão ampla, pois terá este apenas uma possibilidade de se desembaraçar do vínculo.

A melhor solução, nesse ponto, é a de que o contrato se encontra perfeito e acabado antes do prazo de 07(sete) dias, antes da assinatura, porém tal lapso atua como fator de eficácia do negócio, de modo que, exercida a faculdade de retratação, apaga-se o consentimento anteriormente prestado pelo consumidor, e o contrato caduca.

BIBLIOGRAFIA

ALBERTIN, Alberto Luiz. **Comércio Eletrônico**: modelo, aspectos e contribuições de sua aplicação. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2002.

ALMEIDA, João Batista de. **A proteção do Consumidor**. Saraiva: São Paulo, 2002. p.149.

ALMEIDA, Luís Cláudio Carvalho. **A repetição do indébito em dobro**. RDC 54/101.

AMARAL, Antônio Carlos Rodrigues do. **Direito do comércio internacional**: aspectos fundamentais. Editora Aduaneiras: São Paulo, 2004. p.311.

ANDRADE, Darcy Bessone de Oliveira. **Aspectos da evolução da teoria dos contratos**. São Paulo: Saraiva, 1949.

ANDRADE, Ronaldo Alves de. **Contrato eletrônico no novo Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor**. Editora Manole: Barueri, São Paulo, 2004. p.110.

ASCENSÃO, José Oliveira de. **Estudos sobre direito da internet e da sociedade da informação**. Coimbra: Almedina, 2001. p.38.

ATHENIENSE, Alexandre. **Auto Aplicação do Código do Consumidor nas transações de bens corpóreos pelo comércio eletrônico na internet**. RDC nº38/2001. p.298/304.

BAPTISTA, Luiz Olavo. **Aspectos jurídicos das transferências eletrônicas internacionais de fundos**. (Tese) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v.749, 1998, p.60-81.

BARBAGALO, Erica Brandini. **Contratos eletrônicos: contratos formados por meio de redes de computadores: peculiaridades jurídicas da formação do vínculo**. Editora Saraiva: São Paulo, 2001.p.37.

BEHRENS, Fabiele. **Assinatura Eletrônica & Negócios Jurídicos**. Curitiba: Juruá, 2007. p.93.

BEHRENS, Fabiele. **A assinatura eletrônica como requisito de validade dos negócios jurídicos e a inclusão digital na sociedade brasileira**. Curitiba, 2005. p.157 e ss.

BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcelos. **O conceito jurídico de consumidor**. Revista dos Tribunais. n.º 628, fev. São Paulo 1988. p.69-79.

BESSA, Leonardo Roscoe. **Caderno do Jornal Correio Braziliense – Direito e Justiça**. 5 de setembro de 2005.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Teoria Geral do Direito Civil**. 3ª Ed., Livraria Francisco Alves, Rio de Janeiro, 1946. p.207.

BLUM, Rita Peixoto Ferreira. **Direito do Consumidor na Internet**. Quartier Latin: São Paulo, 2002.

BOIAGO JÚNIOR, José Wilson. **Contratação Eletrônica: Aspectos Jurídicos**. Curitiba: Juruá, 2005.p,85-86.

BOLSON, Simone Hegele. **O princípio da dignidade humana, relações de consumo e o dano moral ao consumidor**. Revista de Direito do Consumidor. n.º 46, abr/jun. São Paulo, 1992. p.264-291.

BRASIL, Ângela Bittencourt. **Contratos eletrônicos**. In: Demócrito Reinaldo Filho (Coord.). Direito da informática – temas polêmicos. p. 298.

BRASIL. Código Civil (2002). **Código Civil e Constituição Federal**: Lei n.º 10.406, de 10-1-2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2002/L10406.htm> - Acessado em: 12/03/2010.

BRASIL. **Lei Nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Institui o Código de Defesa do Consumidor. Presidência da República: Brasília, 1990 – Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L8078compilado.htm> - Acessado em: 13/02/2010.

BRUNO, Gilberto Marques. **As relações do “business-to-consumer” (B2C) no âmbito do “e-commerce”**. Disponível em: <http://www.jus.com.br> – Acessado em: 28/07/2002.

CASTRO, Aldemário Araújo. **Os meios eletrônicos e a tributação**. In: Demócrito Reinaldo Filho (Coord). **Direito de Informática - temas polêmicos**. Editora Edipro: Bauru, 2002. p.254.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Direito do Consumidor**. Ed. Atlas: São Paulo, 2008. p.134/135.

CORRÊA, Gustavo Testa. **Aspectos Jurídicos do Comércio eletrônico**. Síntese - Porto Alegre, 2004.

COSTA, Marcos da. **Ruma à legalidade**: normatização trará mais segurança ao comércio eletrônico. In: Revista Problemas Brasileiros. nº. 336 nov - dez, 1999. p.33.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Volume 1, 8ª ed. Editora Saraiva: São Paulo, 1991. p.157.

DONATO, Maria Antonieta Zanardo. **Proteção ao Consumidor**: conceito e extensão. Biblioteca de Direito do Consumidor, Ed. RT, v.7,1994.

FRADERA, Vera Maria Jacob de. **A interpretação da proibição de publicidade enganosa ou abusiva à luz do princípio da boa-fé**: o dever de informar no Código de Defesa do Consumidor. Revista de Direito do Consumidor. n.º 4, (especial) - nov./jan. São Paulo, 1992. p.173-191.

FINKELSTEIN, Maria Eugênia Reis. **Aspectos Jurídicos do Comércio Eletrônico**. Ed. Thomson IOB, 2004. p.35.

GLANZ, Semy. **Internet e contrato eletrônico**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v.87, n.757, 1998, p.72.

GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 8ª Ed., Forense. Rio de Janeiro, 1983. p.174.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 26ª. Editora Forense: Rio de Janeiro, 2007. p.17.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: Comentado pelos autores do Anteprojeto. Ed: Forense Universitária: Rio de Janeiro, 2004. p.549-550.

JOHNSON, Steven. **Cultura da Interface: como o computador transforma nossa maneira de criar e comunicar**. Ed. Jorge Zahar: Rio de Janeiro, 2001. p.17-33.

LAUDON, Kenneth C.: LAUDON, Jane Price. **Sistemas de informação com Internet**. 4. ed. LTC: Rio de Janeiro, 1999. p.17.

LEAL, Sheila Rocio Cercal Santos do. **Contratos Eletrônicos – validade jurídica dos contratos via internet**. Editora Atlas, 2007. p.3 e ss.

LODDER, Arno; VOULON, Marten B. **Intelligent Agents and the Information requirements of the Directives on Distance Selling and E-commerce. International review of law Computers**. v.16. n.3, 2002. p.277-287.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de direito civil: obrigações em geral**. Volume II, 3ª ed. Livraria Freitas Barros S.A. Rio de Janeiro, 1960.

LORENZETTI, Ricardo L. **Comércio Eletrônico**. Editora Revista dos Tribunais. Tradução de Fabiano Menke. São Paulo, 2004. p.25-26.

LOSSO, Fábio Malina. **Contratos informáticos**. In: Demócrito Reinaldo Filho (Coord.). **Direito da informática – temas polêmicos**. p.289.

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

LUCCA, Newton de. **Títulos e contratos eletrônicos – o advento da informática e suas conseqüências para a pesquisa jurídica**. In: Lucca, Newton de e Simão filho, Adalberto (Coords). **Direito e Internet – aspectos jurídicos relevantes**. 2ª ed. p.63.

MALINVAUD Philippe. **Le Condizioni Generali Di Contratto**. Dirigido por C. Massimo Bianca, tomo II, Milano, Giuffrè, 1981, p.437.

MARQUES, Cláudia Lima, BENJAMIN, Antônio Herman V. MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. Arts 1º a 74 – Aspectos Materiais. São Paulo, 2003, ed: RT, p.600.

MARQUES, Cláudia Lima. **Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor** – um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico. Ed. RT: São Paulo, 2004a. p.112/114.

MARQUES, Cláudia Lima. **Comércio eletrônico e a proteção do consumidor**: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico. São Paulo: RT, 2004b, p.38.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 3ª ed. São Paulo RT, 1998, p.53-67.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. O novo regime das relações contratuais. 5ª edição, Biblioteca de Direito do Consumidor -1. São Paulo, 2006, Ed: RT. p.834-835.

MARQUES, Antônio Terêncio G. L. **A prova documental na internet**. Curitiba: Juruá, 2007. p.192-193.

MARQUES, Cláudia Lima, BENJAMIN, Antônio Herman V. MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. Arts 1º a 74 – Aspectos Materiais. São Paulo, 2003, ed: RT, p.600.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no Direito Privado**. 1ª edição, 2ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 411.

MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao Novo Código Civil** – Do Inadimplemento das Obrigações. Volume 5, tomo II. Editora Forense: Rio de Janeiro, 2003.

MARTINS, Plínio Lacerda. **Anotações ao Código de Defesa do consumidor**: conceitos e noções básicas. Ed DP&A: Rio de Janeiro, 2001. p.67.

MATTE, Maurício de Souza. **Internet** – comércio eletrônico: aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor nos contratos de e-commerce. São Paulo: LTr, 2001.p.76.

MATTOS, Analice Castor. **Aspectos Relevantes dos Contratos de Consumo Eletrônico**. Ed. Juruá: Curitiba, 2009. p.24.

MENKE, Fabiano. **Assinatura Eletrônica: Aspectos Jurídicos no Direito Brasileiro.** Revista dos Tribunais, Editora Saraiva: São Paulo, 1998.

MESSÍNEO, Francesco. **Dotem generale del contratto.** 3ª Ed. Milano: Giuffré, 1948. p.39.

MILHOMENS, Jônatas; ALVES, Magela Geraldo. **Manual do Direito do Consumidor.** Editora Forense: Rio de Janeiro, 1994. p.96

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de. Direito Civil.** Parte Geral. Vol 1. 27 Ed. Saraiva: São. Paulo, 1988. 323p.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Código de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto.** 9ª ed. – Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009.p.559-564.

NETO, Volpi A. **Comércio eletrônico: direito e segurança.** Editora Juruá: Curitiba, 2001. p.29.

NOGUEIRA, Bruno dos Santos Caruta. **Direito de arrependimento à luz do Código de Defesa do Consumidor.** Disponível em: <http://jus2.uol.com.br> - Acessado em: 23 de agosto de 2007.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor:** Saraiva: São Paulo, 2009. p..574-575.

OLIVEIRA, Elsa Dias. **A proteção do consumidor nos contratos celebrados através da Internet:** contribuição para uma análise numa perspectiva material e internacional privatista. Coimbra: Almedina, 2002. p.23.

OPPO, Giorgio. **Disumanizzazione del contratto?** Revista di Dritto Civile, ano XLIV, n. 5,p.525-533, set-out.1998.

PARENTONI, Leonardo Netto. **Locação empresarial, estabelecimento fechado e renovação compulsória.** Revista de Direito Empresarial n.º 4, jul./dez - Editora Juruá: Curitiba, 2005.

PECK, Patrícia. **Direito Digital.** Editora Saraiva: São Paulo, 2002. p.7-8.

PEIXOTO, Rodney Castro de. **O Comércio Eletrônico e os Contratos**. Editora **Forense**: Rio de Janeiro, 2001. p.10.

PEREIRA, Caio Mário Silva da. **Curso de Direito Civil**. Falta dados. p.272.

POTHIER. **Tratado das obrigações pessoais e reciprocas nos pactos, contratos, convenções &c**. Tradução portuguesa de José Homem Correa Telles. Lisboa: Imprensa Nevesiana, 1835.

REZENDE, Pedro Antônio Dourado de. **Entidades Certificadoras, Assinaturas Eletrônicas e Projetos de Lei**. Jus Navegandi. Teresina, ano 6, n. 54, fev. 2002. Disponível em: <http://www.jus.texto.asp?id=2704> – Acessado em: 12/04/1020.

RIZZATO, Luiz Antônio Nunes. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2009.

ROCHA Roberto Silva. **Natureza Jurídica dos contratos celebrados com sites de intermediação no comércio eletrônico**. RT 61/2007, p.230.

RODRIGUES Sílvio. **Direito Civil**. Volume 1, 7ªed., Editora Saraiva: São Paulo, 1977. p.104.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil**: dos contratos e das declarações unilaterais da vontade. Volume 3, 3ª Ed – Editora Saraiva: São Paulo, 2007. p.9

SAAD, Eduardo Gabriel. **Comentários ao Código de defesa do consumidor**: Lei n. 8078, de 11.9.1990. 3.ed. São Paulo: LTr, 1997. p.296.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade Civil no Código do Consumidor e a defesa do Fornecedor**. Editora Saraiva: São Paulo, 2002. p.46-47.

SANTANA, Héctor Valverde. **Dano Moral no Direito do Consumidor**. Biblioteca de Direito do Consumidor – 38 Ed: RT, São Paulo, 2009. p.93

SANTOS LEAL, Sheila do R. Cercal. **Contratos Eletrônicos** – Validade Jurídica dos Contratos via Internet. Ed. Atlas, 2007, p.186.

SANTOS, Manoel J. Pereira dos; ROSSI, Mariza Delapieve. **Aspectos legais do comércio eletrônico** – Contratos de adesão. Revista de Direito do Consumidor, v. 36. São Paulo; RT, out-dez, 2000, p.105.

SANTOS, Milton. **Da totalidade ao lugar**. Editora da Universidade de São Paulo: São Paulo, 2005. p.143.

SANTOLIM, César Viterbo Matos. **Formação e eficácia probatória dos contratos por computador**. Volume 749. São Paulo, 1998. p.60-81.

SILVA JÚNIOR, Ronaldo Lemos da; WAISBERG, Ivo. **Comércio Eletrônico**. IASP, Ed. RT, 2001, p.195-196. (Com adaptações).

SILVA, L. R.L. **Cláusulas Abusivas**: Natureza do Vício e Decretação de Ofício. Revista de Direitos do Consumidor, n.º 23/24, 1997, p.129 e 130.

STJ Resp 756.973/RS, Rel. Ministro Castro Filho, 3ª Turma, julgado em 27.3.2007.

STJ – AgRg no Resp 856.486/RS. Ministro Humberto Gomes de Barros, 3ª Turma, julgado em 25.9.2006, DJ 9.10.2006, p.305.

TAPSCOTT, Don; LOWY, Alex; TICOLL. **Plano de ação para uma economia digital**. São Paulo: Makron Books, 2000. p.339.

TJDFT – 20060110385746APC, relator Humberto Adjunto Ulhôa, 3ª Turma Cível, julgamento em 21.3.2007, DJ 19.4.2007, p.84.

TURBAN, Eiram; KING, David. **Comércio eletrônico**: estratégias e gestão. Trad. Arlete Simille Marques. Revisão técnica Belmiro João, Érico Veras Marques. São Paulo: Prentice Hall, 2004. p.35.

ULHOA, Fábio Coelho. **Curso de Direito Comercial**. Volume 1, 8ª Edição, Editora Saraiva: São Paulo, 2004. p.32.

ULHOA, Fábio Coelho. **Direitos do Consumidor no Comércio Eletrônico**. Revista do Advogado AASP. Ano XXVI n.89. dez/2006. p.1-3.

VARELA, J. M. A. **Das Obrigações em Geral**. 7ª ed., vol.I. Editora Coimbra: Almedina, 1991. p.262.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Curso de direito comercial**. Volume 1 - Editora Malheiros: São Paulo, 2004.

WALD, Arnoldo. **Um novo direito para a nova economia**: a evolução dos contratos e o Código Civil. Revista Sinete de Direito Civil e Processual Civil, n. 12, jul./ago. Porto Alegre, 2001. p.40.

ANEXOS

ANEXO I

Comércio Eletrônico PROJETO DE LEI Nº 1.589/99

Do Deputado Luciano Pizzatto e outros

Ementa: Dispõe sobre o comércio eletrônico, a validade jurídica do documento eletrônico e a assinatura digital, e dá outras providências.

TÍTULO I - DEFINIÇÕES GERAIS

Capítulo I – Do âmbito de aplicação

Art. 1º - A presente lei regula o comércio eletrônico, a validade e o valor probante dos documentos eletrônicos, bem como a assinatura digital.

Capítulo II – Dos princípios gerais

Art. 2º - A interpretação da presente lei deve considerar o contexto internacional do comércio eletrônico, o dinâmico progresso dos instrumentos tecnológicos, e a boa-fé das relações comerciais.

Parágrafo único - As questões relativas a matérias regidas pela presente lei, e que não estejam nela expressamente previstas, serão dirimidas de conformidade com os princípios gerais que dela decorrem.

TÍTULO II - COMÉRCIO ELETRÔNICO

Capítulo I – Da desnecessidade de autorização prévia

Art. 3º - O simples fato de ser realizada por meio eletrônico não sujeitará a oferta de bens, serviços e informações a qualquer tipo de autorização prévia.

Capítulo II – Das informações prévias

Art. 4º - A oferta de contratação eletrônica deve conter claras e inequívocas informações sobre:

- a) nome do ofertante, e o número de sua inscrição no cadastro geral do Ministério da Fazenda, e ainda, em se tratando de serviço sujeito a regime de profissão regulamentada, o número de inscrição no órgão fiscalizador ou regulamentador;
- b) endereço físico do estabelecimento;
- c) identificação e endereço físico do armazenador;
- d) meio pelo qual é possível contatar o ofertante, inclusive correio eletrônico;
- e) o arquivamento do contrato eletrônico, pelo ofertante;
- f) instruções para arquivamento do contrato eletrônico, pelo aceitante, bem como para sua recuperação, em caso de necessidade; e
- g) os sistemas de segurança empregados na operação.

Capítulo III – Das informações privadas do destinatário

Art. 5º - O ofertante somente poderá solicitar do destinatário informações de caráter privado necessárias à efetivação do negócio oferecido, devendo mantê-las em sigilo, salvo se prévia e expressamente autorizado a divulgá-las ou cedê-las pelo respectivo titular.

§ 1º - A autorização de que trata o caput deste artigo constará em destaque, não podendo estar vinculada à aceitação do negócio.

§ 2º - Responde por perdas e danos o ofertante que solicitar, divulgar ou ceder informações em violação ao disposto neste artigo.

Capítulo IV – Da contratação eletrônica

Art. 6º - A oferta pública de bens, serviços ou informações à distância deve ser realizada em ambiente seguro, devidamente certificado.

Art. 7º - Os sistemas eletrônicos do ofertante deverão transmitir uma resposta eletrônica automática, transcrevendo a mensagem transmitida anteriormente pelo destinatário, e confirmando seu recebimento.

Art. 8º - O envio de oferta por mensagem eletrônica, sem prévio consentimento dos destinatários, deverá permitir a estes identificá-la como tal, sem que seja necessário tomarem conhecimento de seu conteúdo.

Capítulo V – Dos intermediários

Art. 9º - O intermediário que forneça serviços de conexão ou de transmissão de informações, ao ofertante ou ao adquirente, não será responsável pelo conteúdo das informações transmitidas.

Art. 10 - O intermediário que forneça ao ofertante serviços de armazenamento de arquivos e de sistemas necessários para operacionalizar a oferta eletrônica de bens, serviços ou informações, não será responsável pelo seu conteúdo, salvo, em ação regressiva do ofertante, se:

a) deixou de atualizar, ou os seus sistemas automatizados deixaram de atualizar, as informações objeto da oferta, tendo o ofertante tomado as medidas adequadas para efetivar as atualizações, conforme instruções do próprio armazenador; ou

b) deixou de arquivar as informações, ou, tendo-as arquivado, foram elas destruídas ou modificadas, tendo o ofertante tomado as medidas adequadas para seu arquivamento, segundo parâmetros estabelecidos pelo armazenador.

Art. 11 - O intermediário, transmissor ou armazenador, não será obrigado a vigiar ou fiscalizar o conteúdo das informações transmitidas ou armazenadas.

Parágrafo único – Responde civilmente por perdas e danos, e penalmente, por co-autoria do delito praticado, o armazenador de informações que, tendo conhecimento inequívoco de que a oferta de bens, serviços ou informações constitui crime ou contravenção penal, deixar de promover sua imediata suspensão, ou interrupção de acesso por destinatários, competindo-lhe notificar, eletronicamente ou não, o ofertante, da medida adotada.

Art. 12 - O intermediário deverá guardar sigilo sobre as informações transmitidas, bem como sobre as armazenadas, que não se destinem ao conhecimento público.

Parágrafo único - Somente mediante ordem judicial poderá o intermediário dar acesso às informações acima referidas, sendo que as mesmas deverão ser mantidas, pelo respectivo juízo, em segredo de justiça.

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

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

§ 1º - Os adquirentes de bens, de serviços e informações mediante contrato eletrônico poderão se utilizar da mesma via de comunicação adotada na contratação, para efetivar notificações e intimações extra-judiciais, 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.

TÍTULO III - DOCUMENTOS ELETRÔNICOS

Capítulo I - Da eficácia jurídica dos documentos eletrônicos

Art. 14 - Considera-se original o documento eletrônico assinado pelo seu autor mediante sistema criptográfico de chave pública.

§ 1º - Considera-se cópia o documento eletrônico resultante da digitalização de documento físico, bem como a materialização física de documento eletrônico original.

§ 2º - Presumem-se conformes ao original, as cópias mencionadas no parágrafo anterior, quando autenticadas pelo escrivão na forma dos arts. 33 e 34 desta lei.

§ 3º - A cópia não autenticada terá o mesmo valor probante do original, se a parte contra quem foi produzida não negar sua conformidade.

Art. 15 - As declarações constantes do documento eletrônico, digitalmente assinado, presumem-se verdadeiras em relação ao signatário, desde que a assinatura digital:

- a) seja única e exclusiva para o documento assinado;
- b) seja passível de verificação;
- c) seja gerada sob o exclusivo controle do signatário;
- d) esteja de tal modo ligada ao documento eletrônico que, em caso de posterior alteração deste, a assinatura seja invalidada; e
- e) não tenha sido gerada posteriormente à expiração, revogação ou suspensão das chaves.

Art. 16 - A certificação da chave pública, feita pelo tabelião na forma do Capítulo II do Título IV desta lei, faz presumir sua autenticidade.

Art.17 - A certificação de chave pública, feita por particular, prevista no Capítulo I do Título IV desta lei, é considerada uma declaração deste de que a chave pública certificada pertence ao titular indicado e não gera presunção de autenticidade perante terceiros.

Parágrafo único - Caso a chave pública certificada não seja autêntica, o particular, que não exerça a função de certificação de chaves como atividade econômica principal, ou de modo relacionado à sua atividade principal, somente responderá perante terceiros pelos danos causados quando agir com dolo ou fraude.

Art. 18 - A autenticidade da chave pública poderá ser provada por todos os meios de direito, vedada a prova exclusivamente testemunhal.

Art. 19 - Presume-se verdadeira, entre os signatários, a data do documento eletrônico, sendo lícito, porém, a qualquer deles, provar o contrário por todos os meios de direito.

§ 1º - Após expirada ou revogada a chave de algum dos signatários, compete à parte a quem o documento beneficiar a prova de que a assinatura foi gerada anteriormente à expiração ou revogação.

§ 2º - Entre os signatários, para os fins do parágrafo anterior, ou em relação a terceiros, considerar-se-á datado o documento particular na data:

- I - em que foi registrado;
- II - da sua apresentação em repartição pública ou em juízo;
- III - do ato ou fato que estabeleça, de modo certo, a anterioridade da formação do documento e respectivas assinaturas.

Art. 20 - Aplicam-se ao documento eletrônico as demais disposições legais relativas à prova documental, que não colidam com as normas deste Título.

Capítulo II - Da falsidade dos documentos eletrônicos

Art. 21 - Considera-se falso o documento eletrônico quando assinado com chaves fraudulentamente geradas em nome de outrem.

Art. 22 - O juiz apreciará livremente a fé que deva merecer o documento eletrônico, quando demonstrado ser possível alterá-lo sem invalidar a assinatura, gerar uma assinatura eletrônica idêntica à do titular da chave privada, derivar a chave privada a partir da chave pública, ou pairar razoável dúvida sobre a segurança do sistema criptográfico utilizado para gerar a assinatura.

Art. 23 - Havendo impugnação do documento eletrônico, incumbe o ônus da prova:

I - à parte que produziu o documento, quanto à autenticidade da chave pública e quanto à segurança do sistema criptográfico utilizado;

II - à parte contrária à que produziu o documento, quando alegar apropriação e uso da chave privada por terceiro, ou revogação ou suspensão das chaves.

Parágrafo único - Não sendo alegada questão técnica relevante, a ser dirimida por meio de perícia, poderá o juiz, ao apreciar a segurança do sistema criptográfico utilizado, valer-se de conhecimentos próprios, da experiência comum, ou de fatos notórios.

TÍTULO IV – CERTIFICADOS ELETRÔNICOS

Capítulo I – Dos certificados eletrônicos privados

Art. 24 - Os serviços prestados por entidades certificadoras privadas são de caráter comercial, essencialmente privados e não se confundem em seus efeitos com a atividade de certificação eletrônica por tabelião, prevista no Capítulo II deste Título.

Capítulo II – Dos certificados eletrônicos públicos

Seção I - Das certificações eletrônicas pelo tabelião

Art. 25 - O tabelião certificará a autenticidade de chaves públicas entregues pessoalmente pelo seu titular, devidamente identificado; o pedido de certificação será efetuado pelo requerente em ficha própria, em papel, por ele subscrita, onde constarão dados suficientes para identificação da chave pública, a ser arquivada em cartório.

§ 1º - O tabelião deverá entregar ao solicitante informações adequadas sobre o funcionamento das chaves pública e privada, sua validade e limitações, bem como sobre os procedimentos adequados para preservar a segurança das mesmas.

§ 2º - É defeso ao tabelião receber em depósito a chave privada, bem como solicitar informações pessoais do requerente, além das necessárias para desempenho de suas funções, devendo utilizá-las apenas para os propósitos da certificação.

Art. 26 – O certificado de autenticidade das chaves públicas deverá conter, no mínimo, as seguintes informações:

- I – identificação e assinatura digital do tabelião;
- II – data de emissão do certificado;
- III – identificação da chave pública e do seu titular, caso o certificado não seja diretamente apensado àquela;
- IV – elementos que permitam identificar o sistema criptografado utilizado;
- V – nome do titular e poder de representação de quem solicitou a certificação, no caso do titular ser pessoa jurídica.

Parágrafo único – Na falta de informação sobre o prazo de validade do certificado, este será de 2 (dois) anos, contados da data de emissão.

Seção II – Da revogação de certificados eletrônicos

Art. 27 – O tabelião deverá revogar um certificado eletrônico:

- a) a pedido do titular da chave de assinatura ou de seu representante;
- b) de ofício ou por determinação do Poder Judiciário, caso se verifique que o certificado foi expedido baseado em informações falsas; e

c) se tiver encerrado suas atividades, sem que tenha sido sucedido por outro tabelião.

§ 1º - A revogação deve indicar a data a partir da qual será aplicada.

§ 2º - Não se admite revogação retroativa, salvo nas hipóteses dos parágrafos 3º e 4º do art. 28.

Art. 28 – O titular das chaves é obrigado a adotar as medidas necessárias para manter a confidencialidade da chave privada, devendo revoga-la de pronto, em caso de comprometimento de sua segurança.

§ 1º - A revogação da chave pública certificada deverá ser feita perante o tabelião que emitiu o certificado; se a chave revogada contiver certificados de autenticidade de vários oficiais, a revogação poderá ser feita perante qualquer deles, ao qual competirá informar os demais, de imediato.

§ 2º - A revogação da chave pública somente poderá ser solicitada pelo seu titular ou por procurador expressamente autorizado.

§ 3º - Pairando dúvida sobre a legitimidade do requerente, ou não havendo meios de demonstrá-la em tempo hábil, o tabelião suspenderá provisoriamente, por até trinta dias, a eficácia da chave pública, notificando imediatamente o seu titular, podendo, para tanto, utilizar-se de mensagem eletrônica; revogada a chave dentro deste prazo, os efeitos da revogação retroagirão à data da suspensão.

§ 4º - Havendo mera dúvida quanto à segurança da chave privada, é lícito ao titular pedir a suspensão dos certificados por até trinta dias, aplicando-se o disposto na parte final do parágrafo anterior.

Art. 29 - O tabelião deverá manter serviço de informação, em tempo real e mediante acesso eletrônico remoto, sobre as chaves por ele certificadas, tornando-as acessíveis ao público, fazendo-se menção às que tenham sido revogadas.

Art. 30 – O tabelião somente poderá certificar chaves geradas por sistema ou programa de computador que tenha recebido parecer técnico favorável a respeito de sua segurança e confiabilidade, emitido pelo Ministério da Ciência e Tecnologia.

Seção III - Do encerramento das atividades de certificação

Art. 31 - Caso encerre as atividades de certificação eletrônica, o tabelião deverá assegurar que os certificados emitidos sejam transferidos para outro tabelião, ou sejam bloqueados.

Art. 32 – O tabelião deverá transferir as documentações referidas nos arts. 25 e 40 desta lei, ao tabelião que lhe suceder, ou, caso não haja sucessão, ao Poder Judiciário.

Seção IV – Da autenticação eletrônica

Art. 33 – A assinatura digital do tabelião, lançada em cópia eletrônica de documento físico original, tem o valor de autenticação.

Art. 34 – A autenticação de cópia física de documento eletrônico original conterá:

- a) o nome dos que nele apuseram assinatura digital;
- b) os identificadores das chaves públicas utilizadas para conferência das assinaturas e respectivas certificações que contiverem;
- c) a data das assinaturas;
- d) a declaração de que a cópia impressa confere com o original eletrônico e de que as assinaturas digitais foram conferidas pelo escrivão com o uso das chaves públicas acima indicadas;
- e) data e assinatura do escrivão.

Seção V – Da responsabilidade dos tabeliães

Art. 35 - O tabelião é responsável civilmente pelos danos diretos e indiretos sofridos pelos titulares dos certificados e quaisquer terceiros, em consequência do descumprimento, por si próprios, seus prepostos ou substitutos que indicarem, das obrigações decorrentes do presente diploma e sua regulamentação.

Seção VI – Dos Registros Eletrônicos

Art. 36 – O Registro de Título e Documentos fica autorizado a proceder à transcrição e ao registro de documentos eletrônicos particulares, para os fins previstos na Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973.

Parágrafo único – Poderá o Poder Judiciário autorizar o uso de documentos eletrônicos em atividades notariais e de registro não previstas expressamente na

presente lei, adotando a regulamentação adequada, considerando inclusive as questões de segurança envolvidas.

Título V - AUTORIDADES COMPETENTES

Capítulo I – Do Poder Judiciário

Art. 37 - Compete ao Poder Judiciário:

- a) autorizar os tabeliães a exercerem atividade de certificação eletrônica;
- b) regulamentar o exercício das atividades de certificação, obedecidas as disposições desta lei;
- c) fiscalizar o cumprimento, pelos tabeliães, do disposto nesta lei e nas normas por ele adotadas, quanto ao exercício de suas funções; e
- d) impor as penalidades administrativas cabíveis, obedecido o processo legal, e independente das responsabilidades civis e penais dos tabeliães e seus oficiais.

Parágrafo único: Não será deferida autorização ao exercício da atividade de certificação eletrônica a tabelião que não apresentar parecer técnico favorável emitido pelo Ministério da Ciência e Tecnologia.

Capítulo II – Do Ministério da Ciência e Tecnologia

Art. 38 – Compete ao Ministério de Ciência e Tecnologia:

- a) regulamentar os aspectos técnicos do exercício de atividade de certificação eletrônica pelos tabeliães, dispondo inclusive sobre os elementos que devam ser observados em seus planos de segurança;
- b) emitir parecer técnico sobre solicitação de tabelião para o exercício de atividade de certificação eletrônico; e
- c) emitir os certificados para chaves de assinatura que a serem utilizadas pelos tabeliães para firmarem certificados, devendo manter constantemente acessíveis ao público os certificados que tenha emitido, através de conexão por instrumentos de telecomunicações.

Parágrafo primeiro – O Ministério da Ciência e Tecnologia revisará a cada 2 (dois) anos o regulamento técnico da certificação eletrônica, previsto na alínea a

deste artigo, de forma a mantê-lo atualizado de acordo com os avanços da tecnologia.

Parágrafo segundo - Não será emitido parecer técnico favorável ao solicitante que:

a) não apresentar conhecimento ou as condições técnicas necessárias para o exercício de suas atividades;

b) não apresentar plano de segurança, ou, apresentando-o, for ele indeferido, ou ainda, caso seja constatado que o plano por ele proposto não está adequadamente implantado em suas dependências e sistemas.

Art. 39 - Deverá o Ministério da Ciência e Tecnologia promover fiscalização em periodicidade adequada, quanto ao cumprimento, pelos tabeliões, das normas técnicas por ele adotadas.

Parágrafo único - Apurando a fiscalização de que trata este artigo qualquer irregularidade no cumprimento das normas técnicas, deverá notificar o tabelião para apresentar defesa no prazo máximo de 5 (cinco) dias, bem como emitir, a propósito da defesa apresentada, manifestação fundamentada, em igual prazo, encaminhando os autos para o Poder Judiciário decidir.

Art. 40 – O tabelião deverá:

a) documentar os sistemas que emprega na certificação, e as medidas constantes de seu plano de segurança, permitindo acesso a essa documentação pela fiscalização do Ministério de Ciência e Tecnologia; e

b) documentar os certificados expedidos, vigentes, esgotados e revogados, permitindo acesso a essa documentação pela fiscalização do Poder Judiciário.

TÍTULO VI – SANÇÕES ADMINISTRATIVAS

Art. 41 - As infrações às normas estabelecidas nos Títulos IV e V desta lei, independente das sanções de natureza penal, e reparação de danos que causarem, sujeitam os tabeliões às seguintes penalidades:

I - multa, de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) a R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais);

II - suspensão de certificado;

III - cancelamento de certificado;

IV - suspensão da autorização para exercício de atividade de certificação eletrônica;

V - cassação da autorização para exercício de atividade de certificação eletrônica;

V - cassação de licença de funcionamento.

Art. 42 - As sanções estabelecidas no artigo anterior serão aplicadas pelo Poder Judiciário, considerando-se a gravidade da infração, vantagem auferida, capacidade econômica, e eventual reincidência.

Parágrafo único - As penas previstas nos incisos II e IV poderão ser impostas por medida cautelar antecedente ou incidente de procedimento administrativo.

TÍTULO VII - SANÇÕES PENAIS

Art. 43 – Equipara-se ao crime de falsificação de papéis públicos, sujeitando-se às penas do art. 293 do Código Penal, a falsificação, com fabricação ou alteração, de certificado eletrônico público.

Parágrafo primeiro - Incorre na mesma pena de crime de falsificação de papéis públicos quem utilizar certificado eletrônico público falsificado.

Art. 44 – Equipara-se ao crime de falsificação de documento público, sujeitando-se às penas previstas no art. 297 do Código Penal, a falsificação, no todo ou em parte, de documento eletrônico público, ou alteração de documento eletrônico público verdadeiro.

Parágrafo único – Se o agente é funcionário público, e comete o crime prevalecendo-se do cargo, aplica-se o disposto no § 1º do art. 297 do Código Penal.

Art. 45 – Equipara-se ao crime de falsidade de documento particular, sujeitando-se às penas do art. 298 do Código Penal, a falsificação, no todo ou em parte, de documento eletrônico particular, ou alteração de documento eletrônico particular verdadeiro.

Art. 46 – Equipara-se ao crime de falsidade ideológica, sujeitando-se às penas do art. 299 do Código Penal, a omissão, em documento eletrônico público ou particular, de declaração que dele devia constar, ou a inserção ou fazer com que se efetue inserção, de declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante.

Parágrafo único – Se o agente é funcionário público, e comete o crime prevalecendo-se do cargo, aplica-se o disposto no parágrafo único do art. 299 do Código Penal.

Art. 47 – Equipara-se ao crime de falso reconhecimento de firma, sujeitando-se às penas do art. 300 do Código Penal, o reconhecimento, como verdadeira, no exercício de função pública, de assinatura eletrônica, que não o seja.

Art. 48 – Equipara-se ao crime de supressão de documento, sujeitando-se às penas do art. 305 do Código Penal, a destruição, supressão ou ocultação, em benefício próprio ou de outrem, de documento eletrônico público ou particular verdadeiro, de que não se poderia dispor.

Art. 49 – Equipara-se ao crime de extravio, sonegação ou inutilização de documento, sujeitando-se às penas previstas no art. 314 do Código Penal, o extravio de qualquer documento eletrônico, de que se tem a guarda em razão do cargo; ou sua sonegação ou inutilização, total ou parcial.

TÍTULO VIII - DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 50 - As certificações estrangeiras de assinaturas digitais terão o mesmo valor jurídico das expedidas no país, desde que entidade certificadora esteja sediada e seja devidamente reconhecida, em país signatário de acordos internacionais dos quais seja parte o Brasil, relativos ao reconhecimento jurídico daqueles certificados.

Parágrafo único - O Ministério da Ciência e Tecnologia fará publicar nos nomes das entidades certificadoras estrangeiras que atendam aos requisitos determinados neste artigo.

Art. 51 - Para a solução de litígios de matérias objeto desta lei poderá ser empregado sistema de arbitragem, obedecidos os parâmetros da Lei nº 9.037, de 23 de setembro de 1996, dispensada a obrigação decretada no § 2º de seu art. 4º, devendo, entretanto, efetivar-se destacadamente a contratação eletrônica da cláusula compromissória.

TÍTULO IX - DISPOSIÇÕES FINAIS

Art. 52 - O Poder Executivo regulamentará a presente lei no prazo de 30 dias, após o qual deverão o Ministério da Ciência e Tecnologia e o Poder Judiciário, no

prazo de 60 dias, baixar as normas necessárias para o exercício das atribuições conferidas pela presente lei.

Art. 53 - A presente lei entrará em vigor no prazo de 180 dias da data de sua publicação.

JUSTIFICAÇÃO

1. Os avanços tecnológicos têm causado forte impacto sobre as mais diversas áreas do conhecimento e das relações humanas.

O comércio eletrônico representa um dos exemplos mais significativos dessa verdadeira revolução social.

2. O direito, por sua vez, tem por uma de suas principais características o hiato temporal existente entre o conhecimento das mudanças sociais, sua compreensão, as tentativas iniciais de tratá-las à luz de conceitos tradicionais e, finalmente, a adoção de princípios próprios para regular as relações que delas resultam.

Essa característica, que tem o grande mérito de assegurar a segurança jurídica mesmo nas grandes revoluções sociais, encontra, porém, na velocidade com que a tecnologia as têm causado, também seu impacto, requerendo seja menor o tempo necessário para adoção de disciplina para as novas relações sociais.

3. Diversos países já adotaram leis especiais tratando das transações eletrônicas, especialmente no que se refere à questão do documento eletrônico e da assinatura digital.

4. A primeira lei dispendo sobre essas questões foi promulgada pelo Estado de Utah, denominada Digital Signature Act, ou Lei da Assinatura Digital. Hoje, a maioria dos Estados norte-americanos já dispõe de leis tratando, com maior ou menor abrangência, dessa matéria, sendo hoje a grande preocupação harmonizar em nível federal essas legislações.

5. Na Europa, também, diversos países já adotaram leis específicas dispendo sobre essas questões: Itália, Alemanha, e mais recentemente Portugal, já promulgaram leis próprios. E já há, também, no âmbito da Comunidade Européia, a preocupação de definir parâmetros a serem adotados por todos os países que a compõe, de forma a permitir harmonização entre essas diferentes leis nacionais.

6. Na América Latina já existem igualmente leis dispendo sobre documentos eletrônicos e assinatura digital.

A Argentina, por exemplo, teve no Decreto nº 427, de 16 de abril de 1998, o marco inicial na regulamentação da assinatura digital, embora restrita ao âmbito da administração pública. Tem a Argentina, atualmente, anteprojeto de lei apresentado pela Comissão Redatora nomeada pelo Ministério da Justiça.

O Uruguai, o marco para validade do documento eletrônico foi a promulgação da Lei nº 16.002, de 25 de novembro de 1988, posteriormente alterada pela Lei nº 16.736, de 5 de janeiro de 1996, universalizando a origem e o destino do documento eletrônico, para fins de reconhecimento legal, que antes tinha seu reconhecimento limitado às correspondências entre órgãos governamentais.

7. Ao lado da preocupação em assegurar validade jurídica ao documento eletrônico e à assinatura digital, surgiu, em meados desta década, outra preocupação: a de disciplinar o próprio comércio eletrônico.

8. Em 1996, a UNCITRAL adotou Lei Modelo sobre Comércio Eletrônico, propondo as principais normas a serem adotadas nas legislações nacionais, visando a criar ambiente internacional para o desenvolvimento dessa nova modalidade de negócios.

Em 01 julho de 1997, o Presidente dos Estados Unidos, Bill Clinton, propôs uma série de linhas mestras a serem adotadas pelos países, quer no âmbito de suas legislações, quer no que tange aos procedimentos dos governos e das empresas, de forma a permitir o progresso global do comércio.

No mesmo período ocorreu a “Global Information Networks: Realizing the Potencial”, em Bona, que resultou em recomendações sobre o comércio eletrônico no âmbito da Comunidade Européia e da cooperação internacional.

Desses movimentos nasceu, no final daquele ano, a declaração conjunta sobre comércio eletrônico, firmada pelos presidentes dos Estados Unidos e da Comunidade Européia.

9. Ainda no âmbito da Comunidade Européia, encontra-se em final de tramitação proposta de diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho, visando a definir um quadro de assinaturas eletrônicas.

10. Não há, no Brasil, lei tratando do documento eletrônico ou da assinatura digital. Nem há projetos dispendo sobre essas matérias

As normas tradicionais sobre documentos restringem-se hoje àqueles apostos em suportes físicos – em geral, papel -, e poderiam sofrer debate intenso até que se estabelecesse servirem ou não ao documento eletrônico.

Mais grave ainda é a situação da assinatura digital, já que, neste caso, a falta de regulamentação própria que considerasse inclusive os aspectos de segurança poderia levar a graves distorções em seu emprego.

11. Por outro lado, também não temos leis dispendo sobre o comércio eletrônico, o que parece fundamental, para criar a segurança jurídica imprescindível aos empresários e aos consumidores, para seu melhor desenvolvimento.

12. Diante disso, e considerando que o hiato temporal do direito, inicialmente referido, poderia representar embaraço ao rápido desenvolvimento do comércio eletrônico, bem como para evitar distorções no uso desse importante instrumento, é que a Ordem dos Advogados do Brasil – Secção São Paulo, por sua Comissão Especial de Informática Jurídica, desenvolveu o presente anteprojeto de lei, dispendo não apenas sobre o comércio eletrônico, mas também sobre seus principais instrumentos – o documento eletrônico e a assinatura digital.

13. Quanto ao comércio eletrônico, serviram de inspiração duas das principais normas internacionais: a Lei Modelo da Uncitral e a proposta de diretiva européia.

14. Com esses modelos, supera-se uma das maiores dificuldades encontradas ao tratar da questão: a transnacionalidade dos negócios eletrônicos, já que se tomou por paralelo propostas que visam exatamente à uniformização das legislações nacionais.

15. Quanto ao documento eletrônico e à assinatura digital, foram analisadas as principais leis hoje existentes.

16. Os principais problemas que se apresentam em relação àqueles institutos são o da segurança da titularidade da assinatura e da integridade das informações lançadas no documento eletrônico.

Verificou-se que as legislações nacionais, e mesmo as estaduais, no caso dos Estados Unidos, contemplam solução única para ambos os problemas: a adoção da criptografia assimétrica que, significando enorme avanço em relação à criptografia tradicional, simétrica, é composta por duas chaves, uma privada, de conhecimento exclusivo de seu titular, e uma pública, de conhecimento público.

17. O emprego dessa técnica deve considerar a existência de uma terceira parte: a autoridade certificadora, ou entidade certificante, a quem compete certificar

a titularidade da chave pública, dando credibilidade à assinatura e ao documento eletrônicos.

18. Na disciplina dessas entidades, foi necessário considerar o disposto no art. 236 da Constituição do Brasil, que dispõe sobre os serviços notariais e de registro, exercidos em caráter privado mas por delegação do Poder Público, e definidos, pelo art. 1º da Lei nº 8.935, de 18 de novembro de 1994, que regulamentou referido dispositivo constitucional, como aqueles destinados a garantir a publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos – exatamente o que a certificação visa em relação à assinatura e ao documento eletrônicos.

19. Dividiu-se, assim, a atividade de certificação, em dois grupos distintos, com eficácias diferentes: as certidões eletrônicas por entidades privadas, de caráter comercial, essencialmente privado; e as certidões eletrônicas por tabeliães, de caráter público, e que geram presunção de autenticidade do documento ou da assinatura eletrônica.

20. Com essa disciplina distinta, se legitima a atuação das entidades privadas de certificação, importantes, mas que não têm fé pública, restringida esta aos tabeliães.

21. Dessa regra decorrerá toda a disciplina proposta no anteprojeto, em relação à validade jurídica do documento digital.

22. Destaque-se também que, em relação à atividade pública de certificação, realizada pelos tabeliães, decidiu-se propor no ante-projeto duas autoridades distintas, no controle daquela atividade:

a) o Poder Judiciário, a quem, nos termos do art. 236 da Constituição do Brasil, compete sua fiscalização, e

b) o Ministério da Ciência e Tecnologia, que cumprirá papel das definições técnicas, inclusive quanto à segurança adequada para o uso da tecnologia de certificações.

23. É também importante destacar que o anteprojeto partiu do princípio de que os conceitos tradicionais não devem ser pura e simplesmente afastados, mas sim ajustados à realidade do comércio eletrônico, dando segurança maior às partes, inclusive no que diz respeito aos futuros pronunciamentos do próprio Poder Judiciário.

Assim, o projeto adotou a técnica de não pretender conceituar os novos institutos, nem criar novos tipos jurídicos, preferindo inclusive manter o estilo de

redação dos dispositivos que já dispõem sobre aspectos jurídicos do documento eletrônico, seja no âmbito civil, seja na tipificação penal, de forma a permitir melhor compreensão por parte dos operadores do direito.

24. Finalmente, destaque-se também que o anteprojeto, levando ainda em consideração que o comércio eletrônico tem, como das principais características, a transnacionalidade, propõe tenham as certificações estrangeiras a mesma eficácia das certificações nacionais, desde que a entidade certificadora tenha sede em país signatário de acordos internacionais dos quais seja parte o Brasil, relativos ao reconhecimento jurídico dos certificados eletrônicos.

ANEXO II

COMÉRCIO ELETRÔNICO E A CERTIFICAÇÃO DIGITAL - SEGURANÇA POSSÍVEL

A Internet tornou-se uma formidável ferramenta para a realização do comércio, sobretudo porque traz a vitrine dos objetos de consumo para dentro de nossas casas. Produtos e serviços podem ser adquiridos ou contratados rapidamente, de maneira simplificada, sem que o consumidor tenha que se locomover ou sequer ter contato pessoal com alguém.

No entanto, o comércio eletrônico traz inúmeras conseqüências e a principal preocupação é com a segurança dos negócios. São intensos os debates sobre a validade dos documentos digitais e os riscos da sua manipulação, o que torna a implementação de tecnologias de segurança o grande desafio na busca da confiabilidade.

O advogado Regis Magalhães de Queiróz, especialista em contratos eletrônicos, explica que "o tratamento digital da informação (necessário para a transmissão de dados por computador), traz como conseqüência a desmaterialização do documento, que deixa de ser representado no suporte clássico de papel, passando a ser registrado em suporte magnético. O fato de os documentos serem representados por um meio completamente diferente, libertando-se do formato que tiveram durante séculos de desenvolvimento, tem imensa implicação no relacionamento comercial, pois nossa tradição negocial está alicerçada no uso do papel como suporte material das declarações de vontade". Entretanto, Regis Magalhães, salienta que "atualmente já existem técnicas capazes de conferir segurança e integridade, além de atestar a autenticidade dos documentos produzidos e armazenados em meio digital. Isto é possível graças ao desenvolvimento da criptografia, que funciona pela aplicação de um padrão secreto de substituição dos caracteres, de maneira que a mensagem se torne ininteligível para quem não conheça o padrão criptográfico utilizado".

A criptografia moderna utiliza conceitos matemáticos avançados e abstratos, que servem como padrão para cifrar ou decifrar mensagens. Este padrão criptográfico é também denominado chave. A utilização da criptografia simétrica, também conhecida como "de chave privada", por exemplo, exige que o destinatário

da mensagem conheça o algoritmo utilizado para criptografar a mensagem (deve possuir a chave utilizada pelo remetente), caso contrário, não poderá decifrar o conteúdo.

Já a criptografia assimétrica ou "de chave pública", funciona a partir de complexos métodos matemáticos, onde são gerados dois códigos, duas chaves diferentes. Uma delas fica em poder do proprietário do sistema, que terá exclusividade no seu uso. A outra poderá ser distribuída a todos aqueles com quem o proprietário precisa manter uma comunicação segura ou identificada. Qualquer uma delas pode ser utilizada para cifrar uma mensagem, que somente a outra chave será capaz de decifrar e vice-versa. Portanto, a chave usada para cifrar a mensagem não consegue decifrá-la, o que só pode ser realizado pela outra chave.

A partir da tecnologia da criptografia assimétrica foi desenvolvido o mecanismo da assinatura digital, que tem a função de identificar o autor do documento e garantir a sua autenticidade. Esta assinatura é gerada pelos bits contidos no próprio documento assinado, tendo validade apenas para este, assim, qualquer modificação feita nestes bits originários, mesmo que seja a simples inclusão de uma vírgula, invalidará automaticamente a assinatura.

Quando a distribuição da chave pública é feita em larga escala, como ocorre com o comércio eletrônico, para se evitar fraudes instituiu-se a autenticação digital, que significa que a identificação do proprietário das chaves foi verificada previamente por uma entidade certificadora oficial, que credita a validade da mesma. A autenticação é provada por um certificado, formado por um conjunto de dados que vinculam a assinatura e a sua respectiva chave pública a uma determinada pessoa, identificada como proprietária das chaves, com base em registros que devem ser mantidos pela autoridade certificadora em local seguro e a salvo de adulteração.

De acordo com o Projeto de Lei nº 1.589/99, em tramitação no congresso nacional, a autoridade certificadora será exercida pelos tabeliães. Este é o mais completo dos projetos em estudo, pois regula o comércio eletrônico, a validade jurídica do documento eletrônico, a assinatura digital e outras providências e foi elaborado pela comissão de informática da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) e encampado por todos os partidos políticos.

No Congresso Nacional existem mais de 40 projetos em tramitação que objetivam estabelecer novos tipos de normas para o comércio eletrônico, como a tipificação de crimes virtuais (veja reportagem sobre [Hackers](#) nesta edição) e a criação de novos tipos de documentos e identificadores. Há, por exemplo, o Projeto de Lei do Senado de nº 672/99, que dispõe sobre o comércio eletrônico inspirado na Lei Modelo da UNCITRAL (Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional que, ao contrário do projeto da OAB, não trata da certificação digital, assim como vários outros que se mantiveram neutros em relação a essa tecnologia da assinatura digital.

Regis Magalhães critica que "não obstante essa louvável preocupação de controlar a idoneidade das empresas certificadoras, nenhum sistema legal adotou a reserva de mercado de certificação em benefício de um determinado setor econômico. O Projeto 1.589, coloca o Brasil na contramão da tendência mundial de deixar à iniciativa privada a condução do comércio eletrônico em geral, e da atividade de certificação em especial, como instrumento de formação de um mercado aberto e competitivo, criando um sistema caracterizado pelo favorecimento de uns poucos (tabeliães) e insistindo em manter viva essa tradição cartorial, que está mais interessada na manutenção de certos privilégios do que na eficiência dos sistemas públicos de informação".

Ele esclarece que não defende que os tabeliães devam ser excluídos do sistema de certificação, mas sim que essa atividade não deve ficar, a priori, restrita a nenhuma classe profissional específica, sejam tabeliães, empresas de informática ou qualquer outra, sob pena de se obstar as possibilidades concorrenciais nesse setor.

A Medida Provisória nº 2.200, de 28/06/2001, instituiu a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileiras (ICP-Brasil), e dá outras providências como a garantia da comunicação com os órgãos públicos por meios eletrônicos e disciplina a questão da integridade, autenticidade e validade dos documentos eletrônicos. Dentre as principais disposições está a figura da Autoridade Certificadora Raiz das Autoridades de Registro e Certificação da cadeia, representada pelo Instituto Nacional de Tecnologia da Informação (órgão do Ministério da Ciência e Tecnologia), bem como o gerenciamento do sistema pelo Comitê Gestor da Internet no Brasil.

Segundo o entendimento de juristas e estudiosos, a legislação brasileira pode e vem sendo aplicada nos problemas relacionados com a rede, uma vez que as relações virtuais e seus efeitos são realidade. Quando é possível, ocorre uma adequação e adaptação das normas jurídicas a esse novo ambiente. No entanto, o avanço das tecnologias de informação está provocando um grande absolutismo em muitos institutos jurídicos. Por isso há uma premente necessidade de reformulação do sistema jurídico, onde as questões específicas e controvertidas sejam regulamentadas. O que se condena é a lentidão do andamento desse processo.

Ângela Bittencourt Brasil, membro do Ministério Público especializada em direito de informática, opina que "enquanto o primeiro mundo caminha na direção do desenvolvimento da nova economia, estamos aqui no Brasil assistindo os projetos específicos da área encaminhados ao Congresso Nacional, engavetados ou andando a passos de tartaruga, impedindo que os negócios na rede sejam devidamente protegidos, como exige a segurança dos negócios on line. Enquanto o Brasil não legisla para a nova realidade que é a comunicação eletrônica, as autoridades administrativas começam a implantar delegacias especializadas em crimes de informática, tal qual David contra Goliath. De nada adianta delegacias especializadas e um Ministério Público disposto a combater os crimes eletrônicos, se não temos ferramentas legais e técnicas capazes de combater efetivamente o crime na Internet. O atraso tecnológico no emprego das ferramentas pelo poder público para combater o ciber crime é uma questão de vontade política, vontade esta que se estende à promulgação das novas leis que darão combate efetivo ao crime exclusivo eletrônico. Enquanto o Brasil espera, o crime na rede não para e já existe uma distância abissal entre o nosso ordenamento e a rapidez dos ciber criminosos."

ANEXO III

DIRETIVA

(Actos cuja publicação é uma condição da sua aplicabilidade)

DIRETIVA 2000/31/CE DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO de 8 de Junho de 2000 relativa a certos aspectos legais dos serviços da sociedade de informação, em especial do comércio eletrónico, no mercado interno ("Diretiva sobre comércio eletrónico")

O PARLAMENTO EUROPEU E O CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA

Tendo em conta o Tratado que institui a Comunidade Europeia e, nomeadamente, o n.º 2 do seu artigo 47.º e os seus artigos 55.º e 95.º,

Tendo em conta a proposta da Comissão ¹,

Tendo em conta o parecer do Comité Económico e Social ²,

Deliberando nos termos do artigo 251.º do Tratado ³,

Considerando o seguinte:

(1) A União Europeia pretende estabelecer laços cada vez mais estreitos entre os Estados e os povos europeus, com o objetivo de garantir o progresso económico e social. Nos termos do n.º 2 do artigo 14.º do Tratado, o mercado interno compreende um espaço sem fronteiras internas, no qual é assegurada a livre circulação de mercadorias e serviços, bem como a liberdade de estabelecimento. O desenvolvimento dos serviços da sociedade da informação no espaço sem fronteiras internas é essencial para eliminar as barreiras que dividem os povos europeus.

(2) O desenvolvimento do comércio eletrónico na sociedade da informação faculta oportunidades importantes de emprego na Comunidade, particularmente nas pequenas e médias empresas, e irá estimular o crescimento económico e o investimento na inovação por parte das empresas europeias e pode igualmente reforçar a competitividade da indústria europeia, contanto que a internet seja acessível a todos.

(3) A legislação comunitária e as características da ordem jurídica comunitária constituem um meio essencial para que os cidadãos e os operadores europeus possam beneficiar, plenamente e sem consideração de fronteiras, das oportunidades proporcionadas pelo comércio eletrônico. A presente diretiva tem por isso por objecto assegurar um elevado nível de integração da legislação comunitária, a fim de estabelecer um real espaço sem fronteiras internas para os serviços da sociedade da informação.

(4) É importante assegurar que o comércio eletrônico possa beneficiar inteiramente do mercado interno e que assim se obtenha, tal como com a Diretiva 89/552/CEE do Conselho, de 3 de Outubro de 1989, relativa à coordenação de certas disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros relativas ao exercício de atividades de radiodifusão televisiva ⁴, um alto nível de integração comunitária.

(5) O desenvolvimento dos serviços da sociedade da informação na Comunidade é entravado por um certo número de obstáculos legais ao bom funcionamento do mercado interno, os quais, pela sua natureza, podem tornar menos atraente o exercício da liberdade de estabelecimento e a livre prestação de serviços. Esses obstáculos advêm da divergência das legislações, bem como da insegurança jurídica dos regimes nacionais aplicáveis a esses serviços. Na falta de coordenação e de ajustamento das várias legislações nos domínios em causa, há obstáculos que podem ser justificados à luz da jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias. Existe insegurança jurídica quanto à extensão do controlo que cada Estado-Membro pode exercer sobre serviços provenientes de outro Estado-Membro.

(6) À luz dos objetivos comunitários, dos artigos 43.º e 49.º do Tratado e do direito comunitário derivado, estes obstáculos devem ser abolidos, através da coordenação de determinadas legislações nacionais e da clarificação, a nível comunitário, de certos conceitos legais, na medida do necessário ao bom funcionamento do mercado interno. A presente diretiva, ao tratar apenas de certas questões específicas que levantam problemas ao mercado interno, é plenamente coerente com a necessidade de respeitar o princípio da subsidiariedade, tal como enunciado no artigo 5.º do Tratado.

(7) A fim de garantir a segurança jurídica e a confiança do consumidor, é essencial que a presente diretiva estabeleça um quadro geral claro, que abranja certos aspectos legais do comércio eletrônico no mercado interno.

(8) O objetivo da presente diretiva é criar um enquadramento legal destinado a assegurar a livre circulação dos serviços da sociedade da informação entre os Estados-Membros, e não harmonizar o domínio do direito penal, enquanto tal.

(9) A livre circulação dos serviços da sociedade da informação pode em muitos casos constituir um reflexo específico, no direito comunitário, de um princípio mais geral, designadamente o da liberdade de expressão, consagrado no n.º 1 do artigo 10.º da Convenção para a proteção dos Direitos do Homem e das liberdades fundamentais, ratificada por todos os Estados-Membros. Por esta razão, as diretivas que cobrem a prestação de serviços da sociedade da informação devem assegurar que essa atividade possa ser empreendida livremente, à luz daquele preceito, apenas se subordinando às restrições fixadas no n.º 2 daquele artigo e no n.º 1 do artigo 46.º do Tratado. A presente diretiva não tem por objetivo afetar as normas e princípios nacionais fundamentais respeitantes à liberdade de expressão.

(10) De acordo com o princípio da proporcionalidade, as medidas previstas na presente diretiva limitam-se ao mínimo estritamente necessário para alcançar o objetivo do correto funcionamento do mercado interno. Sempre que seja necessário intervir a nível comunitário, e a fim de garantir a existência de um espaço efetivamente isento de fronteiras internas no que diz respeito ao comércio eletrônico, a presente diretiva deve assegurar um alto nível de proteção dos objetivos de interesse geral, em especial a proteção dos menores e da dignidade humana, a defesa do consumidor e a proteção da saúde pública. Nos termos do artigo 152.º do Tratado, a proteção da saúde é uma componente essencial das outras políticas da Comunidade.

(11) A presente diretiva não prejudica o nível de proteção, designadamente, da saúde pública e do consumidor, estabelecido por instrumentos comunitários; nomeadamente a Diretiva 93/13/CEE do Conselho, de 5 de Abril de 1993, relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores ⁵ e a Diretiva 97/7/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de Maio de 1997, relativa à proteção dos consumidores em matéria de contratos à distância ⁶ constituem um elemento essencial da proteção do consumidor em matéria contratual. Essas

diretivas aplicam-se igualmente na sua integralidade aos serviços da sociedade da informação. Fazem igualmente parte desse acervo a Diretiva 84/450/CEE do Conselho, de 10 de Setembro de 1984, relativa à publicidade enganosa e comparativa ⁷, a Diretiva 87/102/CEE do Conselho, de 22 de Dezembro de 1986, relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros relativas ao crédito ao consumo ⁸, a Diretiva 93/22/CEE do Conselho, de 10 de Maio de 1993, relativa aos serviços de investimento no domínio dos valores mobiliários ⁹, a Diretiva 90/314/CEE do Conselho, de 13 de Junho de 1990, relativa às viagens organizadas, férias organizadas e circuitos organizados ¹⁰, a Diretiva 98/6/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de Fevereiro de 1998, relativa à defesa dos consumidores em matéria de indicações dos preços dos produtos oferecidos aos consumidores ¹¹, a Diretiva 92/59/CEE do Conselho, de 29 de Junho de 1992, relativa à segurança geral dos produtos ¹², a Diretiva 94/47/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de Outubro de 1994, relativa à proteção dos adquirentes quanto a certos aspectos dos contratos de aquisição de um direito de utilização a tempo parcial de bens imóveis ¹³, a Diretiva 98/27/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 19 de Maio de 1998, relativa às ações inibitórias em matéria de proteção dos interesses dos consumidores ¹⁴, a Diretiva 85/374/CEE do Conselho, de 25 de Julho de 1985, relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros em matéria de responsabilidade decorrente dos produtos defeituosos ¹⁵, a Diretiva 1999/44/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Maio de 1999, relativa a certos aspectos da venda de bens de consumo e garantias conexas ¹⁶, a futura diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à comercialização à distância de serviços financeiros junto dos consumidores a Diretiva 92/28/CEE do Conselho, de 31 de Março de 1992, relativa à publicidade dos medicamentos para uso humano ¹⁷. A presente diretiva deve ser aplicável sem prejuízo do disposto na Diretiva 98/43/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 6 de Julho de 1998, relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros em matéria de publicidade e de patrocínio dos produtos do tabaco ¹⁸, que foi adaptada no âmbito do mercado interno, e nas diretivas relativas à proteção da saúde pública. A presente diretiva é complementar dos requisitos de informação fixados nas diretivas citadas, e em especial na Diretiva 97/7/CE.

(12) É necessário excluir do âmbito de aplicação da presente diretiva certas atividades, tendo em conta que a livre circulação de serviços não pode, nesta fase, ser garantida ao abrigo do Tratado ou do direito comunitário derivado existente. Essa exclusão não deve contrariar eventuais instrumentos que possam ser necessários ao bom funcionamento do mercado interno. A tributação, especialmente o imposto sobre o valor acrescentado aplicado a um grande número de serviços abrangidos pela presente diretiva, deve ser excluída do seu âmbito de aplicação.

(13) A presente diretiva não tem por objetivo fixar regras em matéria de obrigações fiscais, nem obstar à criação de instrumentos comunitários respeitantes aos aspectos fiscais do comércio eletrónico.

(14) A proteção dos indivíduos no que se refere ao tratamento dos dados pessoais é regida exclusivamente pela Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de Outubro de 1995, relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e pela Diretiva 97/66/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de Dezembro de 1997, relativa ao tratamento de dados ¹⁹ pessoais e à proteção da privacidade no sector das telecomunicações ²⁰, que se aplicam plenamente aos serviços da sociedade da informação. Essas diretivas criam já um quadro legal comunitário no domínio dos dados pessoais, pelo que não é necessário tratar essa questão na presente diretiva para garantir o bom funcionamento do mercado interno, em especial a livre circulação dos dados pessoais entre Estados-Membros. A execução e aplicação da presente diretiva deverão efetuar-se em absoluta conformidade com os princípios respeitantes à proteção dos dados pessoais, designadamente no que se refere às comunicações comerciais não solicitadas e à responsabilidade dos intermediários. A presente diretiva não pode impedir a utilização anónima de redes abertas, como, por exemplo, a internet.

(15) A confidencialidade das comunicações está assegurada pelo artigo 5.º da Diretiva 97/66/CE. Nos termos dessa diretiva, os Estados-Membros devem proibir qualquer forma de interceptação ou de vigilância dessas comunicações, por pessoas que não sejam os remetentes ou os destinatários destas, exceto quando legalmente autorizados.

(16) A exclusão dos jogos de azar do âmbito de aplicação da presente diretiva apenas abrange os jogos de fortuna, lotarias e apostas propriamente ditas, em que é

feita uma aposta em dinheiro. Não se incluem os concursos ou jogos promocionais cujo objetivo seja fomentar a venda de mercadorias ou serviços e em que os prêmios, quando os haja, sirvam apenas para adquirir as mercadorias ou serviços promovidos.

(17) Já existe uma definição de serviços da sociedade da informação na Diretiva 98/34/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de Junho de 1998, relativa a um procedimento de informação no domínio das normas e regulamentações técnicas e das regras relativas aos serviços da sociedade da informação ²¹ e na Diretiva 98/84/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de Novembro de 1998, relativa à proteção jurídica dos serviços que se baseiem ou consistam num acesso condicional ²². Essa definição abrange qualquer serviço, em princípio pago à distância, por meio de equipamento eletrônico de processamento (incluindo a compressão digital) e o armazenamento de dados, e a pedido expresso do destinatário do serviço. Os serviços enumerados na lista indicativa do anexo V da Diretiva 98/34/CE que não envolvem tratamento e armazenamento de dados não são abrangidos por essa definição.

(18) Os serviços da sociedade da informação abrangem uma grande diversidade de atividades económicas. Tais atividades podem, nomeadamente, consistir na venda de mercadorias em linha. Não são abrangidas atividades como a entrega de mercadorias enquanto tal ou a prestação de serviços fora de linha. Os serviços da sociedade da informação não dão apenas a possibilidade de celebrar contratos em linha, mas também, tratando-se de uma atividade económica, serviços que não são remunerados pelo respectivo destinatário, como os que consistem em prestar informações em linha ou comunicações comerciais, ou ainda os que fornecem ferramentas de pesquisa, acesso e descarregamento de dados. Os serviços da sociedade da informação abrangem igualmente a transmissão de informação por meio de uma rede de comunicações, de fornecimento de acesso a uma rede de comunicações ou de armazenagem de informações prestadas por um destinatário do serviço. A radiodifusão televisiva, na acepção da Diretiva 89/552/CEE, e a radiodifusão não constituem serviços da sociedade da informação, dado não serem prestados mediante pedido individual. Ao invés, os serviços transmitidos ponto a ponto, como o vídeo a pedido ou o envio de comunicações comerciais por correio eletrónico são serviços da sociedade da informação. A

utilização do correio eletrônico ou de comunicações comerciais equivalentes, por exemplo, por parte de pessoas singulares agindo fora da sua atividade comercial, empresarial ou profissional, incluindo a sua utilização para celebrar contratos entre essas pessoas, não são serviços da sociedade da informação. A relação contratual entre um assalariado e a sua entidade patronal não é um serviço da sociedade da informação. As atividades que, pela sua própria natureza, não podem ser exercidas à distância e por meios eletrônico, tais como a revisão oficial de contas de sociedades, ou o aconselhamento médico, que exija o exame físico do doente, não são serviços da sociedade da informação.

(19) A determinação do local de estabelecimento do prestador deve fazer-se de acordo com a jurisprudência do Tribunal de Justiça, segundo a qual do conceito de estabelecimento é indissociável a persecução efetiva de uma atividade económica, através de um estabelecimento fixo por um período indefinido. Este requisito encontra-se igualmente preenchido no caso de uma sociedade constituída por um período determinado. O local de estabelecimento, quando se trate de uma sociedade prestadora de serviços através de um sítio internet, não é o local onde se encontra a tecnologia de apoio a esse sítio ou o local em que este é acessível, mas sim o local em que essa sociedade desenvolve a sua atividade económica. Quando um prestador está estabelecido em vários locais, é importante determinar de que local de estabelecimento é prestado o serviço em questão. Em caso de dificuldade especial para determinar a partir de qual dos vários locais de estabelecimento é prestado o serviço em questão, considera-se que esse local é aquele em que o prestador tem o centro das suas atividades relacionadas com esse serviço específico.

(20) A definição de "destinatário de um serviço" abrange todos os tipos de utilização dos serviços da sociedade da informação, tanto por pessoas que prestem informações na internet como por pessoas que procuram informações na internet por razões privadas ou profissionais.

(21) O âmbito do domínio coordenado é definido sem prejuízo de futura harmonização comunitária em matéria de sociedade da informação e de futura legislação adaptada a nível nacional conforme com o direito comunitário. O domínio coordenado abrange exclusivamente exigências respeitantes a atividades em linha, tais como a informação em linha, a publicidade em linha, as compras em linha e os

contratos em linha, e não diz respeito aos requisitos legais exigidos pelos Estados-Membros em relação às mercadorias, tais como as normas de segurança, as obrigações de rotulagem ou a responsabilização pelos produtos, ou as exigências dos Estados-Membros respeitantes à entrega ou transporte de mercadorias, incluindo a distribuição de produtos medicinais. O domínio coordenado não abrange o exercício do direito de preempção por parte de entidades públicas relativamente a determinados bens, tais como obras de arte.

(22) O controlo dos serviços da sociedade da informação deve ser exercido na fonte da atividade, a fim de garantir uma proteção eficaz dos interesses gerais. Para isso, é necessário que a autoridade competente assegure essa proteção, não apenas aos cidadãos do seu país, mas também ao conjunto dos cidadãos da Comunidade. Para melhorar a confiança mútua entre Estados-Membros, é indispensável precisar claramente essa responsabilidade do Estado-Membro em que os serviços têm origem. Além disso, a fim de garantir a eficácia da livre circulação de serviços e a segurança jurídica para os prestadores e os destinatários, esses serviços devem estar sujeitos, em princípio, à legislação do Estado-Membro em que o prestador se encontra estabelecido.

(23) A presente diretiva não estabelece normas adicionais de direito internacional privado em matéria de conflitos de leis, nem abrange a jurisdição dos tribunais. O disposto na legislação aplicável por força das normas de conflitos do direito internacional privado não restringe a liberdade de prestar serviços da sociedade da informação nos termos constantes da presente diretiva.

(24) No contexto da presente diretiva, e não obstante a regra do controlo na origem dos serviços da sociedade da informação, é legítimo que, nas condições fixadas na presente diretiva, os Estados-Membros possam adaptar medidas destinadas a restringir a livre circulação dos serviços da sociedade da informação.

(25) Os tribunais nacionais, incluindo os tribunais cíveis, competentes para conhecer dos litígios de direito privado, podem tomar medidas que constituam uma derrogação à liberdade de prestação de serviços da sociedade da informação de acordo com as condições constantes da presente diretiva.

(26) Os Estados-Membros, de acordo com as condições fixadas na presente diretiva, podem aplicar as suas legislações em matéria de direito penal e de direito

processual penal para efeitos das diligências de investigação e outras medidas necessárias à detecção e incriminação de delitos penais, sem terem de notificar essas medidas à Comissão.

(27) A presente diretiva, juntamente com a futura diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à comercialização à distância de serviços financeiros junto dos consumidores, contribui para criar um enquadramento legal para a prestação de serviços financeiros em linha. A presente diretiva não prejudica futuras iniciativas no domínio dos serviços financeiros, em especial no que diz respeito à harmonização das regras de conduta neste domínio. A faculdade conferida pela presente diretiva aos Estados-Membros de, em certas circunstâncias, restringirem a liberdade de prestação de serviços da sociedade da informação, por forma a proteger os consumidores, abrange igualmente medidas no domínio dos serviços financeiros, em especial medidas destinadas a proteger os investidores.

(28) A obrigação dos Estados-Membros de não sujeitarem o acesso à atividade de prestador de serviços da sociedade da informação a autorização prévia não abrange os serviços postais, cobertos pela Diretiva 97/67/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de Dezembro de 1997, relativa às regras comuns para o desenvolvimento do mercado interno dos serviços postais comunitários e a melhoria da qualidade de serviço , que consistam na entrega física de uma mensagem de correio eletrónico impressa e não afeta os sistemas de acreditação voluntários, em especial em relação aos prestadores de serviços de certificação de assinaturas eletrónicas.

(29) A comunicação comercial é essencial para o financiamento dos serviços da sociedade da informação e para o desenvolvimento de uma grande variedade de novos serviços gratuitos. No interesse dos consumidores e da lealdade das transações, a comunicação comercial, incluindo descontos, ofertas e jogos promocionais, deve respeitar um certo número de obrigações relativas à transparência. Estes requisitos aplicam-se sem prejuízo do disposto na Diretiva 97/7/CE. A presente diretiva não afeta as diretivas existentes relativas às comunicações comerciais, em especial a Diretiva 98/43/CE.

(30) A transmissão de comunicações comerciais não solicitadas por correio eletrónico pode ser inconveniente para os consumidores e para os prestadores de serviços da sociedade da informação e perturbar o bom funcionamento das redes

interativas. A questão do consentimento dos destinatários em relação a determinadas formas de comunicações comerciais não solicitadas não é abordada na presente diretiva, mas foi já abordada, em particular, na Diretiva 97/7/CE e na Diretiva 97/66/CE. Nos Estados-Membros que autorizem esse tipo de comunicações, deveriam ser incentivadas e facilitadas iniciativas de colocação de "filtros" por parte das empresas. Além disso, é necessário, em qualquer caso, que as comunicações comerciais não solicitadas sejam claramente identificáveis enquanto tal, por forma a melhorar a transparência e facilitar o funcionamento dessas iniciativas da indústria. As comunicações comerciais não solicitadas por correio eletrónico não devem implicar custos adicionais para o destinatário.

(31) Os Estados-Membros que permitam a comunicação comercial não solicitada por correio eletrónico por parte de um prestador estabelecido no seu território sem autorização prévia do destinatário têm de assegurar que o prestador consulta regularmente e respeita os registos de opção negativa ("opt-out") onde se podem inscrever as pessoas singulares que não desejem receber esse tipo de comunicações.

(32) Para suprimir os entraves ao desenvolvimento dos serviços transfronteiriços na Comunidade que os membros das profissões regulamentadas poderiam propor na internet, é necessário garantir, a nível comunitário, o cumprimento das regras profissionais previstas para proteger, nomeadamente, o consumidor ou a saúde pública. Os códigos de conduta a nível comunitário constituem a melhor forma para determinar as regras deontológicas aplicáveis à comunicação comercial e é necessário incentivar a sua elaboração, ou a sua eventual adaptação, sem prejuízo da autonomia dos organismos e associações profissionais.

(33) A presente diretiva complementa o direito comunitário e as legislações nacionais relativas às profissões regulamentadas, assegurando um conjunto coerente de regras aplicáveis neste domínio.

(34) Cada Estado-Membro ajustará a sua legislação relativa a requisitos, nomeadamente de forma, susceptíveis de dificultar o recurso a contratos por via electrónica. O exame das legislações que necessitem deste ajustamento deve ser sistemático e abranger todas as etapas e atos necessários ao processo contratual, incluindo a celebração do contrato. Esse ajustamento deve ter como resultado tornar

exequíveis os contratos celebrados por via eletrônica. O efeito legal das assinaturas eletrônicas é objeto da Diretiva 1999/93/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Dezembro de 1999, relativa a um quadro legal comunitário para assinaturas eletrônicas²⁴. O aviso de recepção por parte de um prestador de serviços pode revestir a forma da prestação em linha do serviço pago.

(35) A presente diretiva não afeta a possibilidade de os Estados-Membros manterem ou fixarem requisitos legais, gerais ou específicos para os contratos, que possam ser preenchidos por meios eletrônicos, em especial os requisitos relativos à certificação de assinaturas eletrônicas.

(36) Os Estados-Membros podem manter restrições à celebração de contratos por meios eletrônicos quando estes exijam, por lei, a intervenção de tribunais, entidades públicas ou profissões que exercem poderes públicos. Essa possibilidade abrange igualmente os contratos que exijam a intervenção de tribunais, entidades públicas ou profissões que exercem poderes públicos para que possam produzir efeitos em relação a terceiros; bem como os contratos legalmente sujeitos a reconhecimento ou autenticação notariais.

(37) A obrigação de os Estados-Membros não colocarem obstáculos à celebração de contratos por meios eletrônicos apenas diz respeito aos resultantes de requisitos legais, e não aos obstáculos práticos resultantes da impossibilidade de utilizar meios eletrônicos em determinados casos.

(38) A obrigação de os Estados-Membros não colocarem obstáculos à celebração de contratos por meios eletrônicos será aplicada de acordo com as exigências legais aplicáveis aos contratos consagradas no direito comunitário.

(39) As exceções às disposições relativas aos contratos celebrados exclusivamente por correio eletrónico, ou outro meio de comunicação individual equivalente, previsto na presente diretiva, no tocante às informações a prestar e às ordens de encomenda, não devem dar lugar a que os prestadores de serviços da sociedade da informação possam contornar as referidas disposições.

(40) As divergências atuais ou futuras, entre as legislações e jurisprudências nacionais no domínio da responsabilidade dos prestadores de serviços agindo na qualidade de intermediários, impedem o bom funcionamento do mercado interno, perturbando particularmente o desenvolvimento dos serviços transfronteiriços e

produzindo distorções de concorrência. Os prestadores de serviços têm, em certos casos, o dever de agir a fim de evitar ou fazer cessar atividades ilícitas. A presente diretiva deve constituir a base adequada para a criação de mecanismos rápidos e fiáveis para remover as informações ilícitas e impossibilitar o acesso a estas. Esses mecanismos poderão ser elaborados com base em acordos voluntários negociados entre todas as partes interessadas e deveriam ser encorajados pelos Estados-Membros. É do interesse de todas as partes que participam na prestação de serviços da sociedade da informação adaptar e aplicar esses mecanismos. As disposições da presente diretiva relativas à responsabilidade não deveriam constituir obstáculo ao desenvolvimento e aplicação efetiva, pelas diferentes partes envolvidas, de sistemas técnicos de proteção e identificação, bem como de instrumentos de controlo técnico, que a tecnologia digital permite, dentro dos limites previstos pelas Diretivas 95/46/CE e 97/66/CE.

(41) A presente diretiva estabelece um justo equilíbrio entre os diferentes interesses em jogo e consagra princípios em que se podem basear os acordos e normas da indústria.

(42) As isenções da responsabilidade estabelecidas na presente diretiva abrangem exclusivamente os casos em que a atividade da sociedade da informação exercida pelo prestador de serviços se limita ao processo técnico de exploração e abertura do acesso a uma rede de comunicação na qual as informações prestadas por terceiros são transmitidas ou temporariamente armazenadas com o propósito exclusivo de tornar a transmissão mais eficaz. Tal atividade é puramente técnica, automática e de natureza passiva, o que implica que o prestador de serviços da sociedade da informação não tem conhecimento da informação transmitida ou armazenada, nem o controlo desta.

(43) Um prestador pode beneficiar de isenções por simples transporte ou armazenagem temporária ("caching") quando é inteiramente alheio à informação transmitida. Isso exige, designadamente, que o prestador não altere a informação que transmite. Esta exigência não se aplica ao manuseamento técnico que tem lugar no decurso da transmissão, uma vez que este não afeta a integridade da informação contida na transmissão.

(44) Um prestador que colabora deliberadamente com um dos destinatários do serviço prestado, com o intuito de praticar atos ilegais, ultrapassa as atividades

de simples transporte ou armazenagem temporária ("caching"), pelo que não pode beneficiar das isenções de responsabilidade aplicáveis a tais atividades.

(45) A delimitação da responsabilidade dos prestadores intermediários de serviços, fixada na presente diretiva, não afeta a possibilidade de medidas inibitórias de diversa natureza. Essas medidas podem consistir, designadamente, em decisões judiciais ou administrativas que exijam a prevenção ou a cessação de uma eventual infração, incluindo a remoção de informações ilegais, ou tornando impossível o acesso a estas.

(46) A fim de beneficiar de uma delimitação de responsabilidade, o prestador de um serviço da sociedade da informação, que consista na armazenagem de informação, a partir do momento em que tenha conhecimento efetivo da ilicitude, ou tenha sido alertado para esta, deve proceder com diligência no sentido de remover as informações ou impossibilitar o acesso a estas. A remoção ou impossibilitação de acesso têm de ser efetuadas respeitando o princípio da liberdade de expressão. A presente diretiva não afeta a possibilidade de os Estados-Membros fixarem requisitos específicos que tenham de ser cumpridos de forma expedita, previamente à remoção ou à impossibilitação de acesso à informação.

(47) Os Estados-Membros só estão impedidos de impor uma obrigação de vigilância obrigatória dos prestadores de serviços em relação a obrigações de natureza geral. Esse impedimento não diz respeito a obrigações de vigilância em casos específicos e, em especial, não afeta as decisões das autoridades nacionais nos termos das legislações nacionais.

(48) A presente diretiva não afeta a possibilidade de os Estados-Membros exigirem dos prestadores de serviços, que acolham informações prestadas por destinatários dos seus serviços, que exerçam deveres de diligência que podem razoavelmente esperar-se deles e que estejam especificados na legislação nacional, no sentido de detectarem e prevenirem determinados tipos de atividades ilegais.

(49) Os Estados-Membros e a Comissão deverão incentivar a elaboração de códigos de conduta. Tal fato não deverá alterar o caráter voluntário desses códigos e a possibilidade de as partes interessadas decidirem livremente se aderem ou não a esses códigos.

(50) Importa que a proposta de diretiva relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação entre em vigor em prazo similar ao da presente diretiva, a fim de se estabelecer um conjunto de regras claro no que diz respeito à questão da responsabilidade dos intermediários pelas infrações aos direitos de autor e aos direitos conexos a nível comunitário.

(51) Deve caber a cada Estado-Membro, quando necessário, ajustar a sua legislação susceptível de dificultar a utilização dos mecanismos de resolução extrajudicial de litígios pelas vias eletrônicas apropriadas. Esse ajustamento deve ter como resultado tornar real e efetivamente possível, na lei e na prática, o funcionamento desses mecanismos, inclusive em situações transfronteiriças.

(52) O exercício efetivo das liberdades do mercado interno exige que se garanta às vítimas um acesso eficaz aos mecanismos de resolução de litígios. Os prejuízos que podem ocorrer no quadro dos serviços da sociedade da informação caracterizam-se pela rapidez e pela extensão geográfica. Em virtude desta especificidade e da necessidade de zelar por que as autoridades nacionais não ponham em causa a confiança mútua que devem ter, a presente diretiva requer dos Estados-Membros que assegurem a existência de meios de recurso judicial adequados. Os Estados-Membros devem estudar a necessidade de acesso a procedimentos judiciais por meios eletrônicos adequados.

(53) A Diretiva 98/27/CE, que é aplicável aos serviços da sociedade da informação, prevê um mecanismo para as ações inibitórias em matéria de proteção dos interesses coletivos dos consumidores. Esse mecanismo contribuirá para a livre circulação dos serviços da sociedade da informação, ao assegurar um elevado nível de proteção dos consumidores.

(54) As sanções previstas na presente diretiva não prejudicam qualquer outra penalidade ou medida prevista no direito interno. Os Estados-Membros não são obrigados a sancionar penalmente as infrações às normas nacionais adaptadas em cumprimento da presente diretiva.

(55) A presente diretiva não afeta a legislação aplicável às obrigações contratuais relativas aos contratos celebrados pelos consumidores. Assim, a presente diretiva não pode ter como resultado privar o consumidor da proteção que

lhe é concedida pelas disposições compulsivas relativas às obrigações contratuais, constantes da legislação do Estado-Membro em que este tem a sua residência habitual.

(56) No que se refere à derrogação prevista na presente diretiva relativa às obrigações contratuais relativas aos contratos celebrados pelos consumidores, estas devem ser interpretadas como abrangendo as informações sobre os elementos essenciais do contrato, incluindo os direitos do consumidor, que têm uma influência determinante na decisão de contratar.

(57) O Tribunal de Justiça tem sustentado de modo constante que um Estado-Membro mantém o direito de tomar medidas contra um prestador de serviços estabelecido noutro Estado-Membro, mas que dirige toda ou a maior parte das suas actividades para o território do primeiro Estado-Membro, se a escolha do estabelecimento foi feita no intuito de iludir a legislação que se aplicaria ao prestador caso este se tivesse estabelecido no território desse primeiro Estado-Membro.

(58) A presente diretiva não deve aplicar-se aos serviços provenientes de prestadores estabelecidos em países terceiros. Dada a dimensão mundial do comércio electrónico, deve, no entanto, ser garantida a coerência do quadro comunitário com o quadro internacional. A presente diretiva não prejudica os resultados das discussões que estão a decorrer no âmbito de organizações internacionais (nomeadamente, OMC, OCDE, CNUDCI) sobre os aspectos legais desta problemática.

(59) Apesar da natureza mundial das comunicações eletrônicas, é necessário coordenar as medidas reguladoras nacionais a nível da União Europeia, a fim de evitar a fragmentação do mercado interno e estabelecer um quadro regulamentar europeu apropriado. Essa coordenação deveria igualmente contribuir para criar uma posição negocial comum forte nos fóruns internacionais.

(60) Para facilitar o desenvolvimento sem entraves do comércio eletrônico, o quadro jurídico em questão deve ser simples, sóbrio, previsível e compatível com as regras em vigor a nível internacional, de modo a não prejudicar a competitividade da indústria europeia, nem impedir as ações inovadoras no sector.

(61) O efetivo funcionamento do mercado por via eletrônica num contexto mundializado exige a concertação entre a União Europeia e os grandes espaços não europeus para compatibilizar legislações e procedimentos.

(62) Deverá ser reforçada no sector do comércio eletrónico a cooperação com países terceiros, nomeadamente com os países candidatos à adesão e com os principais parceiros comerciais da União Europeia.

(63) A adapção da presente diretiva não impedirá os Estados-Membros de tomarem em conta as diversas implicações sociais, societárias e culturais inerentes ao advento da sociedade da informação. Em especial, não deverá prejudicar as medidas que os Estados-Membros possam vir a adaptar, de acordo com o direito comunitário, a fim de prosseguirem objetivos sociais, culturais e democráticos que tenham em conta a sua diversidade linguística, as especificidades nacionais e regionais, bem como os respectivos patrimônios culturais, e para garantirem e preservarem o acesso público ao maior leque possível de serviços da sociedade da informação. O desenvolvimento da sociedade da informação deverá garantir, em qualquer caso, o acesso dos cidadãos europeus ao património cultural europeu facultado por meios digitais.

(64) Os Estados-Membros têm na comunicação eletrônica uma excelente via para a prestação de serviços públicos nas áreas cultural, educativa e linguística.

(65) O Conselho de Ministros, na sua resolução, de 19 de Janeiro de 1999, sobre os aspectos relativos ao consumidor na sociedade da informação , salientou que a defesa dos consumidores merecia uma atenção especial neste domínio. A Comissão irá analisar em que medida as regras de defesa do consumidor existentes facultam uma proteção adequada no contexto da sociedade da informação, identificando, quando necessário, as possíveis lacunas dessa legislação e os aspectos em relação aos quais poderão vir a ser necessárias medidas adicionais. Se necessário, a Comissão deverá apresentar propostas específicas adicionais destinadas a preencher as lacunas assim identificadas,

CAPÍTULO I

DISPOSIÇÕES GERAIS

Artigo 1º - Objetivo e âmbito de aplicação

1. A presente diretiva tem por objetivo contribuir para o correto funcionamento do mercado interno, garantindo a livre circulação dos serviços da sociedade da informação entre Estados-Membros.

2. A presente diretiva aproxima, na medida do necessário à realização do objetivo previsto no n.º 1, certas disposições nacionais aplicáveis aos serviços da sociedade da informação que dizem respeito ao mercado interno, ao estabelecimento dos prestadores de serviços, às comunicações comerciais, aos contratos celebrados por via eletrônica, à responsabilidade dos intermediários, aos códigos de conduta, à resolução extrajudicial de litígios, às ações judiciais e à cooperação entre Estados-Membros.

3. A presente diretiva é complementar da legislação comunitária aplicável aos serviços da sociedade da informação, sem prejuízo do nível de proteção, designadamente da saúde pública e dos interesses dos consumidores, tal como consta dos atos comunitários e da legislação nacional de aplicação destes, na medida em que não restrinjam a liberdade de prestação de serviços da sociedade da informação.

4. A presente diretiva não estabelece normas adicionais de direito internacional privado, nem abrange a jurisdição dos tribunais.

5. A presente diretiva não é aplicável:

a) Ao domínio tributário;

b) Às questões respeitantes aos serviços da sociedade da informação abrangidas pelas Diretivas 95/46/CE e 97/66/CE;

c) Às questões relativas a acordos ou práticas regidas pela legislação sobre cartéis;

d) Às seguintes atividades do âmbito dos serviços da sociedade da informação:

- atividades dos notários ou profissões equivalentes, na medida em que se encontrem direta e especificamente ligadas ao exercício de poderes públicos,

- representação de um cliente e a defesa dos seus interesses em tribunal,

- jogos de azar em que é feita uma aposta em dinheiro em jogos de fortuna, incluindo lotarias e apostas.

6. A presente diretiva não afeta as medidas tomadas a nível comunitário ou nacional, na observância do direito comunitário, para fomentar a diversidade cultural e linguística e para assegurar o pluralismo.

Artigo 2.º - Definições

Para efeitos da presente diretiva, entende-se por:

a) "Serviços da sociedade da informação": os serviços da sociedade da informação na acepção do n.º 2 do artigo 1.º da Diretiva 83/34/CEE, alterada pela Diretiva 98/48/CE;

b) "Prestador de serviços": qualquer pessoa, singular ou coletiva, que preste um serviço do âmbito da sociedade da informação;

c) "Prestador de serviços estabelecido": o prestador que efetivamente exerça uma atividade económica através de uma instalação fixa, por um período indefinido. A presença e a utilização de meios técnicos e de tecnologias necessários para prestar o serviço não constituem, em si mesmos, o estabelecimento do prestador;

d) "Destinatário do serviço": qualquer pessoa, singular ou coletiva, que, para fins profissionais ou não, utilize um serviço da sociedade da informação, nomeadamente para procurar ou para tornar acessível determinada informação;

e) "Consumidor": qualquer pessoa singular que atue para fins alheios à sua atividade comercial, empresarial ou profissional;

f) "Comunicação comercial": todas as formas de comunicação destinadas a promover, direta ou indiretamente, mercadorias, serviços ou a imagem de uma empresa, organização ou pessoa que exerça uma profissão regulamentada ou uma atividade de comércio, indústria ou artesanato. Não constituem comunicações comerciais:

- as informações que permitam o acesso direto à atividade da sociedade, da organização ou da pessoa, nomeadamente um nome de área ou um endereço de correio eletrónico,

- as comunicações relativas às mercadorias, aos serviços ou à imagem da sociedade, organização ou pessoa, compiladas de forma imparcial, em particular quando não existam implicações financeiras;

g) "Atividades profissionais regulamentadas": quaisquer atividades profissionais na acepção da alínea d) do artigo 1.º da Diretiva 89/48/CEE do Conselho, de 21 de Dezembro de 1988, relativa a um sistema geral de reconhecimento dos diplomas de ensino superior que sancionam formações profissionais com uma duração mínima de três anos ²⁶, ou de alínea f) do artigo 1.º da Diretiva 92/51/CEE do Conselho, de 18 de Junho de 1992, relativo a um segundo sistema geral de reconhecimento das formações profissionais, que completa a Diretiva 89/48/CEE ²⁷;

h) "Domínio coordenado": as exigências fixadas na legislação dos Estados-Membros, aplicáveis aos prestadores de serviços da sociedade da informação e aos serviços da sociedade da informação, independentemente de serem de natureza geral ou especificamente concebidos para esses prestadores e serviços:

i) O domínio coordenado diz respeito às exigências que o prestador de serviços tem de observar, no que se refere:

- ao exercício de atividades de um serviço da sociedade da informação, tal como os requisitos respeitantes às habilitações, autorizações e notificações,

- à prossecução de atividade de um serviço da sociedade da informação, tal como os requisitos respeitantes ao comportamento do prestador de serviços, à qualidade ou conteúdo do serviço, incluindo as aplicáveis à publicidade e aos contratos, ou as respeitantes à responsabilidade do prestador de serviços;

ii) O domínio coordenado não abrange exigências tais como as aplicáveis:

- às mercadorias, enquanto tais,

- à entrega de mercadorias,

- aos serviços não prestados por meios eletrónicos.

Artigo 3.º - Mercado interno

1. Cada Estado-Membro assegurará que os serviços da sociedade da informação prestados por um prestador estabelecido no seu território cumpram as

disposições nacionais aplicáveis nesse Estado-Membro que se integrem no domínio coordenado.

2. Os Estados-Membros não podem, por razões que relevem do domínio coordenado, restringir a livre circulação dos serviços da sociedade da informação provenientes de outro Estado-Membro.

3. Os n.ºs 1 e 2 não se aplicam aos domínios a que se refere o anexo.

4. Os Estados-Membros podem tomar medidas derogatórias do n.º 2 em relação a determinado serviço da sociedade da informação, caso sejam preenchidas as seguintes condições:

a) As medidas devem ser:

i) Necessárias por uma das seguintes razões:

- defesa da ordem pública, em especial prevenção, investigação, detecção e incriminação de delitos penais, incluindo a proteção de menores e a luta contra o incitamento ao ódio fundado na raça, no sexo, na religião ou na nacionalidade, e contra as violações da dignidade humana de pessoas individuais,

- proteção da saúde pública,

- segurança pública, incluindo a salvaguarda da segurança e da defesa nacionais,

- defesa dos consumidores, incluindo os investidores;

ii) Tomadas relativamente a um determinado serviço da sociedade da informação que lese os objetivos referidos na subalínea i), ou que comporte um risco sério e grave de prejudicar esses objetivos;

iii) Proporcionais a esses objetivos;

b) Previamente à tomada das medidas em questão, e sem prejuízo de diligências judiciais, incluindo a instrução e os atos praticados no âmbito de uma investigação criminal, o Estado-Membro deve:

- ter solicitado ao Estado-Membro a que se refere o n.º 1 que tome medidas, sem que este último as tenha tomado ou se estas se tiverem revelado inadequadas,

- ter notificado à Comissão e ao Estado-Membro a que se refere o n.º 1 a sua intenção de tomar tais medidas.

5. Os Estados-Membros podem, em caso de urgência, derrogar às condições previstas na alínea b) do n.º 4. Nesse caso, as medidas devem ser notificadas no mais curto prazo à Comissão e ao Estado-Membro a que se refere o n.º 1, indicando as razões pelas quais consideram que existe uma situação de urgência.

6. Sem prejuízo da faculdade de o Estado-Membro prosseguir a aplicação das medidas em questão, a Comissão analisará, com a maior celeridade, a compatibilidade das medidas notificadas com o direito comunitário; se concluir que a medida é incompatível com o direito comunitário, a Comissão solicitará ao Estado-Membro em causa que se abstenha de tomar quaisquer outras medidas previstas, ou ponha termo, com urgência, às medidas já tomadas.

CAPÍTULO II

PRINCIPIOS

Secção 1: Regime de estabelecimento e de informação

Artigo 4.º - Princípio de não autorização prévia

1. Os Estados-Membros assegurarão que o exercício e a prossecução da atividade de prestador de serviços da sociedade da informação não podem estar sujeitas a autorização prévia ou a qualquer outro requisito de efeito equivalente.

2. O n.º 1 não afeta os regimes de autorização que não visem especial e exclusivamente os serviços da sociedade da informação, nem os regimes de autorização abrangidos pela Diretiva 97/13/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 10 de Abril de 1997, relativa a um quadro comum para autorizações gerais e licenças individuais no domínio dos serviços de telecomunicações .

Artigo 5.º - Informações gerais a prestar

1. Além de outros requisitos de informação constantes do direito comunitário, os Estados-Membros assegurarão que o prestador do serviço faculte aos destinatários do seu serviço e às autoridades competentes um acesso fácil, direto e permanente, pelo menos, às seguintes informações:

- a) Nome do prestador;
- b) Endereço geográfico em que o prestador se encontra estabelecido;

c) Elementos de informação relativos ao prestador de serviços, incluindo o seu endereço eletrónico, que permitam contactá-lo rapidamente e comunicar direta e efetivamente com ele;

d) Caso o prestador de serviços esteja inscrito numa conservatória de registro comercial ou num registro público equivalente, a identificação dessa conservatória e o número de registro do prestador de serviços, ou meios equivalentes de o identificar nesse registro;

e) Caso determinada atividade esteja sujeita a um regime de autorização, os elementos de informação relativos à autoridade de controlo competente;

f) No que respeita às profissões regulamentadas:

- organização profissional ou associações semelhantes em que o prestador esteja inscrito,

- título profissional e Estado-Membro em que foi concedido,

- a citação das regras profissionais aplicáveis no Estado-Membro de estabelecimento e dos meios de aceder a essas profissões;

g) Caso o prestador exerça uma atividade sujeita a IVA, o número de identificação a que se refere o n.º 1 do artigo 22.º da sexta Diretiva 77/388/CEE do Conselho, de 17 de Maio de 1977, relativa à harmonização das legislações dos Estados-Membros respeitantes aos impostos sobre o volume de negócios - sistema comum do imposto sobre o valor acrescentado: matéria coletável uniforme ²⁹.

2. Além de outros requisitos de informação constantes da legislação comunitária, os Estados-Membros assegurarão que, no mínimo, sempre que os serviços da sociedade da informação indiquem preços, essa indicação seja clara e inequívoca e explicita obrigatoriamente se inclui quaisquer despesas fiscais e de entrega.

Secção 2: Comunicações comerciais

Artigo 6.º - Informações a prestar

Além de outros requisitos de informação constantes da legislação comunitária, os Estados-Membros assegurarão que as comunicações comerciais que constituam ou sejam parte de um serviço da sociedade da informação respeitem as condições seguintes:

- a) A comunicação comercial deve ser claramente identificável como tal;
- b) A pessoa singular ou coletiva por conta de quem a comunicação comercial é feita deve ser claramente identificável;
- c) Quando autorizadas pelo Estado-Membro onde o prestador de serviços esteja estabelecido, as ofertas promocionais, tais como descontos, prêmios e presentes, serão claramente identificáveis como tais e as condições a preencher para neles participar devem ser facilmente acessíveis e apresentadas de forma clara e inequívoca;
- d) Quando autorizados pelo Estado-Membro onde o prestador de serviços esteja estabelecido, os concursos ou jogos promocionais devem ser claramente identificáveis como tal e as condições a preencher para neles participar devem ser facilmente acessíveis e apresentadas de forma clara e inequívoca.

Artigo 7.º - Comunicação comercial não solicitada

1. Além de outros requisitos de informação constantes da legislação comunitária, os Estados-Membros que permitam a comunicação comercial não solicitada por correio eletrónico por parte de um prestador de serviços estabelecido no seu território assegurarão que essa comunicação comercial seja identificada como tal, de forma clara e inequívoca, a partir do momento em que é recebida pelo destinatário.

2. Sem prejuízo da Diretiva 97/7/CE e da Diretiva 97/66/CE, os Estados-Membros deverão tomar medidas que garantam que os prestadores de serviços que enviem comunicações comerciais não solicitadas por correio eletrónico consultem regularmente e respeitem os registros de opção negativa ("opt-out") onde se podem inscrever as pessoas singulares que não desejem receber esse tipo de comunicações.

Artigo 8.º - Profissões regulamentadas

1. Os Estados-Membros assegurarão que a utilização de comunicações comerciais que constituam ou sejam parte de um serviço da sociedade da informação prestado por um oficial de uma profissão regulamentada seja autorizada mediante sujeição ao cumprimento das regras profissionais em matéria de

independência, dignidade e honra da profissão, bem como do sigilo profissional e da lealdade para com clientes e outros membros da profissão.

2. Sem prejuízo da autonomia das organizações e associações profissionais, os Estados-Membros e a Comissão incentivarão as associações e organizações profissionais a elaborar códigos de conduta a nível comunitário, que permitam determinar os tipos de informações que podem ser prestadas para efeitos de comunicação comercial de acordo com as regras a que se refere o n.º 1.

3. Ao redigir propostas de iniciativas comunitárias que se revelem eventualmente necessárias para garantir o correto funcionamento do mercado interno no que respeita às informações previstas no n.º 2, a Comissão terá em devida conta os códigos de conduta aplicáveis a nível comunitário e agirá em estreita cooperação com as associações e organizações profissionais relevantes.

4. A presente diretiva é aplicável complementarmente às diretivas comunitárias relativas ao acesso às profissões regulamentadas e ao seu exercício.

Secção 3: Contratos celebrados por meios eletrónicos

Artigo 9.º - Regime dos contratos

1. Os Estados-Membros assegurarão que os seus sistemas legais permitam a celebração de contratos por meios eletrónicos. Os Estados-Membros assegurarão, nomeadamente, que o regime jurídico aplicável ao processo contratual não crie obstáculos à utilização de contratos celebrados por meios eletrónicos, nem tenha por resultado a privação de efeitos legais ou de validade desses contratos, pelo fato de serem celebrados por meios eletrónicos.

2. Os Estados-Membros podem determinar que o n.º 1 não se aplica a todos ou a alguns contratos que se inserem numa das categorias seguintes:

a) Contratos que criem ou transfiram direitos sobre bens imóveis, com exceção de direitos de arrendamento;

b) Contratos que exijam por lei a intervenção de tribunais, entidades públicas ou profissões que exercem poderes públicos;

c) Contratos de caução e garantias prestadas por pessoas agindo para fins exteriores à sua atividade comercial, empresarial ou profissional;

d) Contratos regidos pelo direito de família ou pelo direito sucessório.

3. Os Estados-Membros indicarão à Comissão as categorias a que se refere o n.º 2 às quais não aplicam o disposto no n.º 1. De cinco em cinco anos, os Estados-Membros apresentarão à Comissão um relatório sobre a aplicação do n.º 2, em que exporão as razões pelas quais consideram necessário manter à categoria contemplada na alínea b) do n.º 2 a que não aplicam o disposto no n.º 1.

Artigo 10.º - Informações a prestar

1. Além de outros requisitos de informação constantes da legislação comunitária, os Estados-Membros assegurarão, salvo acordo em contrário das partes que não sejam consumidores, e antes de ser dada a ordem de encomenda pelo destinatário do serviço, que, no mínimo, o prestador de serviços preste em termos exatos, compreensíveis e inequívocos, a seguinte informação:

- a) As diferentes etapas técnicas da celebração do contrato;
- b) Se o contrato celebrado será ou não arquivado pelo prestador do serviço e se será acessível;
- c) Os meios técnicos que permitem identificar e corrigir os erros de introdução anteriores à ordem de encomenda;
- d) As línguas em que o contrato pode ser celebrado.

2. Os Estados-Membros assegurarão, salvo acordo em contrário das partes que não sejam consumidores, que o prestador indique os eventuais códigos de conduta de que é subscritor e a forma de consultar eletronicamente esses códigos.

3. Os termos contratuais e as condições gerais fornecidos ao destinatário têm de sê-lo numa forma que lhe permita armazená-los e reproduzi-los.

4. Os n.ºs 1 e 2 não são aplicáveis aos contratos celebrados exclusivamente por correio eletrónico ou outro meio de comunicação individual equivalente.

Artigo 11.º - Ordem de encomenda

1. Os Estados-Membros assegurarão, salvo acordo em contrário das partes que não sejam consumidores, que, nos casos em que o destinatário de um serviço efectue a sua encomenda exclusivamente por meios eletrónicos, se apliquem os seguintes princípios:

- o prestador de serviços tem de acusar a recepção da encomenda do destinatário do serviço, sem atraso injustificado e por meios eletrônicos,

- considera-se que a encomenda e o aviso de recepção são recebidos quando as partes a que são endereçados têm possibilidade de aceder a estes.

2. Os Estados-Membros assegurarão, salvo acordo em contrário das partes que não sejam consumidores, que o prestador de serviços ponha à disposição do destinatário do serviço os meios técnicos adequados, eficazes e acessíveis, que lhe permitam identificar e corrigir erros de introdução antes de formular a ordem de encomenda.

3. O n.º 1, primeiro travessão, e o n.º 2 não são aplicáveis aos contratos celebrados exclusivamente por correio eletrónico ou outro meio de comunicação individual equivalente.

Secção 4: Responsabilidade dos prestadores intermediários de serviços

Artigo 12.º - Simplex transporte

1. No caso de prestações de um serviço da sociedade da informação que consista na transmissão, através de uma rede de comunicações, de informações prestadas pelo destinatário do serviço ou em facultar o acesso a uma rede de comunicações, os Estados-Membros velarão por que a responsabilidade do prestador não possa ser invocada no que respeita às informações transmitidas, desde que o prestador:

a) Não esteja na origem da transmissão;

b) Não selecione o destinatário da transmissão; e

c) Não selecione nem modifique as informações que são objeto da transmissão.

2. As atividades de transmissão e de facultamento de acesso mencionadas no n.º 1 abrangem a armazenagem automática, intermédia e transitória das informações transmitidas, desde que essa armazenagem sirva exclusivamente para a execução da transmissão na rede de comunicações e a sua duração não exceda o tempo considerado razoavelmente necessário a essa transmissão.

3. O disposto no presente artigo não afeta a possibilidade de um tribunal ou autoridade administrativa, de acordo com os sistemas legais dos Estados-Membros, exigir do prestador que previna ou ponha termo a uma infração.

Artigo 13.º - Armazenagem temporária ("caching")

1. Em caso de prestação de um serviço da sociedade da informação que consista na transmissão, por uma rede de telecomunicações, de informações prestadas por um destinatário do serviço, os Estados-Membros velarão por que a responsabilidade do prestador do serviço não possa ser invocada no que respeita à armazenagem automática, intermédia e temporária dessa informação, efetuada apenas com o objetivo de tornar mais eficaz a transmissão posterior da informação a pedido de outros destinatários do serviço, desde que:

- a) O prestador não modifique a informação;
- b) O prestador respeite as condições de acesso à informação;
- c) O prestador respeite as regras relativas à atualização da informação, indicadas de forma amplamente reconhecida e utilizada pelo sector;
- d) O prestador não interfira com a utilização legítima da tecnologia, tal como amplamente reconhecida e seguida pelo sector, aproveitando-a para obter dados sobre a utilização da informação; e
- e) O prestador atue com diligência para remover ou impossibilitar o acesso à informação que armazenou, logo que tome conhecimento efetivo de que a informação foi removida da rede na fonte de transmissão inicial, de que o acesso a esta foi tornado impossível, ou de que um tribunal ou autoridade administrativa ordenou essa remoção ou impossibilitação de acesso.

2. O disposto no presente artigo não afeta a possibilidade de um tribunal ou autoridade administrativa, de acordo com os sistemas legais dos Estados-Membros, exigir do prestador que previna ou ponha termo a uma infração.

Artigo 14.º - Armazenagem em servidor

1. Em caso de prestação de um serviço da sociedade da informação que consista no armazenamento de informações prestadas por um destinatário do serviço, os Estados-Membros velarão por que a responsabilidade do prestador do

serviço não possa ser invocada no que respeita à informação armazenada a pedido de um destinatário do serviço, desde que:

a) O prestador não tenha conhecimento efetivo da atividade ou informação ilegal e, no que se refere a uma ação de indenização por perdas e danos, não tenha conhecimento de fatos ou de circunstâncias que evidenciam a atividade ou informação ilegal, ou

b) O prestador, a partir do momento em que tenha conhecimento da ilicitude, atue com diligência no sentido de retirar ou impossibilitar o acesso às informações.

2. O n.º 1 não é aplicável nos casos em que o destinatário do serviço atue sob autoridade ou controlo do prestador.

3. O disposto no presente artigo não afeta a faculdade de um tribunal ou autoridade administrativa, de acordo com os sistemas legais dos Estados-Membros, exigir do prestador que previna ou ponha termo a uma infração, nem afeta a faculdade de os Estados-Membros estabelecerem disposições para a remoção ou impossibilitação do acesso à informação.

Artigo 15.º - Ausência de obrigação geral de vigilância

1. Os Estados-Membros não impõem aos prestadores, para o fornecimento dos serviços mencionados nos artigos 12.º, 13.º e 14.º, uma obrigação geral de vigilância sobre as informações que estes transmitam ou armazenem, ou uma obrigação geral de procurar ativamente fatos ou circunstâncias que indiquem ilicitudes.

2. Os Estados-Membros podem estabelecer a obrigação, relativamente aos prestadores de serviços da sociedade da informação, de que informem prontamente as autoridades públicas competentes sobre as atividades empreendidas ou informações ilícitas prestadas pelos autores aos destinatários dos serviços por eles prestados, bem como a obrigação de comunicar às autoridades competentes, a pedido destas, informações que permitam a identificação dos destinatários dos serviços com quem possuam acordos de armazenagem.

CAPÍTULO III

APLICAÇÃO

Artigo 16.º - Código de conduta

1. Os Estados-Membros e a Comissão incentivarão:

a) A redação, pelas associações e organizações de comerciantes, profissionais ou de consumidores, de códigos de conduta a nível comunitário, destinados a contribuir para a correta aplicação dos artigos 5.º a 15.º;

b) A transmissão voluntária dos projetos de códigos de conduta, a nível nacional ou comunitário, à Comissão;

c) A acessibilidade, por via eletrônica, dos códigos de conduta nas línguas comunitárias;

d) A comunicação aos Estados-Membros e à Comissão, pelas associações e organizações de comerciantes, de profissionais ou de consumidores, das avaliações da aplicação dos seus códigos de conduta e o impacto desses códigos nas práticas, usos ou costumes relativos ao comércio eletrónico;

e) A redação de códigos de conduta em matéria de proteção dos menores e da dignidade humana.

2. Os Estados-Membros e a Comissão incentivarão a participação das associações e organizações representativas dos consumidores no processo de elaboração e aplicação dos códigos de conduta que dizem respeito aos seus interesses e sejam elaborados de acordo com a alínea a) do n.º 1. Sempre que adequado, as associações representativas dos deficientes visuais e outros deverão ser consultadas para ter em conta as necessidades específicas destes.

Artigo 17.º - Resolução extrajudicial de litígios

1. Os Estados-Membros devem assegurar que, em caso de desacordo entre o prestador de um serviço da sociedade da informação e o destinatário desse serviço, a sua legislação não impeça a utilização de mecanismos de resolução extrajudicial disponíveis nos termos da legislação nacional para a resolução de litígios, inclusive através de meios eletrónicos adequados.

2. Os Estados-Membros incentivarão os organismos responsáveis pela resolução extrajudicial, designadamente dos litígios de consumidores, a que funcionem de forma a proporcionar adequadas garantias de procedimento às partes interessadas.

3. Os Estados-Membros incentivarão os organismos responsáveis pela resolução extrajudicial de litígios a informar a Comissão das decisões significativas tomadas relativamente aos serviços da sociedade da informação, bem como das práticas, usos ou costumes relativos ao comércio eletrónico.

Artigo 18.º - Ações judiciais

1. Os Estados-Membros assegurarão que as ações judiciais disponíveis em direito nacional em relação às atividades de serviços da sociedade da informação permitam a rápida adoção de medidas, inclusive medidas transitórias, destinadas a pôr termo a alegadas infrações e a evitar outros prejuízos às partes interessadas.

2. O anexo da Diretiva 98/27/CE é completado do seguinte modo:

"11. Diretiva 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de Junho de 2000, relativa a certos aspectos legais dos serviços da sociedade da informação, em especial do comércio eletrónico, no mercado interno ('Diretiva sobre o comércio eletrónico') .

Artigo 19.º - Cooperação

1. Os Estados-Membros disporão dos meios apropriados de controlo e de investigação necessários à aplicação eficaz da presente diretiva e assegurarão que os prestadores de serviços lhes comuniquem as informações requeridas.

2. Os Estados-Membros cooperarão com os outros Estados-Membros; para o efeito, designarão um ou mais pontos de contacto, cujos elementos de contacto comunicarão aos demais Estados-Membros e à Comissão.

3. Os Estados-Membros prestarão, com a maior celeridade e de acordo com a sua legislação nacional, a assistência e as informações solicitadas por outros Estados-Membros ou pela Comissão, inclusive pelos meios eletrónicos adequados.

4. Os Estados-Membros estabelecerão pontos de contacto acessíveis pelo menos por via eletrónica, aos quais os destinatários e os prestadores de serviços se podem dirigir para:

a) Obter informações de carácter geral sobre direitos e obrigações em matéria contratual, bem como sobre os mecanismos de reclamação e correção disponíveis em caso de litígio, inclusive sobre os aspectos práticos da utilização desses mecanismos;

b) Obter os elementos de contacto das autoridades, associações ou organizações junto das quais podem obter mais informações ou assistência prática.

5. Os Estados-Membros incentivarão a comunicação à Comissão das decisões administrativas e judiciais significativas tomadas no seu território sobre litígios relativos aos serviços da sociedade da informação, bem como sobre práticas, usos ou costumes relativos ao comércio eletrónico. A Comissão comunicará essas decisões aos outros Estados-Membros.

Artigo 20.º - Sanções

Os Estados-Membros determinarão o regime das sanções aplicáveis às infrações às disposições nacionais adaptadas em aplicação da presente diretiva e tomarão todas as medidas necessárias para garantir a respectiva aplicação. As sanções previstas devem ser efetivas, proporcionadas e dissuasivas.

Capítulo IV DISPOSIÇÕES FINAIS

Artigo 21.º - Relatório

1. Antes de 17 de Julho de 2003 e, seguidamente, de dois em dois anos, a Comissão apresentará ao Parlamento Europeu, ao Conselho e ao Comité Económico e Social um relatório sobre a aplicação da presente diretiva, acompanhado, se for caso disso, de propostas de adaptação à evolução legislativa, técnica e económica dos serviços da sociedade da informação, em especial em matéria de prevenção do crime, de proteção de menores e dos consumidores e ao adequado funcionamento do mercado interno.

2. O referido relatório, ao examinar a necessidade de adaptação da presente diretiva, analisará, em particular, a necessidade de propostas relativas à responsabilidade dos prestadores de hiperligações e de instrumentos de localização,

aos procedimentos de "notice and take down" e à atribuição de responsabilidade após a retirada do conteúdo. O relatório analisará igualmente a necessidade de prever condições suplementares para a isenção de responsabilidades a que se referem os artigos 12.º e 13.º, à luz da evolução da técnica, e a possibilidade de aplicar os princípios do mercado interno às comunicações comerciais não solicitadas por correio eletrónico.

Artigo 22.º - Execução

1. Os Estados-Membros porão em vigor as disposições legislativas, regulamentares e administrativas necessárias para dar cumprimento à presente diretiva, até 17 de Janeiro de 2002. Do fato informarão imediatamente a Comissão.

2. Sempre que os Estados-Membros aprovarem as disposições previstas no n.º 1, estas devem incluir uma referência à presente diretiva ou ser acompanhadas dessa referência na publicação oficial. As modalidades dessa referência serão aprovadas pelos Estados-Membros.

Artigo 23.º - Entrada em vigor

A presente diretiva entra em vigor na data da sua publicação no *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*.

Artigo 24.º - Destinatários

Os Estados-Membros são os destinatários da presente diretiva.

Feito no Luxemburgo, em 8 de Junho de 2000.

Pelo Parlamento Europeu

A Presidente

N. Fontaine

Pelo Conselho

O Presidente

G. d'Oliveira Martins

ANEXO

DERROGAÇÕES AO ARTIGO 3.º

Tal como refere o n.º 3 do artigo 3.º, os n.ºs 1 e 2 desse artigo não são aplicáveis:

- Aos direitos de autor, aos direitos conexos, aos direitos enunciados na Diretiva 87/54/CEE [\(1\)](#) e na Diretiva 96/9/CE [\(2\)](#), bem como aos direitos de propriedade industrial,

- À emissão de moeda eletrônica por instituições relativamente às quais os Estados-Membros tenham aplicado uma das derrogações previstas no n.º 1 do artigo 8.º da Diretiva 2000/46/CE [\(3\)](#),

- Ao n.º 2 do artigo 44.º da Diretiva 85/611/CEE [\(4\)](#),

- Ao artigo 30.º e ao título IV da Diretiva 92/49/CEE [\(5\)](#), ao título IV da Diretiva 92/96/CEE [\(6\)](#), aos artigos 7.º e 8.º da Diretiva 88/357/CEE [\(7\)](#) e ao artigo 4.º da Diretiva 90/619/CEE [\(8\)](#),

- À liberdade de as partes escolherem a legislação aplicável ao seu contrato,

- Às obrigações contratuais relativas aos contratos celebrados pelos consumidores,

- À validade formal dos contratos que criem ou transfiram direitos sobre bens imóveis, sempre que esses contratos estejam sujeitos a requisitos de forma obrigatórios por força da lei do Estado-Membro onde se situa o bem imóvel,

- À autorização de comunicações comerciais não solicitadas por correio eletrónico.

MEDIDA PROVISÓRIA Nº 2.200-2, DE 24 DE AGOSTO DE 2001.

Institui a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil, transforma o Instituto Nacional de Tecnologia da Informação em autarquia, e dá outras providências.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no uso da atribuição que lhe confere o art. 62 da Constituição, adota a seguinte Medida Provisória, com força de lei:

Art. 1º Fica instituída a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil, para garantir a autenticidade, a integridade e a validade jurídica de documentos em forma eletrônica, das aplicações de suporte e das aplicações habilitadas que utilizem certificados digitais, bem como a realização de transações eletrônicas seguras.

Art. 2º A ICP-Brasil, cuja organização será definida em regulamento, será composta por uma autoridade gestora de políticas e pela cadeia de autoridades certificadoras composta pela Autoridade Certificadora Raiz - AC Raiz, pelas Autoridades Certificadoras - AC e pelas Autoridades de Registro - AR.

Art. 3º A função de autoridade gestora de políticas será exercida pelo Comitê Gestor da ICP-Brasil, vinculado à Casa Civil da Presidência da República e composto por cinco representantes da sociedade civil, integrantes de setores interessados, designados pelo Presidente da República, e um representante de cada um dos seguintes órgãos, indicados por seus titulares:

I - Ministério da Justiça;

II - Ministério da Fazenda;

III - Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior;

IV - Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão;

V - Ministério da Ciência e Tecnologia;

VI - Casa Civil da Presidência da República; e

VII - Gabinete de Segurança Institucional da Presidência da República.

§ 1º A coordenação do Comitê Gestor da ICP-Brasil será exercida pelo representante da Casa Civil da Presidência da República.

§ 2º Os representantes da sociedade civil serão designados para períodos de dois anos, permitida a recondução.

§ 3º A participação no Comitê Gestor da ICP-Brasil é de relevante interesse público e não será remunerada.

§ 4º O Comitê Gestor da ICP-Brasil terá uma Secretaria-Executiva, na forma do regulamento.

Art. 4º Compete ao Comitê Gestor da ICP-Brasil:

I - adotar as medidas necessárias e coordenar a implantação e o funcionamento da ICP-Brasil;

II - estabelecer a política, os critérios e as normas técnicas para o credenciamento das AC, das AR e dos demais prestadores de serviço de suporte à ICP-Brasil, em todos os níveis da cadeia de certificação;

III - estabelecer a política de certificação e as regras operacionais da AC Raiz;

IV - homologar, auditar e fiscalizar a AC Raiz e os seus prestadores de serviço;

V - estabelecer diretrizes e normas técnicas para a formulação de políticas de certificados e regras operacionais das AC e das AR e definir níveis da cadeia de certificação;

VI - aprovar políticas de certificados, práticas de certificação e regras operacionais, credenciar e autorizar o funcionamento das AC e das AR, bem como autorizar a AC Raiz a emitir o correspondente certificado;

VII - identificar e avaliar as políticas de ICP externas, negociar e aprovar acordos de certificação bilateral, de certificação cruzada, regras de interoperabilidade e outras formas de cooperação internacional, certificar, quando for o caso, sua compatibilidade com a ICP-Brasil, observado o disposto em tratados, acordos ou atos internacionais; e

VIII - atualizar, ajustar e revisar os procedimentos e as práticas estabelecidas para a ICP-Brasil, garantir sua compatibilidade e promover a atualização tecnológica do sistema e a sua conformidade com as políticas de segurança.

Parágrafo único. O Comitê Gestor poderá delegar atribuições à AC Raiz.

Art. 5º À AC Raiz, primeira autoridade da cadeia de certificação, executora das Políticas de Certificados e normas técnicas e operacionais aprovadas pelo Comitê Gestor da ICP-Brasil, compete emitir, expedir, distribuir, revogar e gerenciar os certificados das AC de nível imediatamente subsequente ao seu, gerenciar a lista de certificados emitidos, revogados e vencidos, e executar atividades de fiscalização e auditoria das AC e das AR e dos prestadores de serviço habilitados na ICP, em conformidade com as diretrizes e normas técnicas estabelecidas pelo Comitê Gestor da ICP-Brasil, e exercer outras atribuições que lhe forem cometidas pela autoridade gestora de políticas.

Parágrafo único. É vedado à AC Raiz emitir certificados para o usuário final.

Art. 6º Às AC, entidades credenciadas a emitir certificados digitais vinculando pares de chaves criptográficas ao respectivo titular, compete emitir, expedir, distribuir, revogar e gerenciar os certificados, bem como colocar à disposição dos usuários listas de certificados revogados e outras informações pertinentes e manter registro de suas operações.

Parágrafo único. O par de chaves criptográficas será gerado sempre pelo próprio titular e sua chave privada de assinatura será de seu exclusivo controle, uso e conhecimento.

Art. 7º Às AR, entidades operacionalmente vinculadas a determinada AC, compete identificar e cadastrar usuários na presença destes, encaminhar solicitações de certificados às AC e manter registros de suas operações.

Art. 8º Observados os critérios a serem estabelecidos pelo Comitê Gestor da ICP-Brasil, poderão ser credenciados como AC e AR os órgãos e as entidades públicos e as pessoas jurídicas de direito privado.

Art. 9º É vedado a qualquer AC certificar nível diverso do imediatamente subsequente ao seu, exceto nos casos de acordos de certificação lateral ou cruzada, previamente aprovados pelo Comitê Gestor da ICP-Brasil.

Art. 10. Consideram-se documentos públicos ou particulares, para todos os fins legais, os documentos eletrônicos de que trata esta Medida Provisória.

§ 1º As declarações constantes dos documentos em forma eletrônica produzidos com a utilização de processo de certificação disponibilizado pela ICP-Brasil presumem-se verdadeiros em relação aos signatários, na forma do art. 131 da Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916 - Código Civil.

§ 2º O disposto nesta Medida Provisória não obsta a utilização de outro meio de comprovação da autoria e integridade de documentos em forma eletrônica, inclusive os que utilizem certificados não emitidos pela ICP-Brasil, desde que admitido pelas partes como válido ou aceito pela pessoa a quem for oposto o documento.

Art. 11. A utilização de documento eletrônico para fins tributários atenderá, ainda, ao disposto no art. 100 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional.

Art. 12. Fica transformado em autarquia federal, vinculada ao Ministério da Ciência e Tecnologia, o Instituto Nacional de Tecnologia da Informação - ITI, com sede e foro no Distrito Federal.

Art. 13. O ITI é a Autoridade Certificadora Raiz da Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.

Art. 14. No exercício de suas atribuições, o ITI desempenhará atividade de fiscalização, podendo ainda aplicar sanções e penalidades, na forma da lei.

Art. 15. Integrarão a estrutura básica do ITI uma Presidência, uma Diretoria de Tecnologia da Informação, uma Diretoria de Infra-Estrutura de Chaves Públicas e uma Procuradoria-Geral.

Parágrafo único. A Diretoria de Tecnologia da Informação poderá ser estabelecida na cidade de Campinas, no Estado de São Paulo.

Art. 16. Para a consecução dos seus objetivos, o ITI poderá, na forma da lei, contratar serviços de terceiros.

§ 1º O Diretor-Presidente do ITI poderá requisitar, para ter exercício exclusivo na Diretoria de Infra-Estrutura de Chaves Públicas, por período não superior a um ano, servidores, civis ou militares, e empregados de órgãos e entidades integrantes da Administração Pública Federal direta ou indireta, quaisquer que sejam as funções a serem exercidas.

§ 2º Aos requisitados nos termos deste artigo serão assegurados todos os direitos e vantagens a que façam jus no órgão ou na entidade de origem, considerando-se o período de requisição para todos os efeitos da vida funcional, como efetivo exercício no cargo, posto, graduação ou emprego que ocupe no órgão ou na entidade de origem.

Art. 17. Fica o Poder Executivo autorizado a transferir para o ITI:

I - os acervos técnico e patrimonial, as obrigações e os direitos do Instituto Nacional de Tecnologia da Informação do Ministério da Ciência e Tecnologia;

II - remanejar, transpor, transferir, ou utilizar, as dotações orçamentárias aprovadas na Lei Orçamentária de 2001, consignadas ao Ministério da Ciência e Tecnologia, referentes às atribuições do órgão ora transformado, mantida a mesma classificação orçamentária, expressa por categoria de programação em seu menor nível, observado o disposto no § 2º do art. 3º da Lei nº 9.995, de 25 de julho de 2000, assim como o respectivo detalhamento por esfera orçamentária, grupos de despesa, fontes de recursos, modalidades de aplicação e identificadores de uso.

Art. 18. Enquanto não for implantada a sua Procuradoria Geral, o ITI será representado em juízo pela Advocacia Geral da União.

Art. 19. Ficam convalidados os atos praticados com base na Medida Provisória nº 2.200-1, de 27 de julho de 2001.

Art. 20. Esta Medida Provisória entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 24 de agosto de 2001; 180^o da Independência e 113^o da República.

FERNANDO HENRIQUE CARDOSO

José Gregori

Martus Tavares

Ronaldo Mota Sardenberg

Pedro Parente