

CENTRO UNIVERSITARIO UNIFACVEST
CURSO DE DIREITO
DANIELE SILVA SOUZA

**A INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR NOS
CONTRATOS ELETRÔNICOS**

LAGES

2019

DANIELE SILVA SOUZA

**A INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR NOS
CONTRATOS ELETRÔNICOS**

Trabalho de Conclusão de Curso de graduação apresentado ao
Centro Universitário UNIFACVEST como parte dos requisitos
para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Prof. Me. Caroline Ribeiro Bianchini

LAGES

2019

DANIELE SILVA SOUZA

A INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR NOS CONTRATOS ELETRÔNICOS

Trabalho de Conclusão de Curso de graduação apresentado ao
Centro Universitário UNIFACVEST como parte dos requisitos
para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.
Prof. Me. Caroline Ribeiro Bianchini

Lages,SC_____/_____/2019. Nota_____

Prof. Me. Caroline Ribeiro Bianchini

Prof. Msc. Caroline Ribeiro Bianchini

LAGES

2019

AGRADECIMENTOS

Primeiramente a Deus, por sempre estar ao meu lado me guiando, e me dando sabedoria para prosseguir nesta longa caminhada.

Aos meus pais Renaldo e Josiane, por todo o amor, dedicação e atenção que me transmitem.

Ao meu esposo Eliezer pela paciência, incentivo e o apoio incondicional.

Aos meus irmãos Daiane e Douglas que são a alegria de meus dias.

A toda minha família, em especial minha tia Denise, Elvis e Maísa, por me ajudarem de forma que serei eternamente grata.

Minha querida Orientadora Prof^ª. Caroline, pelo apoio, compreensão, paciência e dedicação para a conclusão deste trabalho.

Aos estimados Professores do Curso de Direito da Unifacvest, agradeço a vocês mestres por todo o ensinamento prestado durante toda essa jornada acadêmica.

Aos colegas de classe, em especial minhas amigas Aline e Mariana por cada trabalho elaborado juntas e a cada informação compartilhada durante a jornada.

E agradeço, também, a todos aqueles que, de alguma forma, fizeram-se presentes nesta etapa de minha vida, para que a realização de mais este sonho se concretizasse.

“Que os vossos esforços desafiem as impossibilidades, lembrai-vos de que as grandes coisas do homem foram conquistadas do que parecia impossível.”

Charles Chaplin

A INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR NOS CONTRATOS ELETRÔNICOS

Daniele Silva Souza¹

Caroline Ribeiro Bianchini²

RESUMO

Trata-se de Trabalho de Conclusão de Curso sobre a Incidência do Código de Defesa do Consumidor nos Contratos Eletrônicos, bem como sua aplicação no direito do consumidor como mecanismo para equilibrar e equalizar a relação havida entre a pessoa do consumidor e fornecedores de produtos e serviços visto ser indiscutível a grande inferioridade e vulnerabilidade da sociedade consumidora em comparação ao mercado de consumo, apresentando alguns princípios e elementos fundamentais para sua efetivação, podendo-se dizer que o Código de Defesa do Consumidor no Brasil foi um divisor de águas em benefício da sociedade consumidora, protegendo e resguardando os direitos do mais frágil. E como resultado pode-se observar que o ordenamento jurídico ainda precisa rapidamente se adequar a uma nova geração tecnológica que vem avançando cada dia mais, levando os consumidores a novas oportunidades de comprar ou contratar algo sem precisar sair de casa, por isso a importância da Lei estar juntamente com os consumidores e também os fornecedores, de forma mais ágil, que traga tranquilidade para ambas as partes.

Palavras chave: Direito Constitucional. Código de Defesa do Consumidor. Contrato Eletrônico. Igualdade. Vulnerabilidade. Princípio.

¹Acadêmico (a) do Curso de Direito, 10ª fase, do Centro Universitário UNIFACVEST.

²Prof. Mestre em Direito, do corpo docente do Centro Universitário UNIFACVEST.

IMPACT OF CONSUMER PROTECTION CODE ON ELECTRONIC CONTRACTS

Daniele Silva Souza³

Caroline Ribeiro Bianchini⁴

ABSTRACT

This is the Final Paper on the Incidence of the Consumer Protection Code in Electronic Contracts, as well as its application in consumer law as a mechanism to balance and equalize the relationship between the person of the consumer and suppliers of products and services. As the consumer society's great inferiority and vulnerability in relation to the consumer market is unquestionable, presenting some principles and fundamental elements for its implementation, it can be said that the Consumer Protection Code in Brazil was a watershed for the benefit of society. consumer, protecting and safeguarding the rights of the most fragile. And as a result it can be seen that the legal system still needs to quickly adapt to a new technology generation that is increasingly advancing, leading consumers to new opportunities to buy or hire something without having to leave home, so the importance of It is law to be together with consumers and also suppliers, in a more agile way that brings tranquility to both parties.

Keywords: Constitutional Law. Consumer Protection Code. Electronic Contract. Equality. Vulnerability. Principle.

³Law School undergraduate student, 10^o period, University Center UNIFACVEST.

⁴Law School professor, University Center UNIFACVEST.

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando o Centro Universitário UNIFACVEST, a coordenação do curso de Direito, o orientador do trabalho e demais membros da banca examinadora de toda e qualquer responsabilidade acerca do mesmo.

Lages, 01 de dezembro de 2019

DANIELE SILVA SOUZA

SUMÁRIO

| | |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| 1 INTRODUÇÃO..... | 10 |
| 2 PRINCÍPIOS DA TEORIA GERAL DOS CONTRATOS | 12 |
| 2.1 Definição | 12 |
| 2.2 Elementos | 13 |
| 2.3 Princípios fundamentais do direito contratual | 14 |
| 2.3.1 Princípio da autonomia da vontade | 16 |
| 2.3.2 Função social do contrato | 17 |
| 2.3.3 Boa-fé contratual..... | 19 |
| 2.3.4 Equilíbrio contratual..... | 20 |
| 3 CONTRATOS ELETRÔNICOS..... | 23 |
| 3.1 Definição | 23 |
| 3.2 Classificação | 24 |
| 3.2.1 Contratos eletrônicos intersistêmicos..... | 24 |
| 3.2.2 Contratos eletrônicos interpessoais | 25 |
| 3.2.3 Contratos eletrônicos interativos..... | 26 |
| 3.3 Formação dos contratos eletrônicos | 27 |
| 3.3.1 Negociações Preliminares..... | 28 |
| 3.3.2 Oferta ou policação | 30 |
| 3.3.3 Aceitação ou oblação..... | 31 |
| 3.4 Validade dos contratos eletrônicos | 32 |
| 4 APLICAÇÃO DAS NORMAS DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR AOS CONTRATOS ELETRÔNICOS..... | 34 |
| 4.1 Relação jurídica de consumo | 34 |
| 4.2 Contratos eletrônicos como contratos de adesão | 36 |
| 4.3 Equiparação dos contratos eletrônicos aos contratos a distância..... | 38 |
| 4.4 Responsabilidade dos participantes da cadeia de fornecimento | 39 |
| 5 CONCLUSÃO..... | 43 |

| | |
|-------------------------|-----------|
| REFERÊNCIAS..... | 44 |
|-------------------------|-----------|

1 INTRODUÇÃO

A presente monografia apresenta como objetivo institucional, cumprir requisitos para a conclusão do curso de Direito do Centro Universitário Unifacvest, apresentando como tema A incidência do Código de Defesa do Consumidor nos contratos eletrônicos.

A presente pesquisa tem importância devido à facilitação do consumidor em fazer suas negociações, usando a internet como instrumento intermediador, principalmente quando se trata de consumidor e contratos eletrônicos.

O contrato tem como origem *contractus* vindo do latim, traz o sentido de ajuste, convenção ou pacto. Criado na Roma Antiga, os romanos foram os primeiros a se manifestar no uso deste instrumento, sendo naquela época chamado de rigor formal. No entanto, no Brasil este conceito já se encontra superado.

Quando se fala Direito do Consumidor, trata-se de uma garantia constitucional que está intrínseca na Constituição Federal de 1988, que adotou como princípio fundamental estampado no art.5º. XXXII, assegurando a defesa do consumidor.

Deste modo, a inclusão da defesa do consumidor como direito fundamental, associa o Estado e os demais operadores a aplicar e efetivar a defesa deste ente frágil, considerado mais fraco na sociedade. Trazendo mais segurança e tranquilidade aos consumidores que fazem suas compras por meios eletrônicos.

Entretanto, os contratos eletrônicos decorrem da utilização dos computadores sendo utilizado como meio de manifestação e de instrumentalização da vontade das partes. Para que os contratos tenham validade e regulem as obrigações dos consumidores, é necessário que os fornecedores lhes faça tomar total conhecimento efetivo de todos os seus direitos e deveres.

O princípio fundamental da dignidade e honra da pessoa humana, é inconciliável com disposições contratuais desiguais, no âmbito das relações de consumo podem ocorrer violações a dignidade da pessoa, principalmente quando tais violações ferem os direitos da personalidade do consumidor.

A pesquisa encontra como marco inicial o questionamento sobre quais as normas que devem reger os contratos eletrônicos que envolvam as relações de consumo?

O objetivo geral da monografia é apresentar um paralelo sobre os contratos eletrônicos e sua aplicabilidade da legislação vigente, nas relações de consumo firmadas através dos meios eletrônicos, e como objetivo específico, analisar a inaplicabilidade das normas, mostrando a necessidade da incidência do código de defesa do consumidor nos contratos eletrônicos.

Em relação à abordagem da temática estudada, será utilizado o método dedutivo, mediante a elaboração de um problema com a finalidade de se deduzir o conhecimento a partir das premissas utilizadas no presente estudo.

Foi utilizada uma revisão bibliográfica onde se trouxe diferentes autores que escrevem sobre o assunto se configurando num compendio de informações bem como uma busca acerca dos entendimentos jurisprudenciais para entender na prática como os tribunais vem tratando o tema.

Para melhorar a compreensão do tema, no primeiro capítulo, será desenvolvido um estudo sobre os princípios da teoria geral dos contratos, apresentando seus aspectos históricos e jurídicos bem como trazendo algumas considerações em seu aspecto constitucional.

No segundo capítulo, será abordada sobre os contratos eletrônicos, destacando alguns princípios norteadores que são de suma importância para o entendimento do tema.

No terceiro capítulo, por fim, após a compreensão da aplicação das normas do código de Defesa do Consumidor, será evidenciado sobre os contratos eletrônicos, demonstrando sua aplicabilidade e responsabilidade.

2 PRINCÍPIOS DA TEORIA GERAL DOS CONTRATOS

Ao adentrar no tema, faz-se necessário colocar em pauta os princípios básicos dos contratos, que assegura ao consumidor o direito ao pleno conhecimento do contrato, antes de obrigá-lo a ele, não sendo somente prévio, mas também adequado às condições sociais e culturais de cada consumidor. Para se compreender sobre os contratos em geral é primordial trazer a sua definição e conseqüentemente seus atributos gerais.

2.1 Definição

A definição do conceito contrato, introduzido na maioria dos códigos civis elaborados no início do século, concebido com o acordo de vontade de duas ou mais pessoas que visa a constituir, a regular ou a extinguir uma relação jurídica. Segundo Pereira (2006, p.07):

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

Verifica-se que contrato é um trato em que duas ou mais pessoas assumem certos compromissos ou obrigações, ou que asseguram entre si algum direito, seguido de alguns princípios fundamentais. De acordo com Garcia (2000, p.17), contrato é:

Uma espécie de negócio jurídico de natureza bilateral ou plurilateral, dependendo, para sua formação, do encontro da vontade das partes. Destinando a produzir efeitos jurídicos, este acordo de vontade não se obtém de forma instantânea. Ressalvados os casos de pequenos negócios, geralmente a contratação é precedida de uma série de providências tendente a analisar a conveniência e viabilidade de contrato de formação.

O contrato na sociedade moderna representa um importante instrumento jurídico de transferências de riqueza, tendo como critério maior relevância que diferencia a sociedade moderna das sociedades antigas. Pode-se chamar atenção para as observações, no que concerne o contrato visto como espécie de negócio jurídico. De acordo com Silveira (2002, p.12):

As duas grandes vertentes quando se trata de definir o que seja o contrato. Há uma corrente que amplia o conceito ao firmar que contratos são todos os atos jurídicos bilaterais e patrimoniais; outra corrente restringe este conceito, utilizando-o apenas para designar os negócios jurídicos bilaterais criadores de obrigações.

Compreende-se que o negócio jurídico é um ato dirigido a um fim determinado. No entanto, podemos dizer que a expressão Contrato refere-se a uma manifestação de vontades

entre as partes contratantes do negócio jurídico. Segundo Diniz (2008, p.30): “Contrato é o acordo de duas ou mais vontades, na conformidade da ordem jurídica, destinado a estabelecer uma regulamentação de interesses entre as partes, com o escopo de adquirir, modificar ou extinguir relações jurídicas de natureza patrimonial.”

O contrato expressa sobre si um ato de fidelidade no negócio jurídico, dando as partes mais confiança e segurança, pois caso contrário sofre as sanções por não cumprimento de suas obrigações.

Neste viés, o contrato pode ser definido, como sendo um acordo de vontades, na conformidade da lei, e com a finalidade de adquirir, resguardar, transferir, conservar, modificar ou extinguir direitos, ou em outras palavras, com a finalidade de produzir efeitos jurídicos.

2.2 Elementos

Os contratos se catalogam em função de sua formação, das obrigações que resultam das vantagens que podem trazer para as partes. Nos contratos existem dois tipos de elementos, o estrutural, isto é, a alteridade, pois o contrato, como negócio jurídico bilateral e plurilateral, requer a fusão de duas ou mais vontades contrapostas. De acordo com Tartuce (2014, p.27):

O contrato constitui um negócio jurídico bilateral ou plurilateral. Assim sendo, elementos constitutivos dos negócios jurídicos em geral. É fundamental lembrar que o contrato apresenta ainda elementos naturais que o identificam e o diferenciam de outros negócios. É o caso do preço, elemento natural da compra e venda e do aluguel.

Os contratos, portanto tem seus elementos exigidos para a sua formação, do papel que possuem na relação jurídica, da forma de execução, com a pessoa com quem se contrata, e se é legal ou não. Nesse momento, vem à tona um dos principais problemas aos quais envolvem os contratos eletrônicos, haja vista que as partes não estão fisicamente presentes no momento da contratação. Como menciona Andrade (2001, p.569):

Discute-se, porém, a questão da identificação das partes contratantes. Como saber se a pessoa com quem negociamos é realmente quem ela diz que é? De que forma comprovar que Fulano é realmente Fulano, e não Beltrano? Quais as garantias que nos são oferecidas para termos a certeza de aquela loja virtual, a qual fornecemos os números do nosso cartão de crédito, efetivamente é uma loja e não uma quadrilha que vai usar o número do cartão para o fomento do tráfico de drogas internacional?! Várias são as questões. Todas elas tratam, no entanto de uma mesma problemática: a autenticidade dos sujeitos nas relações virtuais.

Nesse sentido, percebe-se a grande importância da identificação correta das partes no momento da contratação, com todos os elementos expostos facilita na proteção e não acaba

recaindo em problemas cruciais. Os elementos estão relacionados ao objeto do contrato, que deve ser objeto lícito, possível e determinado. Como bem nos esclarece Leal (2007, p.143):

As principais modalidades de contratos eletrônicos via internet tem por objeto a compra e a venda de produtos em geral, a hospedagem de in formação, licenciamento de software, contratos bancários (pagamento de títulos, empréstimos e financiamento), jogos e entretenimento e compra e venda de valores mobiliários.

Diante o exposto acima, pode-se destacar os requisitos presentes na maioria dos contratos bilaterais, esses são o conteúdo e cláusulas do contrato, sendo o contrato instrumentalizado apresentando-se sob a forma de diversas disposições.

Numa primeira parte, deve conter a qualificação das partes, o objeto do contrato, contendo o motivo que levou as partes a contratar. Num segundo momento o contrato deve conter as cláusulas que servirão para individualizar e estabelecer os direitos e deveres assumidos pelas partes. Sobre as cláusulas nos orienta Silveira (2000, p.39):

As cláusulas do contrato podem ser classificadas em essenciais, naturais e acidentais. As cláusulas essenciais são aquelas sem as quais o contrato não existe como a que estabelece o preço num contrato de locação. As naturais são as que estabelecem obrigações impostas pela lei para determinados tipos de contratos. As acidentais são cláusulas que estabelecerão obrigações acessórias à principal, como as condições suspensiva ou resolutive.

Outro requisito é a causa do contrato, que difere do objeto do contrato. A causa é o fim imediato, o motivo do contrato, a finalidade pretendida pelas as partes com a sua celebração. O objeto é o conjunto dos atos que as partes se comprometeram a praticar esgotando-se nestes atos.

E a vontade, este requisito que depende da declaração de vontade convergente e coincidente. Entende-se a proposta com o a declaração de vontade da parte que tem a iniciativa do contrato. Para que o contrato se aperfeiçoe, declaração e vontade devem coincidir quanto ao conteúdo das respectivas declarações.

2.3 Princípios fundamentais do direito contratual

Os princípios do direito contratual é um dos mais importantes instrumentos, que visa o interesse entre as partes em um contrato. Nesse seguimento, pondera que os princípios são regramentos básicos aplicáveis a um determinado instituto jurídico.

Trata-se de normas de grande generalidade, expressas em dispositivos de direito positivo ou deles extraídas por via argumentativa, as quais ajudam a nortear os juízes na apreciação de demandas que versam sobre a existência, validade e cumprimento de contratos.

Deste modo, as partes se vinculam ao que se contrata, obrigando-a cumprir a declaração externada nos seus exatos termos, mesmo que, no momento da execução, o

contrato não mais lhes interesse como havia interessado na contratação. De acordo com Coelho (2012, p.71-72):

As partes vinculam-se ao que contratam, no sentido de ficarem obrigados a entregar a prestação (dar, fazer ou não fazer) nos exatos termos da declaração negocial expandida. O princípio da vinculação das partes ao contrato não é só imperativo moral (cumprir a palavra empenhada), mas também elemento estrutural da economia (impede ou atenua frustrações no planejamento dos diversos sujeitos de direito relativo às suas obrigações).

Entre esses princípios, está também o da Supremacia da ordem pública, este que decorre do princípio da autonomia de vontade, dando prevalência ao interesse público. Tendo origem no século passado, tendo em virtude da crescente industrialização na qual se observa a ampla liberdade de contratar, resultando em grandes desequilíbrios contratuais, prevalecendo à exploração do economicamente mais fraco. Esclarece-nos Fida Orlando e Albuquerque (2011, p.37-38):

A regra ditada pela autonomia da vontade sofre naturais limitações, sempre que os interesses sociais e morais sejam postos em um segundo plano para prevalecer à vontade dos contratantes. Assim, toda vez que o negócio jurídico particular contrair os bons costumes, bem como a ordem pública, o interesse das partes contratantes é preferido para dar guarida ao bem-estar social.

Portanto, às determinações da lei de ordem pública se somam os preceitos da moral, dos bons costumes, que impõem aos indivíduos a barreira natural ao princípio da autonomia da vontade. No mesmo sentido dos princípios, temos a obrigatoriedade, este que se deve cumprir com o que foi acordado, sobre a obrigação conceitua Beviláqua (1977, p.14):

Obrigação é a rela o transitória de direito, que nos constringe a dar, fazer ou não fazer alguma coisa, em regra economicamente apreciável, em proveito de alguém que, por ato nosso ou de alguém conosco juridicamente relacionado, ou em virtude da lei, adquiriu o direito de exigir de nós essa a o ou omissão.

No princípio da obrigatoriedade dos contratos, todo aquele que contratar fica obrigado a cumprir a avença, denota-se que pelo princípio da obrigatoriedade dos contratos. Segundo Tartuce (2015, p.464):

Anote-se que o princípio da força obrigatória como regra máxima tinha previsão já no direito romano, segundo o qual deveria prevalecer o *pacta sunt servanda*, ou seja, a força obrigatória do estipulado no pacto. Não poderia, portanto, sem qualquer razão plausível, ser o contrato revisto ou extinto, sob pena de acarretar insegurança jurídica ao sistema.

Este princípio deve ser cumprido na sua total integridade, em razão da manifesta o livre da vontade   forma o do negócio jurídico. E se caso verificar inadimplência por qualquer das partes, a outra poderá se socorrer do remédio jurídico aplicável   espécie.

Conforme Diniz (2006, p.83):

Da obrigatoriedade da convenção, pelo qual as estipulações feitas no contrato deverão ser fielmente cumpridas (*pacta sunt servanda*), sob pena de execução patrimonial contra o inadimplente. Isto é assim porque o contrato, uma vez concluído livremente, incorpora-se ao ordenamento jurídico, constituindo uma verdadeira norma de direito, autorizando, portanto, o contratante a pedir a intervenção estatal para assegurar a execução da obrigação porventura não cumprida segundo a vontade que a constituiu.

Dessa forma, sendo de suma importância o princípio da obrigatoriedade dos contratos, deve ser interpretado sob a luz da equidade contratual, da boa-fé objetiva e da função social do contrato.

2.3.1 Princípio da autonomia da vontade

Esse é o princípio pelo qual o sujeito de direito, pode decidir e escolher se quer contratar, com quem quer contratar, como irá contratar, e quais conteúdos serão firmados entre as partes, tendo plena liberdade. Neste mesmo sentido Gonçalves (2011, p.18) nos esclarece: “O princípio da autonomia de vontade significa ampla liberdade de contratar. Tem as partes a faculdade de celebrar ou não contratos, sem qualquer interferência do Estado. Podem celebrar contratos nominados ou fazer combinações, dando origem a contratos inominados.”

Nesse entendimento entende-se que o sujeito tem plena autonomia, ele tem a vontade e pode escolher contratar ou não, e se contratar escolherá todos os itens que farão parte do contrato, sobre tudo com quem ele quer contratar, sendo este baseado na vontade humana, sendo uma força compulsória que constitui as relações contratuais. De acordo com Diniz (2008, p.40):

O princípio da autonomia da vontade significa dizer que as partes podem acordar livremente, como melhor lhes convier, mediante acordo das vontades, a disciplina de seus interesses, provocando efeitos tutelados pela ordem jurídica, abarcando, além da liberdade de criação do contrato, a liberdade de contratar ou não contratar de escolher o outro contratante e de fixar o conteúdo.

Essa autonomia de vontade atualmente poderia ser traduzida pela liberdade de contratar, esse era o termo utilizado nos idos do Código Civil de 1916, e num período anterior à Constituição Federal de 1988. Pois naquele período, o liberalismo e o individualismo imperavam no direito, portanto as partes eram de fato livres para contratar. Segundo Mendonça (1957, p.28): “O domínio da vontade dos contratantes foi uma conquista advinda de um lento processo histórico, culminando com o “respeito à palavra dada”, principal herança dos contratos romanos e expressão propulsora da ideia central de contrato como fonte obrigacional.”

Acontece que nos dias atuais depois da promulgação da Constituição Federal, na busca do estado social e, sobretudo após a edição de código civil de 2002, tendo por base o pilar da sociedade, essa liberdade de contratar que chamamos de autonomia da vontade, retrata uma liberdade coletiva do sujeito, no que diz respeito à autonomia para contratar. De acordo com Gomes (1983, p.81-82):

A liberdade de contratar deve ser vista nas seguintes acepções: 1º) a liberdade de contratar ou deixar de contratar; 2º) a liberdade de negociar e determinar o conteúdo do contrato; 3) a liberdade de celebrar contratos atípicos; 4) a liberdade de escolher o outro contratante; 5) a liberdade de modificar o esquema legal do contrato; 6) a liberdade de agir por meio de substitutos e 7º a liberdade de forma.

Portanto aquela liberdade de contratar que existia em 1916 no Código Civil, num período liberalista e individualista, atualmente está relativamente visada, tanto que o princípio se chama autonomia da vontade, porque essa autonomia pode ser traduzida pela liberdade de contratar, que será exercida em razão e nos limites da função social dos contratos. Segundo Fiuza (2010, p.406): “É o mais importante princípio. É aquele que faculta às partes total liberdade para concluir seus contratos. Funda-se na vontade livre, na liberdade de contratar. O contrato é visto como fenômeno da vontade e não como fenômeno econômico-social.”

Essa função social dos contratos limita a vontade das partes a arrasar a vontade exatamente para que se possa preservar este estado social, assim pode-se firmar o equilíbrio social e econômico nas relações contratuais.

2.3.2 Função social do contrato

Essa ideia de função social dos contratos está materializada no nosso código civil de 2002, em seu art. 421, que dispõe sobre “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”. Isso significa que os contratantes tem toda liberdade para contratar, mas que tem algumas regras quando se trata do objeto ou também do conteúdo do contrato. Conforme Tartuce (2014, p.60):

Os contratos devem ser interpretados de acordo com a concepção do meio social onde estão inseridas, não trazendo onerosidade excessiva as partes contratantes, garantindo que a igualdade entre elas seja respeitada, mantendo a justiça contratual e equilibrada a relação onde houver a preponderância da situação de um dos contratantes sobre a do outro. Valoriza-se a unilateral vedada expressamente pela própria codificação, nos seus arts. 884 a 886. Por esse caminho, a função social dos contratos visa a proteção da parte vulnerável da relação contratual.

A função social do contrato atinge diretamente a concepção da prevalência dos interesses coletivos frente aos individuais. O contrato serve como circulação de riquezas, para alcançar fins comuns, caso isso não aconteça, não está respeitando a função social. Esclarece-

nos Fiuza (2010, p.411): “Os contratos são instrumentos de movimentação da cadeia econômica, de geração e de circulação de riquezas. É por seu intermédio que a economia se movimenta. Eles geram empregos, criam oportunidades para a promoção do ser humano. Nisto reside sua função social.”

A idealização fundamental existente por trás da função social do contrato é a limitação e autonomia da vontade quando tal autonomia esteja em confronto com o interesse social. Assim a função social do contrato possui dois desdobramentos, sendo o primeiro sobre a relação das partes, e o segundo a relação dos contratantes com terceiros com a sociedade.

Segundo Castro (2011, p.139):

Todos os direitos existem com uma finalidade. O titular de um direito não pode agir de modo manifestante contrário ao objetivo e razão de ser norma legal, entortando-a. em todos os casos em que isso acontece, ocorre o abuso do direito. A posição, que aparentemente seria de respaldo jurídico, passa a ser ato ilícito.

Na relação do contrato com terceiros, o contrato não pode ser fonte de prejuízo para a sociedade. A função social somente estará cumprida quando sua finalidade estiver de forma justa, representando assim o contrato fonte de equilíbrio social.

Na teoria de Theodoro Júnior (2004, p.35), fica evidenciada a magnitude da função social no âmbito contratual:

A função social do contrato consiste em abordar a liberdade contratual em seus reflexos sobre a sociedade (terceiros) e não apenas no campo das relações entre as partes que o estipulam (contratantes). Quando em seu art. 421 do novo Código brasileiro fala em função social, para o contrato está justamente cogitando dos seus efeitos externos, isto é, daqueles que podem repercutir na esfera de terceiros.

A função social do contrato, portanto desafia a concepção clássica de que os contratantes tudo podem fazer, pois estão na prática da autonomia de vontade. Reconhecendo esta que a autonomia da vontade é limitada pela função social do contrato, dada à repercussão da relação contratual.

Segundo Loureiro (2010, p.369):

A inclusão do conceito função social do contrato significa que o legislador pretende, sem prejudicar a autonomia da vontade, garantir o equilíbrio contratual e preservar o interesse da sociedade quando em contraste com interesse individual, tal como já ocorre com a previsão da função social da propriedade, que legitima o instituto da desapropriação.

Em suma, a função social do contrato representa um poder-dever positivo a ser exercido no interesse da sociedade. As partes tem a liberdade de estipular o que lhes for mais conveniente, no que tange à circulação da riqueza e nas trocas patrimoniais, desde que observado o interesse maior da sociedade.

2.3.3 Boa-fé contratual

Este princípio está disciplinado no art. 422 do Código Civil, no qual foi uma importante inovação na esfera contratual. Sua redação traz: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

Segundo Fiuza (2010, p.414):

O princípio da boa-fé contratual diz respeito à boa-fé objetiva. É dever imposto às partes agir de acordo com certos padrões de correção e lealdade. Em sua função interpretativa, o princípio manda que os contratos devam ser interpretados de acordo com seu sentido objetivo aparente, salvo quando o destinatário conheça a vontade real do declarante.

Este princípio remete à ética e moral, e importa esclarecer que a ‘boa-fé’ pode ser subjetiva ou objetiva, uma vez que não são a mesma coisa. Há conformidades entre os doutrinadores a separação da boa-fé em objetiva e subjetiva.

Gagliano e Pamplona Filho (2008, p.64-65) assim as descrevem:

Faz-se necessário que estabeleçamos uma diagnose diferencial entre a boa-fé objetiva e a boa-fé subjetiva. Esta última, de todos conhecida por estar visivelmente presente no Código Civil de 1916, consiste em uma situação psicológica, um estado de ânimo ou de espírito do agente que realiza determinado ato ou vivencia dada situação, sem ter ciência do vício que a inquina. Em geral, esse estado subjetivo deriva do reconhecimento da ignorância da agente a respeito de determinada circunstância [...] Distingue-se, portanto, da boa-fé objetiva, a qual, tendo natureza de princípio jurídico – delineado em um conceito jurídico indeterminado, consiste em uma verdadeira regra de comportamento, de fundo ético e exigibilidade jurídica.

A boa-fé subjetiva como a própria nomenclatura evidencia, tem uma conotação de subjetividade de caráter interno ou psicológico. Pode se descrever em um sujeito que age de boa-fé subjetiva, quando ele acredita estar agindo conforme a moral, o direito e os bons costumes.

Segundo Venosa (2013, p.379):

Na boa-fé subjetiva, o manifestante de vontade crê que sua conduta é correta, tendo em vista o grau de conhecimento que possui de um negócio. Para ele há um estado de consciência ou aspecto psicológico que deve ser considerado. A boa fé objetiva, por outro lado, tem compreensão diversa. O intérprete parte de um padrão de conduta comum, do homem médio, naquele caso concreto, levando em consideração os aspectos sociais envolvidos. Desse modo, a boa-fé objetiva se traduz de forma perceptível como uma regra de conduta, um dever de agir de acordo com determinados padrões sociais estabelecidos e reconhecidos.

Porém, com a evolução do direito, com as massificações das relações jurídicas, principalmente no âmbito contratual, passou a ser exigida uma conduta materializada, a boa-fé objetiva criou uma nova concepção.

De acordo com Sant’Anna (2004, p.43):

A boa-fé apresenta sob dois aspectos: boa-fé subjetiva- referindo-se a aspectos internos dos sujeitos, ao estado de desconhecimento ou compreensão equivocada acerca de determinado fato (presente no código de 1916); a boa-fé objetiva- novidade no atual Código estabelece um padrão de comportamento externo, devendo-se observar os fatores concretos de cada caso, a fim de se identificar a ação apropriada do homem correto, leal, honesto, probo, normalmente esperada pela sociedade.

Passou a ser um comando comportamental, um dever de conduta, desta forma se pode definir o princípio da boa-fé objetiva como um comportamento materializado, ou seja, uma conduta esperada e desejada.

Este princípio é estruturado no ideal de honestidade, lealdade e propriedade, é essa a estrutura principal deste princípio. Segundo Martins-Costa (1999, p.437-438):

A boa-fé objetiva teria, então, a função de criação de deveres jurídicos, eis que implica a observância de deveres que extrapolam os deveres principais ou deveres primários de prestação (exemplo, entregar a coisa e pagar o preço na compra e venda, ou a cessão de uso de pagamento de aluguel na locação), quais sejam: os deveres secundários e os deveres laterais, anexos ou instrumentais que variam conforme o caso concreto, ficando a cargo tanto do devedor quanto do credor.

Deste modo, atualmente inclui-se a boa-fé dentre os elementos que formam o *corpus* do negócio (sujeitos, vontades, objeto ou conteúdo e boa-fé), não mais ocupando o posto a medir a validade do negócio (grau de validade), o que implicaria se apontar um contrato conforme a boa-fé. Conforme ensina Loureiro (2010, p.378): “A boa-fé objetiva caracteriza-se pela imposição de deveres, expressando-se na lealdade, na honestidade, na probidade e na confiança em um comportamento. A parte, em todas as fases do contrato, portanto, tem o dever de agir de acordo com esses comportamentos.”

Neste propósito, a construção legal trazida pelo Código de Defesa do Consumidor, lançou mão da nulidade do contrato celebrado sem o respeito à boa-fé, o que se nota a simples leitura do seu artigo 51, caput, inciso IV, enquadrando-a, assim, no plano da invalidade do negócio jurídico.

Portanto, fica claro a importância desde princípio da boa-fé contratual, com ampla incidência dentro do direito civil e no direito do consumidor, como também em vários ramos desta área, se tornando um princípio de grande relevância em nossa sociedade.

2.3.4 Equilíbrio contratual

Este princípio do equilíbrio contratual refere-se ao cuidado entre as partes quando forem firmar seus compromissos. Deve ser observado se está no equilibrado de modo igualitário, não podendo haver mais obrigação para uma das partes do que para a outra, nem

muito direito para uma e menos para a outra, por isso a importância deste princípio. Orientamos Rocha (2018, p.19) que:

O princípio do equilíbrio contratual supera a ideia da igualdade formal entre os contratantes e passa a ser regido pelo princípio constitucional da igualdade substancial. Desta maneira, salienta-se que quando se percebe uma situação de inferioridade dentre um dos contratantes, e que isso pode incorrer em prejuízos a ele, faz-se necessário à aplicação da ponderação, por intermédio do princípio do equilíbrio contratual.

O princípio do equilíbrio contratual se aproxima da ideia de equidade, pois quando ocorre algum desvio, desvirtuamento ou desequilíbrio contratual, o princípio adentra para reestabelecer a proporção, o meio-termo entre as prestações e contraprestações. Para elucidar esse entendimento. Segundo Martins (2009, p.105):

Para o Estado Liberal, a equivalência das prestações era indiferente ao sistema, porque ganhar muito ou perder tudo fazia parte do livre jogo liberal do contrato, com a concepção social a equivalência objetiva das prestações retorna ao programa das disciplinas contratuais como princípio de justiça.

No estado social, o contrato passa a ser objeto da justiça comutativa, cabendo à proteção do equilíbrio contratual entre as partes, assim como a tutela em face de qualquer fato exterior que possa mitigar ou pôr em risco a troca mútua. Objetivando disciplinar os conflitos de interesse que surgem em razão de um desequilíbrio contratual. Conforme Lehmann (1956, p.579):

Essa preocupação se deve de que, na realidade, a liberdade deve ser respeitada, haja vista que o regime econômico e jurídico brasileiro contém a livre iniciativa, porém essa autonomia mal empregada coloca em risco e perigo a própria liberdade, por isso o culto à liberdade contratual absoluta pode resultar em prejuízo econômico ao indivíduo, se não forem aplicados em conjunto os princípios do equilíbrio contratual, da boa-fé objetiva e da função social do contrato.

Desta forma, o princípio do equilíbrio contratual, ao ser implementado, necessita de critérios norteadores para sua efetivação, pois do contrário resultaria em uma aplicação abstrata. Critérios como aferir a natureza e a finalidade contratual são de suma importância, pois permite que o princípio seja efetivado dentro do justo e plausível, sem cometer abusos e sem adentrar de maneira a violar a autonomia contratual. Pode ter dois sentidos segundo Zanetti (2012, p.230):

A) Sentido preventivo, que irá direcionar a conduta dos contratantes, através da hiperatividade da lei; b) sentido repressivo, que irá atuar na revisão ou rescisão contratual, conforme o nível de desproporção no contrato. A norma jurídica atua como limite nas relações contratuais, devido ao seu caráter preventivo/educativo, que faz com que os contratantes respeitem antes de agir a norma legal.

Vale destacar que os princípios gerais dos contratos, entendidos como normas contratuais, como boa-fé objetiva e função social do contrato também representam limites na atuação do princípio do equilíbrio contratual.

Conclui-se que os critérios da proporcionalidade, da razoabilidade, da aferição da natureza e da finalidade contratual, e, o critério da lei são balizas à concretização do princípio do equilíbrio contratual, critérios esses que não se exaurem, são exemplificados de limites utilizados na consolidação do princípio.

3 CONTRATOS ELETRÔNICOS

Fundada a parte de princípios da teoria geral dos contratos, bem como apresentado de forma esclarecedora, adentraremos na presente pesquisa acerca dos contratos eletrônicos, bem como sua classificação e formação no meio eletrônico, em uma era digital de rápida evolução.

3.1 Definição

Os contratos eletrônicos se utilizam de uma rede de computadores, como meio de manifestação e instrumentalização das partes. Distingue dos contratos padrões pela técnica de formação contratual, pelo uso de rede de computadores. Finkelstein (2004, p. 187) sucintamente diz que “Contrato eletrônico é caracterizado por empregar meio eletrônico para sua elaboração”.

Este contrato derivado da informática tem como objeto contratual voltado ao ambiente digital, onde se firma um contrato eletrônico na hora da formalização da compra feita no ambiente virtual. Nas palavras de SemyGlanz (2008, p.114-115), “[...] contrato é aquele celebrado por meio de programas de computador ou aparelhos com tais programas. Dispensam assinatura ou exigem assinatura codificada ou senha”.

Deste modo, nota-se facilmente que a distinção do contrato eletrônico tem sido feita essencialmente em função do meio que instrumentaliza a manifestação de vontade no contrato. Segundo Olivier (1996, p.23): “O contrato eletrônico pode definir-se como o encontro de uma oferta de bens ou serviços que se exprime de modo audiovisual através de uma rede internacional de telecomunicações e de uma aceitação susceptível de manifestar-se por meio da interatividade.”

O contrato eletrônico vem se expandindo de forma rápida, acompanhada da evolução tecnológica, melhorando a forma de compras sem mesmo precisar sair de casa, por um lado ótimo para os consumidores, mas junto a esse vem a preocupação por não haver ainda uma proteção concretizada dos contratos eletrônicos. Sobre a natureza do objeto negociado Leal (2007, p.81) dispõe:

Para a caracterização de um contrato como eletrônico ou não, é necessário que a expressão das vontades haja ocorrido pelo meio virtual. Desta forma se as partes manifestarem a vontade através de veiculação de mensagens eletrônicas, tais como contratos, independentemente da natureza do objeto contratual, integram-se à categoria de contratos eletrônicos.

A vontade das partes é a fonte principal para efetivar o contrato eletrônico, entre outros princípios como a boa-fé que consiste no caráter da pessoa humana, que se encontra do outro lado oferecendo seus produtos para os consumidores, por esse meio eletrônico. Coelho (2012, p.44) define meio eletrônico como: “O suporte de qualquer informação (desde uma fotografia ou música até um contrato) em que esta é traduzida para uma sequência binária, é considerado como sendo qualquer suporte de qualquer informação em que esta é traduzida para uma sequência binária.”

Contudo, apesar de ser um conceito mais amplo, falta ainda alguns elementos, ainda que a maioria dos doutrinadores diferenciam o contrato eletrônico dos contratos convencionais apenas pelo meio usado, mas é muito mais que isso, é uma nova forma de contratar, sendo esta uma forma mais rápida e confortável para o consumidor como para os comerciantes também.

3.2 Classificação

Os contratos eletrônicos são comuns a todos os contratos desta espécie, tais como liberdade de uso. A escassa legislação, a agilidade dos conceitos de tempo e de espaço e também a desnecessidade de documentos físicos, escritos em papel.

De acordo com Coelho (2007, p.34):

Normalmente, os contratos eletrônicos são bilaterais, e, portanto não poderão ser discutidas nestes contratos as questões referentes à família ou sucessões, por se tratar de norma de ordem pública. Basicamente qualquer contrato típico ou atípico, pode ser firmado por meio de internet.

A classificação desses contratos é habituada ao tipo contratual que confere o negócio formado via computador. As formas de contratação em computador podem ser classificadas, em três conjuntos: intersistêmicas, interpessoais e interativas.

3.2.1 Contratos eletrônicos intersistêmicos

Este meio é aplicado às pessoas jurídicas que já possuem uma relação pré-existente, com os objetivos de contratação e particularidades acerca do contrato já discutidas, sendo o meio eletrônico forma de unicamente efetivar a relação.

Santos (2000, p.194-195) conceitua intersistêmica como:

Contratações intersistêmicas são aquelas que a comunicação eletrônica se estabelece entre sistemas aplicativos previamente programados, estando ausente a ação humana no momento em que a comunicação se realiza. Neste caso, utiliza-se o ambiente digital como ponto convergente de vontades preexistentes, ou seja, houve uma negociação prévia, na qual se definem as regras que regularão a comunicação das partes e as transações a serem realizadas na rede.

Deste modo, os contratos eletrônicos intersistêmicos, são geralmente utilizados para estabelecer relações comerciais de atacado, sendo esse inerente às pessoas físicas, onde utilizam a internet para ratificar e executar o que as partes já estipularam previamente. De acordo com Boiago Júnior (2005, p.88): “Nos contratos eletrônicos intersistêmicos, a internet é utilizada apenas para ratificar e executar o que as partes já estipularam previamente, geralmente em contratos escritos. Assim o computador não estará indeferindo na formação das vontades dos contratantes.”

Tendo então como parte fundamental as partes, onde com sua vontade própria faz sua compra por meio eletrônico, sendo neste ato da compra o aparecimento do contrato onde se aceita ou não as condições ali expostas pelo vendedor. Segundo Martins (2010, p.134):

Nos contratos intersistêmicos, o computador é usado como ponto convergente de vontades preexistentes, reunindo, de cada um dos lados da relação contratual, um sistema informático preordenado. As partes apenas transpõem para o computador as vontades resultantes da negociação prévia, sem que o equipamento interligado em rede tenha interferência na formação dessas vontades.

Contudo, entende-se neste sentido que esses contratos são previamente elaborados de forma escrita, em uma relação pré-existente, onde já foi discutido sobre os objetos da contratação e particularidades do mesmo, usando então o meio eletrônico para tão somente efetivar a sua relação.

3.2.2 Contratos eletrônicos interpessoais

A contratação interpessoal é, todavia, o modo em que as partes mais interatuam e participam reciprocamente na formação do contrato, advindo toda uma fase de negociação para a expressão de vontade de ambas as partes, até o momento da conclusão e formalização do ato, sendo estes todos praticados no ambiente eletrônico. De acordo com Santos (2000, p.195):

Aquelas em que a comunicação eletrônica se estabelece para a formação da vontade e para a instrumentalização do contrato, não sendo apenas forma de comunicação de vontade já constituída ou forma de execução de contrato concluído previamente. Este tipo de contratação se realiza basicamente através de sistemas de comunicação interpessoal (correio eletrônico e salas de conversação) e pode ser realizada entre pessoas físicas e jurídicas.

Portanto, os contratos eletrônicos interpessoais seriam aqueles formados em decorrência da interação de duas pessoas, conjuntamente ou não, através da internet. Pode-se explicar tal classificação, em casos que os contratos forem firmados através de e-mails, de videoconferência ou em programas de mensagem instantânea, ou também no caso de leilão virtual.

Tendo este como principal característica, a necessidade de uma manifestação ativa das partes, ou seja, é de suma importância a ação humana tanto para enviar uma proposta por meio de mensagem, quanto para emitir mensagem de resposta de aceitação de tal objeto.

Segundo Santos e Rossi (2000, p.111), as duas manifestações volitivas essenciais ao procedimento dos requisitos de existência da relação jurídica ocorrem, cada uma ao seu tempo, no momento em que seus autores transmitem a mensagem eletrônica.

Todavia, entende-se este contrato interpessoal, pelo qual necessita inteiramente da manifestação de vontade das partes, assim também como o interesse de cada uma delas, uma em realizar a oferta e a outra parte em querer aceitar ou não, a tal proposta lançada a ela.

3.2.3 Contratos eletrônicos interativos

Os contratos eletrônicos interativos são aqueles em que o usuário da internet tem acesso a um sistema programado previamente para ofertar produtos e serviços. Sendo estes os contratos mais comuns, tendo como exemplo o caso das lojas virtuais, onde já se encontram os produtos a disposição de seus clientes.

Segundo Barbagalo (2001, p.57):

Temos, portanto, que os contratos eletrônicos via web site podem ser considerados ou como 'contratos de adesão', quando se apresentarem ao contraente como instrumento contratual cuja aceitação se dará pela anuência deste às regras já estabelecidas, ou como 'condições dos contratos', quando se apresentarem ao contraente como cláusulas gerais que integrem e regulem sua relação contratual.

Neste sentido, entende-se que ao acessar a página eletrônica, pode ser encontradas ofertas de produtos, assim despertando o interesse do usuário. As cláusulas dos contratos interativos normalmente são preestabelecidas pelo titular da web site unilateralmente, não podendo ser alterado pela parte contratante.

A oferta deve ser veiculada pelo fornecedor através da internet, sendo este contrato de adesão concluído com aderência virtual do consumidor.

De acordo com Rossi (1999, p.105):

O ato jurídico de formalização dessa oferta, portanto, se consumaria no momento em que, concluídas as funções de programação (inclusão e caracterização dos itens oferecidos à venda, indicação de seus preços e das opções de pagamento, o sistema aplicativo seja instalado em uma web site e aberto ao acesso público). Este seria o momento em que o ofertante estaria manifestando sua vontade. O adquirente dos produtos ou serviços eletronicamente ofertados, por seu turno, estaria expressando sua vontade quando, após acessar o sistema aplicativo e com ele interagir, preencher o campo eletrônico que solicita a indicação de sua plena aceitação aos termos e condições de fornecimento constantes da oferta. Pode-se dizer que é nesse instante que o contrato de adesão é efetivamente celebrado.

Por fim, na comunicação interativa, a pessoa deve manifestar a vontade por meio da transmissão eletrônica de dados, e imediatamente ela já recebe uma resposta enviada automaticamente por um sistema informático. Constitui, portanto, um resultado de comunicação de uma relação estabelecida entre uma pessoa e um servidor de aplicação.

3.3 Formação dos contratos eletrônicos

A concepção clássica do Direito Civil não deu a devida importância ao processo de atos que conduzem a formação do contrato, mediando entre a oferta e a aceitação, admitindo, tão somente, a anulação do negócio jurídico, em caso de vício do consentimento, tendência essa superada em face das normas de proteção ao consumidor, que atuam na forma preventiva. Para Marques (1999, p.98):

A maior contribuição trazida pela legislação de proteção do consumidor ao Direito Civil foi justamente a de tornar vinculativos atos de consumo que antes eram considerados juridicamente irrelevantes, revendo dois velhos dogmas em matéria de relações obrigacionais: o efeito inter partes dos contratos e a *summadvivisio* entre a obrigação contratual e extracontratual.

As pessoas cada vez mais estão dispensando as compras em lojas físicas, e estão preferindo as compras pela internet, por facilitar muito mais e ser mais em conta do que ter que sair de casa. Comparando os sites das agências de encontros pela internet com a atividade de distribuição de bens e serviços em geral. Observa Bauman (1999, p.27):

Entrar na web para escolher/comprar um parceiro segue a mesma tendência mais ampla das compras pela internet. Cada vez mais pessoas preferem comprar em web sites do que em lojas. Conveniência (entrega à domicílio) e economia de gasolina compõem a explicação imediata, embora parcial. O conforto espiritual obtido ao seu substituir um vendedor pelo monitor é igualmente importante, se não mais.

A verificação dos limites da aplicabilidade das normas da Lei nº 8.078/90, bem como do seu poder renovador no campo contratual, depende do assentamento de uma definição de consumidor, estabelecendo-se, a dimensão das relações jurídicas a serem tuteladas. Para Marques (2004, p.140-141):

Consumidor, para tal fim, não é somente o não profissional que contrata ou se relaciona com um profissional, seja este comerciante, industrial ou profissional liberal, na forma da chamada noção marcada subjetiva de consumidor, a qual exclui os contratos concluídos entre dois profissionais, que agiriam com fim de lucro.

Desta forma, entende-se que, o consumidor para efeitos jurídicos, se caracteriza mais pela destinação que dá ao bem do que pelo seu próprio status social, cabendo-lhe, indistintamente, um interesse típico ou expectativa no sentido de receber produtos e serviços de boa qualidade, a preços justos e com informação adequada sobre os mesmos. De acordo com Miragem (2007, p.262):

Essa visão, conhecida como finalismo aprofundado, considera, portanto, uma dualidade de critérios para a definição de consumidor e aplicação das normas do Código de Defesa do Consumidor. Ao mesmo tempo em que a expressão destinatário final, em decorrência d finalismo, passa a ser reconhecida como referência ao destinatário final fático e econômico, passa-se a destacar um segundo critério: o da vulnerabilidade da posição do sujeito da relação jurídica, levando à aplicação das normas do Código de Defesa do Consumidor.

Assim, como os contratos em geral, a doutrina divide a formação dos contratos eletrônicos em fases, sendo elas, as negociações preliminares, a oferta ou a soliciitação, a aceitação ou oblação. Estas que decorrem em mesmo sentido com características diferentes.

A fase de negociações preliminares relaciona-se a eventual celebração do negócio jurídico, não existindo uma oferta concreta, sendo assim não há uma regra geral, de obrigações entre as partes. Já na fase da oferta, é que se tem início a formação do contrato, este se dá pela manifestação de vontade por um dos contratantes.

A aceitação ou oblação é a fase em que uma parte concorde com as condições estabelecidas na oferta. No momento desta concordância é que se geram os direitos e obrigações para ambas às partes, devendo cumprir com o que foi pactuado.

3.3.1 Negociações Preliminares

Na sociedade, a criação de laços juridicamente relevantes decorre não só do contrato como também da publicidade, essa que, conforme prevê o art. 30 do Código de Defesa do Consumidor, constitui fonte de obrigação para o fornecedor. Marques (1999, p.304) explica que:

Este dispositivo legal empreendeu sensível inovação em nosso direito, diluindo, ainda mais, a diferença existente entre as manifestações das partes quando da chamada fase de negociações preliminares e as manifestações das partes dirigidas à formação do contrato definitivo, ou seja, oferta e aceitação.

Para igualar a publicidade precisa à oferta, o Código de Defesa do Consumidor coloca o fornecedor que já vinculou a publicidade no mesmo estado de sujeição à aceitação que já era conhecido pelo próprio Código Civil. Nas palavras de Lopes (1992, p.167):

A publicidade consiste em toda atividade comercial destinada a estimular o consumo de bens e serviços, distinguindo-se, porém, segundo a doutrina, da propaganda, a qual visa obter a adesão a um sistema ou convicção ideológica, política, social, econômica ou religiosa.

Todavia, essas expressões são tratadas de modo indiferente inclusive no direito positivo brasileiro, como está explícito nos art.56 e 60 do Código de Defesa do Consumidor, estes que se referem à contrapropaganda, quando deveria na verdade aludir a contrapublicidade. Assim explica Amaral Júnior (1995, p.41-42):

Em decorrência da concentração econômica responsável pela transformação do mercado a partir da segunda metade do século XIX, a montagem de vastos aparatos publicitários visando à persuasão e ao convencimento passa a ser tanto ou mais importante do que o próprio sistema de formação e venda de bens.

Para a formação de consenso, incidindo diretamente as escolhas dos consumidores, a vontade não se torna suficiente para evitar a influência da publicidade. É de suma importância o princípio da transparência, onde se exige a veracidade nas informações transmitidas aos consumidores, derivadas da boa-fé objetiva. Como define Marques (1999, p.296-297):

Boa-fé objetiva, em matéria de publicidade, significa a exigência de que esta seja uma atividade leal (atividade refletida, pensando também naquele que recebe a mensagem, o consumidor), que prometa só o que poder cumprir, que se trazer informações, seja sobre a qualidade, quantidade ou qualquer característica do produto ou serviço, seja sobre as condições do contrato, que está constitua uma informação correta, verídica, que o próprio intuito de incitar ao consumo seja identificável e a publicidade identificada como tal pelo público.

A submissão dos deveres anexos de conduta próprios da boa-fé, nesse seguimento, a partir da confiança nas relações de consumo, tende à superação entre a responsabilidade contratual e extracontratual. Podem-se elencar dois requisitos básicos para o princípio da vinculação, a saber, a exposição, bem como a precisão da oferta. Segundo Benjamin (1997, p.214-215):

O simples exagero ('puffing') não obriga o fornecedor. É o caso de expressões exageradas que não permitem verificação objetiva, como 'o melhor sabor', 'o mais bonito', 'o mais maravilhoso'. Contudo, até essas expressões, em alguns contextos, podem ganhar precisão, vinculando, então, o anunciante. Por exemplo, quando o fornecedor afirmar ter 'o melhor preço da capital', ou 'a garantia mais completa do mercado'. A utilização do 'puffing' em relação a preço impõe, de regra, a vinculação.

Portanto, é possível destacar que a publicidade não precisa ser total, ou seja, não é necessário que contenha todos os elementos do futuro contrato ou todos os componentes da oferta, podendo ser definidos quando do futuro contrato. Deste modo fica claro a importância

da publicidade estar cumprindo todos os deveres necessários, para assim o consumidor ter mais facilidade quando ver o que está sendo ofertado.

3.3.2 Oferta ou policação

Para formulação da oferta é preciso ter um encontro de vontades, por meio de uma rede eletrônica, entre pessoas não presentes, sendo este um encontro à distância, não marcando presença física das partes no momento do negócio. Para melhor entendimento explica Schmitt (1988, p.63):

A formulação da oferta, assim como a sua aceitação, traduzindo um encontro de vontades tem como meio uma rede internacional de telecomunicações, entre pessoas não presentes, diante do que se verifica tratar-se de um contrato à distância, marcado pela não presença física das partes quando no negócio, substituída por um conjunto de informações que identificam abstratamente o fornecedor (o que evidencia um maior risco para o consumidor, quanto à lealdade da outra parte).

Destaca-se, a importância do computador nessa era digital, pois é utilizado mais do que meio de comunicação, como mecanismo que completa o processo volitivo. Facilita de modo extraordinário a manifestação da vontade, tendo a participação democrática livre como esclarece Lorenzetti (1998, p.515):

A participação democrática livre tem como um de seus pressupostos a garantia da informação adequada ao consumidor, como um dos pilares do equilíbrio entre os contratantes, consistindo num conjunto de elementos relacionados à relação jurídica, ou à coisa envolvida na prestação, ou a atividades suscetíveis de causar danos a terceiros, ou a um dos contratantes.

A oferta deve ser clara e precisa, vinculando o fornecedor que a formular, especialmente pelas circunstâncias de, em se tratando de um contrato à distância, cumpra com todos seus deveres, para facilitar ao consumidor na hora de manifestar seu interesse, já que as normas do Código Civil Brasileiro, mostra-se inadequada à presente realidade de contratação eletrônica.

De acordo com Lopes (1996, p.117):

Resta evidente, em face das novas tecnologias, que as normas do Código Civil Brasileiro, no tocante à celebração e perfeição dos contratos, mostram-se inadequadas à realidade da contratação eletrônica, tendendo à superação de noções tais quais as de contratos entre ausentes e entre presentes. A concepção dos contratos entre presentes, na disciplina codificada, pressupõe, como decorrência natural das circunstâncias envolvidas, o conhecimento da aceitação pelo policante, não podendo ocorrer, no tocante à comunicação, qualquer problema, de modo que as palavras ou sinais deveriam ser não somente ouvidos e vistos, como também compreendidos.

Os contratos entre ausentes sofrem na forma do Código Civil, a incidência das mesmas regras atinentes aos contratos por correspondências, exigindo a atividade de

interpretação, no momento da oferta e aceitação, além dos problemas relativos à fixação do momento da sua conclusão.

Segundo Beviláqua (1979, p.196):

O principal critério distintivo entre ambos reside no tempo que necessariamente medeia entre a proposta e a aceitação, sendo que a simples circunstâncias dos lugares em que se encontram os contraentes não tem interesse para a determinação do momento em que se forma o contrato.

Portanto, a oferta se torna perfeita quando, a partir da sua inserção em um site, de modo que se permita o seu conhecimento por parte dos possíveis destinatários. Desta maneira o contrato se reputa formado no momento e lugar em que o consumidor transmite a declaração negocial de aceitação ao titular do site que contém a oferta.

3.3.3 Aceitação ou oblação

A aceitação ou oblação é a fase em que uma parte assente com as condições estabelecidas na oferta. A partir desta concordância, geram-se direitos e obrigações para ambas às partes, que devem ser cumpridas aos deveres ali pactuados. Nas palavras de Diniz (2005, p.65):

A aceitação vem a ser a manifestação da vontade, expressa ou tácita, da parte do destinatário de uma proposta, feita dentro do prazo, aderindo a esta em todos os seus termos, tornando o contrato definitivamente concluído, desde que chegue, oportunamente, ao conhecimento do ofertante.

O contrato se reputa formado quando a aceitação chega ao destinatário, o que, do ponto de vista probatório, apresenta significativa vantagem em face da teoria da expedição, tendo como prova de que a mensagem chegou ao destinatário o aviso de recebimento, tornando-se irrevogável a aceitação.

Segundo Begalli (2006, p.189):

É preciso entender que o art. 432 do Código Civil não criou uma obrigação genérica para toda pessoa, sob pena de significar aceitação. O dispositivo contempla casos em que relações passadas entre os contratantes autorizam a conclusão de haver a citação, por falta de uma recusa expressa. É o caso, por exemplo, de um comerciante que por anos adquire certa quantidade de mercadoria de um fornecedor. O costume autoriza o fornecedor a concluir que o silêncio do comerciante significa aceitação ao fornecimento.

A aceitação continua dependendo da declaração de vontade, se acaso ela não chegar ao proponente, o contrato não pode ser concluído. Essa teoria implica na fixação retroativa no momento da conclusão contratual.

Neste sentido menciona a professora Carvalho (2001, p.81):

A adoção da teoria da expedição pelo CC não significa, porém, que a chegada da aceitação não é necessária para a formação do contrato. A aceitação continua sendo uma declaração de vontade basicamente receptícia. Se ela não chega de modo algum ao proponente, então o contrato não se conclui. A teoria da expedição implica apenas a fixação retroativa do momento da conclusão contratual. Se o e-mail contendo a aceitação chega corretamente ao proponente, então considera-se o contrato celebrado no instante da sua aceitação. Caso, porém, ocorra um erro ou qualquer outro problema na transmissão e o e-mail jamais alcance o destinatário, então o contrato não se torna jamais perfeito.

Portanto, não se trata de uma simples questão probatória, mas sim de uma garantia decorrente das expectativas legítimas facultadas pela boa-fé objetiva postergar a conclusão do contrato até o momento em que a resposta positiva chega ao proponente.

3.4 Validade dos contratos eletrônicos

Os contratos eletrônicos devem preencher certos requisitos legais para ter validade e eficácia, para assim irradiar efeitos jurídicos. Tais requisitos para serem válidos são a certificação eletrônica, assinatura digital, autenticação eletrônica, para assim manter a autenticidade e integridade do documento. Esclarece De Leal (2007, p.155):

Para que a manifestação de vontade seja levada a efeito por um meio eletrônico (isto é, não dotado de suporte cartáceo, que se constitui no meio tradicional de elaboração de documentos), é fundamental que estejam atendidos dois requisitos de validade, sem os quais tal procedimento será inadmissível: a) o meio utilizado não deve ser adulterável sem deixar vestígios; e b) deve ser possível a identificação do(s) emitente(s) da(s) vontade(s) registrada(s).

Desta forma, entende-se a importância dos elementos para a validade do ato jurídico na sua formação, pois se não estiver cumprindo todos os requisitos, este pode ser considerado inválido.

Segundo Dias (2001, p.56):

De forma mais ou menos assentada, a doutrina tem entendido que os contratos comportam duas ordens de elementos, os extrínsecos e os intrínsecos. Aos elementos extrínsecos, aqueles que seriam exteriores ao ato em si, têm-se denominado de pressupostos. Aos elementos que integram o próprio ato, e que são indispensáveis à validade do contrato, a doutrina tem denominado de requisitos. Os pressupostos estão ligados ao plano da existência, enquanto que os requisitos, ao da validade.

Diversas tecnologias tentam assegurar confiabilidade aos documentos eletrônicos, mas até o momento, nenhuma conseguiu sanar tal problema efetivamente. Precisando assim, desenvolver novas tecnologias para garantir a segurança e confiabilidade aos documentos eletrônicos.

Como esclarece Leal (2007, p.148):

,

As leis fazem referência, em seus textos, a expressões como: “forma escrita”, “originais de documento”, “assinatura de próprio punho”, e outras, que não se coadunam com o meio digital e que estão, portanto, a merecer reformulação através de lei específica a regulamentar a validade dos documentos eletrônicos. Enquanto tal não ocorrer, salvo tratar-se de contrato para o qual a lei exige forma especial, aplicando-se o artigo 107 do Código Civil Brasileiro, o contrato eletrônico deve ser considerado válido.

Desta forma evidenciando assim, há necessidade de adaptações legislativas que regulamentam o comércio eletrônico e prevejam situações que possam oferecer certos riscos aos contratantes. Portanto há ainda muito que se discutir e percorrer para que a legislação alcance aos objetivos dos contratos eletrônicos celebrados por meio da internet.

No entendimento de Diniz (2007, p.764):

Portanto, é válido tudo aquilo que está de acordo com o ordenamento jurídico vigente e que atende aos princípios gerais do direito. Para avaliarmos tal validade, se faz necessário observar os elementos de validade dos contratos eletrônicos, os quais podem ser subjetivos, objetivos ou formais.

No que diz respeito aos elementos subjetivos, surge uma enorme preocupação devido que as partes não estão presentes fisicamente no momento da contratação, causando insegurança de ambas as partes que irão firmar o contrato eletrônico.

De acordo com Andrade (2001, p.569):

Discute-se, porém, a questão da identificação das partes contratantes. Como saber se a pessoa com quem negociamos é realmente quem ela diz que é? De que forma comprovar que Fulano é realmente Fulano, e não Beltrano? Quais as garantias que nos são oferecidas para termos a certeza de aquela loja virtual, a qual fornecemos os números do nosso cartão de crédito, efetivamente é uma loja e não uma quadrilha que vai usar o número do cartão para o fomento do tráfico de drogas internacional?! Várias são as questões. Todas elas tratam, no entanto de uma mesma problemática: a autenticidade dos sujeitos nas relações virtuais.

Portanto, é preciso seguir e cumprir com todos os requisitos básicos para pôr fim ter ou não validade do contrato eletrônico, ali firmado por ambas as partes, aquela que aceita e a que está oferecendo o produto. O consumidor deve sentir total confiança sobre o produto a que está sendo ali oferecido. E por isso precisa-se de mais amparos jurídicos para com os consumidores e também os comerciantes.

4 APLICAÇÃO DAS NORMAS DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR AOS CONTRATOS ELETRÔNICOS

As relações de consumo via internet estão cada vez mais presentes na vida do consumidor nacional e, enquanto não for inserido o capítulo do comércio eletrônico no Diploma Consumerista, é imprescindível a aplicação na íntegra do Código de Defesa do Consumidor vigente.

A vulnerabilidade, já reconhecida aos consumidores nas relações de consumo presenciais usuais, entende-se igualmente às relações de consumo virtuais, e com ainda maior ênfase, tendo em vista as circunstâncias para a celebração do contrato eletrônico.

4.1 Relação jurídica de consumo

A relação jurídica tem como suma importância seus elementos, estes são subjetivos, objetivo e teleológico. Este não pode ser confundido com relação social, que se torna jurídica quando repercute no mundo do Direito. Entretanto, em que pese a aparente simplicidade. Segundo Cavalieri Filho (2011, p.57):

Para sua conceituação, parte-se da atividade social do homem. Vivendo em sociedade, necessariamente nos relacionamentos com outros semelhantes, ensejando relações sociais. Muitas dessas relações são de natureza afetiva, cultural, religiosas, recreativa, vale dizer, sem relevância jurídica; outras, entretanto, têm natureza econômica, familiar, funcional, pública etc., exigindo, pela sua relevância social, disciplina jurídica. As relações sociais reguladas pelo Direito tornam-se relações jurídicas.

Nesta linha de pensamento, entende-se que a relação jurídica é toda relação da vida social que produz consequências jurídicas. Ou seja, uma relação social se transformará em jurídica quando gerar repercussões jurídicas, e a solução das demais indagações podem ser resumidas na assertiva de que toda relação jurídica é social, mas nem toda relação social é jurídica.

Efetivada as balizas norteadoras da relação jurídica em geral, adentraremos ao tema principal, a relação jurídica de consumo, a qual pode ser definida como aquela relação firmada entre consumidor e fornecedor. Segundo Bolzan (2016, p.63)

Sobre o tema, sobressai notar que a opção adotada pelo legislador pátrio foi no sentido de não definir relação jurídica de consumo no Código de Defesa do Consumidor, mas de conceituar os elementos dessa relação, ou seja, trouxe apenas as definições de consumidor e de fornecedor (sujeitos da relação), assim como de produto e de serviço (objetos da relação).

Deste modo observa-se que consumidor e fornecedor, como também produto ou serviço são dependentes, ou seja, só existiu consumidor se também existir fornecedor, bem como um produto ou um serviço. As definições estão atreladas umas nas outras, necessitando da presença de ambas para ensejar a aplicação do Diploma Consumerista. De acordo com Rabelo (2011, p.28):

É notório que essa forma de negociação, no âmbito consumerista, em função das características das relações contemporâneas e pela facilidade trazida pela rede mundial de computadores, têm ocorrido cada vez mais entre consumidores e fornecedores de diferentes países, estabelecendo uma relação internacional entre pessoas, físicas e jurídicas.

Nesse sentido, destaca-se a relevância dos elementos subjetivos e objetivos da relação jurídica de consumo, visto que os elementos subjetivos consistem nos sujeitos da relação de consumo, estes são consumidor e fornecedor, enquanto os elementos objetivos são os objetos perante os quais recaem os interesses dos fornecedores, são eles produtos e serviços. Conforme Cavalieri Filho (2011, p.59):

Didaticamente, os elementos da relação de consumo podem ser classificados em: a) subjetivos: relacionados aos sujeitos dessa relação jurídica; b) objetivos: relacionados ao objeto das prestações ali surgidas. No primeiro grupo encontram-se os consumidores e os fornecedores; no segundo, os produtos e os serviços.

É claro a importância de ambos, pois um depende do outro para sua concretização, cada um com seu objetivo e significado, mas que no fim se tornam totalmente dependentes. Em toda relação que puder ser caracterizada como de consumo o Código de Defesa do Consumidor incidirá. Segundo Nunes (2009, p.71):

O CDC incide em toda relação que puder ser caracterizada como de consumo. Insta, portanto, que estabeleçamos em que hipóteses a relação jurídica pode ser assim definida. Haverá relação jurídica de consumo sempre que se puder identificar num dos polos da relação o consumidor, no outro, o fornecedor, ambos transacionando produtos e serviços.

Dentre estes polos, entende-se então o polo ativo que é representado pelo fornecedor, àquele que fornece o produto, e o polo passivo, que se caracteriza como o consumidor, o qual adquire ou utiliza produto ou serviço. Conforme Denari (2011, p.189-190):

No polo ativo da relação jurídica de consumo figura o fornecedor, assim entendido o operador econômico, pessoa física ou jurídica, que participa do ciclo produtivo-distributivo, desenvolvendo atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços (cf. art. 3º). No polo passivo da mesma relação se encontra o consumidor, pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário (cf. art. 2º).

Estes conceitos dos elementos que compõem a relação jurídica de consumo vêm como uma forma de minimizar os eventuais conflitos a existirem nesse novo modelo de sociedade e, assim, contribuir para uma maior efetivação da proteção da parte mais fraca dessa relação jurídica que é o consumidor.

Segundo Bolzan (2016, p.64):

Ainda que louvável o esforço do legislador, muitas divergências surgiram na doutrina e na jurisprudência do nosso país, em especial no que se refere ao conceito legal de consumidor, pois alguns pretendem alargá-lo e outros restringi-lo, justamente em razão de se tentar descobrir qual seria a abrangência do conceito de consumidor destinatário final da relação jurídica de consumo, merecedor da proteção jurídica nos termos do art. 2º, caput, do CDC.

Foram inúmeros conflitos que surgiram ao longo da história do Código de Defesa do Consumidor nacional, não apenas os decorrentes das definições de consumidor, mas também oriundos dos conceitos de fornecedor, de produto e de serviço. No tocante à relação jurídica de consumo, destaca-se um terceiro elemento nuclear, este chamado de elemento teleológico. Ensina-nos Nery Júnior (1995, p.555):

Se a aquisição for apenas meio para que o adquirente possa exercer outra atividade, não terá adquirido como destinatário final e, conseqüentemente, não terá havido relação de consumo. A chave para a identificação de uma relação jurídica como sendo de consumo é, portanto, o elemento teleológico: destinação final, ao consumidor, do produto ou serviço.

Portanto, o elemento teleológico da relação de consumo nada mais é do que a finalidade com a qual o consumidor adquire produtos ou contrata serviço, esta seja o de destinatário final. Como destaca Filomeno (2010, p.23):

Há como fugir, todavia, a definição de consumidor como um dos partícipes das relações de consumo, que nada mais são do que relações jurídicas por excelência, mas que devem ser obtemperadas precisamente pela situação de manifesta inferioridade frente ao fornecedor de bens e serviços.

Conclui-se, pois, que por mais difícil seja conciliar tudo isso, o Código de Defesa do Consumidor tem por objetivo principal a proteção do consumidor vulnerável, entendendo que toda relação de consumo envolve basicamente duas partes, o adquirente e o fornecedor.

4.2 Contratos eletrônicos como contratos de adesão

O Código de Defesa do Consumidor define no caput de seu art. 54 o contrato de adesão como aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecimentos unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar seu conteúdo.

Nas palavras de Bolzan (2016, p.643):

Contrato de adesão é aquele em que o consumidor não pode discutir nem modificar substancialmente o contrato, pois as cláusulas contratuais já foram aprovadas ou elaboradas por outrem. Ou seja, contrato de adesão é aquele em que o fornecedor estabelece unilateralmente as cláusulas contratuais, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente o seu conteúdo.

As cláusulas são efetivamente inseridas no contrato, de modo que a outra parte aderente, deve somente aceitar ou não, com aquilo que está imposto, ficando está impedida de modificar as condições do contrato.

Como bem define Diniz, contrato de adesão (2009, p.367):

É aquele em que a manifestação da vontade de uma das partes se reduz a mera anuência a uma proposta da outra. Opõe-se a ideia de contrato paritário, por inexistir a liberdade de convenção, visto que exclui qualquer possibilidade de debate e transigência entre as partes, pois um dos contratantes se limita a aceitar as cláusulas e condições previamente redigidas e impressas pelo outro, aderindo a uma situação contratual já definida em todos os seus termos.

Caso não haja concordância do consumidor com os termos impostos, o software não será instalado na máquina. Ao clicar “não concordo” haverá o cancelamento da operação, sem a possibilidade de discussão do contrato. No tocante trazido pelo CDC, que considera contrato de adesão também aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente.

Nesse sentido ensina-nos Cavalieri Filho (2011, p.153):

O caso da, SUSEP, que regula em grande parte o contrato de seguro; do BACEN, que dita as regras dos contratos vinculados ao sistema financeiro (juros, etc.); da Caixa Econômica, que estabelece o conteúdo dos contratos de sistema de habitação; das Agências Reguladoras (ANATEL, ANEEL, ANP), que determinam as regras gerais, pelo menos em grande parte, dos contratos de prestação de serviços públicos. Fala-se nesses casos, especialmente na doutrina francesa, em contratos de dupla adesão, uma vez que ambos os contratantes –fornecedor e consumidor- tem que aderir às cláusulas preestabelecidas por um órgão governamental, típico fenômeno de dirigismo contratual.

Podemos ver que o código do Consumidor, quer as cláusulas gerais tenham sido estabelecidas pelo fornecedor, quer pela autoridade competente, quer, ainda, por ambos, não faz distinção. Em qualquer hipótese, o contrato será de adesão.

No que diz respeito às compras realizadas fora do estabelecimento comercial, prevê o CDC em seu artigo 49:

O consumidor pode desistir do contrato, no prazo de 7 dias a contar de sua assinatura ou do ato de recebimento do produto ou serviço, sempre que a contratação de fornecimento de produtos e serviços ocorrer fora do estabelecimento comercial, especialmente por telefone ou a domicílio. Parágrafo único. Se o consumidor exercitar o direito de arrependimento previsto neste artigo, os valores eventualmente pagos, a qualquer título, durante o prazo de reflexão, serão desenvolvidos, de imediato, monetariamente atualizados.

As relações oriundas da internet estão sujeitas à incidência do CDC, tendo também o direito de arrependimento nas contratações celebradas pela internet. Os consumidores são influenciados em seu processo de formação de vontade, submetendo-se às regras contratuais preestabelecidas pelo fornecedor e divulgadas no site. Ou seja, não há discussão das cláusulas por parte do aceitante.

Nesse sentido ressalta Tartuce (2015, p.26):

Os contratos de adesão emergiram como uma necessidade imposta pela celeridade e intensidade das relações negociais, surgindo, nesse contexto, o fenômeno da standardização contratual, significando para o contratante profissional um aumento de sua “eficiência” na distribuição de produtos e serviços.

Deste modo, fica claro que não existe possibilidade de qualquer debate entre as partes, apenas a condição de aceitar ou não o que está ali sendo proposto nas cláusulas. Este diferente do contrato paritário, que existe a liberdade de convenção.

Conforme Diniz (2003, p.104):

Os contratos por adesão constituem uma oposição à ideia de contrato paritário, por existir liberdade de convenção, visgo que excluem a possibilidade de qualquer debate e transigência entre as partes, uma vez que um dos contratantes se limita a aceitar as cláusulas e condições previamente redigidas, aderindo a uma situação contratual já definida em todos os seus termos.

Desta feita, o fenômeno de adesão nos contratos eletrônicos para ser compreendido e válido, é imprescritível que seja dado ao aderente acesso prévio ao conteúdo dos termos contratuais, tendo que constar os termos expressos e acessíveis ao contratante antes desse declarar sua vontade, gerando assim confiança para o contratante.

4.3 Equiparação dos contratos eletrônicos aos contratos a distância

Os contratos eletrônicos são classificados como contratos à distância, isto é realizados fora do estabelecimento comercial, devido a isso, aplica-se de forma analógica, a cláusula de arrependimento em benefício do consumidor, prevista no artigo 49 do Código de Defesa do Consumidor.

Para Gomes (2000, p.70), contratos são:

Bilaterais ou unilaterais; onerosos ou gratuitos; consensuais ou reais; solenes ou não solenes; principais ou acessórios; instantâneos ou de duração; de execução imediata ou de execução diferida; típicos e atípicos; pessoais ou impessoais; civis ou mercantis; individuais ou coletivos; causais ou abstratos.

Com o advento da internet, as informações e as relações das pessoas se tornaram mais rápidas, eficientes e também claras. Essa tecnologia avançada trouxe facilidades ao público consumerista, mas trazendo também alguns riscos. Como esclarece Marques(2004, p.59):

Efetivamente, a distância física, a imaterialidade do meio eletrônico, a atemporalidade e a internacionalidade eventual da contratação, dificultam a eficácia do uso de instrumentos tradicionais de proteção dos consumidores, quais sejam o direito à informação redobrada, o direito ao arrependimento, a garantia legal do produto ou serviço, quanto a vícios e defeitos, a imposição de prazo para cumprimento das obrigações pelos fornecedores, o combate às cláusulas abusivas, a proteção dos dados pessoais privados, a lealdade nas cobranças, etc.

O direito do consumidor tem revelado um grande aliado das relações contratuais entre consumidores e fornecedores, justamente devido a essa grande evolução como citado acima. Os contratos à distância têm como fundamento os ambientes virtuais, nas quais as empresas anunciam e divulgam suas ofertas. De acordo com Souza (1996, p.18):

Através de uma grande vitrine virtual, os sites de compras coletivas disponibilizam os produtos (termo utilizado em uma acepção lato sensu, incluindo também serviços) de outras empresas. As características da oferta são especificadas durante as negociações entre as compras coletivas e os parceiros anunciantes, incluindo desde valores e porcentagens que a compra coletiva irá receber até a forma de pagamento pela empresa anunciante pelo serviço que as compras coletivas prestam.

Não é exigido nesse tipo de relação eletrônica, necessidade de constituição de pessoa jurídica, podendo qualquer pessoa a qual tenha cadastro no sítio virtual, fazer suas vendas ao consumidor. O Código Civil, bem como o Código de Defesa do Consumidor, preveem muitas situações que estão dentro da problemática da internet, mas ainda falta mais para agregar toda a diversidade.

Segundo Barros (2000, p.48):

Pensamos, no entanto, que muitas questões, não somente de ordem contratual, bem como de ordem criminal e tributária devem ser postas em análise e discussão nos meios jurídico, legislativo e na sociedade civil como um todo, pois, não raro, vemos escabrosas questões envolvendo a internet.

Ainda há muito que se discutir a respeito de normas envolvendo os contratos à distância, pois a internet já se tornou uma necessidade básica para as pessoas, essa rápida evolução envolvendo os meios eletrônicos, já faz parte da rotina de todos.

Mas mesmo assim não vemos resultado, tendo demora por parte dos legisladores, o fato é que a evolução dos contratos à distância, este por meio eletrônico, estão se alastrando tão rápido que está cada vez mais distante do direito. Contudo, os contratos eletrônicos não podem mais ser ignorados pelo direito, existindo de certa forma uma urgência para que o ordenamento jurídico brasileiro cumpra com essa necessidade, garantindo a segurança aos acordantes no momento da celebração.

4.4 Responsabilidade dos participantes da cadeia de fornecimento

Essa relação dos participantes da cadeia de fornecimento, marcada pela unilateralidade na produção, passou a priorizar a quantidade e a atender à grande demanda que passou a existir. Eis que surge a responsabilidade objetiva, essa que independe da comprovação de dolo ou culpa, voltada a proteção do mais fraco.

Segundo Filomeno (2010, p.192-193):

A eleição da responsabilidade objetiva como regra no Código de Defesa do Consumidor deveu-se, em suma, aos seguintes fatores: a produção em massa; a vulnerabilidade do consumidor; a insuficiência da responsabilidade subjetiva; o fornecedor há de responder pelos riscos de seus produtos acarretam; em decorrência de antecedentes legislativos.

A responsabilidade pautada na comprovação do dolo ou da culpa, a subjetiva seria incompatível com esse novo modelo de relação jurídica que é marcado pela desigualdade, tendo de um dos lados o fornecedor, que é detentor do monopólio dos meios de produção, e no outro lado o consumidor vulnerável, o débil no mercado de consumo.

Segundo ensinamentos de Miragem (2010, p.358):

No direito brasileiro, o regime de responsabilidade distingue-se em razão do dever jurídico violado pelo fornecedor. A responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço decorre da violação de um dever de segurança, ou seja, quando o produto ou serviço não oferece a segurança que o consumidor deveria legitimamente esperar. Já a responsabilidade pelo vício do produto ou do serviço decorre da violação de um dever de adequação, qual seja, o dever dos fornecedores de oferecer produtos ou serviços no mercado de consumo que sirvam aos fins que legitimamente deles se esperam.

Nesse sentido, pela teoria do risco da atividade ou do empreendimento, todo aquele que fornece produto ou serviço no mercado de consumo cria um risco de dano aos consumidores e, concretizado este, surge o dever de repará-lo imediatamente.

Nas palavras de Bolzan (2016, p.324):

O enfoque da responsabilidade é deslocado da ideia de culpa para a questão do risco que a atividade desempenhada é capaz de causar. Mais uma vez, o fato de auferir os cômodos de um lado e arcar com os incômodos do outro (risco-proveito), somado ao princípio da confiança legítima, faz com que o fornecedor, pela teoria do risco, responda de forma objetiva.

Portando, existe certa insegurança no sentido de que poderá os consumidores ser submetidos a riscos como acontece normalmente, tendo os fornecedores um certo cuidado no momento de suas distribuições. Há divergências na doutrina quanto, a saber, do vício e defeito são institutos sinônimos ou distintos.

Neste sentido esclarece Nunes (2009, p.180-181):

São considerados vícios as características de qualidade ou quantidade que tornem os produtos ou serviços impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam e também que lhes diminuam o valor. Da mesma forma são considerados vícios os decorrentes da disparidade havida em relação às indicações constantes do recipiente, embalagem, rotulagem, oferta ou mensagem publicitária. [...]. O defeito é o vício acrescido de um problema extra, alguma coisa extrínseca ao produto ou serviço, que causa um dano maior que simplesmente o mau funcionamento, o não funcionamento, a quantidade errada, a perda do valor pago- já que o produto ou serviço não cumpriram o fim ao qual se destinavam.

Ambos podem prejudicar os consumidores, causando-lhe dano material ou até mesmo moral, devido à expectativa de quem espera pelos produtos ou serviços, e por fim se torna algo que lhe constanja devido ao defeito do produto ou demora.

Conforme Cavalieri Filho (2011, p.288):

A palavra-chave neste ponto é defeito. Ambos decorrem de um defeito do produto ou do serviço, só que no fato do produto ou do serviço o defeito é tão grave que provoca um acidente que atinge o consumidor, causando-lhe dano material ou moral. O defeito compromete a segurança do produto ou serviço. Vício, por sua vez, é defeito menos grave, circunscrito ao produto ou serviço em si; um defeito que lhe é inerente ou intrínseco, que apenas causa o seu mau funcionamento ou não funcionamento.

Os consumidores buscam pelo melhor produto e serviço disponíveis através da internet, tomando total atenção no momento de sua contratação, escolhendo sempre o melhor, mas também com melhor preço, e por esse motivo que muitas das vezes os consumistas ficam insatisfeitos perante suas compras. Pode-se macular de duas formas a qualidade dos produtos.

Segundo Benjamin (2010, p.139):

A qualidade dos produtos e serviços pode ser maculada de duas formas: através dos vícios de qualidade por inadequação e por intermédio da presença de vícios de qualidade por insegurança. Estes poderiam ser conceituados como sendo a desconformidade de um produto ou serviço com as expectativas legítimas dos consumidores e que tem a capacidade de provocar acidentes de consumo.

Por isso, é de suma importância que os fornecedores tenham total responsabilidade perante seus produtos e serviços, para assim não violar o dever de segurança para com seus consumidores.

Segundo Miragem (2010, p.358):

No direito brasileiro, o regime de responsabilidade distingue-se em razão do dever jurídico violado pelo fornecedor. A responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço decorre da violação de um dever de segurança, ou seja, quando o produto ou serviço não oferece a segurança que o consumidor deveria legitimamente esperar. Já a responsabilidade pelo vício do produto ou do serviço decorre da violação de um dever de adequação, qual seja o dever dos fornecedores de oferecer produtos ou serviços no mercado de consumo que sirvam aos fins que legitimamente deles se esperam.

O art. 19, §2º, do CDC prevê que o fornecedor imediato será responsável quando fizer a pesagem ou a medição e o instrumento utilizado não estiver aferido segundo os padrões oficiais. Conforme Bessa (2011, p.179):

Há mediação da quantidade no momento da venda, fica demasiadamente evidente a responsabilidade do fornecedor imediato, seja por falta de aferição do instrumento, seja por má-fé do vendedor, e daí se deduz o objetivo normativo de afastar excepcionalmente a responsabilidade solidária dos demais integrantes da cadeia de fornecedores.

Contudo, com a chegada do Marco Regulatório da Internet decepcionou muitos operadores do Direito, porém os consumidores estão protegidos pelas disposições do Código de Defesa do Consumidor. Esclarece Bolzan (2016, p.390):

Na busca pela defesa de um direito fundamental, como é o direito do consumidor (art.5º, XXXII, da Constituição Federal), defendemos o diálogo entre as fontes, e não o prevalecimento de um diploma em face do outro, quer pelo critério cronológico, hierárquico ou da especialidade.

Desta forma, a incidência do CDC às relações oriundas dos meios eletrônicos faz-se necessária, em especial às mais modernas, como ocorre com os sites de compras coletivas, que diariamente os consumidores estão acessando para realizar suas compras ou contratações.

5 CONCLUSÃO

O objetivo do presente trabalho foi demonstrar a facilitação do consumidor em fazer suas negociações, através da internet, instrumento este que vem facilitando a vida dos consumidores em se tratando de contratos eletrônicos.

Diante desse imenso crescimento progressivo do comércio eletrônico, percebe-se que estamos de frente de uma nova modalidade de contrato, em relação à forma, ao objeto e a verificação da capacidade das partes.

O comércio online alavancou o desenvolvimento da ampliação da rede de computadores, para fins comerciais. Isto vindo desde muito tempo atrás, criado lá na Roma Antiga, sendo os romanos os primeiros a usarem este tipo de instrumento, chamado naquela época de Rigor Formal, nos tempos de hoje já está superado este conceito.

Em se tratando de Contrato eletrônico, se percebe que não se tem ainda uma base fundamental para sua proteção, entrando então o Direito do Consumidor, esta que é uma garantia constitucional intrínseca na Constituição Federal de 1988, assegurando em seu art. 5º. XXXII, o direito ao consumidor.

Deste modo, de uma forma objetiva foi destacado que ele é fundamental para sua proteção enquanto consumidor, protegendo sempre o ente mais frágil, este considerado mais fraco perante a sociedade. Resguardando seus direitos, e trazendo mais segurança nas compras feitas por meios eletrônicos.

Contudo, o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, é inconciliável com disposições contratuais desiguais, por isso a importância do nosso Código de Defesa do Consumidor, quem vem para medir os dois lados, para ambos não sofrerem seus direitos violados.

Diante da pesquisa se conclui que a tecnologia está evoluindo de maneira tão rápida que impõe a todos, constantes adaptações, principalmente no ordenamento jurídico, este que não tem condições de prever todas as inúmeras situações ocorridas, havendo desta forma a necessidade de uma lei específica para reger a matéria.

REFERÊNCIAS

- AMARAL JUNIOR, A. O princípio da vinculação da mensagem publicitária. **Revista de direito do consumidor**. São Paulo, 1995.
- ANDRADE, T. O. Dos contratos eletrônicos. A realidade jurídica diante da virtualidade dos novos tempos. In **Revista da Esmape**. Recife, 2001.
- BARBAGALO, É. B. **Contratos Eletrônicos**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- BARROS, F. L. M. Dos contratos eletrônicos no direito brasileiro. **Jus Navigandi**, Teresina, 2000. Disponível em: <https://jus.com.br>. Acesso em: 19/set/2019.
- BAUMAN, Z. **Globalização: as consequências humanas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999.
- BEGALLI, P. A. **Direito contratual no novo Código Civil**. 2. ed., São Paulo: Forense universitária, 2006.
- BENJAMIN, A. H. V. **Código de defesa do consumidor**. São Paulo: Forense universitária, 1997.
- BESSA, L. R. **Fornecedor equiparado**. Coleção doutrinas essenciais. Direito do consumidor: tutela das relações de consumo. São Paulo: RT, 2011.
- BEVILÁQUA, C. **Código civil dos estados unidos do Brasil**. Rio de Janeiro: ed. Rio, 1979.
- _____. **Direito das obrigações**. Rio de Janeiro, ed. Rio, 1977.
- BOIAGO JUNIOR, J. W. **Contratação eletrônica: Aspectos jurídicos**. Curitiba: Juruá, 2005.
- BOLZAN, F. **Direito do consumidor esquematizado**. Coordenação de Pedro Lenza. São Paulo: Saraiva, 2016.
- BRASIL, Leis e Decretos. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 28/ago/2019.
- _____. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**: Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 28/ago/2019.

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002:** Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 28/ago/2019.

CARVALHO, A. P. G. **Contratos via internet.** Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

CASTRO, G. C. **Direito Civil:** Lições. 4. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2011.

CAVALIERI FILHO, S. **Programa de direito do consumidor.** 3. ed. São Paulo atlas, 2011.

COELHO, F. U. **Curso de direito civil:** contratos. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Curso de Direito Comercial:** Direito de Empresa. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Curso de Direito Comercial:** Direito de Empresa. São Paulo: Saraiva, 2007.

DENARI, Z. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor.** 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

DIAS, J. C. **Direito Contratual no Ambiente Virtual.** Curitiba: Juruá Editora, 2001.

DINIZ, M. H. **Curso de Direito Civil Brasileiro:** Teoria das obrigações contratuais e extracontratuais. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. **Curso de Direito Civil Brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Curso de Direito Civil Brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **Curso de Direito Civil Brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **Curso de Direito Civil Brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. **Curso de Direito Civil Brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 2003.

FIDA, O. **Contratos no Direito Brasileiro:** Teoria, prática e jurisprudência. Campinas, SP: Servanda Editora, 2011.

FILOMENO, J. G. B. **Manual de Direitos do Consumidor**, 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

FIUZA, C. **Direito civil**: Curso completo. Belo horizonte, Del Rey, 2010.

GAGLIANO, P. S.; PAMPLONA FILHO, R. **Novo curso de Direito Civil**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

GARCIA, E. C. **Responsabilidade pré e pós-contratual a luz da boa-fé**. 8. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

GLANZ, S. **Consumidor e Contrato eletrônico**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GOMES, O. **Autonomia privada e negócio jurídico**. Novos temas de direito civil. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

_____. **Obrigações**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

GONÇALVES, C. R. **Direito das obrigações, parte especial**: tomo I, contratos. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

ITEANU, O. **Internet et lê Droit**. Paris: Eyrolles, 1996.

LEAL, S. R. C. S. **Contratos Eletrônicos**: Validade Jurídica dos Contratos via Internet. São Paulo: Atlas, 2007.

LEHMANN, H. **Tratado de Derecho Civil**: Parte geral. (Trad. José Maria Navas). Madrid: Revista de Derecho Privado, 1956.

LOPES, M. E. V. **O consumidor e a publicidade**. São Paulo: Revista de Direito do Consumidor, 1992.

LOPES, M. M. S. **Curso de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996.

LORENZETTI, R. L. **Fundamentos do Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

LOUREIRO, L. G. **Curso completo de direito civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense: São Paulo, Método, 2010.

MARQUES, C. L. **Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor: Um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. **Contratos no Código de defesa do consumidor.** 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. **Proposta de uma teoria geral dos serviços com base no código de defesa do consumidor.** São Paulo: Revista de direitos do consumidor, 2000.

MARQUES, C. L.; BENJAMIM, A. H.; MIRAGEM, B. **Comentários ao código de defesa do consumidor.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARTINS, G. M. **Formação dos contratos eletrônicos de consumo via internet.** Rio de Janeiro: Lúmen júris, 2010.

_____. **Formação dos contratos eletrônicos de consumos: Via internet.** Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009.

MARTINS-COSTA, J. **A boa-fé no direito privado.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MENDONÇA, M. I. C. **Contratos no Direito Brasileiro.** 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1957.

MIRAGEM, B. **Aplicação do CDC na proteção contratual do consumidor empresário: concreção do princípio da vulnerabilidade como critério para equiparação legal.** São Paulo: Revista de direito do consumidor, 2007.

_____. **Curso de direito do consumidor.** 2. ed. São Paulo: RT, 2010.

NERY JUNIOR, N. **O regime da publicidade enganosa no código brasileiro de defesa do consumidor.** São Paulo: Revista de direito do consumidor, 1995.

NUNES, L. A. R. **Curso de direito do consumidor (com exercícios).** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

PEREIRA, C. M. S. **Instituições de direito civil.** 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

RABELO, C. L. A.; PRATA, D. L. **A proteção do consumidor brasileiro no comércio eletrônico internacional.** In: *Âmbito Jurídico*. 2011. Disponível em: <https://jus.com.br>. Acesso em: 14/set/2019.

ROCHA, M. C. S. **Princípio do equilíbrio contratual: à luz da doutrina e da jurisprudência.** Curitiba: Juruá, 2018.

RODRIGUES, R; GONÇALVES, J. C. **Procedimentos de Metodologia Científica.** 8. ed. Lages: Papervest, 2017.

ROSSI, M. D. **Aspectos legais do comércio eletrônico: contratos de adesão.** Anais do 19º seminário nacional de propriedade intelectual da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual. São Paulo: Associação Brasileira da Propriedade Intelectual, 1999.

SANT'ANNA, V. M. **Manual prático dos contratos: teoria e prática – modelos.** 2. ed. Bauru, SP: EDIPRO, 2004.

SANTOS, M. J. P. “**Contratos Eletrônicos**”, in **Direito, Sociedade e Informática: Limites e Perspectivas da Vida Digital**, Aires José Rover (org.). Florianópolis: Fundação Boiteux, 2000.

SANTOS, M. J. P. ROSSI, M. D. **Aspectos Legais do Comércio Eletrônico: Contratos de Adesão.** São Paulo: Revista do Direito do Consumidor, 2000.

SCHMITT, M. A. **Contratações a distância: a diretiva 97/7 da comunidade europeia e o código brasileiro do consumidor.** São Paulo: Revista de direito do consumidor, 1988.

SILVEIRA, C. A. A. **Contratos: De acordo com o novo Código Civil.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **Contratos: Doutrina, prática e jurisprudência: de acordo com o Código de defesa do consumidor.** 2. ed. Leme: led, 2000.

SOUZA, M. A. **A Política legislativa do Consumidor no Direito Comparado.** Belo Horizonte: Edições Ciência Jurídica, 1996.

TARTUCE, F. **Manual de Direito Civil.** 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

_____. **Manual de Direito Civil.** 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

THEODORO JÚNIOR, H. **O contrato e sua função social.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

VENOSA, S. S. **Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos.** 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

ZANETTI, A. C. **Princípio do equilíbrio contratual**. São Paulo: Saraiva, 2012.