

Contratos Eletrônicos no Direito Brasileiro

Formação dos Contratos Eletrônicos e Direito de Arrependimento

Prof. Anderson Schreiber

Professor de Direito Civil da UERJ. Procurador do Estado do Rio de Janeiro. Doutor em Direito Privado Comparado pela *Università degli studi del Molise* (Itália). Mestre em Direito Civil pela UERJ. Autor dos livros *Direito Civil e Constituição* e *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil*, entre outros.

SUMÁRIO: 1. Nota prévia. 2. O comércio eletrônico no Brasil. 3. Os chamados contratos eletrônicos e os desafios trazidos pela contratação via internet. 3.1. Quem contrata. Semianonimato virtual e o dever de identificação do fornecedor eletrônico. 3.2. Onde contrata. A transnacionalidade do contrato eletrônico e o problema da lei aplicável. *Stream of commerce* e as normas de ordem pública. 3.3. Quando contrata. Momento de formação do contrato eletrônico e o dever de confirmação de recebimento da aceitação à oferta. 3.4. Como contrata. A informalidade do contrato eletrônico e sua prova. 3.5. O quê contrata. A paradoxal insuficiência da informação no ambiente eletrônico. Publicidade na internet e outras técnicas de incentivo ao consumo. 4. Direito de arrependimento. Tratamento da matéria no direito brasileiro: Lei 8.078/1990 e Decreto 7.962/2013. Experiência estrangeira: Diretiva 2011/83/CE. Análise comparativa. 5. Conclusão.

“*There is no spoon*”
(*Matrix*, 1999)

1. Nota prévia

Aceitei, com honra e alegria, o convite para participar da obra em homenagem a Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Sua influência sobre o Direito Civil brasileiro é imensa. Ruy Rosado capitaneou uma genuína revolução na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, incorporando ao cotidiano da corte conceitos que ainda eram vistos com estranheza pela maioria de seus pares. Foi um precursor do direito do consumidor e da aplicação da boa-fé objetiva às relações privadas, em suas múltiplas manifestações. Quando escrevi, treze anos atrás, um livro sobre a proibição de comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*), não havia praticamente

nada no Brasil a citar, a não ser os acórdãos do então Ministro Ruy Rosado. Sob a sua batuta, o Superior Tribunal de Justiça doutrinava.

Não por acaso, Ruy Rosado foi o idealizador e coordenador científico das primeiras Jornadas de Direito Civil, que seguem, até os dias atuais, aprovando enunciados interpretativos do Código Civil de 2002. Sua permanente disposição para debater, com transparência e elegância, os temas mais polêmicos é um exemplo para toda a magistratura, para a sua própria geração e para as gerações seguintes. Pareceu-me, portanto, necessário escolher para esta homenagem um tema que fosse, a um só tempo, atual e controvertido. Optei pela temática dos contratos eletrônicos, para cuja “fragilidade jurídica” Ruy Rosado já alertava na virada do século, em entrevista ainda hoje disponível no arquivo do Superior Tribunal de Justiça.¹

2. O comércio eletrônico no Brasil²

O comércio eletrônico ou *e-commerce* movimenta bilhões de reais por ano no Brasil. Embora sua parcela mais significativa, sob o prisma econômico, ainda seja representada por operações comerciais realizadas entre os próprios fornecedores, também chamadas relações *B2B* (sigla em inglês para a expressão *business to business*), o faturamento do varejo eletrônico ou *B2C* (*business to consumer*) tem crescido exponencialmente entre nós.³ Um número cada vez maior de consumidores brasileiros adquire produtos e serviços por meio da internet. O Brasil representa, segundo diversas pesquisas, o maior e mais promissor mercado de *e-commerce* da América Latina, seguido por México e Chile.⁴

¹ *Ministro do STJ alerta para a fragilidade jurídica dos contratos eletrônicos*, 26.9.2000, disponível em www.stj.gov.br.

² O autor registra seu agradecimento ao acadêmico de Direito Robson Guimarães Filho, pelo imprescindível auxílio nas pesquisas relativas ao comércio eletrônico e ao tratamento atualmente dispensado à matéria pelos tribunais brasileiros.

³ Segundo dados da Câmara Brasileira de Comércio Eletrônico, o setor B2C foi responsável por um faturamento de 22,5 bilhões de reais no ano de 2012, alcançando um total de 66,7 milhões de pedidos (www.camara-e.net, 20.3.2013).

⁴ Além disso, o Brasil possui, segundo estudo realizado em 2010, o melhor índice de *e-readiness* da América Latina. Tal índice procura refletir, por meio da combinação de uma série de variáveis (potencial de demanda, infraestrutura tecnológica, penetração dos diferentes meios de pagamento etc.), a capacidade de cada país para a conversão da

Teoricamente, o consumidor brasileiro deveria ter mais facilidade de exercer seus direitos no ambiente eletrônico. Sua comunicação com o fornecedor deveria ser mais ágil e célere, por força das tecnologias de comunicação à distância (*e-mail*) e interativa (*chat*). As informações sobre o produto ou serviço contratado deveriam ser, em tese, mais amplas e mais acessíveis, já que, ao contrário do que ocorre no comércio tradicional, não há limite físico-espacial para a exposição de dados sobre o objeto da compra. O mesmo vale para os termos contratuais, que podem ser disponibilizados na internet sem a necessidade de um suporte físico em papel e com o auxílio de realces visuais ou de simples mecanismos de busca que facilitem a identificação da informação específica buscada pelo consumidor. Em teoria, portanto, o consumidor deveria enfrentar menos percalços no comércio eletrônico que no comércio tradicional.

Na prática, todavia, o que se verifica é que os direitos do consumidor brasileiro têm sido frequentemente desrespeitados no *e-commerce*, cujos índices de reclamação chegam a superar, proporcionalmente, aqueles do comércio tradicional em algumas regiões do Brasil. Notícias recentes têm revelado um quadro de violações sistemáticas à legislação brasileira por parte de grandes fornecedores eletrônicos de produtos ou serviços. Tome-se como exemplo pesquisa recente realizada pelo Procon do Rio de Janeiro⁵ que, analisando os sites de 25 fornecedores de produtos e serviços, em diferentes setores da economia, concluiu que nenhum deles respeitava integralmente a legislação brasileira em matéria de direitos do consumidor eletrônico.⁶

Fazer valer a legislação brasileira no *e-commerce* não é tarefa simples. A contratação virtual traz uma série de dificuldades e desafios no campo jurídico.

internet em um meio efetivo de comércio (relatório da *América Economia Intelligence*, disponível em www.ecommerceday.mx).

⁵ No sistema brasileiro, os Procons são órgãos ou entidades estaduais ou municipais responsáveis pela proteção dos direitos e interesses do consumidor.

⁶ *Procon Carioca notifica 25 sites de comércio eletrônico*, reportagem de Luiza Xavier, publicada no *O Globo Online*, em 7.8.2013. O relatório do Procon revela, por exemplo, que nenhuma das 25 empresas notificada exibia de forma clara o instrumento contratual.

3. Os chamados contratos eletrônicos e os desafios trazidos pela contratação via internet.

Nos manuais de direito civil e empresarial publicados no Brasil nos últimos anos, tornou-se comum encontrar referências aos “contratos eletrônicos”, como um “novo” gênero de contratos que se afastaria das regras do direito contratual pátrio, constituindo uma espécie de setor de exceção ou de capítulo à parte dentro do direito privado, a exigir uma legislação própria.⁷ Em oposição a esta abordagem, há quem sustente que os chamados contratos eletrônicos podem e devem ser tratados exatamente como qualquer outro contrato, afirmando que toda a celeuma criada em torno do tema reduz-se ao problema da validade do documento eletrônico como meio de prova perante o Poder Judiciário.⁸

A razão, contudo, não se situa em nenhum dos dois extremos. Por um lado, o que se tem chamado de “contratos eletrônicos” nada mais são que contratos formados por meios eletrônicos de comunicação à distância, especialmente a internet, de tal modo que o mais correto talvez fosse se referir a contratação eletrônica ou contratação via internet, sem sugerir o surgimento de um novo gênero contratual. Por outro lado, parece hoje evidente que os desafios da matéria não se restringem à validade da prova da contratação por meio eletrônico – que, de resto, consiste em ponto superado no direito brasileiro –, mas envolvem diversos aspectos da teoria geral dos contratos que vêm sendo colocados em xeque por essa significativa transformação no modo de celebração dos contratos e no próprio desenvolvimento da relação jurídica entre os contratantes.

⁷ Cite-se, como exemplo desse entendimento, a passagem de Gustavo Testa Corrêa: “A economia está mudando. As transações de bens materiais continuam importantes, mas as transações de bens intangíveis, em um meio dessa mesma natureza, são os elementos centrais da dinâmica comercial contemporânea, do comércio eletrônico. A legislação deverá abraçar um novo entendimento: o de que as mudanças fundamentais resultantes de um novo tipo de transação requererão regras comerciais compatíveis com o comércio de bens via computadores e similares.” (*Aspectos Jurídicos da Internet*, São Paulo: Saraiva, 2000, p. 38).

⁸ É a posição de Carlos Gustavo Vianna Direito, para quem “muitas vezes o contrato que está sendo feito por intermédio de uma nova forma de comunicação não traz nenhuma novidade, sendo, pois, um contrato já regulado. A verdadeira questão dos contratos eletrônicos será a forma de prova destes perante o Poder Judiciário.” (*Do Contrato – Teoria Geral*, Rio de Janeiro: Renovar, 2007, pp. 119-120). Ver, em sentido semelhante, Erica Aoki, para quem “contrato cibernético nada mais é do que aquele contrato firmado no espaço cibernético, e não difere de qualquer outro contrato. Ele apenas é firmado em um meio que não foi previsto quando a legislação contratual tradicional se desenvolveu.” (*Comércio Eletrônico – Modalidades Contratuais*, Anais do 10º Seminário Internacional de Direito de Informática e Telecomunicações, Associação Brasileira de Direito de Informática e Telecomunicações, 1996, p. 4).

Com efeito, a contratação eletrônica veio abalar, de um só golpe, cinco referências fundamentais utilizadas pela disciplina jurídica do contrato: *quem* contrata, *onde* contrata, *quando* contrata, *como* contrata e *o quê* contrata. Essas cinco questões eram respondidas de maneira relativamente segura nas contratações tradicionais e, por isso mesmo, eram tomadas como parâmetros pelo legislador e pelos tribunais para a determinação da solução jurídica aplicável. No campo dos contratos eletrônicos, responder essas cinco perguntas básicas tornou-se um verdadeiro calvário, como se passa a demonstrar.

3.1. Quem contrata. Semianonimato virtual e o dever de identificação do fornecedor eletrônico.

Na contratação presencial entre pessoas naturais, há uma pronta identificação dos sujeitos contratantes. Essa identificação não é tão imediata quando a celebração do contrato envolve pessoa jurídica, já que, nessa hipótese, entram em jogo questões atinentes à legitimidade da representação (*rectius*: apresentação). Ainda assim, há mecanismos jurídicos para a verificação da identidade dos contratantes e, mesmo na ausência de sua utilização, o direito prestigia, por meio da teoria da aparência e de outras construções doutrinárias e jurisprudenciais, a confiança depositada na identidade do contratante a partir dos dados físicos que compõem a situação aparente.⁹ No comércio eletrônico, o problema da identificação do contratante é mais complexo.

São numerosos os sites de fornecedores de produtos ou serviços que sequer exibem o nome empresarial da pessoa jurídica responsável pelo fornecimento, limitando-se a exibir um nome fantasia. Muitos sites não trazem informações acerca de endereço físico ou mesmo de número telefônico para contato. O próprio domínio utilizado para hospedar o site (endereço do site) pouco revela, na medida em que seu registro pode ser

⁹ Seja consentido remeter a Anderson Schreiber, *A Representação no Novo Código Civil*, in *Direito Civil e Constituição*, São Paulo: Atlas, 2013, pp. 61-78.

feito sem a plena identificação do requerente e a consulta pública ao sistema brasileiro de domínios não exhibe o nome do titular, mas apenas o servidor DNS.¹⁰

O problema se torna ainda mais dramático quando o domínio não é brasileiro (.br), já que cada país possui regras distintas para o procedimento de registro de domínios e a imensa maioria deles não revela publicamente quem são seus titulares. A figura do sujeito de direito se dissipa por completo na internet. O consumidor, confiando na “marca” exibida ou mesmo na “boa aparência” do site, realiza a contratação eletrônica e, somente diante do surgimento de defeitos posteriores, passa a buscar a identidade jurídica do fornecedor, que acaba, em muitos casos, por permanecer oculta. Tal circunstância compromete a efetividade das normas protetivas, na medida em que a ausência de um sujeito passivo plenamente identificado dificulta as comunicações formais entre as partes e impede a adoção de medidas judiciais ou extrajudiciais (notificações etc.) por parte do consumidor lesado.

Com o propósito de combater essa e outras dificuldades inerentes ao comércio eletrônico, a Presidente Dilma Rousseff fez publicar, em 15 de março de 2013, o Decreto 7.962, cujo art. 2º determina:

“Art. 2º Os sítios eletrônicos ou demais meios eletrônicos utilizados para oferta ou conclusão de contrato de consumo devem disponibilizar, em local de destaque e de fácil visualização, as seguintes informações:
I - nome empresarial e número de inscrição do fornecedor, quando houver, no Cadastro Nacional de Pessoas Físicas ou no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas do Ministério da Fazenda;
II - endereço físico e eletrônico, e demais informações necessárias para sua localização e contato; (...)”¹¹

Como revelou, todavia, a já citada pesquisa do Procon do Rio de Janeiro, numerosos fornecedores continuam descumprindo tais deveres, mantendo-se um cenário

¹⁰ O sistema de nome de domínio (DNS – *Domain Name System*) é um sistema que nomeia computadores e serviços de rede e é organizado de acordo com uma hierarquia de domínios. Para maiores detalhes, ver Núcleo de Informação e Coordenação do Ponto BR – NIC.BR (<https://registro.br>).

¹¹ O texto do Decreto foi fortemente influenciado pelo Projeto de Lei nº 439 de 2011 (Senado Federal), dedicado à atualização do Código de Defesa do Consumidor em matéria de comércio eletrônico.

de semianonimato eletrônico no Brasil. Tal omissão está a exigir ulterior esforço de controle por parte dos órgãos brasileiros, com a aplicação de sanções mais severas, uma vez que a identificação do fornecedor é imprescindível para a tutela adequada do consumidor no ambiente eletrônico e para a efetiva aplicação das normas de direito contratual.

Referido esforço não pode prescindir, contudo, de acordos e convênios internacionais que permitam e imponham a identificação fácil e precisa das sociedades empresárias por trás dos sites de vendas. Mesmo nos países que não contam com normas cogentes nesse sentido, é preciso que se desenvolvam “selos” de qualidade para os sites que cumpram padrões mínimos internacionalmente aceitos, facilitando o acesso do consumidor à pessoa jurídica estrangeira com quem contrata. Nesse passo, assume relevância um segundo aspecto da atividade contratual fortemente atingido pelo comércio eletrônico: o lugar da contratação.

3.2. Onde contrata. A transnacionalidade do contrato eletrônico e o problema da lei aplicável. *Stream of commerce* e as normas de ordem pública.

A internet suprimiu a referência física, geográfica, ao lugar da contratação, noção que era tão cara ao raciocínio do direito civil e do direito internacional privado. Um consumidor brasileiro, em viagem pela Europa, pode visitar o site de uma livraria de Nova Iorque, hospedado em um provedor da Califórnia, para adquirir um livro escrito por um autor francês, produzido por uma editora do Canadá, que lhe será expedido por um distribuidor situado no México ou na Argentina. Tais contratos, como se vê, não são meramente internacionais, no sentido tradicional do termo, mas são verdadeiramente transnacionais, já que transcendem qualquer nacionalidade. A nacionalidade perde, em larga medida, sua importância. O “lugar da contratação” passa, com o comércio eletrônico, a ser uma espécie de abstração,¹² uma ficção que os juristas lutam com unhas e dentes para preservar, mas que se revela cada vez mais artificiosa e irreal.

¹² Pense-se, por exemplo, na possibilidade, hoje cada vez mais frequente, de que o contrato eletrônico seja celebrado por meio de um dispositivo móvel, como telefone celular, tablet ou leitor digital, por um usuário em trânsito.

Tamanha transformação – talvez a mais significativa dentre todas aquelas trazidas pelo advento da internet – causa profundas consequências no modo de aplicação do Direito, vinculado, desde a formação dos Estados Nacionais, ao território (*locus*) de exercício da soberania estatal. A comunidade jurídica brasileira parece não ter ainda despertado para a amplitude dessas consequências, que prometem afetar, em última análise, a própria metodologia de produção das normas jurídicas e suas formas tradicionais de aplicação. Em um plano mais específico e mais imediato, porém, a jurisprudência brasileira tem revelado sensibilidade ao examinar ao menos um subproduto dessa mudança: a discussão sobre a lei aplicável ao contrato.

A Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (Decreto-lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942) determina, em seu art. 9º, que as obrigações são regidas pela “lei do país em que se constituírem”.¹³ A regra é de fácil aplicação nos contratos celebrados entre presentes, em que a própria situação física dos contratantes já revela o país em que o contrato é celebrado e, portanto, a lei que se destina a regê-lo. Em relação aos contratos celebrados entre ausentes, tal critério afigura-se, porém, inaplicável, tendo o legislador brasileiro recorrido aí a um artifício legal, segundo o qual, na contratação entre ausentes, “a obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente.”¹⁴

A aplicação literal destas regras ao comércio eletrônico resultaria em constante reenvio à lei do país do fornecedor, na medida em que os sites de varejo exibem propostas permanentes ao público que o consumidor simplesmente “aceita” mediante o pressionar de um botão do seu teclado ou mouse.¹⁵ Dois problemas relevantes surgiriam. Primeiro, em um cenário em que, conforme já destacado, os sites muitas vezes omitem a própria identidade do fornecedor e também o seu endereço físico, o consumidor

¹³ “Art. 9º. Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem.”

¹⁴ Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro, art. 9º, §2º.

¹⁵ Essa a conclusão praticamente unânime da doutrina brasileira: “Assim, devemos ter em mente que a oferta feita via Web site é, em regra, *ad incertas personas*, não havendo como prever em que localidade poderá ser acessada. Portanto, o usuário que acessa o site deve ter em mente que está negociando sob as regras do local onde está o proponente, como esse estivesse negociando em viagem ao exterior” (Erica Brandini Barbagalo, *Contratos Eletrônicos*, São Paulo: Saraiva, 2001, p. 72).

brasileiro acabaria por se sujeitar à legislação de um país que, no ato da contratação, sequer sabe precisamente qual é, gerando uma situação de inequívoco desequilíbrio em seu desfavor. Segundo, haveria forte estímulo para que fornecedores de produtos ou serviços online transferissem suas sedes para países com baixo grau de proteção normativa ao consumidor, replicando uma espécie de “manipulação” já adotada pelo mercado global em relação à legislação trabalhista, o que geraria prejuízos evidentes à economia brasileira.¹⁶

Por essas e outras razões, a jurisprudência brasileira tem caminhado no sentido de afirmar que o Código de Defesa do Consumidor se aplica às relações de consumo estabelecidas entre fornecedores eletrônicos estrangeiros e o consumidor brasileiro. Diferentes fundamentos têm sido utilizados para tanto. Invoca-se, de modo geral, a imperatividade do respeito às normas de ordem pública, ao lado de argumentos ligados à transnacionalidade das marcas comerciais em uma economia globalizada ou a uma importação algo abrangente da teoria do *stream of commerce*, segundo a qual quem direciona seu comércio aos consumidores de certos países assume o ônus de ter sua atividade disciplinada pelas respectivas leis nacionais.¹⁷

Tais soluções não exprimem, como se pode notar, um retorno ou um renovado compromisso com o “lugar da contratação”. Muito ao contrário: exprimem novas formas de identificação da lei aplicável às relações contratuais, que deixam de estar atreladas à geografia da celebração para passarem a exprimir critérios *ratione personae*, fundados na pessoa do contratante (no caso, o consumidor brasileiro), ou critérios teleológicos, como aqueles fundados na finalidade de proteção do consumidor frente às práticas de mercado, sejam elas nacionais, internacionais ou transnacionais. Parece inegável que o celebrado “fim das fronteiras” promovido pela globalização econômica tem, no comércio eletrônico, servido preponderantemente ao interesse dos fornecedores, que parecem pretender escapar no mundo virtual dos custos e ônus

¹⁶ O Brasil, convém lembrar, é considerado um país de forte legislação consumerista.

¹⁷ Ver Superior Tribunal de Justiça, Ação Rescisória 2.931/SP, 4.9.2003. Sobre a teoria do *stream of commerce*, ver A. Kimberley Dayton, *Personal Jurisdiction and the Stream of Commerce*, 7 *Review of Litigation* 239 (1987-88), William Mitchell College of Law.

inerentes não apenas ao processo econômico de disponibilização dos produtos e serviços, mas também às normas jurídicas que regulamentam sua relação com os consumidores. Impõe-se aqui a resistência do direito às conveniências do mercado, resistência que não deve repousar sobre conceitos como o “lugar da contratação”, mas que deve recorrer abertamente à sua *ratio* fundamental neste campo: a proteção mais efetiva ao consumidor.

Sob o prisma estritamente jurídico, faz-se importante registrar que um dos pilares mais tradicionais do direito dos contratos – aquele que estabelecia uma relação quase “matemática” entre o local da contratação e a lei aplicável ao contrato – foi definitivamente rompido pelo comércio eletrônico, com uma série de consequências ainda não totalmente exploradas, quer no âmbito da teoria geral dos contratos, quer no âmbito do direito internacional privado.

3.3. Quando contrata. Momento de formação do contrato eletrônico e o dever de confirmação de recebimento da aceitação à oferta.

A terceira referência basilar da disciplina contratual afetada pela contratação eletrônica diz respeito ao momento da contratação. Quando se reputa firmado o contrato? Exatamente como ocorre em relação ao lugar da contratação, inexiste, no direito brasileiro, uma regra específica que trate do tempo de formação dos contratos celebrados eletronicamente. Aplica-se, a rigor, a norma geral estabelecida no art. 434 do Código Civil, segundo a qual o contrato entre ausentes se forma, em regra, no momento em que a aceitação é expedida.¹⁸

Trata-se da chamada teoria da expedição mitigada, de longa tradição no direito civil brasileiro. Em um cenário de contratação física, a teoria da expedição traz certa segurança ao aceitante, o qual, no momento em que envia a aceitação, sabe já

¹⁸ “Art. 434. Os contratos entre ausentes tornam-se perfeitos desde que a aceitação é expedida, exceto: I - no caso do artigo antecedente (art. 432); II - se o proponente se houver comprometido a esperar resposta; III - se ela não chegar no prazo convencionado.” O art. 433, por sua vez, considera “inexistente a aceitação, se antes dela ou com ela chegar ao proponente a retratação do aceitante”.

formado o vínculo contratual, sem que se faça necessária nova manifestação do proponente – o que, em um contexto epistolar, exigiria maior dispêndio de tempo e custo. O envio da aceitação deixa, ademais, vestígios físicos (registro do encaminhamento por correio) que, em uma eventual dúvida quanto à formação ou não do contrato, favorecem o aceitante. No ambiente eletrônico, todavia, essas vantagens desaparecem. O envio da aceitação ocorre, muitas vezes, por um mero “clique” do usuário e não deixa qualquer prova ou indício de que a operação foi concluída.

Para evitar insegurança quanto à realização ou não do negócio virtual, deixando o consumidor ao sabor da conveniência do fornecedor em cumprir ou não a ordem expedida, muitos autores têm defendido o afastamento da teoria da expedição mitigada no campo dos contratos eletrônicos. Nessa direção, o Enunciado 173 da Jornada de Direito Civil, organizada pelo Conselho da Justiça Federal, chega a afirmar:

“A formação dos contratos realizados entre pessoas ausentes, por meio eletrônico, completa-se com a recepção da aceitação pelo proponente.”

Tal enunciado, a nosso ver, merece reforma. A uma, porque contraria frontalmente a letra do art. 434, transcendendo o escopo interpretativo dos enunciados para instituir uma orientação antagônica ao texto legal. A duas, porque a adoção da teoria da recepção não resolve o problema da formação dos contratos eletrônicos, na medida em que o consumidor eletrônico continua sem saber se o seu pedido de compra foi recebido, questão que permanece inteiramente na esfera de poder do fornecedor. Em outras palavras, condicionar a formação do contrato ao recebimento da aceitação não diminui em nada a insegurança negocial no ambiente eletrônico.

Melhor rumo seguiu o Decreto 7.962, de 15 de março de 2013, que, em seu art. 4º, inciso III, instituiu o dever de confirmação para garantir o atendimento facilitado ao consumidor no comércio eletrônico. Não se trata, a rigor, de uma mudança no momento de formação do contrato, já que o contrato continua se formando independentemente da confirmação, mas sim de um dever legal: passa a incorrer em

infração o fornecedor que deixa, nos termos do Decreto, de confirmar “imediatamente o recebimento da aceitação da oferta”.¹⁹ Com isso, a legislação brasileira passa a se alinhar, nesse particular, ao direito europeu, que, desde a Diretiva Européia 2000/31/CE, já instituíra o dever de confirmação no comércio eletrônico (art. 11).²⁰

Embora não se trate de uma alteração da teoria aplicável à formação dos contratos, a verdade é que a instituição do dever de confirmar o recebimento da aceitação sujeita o fornecedor, ao menos em teoria, a sanções bem mais severas (multa, suspensão da atividade etc.)²¹ que a simples indiferença jurídica ao vínculo formado – o que, de resto, poderia acabar prejudicando o próprio consumidor. Ainda, portanto, que não se tenha ressalvado a aplicação do art. 434 no caso das contratações eletrônicas, a instituição do dever de confirmação modifica a própria abordagem jurídica do tempo de formação do contrato, transcendendo o clássico binômio proposta-aceitação e revelando a passagem de uma lógica puramente estrutural a uma lógica mais funcional e decididamente protetiva.

3.4. Como contrata. A informalidade do contrato eletrônico e sua prova.

A forma do contrato desempenha historicamente uma dupla função: por um lado, alerta os contratantes para a seriedade do vínculo contratual, fazendo-os refletir sobre a contratação antes de concluí-la em definitivo.²² Por outro lado, serve, perante os próprios contratantes e a sociedade, como meio de prova da formação do contrato e do seu conteúdo. Ambas as funções se dissipam na internet, onde a contratação é absolutamente informal, desprovida mesmo de qualquer suporte físico.

¹⁹ “Art. 4º Para garantir o atendimento facilitado ao consumidor no comércio eletrônico, o fornecedor deverá: (...) III – confirmar imediatamente o recebimento da aceitação da oferta (...)”.

²⁰ O mesmo caminho é seguido no Projeto de Lei nº 439 de 2011, que se propõe a atualizar o Código de Defesa do Consumidor com vistas à proteção do consumidor no âmbito do comércio eletrônico (art. 45-D, I).

²¹ O art. 7º do mesmo Decreto determina que “a inobservância das condutas” nele descritas enseja a aplicação das sanções previstas no art. 56 do Código de Defesa do Consumidor, que traz o rol genérico de sanções administrativas aplicáveis às infrações da legislação consumerista, como multa, proibição de fabricação do produto, suspensão temporária da atividade etc.

²² Daí as complexas solenidades (fórmulas verbais, atos simbólicos etc.) exigidas no âmbito do direito antigo para a celebração de contratos, algumas das quais deixaram vestígios no hábito dos povos europeus, como a entrega de uma moeda de baixo valor (*denier à Dieu*) ou a aplicação de uma palmada na face do vendedor, costume ainda utilizado em alguns mercados de gado na Europa central (*emptio non valet sine palmata*). Ver, sobre o tema, John Gilissen, *Introdução Histórica ao Direito*, Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001, 3ª ed., p. 734.

Em contraposição aos instrumentos escritos e assinados da contratação tradicional, a forma da contratação eletrônica resume-se frequentemente à exibição de uma tela ou página virtual que o consumidor pode, se cuidadoso, se dar ao trabalho de imprimir ou copiar para o seu próprio computador ou dispositivo móvel. Pode ainda dispor de um e-mail ou outra forma de aviso eletrônico, como uma breve mensagem ao seu aparelho de telefonia celular (*SMS*, sigla de *Short Message Service*).²³ Em um passado recente, os juristas brasileiros (como, de resto, os juristas de todo o mundo) discutiam se tais impressões, cópias ou documentos digitais tinham ou não validade como meio de prova, constituíam ou não meros indícios e outras questões que o avanço maciço da cultura digital parece ter tornado um tanto folclóricas. Em que pese as dificuldades do sistema judiciário em lidar com documentos puramente eletrônicos e a suspeita quase instintiva que recaía, até pouco tempo, sobre cópias impressas de páginas virtuais e e-mails, não parece haver dúvida, atualmente, de que todos esses instrumentos devem ser admitidos como meios probatórios dos direitos discutidos em juízo. O Código Civil brasileiro, de 2002, posicionou-se claramente nesse sentido:

“Art. 225. As reproduções fotográficas, cinematográficas, os registros fonográficos e, em geral, quaisquer outras reproduções mecânicas ou eletrônicas de fatos ou de coisas fazem prova plena destes, se a parte, contra quem forem exibidos, não lhes impugnar a exatidão.”

O Enunciado 398 da IV Jornada de Direito Civil, realizada em outubro de 2006, assegurou ainda maior clareza ao texto legal, ao concluir que “os arquivos eletrônicos incluem-se no conceito de ‘reproduções eletrônicas de fatos ou de coisas’, do art. 225 do Código Civil, aos quais deve ser aplicado o regime jurídico da prova documental.” Em consonância com essa orientação, os tribunais brasileiros têm acolhido

²³ Embora seja possível a utilização de assinaturas eletrônicas e certificações digitais, seu emprego para fins de aquisição de produtos ou serviços pelo consumidor é muito raro. Sobre o tema das assinaturas eletrônicas e certificações digitais, ver Jorge José Lawand, *Teoria Geral dos Contratos Eletrônicos*, São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, pp. 141-146.

como meio válido de prova os arquivos digitais.²⁴ Em caso de impugnação da sua veracidade, exige-se perícia, o que, de resto, pode ocorrer também com documentos físicos. A questão meramente probatória parece, portanto, equacionada.²⁵

O mesmo não se pode dizer em relação àquele outra função da forma contratual: a de alertar as partes para a importância e seriedade do vínculo. A contratação via internet realiza-se de modo cada vez mais veloz, sem a adequada pesquisa sobre as características do produto ou serviço contratado, sobre a qualidade do fornecedor ou sobre as próprias condições do contrato firmado por meio eletrônico. Por mais alarmante que possa parecer essa constatação, o fato é que o consumidor eletrônico não sabe muitas vezes o quê está contratando.

3.5. O quê contrata. A paradoxal insuficiência da informação no ambiente eletrônico. Publicidade na internet e outras técnicas de incentivo ao consumo.

Na contratação tradicional, o consumidor tem frequentemente a chance de manusear o produto, de verificar a sua embalagem, de testar seu funcionamento ou ainda de esclarecer dúvidas com um preposto do fabricante ou do comerciante no próprio estabelecimento comercial. Nos sites da internet, ao contrário, as informações são pré-dispostas; o produto é descrito por meio de imagens ou descrições técnicas padronizadas, aplicáveis muitas vezes ao gênero do produto, e não àquela espécie que está sendo

²⁴ Ver, por exemplo, acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, em que se concluiu que: “a despeito de o contrato de prestação de serviços não conter a assinatura da requerida, tal fato não é apto a invalidar o referido ajuste, tendo em vista que o contrato de prestação de serviços educacionais é informal e não exige forma prescrita em lei, podendo até ser firmado verbalmente. O contrato de prestação de serviços, juntado aos autos, ainda que desprovido de assinatura da ré, é suficiente para provar a realização do ajuste, visto que os documentos eletrônicos gozam de valor probante e o documento de fls. 06-09 demonstra que a requerida efetivamente aderiu ao aludido contrato, via internet.” (TJMG, Apelação Cível 1.0024.06.986334-8/001, 17ª Câmara Cível, Rel. Des. Lucas Pereira, DJ 12.7.2007). No mesmo sentido, ver TJSP, Apelação Cível 0018518-77.2010.8.26.0005, 20ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Maria Lucia Pizzotti, j. 27.8.2012; e TJMG, Apelação Cível 1.0024.07.691106-4/001, 17ª Câmara Cível, Rel. Des. Marcia de Paoli Balbino, j. 19.2.2009, entre outros.

²⁵ O mesmo vale para o cenário internacional em que um número cada vez maior de acordos, convenções e modelos normativos reconhecem expressamente a validade jurídica dos documentos eletrônicos. Cite-se, a título ilustrativo, o art. 5º da Lei Modelo da UNCITRAL sobre Comércio Eletrônico: “Não se negarão efeitos jurídicos, validade ou eficácia à informação apenas porque esteja na forma de mensagem eletrônica” (Organização das Nações Unidas, Nova Iorque, 1997).

efetivamente adquirida. O consumidor eletrônico não tem acesso físico ao bem.²⁶ É certo que poderia buscar, em outros sites da internet, informações, avaliações e depoimentos sobre a qualidade do produto e do fornecedor – alguns sites de compras, inclusive, já fornecem avaliações como parte da sua estratégia comercial –, mas tal conduta é, na prática, rara, seja porque tais informações, potencialmente infinitas, não se encontram ordenadas de modo a facilitar a pesquisa do consumidor, seja porque não são tidas como inteiramente confiáveis, diante das suspeitas de que se prolifera na internet a manipulação das ferramentas de avaliação por meio da contratação remunerada de usuários para que se manifestem sobre certos produtos e serviços (em uma forma oculta e deturpada de marketing, típica do ambiente virtual). O consumidor eletrônico acaba, assim, dispondo paradoxalmente de pouca informação sobre o objeto da sua contratação.

Quase sempre o consumidor eletrônico desconhece, também, os termos do contrato, ou seja, as condições contratuais, que são usualmente apresentados pelos fornecedores em um formato que desestimula a leitura, por meio de páginas inteiras de letras miúdas, que contrastam flagrantemente com os elevados investimentos em programação visual realizados nas páginas dedicadas à oferta de produtos. Na maioria dos sites, a passagem da página de ofertas à página que exhibe os termos contratuais configura uma mudança abrupta de formatação, que salta aos olhos do usuário da internet, cada vez mais acostumado com gráficos e imagens de alta resolução. Muitos fornecedores sequer se dão ao trabalho de dividir os termos contratuais em tópicos, o que dificulta a localização pelo consumidor das informações consideradas relevantes para a celebração do contrato.

Por todas essas razões, embora, em tese, o consumidor pudesse dispor no ambiente eletrônico de maior tempo de reflexão e de mais instrumentos de busca para obter informações sobre o objeto e os termos da contratação, o certo é que, atualmente, a contratação via internet se faz de modo muito mais desinformado que a contratação

²⁶ Alguns autores especulam que, no futuro, essa “perda de aspectos do conhecimento da coisa ou serviço contratado” poderá vir a ser suprida em alguma medida pelo próprio “desenvolvimento tecnológico (vide 3D)” (Alberto Gosson Jorge Júnior, *Aspectos da Formação e Interpretação dos Contratos Eletrônicos*, in *Revista do Advogado*, ano 32, n. 115, 2012, p. 17).

física. Tentado pela facilidade de um clique, o consumidor eletrônico compra muitas vezes por mero impulso, sem a necessária reflexão. Técnicas de oferta de produtos impelem o usuário à aquisição, como no exemplo corriqueiro em que, tendo realizado a inserção em seu “carrinho de compras” virtual de um produto do qual realmente necessita, o consumidor se vê prontamente provocado pelo site a adquirir produtos acessórios àquele que foi selecionado, ou outros produtos daquele mesmo fabricante, ou, ainda, produtos adquiridos por outras pessoas que adquiriram aquele mesmo produto,²⁷ em um ciclo interminável de estímulos ao consumo imediato.

A publicidade também desempenha aí um papel relevante. Ao contrário do que ocorre no mundo físico – em que a publicidade se restringe a espaços e momentos relativamente delimitados –, no mundo virtual, a publicidade ocorre em uma espécie de fluxo permanente, que acompanha o usuário em qualquer momento da navegação. *Banners* surgem nos rodapés e cabeçalhos de páginas que aparentemente não tinham conteúdo comercial; *pop-ups* pipocam diante do usuário, impedindo-o de prosseguir navegando; *spams* abarrotam caixas de entrada de e-mails. Em sites de busca, *links* patrocinados se misturam a resultados relevantes, quando muito com uma sutil diferenciação em relação à cor das letras ou do pano de fundo. Vídeos aparentemente reais são postados em redes sociais, sem nenhum alerta acerca de seu cunho comercial, para servirem de *teasers* de futuras campanhas publicitárias.²⁸ Diversamente do espectador televisivo, que ainda tem a alternativa de mudar de canal durante o intervalo comercial, o usuário da internet sujeita-se todo o tempo ao bombardeamento publicitário, em um continuado e permanente incentivo ao consumo.

Resistir a tal incentivo torna-se tarefa ainda mais árdua na medida em que a publicidade eletrônica vai ganhando, a cada dia, um perfil mais e mais personalizado. A

²⁷ Técnica que explora nitidamente os sentimentos humanos de identificação com o próximo e de pertencimento a grupos sociais, em estratégia que, embora não seja inédita no mundo comercial, assume no ambiente eletrônico dimensões nunca antes imaginadas.

²⁸ Exemplo recente foi o vídeo *Perdi meu amor na balada*, postado por um rapaz que pedia ajuda para encontrar o número de telefone de uma moça que conhecera na noite paulistana. Revelou-se mais tarde que o vídeo havia sido produzido por certa fabricante de celulares e integrava uma campanha publicitária que somente veio a público semanas depois. O caso rendeu procedimentos no Procon de São Paulo e no CONAR (Conselho de Autorregulamentação Publicitária).

coleta de dados do usuário – por meio de *cookies* e outras técnicas de transparência reduzida e legalidade duvidosa – tem permitido o desenvolvimento de perfis de usuários que são utilizados pelos fornecedores para direcionar o conteúdo da mensagem publicitária e da oferta de produtos na internet. Se a personalização da oferta, por um lado, poupa tempo ao consumidor eletrônico (livrando-o do oferecimento de produtos que seriam, provavelmente, “indesejáveis”), torna, por outro lado, muito mais dificultosa a tarefa de refletir sobre a contratação, na medida em que dados pessoais obtidos sem autorização do usuário são usados para estimular de modo praticamente irresistível a aquisição dos produtos ou serviços de que supostamente necessitaria. A manobra associada não raro a ofertas de financiamentos, com disponibilidade imediata dos recursos econômicos exigidos para a aquisição, completando-se o ciclo do consumo compulsivo, resumido no bordão “compre o que você não precisa com o dinheiro que você não tem”.

Todo esse novo arsenal de técnicas de marketing eletrônico exige posturas mais definidas por parte do sistema jurídico brasileiro, pouco preparado para lidar com essas questões. Em primeiro lugar, impõe-se a aprovação imediata de uma legislação que proteja efetivamente os dados pessoais. O Brasil não conta com um marco normativo claro nessa matéria, encontrando-se, já há alguns anos, no Ministério da Justiça um projeto de lei de proteção de dados pessoais, que, após um período de debate público, parece aprisionado em um processo excessivamente lento de produção e aperfeiçoamento dentro do próprio Ministério – prisão da qual não foi capaz de se libertar nem mesmo na esteira do recente furor provocado pela descoberta de monitoramento da agência de segurança dos Estados Unidos sobre as comunicações da Presidente Dilma Rousseff.²⁹

Além de uma política pública de proteção de dados pessoais impõe-se uma regulamentação mais efetiva da atividade publicitária no Brasil, ainda disciplinada de modo bastante lacônico pelo Código de Defesa do Consumidor, por meio de conceitos

²⁹ Uma das muitas repercussões do chamado caso Edward Snowden, a revelação do monitoramento gerou a exigência de explicações por parte do Governo brasileiro, respondidas pela administração Barack Obama com o argumento de que a legislação interna brasileira não veda as condutas adotadas. Ver, entre outras notícias, reportagem de Glenn Greenwald, Roberto Kaz e José Casado, *EUA espionaram milhões de e-mails e ligações de brasileiros*, publicada no jornal *O Globo Online* em 6.7.2013.

excessivamente genéricos (como a “publicidade abusiva” do art. 37, §2º),³⁰ cuja aplicação acaba sendo controlada quase que exclusivamente pelo Conselho de Autorregulamentação Publicitária. Em que pese o esforço do referido Conselho, suas decisões acabam sendo guiadas pelo subjetivismo inerente à aplicação daqueles conceitos abertos, sem a formulação de *standards* de comportamento, resultando em um conjunto de precedentes que não dão maior segurança nem ao consumidor, nem ao mercado publicitário.

Por fim, cumpre amparar e desenvolver, no campo das contratações eletrônicas, mecanismos de “saída” ou reversão, voltados a tutelar o direito de reflexão do consumidor no ambiente virtual. Esse é o ponto que tem maior relação com a temática geral desse estudo e aqui o ordenamento brasileiro já tem dado alguns passos, especialmente no tocante ao chamado “direito de arrependimento”. Convém examinar o tema em separado.

4. Direito de arrependimento. Tratamento da matéria no Direito Brasileiro: Lei 8.078/1990 e Decreto 7.962/2013. Experiência estrangeira: Diretiva 2011/83/CE. Análise comparativa.

O direito de arrependimento, também chamado direito de reflexão, foi instituído pelo art. 49 do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990), em que se lê:

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

³⁰ O Código de Defesa do Consumidor, a rigor, não define a publicidade abusiva, mas apenas a exemplifica, deixando ampla margem à interpretação do conceito: “Art. 37. (...) §2º. É abusiva, dentre outras a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeita valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.”

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 devolvidos, de imediato, monetariamente atualizados.”

A norma já se aplicava, a toda evidência, às contratações eletrônicas, realizadas inegavelmente “fora do estabelecimento comercial”.³¹ Para afastar, porém, qualquer dúvida quanto ao ponto, o Decreto 7.962/2013 tratou expressamente do direito de arrependimento ao cuidar do comércio eletrônico:

“Art. 5º. O fornecedor deve informar, de forma clara e ostensiva, os meios adequados e eficazes para o exercício do direito de arrependimento pelo consumidor.

§ 1º O consumidor poderá exercer seu direito de arrependimento pela mesma ferramenta utilizada para a contratação, sem prejuízo de outros meios disponibilizados.

§ 2º O exercício do direito de arrependimento implica a rescisão dos contratos acessórios, sem qualquer ônus para o consumidor.

§ 3º O exercício do direito de arrependimento será comunicado imediatamente pelo fornecedor à instituição financeira ou à administradora do cartão de crédito ou similar, para que:

I – a transação não seja lançada na fatura do consumidor; ou

II – seja efetivado o estorno do valor, caso o lançamento na fatura já tenha sido realizado.

§ 4º O fornecedor deve enviar ao consumidor confirmação imediata do recebimento da manifestação de arrependimento.”

³¹ Como registrava, aliás, Ruy Rosado de Aguiar Júnior, ao afirmar, em 2000, que o direito de arrependimento (art. 49, CDC) “é perfeitamente aplicável aos negócios realizados através da rede mundial de computadores” (*Ministro do STJ alerta para a fragilidade jurídica dos contratos eletrônicos*, 26.9.2000, disponível em www.stj.gov.br). Em sentido contrário, doutrina minoritária invoca o conceito de estabelecimento comercial virtual para sustentar que a compra realizada via internet não se dá fora do estabelecimento comercial. Acrescenta que o consumidor eletrônico é quem tem a iniciativa da compra, razão pela qual teria tempo de sobra para reflexão. Sobre o tema, com detalhes sobre os dois posicionamentos, ver Caio Rogério da Costa Brandão, *O Direito de Arrependimento nos Contratos Eletrônicos*, in *Juris Plenum*, ano III, n. 13, 2007, pp. 16-17.

O decreto presidencial vai, como se vê, além do que já dispunha o art. 49 do código consumerista, contemplando alguns aspectos adicionais do tema, como a facilitação da comunicação do exercício do direito de arrependimento pelo consumidor eletrônico e o dever do fornecedor de confirmar imediatamente o recebimento da manifestação de arrependimento, além dos efeitos do arrependimento sobre contratos acessórios. O Projeto de Lei 439/2011, que trata do comércio eletrônico e se encontra atualmente em tramitação no Congresso Nacional, dispõe sobre o tema no mesmo sentido. Sua aprovação continua a se fazer necessária para evitar qualquer discussão jurídica quanto à possibilidade de regulamentação do tema por meio de decreto.

O art. 5º do Decreto 7.962 representa, sem dúvida, um avanço, na medida em que, para além de reiterar a aplicabilidade do direito de arrependimento ao comércio eletrônico, aborda mais dois ou três aspectos do tema. Nada obstante, é certo que a legislação brasileira poderia ter ido muito além. Uma incursão pelo cenário europeu revela não apenas níveis de proteção mais elevados nessa matéria, mas também uma abordagem de natureza distinta, que contribui para a efetividade do direito de arrependimento no comércio eletrônico daquele continente.

Com efeito, a Diretiva 2011/83/CE ocupa-se de modo bastante detalhado do direito de arrependimento, a que denomina “direito de retractação” (na versão oficial em língua portuguesa).³² O artigo 9º da referida Diretiva institui o prazo de 14 dias para a retratação do contrato celebrado à distância ou fora do estabelecimento comercial – o dobro, portanto, do prazo previsto na legislação brasileira. Registra, ainda, expressamente a desnecessidade de indicação de qualquer motivo para o exercício da retratação. O artigo 10 determina que, se o fornecedor deixar de informar ao consumidor sobre a possibilidade, as condições, o prazo e o procedimento de retratação,³³ o prazo se estende adicionalmente por 12 meses após o término do prazo original de 14 dias. Ao contrário, portanto, da legislação brasileira, que impõe o dever de informação sobre o direito de

³² Em inglês, *right of withdrawal* e, em espanhol, *derecho de desistimiento*.

³³ Conforme impõe o artigo 6º, item 1, alínea h, da mesma Diretiva, que prevê ainda a disponibilização de um modelo de formulário para o exercício do direito de retratação, sem prejuízo da possibilidade de outros meios de comunicação do referido exercício (artigo 11, item 1, alínea b).

arrependimento sem uma sanção específica,³⁴ a Diretiva europeia estabelece uma significativa extensão do prazo aplicável em caso de descumprimento.

A Diretiva 2011/83/CE regula, ainda, minuciosamente nos inúmeros subitens dos seus artigos 13 e 14 os custos envolvidos no procedimento de retratação – diferentemente da legislação brasileira que não traz quaisquer considerações específicas sobre o assunto. De acordo com a Diretiva, o consumidor europeu está, em regra, isento de custos e tem direito ao reembolso de suas despesas, mas o artigo 13 prevê algumas situações de imunidade do fornecedor, como na hipótese em que o consumidor opta livremente por uma modalidade mais onerosa de envio que a modalidade padrão (artigo 13, item 2). A Diretiva assegura, ainda, ao consumidor o direito de receber o reembolso das suas despesas pelo “mesmo meio de pagamento que o consumidor usou na transação inicial”, aspecto não regulado no direito brasileiro e que tem gerado, entre nós, numerosos abusos no momento de exercício do direito de arrependimento, como a famigerada prática de substituir o reembolso efetivo do consumidor por um “crédito” junto ao fornecedor.

A Diretiva europeia enfrenta, ainda, os dois principais aspectos que têm sido invocados pelos fornecedores brasileiros em oposição ao direito de arrependimento. São eles: (i) a questão da depreciação do produto já entregue ao consumidor; e (ii) a inaplicabilidade do direito de arrependimento em casos envolvendo o fornecimento de produtos e serviços de fruição imediata, especialmente conteúdo digital oferecido via internet. Quanto ao primeiro aspecto, a Diretiva 2011/83/CE atribui ao consumidor responsabilidade pela depreciação “que decorra de uma manipulação dos bens que exceda o necessário para verificar a natureza, as características e o funcionamento dos

³⁴ O art. 5º do Decreto 7.962 impõe o dever de informar “de forma clara e ostensiva” os meios adequados e eficazes para o exercício do direito de arrependimento, mas não contém qualquer sanção específica para o descumprimento desse dever. O art. 7º do mesmo Decreto determina que “a inobservância das condutas” nele descritas enseja a aplicação das sanções previstas no art. 56 do Código de Defesa do Consumidor, que traz o rol genérico de sanções administrativas aplicáveis às infrações da legislação consumerista, como multa, suspensão da atividade etc. Não há, todavia, menção à extensão de prazo, o que afasta tal possibilidade no ordenamento brasileiro, diante do princípio da prévia estipulação legal da pena.

bens” (artigo 14, item 2).³⁵ O consumidor europeu não é, como se vê, isento de responsabilidade, devendo ter cautela no recebimento do produto adquirido à distância. A instituição de norma semelhante é possível e recomendável no direito brasileiro, pois, além do desestímulo a eventuais abusos episódicos, ajudaria a afastar em definitivo argumentos ligados a uma certa “infantilização” do consumidor brasileiro e à instituição de ônus insuportáveis sobre os fornecedores no cenário nacional.

Em relação ao segundo aspecto, que diz respeito aos casos de inaplicabilidade do direito de arrependimento, a Diretiva europeia trata do tema no seu artigo 16. Em treze alíneas prevê exceções à incidência do direito de arrependimento, como, por exemplo, os “contratos celebrados em hasta pública”, o “fornecimento de bens susceptíveis de se deteriorarem ou de ficarem rapidamente fora do prazo”, o fornecimento de bens ou serviços “cujo preço depende de flutuações do mercado financeiro que o profissional não possa controlar e que possam ocorrer durante o prazo de retractação”, o fornecimento de “gravações de áudio ou vídeo seladas ou de programas informáticos selados a que tenha sido retirado o selo após a entrega” e o fornecimento de “conteúdos digitais que não sejam fornecidos num suporte material, se a execução tiver início com o consentimento prévio e expresso do consumidor e o seu reconhecimento de que deste modo perde o direito de retractação”, entre outros.

Ao contrário do que poderia parecer em uma primeira leitura, tais exceções não representam um decréscimo no nível de proteção ao consumidor europeu. A incidência do direito de arrependimento já não seria reconhecida pelos tribunais dos países europeus na imensa maioria dessas situações, muitas delas de clareza intuitiva. A previsão explícita de tais situações traz, contudo, a necessária segurança ao mercado e contribui para a instituição de cuidados recíprocos, como a obtenção do expresso reconhecimento pelo consumidor da perda do direito de arrependimento como etapa prévia do início da fruição de conteúdos digitais. Previne, ademais, o prolongamento de

³⁵ Também aqui a falta de informação sobre o direito de arrependimento sujeita o fornecedor a um ônus agravado, dispendo a parte final do referido item 2 que “o consumidor não é, em caso algum, responsável pela depreciação dos bens quando o profissional não o tiver informado do seu direito de retractação”.

discussões tautológicas – às vezes, puramente acadêmicas – que têm servido de entrave, entre nós, para uma tutela mais efetiva do direito de arrependimento.

De modo geral, pode-se dizer que o movimento consumerista brasileiro, após um momento inaugural altamente profícuo e feliz – representado pela edição da Lei 8.078, em 1990, e pela sua consolidação na jurisprudência nacional ao longo da década seguinte –, tornou-se cauteloso, talvez excessivamente cauteloso. Os Projetos de Lei apresentados no âmbito da chamada atualização do Código de Defesa do Consumidor trazem inovações importantes (cujos efeitos transcendem, aliás, a própria esfera do direito do consumidor), mas se restringem, essencialmente, a consagrar cláusulas gerais ou normas abertas. Receosos talvez de retrocessos na proteção do consumidor e cuidadosamente elaborados com vistas à facilitação da chancela do Congresso Nacional, tais projetos evitaram o detalhamento e a especificação procedimental que poderiam afastar perigos imaginários e contribuir para a elevação do nível do debate desses temas no espaço público brasileiro.

Se a postura adotada afigura-se adequada ou não só o tempo dirá. O que parece insólito é que uma norma infralegal, como o Decreto 7.962, tenha se limitado ao mesmo formato, disciplinando em termos vagos e genéricos aquilo que poderia ter disciplinado em termos mais específicos, como é o caso do direito de arrependimento. Ao lado da Diretiva europeia – que já é bem mais genérica que as leis nacionais dos países europeus –, o Decreto 7.962 soa como norma programática, sem embargo das melhorias gerais que trouxe ao campo da contratação eletrônica.

O que mais assusta, nesse exemplo recente, é a olímpica indiferença à experiência estrangeira, especialmente a experiência europeia que, nesse campo, guarda íntima proximidade com as bases do consumerismo brasileiro.³⁶ Não se trata apenas de observar a Diretiva 2011/83/CE; o comércio eletrônico europeu não é, obviamente,

³⁶ Para muitos autores, a abordagem norte-americana, especialmente em relação ao consumo via internet, é considerada mais próxima de uma ótica de *laissez faire* ou de autorregulação, refletindo talvez um maior entusiasmo norte-americano pelas novas tecnologias, em oposição a uma postura mais ambivalente e cautelosa da União Européia (Jane Kaufman Winn e Jens Haubold, *Electronic Promises: Contract Law Reform and E-Commerce in a Comparative Perspective*, disponível em www.law.washington.edu, p. 3).

regulado por uma norma única, mas por um complexo tecido normativo, composto de diferentes Diretivas (Diretivas 2000/31/CE, 2002/65/CE, 2008/48/CE, entre outras), às quais se somam diferentes leis nacionais que procuram incorporar as orientações contidas nas Diretivas, mas não raro vão além, instituindo normas tipicamente locais. Há nesse rico arcabouço uma série de normas que poderiam ter servido de inspiração ao legislador brasileiro, mas que acabaram não refletidas nem no Decreto 7.962, nem no Projeto de Lei 439/2011, como o chamado “conteúdo mínimo” dos contratos eletrônicos e a transparência na informação dos preços envolvidos na contratação à distância (sendo certo que, no Brasil, tais preços são mal informados ao consumidor eletrônico, surpreendido, não raro, com o acréscimo de fretes, comissões, taxas privadas e tributos para cuja existência não é alertado no momento oportuno).

Essas e outras questões vêm sendo deixadas para o futuro pelo Poder Legislativo brasileiro, prolongando um desnecessário desnível entre o tratamento dispensado pelos mesmos conglomerados transnacionais aos consumidores brasileiros e europeus, em flagrante desfavor dos primeiros e em assimetria injustificável num mercado que se pretende global.

5. Conclusão.

Os chamados contratos eletrônicos não representam um mundo à parte, estranho ao direito dos contratos ou governado por regras próprias. Não se trata de uma dimensão paralela que somente aparenta similaridade com a realidade tradicional, como uma espécie de *Matrix*, lembrada na epígrafe a este artigo.³⁷ A contratação eletrônica traz inúmeras questões novas, mas se insere no tratamento sistemático dos contratos no direito brasileiro. Seus pontos de dissonância com a teoria geral tradicional representam frequentemente oportunidades para rever dogmas rígidos que já não se justificam mais, nem mesmo fora do ambiente eletrônico (como se viu na discussão pertinente à prova do

³⁷ *Matrix* foi uma produção cinematográfica de 1999, dirigida pelos irmãos Wachowski. Relata a história de um mundo simulado criado por máquinas inteligentes para manter os seres humanos conectados a uma rede de geração de bioenergia. Foi considerada, ainda em 1999, uma típica produção de estética pós-moderna, por promover uma espécie de bricolagem de elementos de ficção científica, histórias em quadrinho, *animes*, religião messiânica, ecologia e filosofia.

contrato). Noutros casos, trata-se de instituir novos mecanismos jurídicos de proteção contra novos riscos que surgem especialmente – mas nem sempre de modo exclusivo – no ambiente eletrônico.

Foi o que se viu no tocante ao direito de arrependimento. A importância da sua efetividade cresce exponencialmente com a ampliação do comércio eletrônico e da contratação de produtos e serviços via internet. Nem por isso se trata de um instituto exclusivamente eletrônico. Sua aplicação estende-se à toda contratação celebrada à distância ou fora do estabelecimento comercial. Sua inspiração radica na ideia da falta de reflexão adequada do consumidor sobre a contratação do produto ou serviço. Se é certo, por um lado, que essa falta de reflexão se torna especialmente perceptível no ambiente eletrônico, devido às notáveis técnicas de impulsão ao consumo virtual, situação muito semelhante verifica-se com quem contrata por telefone ou por correspondência. Nem se deve excluir sua aplicabilidade a contratações realizadas em determinadas circunstâncias dentro do próprio estabelecimento comercial.

Embora essa última hipótese não seja reconhecida pela legislação brasileira (nem pelas diretivas europeias, registre-se), pode-se defender a aplicação do direito de arrependimento por analogia àquelas situações em que o contratante, embora dentro do estabelecimento, é conduzido à contratação por circunstâncias que o impedem de refletir. É o que ocorre diante de algumas estratégias agressivas de marketing, voltadas a produzir artificialmente um cenário de contratação inevitável, como nos casos de fornecedores que, para obter a venda de unidades imobiliárias em grandes complexos residenciais, oferecem passeios a toda família do consumidor para, logo em seguida, conduzir todo o grupo ao estabelecimento para fins de assinatura do instrumento contratual. Veja-se ainda o caso dos estabelecimentos comerciais multifuncionais, em que não raro se misturam ofertas de serviços de lazer com a possibilidade de contratações imediatas, calcadas justamente na impossibilidade de reflexão prolongada pelo consumidor (como no exemplo do restaurante que contém loja de vinhos ou no clube noturno que, próximo ao balcão de bebidas e coquetéis, oferece a venda de passagens aéreas *last minute* para destinos exóticos).

Como se vê, o tema do direito de arrependimento – como tantos outros aspectos que são discutidos sob a rubrica geral da contratação eletrônica – não consiste em exclusividade do ambiente virtual. A contratação eletrônica representa, antes, uma oportunidade para identificar o problema bem mais profundo da contratação irrefletida e do estímulo ao consumo compulsivo. Um tratamento jurídico adequado não pode, portanto, estar restrito ao *locus* onde a questão se coloca com maior frequência, mas deve se inserir no sistema jurídico como um todo. Regras específicas podem e devem ser editadas para o comércio eletrônico (como, por exemplo, as que dizem respeito à identificação clara e precisa do fornecedor nos sites de ofertas), mas isso não faz da contratação virtual um mundo apartado do sistema jurídico, sujeito a conclusões de ocasião.