

FUNDAÇÃO DE ENSINO “EURÍPIDES SOARES DA ROCHA”
CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA – UNIVEM
MESTRADO EM DIREITO

PAULO CESAR DA SILVA

**CONTRATOS ELETRÔNICOS E RESPONSABILIDADE CIVIL: PROPOSTA
DE LEGE FERENDA**

MARÍLIA

2018

FUNDAÇÃO DE ENSINO “EURÍPIDES SOARES DA ROCHA”
CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA – UNIVEM
MESTRADO EM DIREITO

PAULO CESAR DA SILVA

**CONTRATOS ELETRÔNICOS E RESPONSABILIDADE CIVIL: PROPOSTA
DE LEGE FERENDA**

Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado em Teoria do Direito e do Estado da “Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília -UNIVEM, como requisito para obtenção do grau de Mestre em Teoria do Direito e do Estado.

Linha de pesquisa: Construção do saber jurídico
Orientador: Prof. Dr. MARIO FURLANETO NETO

MARÍLIA

2018

Silva, Paulo Cesar da

Contratos eletrônicos e responsabilidade civil: proposta de lege ferenda/
Paulo Cesar da Silva. Orientador: Mario Furlaneto Neto. Marília, SP,
2018.

119 f;

Dissertação - Curso de Mestrado em Teoria do Direito e do Estado da
Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Mantenedora do
Centro Universitário Eurípides de Marília –UNIVEM, 2018.

1. Responsabilidade Civil. 2. Contrato eletrônico. 3. Contrato de
consumo. 4. Marco Civil da Internet. 5. Provedor de Internet

**CONTRATOS ELETRÔNICOS E RESPONSABILIDADE CIVIL: PROPOSTA
DE LEGE FERENDA**

Bancaexaminadora da Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado emDireito do UNIVEM para obtenção do Grau de Mestre em Direito.

Resultado:

ORIENTADOR: _____

Prof. Dr. Mario Furlaneto Neto

1o AVALIADOR: _____

Prof. Dr. Lafayette Pozzoli

2o AVALIADOR: _____

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa

Marília, __23__, de agosto_ de 2018.

Ao meu querido avô, Octavio Alves da Silva,
in memoriam.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, ao meu Bom Deus, que permitiu a realização deste sonho, e tem estado ao meu lado todos os dias da minha existência, pela sua soberania e graça a mim, dispensado, não só no tempo presente, mas no vindouro.

Ao meu avô, que me ensinou, com seus exemplos, o caminho do bem; a Elaine, esposa, amiga, companheira de todas as horas, sem cujo apoio seria impossível chegar até aqui, a minha filha Mila, tesouro maior que a Sabedoria Divina pôs em meu caminho.

Ao meu orientador, Prof. Dr. Mario Furlaneto Neto, meu reconhecimento pelo apoio e incentivo na elaboração do presente trabalho.

Aos funcionários, que a cada dia, garantem o bom funcionamento desta instituição, e nos brindam com um ambiente de estudos harmonioso, essencial para nossa formação acadêmica.

Aos professores por terem aceitado o convite e integrado a banca examinadora do meu trabalho.

Muito obrigado.

“Mas a sabedoria que vem do alto é,
primeiramente, pura, depois pacífica, moderada,
tratável, cheia de misericórdia e de bons frutos,
sem parcialidade, e sem hipocrisia”.

Tiago 3:17

SILVA, Paulo Cesar da. **Contratos eletrônicos e responsabilidade civil: proposta de lege ferenda**. 119f. Dissertação de Mestrado. (Mestrado em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Marília, 2018.

RESUMO

A presente pesquisa versa sobre a responsabilidade civil na formação dos contratos a distância e por meios eletrônicos, em especial aqueles celebrados pela internet, e a proteção dos consumidores à luz da legislação e dos princípios vigentes no ordenamento jurídico brasileiro. Neste estudo é abordada a metodologia hipotético-dedutiva, com coleta de material bibliográfico, incluindo levantamento na legislação pertinente, doutrina especializada, jurisprudência e periódicos. Aborda-se especificamente a responsabilidade jurídica no âmbito cível, não se limitando, contudo, ao Código Civil e ao Código de Defesa do Consumidor, havendo uma análise também das legislações europeias, que servem, mutuamente, para a compreensão da responsabilidade civil, e também analisar os novos aspectos da relação de consumo no ambiente virtual. Busca-se revisar os aspectos fundamentais da teoria geral dos contratos, com ênfase nos elementos da validade dos atos e suas características, bem como os princípios específicos que regem o contrato eletrônico e suas classificações. Estuda-se a responsabilidade civil, que é indissociável de qualquer modalidade contratual; e esta característica se acentua quando se está diante de uma modalidade muito difundida juridicamente, qual seja o contrato de compras eletrônicas. Para tanto, esboçou-se nos conceitos, princípio da vulnerabilidade e a proteção do consumidor e o direito de arrependimento nos contratos a distância, propondo a expansão do artigo 49 do Código de Defesa do Consumidor para os meios eletrônicos de contratação, bem como a Responsabilidade Civil na relação de consumo e suas espécies, assim como as excludentes de responsabilidade e orisco do desenvolvimento de novas tecnologias, lastreados na Lei 12.965/2014, que estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil, com enfoque na responsabilidade civil dos contratos feitos eletronicamente, no que tange, à Responsabilidade dos Provedores de Internet: provedor de conexão, aplicação, *backbone*, de conteúdo e informação, pesquisa e de correio eletrônico. Linha de pesquisa construção do saber jurídico.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil. Contrato eletrônico. Contrato de consumo.

Marco Civil da Internet. Provedor de Internet.

SILVA, Paulo Cesar da. **Contratos eletrônicos e responsabilidade civil: proposta de lege ferenda**. 119f. Dissertação de Mestrado. (Mestrado em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Marília, 2018.

ABSTRACT

The present research deals with civil responsibility the formation of distance contracts and by electronic means, especially those celebrated by the Internet, and the protection of consumers in the Brazilian legal system. In this study deals with the hypotheticaldeductive methodology, with collect of bibliographical material, including a survey of relevant legislation, specialized doctrine, jurisprudence and periodicals. Specifically, civil responsibility is dealt with in the civil sphere, not limited to the Civil Code and the Consumer Protection Code, but also an analysis of European legislation, which serves both to understand civil responsibility, and analyze the new aspects of the consumption relationship in the virtual environment. It seeks to review the fundamental aspects of the general theory of contracts, with emphasis on the elements of the validity of the acts and their characteristics, as well as the specific principles that govern the electronic contract and its classifications. Civil responsibility is studied, which is inseparable from any contractual modality; and this characteristic is accentuated when one is faced with a form very widespread legally, which is the contract of electronic purchases. Therefore, outlined in the concept of vulnerability and consumer protection and the right of repentance in distance contracts was outlined, proposing the expansion of article 49 of the Consumer Defense Code for electronic means of contracting, as well as the Civil responsibility In the relationship of consumption and its species, as well as the exclusions of responsibility and the risk of the development of new technologies, backed by Law 12.965/2014, which establishes principles, guarantees, rights and duties for the use of the Internet in Brazil, with focus in the civil responsibility of the contracts made electronically, with respect to the Responsibility of Internet Providers: connection provider, application, backbone, content and information, research and electronic mail. Line of research construction of legal knowledge.

Keywords: Civil Responsibility. Electronic contract. Consumer contract. Civil Landmark of the Internet. Internet Provider.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AC: Autoridade Certificadora

ACT: Autoridade Certificadora do Tempo

AR: Autoridades de Registros

CDC: Código de Defesa do Consumidor

HTML: Hypertext Markup Language

HTTP: Hypertext Transfer Protocol

ICP-BRASIL: Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira

ITI: Instituto Nacional de Tecnologia da Informação

ONU: Organizações da Nações Unidas

PLS: Projeto de Lei do Senado Federal

TCP-IP: Transfer Control Protocol/Internet Protocol

UNCITRAL: United Nations Commission on International Trade Law

SUMÁRIO

| | |
|---|----|
| INTRODUÇÃO | 12 |
| CAPÍTULO I - ASDENSAS ÁREAS DA INTERNET E O SEU CIBERESPAÇO | |
| 1.1 Internet uma rede digital mundial | 15 |
| 1.2 Características e funcionamento da internet | 15 |
| 1.3 Noções Gerais sobre comércio eletrônico | 22 |
| 1.4 A Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira ICP-Brasil | 24 |
| 1.4.1 Autoridade Certificadora (AC) e Autoridades de Registros (AR) | 24 |
| 1.4.2 Autoridade Certificadora do Tempo (ACT) | 25 |
| 1.5 Segurança e Confidencialidade nas Transações via internet | 27 |
| 1.5.1 Criptografia | 27 |
| 1.5.2 Criptografia simétrica ou com chave secreta (<i>Secret-Key</i>) | 28 |
| 1.5.3 Criptografia assimétrica ou com chave pública (<i>public-key</i>) | 28 |
| 1.6 Assinatura digital | 29 |
| | |
| CAPÍTULO II - A CONTRATAÇÃO ELETRÔNICA E A RESPONSABILIDADE CIVIL | |
| 2.1 Teoria Geral dos Contratos | 32 |
| 2.1.1 Elementos essenciais de validade | 32 |
| 2.2 Princípios aplicáveis ao contrato | 37 |
| 2.3 Elementos de validade dos atos jurídicos | 42 |
| 2.4 Características dos contratos | 44 |
| 2.5 Classificação dos contratos em relação a terminologia | 46 |
| 2.6 O princípio da vulnerabilidade e a proteção do consumidor nos contratos a distância e por meios eletrônicos | 54 |
| 2.7 O direito do arrependimento do consumidor nos contratos à distância e por meios eletrônicos | 58 |
| 2.8 O contrato padrão proposto pela UNCITRAL | 65 |
| 2.9 Responsabilidade Civil na relação de consumo | 67 |
| 2.10 Os acidentes de consumo | 70 |
| 2.11 O risco do desenvolvimento | 75 |

CAPÍTULO III - RESPONSABILIDADE CIVIL DO PROVEDOR DE INTERNET

| | |
|---|-----|
| 3.1 Conceito e espécies de provedores. Provedor de conexão, aplicação, <i>backbone</i> , conteúdo e de pesquisa | 79 |
| 3.2 Definição dos responsáveis. Solidariedade passiva. A posição do provedor e do certificador <i>Linking e framing</i> | 90 |
| 3.3 A responsabilidade subjetiva dos provedores | 94 |
| 3.4 Os filtros dos provedores de conexão e de aplicação e a importância da neutralidade da rede | 95 |
| 3.5 As cláusulas contratuais de limitação ou exclusão de responsabilidade do provedor de Internet | 99 |
| 3.6 Responsabilidade civil desinente da atividade de certificação | 103 |
| CONCLUSÃO | 107 |
| REFERÊNCIAS | 111 |

INTRODUÇÃO

O objeto do presente estudo é a análise da Responsabilidade Civil dos provedores de internet, sob a égide do Marco Civil da Internet, a formação dos contratos eletrônicos, em especial aqueles celebrados pela internet, e a proteção dos consumidores no ordenamento jurídico brasileiro, a luz da legislação e dos princípios vigentes.

Neste estudo aborda a responsabilidade jurídica no âmbito cível, não se limitando, contudo, ao Código Civil, pois se pretende uma análise também do Código de Defesa do Consumidor, tendo em vista a interdisciplinaridade e a “harmonia das fontes” entre estas duas codificações, e que servem, mutuamente, para a compreensão da responsabilidade civil, e também analisar os novos aspectos da relação de consumo no ambiente virtual de acordo com as alterações do decreto nº 7.962, de 15 de março 2013, que regulamenta a contratação no comércio eletrônico.

O trabalho consiste em apresentar respostas aos problemas apresentados, de maneira clara e objetiva, uma vez que, com o avanço da tecnologia da informação, o comércio eletrônico vem se desenvolvendo em grande escala, mediante a utilização de contratos eletrônicos. Esse fenômeno serviu de estímulo à presente pesquisa, para saber de que forma a Justiça está respondendo às necessidades emergentes da evolução tecnológica, de forma a assegurar proteção adequada aos seus jurisdicionados.

A pesquisa foi embasada na análise da Responsabilidade Civil dos provedores no contexto da lei 12.965/2014. O Marco Civil da Internet proporciona maior clareza ao consumidor que utilizar o meio eletrônico para realizar suas práticas de consumo, garantindo assim maior segurança jurídica do uso da internet, que por sua vez, está em harmonia com o Código de Defesa do Consumidor, e aos demais princípios constitucionais inerentes à defesa do consumidor.

A presente pesquisa busca analisar as seguintes questões:

- a) Quais os parâmetros que configuram a responsabilidade civil dos provedores de internet no âmbito do Marco Civil da Internet?
- b) Como garantir o atendimento facilitado ao consumidor no comércio eletrônico, evitando assim que o mesmo seja ludibriado? (com base no Art. 4º do decreto n. 7.962, de 15.03.2013).

- c) A responsabilidade civil pelos danos decorrentes do contrato eletrônico com base no art. 35, III do Código de Defesa do Consumidor e o direito de arrependimento art. 49 do CDC, proposto pelo PLS 281/2012.
- d) Analisar a responsabilidade civil dos contratos feitos eletronicamente, no que tange, a Responsabilidade dos Provedores de Internet: provedor de conexão, aplicação, *backbone*, conteúdo e de informação, de pesquisa e correio eletrônico.
- e) Com objetivo de trazer ao debate algumas questões decorrentes da utilização da internet nas relações jurídicas, principalmente no que se refere aos contratos celebrados pela internet entre fornecedores e consumidores, para que se possa esboçar soluções.

A metodologia e abordagem para o desenvolvimento da presente pesquisa terá como fundamento o método hipotético-dedutivo, que busca compreender através do levantamento dos textos teóricos sobre a temática pesquisada, de que os problemas podem ser resolvidos e as práticas podem ser melhoradas através dos apontamentos e observações registradas.

Será objeto do referido estudo a revisão de literatura por meio de consultas em doutrinas, artigos científicos, pesquisas, monografias, jurisprudências, periódicos e demais instrumentos autorizados.

Busca-se analisar os princípios que norteiam a contratação eletrônica, com base nas normas do Código Civil brasileiro de 2002 e do Código de Defesa do Consumidor, fazendo referência ainda, às principais Propostas legislativas nacionais voltadas a essa contratação eletrônica (PLS n. 281/2012, PLS 175/2015, Decreto n. 7.962/ 2013, e Lei 12.965/2014).

Será analisado o contrato padrão proposto pela lei *UNCITRAL (United Nations Commission for International Trade Law)*. Grupo de Trabalho IV, que trata sobre comércio eletrônico, trazendo um comparativo dos artigos que foram acolhidos pela lei 12.965/2014.

A estrutura deste trabalho foi desenvolvida em três capítulos, um introdutório e dois fundamentais. O capítulo 1 abrange as densas áreas da informática, sendo dedicado à internet e ao seu ciberespaço, sua característica e funcionamento, abordando ainda, as noções gerais sobre comércio eletrônico, que corresponde aos contratos eletrônicos, bem como às questões referentes à prova, à criptografia e à assinatura digital.

No capítulo 2, encarrega-se de revisar aspectos fundamentais da teoria geral dos contratos, com ênfase nos elementos da validade dos atos e suas características, bem

como os princípios específicos que regem o contrato eletrônico e suas classificações.

Estuda-se a responsabilidade civil, que é indissociável de qualquer modalidade contratual; esta característica se acentua quando se está diante de uma espécie de contrato muito difundido juridicamente, qual seja o contrato de compras eletrônicas. Para tanto, esboça-se nos conceitos, princípio da vulnerabilidade e a proteção do consumidor e o direito de arrependimento nos contratos à distância, bem como a Responsabilidade Civil na relação de consumo e suas espécies, assim como as excludentes de responsabilidade e o risco do desenvolvimento.

No capítulo 3, dedica-se a abordar responsabilidade civil dos provedores de internet com base na Lei 12.965/14, utilizando-se do Código de Defesa do Consumidor e do Projeto de Lei do Senado, n. 281 de 2012, que altera o Código de Defesa do Consumidor, para aperfeiçoar as disposições gerais do Capítulo I do Título I e dispor sobre comércio eletrônico, bem como se examina o Decreto n. 7.962, de 15 de março de 2013, que regulamenta o Código de Defesa do Consumidor, para dispor sobre a contratação no comércio eletrônico.

O Marco Civil da Internet proporciona maior clareza ao consumidor que utilizar o meio eletrônico para realizar suas práticas de consumo, garantindo assim maior segurança jurídica do uso da internet, que por sua vez, está em harmonia com o Código de Defesa do Consumidor, e aos demais princípios constitucionais inerentes à defesa do consumidor.

Dentre as sugestões propostas neste trabalho para completar o PLS 281/2012, quando verificado a experiência europeia, no que tange aos contratos celebrados a distância e por meios eletrônicos, seria um ganho expressivo no atual direito de arrependimento do consumidor um aumento no prazo de 7 dias para 14 dias, conforme experiência europeia na Diretiva 2011/83/UE, seria benéfico para as contratações realizadas a distância e por meios eletrônicos, assim como a inserção do artigo 49-B, que propõe algumas exceções ao direito de arrependimento, no que tange aos bens imateriais.

No PLS 281/2012 aprovado pelo Senado Federal, não estão previstos exceções ao direito de arrependimento no comércio eletrônico, quando se trata de bens imateriais. Desta forma, quanto se trata de produtos e serviços nos quais o consumidor teve a efetiva prestação realizada, ficaria quase impossível ser restituído ao fornecedor, mantendo o *status quo ante*.

CAPÍTULO I - AS DENSAS ÁREAS DA INTERNET E O SEU CIBERESPAÇO

1.1 Internet uma rede digital mundial

Uma das características marcantes da sociedade atual é a sua organização em torno de redes, que possibilitam o acesso simultâneo e rápido a uma gama enorme de informações, com redução de tempo, custo e deslocamentos. O fenômeno da globalização e interatividade tornaram propício a criação da internet, considerada atualmente um dos mais eficazes meios de comunicação.

A expansão da internet para fins comerciais levou ao aparecimento do comércio eletrônico, que vem se desenvolvendo em grande escala, mediante a utilização de contratos eletrônicos. Segundo Sheila do Roccio Cercal Santos Leal:

Esse fenômeno, não pode ser ignorado pelos operadores do Direito, ante a necessidade de verificar se o Direito, responde eficazmente às necessidades emergentes da revolução tecnológica e assegura proteção adequada aos cidadãos frente às novas tecnologias.

O surgimento da rede mundial de computadores permitiu que a troca de informações acontecesse de forma mais rápida e célere e de forma global, mantendo um grande número de pessoas conectadas, abrindo caminho a uma ampla gama de possibilidades e escolhas infinitas.

Segundo dados da Conferência das Nações Unidas sobre comércio e desenvolvimento (UNCTAD, na sigla em inglês), coloca o Brasil em 4º lugar no mundo entre os usuários ativos da Internet, com aproximadamente 120 milhões de pessoas conectadas. (Revista Exame, 2017. Disponível em <<https://exame.abril.com.br/tecnologia/brasil-e-o-4o-pais-em-numero-de-usuarios-de-internet/>> Acesso em: 21 de fevereiro de 2018).

A utilização da internet para fins comerciais propiciou o desaparecimento das distâncias, sobrepondo as fronteiras, passando de forma progressiva pelas barreiras alfandegárias e levando ao crescimento vertiginoso do comércio.

1.2 Características e funcionamento da internet

A internet é um sistema de comunicação, operacionalizado por uma teia de computadores interligados, permitindo a consulta, recepção e transmissão de dados

(textos, sons e imagens), entre pessoas físicas, jurídicas e máquinas, de um ponto ao outro do planeta.

Para Gustavo Testa CORRÊA, a internet deve ser entendida como:

Um sistema global de rede de computadores que possibilita a comunicação e a transferência de arquivos de uma máquina a qualquer outra máquina conectada na rede, possibilitando assim, um intercâmbio de informações sem precedentes na história, de maneira rápida, eficiente e sem a limitação de fronteiras, culminando na criação de novos mecanismos de relacionamento (CORRÊA, 2009, p. 8).

Segundo Portaria 148/95, do Ministério das Comunicações, por Internet entende-se o “nome genérico que designa o conjunto de redes, os meios de transmissão e comutação, roteadores, equipamentos e protocolos necessários à comunicação entre computadores, bem como os softwares e os dados contidos nestes computadores”.

A intensa utilização da internet como meio de comunicação criou um ambiente novo, o ambiente virtual, em que são estabelecidas relações jurídicas que, por suas especificidades, demandam uma atenção especial, cujo aparecimento propiciou um novo ramo do Direito. Embora não desfrute de reconhecida autonomia, já possui denominação própria, como Direito da informática, Direito Virtual ou Direito do Ciberespaço.

O funcionamento da Internet está relacionado a interligação física das redes, que são feitas através de linhas dos sistemas telefônicos que podem ser de cabos de cobre, fibras óticas, e sua transmissão pode ser feita por via satélite ou via rádio, o que interfere na qualidade do funcionamento da rede.

Para se conectar-se à Internet, o equipamento do usuário deve dispor de um *modem*, cuja conversão dos sinais transmitidos pelo telefone em sinais podem ser identificados pelo computador. Faz-se necessário, também, que o usuário esteja conectado a um servidor de internet e que disponha de *softwares* de acesso à rede, conhecidos como *browsers*, a exemplo do Internet Explorer, Mozilla *Fire Fox* e o *Google Chrome*, dentre outros.

A conexão do usuário pode ser feita diretamente pelo sistema telefônico, ou de forma indireta, utilizando-se de um servidor, que já está conectado diretamente à Internet. Esses últimos são chamados de provedores de acesso, que possibilitam o acesso de terminais de computadores a rede interna de serviço de telecomunicações

existentes. O servidor de acesso, além de conectarem o usuário à rede, podem prestar os serviços de: correio eletrônico (*e-mail*); sala de bate papo e envio de mensagens entre os usuários da rede conectada ao servidor; locação de espaço e manutenção de páginas pessoais (*home pages*); transferência de arquivos (*downloads*) de textos, imagens, sons, jogos e outros.

Essa ligação pode ser feita de forma direta, utilizando-se de um computador do usuário passa a operar como Servidor de Rede, que vai dispor de um protocolo de IP-*Internet Protocol*. Essa conexão será determinada por código, conhecido como *domain name* (nome de domínio). Existem vários domínios na organização do Ciberespaço, como, por exemplo: *net* para diversos tipos de rede; *gov* para organismos internacionais; *com* para atividade comerciais; *org* para organizações sem fins lucrativos; *br* para Brasil; *py* para Paraguai; *fr* para França, e assim por diante. Esse registro de domínio de propriedade ou marca, poderá ser acessado por qualquer navegante de rede mundial de computadores. (SANTOS LEAL, 2009).

A concessão do nome de domínio é feita através de uma formulação de um pedido a organização competente de cada país, onde os nomes de domínios devem ser únicos, para que sejam eficazes, e possam possibilitar a exata localização dos usuários a ela conectados.

Manuel Castells preceitua que a Internet “é um meio de comunicação que permite, pela primeira vez, a comunicação de muitos com muitos, num momento escolhido, em escala global”. A Internet não é uma simples tecnologia de comunicação, mas o núcleo de um acontecimento de muitas áreas da atividade social, económica e política. (CASTELLS, 2003, p. 8).

Dessa forma, a Internet transforma-se num grande mecanismo de exclusão social, exacerbando a lacuna existente na maior parte do Mundo entre pobres e ricos. No entanto, analisando de outro prisma, a Internet funciona como uma ágorapública, onde as pessoas podem expressar e partilhar as suas preocupações e esperanças. (CASTELLS, 2003, p. 135).

A Internet nasceu com o nome de ArpaNet, da empresa ARPA – *Advanced Research and Projects Agency*, em 1969, para manter a comunicação entre as bases militares e o serviço de inteligência e pesquisa americano no Pentágono, durante o

período da Guerra Fria, como forma de proteção e inviolabilidade contra ataques soviéticos. Na década de 1970, a guarda sobre esse novo sistema foi cedida às Universidades Americana e a outras instituições e países. (SANTOS LEAL, 2009).

Desta forma, foi criado um protocolo chamado TCP/IP (*Transfer Control Protocol - Internet Protocol*), que permitia o crescimento da rede e a implementação e utilização de diferentes plataformas de hardware e sistemas operacionais de rede com arquitetura aberta. Assim, a escolha pela arquitetura aberta trouxe liberdade de escolha aos provedores, que pudessem se interconectar a outras redes com Arquiteturas diferentes, o TCP/IP trouxe confiabilidade e possibilidade de expansão da Internet até os dias atuais. (MARTINS DE LIMA, 2006).

Já em 1993, em universidades, estudantes desenvolviam páginas com informações pessoais, permitindo a criação de um programa chamado *Mosaic*, que permitiu o acesso à *Web* num ambiente gráfico, como *Apple* e *Windows*, pois antes só era possível a exibição de textos. A chave de sucesso da *World Wide Web*, ou apenas *Web*, é o hipertexto ou *hiperlink*, que foi criada na Suíça, permitindo que textos e imagens sejam interligados através de palavras-chave, simplificando a navegação. (LIMA, 2006).

Esse ativo de redes, está submetido a um poder central, ou seja, um comando único dessa “rede de redes”. Os Estados Unidos da América, criaram em 1998 um órgão regulador, a *Icann* (Corporação da Internet para Nomes e Números Designados, em inglês). Segundo Eduardo Weiss Martins de Lima, os EUA acabaram controlando o registro da internet, pois dez dos treze servidores raiz estão localizados nos Estados Unidos e os demais no Japão, Inglaterra e Suíça.

A *ICANN*, (*Internet Corporation for Assigned Names and Numbers*) é o órgão mundial responsável por estabelecer regras do uso da Internet, é uma entidade sem fins lucrativos e de âmbito internacional, responsável pela distribuição de números de “Protocolo de Internet” (IP), pela designação de identificações de protocolo, pelo controle do sistema de nomes de domínios de primeiro nível com códigos genéricos (gTLD) e de países (ccTLD) e com funções de administração central da rede de servidores. Esses serviços eram originalmente prestados mediante contrato com o governo dos EUA, pela *Internet Assigned Numbers Authority (IANA)* e outras entidades. A *ICANN* hoje cumpre a função da *IANA*. (LIMA, 2006, p. 10).

Este amplo sistema com os nomes de Domínio (*Domain Name System –DNS*), que é gerenciado pelo *Icann*, ajuda os usuários da internet a encontrarem os seus destinos, pois todo computador recebe um endereço exclusivo, chamado de “endereço

IP” (endereço de Protocolo de Internet), esses endereços IP são reconhecidos pelos servidores de Domínio na qual estão vinculados na internet. O DNS converte o nome de domínio digitado para o endereço IP correspondente e conecta o internauta ao local da Internet que ele deseja acessar. O DNS também permite o funcionamento correto da função de e-mail, fazendo com que as mensagens cheguem aos seus destinatários. (LIMA, 2006).

Uma das características básicas da internet, são a interatividade e multiconectividade, cuja finalidade é fornecer o maior número possível de informações e serviços, portanto, quanto maior o número de pessoas conectadas, mais informação será disponibilizada e compartilhada, fazendo com que haja um maior número de usuários interessados, e assim por diante.

Para o usuário, o que importa é o endereço eletrônico que ele irá digitar para fazer conexão, tendo em vista que a transmissão é automática. Será abordado mais adiante, dentro deste processo, o momento da formalização do contrato, entre o clique final da aceitação do consumidor e o recebimento pelo fornecedor, gerando efeitos jurídicos obrigacionais.

No Brasil a Internet teve início em janeiro de 1991, iniciou-se na FAPESP, os primeiros testes da rede no país. Há 27 anos surgiu na Fundação tudo do que se conhece hoje como grande rede mundial de computadores no Brasil. (Oliveira, 2011. Disponível em: <<http://revistapesquisa.fapesp.br/wp-content/uploads/2012/05/016-025-1801.pdf>> Acesso em: 17 de fevereiro de 2018).

Já para fins comerciais, a Internet começou a partir de dezembro de 1994, onde a Embratel lançou um serviço experimental; em 1995, houve a abertura da Internet para o setor privado, para exploração comercial da população brasileira. O Ministério das Comunicações e o Ministério da Ciência e Tecnologia criaram um Comitê gestor da internet para acompanhar a expansão da rede no Brasil. (Oliveira, 2011. Disponível em: <http://revistapesquisa.fapesp.br/2011/02/18/prim%C3%B3rdios-da-rede_/> Acesso em 17 de fevereiro de 2018).

Com a criação da Internet, houve uma “virtualização” das empresas, que segundo Pierre Lévy:

Reinventou uma cultura nômade fazendo surgir um meio de interações sociais onde as relações se configuram com um mínimo de inércia. Quando uma pessoa, uma coletividade, um ato, uma informação se virtualizam, eles se tornam não presentes, se desterritorializam. (LEVY, 1996, p. 8).

O autor ressalta que palavra virtual vem do latim medieval *virtualis*, derivado por sua vez de *virtus*, força, potência. Na filosofia escolástica, é virtual o que existe em potência e não em ato. (LÉVY, 1996).

Outra problemática destacada por Pierre Lévy, é o “efeito Moebius”, em que as relações entre público e privado se confundem na virtualização de uma empresa. Nas empresas virtuais o trabalhador muitas vezes já não sabe para quem está trabalhando, devido à pluralidade de recursos existentes, que tende a provocar indecisão no universo da exterioridade e interioridade. (LÉVY, 1996).

Klaus Schwab, em seu livro a quarta revolução industrial, enfatiza que as novas tecnologias estão fundindo os mundos físico, digital e biológico de forma a criar grandes promessas, e possíveis perigos, as empresas capazes de dominar estas múltiplas dimensões, podem romper com a cadeia de produção de uma indústria, no que concerne a seu sistema de produção, distribuição e consumo pertinentes. (SCHWAB, 2014).

Dentre as grandes promessas, destaca-se a mostrada no projeto *Mainstream*, proposta pelo Fórum Econômico Mundial, que envolve indivíduos, organizações e governos na transformação do mundo natural, impactando através das novas tecnologias e projetos de sistemas inteligentes, com objetivo de restaurar e regenerar o nosso ambiente natural.

Para alcançar o objetivo proposto, foi indicado quatro maneiras, a saber:

Em primeiro lugar, a internet das coisas (IoT) e os bens inteligentes, agora é possível rastrear materiais e fluxos de energia, a fim de alcançar novas e grandes eficiências ao longo de toda a cadeia de valor. Em segundo, a democratização da informação e a transparência inerente aos bens digitalizados oferecem novos poderes aos cidadãos, para que empresas e países mantenham-se responsáveis (*blockchain*). Em terceiro, o fluxo de novas informações e a crescente transparência podem ajudar a modificar o comportamento dos cidadãos, pois tornam o caminho de menor resistência de um novo conjunto de normas comerciais e sociais de um sistema sustentável e circular. Em quarto lugar, novos negócios e modelos organizacionais prometem formas inovadoras de criação e compartilhamento de valor, que por sua vez levam a mudanças em todo o sistema que podem fortemente beneficiar tanto o mundo natural quanto nossas economias e sociedades. (SCHWAB, 2014, p. 40).

Em um mundo extremamente conectado, onde informações, ideias e pessoas trafegam rapidamente, o desafio é encontrar formas de equilíbrio entre as novas tecnologias e sistemas, de modo que, quando as empresas inovadoras disponibilizarem novos produtos e serviços que conseguiriam melhorar a vida das pessoas, sem desenvolverem consequências indesejáveis, como aumento do desemprego e elevando as injustiças sociais.

De acordo com Klaus Schwab, “o período crítico de um mundo hiperconectado e com desigualdades crescentes poderá levar ao aumento da fragmentação, segregação e agitação social que, por sua vez, criam condições para o extremismo violento”. (SCHWAB, 2014, p. 47).

O perigo do progresso das mídias sociais é que as mesmas possam moldar nossas decisões políticas e cívicas, causando riscos à sociedade civil.

Uma vez que, toda informação disponibilizada nesses canais digitais, carecem de uma checagem prévia, o que na maioria das vezes não ocorre, ocasionando uma infinidade de notícias falsas, que levam as pessoas ao erro, e causam a polarização do debate no cenário político, ideológico e religioso.

Vivemos em um mundo globalizado, onde as redes sociais são um alvo de fácil penetração de grupos terroristas, onde os mesmos difundem sua doutrina e recrutam pessoas pelo mundo, com o propósito de realizarem atentados.

Para o sociólogo Manuel Castells, o perigo do agravamento das tensões existentes entre as sociedades altamente religiosas que defendem seus valores fundamentais e aqueles cujas crenças são moldadas por uma visão de mundo mais secular, afeta a estabilidade e cooperação entre as nações. (CASTELLS, 2014).

Há o risco de que governos utilizem as novas tecnologias para restringir as determinações da sociedade civil e grupos de cidadãos que desejam gerar maior transparência em torno das ações de governos e empresas aspirando por mudanças. (SCHWAB, 2014).

Em razão dessas transformações, as empresas e governos precisarão investir pesadamente em sistemas cibernéticos e de segurança de dados para evitar a interrupção

direta, causada por criminosos, ativistas ou falhas não intencionais da infraestrutura digital.

1.3 Noções Gerais sobre comércio eletrônico

A contratação eletrônica se faz tão comum nos dias atuais, a ponto de se afirmar que qualquer tipo de transação para aquisição de bens ou serviços pode ser efetivada pela contratação eletrônica. Isso faz com que aumente a produtividade do comércio eletrônico, bem como, aumentem as facilidades das contratações em outros ramos do direito, como é o caso dos contratos nas esferas civil, administrativa, em âmbito nacional ou mesmo internacional.

De acordo com Miguel Ángel Davara:

Hablar de contratos informáticos es una forma de centrar e introducir un tema, como es la problemática jurídica que se genera alrededor de la contratación de bienes y servicios informáticos. Pero los contratos informáticos, como tales, con una tipicidad única y propia, no existen. (DAVARA, 1997. p. 191).

O eminente jurista espanhol destaca que a contratação eletrônica, ocorre geralmente, em bens e serviços informáticos.

A partir do momento em que as empresas passaram a utilizar a internet para desenvolver suas atividades, a rede tornou-se a possibilidade de negociar sem fronteiras, tanto na relação entre empresas (*Business to Business* – B2B – comércio eletrônico entre empresas), quanto na relação entre empresas e consumidores *Business to Consumer* – B2C – comércio eletrônico entre empresas e consumidores que será o objeto deste estudo. (VANCIM & MATIOLI, 2014).

A União Europeia adotou a Diretiva 2011/83/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, referente aos direitos dos consumidores. Diretiva 93/13/CEE do Conselho e a Diretiva 1999/44/CE do Parlamento Europeu e do Conselho e que revogou a Diretiva 85/577/CEE do Conselho e a Diretiva 97/7/CE do Parlamento Europeu e do Conselho. (UNIÃO EUROPEIA, 2011).

Portanto, a Diretiva 2011/83UE estabeleceu com esta modernização:

Normas-padrão para os aspectos comuns dos contratos à distância e dos contratos celebrados fora do estabelecimento comercial, afastando-se do princípio de harmonização mínima subjacente às diretivas anteriores e permitindo aos Estados-Membros manter ou adoptar regras nacionais. União Europeia. Diretiva 2011/83/EU do Parlamento Europeu e do Conselho, 25/10/2011. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32011L0083>>. Acesso em 02/03/2018.

A Diretiva da União Europeia 2011/83UE, inovou o direito europeu, reconsiderando diretivas anteriores, com base nas experiências adquiridas, “com vista a simplificar e atualizar as regras aplicáveis, eliminar incoerências e colmatar as lacunas indesejáveis dessas regras”. (UNIÃO EUROPEIA, 2011).

O Parlamento Europeu e o Conselho da União Europeia, adotou a diretiva 2016/1148UE, que estabelece regras destinadas a garantir um elevado nível comum de segurança das redes de informação em toda a União Europeia:

As redes e os sistemas e serviços de informação desempenham um papel vital na sociedade. A sua fiabilidade e segurança são essenciais para as atividades económicas e sociais e, em especial, para o funcionamento do mercado interno. A amplitude, a frequência e o impacto dos incidentes de segurança estão a aumentar e constituem uma importante ameaça para o funcionamento das redes e dos sistemas de informação. Esses sistemas podem igualmente tornar-se um alvo de ações danosas deliberadas destinadas a danificar ou a interromper a operação dos sistemas. Esses incidentes podem impedir o exercício das atividades económicas, gerar perdas financeiras importantes, minar a confiança dos utilizadores e causar graves prejuízos à economia da União Europeia. Diretiva 2016/1148/EU do Parlamento Europeu e do Conselho, 06/06/2016. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=uriserv:OJ.L_.2016.194.01.0001.01.POR&toc=OJ:L:2016:194:TOC>. Acesso em 02/03/2018.

Embora as contratações via internet tenham se tornado cada vez mais constantes na vida em sociedade, não se pode afirmar que todas as transações feitas dentro do ciberespaço são consideradas seguras e confiáveis, pois como se trata de relações entre pessoas, podem ocorrer conflitos e discussões em torno dos contratos, principalmente as cláusulas neles embutidas, capacidade dos agentes, valor probatório do documento eletrônico, foro de competência para dissolução de conflitos pela via judicial ou extrajudicial.

Também deve-se levar em consideração os problemas que podem ocorrer não por parte dos agentes contratantes, mas sim, por influência de terceiros, denominados *hackers* e *cracker*, que vivem no submundo da internet para praticar atos maléficos e crimes digitais. (BOIAGO JÚNIOR, 2011).

Nesse sentido, importante verificar o seguinte comentário feito por José Wilson Boiago Junior sobre o assunto:

Diante destes fatores é que o direito deve regular as relações contratuais eletrônicas, pois o mercado digital exige regras, tendo em vista as questões de proteções ao consumidor, privacidade de dados, assinatura digital, correio eletrônico, bem como outros aspectos de grande relevância no ciberespaço. (BOIAGO JÚNIOR, 2011, p. 43).

O atual Código Civil brasileiro não abordou os aspectos da contratação eletrônica na Lei 10.406/02. Entretanto, Decreto nº 7.962, de 15.03.2013, que vem

regulamentar a contratação no comércio eletrônico, bem como a Lei 12.965, de 23.04.2014, que estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil, mais conhecida como “Marco Civil da Internet”, em 23.06.2014, com enfoque na responsabilidade civil dos contratos feitos eletronicamente, que também será objeto deste estudo.

Além do mais, é importante frisar que se utilizando do Código de Defesa do Consumidor e do Projeto de Lei do Senado, nº 281 de 2012, que altera o Código de Defesa do Consumidor, para aperfeiçoar as disposições gerais do Capítulo I do Título I e dispor sobre comércio eletrônico, que será analisado posteriormente em conjunto com o Decreto nº 7.962, de 15 de março de 2013, que regulamenta o Código de Defesa do Consumidor para pacificar a contratação no comércio eletrônico.

1.4 A Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira ICP-Brasil.

Foi fundado pela medida provisória nº 2.200-2/2001, transformou o Instituto Nacional de Tecnologia da Informação em autarquia federal, ficando subordinada ao Ministério da Ciência e Tecnologia, com a função de Autoridade Certificadora Raiz (AC-Raiz).

O modelo adotado pelo Brasil foi o de certificação com raiz única, em que o ITI, se tornou a primeira autoridade da cadeia de certificação, responsável por realizar políticas de certificados e normas técnicas e operacionais aprovadas pelo Comitê Gestor da ICP-Brasil, tendo como função credenciar, descredenciar e fiscalizar as entidades participantes da ICP-Brasil.

A AC-Raiz é o Instituto Nacional de Tecnologia da Informação – ITI, também está encarregada de emitir a Lista de Certificados Revogados – LCR e de fiscalizar e auditar as Autoridades Certificadoras – ACs, Autoridades de Registro – ARs e demais prestadores de serviço habilitados na ICP-Brasil. Além disso, verifica se as ACs estão atuando em conformidade com as diretrizes e normas técnicas estabelecidas pelo Comitê Gestor da ICP-Brasil. (ITI, 2017).

1.4.1 Autoridade Certificadora (AC) e Autoridades de Registros (AR)

A Autoridade Certificadora Raiz da ICP - Brasil (AC - Raiz) é a primeira autoridade da cadeia de certificação. Tem como função precípua a aplicação das

políticas de certificados e normas técnicas e operacionais aprovadas pelo Comitê Gestor da ICP-Brasil, procedendo a emissão, expedição, distribuição, revogação e gerenciamento de certificados de autoridades certificadoras de nível imediatamente inferior ao seu.

Autoridade Certificadora (AC)

Uma Autoridade Certificadora (AC) é uma entidade, pública ou privada, subordinada à hierarquia da ICP - Brasil, encarregado de emitir, distribuir, renovar, revogar e gerenciar certificados digitais. Tem a incumbência de analisar se o titular do certificado possui a chave privada que corresponde à chave pública que faz parte do certificado. Concebe e assina digitalmente o certificado do assinante, onde o certificado emitido pela AC representa a declaração da identidade do titular, que possui um par único de chaves (público-privada). (ITI, 2017).

Compete à Autoridade Certificadora emitir Listas de Certificados Revogados – LCR e manter registros de suas operações sempre obedecendo às práticas definidas na Declaração de Práticas de Certificação – DPC. Além de estabelecer e fazer cumprir, pelas Autoridades de Registro – ARs a ela vinculadas, as políticas de segurança necessárias para garantir a autenticidade da identificação realizada.(ITI, 2017).

Autoridade de Registro (AR)

A Autoridade de Registro (AR) é incumbidodentro do processo final na cadeia de Certificação Digital, realizar a interface entre usuário e AC, tendo por objetivo atender os interessados em solicitar certificados, coletar os documentos para encaminhá-los às Autoridades Certificadoras (ACs), responsáveis pela emissão. É responsabilidade da Autoridade de Registro manter registros de suas operações. Pode estar fisicamente localizada em uma AC ou ser uma entidade de registro remota. (ITI, 2017).

1.4.2 Autoridade Certificadora do Tempo (ACT)

Uma Autoridade Certificadora do Tempo (ACT) é uma entidade na qual os usuários de serviços de Carimbo do Tempo confiam para emitir Carimbos do Tempo. A ACT tem a responsabilidade geral pelo fornecimento do Carimbo do Tempo, conjunto de atributos fornecidos pela parte confiável do tempo que, associado a uma assinatura digital, confere provar a sua existência em determinado período. (ITI, 2017).

Na prática, um documento é produzido e seu conteúdo é criptografado. Em seguida, ele recebe os atributos ano, mês, dia, hora, minuto e segundo, atestado na forma da assinatura realizada com certificado digital servindo assim para comprovar sua autenticidade. A ACT atesta não apenas a questão temporal de uma transação, mas também seu conteúdo. (ITI, 2017).

A regulamentação do carimbo de tempo ICP-Brasil, foi chancelada pelo Comitê Gestor da ICP-Brasil. Existe um conjunto de documentos vigentes que regulamentam o tema, dentre eles: DOC-ICP-11, 12, 13 e 14.

O Instituto Nacional de Tecnologia da Informação define carimbo de tempo, como sendo:

O carimbo de tempo, também conhecido como *timestamp*, é um documento eletrônico emitido por uma parte confiável, a Autoridade Certificadora do Tempo - ACT, que serve como evidência de que uma informação digital existia numa determinada data e hora no passado. (Instituto Nacional de Tecnologia da Informação, 2017. Disponível em <<http://www.iti.gov.br/aceso-a-informacao/41-perguntas-frequentes/131-carimbo-do-tempo>>. Acesso em: 13/03/201.

O Carimbo do Tempo serve para atestar a que um evento eletrônico, por exemplo, uma certificação digital, assinatura digital de contratos, transação ou evento, realizou-se em um determinado instante.

O carimbo de tempo também pode ser usado em notificações eletrônicas que exijam uma resposta formal ou comprovação de entrega. Mesmo sendo facultativos na legislação vigente, eles são altamente recomendados para conferir maior confiabilidade aos documentos. (Instituto Nacional de Tecnologia da Informação, 2017).

De maneira geral o objetivo do carimbo de tempo, é “permitir a confiabilidade temporal a todos os eventos que ocorram no mundo digital, o documento se torna uma fonte confiável de informação sobre a data e a hora”. Isso em razão de todo carimbo deve ser homologado pelo Observatório Nacional (ON), fornecendo a hora legal e oficial do Brasil.(ITI, Carimbo de tempo, 2017. p. 5).

Caso algum invasor, por algum motivo alterar o relógio do computador, poderá comprometer as atividades dos softwares baseados em carimbo de tempo, invalidando o processo global de assinatura?

A resolução número 61 do Comitê Gestor do ICP-BRASIL, dispõe que:

Os relógios dos Sistemas de Carimbo do Tempo (SCTs), utilizados pelas ACTs devem ser auditados e sincronizados pela AC Raiz, que é a Entidade de Auditoria do Tempo (EAT), no âmbito da ICP-Brasil. Este documento trata desse processo de auditoria, realizado pela AC Raiz em todos os SCTs que pertencem às ACTs credenciadas junto à ICP-Brasil. Os relógios dos SCTs devem estar protegidos contra ataques, incluindo violações e imprecisões causadas por sinais elétricos ou sinais de rádio, evitando que sejam descalibrados e permitindo que qualquer modificação possa ser detectada. (Comitê Gestor do ICP-BRASIL, Resolução 2008 , p. 3-5. Disponível em:< http://www.iti.gov.br/images/repositorio/legislacao/resolucoes/em-vigor/Resolucao_61.pdf>. Acesso em: 13/03/2018.

Existem alguns possíveis riscos, como mesmo depois das chaves de assinatura privadas e os certificados foram revogados, os usuários ainda podem ter acesso a eles. Para assegurar se as assinaturas realizadas antes ou depois, do instante em que um certificado foi revogado, serão imprescindíveis à utilização de um carimbo de tempo irrefutável.

1.5 Segurança e Confidencialidade nas Transações via internet

1.5.1 Criptografia

A criptografia atualmente consiste na principal tecnologia dos sistemas de segurança eletrônica, sendo muito utilizada nas assinaturas digitais e na implementação de dinheiro eletrônico.

Considerando que as informações transportadas dentro do ciberespaço não devem ser adulteradas, para que estejam sempre refletindo a realidade e a confidencialidade das informações e para que os usuários não autorizados, não tenham acesso a elas, é que o sistema criptográfico é utilizado.

Destaca-se também que os conteúdos dos contratos não devem sofrer quaisquer alterações durante o seu transporte pelos canais públicos da internet, para que os contratantes tenham certeza da identidade um do outro, necessária se faz a utilização da criptografia no meio contratual eletrônico.

A palavra criptografia é de origem grega *kryptós* e *gráfos*, que significam escondido e oculto, e grafia escrita, respectivamente. Portanto, criptografia é a arte ou ciência de se escrever em cifras ou códigos, tornando incompreensível uma informação original, fazendo com que somente o usuário que possui a senha tenha condições de decifrá-lo. (BOIAGO JÚNIOR, 2011).

A criptografia é utilizada para garantir o sigilo, de forma que somente os usuários autorizados tenham acesso à informação, criptografar uma mensagem

corresponde a codificá-la, tornando-a protegida no caso de uma interceptação não desejada. É possível decifrar a mensagem por meio de um algoritmo desenvolvido exclusivamente para esse fim.

1.5.2 Criptografia simétrica ou com chave secreta (*Secret-Key*)

No sistema de criptografia simétrica, há necessidade tanto do remetente como o destinatário conhecerem a chave secreta, a qual é utilizada para codificar e decodificar a informação por meio de regras que controlam a substituição de um carácter pelo outro. Esses algoritmos de codificação são feitos para criptografar mensagens específicas.

Este método é menos utilizado, pois para usar uma mesma chave secreta para codificar e decodificar a informação, o grande empecilho é conseguir que o remetente e o destinatário que estejam em lugares diferentes, tenham conhecimento da chave secreta, pois ambos precisariam de um mensageiro para transmitir a referida chave. (BOIAGO JÚNIOR, 2011).

A criptografia simétrica apresenta algumas limitações, dentre elas a quantidade excessiva de chaves, pois a mesma chave utilizada para cifração será utilizada para decifração da mensagem, fazendo com que cada destinatário da mensagem, o remetente possuam vários códigos específicos, para garantir o sigilo da comunicação, tornando-a inviável em uma sociedade massificada.

1.5.3 Criptografia assimétrica ou com chave pública (*public-key*)

Segundo José Wilson Boiago Júnior, a criptografia assimétrica é “considerada um método forte de codificação, em que cada usuário possui um par de chaves, sendo uma chave privada e outra pública”. (BOIAGO JÚNIOR, 2011, p. 71).

A principal vantagem da técnica da chave pública em relação à técnica da chave secreta é o fato de existir maior segurança, tendo em vista que a chave privada não precisa ser revelada ou transmitida por qualquer pessoa, ficando apenas restrita ao destinatário, enquanto a anterior existirá a possibilidade de um terceiro estranho tomar conhecimento da chave secreta. (BOIAGO JÚNIOR, 2011).

A regulamentação do sistema de criptografia na internet no Brasil é feita apenas pelo Decreto n. 2.910, de 29.12.1998, que estabelece normas para salvaguarda de

documentos, materiais, áreas, comunicações e sistemas de informações de natureza sigilosa, e dá outras providências.

Após a criação e uma chave pública e privada, o usuário registra as chaves numa autoridade certificadora, sendo expedido um certificado digital que contém o nome da organização que criou o certificado, a chave pública do proprietário, as informações de identificação do proprietário, um número de série e um conjunto de datas de validade. (ITI, 2017).

Assim, toda vez que alguém transmite uma mensagem, anexa o seu certificado, para que o receptor verifique a autenticidade da chave pública do emissor, através da autoridade certificadora que a divulgue, conforme se nota nos dizeres de José Wilson Boiago Júnior:

O papel da autoridade certificadora é criar um par de chaves criptográficas (privada e pública) para que o usuário tenha condições de atestar a identidade. Assim, a autoridade emite um certificado, no qual contém a chave pública do usuário e cada vez que for emitido um documento eletrônico, tal certificado acompanhará o documento para provar a sua autenticidade e a sua integridade. (BOIAGO JÚNIOR, 2011, p. 73).

Assim, o remetente de uma mensagem faz a codificação pela chave privada e o destinatário somente faz a decodificação pela chave pública correspondente. Lembrando que a chave privada que é utilizada para codificar, deve ser mantida em sigilo, enquanto a chave pública, que será utilizada para decodificar, deve ser de conhecimento do destinatário, para que se possa averiguar o remetente e provar que a mensagem foi recebida de forma segura e íntegra.

1.6 Assinatura digital

A assinatura digital é o meio pelo qual se pode comprovar a identidade entre os contratantes, pois na contratação eletrônica, a grande dificuldade que se tem é saber, com certeza, se de fato a pessoa é realmente aquela quem diz ser, tendo em vista a distância física entre os contratantes, além do que, os mesmos, na maioria das vezes nem se conhecem.

A assinatura digital não corresponde à assinatura manuscrita, mas em sentido amplo de sua conceituação constitui um sinal passível de ser usado com exclusividade e revelar a identidade da pessoa de forma inequívoca, e manifestar a sua vontade de efetivar o conteúdo de tal documento.

A assinatura digital necessita de um certificado digital, expedido por uma autoridade certificadora (AC), seguindo regras estabelecidas pelo Comitê Gestor da ICP-Brasil, ligada a uma entidade que possa atestar que uma determinada chave pública pertença a uma pessoa. A autoridade certificadora cria e assina digitalmente o certificado do assinante, onde o certificado emitido pela AC representa a declaração da identidade do titular, que possui um par único de chaves (pública/privada). (ITI, 2017).

O papel desta autoridade certificadora é criar um par de chaves criptográficas (privada e pública), para que o usuário tenha condições de atestar a identidade. Nesse sentido, José Wilson Boiago Júnior faz o seguinte comentário: “a autoridade emite um certificado, o qual contém a chave pública do usuário e cada vez que é emitido um documento eletrônico, tal certificado acompanha o documento, para provar a sua autenticidade e a sua integridade”. (BOIAGO JÚNIOR, 2011, p. 81).

De acordo com Glossário da ICP-Brasil, a Autoridade de Certificação:

Entidade que emite, renova ou revoga certificados digitais de outras ACs ou de titulares finais. Além disso, emite e publica LCR. Na estrutura de carimbo de tempo da ICP-Brasil, emite os certificados digitais usados nos equipamentos e sistemas das ACTs e da EAT. (ITI, 2017. Disponível em: <<http://www.iti.gov.br/glossario>> Acessado em: 27 de fevereiro de 2018).

Verifica-se, portanto, que a assinatura digital é um método eficiente que garante de forma amplamente confiável a autenticidade do documento eletrônico, o que torna a utilização indiscutivelmente segura e precisa, insuscetível de violabilidade.

Em junho de 2016, o Conselho de Direitos Humanos da ONU, aprovou uma resolução reafirmando a necessidade de se proteger os direitos humanos na Internet. O documento destacou “que os mesmos direitos que as pessoas têm *offline* também devem ser protegidos online, em especial a liberdade de expressão, que é aplicável independentemente de fronteiras e em qualquer forma de mídia”. Disponível em: <https://www.article19.org/data/files/Internet_Statement_Adopted.pdf>. Acesso em 10/06/2018.

O PLS 281/2012, vem corroborar para melhoria do Código de Defesa do Consumidor, incluindo a seção VII, do comércio eletrônico, tendo em vista a inclusão de normas gerais de proteção do consumidor no comércio eletrônico e a distância, conforme artigo 44-A, “visando fortalecer a sua confiança e assegurar a tutela efetiva, com a diminuição da assimetria de informações, a preservação da segurança nas

transações, a proteção da autodeterminação e da privacidade dos dados pessoais”. (Projeto de lei do Senado Federal 281, 2012).

Dentre algumas sugestões propostas para melhoria do PLS 281/2012 propostas no presente trabalho, ressalta-se a ampliação do prazo para o direito do arrependimento do consumidor disposto no artigo 49 do projeto, de 7 dias para 14 dias, conforme experiência europeia na Diretiva 2011/83/UE, seria benéfico para as contratações realizadas a distância e por meios eletrônicos, assim como a inserção do artigo 49-B, que propõe algumas exceções ao direito de arrependimento, no que tange aos bens imateriais.

CAPÍTULO II -A CONTRATAÇÃO ELETRÔNICA E AS FRONTEIRAS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

2.1 Teoria Geral dos Contratos

O contrato realizado através da internet é primordialmente um contrato. Assim sendo, aplicam-se aos contratos celebrados eletronicamente, as mesmas regras gerais da teoria dos contratos vigente em nosso ordenamento jurídico, tanto no que diz respeito à sua celebração, execução e efeitos.

Para Lawand o contrato eletrônico é:

O negócio jurídico concretizado pela transmissão de mensagens eletrônicas pela Internet, entre duas pessoas, a fim de adquirir, modificar ou extinguir relações jurídicas de natureza patrimonial. (LAWAND, 2003, p. 87).

A Diretiva Europeia 2011/93UE, sobre os direitos do consumidor, traz em seu artigo 2º, um conceito de contrato a distância que está sendo adotado no presente trabalho:

Contratos à distância e dos contratos celebrados fora do estabelecimento comercial, afastando-se o princípio de harmonização mínima subjacente às directivas anteriores e permitindo aos Estados-Membros manter ou adoptar regras nacionais. União Europeia. Diretiva 2011/83/EU do Parlamento Europeu e do Conselho, 25/10/2011. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32011L0083>>. Acesso em 02/03/2018.

O contrato eletrônico de consumo, conforme Santolim “é aquele em que o computador incide diretamente no processo de formação da vontade negocial”. De acordo com o autor, esse contrato tem como objeto um bem de uso informático. (SANTOLIM, 1995, p. 25).

2.1.1 Elementos essenciais de validade

O Contrato é uma espécie de negócio jurídico, que para sua formação depende de duas ou mais pessoas, sendo portanto, um negócio jurídico bilateral ou plurilateral. Mas se distinguem na teoria dos negócios jurídicos, os unilaterais, que se aperfeiçoam pela manifestação da vontade de apenas uma das partes, e os bilaterais, que se perfazem pela composição de interesses. (GONÇALVES, 2012).

O negócios bilaterais que decorrem de mútuo consenso, constituem os contratos. Contrato é, segundo o mesmo doutrinador, uma espécie de gênero jurídico.

De acordo com Maria Helena Diniz, “seu fundamento é a vontade humana, desde que atue conforme à ordem jurídica, seu *habitat* é o ordenamento jurídico”. (DINIZ, 2009, p. 67).

Para que o negócio jurídico produza efeitos, faz-se necessário determinados requisitos. Segundo o artigo 104 do Código Civil, para a validade do negócio jurídico, requer que o agente seja capaz, o objeto lícito, possível, determinado ou determinável, e a forma prescrita ou não defesa em lei.

a) Agente capaz

Está descrito no art. 1º do Código Civil que “...toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”. Contudo, mesmo que todas as pessoas possam ter direitos subjetivos e contrair obrigações na vida civil, nem todas são aptas para praticar pessoalmente tais atos da vida civil. Nisso se distingue a capacidade de direito – também denominada capacidade de gozo – capacidade de fato – também denominada capacidade de exercício ou de negócio. (WALD, 2002).

Não se pode, portanto, fazer confusão da capacidade com a personalidade, pois esta é a aptidão genérica para adquirir direitos e contrair obrigações, que acompanha a pessoa do início ao fim de sua existência. (DINIZ, 2009).

A lei com o escopo de proteção, limita a atuação pessoal na vida civil conforme a idade, a saúde ou o desenvolvimento intelectual da pessoa, por ter limitações permanentes ou transitórias.

Essas limitações estão dispostas nos artigos 3º e 4º do Código Civil, mecanismos que tratam da incapacidade absoluta e da incapacidade relativa para se exercer pessoalmente os atos da vida civil.

Aquele que é absolutamente incapaz está proibido de praticar quaisquer atos da vida civil, pois a lei considera nulo, qualquer negócio jurídico praticado por tal pessoa. É o que dispõe o artigo 166 do Código Civil: “É nulo o negócio jurídico quando: I – celebrado por pessoa absolutamente incapaz”.

Para que o ato do absolutamente incapaz não seja maculado de nulidade, há necessidade do mesmo ser representado por outra pessoa capaz, podendo ser os pais, tutores ou curadores. Ficando o seu representante a tarefa exclusiva de participar do negócio jurídico.

Já o relativamente incapaz não está completamente proibido de praticar pessoalmente os atos da vida civil, de modo que a lei condiciona a validade do ato jurídico, desde que o mesmo se aconselhe com pessoa inteiramente capaz (seu pai, tutor ou curador) e que esta pessoa o assista nos atos jurídicos. (CC, art. 1634).

No caso da pessoa relativamente incapaz praticar um negócio jurídico e não esteja devidamente assistida por outra capaz, tal ato será anulável, nos termos do artigo 171 do Código Civil, que descreve o seguinte: “Além dos casos expressamente declarados em lei é anulável o negócio jurídico: I por incapacidade relativa do agente”.

Além da capacidade para formação e validade do contrato, o agente deve ter legitimidade contratual, sendo este requisito importado do Direito Processual Civil, conforme pondera Humberto Theodoro Júnior:

...aquele que pede a tutela jurisdicional e aquele em face de quem se pretende fazer atuar dita tutela (autor-réu). Mas, para que o provimento de mérito seja alcançado, para que a lide seja efetivamente solucionada, não basta existir um sujeito ativo e um sujeito passivo. É preciso que os sujeitos sejam, de acordo com a lei partes legítimas, pois se tal não ocorrer, o processo se extinguirá sem julgamento do mérito. (artigo 267, VI).

O ordenamento processual aludido aplica-se precisamente ao estudo do direito contratual, pois, para se forma um contrato, não basta que os agentes sejam capazes. Requer-se também, que tais agentes tenham legitimidade. Por exemplo, não se pode haver contrato de compra e venda de imóvel entre ascendente e descendente, sem que haja o consentimento dos demais descendentes, (CC, art. 496).

b) Objeto

A relação jurídica é a ligação entre duas ou mais pessoas, ligação esta que pode ter como objeto uma coisa, sobre a qual o titular poderá praticar certos atos; ou então uma ação ou prestação do sujeito passivo da relação jurídica.

No contrato, o objeto deve ser lícito, determinável e idôneo. (CC, art. 104).

Contrato lícito é aquele que não pode ser contrário à lei, à moral, aos princípios da ordem pública e aos bons costumes. De acordo com Maria Helena Diniz instrui que ilícitos “...e inválidos, serão os negócios que ajustem pagamento pelo assassinato de alguém que favoreçam a exploração do lenocínio, a usura, o exercício ilegal da profissão”. (DINIZ, 2009, p. 51).

Não sendo o contrato contrário aos interesses da sociedade, o ordenamento jurídico estabelece eficácia ao mesmo. Com isso, a doutrina assegura que a impossibilidade do contrato se verifica pela análise da impossibilidade do objeto. Dessa forma, se o contrato for humana ou fisicamente impossível, será inidôneo. E se o contrato for juridicamente possível, o vício estará não na idoneidade, mas sim, na licitude. (RODRIGUES, 2002).

No caso da torpeza do agente ou dos agentes, aplica-se o artigo 190 do Código Civil, desde que reconhecida a ilicitude ou inidoneidade do objeto do contrato. O efeito é a decretação da nulidade, para que as partes voltem ao *status quo ante*, em deferência ao disposto no art. 182 do Código Civil “anulado o negócio jurídico, restituir-se-ão as partes ao estado em que antes dele se achavam, e não sendo possível restituí-las, serão indenizadas com o equivalente”.

Outro fator mencionado no artigo 104 do Código Civil é a respeito da determinação de seu objeto, haja vista, que este deve ser certo ou, ao menos, determinável. A respeito do tema, Maria Helena Diniz acentua:

O contrato deverá conter, portanto, os elementos necessários (especificação do gênero, da espécie, da quantidade ou dos caracteres individuais) para que se possa determinar o seu objeto, de modo que a obrigação do devedor tenha sobre que incidir se indeterminável o objeto, o contrato será invalidado e ineficaz. (DINIZ, 2009, p. 29).

O Código Civil em seu artigo 421, apresentou o instituto da “função social do contrato”, instituto este que deve servir de norte também para os contratos eletrônicos, ao visar regulamentar interesses não concomitantes, a fim de trazer grande reflexo para sociedade que, por conseguinte, tem interesse em limitar a liberdade de contratar para seja exaltada a supremacia da ordem pública, suprimindo, dessa forma que sejam feitos contratos contra os bons costumes por exemplo.

Isso implica a aplicabilidade do art. 422 do Código Civil, ou seja, os contratantes devem estar atentos para os princípios da probidade e da boa-fé, para que o equilíbrio

econômico-contratual esteja presente. Os artigos 478 a 480 do Código Civil, apregoa que nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos imprevisíveis ou extraordinários, pode o devedor pedir a resolução do contrato, sendo que os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação. (DINIZ, 2009).

c) Forma

No tocante a forma, dispõe o art. 107 do Código Civil que “...a validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir”.

A forma é a maneira pela qual a manifestação da vontade se concretiza ou o ato jurídico se desenvolve.

Conforme narra o mencionado artigo, corrobora que a forma pode ser livre (ficando ao arbítrio das partes) ou legalmente constituída (quando a lei regulamenta como o ato se deve objetivar, sob pena de não ser validado o ato jurídico).

Dessa maneira, havendo forma prescrita em lei para realização de um determinado contrato (por exemplo, pactos antinupciais que devem ser feitos por escritura pública – Código Civil, art. 1640, parágrafo único), a mesma deve ser seguida sob pena de invalidade do contrato, caso tal forma seja de natureza do ato. Deste modo, tal contrato terá eficácia probatória *iuris tantum ad probationem tantum*.

Se a lei não determinar forma especial para um determinado contrato, é necessariamente *ad solemnitatem*. No entanto, se a lei não exigir forma solene, o ato pode ser provado através de qualquer meio admitido em Direito. (RODRIGUES, 2002)

A despeito da interpretação dos contratos, a intenção dos agentes deve prevalecer em relação ao sentido literal da linguagem. Nessa lógica o art. 112 do Código Civil dispõe que nas “...declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem”.

Com efeito, no caso de esclarecer qualquer dúvida, deverá o Juiz da causa verificar o sentido normal das expressões, bem como analisar o contexto histórico e cultural dos agentes.

Para que um negócio jurídico possa existir são necessários alguns elementos essenciais na sua formação, conforme será analisado em seguida.

2.2 Princípios aplicáveis ao contrato

a) Princípios da autonomia da vontade:

O princípio da autonomia da vontade é um elemento essencial na formação contratual, sem ele segundo Pablo Stolze Gagliano, “não há negócio jurídico, e não havendo negócio, não há que se falar em contrato”. Ainda este princípio se funda a liberdade contratual dos contratantes, podendo estipular livremente, conforme bem lhe aprouver. (GAGLIANO, 2010, p. 70).

É preciso ressaltar que a liberdade contratual não é absoluta, pois é limitada pela supremacia da ordem pública, que veda contravenções que sejam contrárias e aos bons costumes de forma que a vontade dos contratos está submissa ao interesse coletivo. Pelo artigo 421 do Código Civil, “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”, segundo Maria Helena Diniz, “o contrato deverá ter, portanto, por finalidade e por limite a sua função social”. (DINIZ, 2009, p. 24).

Em harmonia com o mesmo pensamento, Carlos Roberto Gonçalves resalta que:

O princípio da autonomia da vontade se alicerça exatamente na ampla liberdade contratual, no poder dos contratantes de disciplinar os seus interesses mediante acordo de vontades, suscitando efeitos tutelados pela ordem jurídica, tendo as partes a faculdade de celebrar ou não contratos, sem qualquer interferência do Estado. (GONÇALVES, 2010, p. 41).

A liberdade contratual sofre várias restrições como nos casos de serviços públicos contidos sob o regime de monopólio e nos contratos submetidos ao Código de Defesa do Consumidor. De acordo com Carlos Roberto Gonçalves essa liberdade tem se mostrado atualmente, relativa:

Pois a vida em sociedade obriga as pessoas a realizar frequentemente, contratos de toda espécie como de transporte, de compra de alimentos, de aquisição de jornais, de fornecimento de bens e serviços públicos (água, energia elétrica, telefone, etc.), o licenciamento de veículo, por exemplo, e condicionado ao seguro obrigatório. (GONÇALVES, 2010, p. 43).

Assim, destaca Maria Helena Diniz:

O princípio da autonomia da vontade é o poder conferido aos contratantes de estabelecer vínculo obrigacional, desde que se submetam às normas jurídicas

e seus fins não contrariem o interesse geral, de tal sorte que a ordem pública e os bons costumes constituem limites à liberdade contratual. (DINIZ, 2009, p. 46).

A validade do consentimento requer que a vontade das partes seja manifestada conscientemente, isto é, livre dos defeitos do erro, do dolo, da coação, do estado de perigo e da lesão, que causa a anulabilidade do contrato.

b) Princípio do consensualismo e da obrigatoriedade da convenção:

Para o consensualismo basta o simples acordo de duas ou mais vontades para se gerar o contrato válido. Consoante Carlos Roberto Gonçalves “essa moderna concepção de que o contrato resulta do consenso, do acordo de vontades, independe da entrega da coisa”. (GONÇALVES, 2010).

Para Maria Helena Diniz, o consentimento é suficiente para perfeição e validade dos contratos. (DINIZ, 2009).

A obrigatoriedade da convenção, está intrinsicamente ligada a força vinculante a qual os contratos devem ser submetidos, pois o contrato uma vez concluído livremente, passa a incorporar o ordenamento jurídico, constituindo uma norma de direito, autorizando portanto, o contratante a pedir a intervenção do Estado, para que assegure que a obrigação contratada seja cumprida, caso não esteja na forma na qual foi convencionada.

A única limitação à obrigatoriedade da convenção é a escusa por caso fortuito ou força maior, descrita no art. 393, parágrafo único do Código Civil.

Segundo Maria Helena Diniz, fora dessas hipóteses “ter-se-á a intangibilidade ou a imutabilidade contratual”. Sendo o contrato a lei entre as partes, desde que seja formulado obedecendo os requisitos legais. (DINIZ, 2009).

c) Princípio da relatividade dos efeitos do contrato:

O contrato só produz efeito entre os contratantes, não afetando terceiros nem o seu patrimônio. Segundo Carlos Roberto Gonçalves:

A nova concepção da função social do contrato representa, se não ruptura, pelo menos abrandamento do princípio da relatividade dos efeitos do contrato, tendo em vista que este tem seu espectro público ressaltado, em detrimento do exclusivamente privado das partes contratadas. (GONÇALVES, 2010, p. 48).

Assim, este princípio sofre exceções, no caso dos herdeiros universais (art. 1792 do Código Civil), que descreve que um contratante que embora não tenha participado da formação do contrato, pode participar decorrente do direito de herança, e ressalvado os limites desta força. Conforme descreve Maria Helena Diniz, a estipulação em favor de terceiros, “do contrato por terceiro e do contrato com pessoa a declarar, que podem estender seus efeitos, conforme o caso a outras pessoas, criando-lhes direitos e impondo-lhes deveres, apesar de elas serem alheias à constituição da avença”. (DINIZ, 2009, p. 30).

Institui tal princípio na ideia de que os efeitos do contrato só se produzem em relação às partes, àqueles que manifestaram a sua vontade, ligando-os ao seu conteúdo, não afetando terceiros nem seu patrimônio.

d) Princípio da revisão dos contratos ou da onerosidade excessiva:

Esse princípio propiciou aos contraentes recorrerem ao Judiciário para obterem a alteração da convenção, buscando a isenção parcial ou total de obrigações excessivamente onerosas.

Prescreve o artigo 480 do Código Civil, “se no contrato as obrigações couberem a apenas uma das partes, poderá ela pleitear que a sua prestação seja reduzida, ou alterando o modo de executá-la, a fim de evitar a onerosidade excessiva”.

Nesse sentido, descreve o artigo 317 do mesmo diploma, que “quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz, corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quando possível, o valor real da prestação”.

Carlos Roberto Gonçalves ressalta que:

Sempre quando se encontrar fundamento para revisão ou extinção do contrato em razão de fato superveniente que desvirtue sua finalidade social, agrida as exigências da boa-fé e signifique enriquecimento indevido para uma das partes, em detrimento da outra. (GONÇALVES, 2010, p. 48).

O Código de Defesa do Consumidor, no artigo 6º, inciso V, propicia a modificação das cláusulas que estabeleçam prestações desproporcionais e a revisão dos contratos por onerosidade excessiva.

Existente o benefício manifestamente excessivo, quer numa cláusula contratual ou na prática comercial, esta ensejará a nulidade, conforme preconiza o artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor:

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

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

O impedimento compreende também a prática comercial, nos termos do disposto no artigo 39 do Código de Defesa do Consumidor, neste termos:

Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentro outras práticas abusivas:

[...] V- exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva.

O mesmo diploma legal dedica-se a conceituar vantagem exagerada ao versar no artigo 51, § 1º:

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

- I- Ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence;
- II- Restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou o equilíbrio contratual;
- III- Se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso.

Desta maneira, qualquer imposição, pelo fornecedor, de cláusula desvantajosa para o consumidor, enseja em nulidade absoluta, nos termos do artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor, autorizando a revisão dos contratos mesmo extintos ou novos em obediência ainda ao Princípio da boa fé previsto expressamente no artigo 4º, III, do Código de Defesa do Consumidor, como norteador das relações jurídicas de consumo.

e) Princípio da boa fé:

A boa fé parte do princípio de que as partes devam agir durante a formação e o cumprimento do contrato com lealdade, honestidade, probidade e integridade de caráter. A exemplo do conceito baseado em vários autores e sintetizado por Maria Helena Diniz, como sendo:

Uma norma que requer o comportamento leal e honesto dos contratantes, sendo incompatível com quaisquer condutas abusiva, tendo por escopo gerar na relação obrigacional a confiança necessária e o equilíbrio das prestações e

da distribuição dos riscos e encargos, ante a proibição do enriquecimento sem causa, trata-se portanto, da boa fé objetiva. (DINIZ, 2009, p. 33).

Neste sentido, preceitua o artigo 422 do Código Civil, “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa fé”.

f) Princípio função social do Contrato:

Conforme apregoa Pablo Stolze:

A função social do contrato é, antes de tudo, um princípio jurídico de conteúdo indeterminado, que se compreende na medida em que lhe reconhecemos o precípua efeito de impor limites à liberdade de contratar, em prol do bem comum. (GAGLIANO, 2010, p. 84).

Nesse sentido adverte Paulo Nalin:

...são amplas e, logo imprecisas as bases conceituais da função social do contrato, ora amarradas à cláusula geral de solidariedade, ora à quebra do individualismo, tendo em vista a igualdade substancial, ora à tutela da confiança dos interesses envolvidos e do equilíbrio das parcelas do contrato. (NALIN, 2001, p. 223).

Dentre os principais aspectos da validade jurídica do contrato destaca-se não só à manifestação da vontade livre de vícios, mas também a validade social do negócio, que leva à deificação do princípio da função social do contrato previsto expressamente no Código Civil Brasileiro de 2002, no artigo 421: “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

O Estado tem o dever legal de criar mecanismos de defesa que possam impedir que o mais fraco seja despojado pelo mais forte, cuidando pela liberdade e pela igualdade dos contratantes. (LEAL, 2009).

Nesse âmbito, pode-se afirmar que a função social do contrato, repousa na harmonia entre a autonomia privada e a solidariedade social. Paulo Nalin, analisando a questão, delimita a função social do contrato em intrínseca e extrínseca:

A primeira – intrínseca – o contrato visto como relação jurídica entre as partes negociais impondo-se o respeito à lealdade negocial e à boa fé objetiva, buscando-se uma equivalência material entre os contratantes; A segunda - Extrínseca – o contrato em face da coletividade, ou seja, visto sob o aspecto de seu impacto eficaz na sociedade em que fora celebrado. (NALIN, 2001, p. 226).

Dessa maneira, não mais se compreende que a manifestação livre da vontade dos contratantes seja o elemento razoável para emprestar validade e eficácia jurídica ao

contrato, requerendo que a vontade seja a expressão da autonomia privada, demarcada pela ordem jurídica, para atender aos anseios da sociedade atual, de liberdade, dignidade da pessoa humana, justiça social e solidariedade (artigos 1º, II e III e IV; 3º, I e 170, da Constituição Federal de 1988).

2.3 Elementos de validade dos atos jurídicos

O Código Civil acolhe de forma expressa a figura do negócio jurídico, como sendo uma categoria geral, que compreende as declarações de vontade destinadas à criação, modificação e a extinção das relações jurídicas. (KLEE, 2014).

A validade do negócio jurídico exige que seus elementos tenham determinados requisitos ou atributos, qualidades que a lei apregoa, (art. 104 do CC): “a declaração da vontade deve resultar de agente capaz, o objeto deve ser lícito, possível, determinado ou determinável, e a forma ser conforme a lei”.

Antônio Junqueira de Azevedo entende que:

A validade é, pois, a qualidade que o negócio deve ter ao entrar no mundo jurídico, consistente em estar de acordo com as regras jurídicas (ser regular). Validade é, como o sufixo da palavra indica, qualidade de um negócio existente. Válido, é adjetivo com que se qualifica o negócio jurídico formado de acordo com as regras jurídicas. Os requisitos de validade do negócio jurídico são aqueles que a lei exige requer nos elementos do negócio ara que este seja válido. (AZEVEDO, 2002, p. 41).

A manifestação da vontade pode ser evidenciada de forma falada, escrita, mímicas, gestos ou tácita, de acordo com o artigo 111 do Código Civil.

Quanto ao objeto descrito no artigo 104 do CC, Antonia Espíndola Longoni Klee pondera:

O objeto lícito é o que não atenta contra a lei, a moral, os bons costumes e a ordem pública. O objeto deve ser, também possível. A impossibilidade do objeto pode ser física ou jurídica. A impossibilidade física é a que emana de leis ou naturais, isto é, objeto fisicamente impossível é o que não existe, tornando-se inviável o cumprimento da obrigação. A impossibilidade jurídica do objeto ocorre quando o ordenamento jurídico proíbe, expressamente, negócios sobre determinado bem. Objeto ilícito é aquele contrário à lei – embora possa ser materialmente praticado, viola um dever legal. O objeto do negócio jurídico deve ser, também, determinado ou determinável, que significa indeterminado relativamente ou suscetível de determinação no momento da execução. A idoneidade do objeto é necessária para realização do negócio. Assim, se a intenção é celebra um contrato de compra e venda, por exemplo, a manifestação de vontade deve recair sobre bens que possam ser comercializados. (KLEE, 2014, p. 87-88).

Todo negócio jurídico precisa se revestir de uma forma, entendida por Sheila Leal como sendo “o meio técnico que o direito institui para exteriorização da vontade; é a projeção ambiental da elaboração volitiva, a expressão exterior do querer do agente”. (LEAL, 2009, p. 62).

Com efeito, não pode haver contrato sem forma, uma vez que este só pode ser identificável por outros, por intermédio da forma que exhibe.

O Código Civil no artigo 107, manteve como regra geral o princípio da liberdade da forma, segundo o qual, desde que a lei não exija uma forma especial, o contrato poderá ser realizado por qualquer forma. No entanto, quando a lei prescrever uma forma, esta deve ser observada sob pena de nulidade do negócio jurídico, artigo 104, inciso III da mesma norma.

A contratação em massa marcou um novo ritmo aos negócios que precisavam ser elaborados com maior rapidez, através de todos os meios de comunicação disponíveis, de modo que a liberalização da forma passou a ser imprescindível para a nova realidade. (LEAL, 2009).

Hoje existe um desinteresse ao formalismo, reflexo da multiplicidade de meios para comunicação, que possibilita ao negócio jurídico assumir diversas roupagens, tantas quantos são as maneiras pelas quais a vontade possa ser expressa.

Esse despreendimento ao formalismo não impede, entretanto, às partes, de buscarem na forma a segurança e a garantia dos interesses envolvidos na contratação. Essa percepção de liberdade da forma importa considerar que as partes podem eleger, em um contrato, um requisito formal imprescindível para sua validade, mesmo sem a lei exigir.

Isso pode ocorrer, consoante expõe Sheila Leal: “quando as partes, ao contratarem em meio eletrônico, para dar maior garantia ao negócio e facilitar a conservação da prova, elegem o sistema de assinatura e certificação digital”. (LEAL, 2009, p. 56).

Salienta-se que se deduz da primeira parte do artigo 212 do Código Civil, que descreve que a prova da venda de imóveis se faz por meio de escritura pública, nestes

negócios para os quais a lei exige forma especial, só podem ser demonstrados pelo meio formal eleito por lei para sua realização.

O agente deverá ser capaz e, em geral, legitimado para o negócio. A capacidade do agente, ou a capacidade de agir, é a aptidão para intervir em negócios jurídicos como declarante ou declaratório. (AZEVEDO, 2002).

Já os atos de método livre podem ser comprovados por todos os meios de prova admitidos em Direito. O artigo 136 do Código Civil elenca os meios de prova dos negócios que não se impõe forma especial. Conforme a doutrina não esgotam os meios de prova admitidos são meramente exemplificativos.

2.4 Características dos contratos

O contrato eletrônico ou virtual, é um contrato típico, de celebração livre, para o Direito brasileiro. Nesse sentido, Maria Helena Diniz argumenta que:

Não vislumbramos em nosso Código Civil qualquer vedação legal à formação do contrato via eletrônica, salvo nas hipóteses legais em que se requer forma solene para a validade e eficácia negocial. As ofertas nas *home pages* seguem as normas do arts. 427 e 428 do Código Civil e, uma vez demonstrada a proposta e a aceitação, por exemplo, pela remessa do número de cartão de crédito ao solicitante, o negócio virtual terá existência, validade e eficácia. (DINIZ, 2010, p. 656).

Para Eduardo Weiss Martins de Lima, os negócios na internet são “celebrados pelo instrumento contratual nos moldes clássicos, mudando-se a forma, em face das características do meio”. Desta forma, o Código Civil prevê a validade do ato jurídico com, *in verbis*, “agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou indeterminável e forma prescrita ou não defesa em lei”. (LIMA, 2006, p. 21).

Fabio Ulhôa Coelho defende a não obrigatoriedade da existência do documento escrito, *in verbis*, “Quando a obrigação registrada em meio magnético é cumprida satisfatoriamente em seu vencimento, ela não chega jamais a ser materializada num documento escrito”. (ULHÔA, 1999).

A doutrina classifica ainda como “requisitos subjetivos” de validade do contrato a capacidade genérica dos contratantes, com manifestação das vontades; a aptidão específica para contratar e o consentimento. Como “requisitos objetivos” aqueles relacionados ao objeto; e como “requisitos formais” os concernentes à forma do contrato.

a) Contrato unilateral:

Neste tipo de contrato, não há contraprestação, pois apenas uma parte contratante é quem assume todos os encargos advindos dele. Maria Helena Diniz observa que, na realidade, “o contrato unilateral, embora possua duas ou mais declarações de vontades, estas estipulam que apenas um dos contratantes exerce a posição de devedor e o outro tem a posição de credor”. (DINIZ, 2002, 80).

Por exemplo, no caso de doação pura e simples, em que, havendo acordo de vontades, as partes contratantes estipulam obrigações apenas ao doador e somente donatário obtém as vantagens advindas de tal negócio jurídico, sem qualquer encargo.

b) Contrato bilateral:

Agora no contrato bilateral, os efeitos produzidos são diferentes do contrato unilateral, haja vista que o acerto entre as partes faz gerar prestações recíprocas em virtude de cada um dos contratantes estar obrigado a cumprir a sua contraprestação. A título de exemplo, no caso de compra e venda de imóvel, o vendedor está obrigado a outorgar a escritura definitiva e o comprador está obrigado a pagar o preço avençado. Semelhantemente pode-se dizer de um contrato – compromisso de compra e venda de um imóvel efetivado via internet.

No contrato bilateral, deve sempre vigorar o equilíbrio entre as partes, diante do qual o cumprimento da prestação por uma delas gera a obrigação da outra em efetivar a sua contraprestação. Não sendo ajustado no momento da execução, deve ser aplicado o artigo 476 do Código Civil, que observa que nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir a contraprestação do outro. Sobre este entendimento, aplica-se o princípio da *exceptio non adimplenti contractus*, como afirma Silvio Rodrigues, que consiste “numa forma de defesa processual, pois sendo a ação um ataque, a exceção é a defesa para impedir a prestação do autor”. (RODRIGUES, 2002, p. 82).

Sobre a garantia da execução, da obrigação a prazo, dispõe o art. 477 do Código Civil, que, se depois de efetivado o contrato, ocorrer a uma das partes contratantes, diminuição de seu patrimônio, capaz de comprometer ou tornar duvidosa a prestação

pelo qual se obrigou, pode a outra recusar-se à prestação que lhe incumbe, até que aquele dê garantia de satisfazê-la.

É possível se levar em consideração que a parte prejudicada, no caso de contrato bilateral com execuções simultâneas, poderá ingressar com ação de rescisão contratual, pleiteando também perdas e danos conforme o caso, desde que antes faça a devida interpelação judicial, no caso de haver cláusula resolutória tácita. Código Civil.

c) Contratos onerosos e gratuitos:

Os contratos onerosos são aqueles que trazem vantagens para os agentes contratantes, pois ambos adquirem sacrifícios patrimoniais, bem como proveitos, como o exemplo da compra e venda de imóvel, na qual o comprador paga o preço ajustado para adquirir o bem e o vendedor entrega o imóvel visando de receber o valor combinado. (BOIAGO JÚNIOR, 2011).

Desse modo, cada contratante suporta um sacrifício de ordem patrimonial para adquirir vantagem correspondente, e assim, o ônus e a vantagem ficam numa relação de equivalência.

Já os contratos gratuitos são os que estabelecem renúncia patrimonial apenas para uma das partes, propiciando assim à outra parte apenas vantagem, sem haver a sua contraprestação.

O Código Civil estabelece algumas diferenças entre o contrato gratuito e o contrato oneroso, sendo:

No contrato gratuito, o doador não responde pela evicção, nem por eventuais vícios redibitórios, salvo na doação com encargo artigos 552 e 441, parágrafo único; já no contrato oneroso o tratamento é diferenciado, pois o alienante responde pela evicção, artigo 447;

Em relação à ação revocatória, o contrato gratuito poderá ser anulado, independentemente de se provar a má-fé artigo 158; enquanto que no contrato oneroso a aplicabilidade está elencada no artigo 159, isto é, competirá demonstrar a insolvência notória do devedor ou demonstrar motivo para ser conhecida do outro contratante.

2.5 Classificação dos contratos em relação a terminologia

a) Contrato comutativo:

O contrato comutativo é aquele oneroso e bilateral que cada agente contratante percebe um do outro prestação de dar ou fazer relativamente equivalente à sua, a qual pode ser verificada no exato instante da formação do vínculo contratual.

Nesse sentido, Silvio Rodrigues propõe o seguinte conceito:

Comutativos são aqueles contratos em que não só as prestações apresentam uma relativa equivalência, como também as partes podem avaliar, desde logo, o montante das mesmas. As prestações são certas e determináveis, podendo qualquer dos contratantes antever o que receberá em troca da prestação que oferece. (RODRIGUES, 2002, p. 83).

Assim, Maria Helena Diniz aborda o tema:

...nos contratos comutativos, as partes podem antever o que receberão em troca das prestações que realizarem, por haver certeza quanto às prestações e cada prestação corresponder a uma contraprestação, não sendo, porém, necessário que haja uma absoluta igualdade entre tais valores, já que os bens que são objeto do contrato poderão não possuir uma valoração precisa. (DINIZ, 2009, p. 81).

A relação de equivalência das prestações oriundas desse tipo de contrato pode se modificar após a elaboração deste. Portanto, tal circunstância é considerada independente do contrato, como por exemplo, a variação do valor de mercado da coisa.

Assim, há somente uma relação de equivalência subjetiva, haja vista que cada contratante é quem verifica a sua conveniência e seu interesse em formar o vínculo contratual.

b) Contrato aleatório:

O contrato aleatório é aquele em que o montante da prestação de um ou de ambos os contratantes não pode ser avaliado, tendo em vista a dependência de um risco futuro e incerto.

Maria Helena Diniz define como sendo: “aleatório será o contrato se a prestação depender de um evento casual, sendo, por isso, insuscetível de estimativa prévia, dotado de uma extensão incerta”.

Já, na visão de Silvio Rodrigues:

O contrato aleatório é aquele em que as prestações oferecem uma possibilidade de ganho ou de perda para qualquer das partes, por dependerem de um evento futuro e incerto que pode alterar o seu montante. O objeto do

negócio está ligado à ideia de risco. Isto é, existe uma álea no negócio, podendo daí resultar um lucro ou uma perda para qualquer das partes. O vocábulo aleatório é originado do latim *alea*, que significa sortes, perigo, azar, incerteza de fortuna, indicando, portanto, um ato dependente do acaso (RODRIGUES, 2002, p. 84).

É importante salientar que a jurisprudência também caminha no mesmo sentido.

Nesse mesma linha, Pablo Stolze classifica os contratos de compra e venda aleatórios da seguinte forma:

- a) Contrato de Compra de Coisa Futura, com Assunção de Risco pela Existência (*emptio spei*) – nessa primeira espécie, prevista expressamente no art. 458 do Código Civil, o contratante assume o risco de não vir a ganhar alguma coisa alguma, deixando à sorte propriamente dita o resultado da sua contratação, exemplo clássico da pessoa que adquire o produto do lanço na rede que o pescador está a efetiva. Assim, caso o pescador não tenha existido na pescaria, terá ele direito de receber todo o preço ajustado, se agiu com diligência e prudência;
- b) Contrato de Compra de Coisa Futura, sem Assunção de Risco pela Existência (*emptio rei speratae*) – nessa segunda hipótese, prevista no art. 459 do Código Civil, não há assunção total de riscos pelo contratante, tendo em vista que o alienante se comprometeu a que alguma coisa fosse entregue. Com isso, o mesmo exemplo já citado, pode-se dizer, se o pescador, ao lançar a rede, não apanhar nenhum peixe, o adquirente será liberado de pagar o preço avençado, artigo 459;
- c) Contrato de Compra de Coisa presente, mas Exposta a Risco Assumido pelo Contratante – a última modalidade codificada é a que versa sobre a venda de coisa atual sujeita a riscos, prevista no art. 460. O exemplo clássico é a compra de mercadoria embarcada, sem notícia do seu estado atual, em que o adquirente assume o risco de elas chegarem ao seu destino ou não, devendo pagar o preço mesmo na hipótese de perecimento. (GAGLIANO, 2010, p. 163).

No contrato, estipular venda aleatória de coisa existente, apesar de exposta ao risco de se danificar ou de se perder, assumido pelo adquirente, terá a mesma maneira o alienante a todo o preço ajustado, caso a coisa já não exista, em parte, ou no todo, no dia do contrato, artigo 460 do Código Civil.

c) Contrato paritário:

Segundo entendimento de Maria Helena Diniz, contrato paritário:

São aqueles em que as partes interessadas, colocadas em pé de igualdade, ante o princípio da autonomia da vontade, discutem, na fase da *puntuazione*, os termos do ato negocial, eliminando os pontos divergentes mediante transigência mútua. Nesses contratos há manifestação livre e coincidente de duas ou mais vontades. (DINIZ, 2009, p. 86).

Esse tipo de contrato permite que exista a fase de negociação, que é aquela em que as partes discutam em pé de igualdade no que concerne à autonomia da vontade, pois as mesmas têm condições de estabelecer de forma conjunta as cláusulas do contrato.

d) Contrato por adesão:

O contrato por adesão é o oposto do contrato paritário, um vez que não há que se falar em autonomia de vontade, uma vez que inexistente convenção entre as partes no que diz respeito à elaboração das cláusulas do contrato. Assim o oblativo limita-se apenas em aceitar as condições a ele impostas, pois o contrato fica apenas ao arbítrio do proponente. Sobre a questão, Maria Helena Diniz observa:

O contrato de adesão não deverá ser impresso em letras microscópicas com redação confusa, contendo terminologia técnica, conceitos vagos ou ambíguos nem cláusulas desvantajosas para um dos contratantes. Nos contratos alusivos às relações de consumo poderá haver cláusula resolutória, desde que alternativa, cabendo a escolha ao consumidor, e a cláusula que implicar limitação ao direito do consumidor deverá ser redigida com destaque permitindo sua imediata e fácil compreensão (Lei 8.078/90, art. 54). (DINIZ, 2009, p. 91).

O Código de Defesa do Consumidor define contrato de adesão no seu artigo 54 *caput*, como sendo: “aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo”.

Dessa maneira, os contratos de adesão gerados no âmbito de relação consumerista, devem ser norteado pelo princípio da boa fé, gravado no art. 4º, *caput* e inc. III do Código de Defesa do Consumidor e toda cláusula que contraria tal princípio será considerada abusiva, artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor, e por consequência, tem a sua nulidade declarada. (NERY JUNIOR, 2001, p. 464).

Assim, tanto contratos efetuados por escrito como os formados oralmente podem ser contratos de adesão, se verificados os requisitos de sua constituição.

A classificação dos contratos quanto a forma e terminologia, dividem-se em Consensual e Solene.

O contrato consensual também chamado de não solene, é o tipo de contrato que necessita apenas da união das vontades das partes, pois a lei não exige qualquer outro

ato ou forma especial para a sua formação, também é o posicionamento da jurisprudência. (BOIAGO JUNIOR, 2011).

Constata-se que, na contratação eletrônica, é admitida a forma não solene.

O contrato solene ou formal é o tipo de contrato que necessita além da união das vontades das partes, outro ato formal, sem o mesmo o ordenamento jurídico não reconhece sua validade. Para maior entendimento, podem ser dados os seguintes exemplos: compra e venda de imóvel que necessita de escritura pública (art. 108 CC); contrato de penhor realizado por instrumento particular que deverá ser levado a registro (Lei 6.015/73, artigo 1.432). (BOIAGO JUNIOR, 2011, p. 51).

Destaca-se que em relação ao contrato eletrônico, inexistente algum tipo de contração que exija tal solenidade para se adquirir um bem determinado ou uma prestação de serviço.

Maria Helena Diniz faz o seguinte comentário a respeito dos contratos nominados:

Possuem, portanto, uma denominação legal e própria, estando previstos e regulados por normas jurídicas, formando espécies definidas. O Código Civil rege e esquematiza vinte e três espécies de contrato: compra e venda, troca, contrato estimatório, doação de coisas, empréstimo, prestação de serviço. (DINIZ, 2009, p. 92).

Os contratos nominados são aqueles que auferem uma ordem jurídica e possuem uma disciplina legal.

Já os contratos inominados, ao contrário dos nominados, não são mensurados e disciplinados imperativamente pelo Código Civil ou por qualquer outra lei esparsa.

Nesse sentido, ordena o art. 425 do Código Civil que é “...lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código”.

Portanto, mesmo não existindo convenção específica sobre tais contratos, os mesmos devem seguir as regras gerais já pré-determinadas pelo Código Civil, nos artigos 104, 421 e 422.

Os contratos eletrônicos estão inseridos no rol dos contratos inominados, tendo em vista que ainda não existe no ordenamento pátrio, legislação específica para disciplinar esses contratos.

Cabe ao jurista acompanhar a evolução tecnológica, num período de transformação em que normatização jurídica deve fazer frente a novas relações sociais, seja para adequar as leis já existentes ou para propor um novo modelo normativo e a partir daí se extrair a importância social e científica do tema proposto. (MARTINS, 2008).

O artigo 428 da lei civil, considera presente as pessoas que contratam por telefone ou por meio de comunicação semelhante, isto implica outros meios mais atuais de comunicação a distância, como o computador, a televisão e o celular com acesso a internet por exemplo. Desta maneira, o contrato entre presentes é aquele em que as pessoas mantem contato permanente, direto, e em tempo real, mesmo que não exista a presença física dos contratantes no mesmo lugar.

O inciso I do artigo 428, é de suma importância para análise dos contratos celebrados a distância e por meios eletrônicos, incluindo a internet, uma vez que a lei reconhece entre presentes as contratações via telefone ou por meio de comunicação semelhante, e a jurisprudência considera as contratações por telefone análogas às contratações eletrônicas. (KLEE, p. 113, 2014).

Considera-se entre presentes o contrato realizado mediante uma proposta seguida de aceitação, manifestas ambas diretamente, entre as partes contratantes ou seus representantes. Assim, feita a adesão integral à proposta recebida, dentro do prazo pré-estabelecido, está firmado o acordo, caso isso não ocorra, não se tratará de aceitação, mas de uma nova proposta (art. 431 do CC/2002).

De maneira geral, a aceitação se concretiza de forma expressa, mas pode ocorrer de forma tácita. O artigo 432 do CC/2002, reconhece duas situações de aceitação tácita: quando se tratar de negócios em que não se costuma exigir a aceitação expressa e quando o proponente tiver dispensado a aceitação, e a negativa não chega a tempo.

A aceitação não apenas vincula o aceitante, como também prende o proponente. O consenso entre proposta e aceitação, entre essas duas manifestações da vontade, cria o negócio jurídico bilateral, chamado contrato.

No entanto, existem duas situações previstas na lei em que a aceitação não traz aperfeiçoamento do contrato, desvinculando o proponente de qualquer obrigação:

- a) Caso a aceitação, embora expedida a tempo, por motivos imprevistos chegar tarde ao conhecimento do proponente. Caso ocorra, o proponente deve comunicar ao aceitante que a aceitação chegou tarde, sob pena de responder por perdas e danos (art. 430 do CC/2002);
- b) Se antes da aceitação, ou com ela, chegar ao proponente a retratação do aceitante (art. 433 do CC/2002).

Nos contratos celebrados através da internet, a oferta feita no site do fornecedor deve atender aos mesmos requisitos e ter os mesmos efeitos imputáveis aos contratos, entre eles o da obrigatoriedade da oferta. “a aceitação (oblação) é a manifestação de vontade pelo qual o destinatário da oferta a ela adere, integralmente”. (SANTOLIM, p. 13, 1995).

Para alcançar esse equilíbrio de forças nas relações contratuais atuais, o Código de Defesa do Consumidor opta por regular também alguns aspectos da formação do contrato, impondo novos deveres para o fornecedor. Houve uma ampliação do conceito de oferta, ou seja, ao lado da proposta regulada pelo Código Civil, surgiu uma nova disciplina legal, aplicável à oferta de consumo, massificada, realizada pelas mais diversas formas de comunicação, despersonalizada. (MARQUES, p. 741-755, 2011).

A regulamentação proposta pelo Código de Defesa do Consumidor é aplicável a todas as ofertas de consumo, seja entre presentes, ou entre ausentes, por meios eletrônicos ou não, e disciplina seus efeitos.

O Código de Defesa do Consumidor considera a oferta como sendo um negócio jurídico unilateral, porque vincula o fornecedor, que fica obrigado a cumprir o dever de prestar ao consumidor o bem de consumo ofertado, logo após o consumidor exercer a sua pretensão de receber o bem, estando o mesmo em consonância com os elementos acordados na declaração negocial da oferta no mercado de consumo. (KLEE, p. 119, 2014).

O artigo 30 do CDC definiu o princípio da vinculação contratual do fornecedor ao consumidor, através da publicidade, que deve ser clara, precisa e possuir uma referência objetiva necessária, que possa ser verificada pelo consumidor.

O contrato de celebração entre ausentes em site de fornecedores na internet, ocorre por *click*, no momento em que o consumidor aceita em bloco as cláusulas de um

contrato de adesão, (que na maioria das vezes é feito sem tomar o devido conhecimento delas), sendo comum o fornecedor enviar um e-mail, automático, ao consumidor informando os detalhes do pedido.

Existem outras situações em que os contratantes celebram um contrato de consumo de adesão ou não, quando as partes se comunicam através de aplicativos de mensagens eletrônicas, nestes casos o consumidor e fornecedor precisam redigir os textos, semelhantemente à troca de correspondências, evidenciando a contratação entre ausentes.

Com a evolução tecnológica uma nova economia, baseada na globalização e na desmaterialização parcial da riqueza, tendo em vista a possibilidade de cortar custos imprescindíveis e ainda sim conquistar ganhos expressivos, dando uma nova escala à atividade comercial, que alcança um número cada vez maior de consumidores.

Preceitua o professor Guilherme Magalhães Martins:

Tratando-se de relações de consumo cuja insegurança e risco avultam, num meio eletrônico reconhecidamente passível de violação, por meio de uma rede aberta, como a Internet, agrava o quadro da vulnerabilidade do consumidor, tido como a mais fraca das partes envolvidas. (MARTINS, 2008, p.45).

Diante disso não pode ser recusada a aplicação às normas da Lei 8.078/90, erigidas ao status de garantia constitucional e princípio geral da ordem econômica, respectivamente, na forma dos artigos, 5º da Constituição Federal, inciso XXXII, o dever do Estado brasileiro em “promover, na forma da lei, a proteção ao consumidor”.

A colocação de referido dever é imprescindível, uma vez que o artigo 5º da Carta Magna está introduzida no Capítulo I do Título II, que dedica-se “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, de forma geral, e dos “Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”, particularmente.

E o artigo 170, da Constituição da República, ao cuidar da ordem econômica, estabelece que ela, “fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”, observados alguns princípios fundamentais, dentre os quais está a ‘defesa do consumidor’ do inciso V. (FILOMENO, 2007).

Como bem acentua Claudia Lima Marques:

A partir da identificação do consumidor como novo sujeito de direitos fundamentais, o contrato deve ser interpretado de forma diferente, de modo a protegê-lo, bem como o direito daí resultante merece interpretação teleológica e conforme a Constituição. (MARQUES, 2004, p. 214).

Dessa maneira, a normativa da Lei 8.078/90, deve ser traduzida à luz das disposições constitucionais, em virtude das quais, segundo Guilherme Magalhaes Martins:

Não somente a tutela dos consumidores foi inserida nos direitos e garantias fundamentais, mas também passou a ter o respectivo interesse patrimonial instrumentalizado e funcionalizado ao livre desenvolvimento da pessoa humana nas relações de consumo. (MARTINS, 2008, p.45).

A própria formulação do artigo 4º, III, da Lei 8.078/90, inserido no capítulo da política nacional das relações de consumo, transparece a preocupação do legislador em harmonizar a proteção dos interesses do consumidor em face do desenvolvimento tecnológico, com base na boa-fé e no equilíbrio entre ambas as partes na relação de consumo:

Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à dignidade, saúde e segurança, a proteção dos seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:
(...) III- harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170 da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores.

Essa desigualdade entre consumidor e fornecedor provocada pelo mercado, fica ainda mais evidente, quando se trata de contratos celebrados pela internet. Ao celebrar contratos eletrônicos, o consumidor muitas vezes não sabe com quem está contratando, nem ao certo se receberá o produto ou serviço que está adquirindo, desta maneira, não sabe se será resguardado em seus direitos e em sua dignidade.

2.6 O princípio da vulnerabilidade e a proteção do consumidor nos contratos a distância e por meios eletrônicos.

Afirma Klee, “que o princípio da vulnerabilidade está previsto no art. 4º, I, do CDC, cuja finalidade é proteger o consumidor nas relações de consumo, que são formadas com desigualdade entre as partes contratantes”. (KLEE, 2014, p. 242).

Nesse sentido, Cláudia Lima Marques ensina:

A noção de vulnerabilidade no direito associa-se à identificação de fraqueza ou debilidade de um dos sujeitos da relação jurídica em razão de determinadas condições ou qualidade que lhe são inerentes ou, ainda, de uma posição de força que pode ser identificada no outro sujeito da relação jurídica. (MARQUES, 2012, p. 162).

O inciso I do artigo 4º do CDC reconhece que o consumidor é vulnerável. A vulnerabilidade é uma característica que decorre da norma e recai sobre todos os consumidores, esse dispositivo contém uma presunção de desigualdade material, formal, econômica e informativa entre os sujeitos da relação de consumo, consumidor e fornecedor, Conforme entendimento de Cláudia Lima Marques e Bruno Nubens Barbosa Miragem:

Daí a necessidade de proteção especial deste sujeito, individual ou coletivamente considerado no mercado brasileiro, como um corolário do princípio da dignidade humana (art. 1º, III, da Constituição da República de 1988). (MARQUES; MIRAGEM, 2008, p. 644-645).

O consumidor é considerado a parte mais fraca na relação de consumo, essa fraqueza ou fragilidade é concreta e decorre de aspectos de ordem técnica e de ordem econômica, que segundo Luiz Antônio Rizzato Nunes:

Os aspectos de ordem técnica estão relacionados aos meios de produção, cujo conhecimento é monopólio do fornecedor. No aspecto econômico, diz respeito à maior capacidade econômica que, como regra geral, o fornecedor tem em relação ao consumidor. (NUNES, 2007, p. 128).

Luiz Antônio Rizzato Nunes é categórico em afirmar que “a vulnerabilidade é constatação e afirmação legal: basta ser consumidor para ser vulnerável. E por isso, goza dos benefícios de proteção instituídos na lei”. (NUNES, 2007, p. 128).

Cláudia Lima Marques ensina que a vulnerabilidade do consumidor é presunção legal absoluta que informa e baliza a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, sempre favorável ao consumidor. (MARQUES, 2004).

A autora identifica vários tipos de vulnerabilidade do consumidor na sociedade de consumo massificada: a vulnerabilidade técnica, a jurídica, a fática e a informal. (MARQUES, 2011, p. 323-324).

A autora ensina:

Na vulnerabilidade técnica, o comprador não possui conhecimentos específicos sobre o objeto que esta adquirindo e, portanto, é mais facilmente enganado quanto às características do bem ou quanto à utilidade, o mesmo ocorrendo em matéria de serviço. A vulnerabilidade técnica, no sistema do Código de Defesa do Consumidor, é presumida para o consumidor não profissional, mas também pode atingir excepcionalmente o profissional, destinatário final fático do bem (...). Marques continua classificando os tipos de vulnerabilidade:

Já a vulnerabilidade jurídica ou científica é falta de conhecimentos jurídicos específicos, conhecimentos de contabilidade ou de economia. Essa vulnerabilidade, no sistema do Código de Defesa do Consumidor, é presumida para o consumidor não profissional e para o consumidor pessoa física. Com relação ao terceiro tipo de vulnerabilidade, Marques menciona:

(...) há ainda a vulnerabilidade fática ou socioeconômica, em que o ponto de concentração é o outro parceiro contratual, o fornecedor que, por sua posição de monopólio, fático ou jurídico, por seu grande poder econômico ou em razão da essencialidade do serviço, impõe sua superioridade a todos que com ele contratam (...).

Por último, Marques ressalta que existe um quinto tipo de vulnerabilidade, em função da importância da aparência, da comunicação e da informação na sociedade de consumo cada vez mais visual, rápida e de risco. O consumidor se caracteriza por ter um déficit informacional, decorrente da manipulação e do controle da informação, ou, muitas vezes, em decorrência de sua abundância, denominado de vulnerabilidade informativa. (MARQUES, 2011, p. 334).

Como o consumidor se caracteriza por possuir um déficit informacional, o Código de Defesa do Consumidor considera a informação um direito básico e que necessita ser protegido. (BRASIL, Senado Federal, Atualização do CDC, 2012, p. 105).

Na internet, a vulnerabilidade do consumidor se amplia, em função da presença do meio eletrônico, e porque a capacidade de controle do indivíduo fica diminuída, já que é guiado por *links* e conexões. Ademais, o consumidor recebe as informações que desejam lhe fornecer, tem poucas possibilidades de identificar simulações e de proteger sua privacidade.

Em matéria de novas tecnologias, a atualização do Código de Defesa do Consumidor, feita através do Projeto de Lei nº 281/2012, que foi aprovado no Senado Feral e remetido à Câmara dos Deputados em 04 de novembro de 2015 para revisão, nos termos do art. 65 da Constituição Federal. (BRASIL, Senado Federal. Tramitação do Projeto de Lei 281, de 2012, p.3).

O Projeto de Lei 281/2012, criou um marco legal para o comércio eletrônico e o comércio a distância no país: “objetiva reforçar as linhas de informação do CDC e

adaptá-las às novas necessidades, sem descuidar da proteção dos dados e da privacidade do consumidor”.

A ementa do Projeto de Lei nº 281/2012 sobre comércio eletrônico, expressa nitidamente os objetivos da Comissão de Juristas, ao trazer a seguinte explanação:

(...) estabelecendo que as normas e os negócios jurídicos devem ser interpretados e integrados da maneira mais favorável ao consumidor e dispor sobre normas gerais de proteção do consumidor no comércio eletrônico, visando a fortalecer a sua confiança e assegurar tutela efetiva, preservar a segurança nas transações, a proteção da autodeterminação e da privacidade dos dados pessoais; as normas aplicam-se às atividades desenvolvidas pelos fornecedores de produtos e serviços por meio eletrônico ou similar; estabelece que o consumidor pode desistir da contratação a distância, no prazo de sete dias a contar da aceitação da oferta ou do recebimento ou disponibilidade do produto ou serviço; dispõe que caso o consumidor exerça o direito de arrependimento, os contratos acessórios de crédito são automaticamente rescindidos, sem qualquer custo ao consumidor; tipifica como infração penal o ato de veicular, hospedar, exibir, licenciar, alienar, utilizar, compartilhar, doar ou de qualquer forma ceder ou transferir dados, informações ou identificadores pessoais, sem a expressa autorização de seu titular e consentimento informado, salvo exceções legais. (BRASIL, Senado Federal. PLS 281, de 03/08/2012. Altera a Lei 8.078, de 11.09.1990 (Código de Defesa do Consumidor), para aperfeiçoar as disposições gerais do Capítulo I do Título I e dispor sobre o comércio eletrônico. Explicação da ementa. Disponível em: [<http://senado.leg.br/web/atividade/materias/materia/106768>]. Acesso em: 01.09.2017.

O Projeto de Lei nº 281/2012 vem corroborar no aspecto da interpretação mais favorável ao consumidor e também com relação ao comércio eletrônico, ao acrescentar o artigo 3º-A ao Código de Defesa do Consumidor, com a seguinte redação: “As normas e os negócios jurídicos devem ser interpretados e integrados da maneira mais favorável ao consumidor”.

Refere-se a uma norma de abertura do microsistema do Código de Defesa do Consumidor, para que ele seja executado e interpretado em consonância com outras normas do ordenamento jurídico, inclusive a Lei 12.965/2014, com o objetivo de reforçar a dimensão ético-inclusiva do Código de Defesa do Consumidor e a proteção da vulnerabilidade do consumidor. (KLEE, 2014).

No que se refere ao direito à informação, todavia, as contratações através da internet apresentam uma característica de que não basta apenas exigir informações sobre o produto ou serviço, pois já é objeto encampado pelo artigo 31 do CDC. Torna-se imprescindível que se tenha ao alcance do consumidor os dados sobre o fornecedor. Haja vista, que a imaterialidade do meio de contratação e a circunstância de que se

coaduna o contrato à distância, expõe o consumidor a uma condição particular de vulnerabilidade, porque dificulta o acesso ao fornecedor para exercício de qualquer pretensão, seja reclamação por vícios ou o exercício do direito do arrependimento.

Nesse aspecto, se institui a necessidade de informações claras sobre o produto, serviço e do fornecedor, na contratação realizada através do comércio eletrônico, imposta pelo art. 1º e 2º do Decreto 7.962/2013 o impuserem. Também neste aspecto, o artigo 45-B, do PLS 281/2012, destaca que os fornecedores dos sítios e demais meios eletrônicos, devem disponibilizar, em local de destaque e de fácil visualização, o nome empresarial, o CPF ou CNPJ da empresa, endereço físico e eletrônico e demais informações necessárias para sua localização e contato.

O artigo 4º do Decreto 7.962/2013, no seu inciso V, obriga as empresas virtuais a criarem canais eletrônicos de atendimento ao consumidor para esclarecer os procedimentos a serem adotados, no que diz respeito a “dúvida, reclamação, suspensão ou cancelamento do contrato”, o que ocasionou um avanço irrefutável para o consumidor exercer seu direito de arrependimento.

A publicação do Decreto 7.962/2013, que dispõe sobre a contratação no comércio eletrônico, trouxe inegáveis avanços aos consumidores, principalmente no que se refere ao direito a informações claras e objetivas sobre a empresa, e sobre o produto que estão comprando.

2.7 O direito do arrependimento do consumidor nos contratos a distância e por meios eletrônicos

O Código de Defesa do Consumidor apresenta relevante regra relativa ao arrependimento e a desistência dos contratos de consumo realizados “fora do estabelecimento comercial”.

Fixa o artigo 49 da lei:

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

Antônio Herman V. Benjamin afirma que “estão abrangidas pelo dispositivo as vendas em que o vendedor se dirige a residência do consumidor ou ao seu local de trabalho, as contratações por telefone ou internet”. (BENJAMIN, 2010, p. 333).

No caso da contratação pela Internet, a razão para o direito de arrependimento é a impossibilidade de contato físico com o produto, sendo a aplicação do prazo de reflexão, a possibilidade do exercício desse direito, que serve para minimizar os efeitos da impessoalidade e satisfação incerta da contratação eletrônica.

Na ponderação feita por Guilherme Magalhaes Martins:

Na medida em que o consumidor, nessas condições possui menor possibilidade de avaliar o que está contratando, deve lhe ser assegurado o prazo de arrependimento, não só nos contratos em distância em geral – tais como venda porta em porta, por telefone, reembolso postal, por fax, vídeo texto, por prospectos etc – como também nos contratos via Internet, até mesmo pela disseminação de tais práticas, à margem de uma regulamentação, a partir destas novas técnicas, que permitem que o consumidor contrate sem sair de sua casa, muitas vezes com empresas e fornecedores de outros países. (MARTINS, 2010, p. 189).

O prazo para demonstração da desistência é de sete dias “a contar de sua assinatura ou do ato de recebimento do produto ou serviço”. Com relação às compras feitas pela Internet, a doutrina majoritária afirma que a contagem se inicia a partir do ato de recebimento do produto e não do dia da solicitação ou contratação.

Essa interpretação deve prestigiar a razão da norma: que é proteger o consumidor, até o recebimento físico do bem, pois antes disso, não tem como inspecionar adequadamente o produto. (BENJAMIN, 2010).

Consta no parágrafo único do artigo 49, que no caso de arrependimento, todos os gastos e despesas do consumidor, inclusive de transporte do bem, devem ser imediatamente restituídos. Portanto, com a interpretação mais favorável ao consumidor, e se tratando de contratação eletrônica, que em regra, não impõe assinatura de contrato, a contagem do prazo de arrependimento, se inicia da data do recebimento do produto ou serviço contratado.

O PLS 281/2012, trouxe uma nova redação para o artigo 49 do CDC^{caput}, e nos seus parágrafos § 2º ao 4º, como segue:

O consumidor pode desistir da contratação a distância no prazo de 7 dias a contar da data da aceitação da oferta, do recebimento ou da disponibilidade do produto ou serviço, o que ocorrer por último. § 2.º Por contrataçã a

distância entende-se aquela efetivada fora do estabelecimento, ou sem a presença física simultânea do consumidor e fornecedor, especialmente em domicílio, por telefone, reembolso postal, por meio eletrônico ou similar. § 3.º Equipara-se à modalidade de contratação prevista no § 2.º deste artigo aquela em que, embora realizada no estabelecimento, o consumidor não tenha tido a prévia oportunidade de conhecer o produto ou serviço, por não se encontrar em exposição ou pela impossibilidade ou dificuldade de acesso ao seu conteúdo. § 4.º a desistência formalizada dentro do prazo previsto no *caput* implica a devolução do produto, com todos os acessórios recebidos pelo consumidor e a nota fiscal.

O novo texto do artigo 49 do projeto de lei, reconhece de forma expressa a existência de contratos a distância, introduz a questão dos contratos acessórios e estabelece novas regras sobre a devolução em dobro do valor pago, caso o fornecedor de produtos ou serviços delongar para devolver o valor pago pelo consumidor que se arrependeu da contratação.

O valor também deverá ser devolvido em dobro, conforme §7º do artigo 49 do PLS 281/2012, no caso do fornecedor não comunicar imediatamente o arrependimento do consumidor à instituição financeira ou à administradora do cartão de crédito, para que a transação não seja lançada na fatura do consumidor, ou para que seja estornado o valor, caso a fatura já tenha sido emitida no momento da comunicação, ainda no § 6º, impõe que o crédito do respectivo valor seja lançado na fatura do consumidor, caso o preço já tenha sido total ou parcialmente pago.

A nova redação do artigo 45-E do PLS 281/2012, estabelece que na contratação por meio eletrônico ou similar, o fornecedor deve enviar ao consumidor: “II- confirmação imediata do recebimento da aceitação da oferta; IV- formulário, ou *link* para formulário, facilitado e específico para preenchimento pelo consumidor em caso de exercício do direito de arrependimento”. Ainda no seu parágrafo único, descreve que no caso da empresa não enviar a confirmação e formulário no prazo de 7 (sete) dias estabelecido no *caput* do artigo 49, deverá este ser ampliado por mais 14 (quatorze) dias.

A sugestão proposta no presente trabalho, inclui a ampliação do prazo de arrependimento do consumidor de sete para quatorze dias, seguindo a mesma normativa suscitada pela diretiva 2011/83 da União Europeia, de outubro de 2011, que estipula em quatorze dias o prazo de arrependimento, o que se pondera devido ao risco característico do meio eletrônico, especialmente a internet.

A diretiva Europeia 2011/83/UE, atualizou o direito europeu, no sentido de implementar uma harmonização das normas relativas ao comércio eletrônico, regulando

o direito a retratação dos contratos celebrados a distância e fora do estabelecimento comercial, não prejudicando que os Estados membros mantenham ou adotem regras nacionais. (UNIÃO EUROPEIA, Diretiva 2011/83/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, 2011).

A aplicação irrestrita do artigo 49 do CDC, se deve por causa da distância entre o fornecedor e consumidor, que notabiliza a vulnerabilidade do consumidor, também porque, ao não estarem presentes física e simultaneamente as partes envolvidas, o comprador não pode averiguar *in loco* a qualidade dos produtos, devendo se contentar com as imagens e nas explicações técnicas introduzidas no *site* pelo fornecedor. (MARQUES, p. 259, 2004).

Já para Santolim, compreende de maneira diferente a relação do déficit informacional do consumidor, no que tange ao direito de arrependimento nos contratos realizados através da internet e entendi que não é uma relação “fora do estabelecimento empresarial”, isto porque, existe a empresa na rede de computadores. O autor sustenta que o artigo 49 do CDC deva ser aplicado de forma restritiva aos contratos celebrados pela internet, ou seja, somente quando ficar comprovado a existência da carência de reflexão ou déficit de informação do consumidor. (SANTOLIM, p.93-94, 2004).

Opõe-se a posição defendida por Santolim, porque ele nega o direito de arrependimento do consumidor nos contratos realizados através da internet, firmada na questão do déficit informacional do consumidor e não no princípio da vulnerabilidade do consumidor, que é a parte mais frágil da relação de consumo. O artigo 4º inciso I, do CDC é claro em reconhecer a vulnerabilidade geral de todos os consumidores.

O direito de arrependimento não deve ser ignorado, independente se o comércio eletrônico emprega ou não, *marketing* agressivo, mesmo quando o site é configurado de maneira a estimular o internauta a realizar compras, por exemplo, utilizando-se dos chamados ícones e *banners* animados, com características chamativas ao consumo.

O Brasil deve acompanhar o modelo europeu, que estabelece um prazo maior aos consumidores, o que se pondera, devido ao alto grau de risco inerente ao meio eletrônico, especialmente a internet.

A lei n. 19.496, de proteção e de defesa do consumidor do Chile, estabelece no seu artigo 3º *bis*, o prazo de dez dias corridos para o exercício do direito de arrependimento dos contratos celebrados a distância.

Os contratos bancários realizados nos caixas eletrônicos, mesmo estando localizado dentro da agência bancária, são considerados contratos celebrados a distância e desta forma, aplicam-se os artigos dispostos na “seção VII do comércio eletrônico”, do PLS 281/2012, pois a vulnerabilidade do consumidor justifica a aplicação do CDC . (MARQUES, p. 158, 2012).

Dentro da esfera dos contratos a distância e por meios eletrônicos, vale resaltar, a classificação dos bens corpóreos e incorpóreos e sua definição, o que impacta diretamente sobre a aplicação do direito de arrependimento do consumidor, proposto pelo PLS 281/2012.

Os bens corpóreos, materiais ou tangíveis, são aqueles bens que possuem existência corpórea, podendo ser tocados, porque possuem estrutura física, esses bens podem ser objeto de contratos eletrônicos. Já os bens incorpóreos, imateriais ou intangíveis, são aqueles com existência abstrata ou ideal e que não podem ser tocados pela pessoa humana. Como exemplo, podem ser citados os direitos de autor, a propriedade industrial, os conteúdos digitais tais como músicas, os filmes, os programas de computador, jogos eletrônicos, etc. (COELHO, p. 242, 2012).

A Diretiva Europeia 2011/83/UE, admite algumas exceções ao direito de arrependimento do consumidor no seu artigo 49, no que diz respeito “tanto aos contratos à distância como aos contratos celebrados fora do estabelecimento comercial. O direito de retratação poderá não ser adequado, atendendo, por exemplo, à natureza de certos bens ou serviços”.(UNIÃO EUROPEIA, Diretiva 2011/83/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, 2011).

O que se defende, é que o direito de arrependimento não seja aplicado a todos os produtos e serviços oferecidos através dos meios eletrônicos, mas somente aos bens corpóreos, excluindo alguns incorpóreos, tais como *download* de programas, músicas, filmes, livros, jogos, etc.

O fundamento dessa determinação da aplicação do direito do arrependimento do consumidor a certos produtos na sociedade de consumo está no fato de que ele não poderá devolver o produto ou serviço ao fornecedor, no que se refere a bens incorpóreos, o que inviabiliza a aplicação do direito do arrependimento. (KLEE, p. 329, 2014).

Para não haver uma vulgarização do direito do arrependimento na sociedade de consumo, através da contratação eletrônica realizada pela internet e a distância, sugere-se que se aplique a norma apenas aos produtos e serviços materiais e corpóreos.

No que se refere aos contratos de prestação de serviços efetuados a distância e por meios eletrônicos, similares aos contratos acordados fora do estabelecimento empresarial e em domicílio, nos quais não existe a possibilidade das partes retornarem ao *status quo ante*, como por exemplo, a manutenção de computadores e programas. Não se deve aplicar a regra do direito de arrependimento a favor do consumidor, pois estaria este, se beneficiando de forma oportunista do direito do arrependimento.

O PLS 175/2015 também estabelece a mudança do artigo 49 do CDC, sendo:

O consumidor poderá desistir do contrato, no prazo de sete dias a contar de sua assinatura ou do ato de recebimento do produto ou serviço, sempre que a contratação de fornecimento de produto e serviço não for aferível ou testável satisfatoriamente no estabelecimento comercial. § 2º O prazo disposto no caput será sempre garantido ao consumidor que efetivar a compra fora do estabelecimento comercial, especialmente por telefone, internet ou domicílio, vedada qualquer exigência quanto a inviolabilidade do produto.

A alteração proposta no artigo 49 do PLS 175/2015, mantém a mesma linha defendida pelo PLS 281/2012, contudo, proíbe o fornecedor de fazer qualquer exigência relacionada a inviolabilidade do produto. Esse acréscimo poderia ser feito no § 4.º do mesmo artigo do PLS 281/2012, que ficaria com a seguinte redação:

§ 4.º A desistência formalizada dentro do prazo previsto no *caput* implica a devolução do produto, com todos os acessórios recebidos pelo consumidor e a nota fiscal, vedada qualquer exigência quanto a inviolabilidade do produto.

Outra alteração que se sugere no novo artigo 49 do CDC, com base na redação do artigo 49 do PLS 281/2012, para ampliar o prazo de reflexão do consumidor de sete para quatorze dias, e impor exceções ao direito de arrependimento do consumidor,

limitando os bens incórporeos. Nesta proposição o caput do artigo 49 do PLS 281/2012, é a seguinte:

Art. 49. O consumidor pode desistir da contratação a distância, no prazo de 14 (quatorze) dias a contar da aceitação da oferta, do recebimento ou da disponibilidade do produto ou serviço o que ocorrer por último.

Propõe-se também um novo artigo 49-B do CDC no PLS 281/2012, sendo:

Art. 49-B Salvo acordo em contrário, e desde que seja dada prévia ciência ao consumidor, o artigo 49 não se aplica nas seguintes hipóteses:

I – prestação de serviços através de acesso remoto e a distância, após terem sido estes integralmente prestados, caso a execução tenha iniciado com o expresso consentimento do consumidor;

II – fabricação de produtos personalizados ou remodelados de acordo com especificações explícitas do consumidor;

III – fornecimento de conteúdos digitais, tais como arquivos digitais, de gravações de áudio, vídeo, texto e músicas, independente da maneira que se fizer o acesso a eles, desde que sejam realizados de maneira eletrônica, com expresso consentimento do consumidor.

Vale resaltar que o inciso III do artigo 49-B, proposto neste trabalho, se inspirou no artigo 19 da Diretiva Europeia de 2011/83/UE, que descreve:

Os conteúdos digitais são dados produzidos e fornecidos em formato digital, como programas e aplicações de computador, jogos, música, vídeos ou textos, independentemente de o acesso aos mesmos se fazer por descarregamento ou *streaming*, a partir de um suporte material ou por qualquer outro meio. Os contratos de fornecimento de conteúdos digitais deverão enquadrar-se no âmbito de aplicação da presente diretiva. (UNIÃO EUROPEIA, Diretiva 2011/83/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, 2011).

Assim sendo, devem ser reconhecidos bens incorpóreos os contratos de fornecimento de conteúdos digitais e de prestação de serviços digitais, conforme descreve a Diretiva Europeia em questão, esses produtos não estão sujeitos ao direito do arrendamento.

As novas propostas apresentadas para compor o Código de Defesa do Consumidor, lei 8.078/1990, através do PLS 281/2012, objetiva aperfeiçoar a proteção ao direito do consumidor, que é a parte mais vulnerável na relação de consumo.

No entanto, é necessário analisar com prudência a que produtos e serviços o direito de arrependimento do consumidor deva ser aplicado, a despeito de, a contratação a distância, fora do estabelecimento empresarial e por meio eletrônico, o que acarretaria uma banalização do dispositivo, e os fornecedores deixem de respeitá-lo, alegando que o consumidor esta exorbitando do seu direito.

A atualização da lei 8.078/1990, do Código de Defesa do Consumidor, faz se necessário através de projetos de lei que visem a inclusão de dispositivos específicos sobre o comércio eletrônico, como é o caso do PLS 281/2012, enfatizando a proteção dos direitos do consumidor nos contratos realizados a distância, visando a modernização, e fazer frente as necessidades da sociedade globalizada e massificada, adequando-se à novas realidades políticas, econômicas, sociais e jurídicas do Brasil.

2.8O contrato padrão proposto pela UNCITRAL

Em 1996 foi criada pela Comissão do Direito do Comércio Internacional da ONU (UNCITRAL) a lei modelo sobre o comércio eletrônico, com propósito de uniformização das regras sobre o assunto nas varias legislações nacionais. A lei modelo exerceu forte influência na regulação da matéria em diversos Estados, provendo especificações dos deveres de conduta concernentes à boa-fé objetiva, em matéria de transações efetivadas por meio eletrônico.

No que concerne aos objetivos da lei UNCITRAL, Arnaldo Alvares Garcia Júnior destaca:

A finalidade da Lei Modelo é a de oferecer ao legislador nacional um conjunto de regras aceitáveis no âmbito internacional que lhe permitam eliminar alguns desses obstáculos jurídicos com vistas a criar um marco jurídico que permita um desenvolvimento mais seguro das vias eletrônicas de negociação designadas pelo nome de "comércio eletrônico". (GARCIA JÚNIOR, 2001, p. 185).

O autor compreende que as diretrizes da referida lei, contribuem para os avanços legislativos, propondo soluções para transpor os obstáculos jurídicos que envolvem o comércio eletrônico.

Quanto à interpretação, a Lei Modelo estabelece em seu artigo 3º, que “deverá ser levada em consideração a uniformidade em sua aplicação, bem como a boa-fé”, nesta particularidade, assemelha-se a legislação brasileira. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, Lei Modelo, 1997, p. 3).

No seu artigo 2º, define-se a mensagem eletrônica, como “a informação gerada, enviada, recebida ou arquivada eletronicamente, por meio óptico ou por meios similares incluindo, entre outros, intercâmbio eletrônico de dados”. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, Lei Modelo, 1997, p. 3).

Em relação a provedor ou “intermediário”, sistematiza que “com respeito a uma mensagem eletrônica particular, é a pessoa que em nome de outrem envie, receba ou armazene esta mensagem eletrônica ou preste outros serviços com relação a esta mensagem”. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, Lei Modelo, 1997, p. 3).

De acordo com o conceito estabelecido na seção III da Lei 12.965//14 do Marco Civil da Internet, que trata sobre a “Responsabilidade por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros”, nota-se que o intermediário não faz parte da relação jurídica que decorre do contrato eletrônico, da mesma forma que dispõe o artigo 2º da lei modelo.

Os artigos 5º e 5º bis da Lei Modelo, tratam dos requisitos legais referentes às mensagens de dados, sendo que:

Não se negarão efeitos jurídicos, validade, ou eficácia à informação pela simples razão de que não esteja contida na própria mensagem de dados destinada a gerar tais efeitos jurídicos, mas que a ela meramente se faça remissão naquela mensagem de dados. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, Lei Modelo, 1997, p. 3. Disponível em: <<http://www.lawinter.com/1uncitrallawinter.htm>> Acesso em: 08/03/2018).

Já o artigo 9º da lei modelo institui que “toda informação apresentada sob a forma de mensagem eletrônica gozará da devida força probante”, dessa forma, as mensagens eletrônicas, poderão ser utilizadas como prova, em procedimentos judiciais, administrativos e arbitrais. Sempre levando em consideração a maneira pela qual foi gerada, contanto que, o meio de conservação seja confiável, a sua integridade, e a forma pela qual suceda a identificação do remetente e envolva algum outro fator relevante.

O artigo 10º trata da conservação das mensagens de dados, pois quando a lei requerer determinados documentos para apreciação posterior, estas informações sejam conservadas no formato no qual tenham sido criadas, enviadas ou recebidas, ou dentro de um formato que se possa demonstrar a sua confiabilidade. Tal como, foi estabelecido

na seção II do Marco Civil da Internet, que trata da “Da Proteção aos Registros, aos Dados Pessoais e às Comunicações Privadas”.

Dentro do contexto da lei modelo, destaca-se o artigo 11º, que vai ao encontro da presente pesquisa, no que se refere à forma e validade dos contratos criados na esfera eletrônica. Dispõe que:

Salvo disposição em contrário das partes, na formação de um contrato, a oferta e sua aceitação podem ser expressas por mensagens eletrônicas. Não se negará validade ou eficácia a um contrato pela simples razão de que se utilizaram mensagens eletrônicas para a sua formação. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, Lei Modelo, 1997, p. 4. Disponível em: <<http://www.lawinter.com/1uncitrallawinter.htm>> Acesso em: 08/03/2018).

Neste artigo a Lei Modelo determina no âmbito da formação de um contrato que, serão válidas e eficazes, tanto a declaração de vontade, como qualquer outra declaração, a oferta, e sua aceitação, emitidas por mensagens eletrônicas.

A lei UNCITRAL não serve para nortear todas as circunstâncias que envolvem o comércio eletrônico, dessa forma trata-se de uma lei provida de irrefutável flexibilidade.

Mas a denominada lei modelo não foi suficiente e, na esfera prática, o que ocorreu foi que cada país adotou a sua própria regulamentação, no caso do Brasil ocorreu através do Marco Civil da Internet.

2.9 Responsabilidade Civil na relação de consumo

Entende-se por responsabilidade civil a circunstância de alguém ter de ressarcir algum prejuízo causado a outrem. (FILOMENO, 2007, p. 146).

Está disposto no artigo 927 do Código Civil, que diz: “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”. De acordo com Carlos Roberto Gonçalves:

A Responsabilidade Civil tem, pois, como um de seus pressupostos, a violação do dever jurídico e o dano. Há um dever jurídico originário, cuja violação gera um dever jurídico sucessivo ou secundário, que é o de indenizar o prejuízo. (GONÇALVES, 2014, p. 24).

Para Sergio Cavalieri Filho, a responsabilidade civil estabelecida no Código de Defesa do Consumidor é objetiva, fundada no dever de segurança do fornecedor em relação aos produtos e serviços lançados no mercado de consumo. (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 17).

Com efeito, dispõe o artigo 12 do CDC:

O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência da culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como os que derivam de informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

Posição essa também acolhida pelo art. 14, relativo à prestação de serviço.

Sendo suprimida a ideia de culpa como pressuposto da responsabilidade civil na relação de consumo, para Guilherme Magalhães Martins, “É mister a adoção de um limite, de tal modo que o fornecedor não venha a responder pela simples colocação em circulação do produto, fazendo-se necessária também a incidência de um defeito”. (MARTINS, 2008, p. 107).

Em seu § 1º do artigo 12 do CDC, define o que se deva entender por produto defeituoso:

O produto é defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:

I - sua apresentação;

II - o uso e os riscos que razoavelmente dele se esperam;

III - a época em que foi colocado em circulação.

O parâmetro da responsabilidade do fornecedor, nesses moldes localiza-se na teoria da qualidade, como assevera Cláudia Lima Marques:

A teoria da qualidade, a qual deve ser observada na prestação dos produtos e serviços, como verdadeiro dever que, uma vez descumprido, dará azo a efeitos contratuais (o inadimplemento obrigacional ou o ônus de suportar os efeitos da garantia por vício) e extracontratuais (a obrigação de substituir o bem viciado, mesmo que não haja vínculo contratual, bem como de reparar os danos causados pelo produto ou serviço defeituoso). (MARQUES, 2004, p. 579).

Como consta explicitamente no artigo 927 do Código Civil o dever de indenizar, fundado no conceito objetivo do parágrafo único, confirma a doutrina do risco criado ao afirmar que, de forma independente da culpa e dos casos especificados em lei, há obrigação de reparar o dano, quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano, por sua natureza, implica risco para os direitos de outrem. (BREVIGLIERI, 2014).

Portanto, várias são as situações nas quais é dispensado o elemento culpa, a saber, no abuso de direito do artigo 927 e 187 do Código Civil, na atividade de risco por

fato do serviço, (artigo 927 § único), pelo fato do produto, (artigo 931), por fato de outrem, (artigos 932 e 933), pelo fato da coisa, (artigos 936 a 938), bem como também está presente em várias legislações especiais. (BREVIGLIERI, 2014).

A responsabilidade nasce não só do exercício anormal do direito, mas também da liberdade e do desempenho normal da atividade econômica, isto é, quando traz consequências desfavoráveis para o consumidor.

A oferta vinculada por meio eletrônico de consumo na internet é comumente vinculada ao pagamento antecipado, normalmente feita através do cartão de crédito, o que acarreta certa insegurança para o consumidor, por eventualmente ocorrerem débitos não autorizados, quer pelo risco da interceptação de transmissões, inclusive no tocante ao número do cartão.

O provedor ao qual o usuário está conectado é o local responsável pelo processamento de todo correio eletrônico e das páginas eletrônicas. Toda página carregada ou transmitida é também *cached*, ou seja, armazenada temporariamente dentro do sistema. (MARTINS, 2008, p. 112).

A partir desta situação que o administrador do provedor, ou qualquer pessoa com acesso ao servidor, pode ler o conteúdo dessas páginas, copiar, alterar ou mesmo excluir qualquer informação desejada.

Consoante entendimento de Gustavo Testa Corrêa:

Pelo fato de não existir regulamentação específica, em termos desses serviços no Brasil, a não ser vários projetos de lei (...), qualquer pessoa responsável por um provedor de acesso tem condições de utilizar tais informações para fins ilícitos. É correto afirmar que tanto os provedores que transmitem quanto os que recebem informações têm acesso aos dados de cartão de crédito e podem utilizá-los legalmente. Porém os provedores não são os únicos capazes de interceptar tais informações; qualquer pessoa que tenha as ferramentas e o conhecimento apropriado para tanto também pode. (CORRÊA, 2002, p. 52).

O perigo da interceptação dos dados ocorre não apenas no momento da transmissão dos dados pela Internet, mas também por ocasião da sua manipulação, ou seja, quando decodificados pelos funcionários das empresas responsáveis pelo processamento dos pedidos de produtos. Tais riscos somam-se aqueles ocasionados pela ação dos *crackers*, decorrente de invasão de sistemas computacionais, apropriando-se de informações sigilosas, conforme visto anteriormente.

Por consequência, deverá o fornecedor de produtos e serviços, independente da culpa, na forma dos artigos 12 e 14 do Código de Defesa do Consumidor, responder pelos danos causados aos consumidores lesados.

De acordo com a professora Etiene Maria Bosco Breviglieri:

Ao propor na Lei 8.078/90 que, na cadeia de fornecimento todos os agentes são igualmente responsáveis pelos danos causados ao consumidor, independentemente da culpa, está o legislador, com os artigos 12 e 14 do Código de Defesa do Consumidor, tornando a responsabilidade objetiva sua regra e não exceção, tal como ocorre no Código Civil de 2002. (BREVIGLIERI, 2014, p. 27).

Não se pode deixar de destacar a questão dos vícios e os defeitos, que apresentam regimes jurídicos diversos. Nos vícios, a responsabilidade do fornecedor de produtos e serviços é mais restrita: substituição do produto, refazimento do serviço, rescisão do contrato, abatimento no preço, perdas e danos. Nos defeitos, a responsabilidade é mais abrangente, pois há obrigação de se reparar a totalidade dos danos patrimoniais e extrapatrimoniais suportados pelo consumidor. (MARQUES, 2004).

Entretanto, se um único fato em que o produto ou serviço se mostre ao mesmo tempo viciado e inseguro, admite-se a aplicação de ambas as sistemáticas, consagra o entendimento doutrinário.

2.10 Os acidentes de consumo

Os defeitos juridicamente relevantes, segundo artigo 12 do Código de Defesa do Consumidor, “são aqueles oriundos do projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento dos produtos, assim como os derivam de informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos”.

No que tange o fato do produto, Sergio Cavalieri Filho, descreve “o acidente de consumo materializa-se na repercussão externa do defeito do produto, atingindo a incolumidade físico-psíquica do consumidor e o seu patrimônio” (FILHO CAVALIERI, 2010, p. 183).

Para Guilherme Magalhães Martins:

Os defeitos característicos do fato do produto podem ser subdivididos em três categorias menores, de acordo com a fase do iter produtivo em que se originam ou têm sua causa: defeitos de criação (projeto e fórmula), defeitos

de produção (fabricação, construção, montagem, manipulação, acondicionamento) e defeitos de informação (publicidade, apresentação, informação insuficiente ou inadequada). (MARTINS, 2008, p. 122).

Lembra Cláudia Lima Marques:

Que há problemas inerentes a contratação eletrônica de consumo e problemas presentes em todos os tipos de comércio, mas que se potencializam com a contratação a distância, ou seja, a insegurança quanto à pessoa do outro contratante, a rapidez da troca de informações e a própria fluidez do meio digital. (MARQUES, 2004, p. 282).

O defeito de criação pode ocorrer na fase inicial do projeto e construção de um *site* e comprometer inteiramente o seu funcionamento, se o evento danoso ocorrer posteriormente e afetar parcialmente o sistema em torno da página *web* que integram o *site*, no que tange a segurança, entender-se-á como um defeito de produção.

Ao passo que, os defeitos de criação e de produção se referem ao produto em sua materialidade, os defeitos de informação relacionam-se à forma de sua colocação no mercado, a partir da falta, insuficiência ou inadequação de advertências, dados e instruções sobre o seu uso e perigos conexos. (MARTINS, 2008).

A contratação eletrônica pode ser impactada em diversas etapas através da digitalização, que pode afetar o produto ou serviço comercializado, o processo de formação do contrato ou o próprio agente de entrega.

O acidente de consumo ainda pode decorrer do resultado do defeito do serviço e sua repercussão junto aos consumidores, observada basicamente a mesma sistemática da responsabilidade pelo fato do produto, salvo as peculiaridades contempladas pelo art. 14 da Lei 8.078/90.

Nas palavras de Guilherme Magalhães Martins consiste:

Independentemente da apuração de culpa, responsabilizam-se todos os fornecedores de serviço, mediatos ou imediatos, de forma solidária, pelos danos causados aos consumidores a partir de defeito na prestação do serviço ou de incompletude nas informações acerca da segurança na sua execução e fruição. (MARTINS, 2008, p. 133).

Assim também reitera Sergio Cavalieri Filho, “que o fornecedor responde objetivamente pelos danos causados por defeitos dos serviços, e que o serviço é defeituoso quando não oferece a segurança legitimamente esperada”. (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 177).

Na forma do artigo 14, § 1º, III, o serviço é considerado defeituoso se, “à época de seu fornecimento, foi prestado com um padrão de apuração, quanto à segurança, inferior às técnicas usuais”.

No entanto, a qualidade do serviço prestado de forma pior ou melhor ajustado por opção do consumidor, por si só, não torna o serviço defeituoso, a não ser que o mesmo esteja abaixo do padrão de segurança legitimamente esperado.

O Código de Defesa do Consumidor prevê de forma taxativa, os pressupostos de responsabilidade do fabricante, produto construtor ou importador, ao prescrever, no artigo 12 § 3º, aquelas hipóteses denominadas causas de excludentes, quando provar:

- I – que não colocou o produto no mercado;
- II- que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexistente;
- III- a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

Segundo Carlos Roberto Gonçalves:

Com relação ao ônus da prova, e de ressaltar que, em linhas gerais, a alteração da sistemática da responsabilização, prescindindo do elemento da culpa e adotando a teoria objetiva, não desobriga o lesado da prova do dano e do nexo de causalidade entre o produto ou serviço e o dano. Em relação aos elementos, entretanto, o juiz pode inverter o ônus da prova quando “for verossímil a alegação” ou quando o fornecedor for “hipossuficiente”, sempre de acordo com “as regras ordinárias de experiência”, artigo 6º, inciso VIII do CDC. (GONÇALVES, 2014, p. 295).

Resulta, por isso, o alerta de que a inversão do ônus da prova não é postulado aplicável a todas as situações jurídicas derivadas do consumo de bens ou serviços, pois supõe o juízo de verossimilhança as alegações do consumidor, segundo as regras da experiência. (GRINOVER, p. 204, 2011).

Mas provados o dano e o nexo causal com relação ao produto ou serviço, ou dispensado o consumidor desta prova, cabe ao fornecedor provar as excludentes para eximir-se da responsabilidade, caso contrário, terá que arcar com a reparação.

A culpa exclusiva é inconfundível com a culpa concorrente, para Alda Pellegrini Grinover:

No primeiro caso, desaparece a relação de causalidade entre o defeito do produto e o evento danoso, dissolvendo-se a própria relação de responsabilidade; no segundo, a responsabilidade se atenua em razão da concorrência de culpa, e os aplicadores da norma costumam condenar o

agente causador do dano a reparar pela metade o prejuízo, cabendo à vítima arcar com a outra metade. (GRINOVER, 2011, p. 205).

Na hipótese do comportamento do consumidor, sendo ele o único que der causa ao acidente de consumo, não há que se falar em nexo de causalidade entre a atividade do fabricante, do produtor, do construtor ou do importador e o fato danoso. Porém, se houver concorrência entre o comportamento da vítima e um defeito existente no produto, a excludente não mais se aplica. (BENJAMIN, p. 154, 2010).

A doutrina tem sustentado de forma majoritária, o entendimento de que a culpa exclusiva é a única excludente de responsabilidade, assim como o Código de Defesa do Consumidor.

Sendo assim, a concorrência de culpa, permanece a responsabilidade integral do fabricante, bem como os demais fornecedores arrolados no *caput*, pela reparação dos danos. (GRINOVER, 2011).

No entendimento de Carlos Roberto Gonçalves:

A excludente da força maior não foi inserida no rol das excludentes da responsabilidade do fornecedor, mesmo assim vem sendo adotada pela jurisprudência, pois o fato inevitável rompe o nexo de causalidade, especialmente quando não guarda nenhuma relação com a atividade de fornecedor, não se podendo, destarte, falar em defeito do produto ou do serviço. (GONÇALVES, 2014, p. 296).

A conduta de um consumidor que navega na internet sem um programa antivírus ou mesmo com o respectivo *software* desatualizado ou age displicente em face das técnicas de engenharia social, indicado à obtenção de senhas com base na fragilidade dos usuários, é plausível de configurar sua culpa exclusiva ou concorrente, conforme atue ou não de forma decisiva na produção do nexo causal. (MARTINS, 2008).

Por consequência, a navegação em *sites* pornográficos, principalmente quando feita sem o uso do antivírus e *firewalls*, pode-se evidenciar a culpa exclusiva ou concorrente do consumidor, segundo as seguintes ementas:

CERCEAMENTO DE DEFESA Inocorrência Substrato fático do litígio incontroverso ante os fatos elementos de convencimento apresentados pela prova pericial, não controvertidos especificamente Prova oral que se revela desnecessária ao equacionamento do litígio. RESPONSABILIDADE CIVIL PRESTAÇÃO DE SERVIÇO BANCÁRIO Operações fraudulentas realizadas por terceiro via internet mediante captação de dados das autoras "Cavalo de Tróia" - Laudo pericial a demonstrar a falibilidade do sistema de

segurança da instituição financeira ré, a par de reconhecer a atuação de "vírus" no computador das autoras Relação de consumo Responsabilidade objetiva da instituição financeira quanto à segurança de serviços disponibilizados ao consumidor Inteligência do art. 14 do CDC Falha na prestação do serviço reconhecida Excludentes do § 3º do art. 14 do CDC não configuradas Aplicação do entendimento cristalizado na súmula 472 do E. STJ Reconhecimento, não obstante, da culpa concorrente das autoras, por inobservância dos cuidados mínimos na tutela da segurança das operações digitais Análise da questão sob o enfoque dos deveres anexos que da boa-fé objetiva defluem, particularmente, os deveres de proteção e colaboração na consecução do escopo contratual - Dano material correspondente ao montante indevidamente debitado da conta corrente e não restituído, a ser proporcionalmente rateado entre as partes Inteligência do art. 945 do CC - Dano moral não caracterizado Hipótese a não encerrar violação da honra objetiva das autoras. Recurso parcialmente provido.
(TJ-SP - APL: 92670312220088260000 SP 9267031-22.2008.8.26.0000, Relator: Airton Pinheiro de Castro, Data de Julgamento: 28/04/2015, 15ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 01/05/2015).

A decisão leva em conta a excludente de responsabilidade do paragrafo 3º do artigo 14 do CDC, quanto a Responsabilidade Objetiva da instituição financeira, reconhecendo assim, a culpa concorrente das autoras, devido à inobservância dos cuidados mínimos na tutela da segurança das operações digitais, conforme preceitua o artigo 945 do Código Civil.

Apelação. Declaratória de inexistência de débito. Telefonia, Serviço não prestado. Cobrança. Inscrição no Serasa. Internet. Conexão a provedor internacional. Vírus. A ligação telefônica internacional para a ilha Salomão, que ocasionou o alto valor cobrado na fatura emitida pela ré, decorreu de discagem internacional provocada por vírus instalado na máquina do autor. Quem navega na rede internacional (WEB) deve, necessariamente, utilizar um programa antivírus para evitar tais acontecimentos. Negligência do autor. Inexistência de ato ilícito atribuível à Embratel.
(TJRS, 9ª Câm. Cível 70011140902, relator Desembargador. Luís Augusto Coelho Braga, j. 26.10. 2005).

Embora, serem conhecidas as ações de *hackers* nas operações eletrônicas, agindo como efetivos piratas das redes de computadores. A decisão evidencia a inobservância dos cuidados básicos de segurança por parte do autor, ao não utilizar um programa antivírus em seu computador. Fato este, que caracteriza excludente de ilicitude da empresa Embratel e displicência do autor.

Ação declaratória Nulidade de débitos. Acesso a site. Discador de outro país. Ligação Internacionais. Legalidade de Cobrança. Demonstrada a utilização de serviços de internet e o acesso ao site estrangeiro de conteúdo pornográfico, é devida a cobrança dos débitos referentes às ligações internacionais atinente (sic) ao uso de discador de origem estrangeira.
(TJMG, 15ª Câmara Cível 1.0433.03.072057-0/001).

O reconhecimento da culpa concorrente do consumidor é um tema muito controverso na doutrina, Sérgio Cavalieri Filho, defende uma posição intermediária:

A culpa concorrente somente pode ser aceita em hipóteses excepcionais, quando não ocorra a preponderância do defeito do produto ou serviço. Todavia, entende o autor que é inócuo para a produção do resultado, o fato da vítima não pode minorar a responsabilidade do fornecedor. (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 74).

Em sede da relação de consumo, “tal dispositivo pode ser subsidiariamente aplicado, no que couber e no que não contrariar o CDC em suas normas e princípios”. (MARQUES; BENJAMIN; MIRAGEM, 2010, p. 239).

Outra excludente a ser considerada, mesmo com a omissão do legislador no CDC, é o caso fortuito e força maior, que estão descritas no artigo 393 do Código Civil, como excludentes de responsabilidade na ordem civil.

Mas segundo Ada Pellegrini Grinover:

A doutrina mais atualizada já faz menção desses acontecimentos ditados por forças físicas da natureza ou que, de qualquer forma, escapam ao controle do homem – tanto podem ocorrer antes como depois da introdução do produto no mercado de consumo. (GRINOVER, 2011, p. 206).

Como observado pela doutrinadora, o caso fortuito ou força maior, só poderá ser levado em consideração após a introdução do produto no mercado de consumo, apesar do Código de Defesa do consumidor não elencá-lo, também não os nega.

Assim, Antônio Herman V. Benjamin entende “Logo, quer me parecer que o sistema tradicional, neste ponto, não foi afastado, mantendo-se, então, a capacidade do caso fortuito e da força maior para impedir o dever de indenizar”. (BENJAMIN, 2010, p. 155).

O que ocorre é que o Código de Defesa do Consumidor, ao dar continuidade de forma harmoniosa à normatização do princípio da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo, preferiu que o produtor suportasse toda carga econômica decorrente do defeito.

2.11 O risco do desenvolvimento

Dentro dos limites propostos no inciso III, do artigo 12 do Código de Defesa do Consumidor, para se compreender se o produto é ou não defeituoso, há que se levar em consideração “a época em que foi colocado em circulação”, o que provoca grande discussão relativa à adoção ou não da teoria do risco do desenvolvimento como excludente de responsabilidade.

Consiste o risco do desenvolvimento para Antônio Herman V. Benjamin, “Como sendo aquele risco que não pode ser cientificamente conhecido ao momento do lançamento do produto no mercado, vindo a ser descoberto somente após um certo período de uso do produto e do serviço”. (BENJAMIN, 2010, p. 154).

Já James J. Marins de Souza considera que:

Os riscos do desenvolvimento na possibilidade de um produto ser introduzido no mercado sem possuir defeito cognoscível, ainda que exaustivamente testado, ante o grau de conhecimento científico disponível à época de sua introdução, ocorrendo, todavia, que, posteriormente, decorrido determinado período do início de sua circulação no mercado de consumo, venha a se detectar defeito, somente identificável ante a evolução dos meios técnicos e científicos, capaz de causar danos aos consumidores. (SOUZA, 1993, p. 125).

A importância da excludente de responsabilidade, no que se refere a este trabalho, consiste sobretudo a comercialização de produtos e serviços relacionados à segurança das relações contratuais celebradas por meio eletrônico na internet, tais como programas antivírus, filtros anti-*spam* e *firewalls*, no que se refere aos dois primeiros, especialmente se houver específica obrigação contratual assumida pelo provedor no tocante a sua prestação, conforme será abordado anteriormente.

A doutrina nacional se divide quanto ao risco do desenvolvimento como defeito do produto, sendo a primeira corrente defendida por Antônio V. Herman Benjamin:

A Lei 8.078/90 **não incluiu o risco de desenvolvimento entre os excludentes de responsabilidade**, o que se deve basicamente a dois fatores: além de incorrer na reintrodução dos elementos indesejáveis do sistema baseado na culpa, sua admissão como tal implicaria permitir que bens de consumo inseguros sejam comercializados para que, só após, venham os consumidores a ser alertados para seus riscos. (BENJAMIN, 2010, p. 28).

No mesmo sentido, defende Sérgio Cavalieri filho, “Direito que os riscos do desenvolvimento devem ser enquadrados como fortuito interno, risco empresarial integrante da responsabilidade do fornecedor, não exonerando a responsabilidade deste”. (CAVALIERI FILHO; DIREITO, 2004, p. 194).

Já a segunda corrente, considera o risco do desenvolvimento como excludente de responsabilidade, mesmo com a omissão no dispositivo legal exposto.

Essa corrente é defendida por Guilherme Magalhães Martins, “no caso da internet, a rápida mutação e evolução das tecnologias é um fator decisivo para a

exclusão da responsabilidade do fornecedor, desde que sua periculosidade se revele de verificação objetivamente impossível”. (MARTINS, 2008, p. 169).

Propõe o professor Gustavo Tepedino no mesmo sentido:

O artigo 6º, I, do artigo 10 e do art. 12, § 1º, do CDC, concluindo ser lícito ao fornecedor inserir no mercado de consumo produtos que não saiba- nem deveria saber – resultarem perigosos, diante do grau de desenvolvimento científico à época de sua introdução no mercado, standard esse que serve, ao mesmo tempo, como limite para a expectativa de segurança do consumidor. (TEPEDINO, 1998, p. 66).

Outra defensora da aceitabilidade do risco do desenvolvimento como excludente de responsabilidade na Internet, é respaldado por Liliana Minardi Paesani:

O conceito de risco liga-se ao dano, não de qualquer dano, mas de dano certo e atual. Como enquadrar os danos certos e atuais de uma rede eletrônica pelo simples fato de se saber que ela pode ser alvo de ataques de vírus que, uma vez inoculados, são propagados para produzir resultados em data futura e são a consequência direta dos novos artifícios e da vulnerabilidade que os *hackers* e *crackers* invariavelmente vem a descobrir? Seriam certos e atuais? Nenhuma resposta é exaustiva e o mais ponderado é considera a atualização em face do estado tecnológico do mercado o momento. (PAESANI, 2000, p. 85).

Também partidário da segunda corrente, James J. Marins de Souza afirma que “Não ser possível dizer que o risco do desenvolvimento implique defeito de criação, produção ou informação, enquadramento esse indispensável para ensejar a responsabilidade do fornecedor”. (SOUZA, 1993, p. 135).

Vale salientar, que a ausência de responsabilidade em caso de desenvolvimento não se confunde com aquela apresentada pelo artigo 12, § 2º, do CDC, que diz “o produto não é considerado defeituoso pelo fato de outro de melhor qualidade ter sido colocado no mercado”. (GRINOVER, 2011).

Os riscos do desenvolvimento são componentes da teoria do risco proveito, nos quais o risco traz vantagens àquele que cria em desfavor de outrem, caso de um benefício patrimonial. Essa teoria é adotada pelo código consumerista, que consagra a responsabilidade objetiva dos fornecedores de produtos e prestadores de serviços diante dos consumidores. Não cabendo, portanto, excludente de riscos do desenvolvimento, no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil. (TARTUCE, p. 533, 2016).

O Código Civil no seu artigo 931 estabelece que, “ressalvados outros casos previstos em lei especial, os empresários individuais e as empresas respondem

independentemente de culpa pelos danos causados pelos produtos postos em circulação”. Desse modo, compreende-se que a responsabilidade civil pelo fato do produto, prevista no artigo citado, engloba o risco do desenvolvimento, não necessitando ser descrito de forma expressa no CDC.

Assim, se o Código consumerista adota-se a presunção mencionada no § 2º, ainda que relativa, seria condenar ao arcaísmo nosso parque industrial, pois estaria vedando todos os avanços tecnológicos, de que um país precisa para se desenvolver de forma saudável.

A adoção do risco do desenvolvimento como excludente de responsabilidade não se sustenta, caso contrário, colocaria os fornecedores em condição privilegiada frente aos consumidores que são considerados a parte mais vulnerável na relação de consumo.

CAPÍTULO III - RESPONSABILIDADE CIVIL DO PROVEDOR DE INTERNET

3.1 Conceito e espécies de provedores. Provedor de conexão, aplicação, *backbone*, conteúdo e de pesquisa.

O conceito de provedor de serviços de Internet segundo Marcel Leonardi, “é a pessoa natural ou jurídica que fornece serviços relacionados ao funcionamento da internet, ou por meio dela”. (LEONARDI, 2005, p. 21).

No Brasil, a maioria dos provedores de serviços de internet, funciona como provedores de informação, conteúdo, hospedagem, conexão e correio eletrônico. Isto é, os provedores de serviços de informação normalmente oferecem outros tipos de serviços, tais como: hospedagem de sites de negócio, blog ou site pessoal, correio eletrônico e servidor virtual para fins específicos, etc. (LEONARDI, 2005).

O Marco Civil da Internet estabelece por meio de suas cláusulas normativas, uma série de deveres que recaem, essencialmente, sobre os provedores de serviços de internet. Sem prejuízo de outras definições praticáveis, estes podem ser agrupados em duas categorias essenciais: os provedores de conexão a internet e os provedores de aplicações. No artigo 5º da Lei 12.965/14 traz a seguinte definição:

- a) **Provedores de conexão a internet:** são aqueles que permitem “a habilitação de um terminal para o envio de recebimento de pacotes de dados pela internet, mediante a atribuição ou autenticação de um endereço de IP [Internet Protocol]”;
- b) **Provedores de aplicações:** são aqueles que oferecem um “conjunto de funcionalidades que podem ser acessadas por meio de um terminal conectado a internet”. (MARCO CIVIL DA INTERNET, 2014, p. 2).

a) Provedor de Conexão:

O provedor de conexão obterá da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (Fapesp), que coordena o registro de domínio no Brasil, um conjunto de endereços IP a serem posteriormente atribuídos a cada usuário cadastrado, registrando então a conexão.

Conforme Marcel Leonardi, “Essas empresas dispõem de uma conexão a um provedor de *backbone* ou operam sua própria infraestrutura para a prestação direta do

serviço, atuando como varejistas da conectividade à Internet”. (LEONARDI, 2005, p. 23).

A portaria do Ministério das Telecomunicações n. 148/95, no seu item d, define o provedor de conexão como sendo “Prestador de Serviço de Conexão à Internet (PCSI), entidade que presta o serviço de conexão à Internet”.

Desse modo, Erica Brandini Bargalo também define o provedor de conexão como sendo:

Um intermediário entre o equipamento do usuário e a Internet, de forma análoga às telefonistas da primeira metade do século XX. No âmbito de suas atividades, este provedor responde pela qualidade dos serviços de conexão, assim entendidos como disponibilidade, velocidade da conexão e segurança. (BARGALO, 2001, p. 344-345 e 351).

Em conformidade com o posicionamento já firmado pela jurisprudência, o Marco Civil da Internet isenta o provedor de conexão a internet de responsabilidade civil por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros, em seu artigo 18, assim redigido: “O provedor de conexão a internet não será responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros”.

É importante frisar, ainda que pareça claro, que o disposto no artigo 18 trata exclusivamente da responsabilidade dos provedores de conexão por atos de terceiros, sendo os mesmos responsáveis pelos danos que vierem a causar por atos próprios, de acordo com o posicionamento pacificado na jurisprudência brasileira. Entre os casos de responsabilidade de provedores de conexão estão aqueles envolvendo danos causados a seus próprios usuários, como a falta de prestação de serviços nas condições contratadas e em desacordo com a legislação vigente.

Em virtude da grande expansão dos serviços de acesso à Internet, através de provedores conectados às empresas de comunicação de todo o planeta, faz-se necessário um contrato de consumo de grande duração, cuja responsabilidade pode abranger o fornecedor em diferentes situações. (MARTINS, 2008).

Diante disso, Guilherme Magalhães Martins discorre:

No contrato de consumo de longa duração, a prestação de serviços, que normalmente inclui: o acesso aos *sites* da rede; a manutenção de uma caixa postal eletrônica ou de páginas pessoais; a transferência de arquivos (por meio das funções *downloads* e *upload* de textos, imagens, utilitários etc.) e os

serviços de informação ou comunicação em tempo real, no chamado “bate papo *on line*” *chat*, que permitem um diálogo, simultâneo entre vários usuários ligados a servidores do mesmo tipo. (MARTINS, 2008, p. 280).

As cláusulas incorporadas às condições gerais de tais contratos incluem, por exemplo, os recursos disponíveis, as tarefas a serem realizadas, a regras concernentes à intimidade, às obrigações das partes incluídas com relação à segurança, por parte do provedor, além de determinadas restrições acerca das informações que podem ser difundidas por meio da rede.

Segundo entendimento de Miguel Asensio:

Incluem-se dentre as atribuições do provedor, uma licença normalmente não exclusiva, intransmissível e limitada ao mesmo tempo de vigência do contrato de acesso – de uso dos programas de computador por aquele subministrado na prestação de seus serviços, bem como os compromissos assumidos pelo prestador acerca da finalidade e condições da conexão, abrangendo fatores como sua velocidade, assim como a responsabilidade do prestador de serviços em caso de perda da informação armazenada ou transmitida. (MIGUEL ASENSIO, 2001, p. 61).

Tais cláusulas atribuem ao provedor o poder de atuar em caso de violação do contrato, e punir os que descumprirem os termos básicos de utilização da internet e de seus serviços, permitindo, por exemplo, o fim da conexão, no caso de infração grave. (MARTINS, 2008).

b) Provedor de Aplicação:

Já em relação ao provedor de aplicações de internet, o Marco Civil da Internet considera como regra geral, que este somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar o material indisponível no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço, dentro do prazo estabelecido no artigo 19.

Dessa forma, não será defeso, o argumento de que o provedor de aplicações responde objetivamente, caso não realizasse a remoção após o recebimento de notificação extrajudicial, pois só poderá se tornar civilmente responsável pelos danos decorrentes de conteúdo gerado pelos usuários, após ordem judicial.

A responsabilidade civil do provedor de aplicações, independentemente de ordem judicial, somente esta prevista em relação aos danos decorrentes da divulgação não autorizada de conteúdo que consista em imagens, vídeos ou outros materiais

contendocenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado. Se, após notificado extrajudicialmentepelo participante ou seu representante legal, não tomar esse material indisponível no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço, o provedor passara a sersubsidiariamente responsável. (LEITE e LEMOS, 2014).

De acordo com o caput do artigo 19 e seu paragrafo 1º, e parágrafo único do artigo 21:

O provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário. § 1 do artigo 19: A ordem judicial de que trata o caput deverá conter, sob pena de nulidade, identificação clara e específica do conteúdo apontado como infringente, que permita a localização inequívoca do material. Parágrafo único do artigo 21: A notificação prevista no **caput** deverá conter, sob pena de nulidade, elementos que permitam a identificação específica do material apontado como violador da intimidade do participante e a verificação da legitimidade para apresentação do pedido. (MARCO CIVIL, 2014, p. 3).

As normas descritas pelo Marco Civil da Internet, não serão aplicadas emrelação à responsabilidade dos provedores por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros, conforme previsto nos artigos 19, § 2º e 31, “quantoàs infrações a direitos de autor e conexos, que continuarão regidas pela legislação autoral”.

O Marco Civil da Internet impõe aos provedores de aplicações - conceito que engloba, nos termos da definição prevista no artigo 5º, inciso VII, o conjunto de funcionalidades que podem ser acessadas por meio de um terminal conectado a internet e abrange, portanto, provedores de correio eletrônico, de hospedagem e de conteúdo.

Com a facilitação de acesso aos recursos tecnológicos tem se tornado frequente o oferecimento de serviços de hospedagem de páginas gratuitamente, por vezes como parte integrante de outro serviço. Daí o crescimento que se percebe de páginas pessoais na Internet. (BARGALO, 2001).

O serviço de hospedagem muitas vezes aparece associado ao projeto e desenvolvimento de sites, onde se destaca dentre as obrigações contratuais, a escrita da linguagem e programação e o projeto de manutenção e funcionamento ajustado ao *site*.

Apesar do provedor de conexão ofertar os serviços de correio eletrônico, essas prestações não se confundem com hospedagem, porque os usuários tem a sua disposição

um sistema de correio eletrônico, que possibilita a troca de mensagem sendo reservado, uma “caixa postal” em um computador denominado servidor de *e-mail*.

O provedor, mantém a responsabilidade da prestação do serviço de execução continuada, e responde pelos deveres e garantias expressas no contrato de prestação de serviços.

Na hipótese de invasão também pode ocasionar a responsabilidade pelo provedor de hospedagem, em caso de falha na prestação do serviço, caso os dados armazenados sejam perdidos, apagados, alterados ou infectados por vírus de computador ou ainda nas hipóteses de dificuldade de acesso livre às informações disponibilizadas aos seus usuários. (MARTINS, 2005).

No mesmo sentido, afirma Marcel Leonardi:

O provedor de hospedagem responde pelos danos causados ao usuário em razão da má prestação dos serviços, tais como nas hipóteses de problemas técnicos que impossibilitem, exemplificativamente, o acesso ao *web site* ou a determinada informação, ou, ainda, que permitam o acesso livre a certas informações restritas a usuários pagantes. Da mesma forma, o provedor de hospedagem também responde pelos danos causados se, em razão de falhas em seus equipamentos informáticos ou defeito no sistema de segurança adotado contra invasões do servidor por terceiros não autorizados, os dados armazenados forem perdidos, apagados, alterados ou infectados por vírus de computador. (LEONARDI, 2005, p. 111).

Do mesmo modo, a ocorrência de acidentes de consumo decorrentes de vírus informáticos ou demais espécies de *malware* (códigos maliciosos), causadores de frequentes danos aos consumidores assinantes, cuja transmissão se dá por qualquer programa ou código obtido por meio da Internet.

Deve o provedor utilizar sistemas de proteção idôneos para defender o usuário, além de aconselha-lo no sentido do emprego de programas antivírus em relação aos materiais carregados na rede, o que integra o espectro do dever de informar acerca da segurança e riscos da prestação, cabendo-lhe, portanto, manter uma equipe técnica capaz de evitar o mal, além de desfazer e neutralizar seus efeitos danosos, mediante o uso de tecnologia atualizada. (MARTINS, 2005, p. 312).

Dentro do escopo do art. 12, § 1º, do Código de Defesa do Consumidor, se os equipamentos de hardwares e softwares, utilizados pelo provedor de serviços forem obsoletos ou desatualizados, a tal ponto de estarem abaixo do padrão mínimo utilizado

no país por outras empresas que prestam o mesmo serviço, os seus sistemas não fornecerão a segurança que o consumidor deles poderia esperar.

Entende Marcel Leonardi que:

Quando não for possível deduzir, da experiência comum, se determinado provedor de serviços atenda ou não aos padrões mínimos estabelecidos pelo estado da técnica no momento da prestação dos serviços, a questão deverá ser dirimida por especialistas do setor, mediante verificação pericial. (LEONARDI, 2005, p. 81).

O provedor, portanto, deve se precaver utilizando-se de recursos técnicos proficientes, como criptografias assimétricas ou de firewalls, de maneira a proteger o consumidor de uma possível invasão ou contaminação de e-mails por programas maliciosos (*malwares* ou *trojans*).

Defende o professor Carlos Roberto Gonçalves que, “no caso do provedor de acesso, a contaminação do equipamento de seu cliente acarreta defeito do serviço, pois o consumidor confia que a tecnologia empregada pelo prestador de serviço pode evitar o ataque ao seu computador”. (GONÇALVES, 2014, p. 119).

No entanto, pode ocorrer a culpa presumida do consumidor, a quem incumbe o dever de cuidado, no que se refere a utilização do antivírus em sua versão mais atualizada, além de práticas que impossibilitem a propagação de vírus, como por exemplo não abrir *e-mails* suspeitos de trazer vírus ocultos, sob pena de minorar o dever de reparação do artigo 945 do Código Civil.

Os provedores costumam cobrar valores adicionais em decorrência da contratação de serviços adicionais de segurança, nas quais se incluem os programas antivírus, *firewalls* ou bloqueadores de *spam*.

Quando se trata de relação de consumo, a atividade que integra os serviços de provedor, independentemente de cláusula contratual, está obrigado a manter cópias de segurança do conteúdo de seus servidores pelo prazo de seis meses, tendo em vista os riscos que razoavelmente se esperam da atividade, conforme expresso no *caput* do artigo 15 da lei 12.965/2014 denominada Novo Marco Civil da Internet, que ainda no seu § 2º dispõe:

A autoridade policial ou administrativa ou o Ministério Público poderão requerer cautelarmente a qualquer provedor de aplicações de internet que os registros de acesso a aplicações de internet sejam guardados, inclusive por

prazo superior ao previsto no *caput*, observado o disposto nos §§ 3º e 4º do art. 13.

Para Marcel Leonardi, “a preservação de tais informações técnicas e cadastrais é dever de todo provedor de serviços de Internet, pois representa a única forma de identificar e localizar os usuários responsáveis por atos ilícitos”. (LEONARDI, 2005, p. 83).

O provedor de conexão ou de aplicação poderá ser exonerado da responsabilidade, se provar que o defeito deveu-se à deficiência do serviço da rede de energia elétrica ou da rede telefônica, tratando-se de fato de terceiro, ou de outra forma ficar demonstrado que a interrupção foi causada por uma descarga elétrica na rede, não havendo como responsabilizar qualquer dos fornecedores, pelo caso fortuito.

Nesse sentido, Marcel Leonardi ensina que:

Dessa forma, apenas quando puder demonstrar que a má prestação dos serviços se deu exclusivamente em razão de uma das exceções mencionadas no § 3º, do art. 14, do Código de Defesa do Consumidor (ou seja, culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro não-fornecedor de componente incorporado ao serviço ou, ainda, em razão de força maior), é que o provedor de acesso à Internet não será responsabilizado pelos danos causados ao usuário. (LEONARDI, 2005, p. 107).

No tocante a violação do provedor de correio eletrônico, entende-se que o mesmo, responde pelos danos causados na hipótese de violação da conta de e-mail, acesso indevido às mensagens ou envio de mensagens por terceiros, em nome do usuário contratante dos serviços, sem que tenha havido verificação prévia do seu nome e senha de acesso.

Os pressupostos de responsabilidade civil por acidentes de consumo previstas no Código de Defesa do Consumidor, aplicam-se plenamente de forma objetiva aos provedores de conexão a Internet, Informação, hospedagem, e de correio eletrônico.

c)Provedor Backbone:

De acordo com Marcel Leonardi:

O provedor de *backbone*, ou “espinha dorsal”, representa o nível máximo de hierarquia em uma rede de computadores, consistindo nas estruturas físicas pelas quais trafega a quase totalidade dos dados transmitidos através da internet, e é usualmente composto de múltiplos cabos de fibra ótica de alta velocidade. (LEONARDI, 2005, p. 21).

O provedor *backbone*, dessa forma, oferece conectividade, vendendo acesso à infraestrutura a outras empresas, que por sua vez, repassam conexão ao usuário final, ou simplesmente se utiliza da rede para fins institucionais internos. O usuário final que utiliza a Internet por meio de um provedor de conexão, dificilmente manterá alguma relação negocial com o servidor de *backbone*.

Há um entendimento jurisprudencial diferente com relação ao provedor *backbone*.

EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. ANVISA. AUTUAÇÃO DE PROVEDOR DE HOSPEDAGEM. VEICULAÇÃO DE PUBLICIDADE E COMERCIALIZAÇÃO DE MEDICAMENTOS PROIBIDOS. MULTA POR INFRAÇÃO À LEGISLAÇÃO SANITÁRIA. AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDADE DO PROVEDOR POR CONTEÚDO ALHEIO. - Hipótese na qual a embargante atua como provedor de hospedagem, mais especificamente na área de registro de nomes de domínio, ou seja, não se podendo dizer que concorreu para a confecção da informação objeto de autuação pela ANVISA, ou seja, para a geração do conteúdo indevido disponibilizado ao usuário por meio de fórum de discussão em sítio na internet. - A responsabilidade por infração representada pela divulgação de conteúdo ilícito na WEB não pode ser imputada a toda e qualquer entidade que, de alguma forma, tenha integrado a cadeia que viabilizou a conduta. A se entender dessa forma, seriam responsáveis solidários não somente o provedor de hospedagem, mas toda a cadeia formada no processo: provedor de conteúdo > provedor de hospedagem > provedor de acesso à internet > provedor de *backbone*, transformando-se a série causal em uma cadeia sem fim, nos moldes da superada teoria da equivalência dos antecedentes causais. (TRF-4 - AC: 50547409220154047000 PR 5054740-92.2015.404.7000, Relator: RICARDO TEIXEIRA DO VALLE PEREIRA, Data de Julgamento: 11/10/2016, TERCEIRA TURMA)

O provedor de infraestrutura, *backbone* não têm qualquer relação com os usuários finais, que utilizam a Internet por intermédio de outras empresas de serviços de Internet ou intermediários: os provedores de conteúdo, acesso ou de hospedagem.

O provedor *backbone* não é parte passiva para figurar em demanda objetivando a identificação e localização de usuário de provedor de acesso ou conteúdo na Internet, em razão de não possuir tais informações, tende em vista que apenas repassa conectividade a prestadora de serviços. (LEONARDI, 2007).

A jurisprudência não deixa dúvida quanto a diferença entre o provedor *backbone* ou infraestrutura, em relação ao provedor de acesso ou conteúdo que são as empresas fornecedoras de serviços que possibilitam a conexão dos usuários à Internet.

Portanto, o provedor *backbone*, como concessionário de serviços de telecomunicações, não presta serviços de conexão direta com usuários da Internet, não perfazendo relação de consumo.

O artigo 2º, inciso V, do Marco Civil da Internet, trata da condição fundamental para desenvolvimento da internet no Brasil, importam no oferecimento de serviços de conectividade, em paridade de condições, para os provedores de conexão.

Logo, para Martins, existe relação de consumo entre os provedores de *backbone*, e os provedores de conexão e hospedagem, pois estes revendem a conectividade a terceiros, estes sim consumidores, que funcionam como destinatários finais do serviço. Desse modo, o serviço de *backbone*, é adquirido para revenda ou aplicação direta ou indireta, na atividade empresarial daqueles fornecedores. (MARTINS, 2008).

Portanto, no caso de falhas na prestação dos serviços, seja nos seus equipamentos ou em programas informáticos, o provedor *backbone* responderá pelos danos causados aos provedores de serviços que usam a sua infraestrutura, na forma do artigo 931 do Código Civil.

d) Provedores de conteúdo e de informação:

Os provedores de conteúdo e de informação compreendem as pessoas naturais e jurídicas que figuram como intermediários entre o editor do conteúdo de um site, considerado precipuamente como meio de comunicação audiovisual e o internauta que acessa as publicações ali veiculadas. (LEONARDI, 2005).

Para Vasconcelos a principal função dos provedores de conteúdo e de informação é:

Manter ou organizar informações, *on line* para acesso oneroso ou gratuito por meio da Internet, tratando-se, pois, do sujeito que fornece o material a ser difundido na rede, nada impedindo que funcione como intermediário de contratos eletrônicos celebrados via Internet, mediante uma oferta ao público, colocando produtos ou serviços à disposição dos consumidores. (VASCONCELOS, 2004, p. 68).

Assim sendo, o provedor de conteúdo pode ou não ser o próprio provedor de informação, conforme seja ou não o autor daquilo que disponibiliza. (LEONARDI, 2005).

No caso de responsabilidade civil decorrente de conteúdo disponibilizado na internet é necessário estabelecer uma distinção prévia entre provedores de conteúdo e provedores de informação. Ainda que usualmente sejam apresentados como sinônimos, Provedor de informação é aquele que, por meios próprios, cria ou gera as informações, sendo estas armazenadas por um provedor de conteúdo - ou de hospedagem - que oferece ao primeiro a plataforma tecnológica necessária para a divulgação das referidas informações na Internet. Reconhecendo a possibilidade dos provedores oferecerem diversos serviços aos seus usuários nada impede que um provedor de conteúdo possa ser também o próprio provedor das informações que são disponibilizadas desde seus serviços. (LEITE e LEMOS, 2014).

A portaria 148/95 do Ministério das Telecomunicações, em seu anexo – norma 4/95 sobre uso de meios da rede pública de telecomunicações para acesso à Internet, n. 3 definições, itens “e” e “g”, define o provedor de conteúdo como sendo:

Usuário de Serviço de Conexão à Internet: nome genérico que designa Usuários e Provedores de Serviços de Informações que utilizam o Serviço de Conexão à Internet. Provedor de Serviço de Informações: entidade que possui informações de interesse e as dispõem na Internet, por intermédio do Serviço de Conexão à Internet. Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br/legislacao/normas-do-mc/78-portaria-148>> Acesso em: 19/09/2017.

Nas situações em que o provedor de informação, produzir seu próprio conteúdo, estará amparado pelas liberdades de expressão, de pensamento e de imprensa, constitucionalmente garantidas sendo protegidos contra censura prévia (art. 52, IV e IX da CF/88). Diante disto, observados eventuais abusos decorrentes da tensão entre as posições jusfundamentais decorrentes da liberdade de expressão e imprensa, de um lado, e os direitos da personalidade (dignidade, honra, privacidade, intimidade e direito de imagem) doutro, os provedores de informação, assim como as tradicionais empresas de comunicação de massa, podem e devem ser responsabilizados por eventuais danos morais, materiais e a imagem que possam decorrer de conteúdo abusivo. (LEITE e LEMOS, 2014).

Do mesmo modo, aplica-se aos provedores de conteúdo que exerçam controle editorial precedente a divulgação de informações geradas por terceiros. Ocorrendo esta instância previa na qual o provedor decide sobre a conveniência e oportunidade de divulgar o conteúdo gerado por terceiro, tornar-se-á solidariamente responsável com o autor. Nesse caso, portanto, não se trata de responsabilidade por conteúdo gerado por

terceiro, mas, com acerto, de corresponsabilidade na publicação de conteúdo infringente. (LEITE e LEMOS, 2014).

Não havendo controle editorial prévio, o provedor de conteúdo irá se submeter a o conteúdo normativo do Marco Civil da Internet, que trata da responsabilidade civil decorrente de conteúdo gerado por terceiro.

e) Provedor de Pesquisa:

O provedor de Pesquisa ou (Busca), pode ser definido como um complexo conjunto de programas que possibilitam a realização de busca de páginas e conteúdos na internet permitindo ao usuário destes mecanismos, em regra, através do oferecimento de palavras-chaves ou *tags*, encontrar seu objeto de interesse na imensidão de dados que somente se amplia no ciberespaço. (LEITE e LEMOS, 2014).

Os provedores de pesquisa não foram atingidos pelas regras do artigo 19 do Marco Civil, prevalece o entendimento do STJ, no sentido de:

Os provedores de pesquisa realizam suas buscas dentro de um universo virtual, cujo acesso é público e irrestrito, ou seja, seu papel se restringe à identificação de páginas na web onde determinado dado ou informação, ainda que ilícito, estão sendo livremente veiculados. Dessa forma, ainda que seus mecanismos de busca facilitem o acesso e a consequente divulgação de páginas cujo conteúdo seja potencialmente ilegal, fato é que essas páginas são públicas e compõem a rede mundial de computadores e, por isso, aparecem no resultado dos sites de pesquisa. Não se pode, sob o pretexto de dificultar a propagação de conteúdo ilícito ou ofensivo na web, reprimir o direito da coletividade à informação. Sopesados os direitos envolvidos e o risco potencial de violação de cada um deles, o fiel da balança deve pender para a garantia da liberdade de informação assegurada pelo art. 220, § 1º, da CF/88, sobretudo considerando que a Internet representa, hoje, importante veículo de comunicação social de massa. (REsp 1407271/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 21/11/2013, DJe 29/11/2013).

O resultado da busca realizada por usuário de provedor de pesquisa não se constitui em conteúdo gerado por terceiro, pois não teria ingerência sobre o que é disponibilizado em sítios eletrônicos de terceiros, não existindo nexos de causalidade entre a conduta e o possível dano sofrido. Diante disso, não pode ser considerado, portanto, conteúdo gerado por terceiros.

A listagem de endereços eletrônicos gerada pelo provedor de pesquisa, o resultado da pesquisa somente oferece indicação da existência e localização de conteúdos indexados que podem ser encontrados na internet.

A ordem judicial de que trata o artigo 19 do Marco Civil, decorre da elucidação do dever do provedor de tornar indisponível o conteúdo infringente, a obrigação de

bloqueio ou exclusão, cabe ao provedor de hospedagem ou de outra aplicação, que abrigue o conteúdo infringente desde os serviços oferecidos aos seus usuários. Dentro do limite de atuação de um provedor de pesquisa, o que poderia ser realizado, seria deixar de informar a localização do conteúdo que, apesar disso, continuaria disponível na rede mundial de computadores.

Mesmo sendo tecnicamente possível excluir do resultado da pesquisa virtual expressões ou links específicos, a medida se mostra legalmente impossível - por ameaçar o direito constitucional à informação - e ineficaz - pois, ainda que removido o resultado da pesquisa para determinadas expressões ou links, o conteúdo poderá circular na internet com outros títulos e denominações. (LEITE e LEMOS, 2014).

Ainda cabe ressaltar o aspecto relevante desempenhado pelos provedores de pesquisana internet, não poderiam eles ser instados a subverter o mecanismo de indexação e endereçamento de páginas alheias, sob pena de se interferir indevidamente em interesses legítimos, de natureza coletiva, como o acesso a informação, assegurada pelo art. 220, § 1º, da CF/88.

3.2 Definição dos responsáveis. Solidariedade passiva. A posição do provedor e do certificador *Linking e framing*

Para Antônio Herman V. Benjamin:

O chamamento subsidiário do comerciante não exclui a responsabilidade civil dos outros obrigados (o fabricante, o produtor, o construtor e o importador). Isso porque a sua inclusão vem mais como medida para favorecer o consumidor e não como forma para aliviar o dever de reparar dos outros responsáveis. Por isso mesmo a sua responsabilização é solidária, dando, dessa forma, melhor proteção ao consumidor. (BENJAMIN, 2010, p. 159).

De fato, o teor do artigo 13 do CDC não deixa dúvidas “O comerciante é igualmente responsável, nos termos do artigo anterior”, “igualmente responsável”, traduz-se responsável solidariamente, segundo Código de Defesa do Consumidor, comentado pelos autores do anteprojeto Ada Pellegrini Grinover:

A responsabilidade do comerciante, nos acidentes de consumo, é meramente subsidiária, pois os obrigados principais são aqueles elencados no art. 12. Vimos que além da responsabilidade subsidiária regulado pelo presente artigo, o comerciante pode ser responsabilizado como terceiro quando ficar demonstra a exclusividade da sua culpa no evento danoso, nos termos do inc. III. Como é intuitivo, o ônus da prova de culpa exclusiva do comerciante é dos fornecedores elencados naquele dispositivo. (GRINOVER, 2011, p. 208).

Uma das características relevantes na relação de consumo no meio eletrônico na Internet trata-se da pluralidade de sujeito envolvidos ou agentes econômicos que exercem a função de intermediários, aos quais, são desconhecidos do consumidor, conforme pondera Cláudia Lima Marques:

Cabendo-lhes, entre outras funções, (...) facilitar ou possibilitar o acesso a internet, a permanência da oferta ou publicidade no site, a segurança da linha, a certificação da autoria ou origem da mensagem, o arquivo de dados sensíveis etc. (MARQUES, 2004, p. 74-75).

Dentre os fornecedores, deve-se dar ênfase à figura do Provedor. Porém deve-se distinguir provedor de serviço de conexão à Internet de provedor de aplicações, o primeiro oferece o acesso ao usuário e o segundo de acordo com o artigo 5º inciso VII do Marco Civil, compreende provedores de correio eletrônico, de hospedagem e de conteúdo, entre diversos outros.

Ricardo Lorenzetti faz ainda distinção quando se refere ao provedor ou fornecedor de conteúdo e hospedagem, e trata a questão contratual desde o acesso:

Ao tratar da responsabilidade desses prestadores de serviço, de informações, em primeiro lugar, o consumidor contrata o provedor de acesso à rede; em segundo, aquele que fornece informação e organiza o conteúdo; por último, contrata o fornecedor direto do bem a ser adquirido. Como exemplo o acesso poderia ser prestado pela Telefônica (*Speedy*), o provedor de informações seria o UOL (portanto, um portal que agruparia vários *sites* e serviços de informação); e o fornecedor direto seria de um *site* de hospedagem no portal, por exemplo, Americanas.com, com que o consumidor contrata a compra do produto. (LORENZETTI, 2004, p. 443).

O provedor de aplicação que realiza a venda de seus produtos e serviços por meio do próprio *web site* caracteriza-se como fornecedor, para fins do art. 3º do Código de Defesa do Consumidor.

O artigo 19 do Marco Civil dispõe que o provedor de aplicações de Internet, em geral, que este somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tornar o material indisponível no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço, dentro do prazo assinalado. (LEITE e LEMOS, 2014).

Os provedores de conexão e de correio eletrônico contratados pelo consumidor, que responsabilizam-se apenas pelos defeitos oriundos da respectiva prestação, não fazendo parte da cadeia de fornecedores dos produtos e serviços ofertados pela Internet.

Do mesmo modo, o certificador atua no contrato eletrônico de consumo apenas para atestar a autenticidade e segurança das informações inerentes ao negócio, concedendo-lhe uma maior confiabilidade, concernindo-lhe refutar pelos defeitos oriundos da sua atividade específica.

No entanto, na relação que se estabelece entre o portal e o site de venda, assevera Guilherme Magalhães Martins:

Pode ocorrer que o responsável pelo portal esteja em posição de solidariedade com o *site* de venda, uma vez que se caracterize seu interesse econômico (ainda que indireto), no êxito deste empreendimento. Quem organiza o portal seleciona os *sites* que o integram, com o objetivo de torná-lo mais qualificado perante o consumidor, colocando-se, assim, como integrante da cadeia de fornecimento. O mesmo não se dá no tocante ao prestador de serviços que hospeda o portal, cuja atividade não é seletiva, mas apenas funciona como requisito técnico indispensável ao acesso à rede. Aqui, eventual responsabilidade, só poderá ser por atividade própria, como ocorre, por exemplo, se não adotar providências para retirada do portal da rede ante evidências ou elementos de que há dano ou risco de dano aos consumidores pela atividade por ele desenvolvida. (MARTINS, 2008, p. 137).

Já o provedor de conexão a Internet, não pode ser comparado a comerciante porque não participa da rede de todas as relações de consumo, pois ninguém pode participar de danos que nem remotamente provocou.

O Marco Civil da Internet, em seu artigo 18, isentou o provedor de conexão a internet de Responsabilidade Civil por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros, ou seja, do material que seus usuários criam e divulgam na internet. Justifica-se a previsão pelo fato de não ter, o provedor de conexão a Internet, controle ou ingerência sobre o conteúdo criado e divulgado pelos seus usuários. (LEITE e LEMOS, 2014).

Especialmente em relação ao provedor, merece ser elucidada, nas hipóteses de *linking e framing*, a aplicação do preceito do artigo 13 do Código de Defesa do Consumidor, que estabelece a responsabilidade solidária do comerciante, quando não for possível a identificação do fabricante, construtor, produtor ou importador (incisos I e II).

A definição de *links*, segundo Graham J. H. Smith podem ser internos e externos:

Os internos conduzem o material sitiado no mesmo site, os externos possibilitam acesso a material localizado em qualquer outro *site* da internet. Logo, um site pode ser criado de modo a ter como único conteúdo os *links*

externos, parecendo superficialmente ao internauta idêntico ao *site* efetivamente pretendido. A atividade baseia-se no uso dos hipertextos, permitindo-se ao usuário saltar de uma página à outra, seja no mesmo *site*, seja em outro, de modo a navegar nos mares da internet. (SMITH, 1997, p. 88).

Dentre as modalidades de *links*, devemos destacar a *deep linking*, que segundo Emilio Tosi:

Permite entrar no *site* de um terceiro ofertante, de modo a visualizar somente uma parte do conteúdo deste, sem ter de passar pelas suas páginas iniciais. O *deep linking* transfere o usuário diretamente para uma dada página, colocada no interior de outro site, sem passar pela *home page* que identifica o titular desde último. Desta forma, torna-se bem mais simples e rápida a localização das informações pretendidas pelo usuário. (TOSI, 1999, p. 270).

Para afastar a responsabilidade do fornecedor, no caso do *deep linking*, Guilherme Magalhães Martins afirma, “impõe-se um aviso de que não há nenhum tipo de ligação entre este e o ofertante da informação e do produto, de modo a possibilitar que o usuário perceba que foi enviado para um outro *site*”. (MARTINS, 2008, p. 144).

Que a prática do *deep linking* permite entrar no *site* de um terceiro linkado e visualiza só uma parte de seu *site*, sem ter que passar pelas páginas iniciais, logo, sem identificação, ficando uma aparência de domínio de informação do *site*, que permite uma série de abusos perante a consumidores de boa-fé, o aviso tutela o direito básico do consumidor à informação, observados no art. 13, I, II e III do Código de Defesa do Consumidor. (MARQUES, 2004, p. 183).

Um outro problema, é a utilização de *framing* que representa uma potencial fonte de danos, podendo ser enquadrado como responsabilidade solidária pelo comerciante, assim como acontece nos *links*, que permitem que uma página na rede mundial de computadores se abra no interior da outra.

Demócrito Reinaldo Filho define o conceito de *frames* como sendo:

Tipos especiais de *hiperlinks*, por meio dos quais o conteúdo da página linkada (*linked page*) fica embutido na página em que é feito o link (*linked page*). As técnicas de *framing* consistem na superposição de partes de um site em outro, de uma maneira tal que não se tenha ciência da verdadeira origem das imagens, textos e sons constantes da parte superposta. Através dela, o conteúdo associado é mostrado dentro de uma moldura (*frame*) no *site* que contém o *link*, dando a impressão de que se trata de conteúdo próprio. O conteúdo da página associada fica embutido na página em que é feito o *link*, numa situação em que a conexão com o outro *site* não é visível ou perceptível para o visitante da página. Ao clicar no *link*, o internauta não percebe que está importando o conteúdo do servidor do *site* associado, pois o conteúdo linkado aparece sob o mesmo nome do domínio (do *site* em que é feito o *link*). (REINALDO FILHO, 2005, p. 272).

Nesse caso, o consumidor pode ser induzido a erro conforme Cláudia Lima Marques, “como os dois fornecedores aparecem no mesmo *site*, com aparência de afiliação, a ação pode até ser contra o fornecedor mais famoso”. (CONFIANÇA, p. 182).

É o que ocorre, por exemplo, com as marcas famosas que tem o *hyperlink* contra a sua vontade, constituindo uma violação de concorrência, e do direito de marca e personalidade.

3.3 A responsabilidade subjetiva dos provedores

A lei 12.965/14, somente considera que os provedores poderiam ser responsabilizados caso não cumprissem a ordem judicial para a retirada do conteúdo considerado ofensivo ou ilícito, pois o provedor não responde pela simples exibição do conteúdo, mas somente por uma ação ativa ou passiva de não remoção do material controverso.

O Superior Tribunal de Justiça defendido a tese da responsabilidade subjetiva dos provedores, uma vez que, quando informado de um conteúdo considerado ilícito, através de uma notificação judicial da vítima, não faz a remoção do conteúdo.

3. Aos provedores de aplicação, utiliza-se a tese da responsabilidade subjetiva, segundo a qual o provedor de aplicação torna-se responsável solidariamente com aquele que gerou o conteúdo ofensivo se, ao tomar conhecimento da lesão que determinada informação causa, não tomar as providências necessárias para a sua remoção. Precedentes. (STJ - REsp: 1471164 MG 2014/0185241-4, Relator: Ministro LÁZARO GUIMARÃES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 5ª REGIÃO), Data de Publicação: DJ 02/03/2018).

Neste e em outros casos, considera-se o fato do provedor se omite em responder a notificação judicial da vítima e mesmo quando ao responder, declara que “não há motivos para que seja retirada do ar a matéria discutida”.

Observa-se que nesses casos, o STJ compreende não só como sendo subjetiva a responsabilidade, mas também solidária com o autor do dano.

O STJ refuta a possibilidade de se criarem critérios que facultariam o veto ou descarte de determinado conteúdo na Internet, por parte dos provedores:

Há de se considerar a inviabilidade de se definirem critérios que autorizariam o veto ou o descarte de determinada página. Ante a subjetividade que cerca o dano psicológico e/ou a imagem, seria impossível delimitar parâmetros de

que pudessem se valer os provedores para definir se um conteúdo é potencialmente ofensivo. Por outro lado, seria temerário delegar esse juízo de discricionariedade aos provedores. STJ, REsp 1316921/RJ, rei. Min. Nancy Andrighi, j. em 26.6.2012.

Pelo fato de não haver critérios específicos na seara jurídica, do que pode ou não causar dano, ficando restrita ao campo da subjetividade quando se trata de responsabilidade civil dos provedores, não existe racionalidade em se responsabilizar os provedores, somente pela exposição de determinado conteúdo, pois, acaba tornando a internet refém de um sistema pouco transparente e demasiadamente subjetivo, dificultando conseqüentemente a sua inovação e diversidade.

Desse modo, mesmo que a afirmação de uma responsabilidade subjetiva ofereça resultados superiores aqueles obtidos pela imposição da responsabilização de natureza objetiva, é preciso perceber que a definição do fato gerador da responsabilidade como a notificação de que certo conteúdo é lesivo, traz inúmeros prejuízos a forma pela qual opera a internet e, por isso, a responsabilização subjetiva dos provedores, ancorada não no regime de notificação, mas sim na observância de decisões judiciais sobre a matéria, justamente o entendimento contemplado no Marco Civil da Internet. (LEITE e LEMOS, 2014).

Portanto, o Marco Civil estabelece de forma clara, o entendimento pela responsabilidade subjetiva dos provedores, isto é, ele afasta a responsabilidade de natureza objetiva, através da simples exibição do conteúdo danoso, ora com base na teoria do risco, ou com base no defeito do serviço prestado.

3.4 Os filtros dos provedores de conexão e de aplicação e a importância da neutralidade da rede

Constituem uma obrigação contratual, na qual o seu descumprimento poderá ocasionar a responsabilidade do provedor de conexão ou de aplicação.

Segundo Guilherme Magalhães Martins, “os provedores de conexão ou correio eletrônico, devem oferecer aos seus usuários um software de filtragem, de modo a impedir o acesso a determinadas páginas, *sites* ou mensagens”. (MARTINS, 2005, p. 334).

No entanto, para Amaro M. e Silva Neto:

A atividade de filtragem pode ensejar diversos riscos aos consumidores, no caso de o provedor de conexão, agindo por conta própria e sem o

consentimento do usuário, bloquear em massa e-mails recebidos por este, que não configurem spam, com o suposto objetivo de protegê-lo. Uma vez aplicando o filtro, não obstante as possíveis repercussões de ofensa à liberdade de expressão e à inviolabilidade de correspondência, constitucionalmente garantidas, podem surgir efeitos colaterais, pois que, similarmente aos antibióticos, os filtros dos provedores atacam, além do alvo objetivando, partes boas e saudáveis do sistema que pretendem preservar. (SILVA NETO, 2001, p.72).

Adverte Marcel Leonardi que:

A atividade filtragem decorre de previsão contratual, pois respeitados os termos do respectivo contrato de prestação de serviços e as normas de ordem pública, os provedores de serviços de Internet têm o dever de se abster de censurar qualquer informação transmitida ou armazenada em seus servidores. (LEONARDI, 2005, p. 89).

Qualquer que seja o bloqueio ou filtragem estabelecida em contrato de prestação de serviço, deve ficar restrita apenas ao conteúdo potencialmente nocivo, ou aquele estritamente ilícito, jamais podendo interromper as outras atividades do contratante.

Os chamados *sites* de relacionamento, como o *Facebook* podem ser considerados provedores de hospedagem, assim como os *sites* voltados à divulgação de vídeos ou imagens, como o *YouTube*, atua como prestador de serviços, em ambos os casos, como intermediário entre o autor da informação e o público em geral.

O que se observa nos dias atuais é uma postura proativa dos provedores de aplicação de internet, a exemplo da rede social *Facebook*, que se utiliza de uma tecnologia para impedir a publicações de crianças nuas em sua plataforma. Quando se trata de conteúdo ofensivo e impróprio veiculado por terceiros, utiliza-se de filtros que bloqueiam o conteúdo antes que ele seja publicado, evitando assim que decisões desfavoráveis na justiça.

Da mesma forma, o *YouTube* se utiliza de uma tecnologia que protege os vídeos protegidos por direitos autorais, sendo implantada a impressão digital para os vídeos originais, que não podem ser reproduzidos sem autorização.

Muito embora, os chamados provedores de aplicação, não possui o dever legal de fiscalizar previamente o conteúdo inserido em suas plataformas, como eventuais publicações e/ou compartilhamentos dos vídeos registrados em outros *websites*.

Vale salientar, que o artigo 19 § 1º da lei 12.965/2014, compreende ser necessária a notificação judicial ao provedor de conteúdo ou hospedagem para retirada

de material ali publicado por terceiros usuários e apontado como infringente à honra ou à imagem dos eventuais interessados, sendo imprescindível a indicação clara e específica da URL - *Universal Resource Locator* - correspondente ao material que se pretenda remover.

A Lei 12.965, intitulada Marco Civil da Internet, pacífica a questão no Capítulo III, Seção I, “Da Neutralidade da Rede”, em seu artigo 9º:

O responsável pela transmissão, comutação ou roteamento tem o dever de tratar de forma isonômica quaisquer pacotes de dados, sem distinção por conteúdo, origem e destino, serviço, terminal ou aplicação. § 3º Na provisão de conexão à internet, onerosa ou gratuita, bem como na transmissão, comutação ou roteamento, é vedado bloquear, monitorar, filtrar ou analisar o conteúdo dos pacotes de dados, respeitado o disposto neste artigo.

Procurando sugerir elementos para se definir o que seja neutralidade da rede, vale citar recente estudo elaborado por J. Scott Marcus a pedido Comitê do Parlamento Europeu em 2014, que trata de temas relacionados ao mercado e proteção do consumidor – Uma revisão sobre a Neutralidade da Rede: desafios e respostas na União Europeia e Estados Unidos (*Network Neutrality Revisited: Challenges and Responses in the EU and in the US*), que nos apresenta algumas definições do que seja a neutralidade de rede:

A possibilidade de todos os consumidores finais da internet ‘...para acessar e distribuir informações ou utilizar aplicativos e serviços de sua escolha’.
Garantirá que todo tráfego na internet é tratado igualmente, qualquer que seja a fonte, conteúdo ou destino. O tráfego deve ser tratado igualmente, sem discriminação, restrição ou interferência, independente de remetente, destinatário, tipo, conteúdo, aparelho, serviço ou aplicação. (SCOTT, 2014, p. 18. Disponível em <http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2014/518751/IPOL_STU%282014%29518751_EN.pdf> Acesso em 01.11.2016.

Segundo o estudo, todo tráfego na internet sob a tutela da neutralidade da rede, será tratado igualmente, independentemente de qualquer que seja a fonte, conteúdo ou destino, não se utilizando de nenhum filtro que interfira na velocidade de transmissão.

A União Europeia, aprovou a neutralidade da rede em abril de 2014, mas sem a mesma amplitude do Marco Civil da Internet, os provedores de internet e as operadoras de Telecomunicações poderão, por exemplo, priorizar serviços especializados que demandam alta qualidade de conexão de internet, como a TV ou o vídeo pela internet, desde que essa 'priorização' não afete a qualidade geral da rede.

As empresas poderão ainda bloquear o tráfego, se for de interesse público, como por exemplo, no caso de combate a um ataque terrorista. De acordo ainda com a Comissão Europeia:

“Cada Estado-Membro poderá definir as regras nas penalizações a serem aplicadas aos fornecedores de serviços de Internet, caso estes não cumpram com os requisitos da neutralidade da Internet, sendo que estas penalizações deverão ser eficazes, proporcionais e dissuasivas”. (SCOTT, 2014, p. 20. (SCOTT, 2014. Disponível em <http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2014/518751/IPOL_STU%282014%29518751_EN.pdf> Acesso em 01.11.2016).

Sob o ponto de vista técnico, a neutralidade da rede é um princípio de arquitetura de rede que endereça aos provedores de acesso o dever de tratar os pacotes de dados que trafegam em suas redes de forma isonômica, não os discriminando em razão de seu conteúdo ou origem. (RAMOS, 2015. Disponível em: <<http://www.neutralidadedarede.com.br/>> Acesso em 30.10.2016).

A Comissão Federal de Comunicações dos Estados Unidos (FCC), organismo federal de caráter independente, aprovou por três votos a dois, o fim das regras de controle da internet no país, optando por derrogar um conjunto de normas que assegura a neutralidade da rede, dessa maneira, permitirá que as operadoras bloqueiem conteúdo e ofereçam melhores condições de acesso a quem pagar mais.

As novas diretrizes não reconhecem mais a Internet como um serviço de utilidade pública, passando a classificá-la como um serviço de informação, semelhante ao tratamento dado aos serviços de TV a cabo.

Vale ressaltar que a neutralidade deve ser vista não só pelo aspecto técnico, mas também como uma opção de política pública voltada para a inclusão digital e que recrimina o tratamento discriminatório na rede.

A decisão da Comissão Federal de Comunicações dos Estados Unidos (FCC) é um retrocesso, pois revoga a proposta aprovada em 2015, que considera a internet como serviço público, e acaba com o caráter aberto da rede, permite os chamados canais rápidos de pagamento.

O Marco Civil da Internet no seu art. 2º inc. VI “a finalidade social da rede”, trata do serviço de acesso à internet, que se classifica como serviço “essencial ao exercício da cidadania”, art. 7º caput.

A pedra angular do Marco Civil, está estabelecida no princípio da neutralidade da rede, cujo “responsável pela transmissão, comutação ou roteamento tem o dever de tratar de forma isonômica quaisquer pacotes de dados, sem distinção por conteúdo, origem e destino, serviço, terminal ou aplicação” artigo 9º.

Neste sentido, o art. 3º do Decreto 8.771.2016, dispõe “A exigência de tratamento isonômico de que trata o artigo 9º do Marco Civil, deve garantir a preservação do caráter público e irrestrito do acesso à internet e os fundamentos, princípios e objetivos do uso da internet no País, conforme previsto na Lei nº 12.965, de 2014”.

A neutralidade da rede trouxe inúmeros avanços, principalmente no que se refere a não discriminação de tráfego na rede, muito embora, poderia se tomar algumas medidas no sentido de se priorizar determinados provedores de conteúdo que requerem maior demanda na rede, desde que isto, não prejudique o funcionamento geral da rede, da mesma forma como foi adotado na União Europeia.

3.5 As cláusulas contratuais de limitação ou exclusão de responsabilidade do provedor de Internet.

O Marco Civil da Internet dispõe também que os contratos de prestação de serviços entre provedores e usuários deverão conter informações claras e completas sobre coleta, uso, armazenamento, tratamento e proteção de seus dados pessoais, nos termos do artigo 7º inciso VIII, regime de proteção aos registros de conexão e aos registros de acesso a aplicações de internet, bem como sobre práticas de gerenciamento da rede que possam afetar sua qualidade, consoante artigo 7º inciso VI, da referida lei federal.

Como objeto de estudo sobre as cláusulas contratuais de responsabilidade do provedor de Internet, como exemplo, destaca-se o contrato de prestação de serviços da empresa com nome genérico de Telecom S/A, provedora de acesso a rede mundial de computadores, estabelecida na região centro oeste do país.

Assim dispõe a cláusula 3.3 e 3.5 do contrato:

3.3. O serviço banda larga será prestado em diversas faixas de velocidade contratada, conforme escolha do CONTRATANTE, sendo que as velocidades nominais máximas do serviço estarão sujeitas a variações em razão de fatores externos, alheios à vontade da TELECOM, tais como, sem exclusão dos demais: características da rede Internet, como

indisponibilidades de servidores, congestionamentos de sites, rotas e demais fatores inerentes à rede mundial de computadores (internet), distância entre o imóvel do CONTRATANTE e a central telefônica mais próxima e fiação interna do imóvel do CONTRATANTE. Por essas razões, a TELECOM não garante a velocidade máxima escolhida pelo CONTRATANTE e não se responsabiliza pelas diferenças de velocidades ocorridas em razão de fatores externos, alheios à sua vontade, tais como páginas de destino na internet, quantidade de pessoas conectadas ao mesmo tempo ao provedor de acesso, problemas no micro computador utilizado pelo CONTRATANTE entre outros.

3.5. As faixas de velocidade mencionadas não são garantidas pela TELECOM, excluindo-se ainda a responsabilidade pela velocidade dos serviços prestados por provedores de acesso à internet. A velocidade de acesso garantida pela TELECOM é até o ponto de transmissão de rede.

A estipulação de não indenizar, na regulamentação do Código de Defesa do Consumidor, é defesa.

Conforme o caput do artigo 25, “é vedada a estipulação contratual de cláusula que impossibilite, exonere ou atenua a obrigação de indenizar”. Também amparada no rol de cláusulas abusiva, constante do artigo 51, incisos I, III e IV do mesmo diploma legal, que implica em nulidade das disposições mencionadas.

A cláusula proposta pela empresa provedora implica em isenção de responsabilidade pela não prestação de serviços decorrentes da relação de consumo, mesmo que por fortuito interno.

Como ensina Sérgio Cavalieri Filho:

No que diz respeito aos acidentes de consumo, observando o fortuito interno, assim entendido como imprevisível e, por isso, inevitável ocorrido no momento da fabricação do produto ou da prestação do serviço, não exclui a responsabilidade do fornecedor porque faz parte da atividade, liga-se aos riscos do empreendimento, submetendo-se à noção geral de defeito de concepção do produto ou de formulação do serviço. (CAVALIERI, 2014, p. 375-376).

Na cláusula 8.1, a provedora menciona sobre o equipamento em comodato:

8.1. Para viabilizar a prestação do serviço descrito neste contrato a TELECOM cederá ao CONTRATANTE, equipamentos em comodato ou locação, conforme especificado na nota fiscal entregue ao CONTRATANTE.
8.2. Deverá o CONTRATANTE conservar como se seu próprio fosse o equipamento cedido pela TELECOM, não podendo usá-lo senão de acordo com a utilização exclusiva do serviço objeto deste contrato, sob pena de responder por multa contratual.

No artigo 25 § 2º do Código de Defesa do Consumidor, “sendo o dano causado por componente ou peça incorporada ao produto ou serviço, são responsáveis seu fabricante, construtor ou importador e o que realizou a incorporação”.

Ainda tratando de vício de qualidade do produto, no artigo 18 do mesmo diploma legal, “Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo...”.

Ensina Ada Pellegrini Grinover que:

Que no polo passivo dessa relação de responsabilidade se encontram todas as espécies de fornecedores, coobrigados e solidariamente responsáveis pelo ressarcimento dos vícios de qualidade eventualmente apurados no fornecimento de produtos ou serviços. Assim, o consumidor poderá, à sua escolha, exercitar sua pretensão contra todos os fornecedores ou contra alguns, se não quiser dirigi-la apenas contra um. (GINOVER, 2011, p. 222).

Já nas cláusulas 9.1, 9.4 e 9.5 do contrato de fornecimento de Internet:

9.1. Inobstante outras disposições, em hipótese alguma a TELECOM, seus prepostos e empregados serão responsáveis perante qualquer pessoa, incluindo o CONTRATANTE, por danos indiretos, punitivos, especiais, exemplares, incidentais ou emergentes, ou por perda de receita, de danos, de uso de dados, lucros cessantes, insucessos comerciais advindos de falhas havidas no serviço objeto deste Contrato, uso ou outra vantagem econômica decorrente deste Contrato ou de qualquer forma a ele relacionada, inclusive, mas não se limitando, ao uso ou incapacidade de usar/prestar os serviços, independentemente da causa, seja em ação contratual, seja por negligência ou de outra forma, ainda que a outra parte ou terceiro de quem a indenização esteja sendo reclamada tenha sido advertida previamente sobre a possibilidade de tais danos.

9.4. A utilização do serviço é de inteira responsabilidade do CONTRATANTE, não sendo a TELECOM responsável por prejuízos que o CONTRATANTE ou terceiros venham a sofrer em virtude de má utilização do serviço, inclusive mas não se limitando a: (i) perda de programas ou de informações; (ii) conteúdo, software, aplicativos, dados armazenados em equipamentos do CONTRATANTE ou da TELECOM, bem como por propaganda, produtos, serviços contidos ou oferecidos em sites visitados por meio do acesso fornecido; (iii) danos e prejuízos de qualquer natureza que possam decorrer da presença de vírus ou de outros elementos nocivos nos conteúdos visitados que, de qualquer forma, possam produzir alterações e/ou danos no sistema físico e/ou eletrônico dos equipamentos do CONTRATANTE, ou (iv) pela utilização indevida do serviço por parte do CONTRATANTE

9.5. A TELECOM se exime de qualquer responsabilidade pelos danos e prejuízos de qualquer natureza que possam decorrer da presença de vírus, ou de outros elementos nocivos nos conteúdos e que, desta forma, possam produzir alterações e/ou danos no sistema físico e/ou eletrônico dos equipamentos do CONTRATANTE.

As cláusulas acima transcritas propõem a exoneração do provedor pelo fato do produto ou do serviço, ou seja, pelo acidente de consumo, ao se referir a eventuais danos que venham a ocorrer no equipamento do contratante, em função do mau uso de qualquer software, hardware ou conexões diversas, sendo o dispositivo em questão, considerado “cláusulas abusivas”. Conforme entendimento de Ada Pellegrini Grinover:

Cláusula abusiva é aquela que é notoriamente desfavorável à parte mais fraca na relação contratual, que, no caso de nossa análise, é o consumidor, aliás, por expressa definição do art. 4º, n. I, do CDC. A existência de cláusula abusiva no contrato de consumo torna inválida a relação contratual pela quebra do equilíbrio entre as partes, pois normalmente se verifica pela quebra do equilíbrio entre as partes, pois normalmente se verifica nos contratos de adesão, nos quais o estipulante se outorga todas as vantagens em detrimento do aderente, de quem são retiradas as vantagens e a quem são carregados todos os ônus derivados do contrato. (GRINOVER, 2011, p. 570).

O CDC no seu artigo 51, inciso III, também considera cláusula abusiva quando “transfiram a responsabilidade a terceiros”, e no artigo 6º, inciso IV, “o consumidor tem o direito básico a proteção contra cláusulas abusivas”, sendo considerada matéria de ordem pública, portanto, não estão sujeita a preclusão, de modo que podem ser alegadas a qualquer tempo e grau de jurisdição, podendo o juiz argui-las de ofício. Aplicam-se, por extensão, o § 3º do artigo 267, o § 4º do artigo 301 e o artigo 303, todos do CPC.

Acentua Marcel Leonardi:

O provedor de acesso responderá pelos danos causados a seus usuários, ainda que o defeito tenha origem em componente, fornecido por terceiros, que tenha sido incorporado ao serviço. Logo, não afasta o direito de regresso pelo provedor de acesso. (LEONARDI, 2005, p. 106).

Já na Cláusula 4.1, traz mais uma irregularidade do contrato:

As Partes elegem o foro da comarca de Uberlândia, Estado de Minas Gerais para dirimir todas e quaisquer questões decorrentes e/ou relacionadas ao presente Contrato.

No artigo 101, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor, a “ação pode ser proposta no domicílio do autor”.

Segundo Cláudia Lima Marques, “a facilitação do acesso à justiça é direito básico do consumidor – art. 6º, VII e VIII do CDC”.

O Marco Civil, em duas situações, faz referência expressa aos interesses dos consumidores. No primeiro deles, em seu art. 2º, inciso V, estabelece a “defesa do consumidor como um de seus fundamentos”. No segundo, em seu art. 7º, inciso XIII, descreve que deva ser assegurada ao usuário a “aplicação das normas de proteção e defesa do consumidor nas relações de consumo realizadas na internet”.

Dessa forma, ficam afastados, quaisquer entendimentos proibitórios de sua aplicação complementar as normas previstas no Código de Defesa do Consumidor,

evidenciando, assim, que as particularidades resultantes das negociações feitas na internet desfrutarão do adequado amparo e, da mesma forma, haverão de ser acolhidas pelos princípios, fundamentos e remédios legais previstos no código consumerista.

3.6 Responsabilidade civil desinente da atividade de certificação

De acordo com Sheila do Rocio Cercal Santos Leal:

A certificação digital tem por finalidade atestar a titularidade de uma chave pública e é realizada por uma entidade conhecida como Autoridade Certificadora, responsável pela emissão, renovação e revogação de certificados digitais. (LEAL, 2009, p. 166).

Nadal Martinez conceitua autoridade certificadora como sendo:

Uma entidade certificadora, provedor ou prestador de serviços de certificação ou simplesmente certificador, também conhecido como notário virtual, é o órgão público ou privado destinado à emissão de certificados que contém informações acerca de algum fato ou circunstâncias relativa ao respectivo sujeito, no caso dos certificados de identificação ou de chave pública, que vinculam um par de chaves em relação a uma pessoa determinada de forma segura, assegurando o fator segurança nos negócios jurídicos celebrados por meio eletrônico. (MARTINEZ, 2000, p. 127).

Para Menke, “o fornecimento de um certificado digital é um serviço semelhante ao de identificação para a expedição de carteira de identidade só que o certificado é emitido como prazo de validade determinado”. (MENKE, 2005, p. 49).

A responsabilidade do prestador de serviços de certificação digital, pode ser inferida, de igual forma tanto para o titular do certificado, que mantém uma relação contratual com o adquirente, como pelo terceiro que confia nas informações nele contidas.

A disciplina da responsabilidade aplicável a tal atividade deve ser delimitada no momento singular na vida do certificado, a saber, sua emissão, aceitação e eventual revogação ou suspensão, devendo ser distribuídas ainda os riscos envolvidos, em relação não somente às entidades certificadoras, mas também aos demais sujeitos intervenientes, em especial os subscritores. (MARTINEZ, 2000).

O subscritor do certificado é o sujeito titular de uma chave privada, na qual tem o dever de mantê-la em sigilo, devendo ser utilizada apenas por pessoa ou entidade reconhecida no correspondente certificado de chave pública, o que garante a utilização segura e eficaz da criptografia simétrica.

A Medida Provisória 2.200-1/2001 foi responsável por protagonizar a infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira, denominada ICP-Brasil, que segundo entendimento de Sheila Leal:

Considera válidos os documentos eletrônicos que adotarem na sua formação sistema de assinatura digital de chaves assimétricas. Pelo artigo 10 da citada medida provisória, a autoria e integridade dos documentos eletrônicos podem ser comprovadas pela utilização de outro meio, inclusive certificados não emitidos pela ICP-Brasil, desde que admitido pelas partes como válido ou aceito pela pessoa a quem for oposto o documento. (LEAL, 2009, p. 165).

O Projeto de Lei brasileiro número 4.906/2001, no artigo 3º, preconiza que, “não serão negados efeitos jurídicos, validade e eficácia ao documento eletrônico, pelo simples fato de apresentar-se em forma eletrônica”. Ainda no artigo 4º, o mencionado Projeto de Lei determina os critérios a serem preenchidos para tornar válido o documento eletrônico, nos seguintes termos:

Artigo 4º As declarações constantes de documento eletrônico presumem-se verdadeiras em relação ao signatário, no termos do Código Civil, desde que a assinatura digital:

I- seja única e exclusiva para o documento assinado;

II- seja passível de verificação pública;

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

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

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

Para Nadal Martínez:

A presunção ainda que relativa, é de que o certificado pertence ao subscritor ali indicado, cabendo-lhe proteger o acesso à chave por meio de algum tipo de mecanismo de autenticação pessoal, por meio de um número de identificação ou de um dispositivo de autenticação biométrica. Por esse mesmo motivo, a responsabilidade pelo uso não autorizado da chave por um terceiro cabe, a princípio, ao subscritor, que tem o dever de custódia da chave privada, isso decorre inclusive da teoria da aparência, à medida que, ao solicitar e aceitar um certificado que o vincula a determinado par de chaves, gera uma expectativa de que lhe são atribuídos os documentos firmados com a chave privada de que é titular. Assume o subscritor compromissos em face do emissor e de possíveis terceiros usuários do certificado, vinculando-se pelo seu conteúdo, com as possíveis obrigações que possam daí derivar. O subscritor assume a exatidão do certificado, de forma expressa ou tácita, a partir da prática de certos atos pelo titular, tais quais o uso efetivo do certificado ou a não oposição acerca de sua publicação. (MARTINEZ, 2000, p. 239).

Guilherme Magalhães Martins adverte acerca da responsabilidade da autoridade certificadora:

A situação de risco a que se expõe a autoridade de certificação, seja em face dos seus usuários, seja em face da confiança por parte de terceiros, consiste na possível emissão de certificados contendo declarações falsas, no tocante a aspectos, tais como a identidade do subscritor ou o respectivo cargo ou poder de representação. É dever imanente à sua função a verificação rigorosa da identidade das partes, devendo o certificador assegurar-se de que o requerente das chaves é efetivamente quem afirma que é, além de velar pela correção no conteúdo do certificado. (MARTINS, 2005, p. 347).

No entanto, caso ocorrer fato que não lhe seja imputável, como ocorre, por exemplo, na culpa de terceiro.

Há situações que podem levar à invalidade do certificado anteriormente à data prevista para sua expiração, em decorrência da suspensão ou da revogação, por motivos de segurança, em pressupostos que traduzam perda de confiança por parte dos usuários, o que, a título de exemplo, ocorre quando o subscritor perde o controle da chave privada, ou no caso de mudança de titular, de seu falecimento ou de dissolvência, fato este, proveniente de pessoa natural ou jurídica. (MARTINS, 2005).

No que concerne a revogação, é a proibição de justaposição de assinatura digital certificada em documento eletrônico, com consequência definitiva, já em caso de suspensão tem caráter temporário, devendo em ambos os casos estarem registradas e publicadas pelo subscritor, para ciência de terceiros.

Assim ensina Antônio Herman V. Benjamin:

Se, com efeito, ocorreu uma situação de insegurança relativa ao certificado, devidamente notificada ou comprovadamente conhecida do subscritor, e este não adotou as medidas cabíveis a suspensão ou revogação ou deixou de proceder ao respectivo registro ou publicação, cabe-lhe responder pelos prejuízos porventura causados ao consumidor, em virtude da camada periculosidade adquirida, ou seja, quando um defeito introduz no produto ou serviço uma potencialidade danosa por ele normalmente não possuída, logo inesperada, art. 12, § 1º, e art. 14, § 1º, da Lei 8.078/90. (BENJAMIN, 2010, p. 25).

Na ocorrência dessas hipóteses, o certificador responderá de modo objetivo, haja vista, a organização reinante no Código de Defesa do Consumidor, cabendo ao fornecedor em virtude do ônus da prova, constatar a possível aplicação das excludentes do artigo 12 § 3º, e do art. 14 § 3º do CDC.

Logo, o certificador, na qualidade de fornecedor, responderá independente da culpa pelo defeito, nesse sentido, esclarece Guilherme Magalhães Martins:

Considerando-se a inobservância da expectativa dos consumidores do ponto de vista da segurança e observadas as circunstâncias dos arts. 12 § 1º, e 14, §

1º, do CDC, ou seja, a apresentação e o modo de fornecimento da prestação, o resultado e os riscos que razoavelmente dela se esperam a época em que foi executada. (MARTINS, 2005, p. 350).

Eventuais cláusulas de limitação de responsabilidade do certificador, não podem sobrepujar diante das normas vigentes no país, nas quais, se encontram presentes nos artigos 25 e 51, inciso I a III, do Código de Defesa do Consumidor, e aplicáveis às relações de consumo por meio eletrônico conforme especificado na responsabilidade civil do provedor de Internet e suas cláusulas abusivas.

Guilherme Magalhães Martins, ao tratar a matéria de responsabilidade civil por acidentes de consumo, assevera que:

Aplica-se as autoridades de certificação, tanto as privadas quanto os ditos tabeliães, em relação aos quais deve ser considerado ainda o disposto no art. 22 da lei de proteção ao consumidor, que enuncia a obrigação dos órgãos públicos, por si ou por suas empresas concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, de fornecedor serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos. (MARTINS, 2005, p. 352).

Desse modo, não há o que se falar em incidência de culpa, pois o certificador responde objetivamente pelos acidentes de consumo causados em decorrência da relação de consumo, consoante os artigos 13, § 1º, e 14, § 1º, do Código de Defesa do Consumidor, uniformemente cabível ao fornecedor de produtos ou serviços que opera como subscritor do certificado, nos casos pertinentes a ele atribuídos, principalmente em relação à custódia da chave privada.

CONCLUSÃO

A Responsabilidade jurídica não se restringe ao âmbito civil, não se limitando, portanto, ao Código Civil, havendo uma análise do Código de Defesa do Consumidor, cujo cunho inter e multidisciplinar, possui segundo Alda Pelegrine Grinover, um caráter de “microsistema jurídico”.

A lei 8.078/90 esta inserida no contexto da Política nacional das relações de consumo, cujo objetivo é harmonizar a proteção dos interesses do consumidor face ao desenvolvimento tecnológico, com base na boa-fé e no equilíbrio entre ambas as partes na relação de consumo. A vulnerabilidade do consumidor é a presunção legal absoluta que informa e baliza o Código de Defesa do Consumidor.

O PLS 281/2012 vem corroborar no aspecto desta interpretação mais favorável ao consumidor e também com relação ao comércio eletrônico, ao acrescentar o artigo 3º do CDC, “que as normas e negócios jurídicos devem ser interpretados da maneira mais favorável ao consumidor”.

A alteração que se sugere no novo artigo 49 do Código de Defesa do Consumidor, com base na redação do artigo 49 do Projeto de Lei do Senado 281/2012, para ampliar o prazo de reflexão do consumidor de sete para quatorze dias, e impor exceções ao direito de arrependimento do consumidor, limitando alguns bens incorpóreos. Nesta proposição o caput do artigo 49 do PLS 281/2012, é a seguinte:

Art. 49. O consumidor pode desistir da contratação a distância, no prazo de 14 (quatorze) dias a contar da aceitação da oferta, do recebimento ou da disponibilidade do produto ou serviço o que ocorrer por último.

A alteração proposta no artigo 49 do PLS 175/2015, mantém a mesma linha defendida pelo PLS 281/2012, contudo, proíbe o fornecedor de fazer qualquer exigência relacionada a inviolabilidade do produto. Esse acréscimo poderia ser feito no § 4.º do mesmo artigo 49 do Projeto de Lei do Senado 281/2012, que ficaria com a seguinte redação:

§ 4.º A desistência formalizada dentro do prazo previsto no *caput* implica a devolução do produto, com todos os acessórios recebidos pelo consumidor e a nota fiscal, vedada qualquer exigência quanto a inviolabilidade do produto.

Propõe-se também um novo artigo 49-B do Código de Defesa do Consumidor no PLS 281/2012, sendo:

Art. 49-B Salvo acordo em contrário, e desde que seja dada prévia ciência ao consumidor, o artigo 49 não se aplica nas seguintes hipóteses:

I – prestação de serviços através de acesso remoto e a distância, após terem sido estes integralmente prestados, caso a execução tenha iniciado com o expresso consentimento do consumidor;

II – fabricação de produtos personalizados ou remodelados de acordo com especificações explícitas do consumidor;

III – fornecimento de conteúdos digitais, tais como arquivos digitais, de gravações de áudio, vídeo, texto e músicas, independente da maneira que se fizer o acesso a eles, desde que sejam realizados de maneira eletrônica, com expresso consentimento do consumidor.

Assim sendo, devem ser reconhecidos bens incorpóreos, tais como: os contratos de fornecimento de conteúdos digitais e de prestação de serviços digitais, conforme descreve a Diretiva Europeia 2011/83/UE, esses produtos não estão sujeitos ao direito do arrependimento.

As novas propostas apresentadas para compor o Código de Defesa do Consumidor, lei 8.078/1990, através do PLS 281/2012, objetiva aperfeiçoar a proteção ao direito do consumidor, que é a parte mais vulnerável na relação de consumo.

No entanto, é necessário analisar com prudência a que produtos e serviços o direito de arrependimento do consumidor deva ser aplicado, a despeito da contratação a distância, fora do estabelecimento empresarial e por meio eletrônico, podendo ocorrer uma banalização do dispositivo, e os fornecedores deixem de respeitá-lo, alegando que o consumidor está exorbitando do seu direito.

Os contratos de consumo eletrônico são contratos de adesão celebrados a distância, fora do estabelecimento empresarial, na medida que o *site* do fornecedor é mera representação do estabelecimento, e com este não se confunde.

Dentro de tais condições, celebrado o negócio jurídico em meio virtual, acentua-se a vulnerabilidade do consumidor, o que demanda do sistema jurídico medidas efetivas de proteção.

O Marco Civil da Internet proporciona maior clareza ao consumidor que utilizar o meio eletrônico para realizar suas práticas de consumo, garantindo assim maior segurança jurídica do uso da internet, que por sua vez, está em harmonia com o Código de Defesa do Consumidor, e aos demais princípios constitucionais inerentes à defesa do consumidor.

A regulamentação do uso da internet no Brasil e a proteção dos direitos dos consumidores estão sendo muito debatidos no cenário nacional. Foi estudada a Lei nº 12.965, de 23.04.2014, que estabelece princípios, garantias, direitos, e deveres para o uso da internet no Brasil. Com entrada em vigor desse diploma legal, conhecido como “Marco Civil da Internet”, em 23.06.2014, para que na aplicação do direito não haja nenhum retrocesso, faz-se necessário aplicar esta legislação de forma conjunta, ao Código de Defesa do Consumidor, para que haja um “diálogo das fontes”.

A gratuidade das ofertas por meio eletrônico expõe-se por vezes de forma ilusória, haja vista a incidência de remuneração indireta, a partir das informações e dados acerca do cliente adquiridos pelo fornecedor e a própria indução ao consumo, caso este passe em seguida a oferecer os mesmos produtos ou serviços a título oneroso.

O provedor de conteúdo que realiza a venda de seus produtos e serviços em seu *web site* se coloca na condição de fornecedor segundo o art. 3º do Código de Defesa do Consumidor, sendo ainda assemelhado ao comerciante, de acordo com artigo 13º do mesmo diploma legal.

Nas situações em que o provedor de informação, produzir seu próprio conteúdo, estará amparado pelas liberdades de expressão, de pensamento e de imprensa, constitucionalmente garantidas sendo protegidos contra censura prévia (art. 52, IV e IX da CF/88).

O Marco Civil estabelece de forma clara, o entendimento pela responsabilidade subjetiva dos provedores, isto é, ele afasta a responsabilidade de natureza objetiva, através da simples exibição do conteúdo danoso, ora com base na teoria do risco, ou com base no defeito do serviço prestado.

Não obstante as atividades de serviços dos provedores de *backbone*, conexão, aplicação, conteúdo, pesquisa, hospedagem e *e-mail* sejam correlacionados entre si, cada um responde pelos danos resultantes da sua própria atividade, tendo como critério não somente as obrigações expressamente assumidas no contrato, mas aquelas estabelecidas com base no princípio da boa fé objetiva, regidas pelos artigos 113 e 422 do Código Civil, que devem coadunar o bom cumprimento da obrigação.

Os provedores de conexão e *backbone* são considerados meros intermediários, não respondendo, a princípio, pelos atos de terceiros que se utilizam do seu serviço para divulgar matéria ou produtos, equiparando-se a empresas de telefonia.

Entretanto, se o provedor de conteúdo influencia na divulgação, de forma direta ou indireta, alterando ou selecionando receptor, responderá de forma objetiva pelo fato do serviço, de acordo com o artigo 14 do Código do Consumidor.

Já em relação ao provedor de aplicações de internet, o Marco Civil da Internet considera como regra geral, que este somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar o material indisponível no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço, dentro do prazo estabelecido no artigo 19.

Dessa forma, não será defeso, o argumento de que o provedor de aplicações responde objetivamente, caso não realizasse a remoção após o recebimento de notificação extrajudicial, pois só poderá se tornar civilmente responsável pelos danos decorrentes de conteúdo gerado pelos usuários, após ordem judicial.

Os provedores de correio eletrônico devem velar pela inviolabilidade da correspondência, conforme os ditames do art. 5º XII, da Constituição Federal, sendo responsabilizados pelos danos causados ao usuário em razão do defeito na prestação do serviço, caso ocorram falhas, atrasos no envio e recebimento de mensagens, perda de mensagens armazenadas, envio a destinatários diversos do pretendido, devolução de mensagens devido a erros de configuração ou sobrecarga do servidor de *e-mail* ou mesmo impossibilidade de acesso à conta de *e-mail* por seu titular.

O objetivo da pesquisa foi trazer ao debate algumas questões decorrentes da utilização da internet nas relações jurídicas, principalmente no que se refere aos contratos celebrados pela internet entre fornecedores e consumidores, para que se possa esboçar soluções.

A atualização da lei 8.078/1990, do Código de Defesa do Consumidor, faz se necessária através de projetos de lei que visem a inclusão de dispositivos específicos sobre o comércio eletrônico, como é o caso dos PLS 281/2012 e PLS 175/2015, enfatizando a proteção dos direitos do consumidor nos contratos realizados a distância, visando a modernização, e fazer frente as necessidades da sociedade globalizada e massificada, adequando-se à novas realidades econômicas, sociais e jurídicas do Brasil.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico: existência, validade e eficácia**. 4. Ed. atual. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2002.

BARGALO, Erica Brandini. **Contratos eletrônicos**. São Paulo: Saraiva, 2001.

BREVIGLIERI, Etiene Maria Bosco. **Desenvolvimento e responsabilidade civil: os riscos e custos do desenvolvimento tecnológico** / Etiene Maria Bosco Breviglieri. –1. ed. Birigui , SP: Boreal Editora, 2014.

BENJAMIN, Antônio Herman. **V. Manual de direito do consumidor** / Antônio Herman V. Benjamin, Claudia lima Marques, Leonardo Roscoe Bessa. – 3. ed. ver., atual. E ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

_____. Dec. 7.962, de 15.03.2013. **Regulamenta a Lei 8.078, de 11.09.1990, para dispor sobre a contratação no comércio eletrônico**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2013/Decreto/D7962.htm>. Acesso em 02//01/2017.

_____. Lei 8.078, de 11.09.1990. **Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03-/Leis/L8078.htm>. Acesso em 02/01/2017.

_____. Lei 12.965, de 23.04.2014. **Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL,_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L12965.htm>. Acesso em 05/01/2017.

_____. Lei 19.496, de 28.01.1997. **Estabelece proteção dos direitos do consumidor no Chile**. Disponível em: <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=61438&idParte=0&r=2>>. Acesso em 30/07/2018.

_____. Senado Federal. **Atualização do Código de Defesa do Consumidor: anteprojetos: relatório**. Brasília: [s.n.], [2012].

_____. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado Federal 281, de 2012**. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106768/pdf>>. Acesso em 10/03/2018.

_____. Senado Federal. **PLS 281, de 08.03.2012. Altera a Lei 8.078, de 11.09.1990 (Código de Defesa do Consumidor), para aperfeiçoar as disposições gerais do Capítulo I do Título I e dispor sobre o comércio eletrônico. Explicação da ementa**. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/material/detalhes.asp?p_cod_mate=106768>. Acesso em 11/01/2017.

_____. Senado Federal. **Tramitação do Projeto de Lei 175, de 2015**. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=584723&ts=1529503710244&disposition=inline&ts=1529503710244>>. Acesso em 10/07/2018.

CASTELLS, MANUEL, 2003. **A galáxia da internet: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade**/Manuel Castells; tradução, Maria Luiza X. de A. Borges; revisão técnica, Paulo Vaz. – Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2003.

CASTELLS, MANUEL, 2014. **The Impact of the Internet on Society: a Global Perspective**, MIT Technology Review, 8 set. 2014. Disponível em: <<http://www.technologyreview.com/view/530566/the-impact-of-the-internet-on-society-a-global-perspective/>>. Acesso em 12/03/2018.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil** / Sergio Cavaliere Filho. – 9. ed. – São Paulo: Atlas, 2010.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Família, Sucessões Curso de Direito Civil**, volume 1 – 5. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012.

COELHO, Fabio Ulhoa. **O estabelecimento virtual e o endereço eletrônico**. Tribuna do Direito, nov. 1999.

COMITÊ GESTOR DO ICP-BRASIL, **Resolução** 2008. Disponível em: <http://www.itl.gov.br/images/repositorio/legislacao/resolucoes/em-vigor/Resolucao_61.pdf>. Acesso em: 13/03/2018.

CORRÊA, Gustavo Testa. **Aspectos jurídicos da internet**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DAVARA, Rodríguez Miguel Ángel. **MANUAL DE DERECHO INFORMÁTICO**. Aranzadi, Madrid. 1997.

Instituto Nacional de Tecnologia da Informação, 2017. **Carimbo de Tempo**. Disponível em: <<http://www.iti.gov.br/acesso-a-informacao/41-perguntas-frequentes/131-carimbo-do-tempo>>. Acesso em: 13/03/2018.

UNIÃO EUROPEIA. Diretiva 2016/1148/EU do Parlamento Europeu e do Conselho, 06/06/2016. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=uriserv:OJ.L_.2016.194.01.0001.01.POR&toc=OJ:L:2016:194:TOC>. Acesso em 02/03/2018.

UNIÃO EUROPEIA. Diretiva 2011/83/EU do Parlamento Europeu e do Conselho, 25/10/2011. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32011L0083>>. Acesso em 02/03/2018.

_____. Internet. Dados divulgados pelo *site*: <<http://g1.globo.com/tecnologia/-noticia/2012/05/computador-atingiu-45-das-casas-brasileiras-em-2011-diz-pesquisa.html>>. Acesso em 20/07/2017.

_____. Internet. Dados divulgados pelos *site*: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2014-09/quase-metade-dos-domic%C3%ADlios-brasileiros-tem-computador>>. Acesso em 20/07/2017.

_____. Internet. Dados divulgados pelo *site*: <<http://www.iti.gov.br/perguntas-frequentes/1743-sobre-certificacao-digital>>. Acesso em 22/07/2017.

_____. Internet. Dados divulgados pelo *site*: <<http://www.iti.gov.br/perguntas-frequentes/1743-sobre-certificacao-digital>>, Acesso em 22/07/2017.

DINIZ, Maria Helena, **Curso de direito civil brasileiro, volume 3: Teoria das obrigações contratuais e extracontratuais** / Maria Helena Diniz.- 25 ed. Reformulada – São Paulo: Saraiva, 2009.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes; CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Comentários ao novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 13.

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Curso Fundamental de direito do consumidor** / José Geraldo Brito Filomeno. – São Paulo: Atlas, 2007.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de Direito Civil, volume IV: – Contratos tomo I: Teoria Geral** / Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho – 6ª ed. Ver. E atual – São Paulo: Saraiva, 2010.

GARCIA JÚNIOR, Armando Alvares. **Contratos Via Internet**. São Paulo: Aduaneiras, 2001.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil volume 3: Contratos e Atos Unilaterais** / Carlos Roberto Gonçalves.- 7. ed. – São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Direito Civil volume 4: responsabilidade civil** / Carlos Roberto Gonçalves. – 9. ed. – São Paul: Saraiva, 2014.

GRINOVER, Ada Pellegrini, Antônio Herman de Vasconcelos e Benjamin, Daniel Roberto Fink, José Geraldo Brito Filomeno, Nelson Nery Junior e Zelmo Denari, **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto** / Ada Pellegrini Grinover... [et al]. – 10 ed. Revista, atualizada e reformulada – Rio de Janeiro: Forense, 2011, vol. I, Direito Material (arts. 1º a 80 e 105 a 108).

JUNIOR BOIAGO, José Wilson. **Contratação eletrônica: Aspectos jurídicos.**/ José Wilson Boiago Júnior./ 1ª ed. (ano 2005), 4ª reimpr./ Curitiba: Juruá 2011.

KLEE, Antonia Espíndola Longoni. **Comércio eletrônico** / Antonia Espíndola Longoni Klee. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014

LAWAND, Jorge José. **Teoria Geral dos Contratos Eletrônicos**. São Paulo: J. de Oliveira 2003.

LEAL, Sheila do Rocio Cercal Santos. **Contratos eletrônicos: Validade Jurídica dos Contratos via Internet** / Sheila do Rocio Cercal Santos Leal. – 1. ed. – 2. reimpr. – São Paulo: Atlas, 2009

LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo. **Marco Civil na Internet (Orgs.)**. São Paulo: Atlas, 2014.

LEONARDI, Marcel. **Responsabilidade civil dos provedores de serviço de Internet**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005.

LEVY, PIERRE. **O QUE É VIRTUAL?** São Paulo: Editora 34, 1996.

_____. **Determinação da responsabilidade civil pelos ilícitos na rede: os deveres dos provedores de serviços de Internet**. In: Silva, Regina Beatriz Tavares da; Santos, Manoel J. Pereira (coords.). *Responsabilidade civil na Internet e nos demais meios de comunicação*. São Paulo: Saraiva 2007.

LIMA, Eduardo Weiss Martins de. – **Proteção do consumidor brasileiro no comércio eletrônico internacional** / Eduardo Weiss Martins de Lima – São Paulo: Atlas, 2006.

LORENZETTI, Ricardo L. Lorenzetti. **Comércio eletrônico**. Trad. Fabiano Menke. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARQUES, Cláudia Lima. **Confiança no comércio e a proteção do consumidor: (um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico)** / Cláudia Lima Marques. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

_____. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor** / Cláudia Lima Marques. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

_____. MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis** / Cláudia Lima Marques. Bruno Nubens Barbosa Miragem. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

_____. **O Direito Fundamental de Proteção ao Consumidor e os 20 anos da Constituição: Fundamentos e Desafios do Direito do Consumidor Brasileiro Contemporâneo**, de autoria de Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem. In: MARTINS, Ives Gandra; REZEK, Francisco. *Constituição Federal. Avanços, contribuições e modificações no processo democrático brasileiro*. São Paulo: RT, 2008.

_____. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor** / Claudia Lima Marques, Antônio Herman V. Benjamin, Bruno Miragem. – 3. ed. ver., atual e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MARQUES, Antônio Terêncio G. L. **A prova documental na internet**. / Antônio Terêncio G. L. Marques./ 1ª ed. (ano 2005)./ 6ª reimpr. / Curitiba: Juruá, 2011.

MARTINS, Guilherme Magalhães. **Responsabilidade Civil por acidente de consumo na Internet.** / Guilherme Magalhães Martins. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

MARTINEZ, Nadal, Apollônia. **Comércio eletrônico, firma digital y autoridades de certificación.** 2. ed. *Madrid: Civitas*, 2000.

MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto de. **Derecho privado de Internet.** 2. Ed. Madrid: Civitas, 2001.

MENKE, Fabiano. **Assinatura eletrônica no direito brasileiro.** São Paulo: RT, 2005.

NALIN, Paulo. **Do contrato: conceito pós-moderno (em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional).** Curitiba: Juruá, 2001.

NERY JUNIOR, et al. **Código brasileiro de defesa do consumidor.** Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

NUNES, Luiz Antônio Rizatto. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor.** Luiz Antônio Rizatto Nunes. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

OLIVEIRA, Marcos de. 2011. Disponível em: <<http://revistapesquisa.fapesp.br/wp-content/uploads/2012/05/016-025-1801.pdf>> Acesso em: 17/02/2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, **Lei Modelo Uncitral**, 1997. Disponível em: <<http://www.lawinter.com/1uncitrallawinter.htm>>. Acesso em:08/03/2018.

_____. Portaria nº. 148, de 31.05.1995. **Aprova a Norma nº 004/95 - Uso da Rede Pública de Telecomunicações para acesso à Internet.** Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br/legislacao/-normas-do-mc/78-portaria-148>>. Acesso em: 19/09/2017.

PAESANI, Liliana Minardi. **Direito e Internet: liberdade informação, privacidade e responsabilidade civil.** São Paulo: Atlas, 2000.

Portal E-commerce Brasil, 2018. Disponível em: <<https://www.ecommercebrasil.com.br/noticias/e-commerce-google/>> Acesso em: 20/02/2018.

Portal Instituto Nacional de Tecnologia da Informação, 2017. Disponível em: <<http://www.iti.gov.br/glossario>> Acessado em: 27/02/2018.

RAMOS, Pedro Henrique (2015). *Neutralidade da rede*. Recuperado em 19 outubro, 2016, de <<http://www.neutralidadedarede.com.br/>>.

REINALDO FILHO. **Responsabilidade por publicações na Internet**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

REZEK, Francisco (coord.). **Constituição Federal: avanços, contribuições e modificações no processo democrático brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2002a. v.1.

_____. Senado Federal. Atualização do Código de Defesa do Consumido: anteprojetos: relatório. Brasília: [s.n.], [2012].

SANTOLIM, Cesar Viterbo Matos. **A aplicação dos princípios de pretensão do consumidor ao comércio eletrônico no direito brasileiro**. 2004. 123 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2004.

SANTOLIM, Cesar Viterbo Matos. **Formação e eficácia probatória dos contratos por computador**. São Paulo: Saraiva, 1995.

SCHWAB, Klaus. **A quarta revolução industrial**; tradução Daniel Moreira Miranda. - São Paulo : Edipro, 2014.

SCOTT, Marcus J (2014). *Network Neutrality Revisited: Challenges and Responses in the EU and in the US*. Recuperado em 01 novembro, 2016, de <http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2014/518751/IPOL_STU%282014%29518751_EN.pdf>.

SILVA NETO, AMARO Moraes e. **e-mails indesejados à luz do direito**. São Paulo: *Quartier Latin*, 2002.

SMITH, Graham J. **Internet Law and regulation**. 2. ed. London: *FT Law and Tax*, 1997.

SOUZA, James J. Marins de. **Risco de desenvolvimento e tipologia das imperfeições dos produtos**. Revista de direito do Consumidor. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, vol. 6, jun./abril, 1993.

TARTUCE, Flávio. Direito Civil, V.2: **Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil**; 11 ed., P. 533, São Paulo, 2016.

TEPEDINO, Gustavo. **A responsabilidade civil por acidentes de consumo na órbita civil-constitucional**. Temas de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

TOSI, Emilio. *Le responsabilità civili*. In: Tosi, Emilio (coord.) *I problemi giuridici di Internet*. Milano: Giuffrè, 1999.

VANCIM, Adriano Roberto & Matioli, Jeferson Luiz. **Direito & Internet: Contrato eletrônico e responsabilidade civil na web** / Adriano Roberto Vancim & Jeferson Luiz Matioli – 2014

VASCONCELOS, Fernando Antonio. **Internet: responsabilidade do provedor pelos danos praticados**. Curitiba: Juruá, 2004.