

**PROJETO DE LEI DO SENADO Nº \_\_\_\_\_, DE 2011**

Altera a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, estabelecendo normas para a contratação telemática de consumo.

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Artigo 1º. O artigo 15, da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Artigo 15. Nos contratos formados por meio telemático, o prestador do serviço de armazenagem em servidor de rede de computadores é solidariamente responsável ao fornecedor de produto ou serviço se for remunerado pelos negócios desta forma firmados por este.

“Parágrafo único. Igualmente será responsável o prestador do serviço de armazenagem em servidor de rede de computadores se tiver conhecimento da ilicitude da informação que provê e não retirar ou impossibilitar logo o acesso a essa informação”.

Artigo 2º. O artigo 17, da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, dispondo que “Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento”, passa a vigorar renumerado como artigo 16.

Artigo 3º. A Seção III, da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, intitulado “Da Responsabilidade por Vício do Produto e do Serviço”, passa a incorporar o artigo 17 que toma a seguinte redação:

“Artigo 17. A presente Seção aplicar-se-á aos contratos internacionais, inclusive telemáticos, quando o consumidor for domiciliado no Brasil e não houver outra legislação mais benéfica ao consumidor eleita entre este e o fornecedor de produtos ou serviços”

Artigo 4º. O artigo 33, da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Artigo 33. Em caso de oferta ou venda por meio postal ou telemático, deve constar o nome do fabricante e o endereço físico nas comunicações publicitárias prestadas à distância utilizadas na transação comercial.

“Parágrafo primeiro. É proibida a publicidade de bens e serviços por meio telemático quando a comunicação for onerosa ao consumidor que a origina.

“Parágrafo segundo. É vedada a remessa de mensagem publicitária por meio telemático quando esta não indicar ao consumidor forma idêntica ao do envio para manifestar sua resposta, possibilitando a este inclusive exercer seu direito de não mais receber comunicações similares no futuro, ou ainda quando o consumidor previamente recusar sua remessa.

“Parágrafo terceiro. As comunicações publicitárias por meio telemático de profissões regulamentadas são permitidas mediante o estrito cumprimento das regras deontológicas de cada profissão”.

Artigo 5º. O artigo 48 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, passa a vigorar acrescido dos seguintes parágrafos:

“Parágrafo primeiro. Os contratos de consumo celebrados por meio telemático completam-se com a recepção da aceitação identificada do consumidor pelo fornecedor de produto ou serviço.

Parágrafo segundo. O fornecedor de produto ou serviço deve prover condições que assegurem a integridade na elaboração e no armazenamento dos contratos de consumo que sejam celebrados por meio telemático.

Parágrafo terceiro. O fornecedor de produto ou serviço poderá solicitar informações de caráter privado ao consumidor quando necessárias para a efetivação do negócio, devendo mantê-las em sigilo, salvo quando o titular dos respectivos dados expressamente autorizar divulgação ou cessão dos mesmos.”

Artigo 6º. O artigo 49, *caput*, da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, passa a vigorar com a seguinte redação:

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

Artigo 7º. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

---

## JUSTIFICAÇÃO

### I. INTRODUÇÃO

O temor existente da ciência, ou de seu uso desarrazoado, não pode servir para a sua negativa.

Em 1818, Mary Shelley publicou o seu clássico Frankenstein ou o Prometeu Moderno cuja premissa se funda na tecnologia como sendo uma força autônoma que poderia, apesar de todos os anseios nobres, desaguar em aberrações e em monstruosidades. A sociedade mais tecnológica de toda a história é também a que mais a acusa dos males da humanidade. Pela tecnologia, tem-se a poluição, os acidentes, o desemprego, a desagregação social. Ao passo que a tecnologia tem sua parcela na causa de todos os problemas citados, também tem ou pode vir a ter a sua parcela, quiçá deveras importante, na solução de tais males.

Em sua obra 1984, George Orwell põe os avanços tecnológicos como um caminho ao perigo totalitário, mas também os põe como causa para a demolição deste. Quando a biblioteca de Alexandria veio a ser criminosamente incendiada, reunia 700.000 volumes. Marco Antonio ofereceu o acervo da biblioteca de Pérgamo que, então contava com 200.000, como prova de seu amor por Cleópatra. Hoje, um único sítio eletrônico estanunidense reúne mais de 500.000 títulos a venda que levam cada apenas um minuto para ser transmitido por ondas eletromagnéticas a livros eletrônicos em qualquer parte do mundo. O uso da tecnologia pode servir para fins nefastos, ou para fins nobilíssimos, dependendo da opção que se siga.

Ocorre, entretanto, que, ao mesmo modo em que não se pode, ou deve, desdenhar da capacidade e importância da tecnologia no desenvolvimento social, não se pode, ou deve, igualmente, deificá-los. A tecnologia, fruto da conquista secular do engenho humano, interligou-se indissociavelmente ao mundo hodierno.

A tecnologia é, contudo, um meio ao atingimento dos valores humanos e não o seu fim. A tecnolatria hierarquiza os planos da existência não apenas sob o jugo da insensibilidade e antidualética, mas também da admiração irracional.

Empriada a tecnologia em todos os campos da vida humana, é de se tomar que deva receber a devida e minudente atenção do Direito.

O Ministro Antonio Herman Benjamin e Vasconcelos "ressaltou que, em matéria de direito do consumidor, o Brasil tem pouco a aprender com outros países. Ao contrário, conforme assinalou, o código brasileiro

---

vem servindo de modelo para países de línguas latinas, Ásia, África e da própria Europa, quando estes atualizaram suas legislações. Quanto ao comércio eletrônico, ele disse que a experiência internacional também é escassa". **Longe de ufanismos, entretanto, é de se apontar que, se a legislação consumerista brasileira é digna dos maiores elogios (e o é), o país pode em muito aprender da experiência em comércio eletrônico que países, especialmente aqueles com desenvolvimento tecnológico maior, podem nos oferecer.**

É isto que aqui se propõe.

## **II. NORMA DE SOBREDIREITO APLICÁVEL À CONTRATAÇÃO DE CONSUMO INFORMÁTICA E TELEMÁTICA (PROPOSTA AO ARTIGO 17)**

As relações jurídicas informáticas ou aquelas estabelecidas por meio telemático são um dos principais exemplos contemporâneos da diluição das fronteiras. A *internet* transcende a geografia. Ainda que o telefone, o fac-símile, o rádio, a televisão também ultrapassem fronteiras, caberia questionar se, porventura, a comunicação feita por meio da informática distingue-se das demais formas telemáticas e conduz a novas relações no âmbito do Direito Internacional Privado.

Esta diluição espacial, deve-se apontar, se dá ao termo e com maior frequência, em ocorrências surgidas entre indivíduos vinculadas a sistemas jurídicos distintos, dado o caráter transnacional dos negócios jurídicos estabelecidos.

Nas relações obrigacionais, a opção legislativa brasileira toma como mais adequada a aplicação do direito que vigore no local de constituição da obrigação como aquele adequado para reger aquela situação (*lex loci celebrationis*). Nos contratos celebrados à distância, como aqueles estabelecidos telematicamente, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (anteriormente conhecida como Lei de Introdução ao Código Civil), em seu artigo 9º, *caput* c/c parágrafo 2º, toma como aplicável a lei do local onde se constituírem, tomado este onde se encontre o proponente.

Cabe apontar, neste ponto, que se exclui do tópico aqui tratado, os casos de acidentes de consumo, visto que a regra de sobredireito aponta para o local onde deu-se o ilícito (*lex loci delicti commissi*<sup>1</sup>).

---

<sup>1</sup> Solução igualmente dada pela quase totalidade dos diplomas estrangeiros. Cite-se, *e.g.*, GOLDSMITH, Jack L. e SYKES, Alan O.. *Lex loci delictus and global economic welfare. Spinuzzi V. ITT Sheraton Corp.*. In *Harvard Law Review*. Volume 120. Março de 2007.

---

Situação mais interessante circunscreve-se na hipótese de prestação de serviços. Se os serviços contratados se dão com prestador estrangeiro, por meio telemático, mas prestados no Brasil, seria aplicável a regra de sobredireito apontada pelo Direito Internacional Privado. Entretanto se os serviços são prestados fora do país com prestadores que igualmente estão estabelecidos fora do país, tem-se como única vinculação ao sistema interno o fato do consumidor encontrar-se no Brasil<sup>2</sup>.

A ilustre professora de Direito Internacional Privado e uma das principais autoridades no campo do Direito do Consumidor, Cláudia Lima Marques, questiona, com propriedade, se “o ordenamento jurídico brasileiro está preparado para esta internacionalização das relações de consumo, em especial pela Internet” (*in* MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais. 4ª edição revista e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. Página 121). Após, conclui:

“Como em matéria de consumo, a lei brasileira material determina que o proponente é sempre o fornecedor (art. 30 do CDC), teríamos sempre, se usado o art. 9º, § 2º, da LICC/42) (*sic*), a aplicação da lei do lugar de residência do fornecedor para reger os contratos à distância, mesmo os de consumo, como os contratos do comércio eletrônico de consumo. Observar-se-ia, pois, uma forte incoerência do Direito Internacional Privado brasileiro, que ao invés de proteger o sujeito constitucionalmente identificado e seus direitos fundamentais (art. 5º, XXXII, da CF/88), privilegiaria o fornecedor com sede no exterior.” (*in* MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais. 4ª edição revista e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. Página 129)

A citada professora traz-nos a dissonância doutrinária e jurisprudencial no que se refere à aplicabilidade da norma protetiva brasileira, de um lado considerando-a aplicável imperativamente e considerando qualquer norma alienígena como afrontante ao direito interno e à ordem pública, doutro, aplicando-se as normas de Direito Internacional Privado acima descritas.

---

<sup>2</sup> Imaginemos uma hipótese de um indivíduo domiciliado no Brasil que contrata, através do uso de um computador pela *internet*, com uma empresa sediada em Portugal. Neste contrato adquire determinado produto em Portugal e solicita a sua entrega na França. A execução do contrato, em momento algum, teve sua ocorrência no Brasil, tendo como único liame o local onde se encontra o consumidor.

---

A opção daquele que observa o Direito dar-se-á pelo fato de que a ordem pública não é característica da norma jurídica, sendo exógena a esta, mas que, ainda assim, impede a aplicação de leis estrangeiras indicadas pelas regras de conexão, em que sendo inaplicável a *lex causae* (seja por a lei estrangeira admitir algo inadmissível, seja por inadmitir algo admissível), substituindo-a pela *lex fori*.

Tem-se, pois, que ambas as interpretações tem critérios justos de avaliação, sendo que a definição pelo posicionamento legislativo aparece como meio ideal de solução de tal controvérsia, especialmente como elemento acautelatório do sistema protetivo brasileiro dado aos consumidores.

Verificada a necessidade do microssistema de Direito do Consumidor ter em seu bojo uma regra de conexão que a semelhança de seu todo garanta a proteção daquele tido por hipossuficiente, cabe aferir o âmbito desta regra de conexão.

Ainda que o caráter transnacional do direito do consumidor surja preponderantemente com as negociações advindas do denominado comércio eletrônico, não se tem que as relações transnacionais de consumo se deem exclusivamente por tal modo. Assim sendo, ainda que seja pertinente tratarmos, ao analisar o comércio eletrônico, da necessidade de uma regra de conexão voltada ao Direito do Consumidor por ser esta a hipótese em que tais relações transfronteiriças se apresentam mais latentes, não significa que a regra de Direito Internacional Privado deva se restringir às relações jurídicas estabelecidas desta forma.

Desta feita, ainda que a problemática da necessidade de uma regra de conexão incidente ao Direito do Consumidor apareça com mais força da questão do comércio eletrônico, deve tal regra imperar sobre todas as relações transfronteiriças do microssistema, buscando-se assegurar a uniformidade de soluções a problemas idênticos, ainda que dadas por formas de contratação distintas.

Ultrapassada tal necessidade de definição legislativa, remete-se sobre o tema as disposições contidas no Regulamento (CE) nº 593/2008, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de Junho de 2008, sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (Roma I), no qual, de acordo com a legislação europeia de defesa do consumidor, quando este celebra um contrato com um comerciante estrangeiro não pode ser privado da proteção conferida pelas leis imperativas do seu país de residência, razão pela qual um comerciante que deseje vender além das fronteiras, terá que suportar com os custos (legais e comerciais) para certificar-se que observa o nível da legislação de defesa do consumidor no país.

Tem-se que a citada norma europeia possui aspecto bilateral (“artigo 5º. (...) são regulados pela lei do país em que o consumidor tem a sua residência habitual”), vinculando-se a legislação aplicável ao local de residência do consumidor seja qual for. Critério razoável, considerando-se ser uma norma supranacional.

Sobre este ponto, analisando a técnica legislativa aplicável às regras de conexão, opta o Direito brasileiro ora por normas unilaterais - entendendo que o legislador só tem competência sobre suas próprias leis, não lhe cabendo atribuir competência a outro legislador<sup>3</sup> -, ora por normas bilaterais<sup>4</sup>. Sendo a característica da norma proposta incidente sobre aspectos obrigacionais, e não relativas ao estatuto pessoal, tem-se mais apropriada a expressão “domiciliado no Brasil” e afastando-se a expressão “domiciliado no país”, visto que esta, indeterminando, poderia gerar interpretação multifária.

No caso em tela, teríamos, pelo exposto acima, algumas soluções possíveis para a norma de natureza conflitual, tais como crer mais adequado o local de execução do serviço, o local onde se situe o produto, o local onde forma-se o contrato, dentre tantas outras opções. Tal opção legislativa haverá de ser *vis a vis* uma opção de caráter valorativo. Inclui-se nessas opções, aquela seguida pela maioria dos países, a do local de domicílio do consumidor, tomando esta hipótese como a que se apresenta mais efetiva prevenção e reparação de danos que porventura aquele tido por hipossuficiente pode vir a sofrer<sup>5</sup>, resguardando-se ainda a autonomia da vontade das partes, quando servir de maior garantia ao consumidor<sup>6</sup>.

---

<sup>3</sup> Cite-se, *e.g.*, as regras de conexão relativas a determinação da nacionalidade, da condição jurídica dos estrangeiros e normas processuais.

<sup>4</sup> Ainda que, em sentido oposto a esta dicotomia, faça-se mister apontar ser absolutamente plausível a teoria de Pancchioni, entendendo que todas as normas internacionais são bilaterais, embora freqüentemente o sejam em parte legais, em parte jurisprudenciais.

<sup>5</sup> Tome-se o artigo 5º, da Convenção de Roma de 1980, que regra a preferência da lei do país onde o consumidor tem sua residência habitual como fórmula de conexão rígida.

<sup>6</sup> Cite-se Jan KROPHOLLER (“*Die Anwendung des materiell besseren Rechts (better law approach) ist eine weitere Methode, bei der Wahl des maßgebenden Rechts von Inhalt der konkurrierenden Gesetze auszugehen. Als Maßstab für die Auswahl kommen sowohl vorbestimmte Ziele in Betracht (z.B. der Schutz der Schwachen (...))*”). In *Internationales Privatrecht: Einschliesslich der Grundbegriffe des Internationalen Zivilverfahrensrechts*. 6ª edição. Mohr Siebeck, 2006) e Antonio BOGGIANO apontado por Cláudia Lima Marques in “A insuficiente proteção do consumidor nas normas de Direito Internacional Privado - Da necessidade de uma Convenção Interamericana (CIDIP) sobre a lei aplicável a alguns contratos e relações de consumo”. In Conselho Permanente da Organização dos Estados Americanos. Comissão de Assuntos Jurídicos e Políticos. Seleção de Temas para a Agenda da Sétima Conferência Especializada Sobre Direito Internacional Privado (CIDIP-VII) (Documentos que sustentam a proposta brasileira para uma “Convenção Interamericana de Direito Internacional Privado (CIDIP) sobre a lei aplicável a alguns contratos e relações de consumo”). Publicado in *Revista dos Tribunais* nr. 788 (jun. 2001), p. 11-56) com o título “A insuficiente proteção do

---

Melhor dispor a norma de Direito Internacional Privado exclusivamente nas hipóteses em que venha ela a ser aplicável, deixando as demais hipóteses de responsabilização, em especial a que prevê a responsabilidade por defeitos no fornecimentos de produtos ou na prestação de serviços, à solução geral aos casos de danos por ilícitos fornecida pelo artigo 9º, do Decreto-Lei 4.657, de 14 de setembro de 1942, optando-se pela *lex loci delictus*.

Assim sendo, tendo em vista a limitação da incidência desta norma de sobredireito específica aos casos de vícios de fornecimentos de produtos ou de prestação de serviços, não se mostra adequado apor a regra de conexão na parte introdutória do Código, devendo a regra ser apontada apenas nos dispositivos em que venha ela a ser aplicável.

Conclui-se, portanto, a inclusão da regra de conexão apenas aos casos de previsão da responsabilidade por vício do produto e do serviço, incorporando-a a seção correspondente.

### III. DISTINÇÃO ENTRE A CONTRATAÇÃO INFORMÁTICA E A CONTRATAÇÃO TELEMÁTICA

Cabe trazer, perfunctoriamente, a distinção formulada pelo professor titular da Universidade de São Paulo, Newton de Lucca, acerca da distinção entre contratos informáticos e contratos telemáticos.

Os primeiros, contratos informáticos, trazem os bens e os serviços de informática como sendo o objeto do contrato, enquanto nos contratos telemáticos os meios de telecomunicação, dentre os quais a informática, apresentam-se como meio de formação contratual<sup>7</sup>.

Tem-se, ante a precisa distinção, que apenas os contratos telemáticos surgem como algo característico da atual sociedade da informação.

Os contratos informáticos, *prima facie*, não exigem um regramento que os distingam dos demais contratos, razão pela qual se tem que o tratamento dado pelo Código Brasileiro de Defesa do Consumidor às relações de um modo geral, já incorporam contratos cujos objetos

---

consumidor nas normas de Direito Internacional Privado - Da necessidade de uma Convenção Interamericana (CIDIP) sobre a lei aplicável a alguns contratos e relações de consumo" e, pela OEA, in "XXVII Curso de Derecho Internacional - OEA/CIJ, Ed. Secretaría General-Subsecretaria de Asuntos Jurídicos", Washington, EUA, 2001, p. 657 a 779, com o título "A proteção do consumidor: aspectos de direito privado regional e geral".

<sup>7</sup> Anote-se as ressalvas formuladas pelo citado professor de indistinção de termos no direito peninsular, considerando os *contratti d'informatica* englobando tanto os *contratti de utilizzazione del computer* e os *contratti informatici* (in DE LUCCA, Newton. Aspectos da contratação informática e telemática. São Paulo. Saraiva. 2003. Página 20).



---

são os bens e os serviços de informática, ainda que se apresentem, vez por outra, como complexos de contratos englobando em si uma faceta telemática.

#### **IV. DISTINÇÃO ENTRE A CONTRATAÇÃO FORMADA POR MEIO DA INFORMÁTICA E A CONTRATAÇÃO APERFEIÇOADA PELAS DEMAIS FORMAS DE COMUNICAÇÃO TELEMÁTICA**

Considerando a rapidez com que se criam novas formas de contratação especialmente por via informática, torna-se necessário que o direito afaste-se ainda mais de hipóteses concretas, aproximando dos corolários principiológicos que busque assegurar.

Neste sentido, torna-se necessário verificar se as relações jurídicas estabelecidas por via informática podem ser equiparadas às demais contratações formadas através de meios telemáticos.

A comunicação por meio da *internet* torna mais evidente os desafios aos quais os modelos tradicionais de governança e regulação têm hodiernamente enfrentado.

Para o propósito de regulação da forma de contratação por meio informático, a comunicação pela *internet* não pode ser adequadamente comparada ou contrastada a outras formas de comunicação meramente tomando-se uma de suas características. Ao contrário, é a combinação de características que torna única a comunicação pela *internet* quando comparada a outros meios de comunicação telemática<sup>8</sup>.

O uso de analogias, comumente, apresenta-se uma demonstração um tanto limitada dos fenômenos. Com referência à *internet*, usualmente, há a comparação à "rodovia da informação", pela figura metafórica da velocidade das informações transitadas e ao modo pelo qual estas informações se integram. Esta analogia, entretanto, passa ao largo do aspecto de regulação das informações transmitidas, esvaindo o interesse no tópico aqui tratado.

Em um nível mais generalizado, pode se desenhar uma analogia entre a *internet* e os meios tradicionais de comunicação, ainda não sendo passível de conclusão de qual seria o meio que lhe seria mais próximo (se seria a telefonia, ou a radio-difusão).

A confusão que usualmente se faz entre a comunicação pela *internet* dos demais meios de comunicação se dá, especialmente, por um aspecto histórico que cabe aqui fazer menção.

---

<sup>8</sup> A guisa de exemplo, por outros meios de comunicação telemática, citamos a contratação por via telefônica, contratação por fac-símiles, contratação pela televisão *etc*.

Antes do advento da internet, propagou-se entre os operadores de computação um serviço denominado *bulletin board system* (ou como ficou conhecido: BBS). Através deste sistema, conectava-se uma série de computadores equipados com um *modem* através de linha telefônica, utilizando um mesmo programa de emulação de terminal, permitindo a interação entre as máquinas.

Se de um lado, torna-se necessário prever os negócios estabelecidos por meio da informática, doutro, deve se prever negócios estabelecidos por meios telemáticos distintos.

A característica individual da *internet*, entretanto, é distinta. Origina-se em grande parte de sua arquitetura técnica, que funciona como uma série de camadas sobrepostas mas, ainda assim, independentes dos demais componentes. Os protocolos técnicos que formam a base da *internet* são abertos e flexíveis, a fim de que virtualmente qualquer rede particular possa se conectar e compartilhar dados com outras redes (daí até mesmo o nome *internet*).

Assim, os serviços obtidos através da *internet* (tais como a *World Wide Web* ou o correio eletrônico) são dissociados de qualquer infra-estrutura subjacente.

Se a conexão a redes de computadores por meio da telefonia, apresentou-se um fluxo que desaguou na internet, novos serviços (como telefonia via internet) apresenta-se um contra-fluxo sem que isto represente uma necessária mudança nos protocolos de transmissão.

A estabilidade da arquitetura da *internet* (e a conseqüente grande probabilidade de sua permanência por ainda um largo tempo) está no fato de que a arquitetura da *internet* utiliza-se de uma conexão que adapta ao sistema de roteamento, dissociada, portanto, do canal pelo qual seja estabelecida conexão de cada servidor individual. Para que isto seja possível, o tráfego de dados na *internet* é dividido em "pacotes" que são roteados dinamicamente entre vários pontos com base na rota mais eficiente a qualquer momento, através de uma rede *hosts* que se comunicam livremente, revelando assim a natureza fractal da rede (sendo esta natureza fractal, possivelmente, a principal característica que a distingue arquitetadamente dos demais meios de comunicação).

Deste padrão de distribuição fractal, surgem aspectos técnicos que impedem a equivalência completa entre a comunicação pela internet e os demais meios.

## V. A CONTRATAÇÃO POR MEIO DA *INTERNET* E SUA REGULAÇÃO

Ainda que sempre imprecisa qualquer tentativa de definição da *internet* e a peculiaridade deste meio de comunicação, é de se verificar que a convergência entre a *internet* e os demais meios de comunicação, através da tendência de digitalização que a evolução tecnológica exige<sup>9</sup>.

Uma regulação ao comércio eletrônico, diante da estrutura da *internet*, não deve conduzir a padrões determinados ou a redes fechadas capazes de serem contraproducentes ao vigor da *internet*, ao mercado de provedores de serviços de *internet*, ou ao mercado de infraestrutura de telecomunicações.

Tem-se, portanto, que a regulação aos negócios de consumo estabelecidos pela *internet* deva seguir o critério mínimo de regulamentação, estendendo os aspectos principiológicos do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor ao ambiente virtual, tendo por meio legislativo a escalabilidade, ou seja, não se opondo ao crescimento da *internet*, mas incentivando-o, ainda que regrado deformações de seus mecanismos.

É de se lembrar, ainda, que o crescimento da *internet* não se dá preponderantemente por políticas públicas. A denominada inclusão digital não surge, via de regra, por manifestações governamentais. A fórmula mais simples de integrar os indivíduos ao domínio tecnológico dá-se pelos influxos dão-se pelas pressões econômicas e tecnológicas<sup>10</sup>. São estas pressões que impulsionam o crescimento da *internet* e que, portanto, salvo no caso de excessos, não podem ter a regulação pelo Estado como fator de sua limitação. O Estado deve, em realidade, incentivar a concorrência e limitar ao máximo a regulação.

---

<sup>9</sup> Cite-se a teoria evolucionista a respeito de hardware denominada Lei de Moore, no qual o presidente da empresa Intel, Gordon Moore, previu com sucesso o seguinte: *"the complexity for minimum component costs has increased at a rate of roughly a factor of two per year... Certainly over the short term this rate can be expected to continue, if not to increase. Over the longer term, the rate of increase is a bit more uncertain, although there is no reason to believe it will not remain nearly constant for at least 10 years. That means by 1975, the number of components per integrated circuit for minimum cost will be 65,000. I believe that such a large circuit can be built on a single wafer"* (in *Eletronic Magazine* de 19 de abril de 1965). Em sentido análogo, mas com referência às telecomunicações, tem-se a Lei de Metcalfe.

<sup>10</sup> Haja vista a exigência do mercado de trabalho pelos conhecimentos de informática.

---

## VI. FASE PRÉ-CONTRATUAL DAS RELAÇÕES ESTABELECIDAS POR MEIO TELEMÁTICO (PROPOSTA AO ARTIGO 33)

Com relação à oferta, há de se incluir disposição acerca daquela conferida por meio telemático, haja vista que a redação original do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor prevê, em sua redação original, unicamente a relação jurídica estabelecida por meio postal ou telefônico.

Ao contrário de diversas legislações alienígenas, opta-se por não entabular normas conceituais, visto que, ante a volatilidade dos conceitos sobre os quais gravitam os contratos telemáticos, termos abertos parecem mais adequados, delegando-se com isto, ao intérprete da norma as funções conceituais.

Buscou-se, portanto, não definir legalmente conceitos como a comunicação publicitária em rede, ou ainda conceitos de armazenagem principal ou intermediária.

Ao *caput* do artigo 33, propõe-se a ampliação dos casos de oferta de contratos à distância àqueles formados por meios telemáticos que, em sua redação original, limitava-se às ofertas por meio postal e por meio telefônico.

Incorporou-se na redação do texto a disposição já aventada no Projeto de Lei da Câmara dos Deputados nº 979/2007, determinando a aposição de endereço físico dos fornecedores de produtos ou serviços nas mensagens publicitárias dadas de forma telemática.

No proposto parágrafo primeiro do citado dispositivo, amplia-se a vedação de oneração ao consumidor às hipóteses de contratação telemática e não apenas aos casos de oferta dada por meio telefônico. Com isto, amplia-se a vedação a casos de oferta dados por fac-símile e meios assemelhados. Busca, portanto, se transformar uma norma cuja interpretação poderia ser restritiva em uma norma de interpretação ampliativa pela ausência de norma qualificadora ao termo “telemático”. Com a presente redação, busca-se incorporar o teor do Projeto de Lei da Câmara dos Deputados nº 6.474/2006.

No sugerido parágrafo segundo, ainda que não restrita, tem como exemplo imediato as hipóteses ocorridas pelos denominados *spams*, razão pela qual em sua redação não se utilizou do termo “publicidade” e sim “remessa de mensagem publicitária”.

Adotou-se os mesmos critérios seguidos pela legislação estadunidense (*Controlling the assault of non-solicited pornography and marketing Act of 2003 - Can-Spam Act*)<sup>11</sup>, pela legislação de Singapura (*Spam Control Act 2007*)<sup>12</sup> e pelo projeto de lei argentino S-4242/2004, apresentado pelos senadores Jorge M. Capitanich e Miguel A. Pichetto em 2 de dezembro de 2004<sup>13</sup>.

Neste sentido, não se veda a remessa de comunicações telemáticas (como o faz a legislação australiana, em seu *Spam Act 2003*<sup>14</sup>, ou francesa, pela Lei 2004-575<sup>15</sup>, que exigem o *opt-in* prévio do consumidor para a remessa, ou como faz a legislação chilena que obriga o *opt-in* após a primeira mensagem recebida<sup>16</sup>).

---

<sup>11</sup> Nos termos deste ato, em seu § 7704 [§ 5], é proibida a transmissão de informações falsas ou incompletas, as mensagens cujo assunto apostado seja enganoso, que não contenham um endereço válido de retorno de correio eletrônico ou que tenham sido enviadas após recusa do destinatário.

<sup>12</sup> Parte III, n. 11: "Any person who sends, causes to be sent or authorises the sending of unsolicited commercial electronic messages in bulk shall comply with the requirements in the Second Schedule"

<sup>13</sup> "Artículo 7. Comunicaciones comerciales

Las comunicaciones comerciales cumplirán, al menos, las condiciones siguientes:

- a) las comunicaciones comerciales serán claramente identificables como tales en el cuerpo de la comunicación;
- b) será claramente identificable la persona física o jurídica en nombre de la cual se hagan dichas comunicaciones comerciales;
- c) las ofertas promocionales, como los descuentos, premios y regalos, cuando estén permitidos, deberán ser claramente identificables como tales. Serán fácilmente accesibles y presentadas de manera clara e inequívoca las condiciones que deban cumplirse para acceder a ellos;
- d) los concursos o juegos promocionales, cuando estén permitidos, serán claramente identificables como tales. Las condiciones de participación serán fácilmente accesibles y se presentarán de manera clara e inequívoca.
- e) Las comunicaciones comerciales por correo electrónico deberán en todos los casos informar al receptor de su derecho a no recibir comunicaciones similares en el futuro ("opt-out") y contendrán un procedimiento claro y sencillo para que el receptor ejerza esa opción".

<sup>14</sup> "SECT 16 - Unsolicited commercial electronic messages must not be sent

(1) A person must not send, or cause to be sent, a commercial electronic message that:

- (a) has an Australian link; and
- (b) is not a designated commercial electronic message.

2) Subsection (1) does not apply if the relevant electronic account-holder consented to the sending of the message (...)".

<sup>15</sup> Artigo 22, III: "Sans préjudice des articles L. 33-4-1 du code des postes et télécommunications et L. 121-20-5 du code de la consommation tels qu'ils résultent des I et II du présent article, le consentement des personnes dont les coordonnées ont été recueillies avant la publication de la présente loi, dans les conditions prévues par la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, à l'utilisation de celles-ci à fin de prospection directe peut être sollicité, par voie de courrier électronique, pendant les six mois suivant la publication de la présente loi. A l'expiration de ce délai, ces personnes sont présumées avoir refusé l'utilisation ultérieure de leurs coordonnées personnelles à fin de prospection directe si elles n'ont pas manifesté expressément leur consentement à celle-ci".

<sup>16</sup> Ley 19496/1997, com redação dada pela Lei 19955/2004: "Artículo 12 A.- En los contratos celebrados por medios electrónicos, y en aquellos en que se aceptare una oferta realizada a través de catálogos, avisos o cualquiera otra forma de comunicación a distancia, el consentimiento no se entenderá formado si el consumidor no ha tenido previamente un acceso claro, comprensible e inequívoco de las condiciones generales del mismo y la posibilidad de almacenarlos o imprimirlos.

La sola visita del sitio de Internet en el cual se ofrece el acceso a determinados servicios, no impone al consumidor obligación alguna, a menos que haya aceptado en forma inequívoca las condiciones ofrecidas por el proveedor.

Una vez perfeccionado el contrato, el proveedor estará obligado a enviar confirmación escrita del mismo.

Ainda assim, a proposta formulada busca limitar o uso de mensagens publicitárias por meio telemático a certas condições<sup>17</sup>, possibilitando ainda ao consumidor sua liberdade de escolha em não mais receber as referidas mensagens (*opt-out*)<sup>18</sup>.

Toma-se mais adequada a indicação de que o meio de resposta seja idêntico à forma de envio, e não meramente a indicação de um endereço eletrônico de resposta (como faz a legislação estadunidense citada).

Justifica-se tal adequação ante o fato de que, ao contrário da legislação alienígena, propõe-se aqui um regramento não apenas das mensagens denominadas *spams*, mas a todas aquelas dadas por forma telemática. Assim sendo, exemplificando-se, uma oferta formulada por uma mensagem de texto destinada a um celular, deve prover uma forma de resposta idêntica a fim de garantir ao consumidor que efetivamente possa dirigir-se ao ofertante.

Por fim, seguindo a orientação da legislação portuguesa (artigo 23, n. 2, do Decreto-Lei n.º 7, de 07 de janeiro de 2004), por prudente a delegação da oferta por meio telemático daqueles que exerçam profissões regulamentadas às regras deontológicas da profissão, seja para limitação

---

*Ésta podrá ser enviada por vía electrónica o por cualquier medio de comunicación que garantice el debido y oportuno conocimiento del consumidor, el que se le indicará previamente. Dicha confirmación deberá contener una copia íntegra, clara y legible del contrato’.*

<sup>17</sup> Cite-se algumas importantes *class actions* no campo do direito do consumidor sobre o tema que tomaram curso nos EUA: *FTC v. Nia Cano, et al.*, Civil No. 97-7947-CAS-(AJWx) (C.D. Cal. filed Oct. 29, 1997); *FTC v. Internet Business Broadcasting, Inc., et al.*, Civil No. WMN-98-495 (D. Md. Filed February 19, 1998); *FTC v. Dixie Cooley, d/b/a DWC*, Civil No. CIV-98-0373-PHX-RGS (D. Ariz. filed March 4, 1998); *Kalvin P. Schmidt*, Docket No. C-3834 (final consent Nov. 16, 1998); *LS Enterprises*, Docket No. C-3884 (final consent Aug. 2, 1999); *FTC v. David Martinelli, Jr.*, 3:99 CV 1272 (CFD) (D. Conn. July 1999); *FTC v. Reverseauction.com, Inc.* Civil Action No. 000032 (D.D.C. filed Jan. 2000); *FTC v. Sandra L. Rennert, et al.*, CV-S-00-0861-JBR) (D. Nev. filed July 6, 2000).

<sup>18</sup> No mesmo sentido, Diretiva 2000/31/CE da União Européia, que, em seu artigo 7º, n. 2, dispõe que “sem prejuízo da Directiva 97/7/CE e da Directiva 97/66/CE, os Estados-Membros deverão tomar medidas que garantam que os prestadores de serviços que enviem comunicações comerciais não solicitadas por correio electrónico consultem regularmente e repetem os registros de opção negativa (*«opt-out»*) onde se podem inscrever as pessoas singulares que não desejem receber esse tipo de comunicações”, sendo acompanhada pela legislação interna dos países membros (*e.g.*, Portugal, artigo 25, do Decreto-Lei 7/2004). Em sentido distinto, tem-se a Diretiva n.º 2002/58/CE que dispõe: “Art. 13. 1. A utilização de sistemas de chamada automatizados sem intervenção humana (aparelhos de chamada automáticos), de aparelhos de fax ou de correio electrónico para fins de comercialização directa apenas poderá ser autorizada em relação a assinantes que tenham dado o seu consentimento prévio. 2. Sem prejuízo do n.º 1, se uma pessoa singular ou colectiva obtiver dos seus clientes coordenadas electrónicas de contacto para correio electrónico, no contexto da venda de um produto ou serviço, nos termos da Directiva 95/46/CE, essa pessoa singular ou colectiva poderá usar essas coordenadas electrónicas de contacto para fins de comercialização directa dos seus próprios produtos ou serviços análogos, desde que aos clientes tenha sido dada clara e distintamente a possibilidade de recusarem, de forma gratuita e fácil, a utilização dessas coordenadas electrónicas de contacto quando são recolhidos e por ocasião de cada mensagem, quando o cliente não tenha inicialmente recusado essa utilização”

da mensagem, seja, em caráter sinalagmático, para permitir a expedição de comunicações telemáticas a tais profissionais.

## VII. FORMAÇÃO DOS CONTRATOS TELEMÁTICOS (PROPOSTA AO ARTIGO 48)

Evidentemente que as relações jurídicas estabelecidas no campo do espaço comercial eletrônico<sup>19</sup>, não se encontram dissociadas das demais fórmulas de contratação, sendo-lhe apenas o meio no qual se consubstancia como sendo algo peculiar.

Dispõe o artigo 11, da Lei modelo da UNCITRAL sobre comércio eletrônico<sup>20</sup>, 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 em sua formação”.

Desta proposta de norma, tem-se que não adquire relevância jurídica a caracterização do contrato telemático como sendo firmado “entre ausentes” ou “entre presentes”, já que o aspecto relativo à formação do contrato vincular-se-á, não ao aspecto geográfico dos contratantes, mas à simultaneidade ou não da aceitação da oferta. A determinação do momento da formação contratual tem sua importância advinda de seu critério temporal e não de uma eventual dissociação espacial entre os contratantes.

Sobre a importância da definição do momento da formação dos contratos nos quais os contratantes manifestam suas vontades em momentos distintos, conforme assevera o professor Guilherme Magalhães Martins a contratação por correio eletrônico apresenta-se distinta dos demais meios telemáticos, por faltar-lhe o aspecto da instantaneidade, assim como se distingue da correspondência postal, por faltar-lhe o pressuposto de um serviço postal na qual as partes podem razoavelmente confiar.

Aos contratos telemáticos, sejam eles intersistêmicos, interpessoais ou interativos<sup>21</sup>, observadas as considerações expostas necessárias por versar a matéria ao campo do Direito do Consumidor, apresenta-se pertinente e integrada ao restante do sistema jurídico brasileiro, o teor do enunciado 173, da III Jornada de Direito Civil, organizada pelo Centro de Estudos

---

<sup>19</sup> Designação dada pelo professor argentino Ricardo Luiz Lorenzetti, em sua obra Comércio Eletrônico (Editora Revista dos Tribunais. São Paulo. 2004. Página 163), para designar os contratos telemáticos.

<sup>20</sup> Sobre o qual se baseiam o Projeto de Lei do Senado Federal nº 672/1999 e o Projeto de Lei da Câmara dos Deputados nº 1.588/1999.

<sup>21</sup> BARBAGALO, Erica Brandini. Contratos eletrônicos : contratos formados por meio de redes de computadores. São Paulo. Editora Saraiva, 2001.

---

Judiciários do Conselho da Justiça Federal, cuja redação foi proposta pelo citado professor Guilherme Magalhães Martins. Diz o referido enunciado que “a formação dos contratos realizados entre pessoas ausentes, por meio eletrônico, completa-se com a recepção da aceitação pelo proponente”.

Ao se propor a redação de um parágrafo segundo ao artigo 48, do Código Brasileiro de Proteção e Defesa do Consumidor, tomou-se a necessidade de definição de responsabilidade específica do fornecedor na formação dos contratos telemáticos.

A remissão à necessidade de integridade de formação e armazenamento do contrato, assim como da necessidade de identificação do consumidor, inspira-se na regra disposta no artigo 1.316-1, do Código Civil francês<sup>22</sup>, e, ao indicar como requisito para sua formação a integridade na elaboração e armazenamento, passa a indicar, ainda que não como seu modo exclusivo, a eventual necessidade de criptografia pelo fornecedor das mensagens trocadas entre os contratantes.

Busca-se com esta proposta, deixar um conceito importante, mais muito volátil, em aberto. De forma intencional não se pretende definir quais seriam as condições que assegurariam a integridade do contrato telemático a ser promovido pelo fornecedor de produto ou serviço. Justifica-se esta norma em branco com o exemplo clássico da responsabilidade da instituição bancária aos casos em que terceiros (conhecidos pela forma inglesa de *hackers*) fraudam e subtraem valores de consumidores. Acerca do chamado as operações bancárias no espaço virtual hoje podem ser dar basicamente de três formas. A primeira, conhecida pela expressão inglesa de *internet banking*, pode se dar pelo uso de computadores pessoais, telefones móveis e televisores interativos. O segundo modo, usualmente conhecido pela expressão *home banking*, pode se dar por meio de computadores pessoais residenciais ou pelos chamados *telephone banking* (seja em áudio, seja em vídeo-textos). Por fim, como terceira hipótese, há o serviço de operações bancárias no espaço virtual providos por caixas de atendimento automáticos. Em todos estes modos de operações bancárias há fórmulas já conhecidas e outras tantas que irão existir pelos quais terceiros podem criminosamente subtrair importâncias de correntistas. Desta forma, deixando-se o conceito em aberto, àquele que vier a analisar o caso concreto caberá verificar se foram ou não tomadas as condições que na ocasião eram previsíveis de o serem pelo fornecedor.

Ainda no campo da formação contratual, toma-se como de capital importância a previsão da responsabilidade do fornecedor na guarda de dados pessoais do consumidor, razão pela qual

---

<sup>22</sup> “L’écrit sous forme électronique est admis en preuve au même titre que l’écrit sur support papier, sous réserve que puisse être dûment identifiée la personne dont il émane et qu’il soit établi et conservé dans des conditions de nature à en garantir l’intégrité”.



---

se deu a sugestão ao artigo 48, parágrafo terceiro, seguindo a proposta formulada pelo anteprojeto de lei sobre comércio eletrônico, elaborado pela Comissão de Informática da Ordem dos Advogados de São Paulo, tem-se por pertinente que se haja previsão legal no tocante ao resguardo dos dados pessoais do consumidor por ocasião da contratação telemática.

Esta restrição se propõe, ainda que de forma indireta, coibir práticas tidas usualmente como abusivas por demasiadamente vorazes, como o uso dos denominados *cookies* a fim de colher sub-repticiamente informações sobre as preferências do consumidor. Veda-se, ainda, práticas ainda mais novas e mais agressivas como os denominados *phishings*, *vishings* ou *smishings*.

#### **VIII. RESPONSABILIDADE DOS PRESTADORES DE SERVIÇO DE ARMAZENAGEM INFORMÁTICA EM REDE DE COMPUTADORES (PROPOSTA AO ARTIGO 15)**

Matéria controversa e, portanto, passível de regramento encontra-se na definição da responsabilidade daqueles que armazenam dados informáticos em rede de computadores.

Como nota inicial, deve se apontar que considerando a distinção que foi feita anteriormente aos contratos telemáticos e informáticos, em princípio não seria justificável circuncrever as hipóteses do proposto artigo aos casos de contratos telemáticos. Em princípio, o correto seria indicar sua incidência aos contratos informáticos apenas. Contudo, tendo em vista que a norma visa apontar casos de responsabilidade solidária, sendo impassível de vir a tomar uma interpretação ampliativa, surge a necessidade de se colocar a matéria no círculo maior da contratação telemática que haverá de incluir a contratação informática e outras que, porventura, a tecnologia irá desenvolver.

Quanto à possibilidade de responsabilização do provedor de serviço de armazenagem, a matéria não é em nada pacífica.

Se por um lado, temos o claro exemplo da legislação portuguesa que inspira e dispõe que “o prestador intermediário do serviço de armazenagem em servidor só é responsável, nos termos comuns, pela informação que armazena se tiver conhecimento de actividade ou informação cuja ilicitude for manifesta e não retirar ou impossibilitar logo o acesso a essa informação” (artigo 17, n. 1, do Decreto-Lei 7/2004), temos opiniões abalizadas que defendem a irrestrita responsabilização do provedor de armazenagem<sup>23</sup>.

---

<sup>23</sup> *E.g.* FERNANDES NETTO, Antonio Joaquim. Responsabilidade do provedor “Internet”. *Revista Ajuris*. Edição Especial. Março de 1998. Volume II. Página. 551.

---

Optamos por uma posição intermediária, sendo certo que não se distinguiu na questão os casos de armazenagem principal e de armazenagem intermediária (mais conhecida pela expressão inglesa *catching*).

Tratemos da questão versando sobre duas formas de contratação que vem sendo muito usuais no comércio eletrônico: o leilão virtual e os sítios eletrônicos de compras coletivas.

Embora tenha sido revestido nele um senso comum representado por uma das muitas espécies de leilão que consuetudinariamente veio a ser consagrada, sem que, com isto, signifique dizer que as demais modalidades de leilão não existam ou que seriam inaplicáveis.

Sob a ótica da economia, os professores da Universidade de Ontário Preston McAfee e John McMillan conceituam o leilão da seguinte forma: *"an auction is a market institution with an explicit set of rules determining resource allocation and prices on the basis of bids from market participants"*<sup>24</sup>. Os motivos pelos quais pode se optar pelo leilão e não pela venda direta são os mais variados. Uma destas opções seria pelo fato de que alguns produtos não possuem valor encontrado facilmente no mercado, sendo definido pela procura e não pela oferta. Muitas vezes, alguma das partes sabe alguma coisa relevante para a operação que a outra parte não sabe. Essas condições assimétricas de informação, presentes nas atividades econômicas, justificam o leilão.

O economista da escola austríaca Frederick August von Hayek critica teorias que pretendem descrever o sistema de preços, mas partem do pressuposto que os indivíduos têm em formação simétrica. Toma o autor que o caráter peculiar do problema de uma ordem econômica racional é determinado precisamente pelo fato de que o conhecimento das circunstâncias de que nós devemos fazer uso nunca existe de forma integrada, mas como pedaços de um conhecimento incompleto e freqüentemente contraditório que todos os indivíduos separados possuem. O problema econômico da sociedade é, portanto, não meramente um problema de como alocar os dados a fim de formar um pensamento único que deliberadamente possa resolver um problema com base nessas informações imperfeitas, mas de garantir a melhor utilização dos recursos conhecidos a qualquer um<sup>25</sup>.

Sob esta ótica, é de se apontar que se mostram pungentes os avanços na teoria microeconômica relativos à modelagem do comportamento estratégico sob um cenário de

---

<sup>24</sup> MCAFEE, P. & M. J. Auctions and bidding. **Journal of Economic Literature**, New York, v. 25, p. 699-738, Junho 1987.

<sup>25</sup> HAYEK, F. A. V. The use of knowledge in society. **American Economics Review**, p. 505-524, Setembro 1945. Página 519.

---

informação assimétrica. Uma parte deste programa de pesquisa mais ampla é a teoria dos mecanismos de leilões, que oferece uma estreita implicação com o sistema de preços sob assimetrias de informação.

No leilão, assim como na teoria dos jogos em geral, durante o processo de formação de preços existe uma incerteza considerável, resultando em cada vendedor enfrenta uma curva de demanda com inclinação para baixo ou de cada comprador enfrentando uma curva de oferta com inclinação ascendente. Durante este ajuste para o equilíbrio competitivo, abre-se caminho para formação teórica que forneça um modelo explícito de tomada de preço. Uma razão menos marcante, mas de feições mais práticas para o estudo de leilões é que estes são de importância empírica considerável, conforme lembrado pelo economista Klemperer, a teoria dos leilões é importante pelas razões mais diversas, seja pelo grande volume de transações econômicas são realizadas, seja porque os leilões são simples e com um ambiente econômico é bem definido, seja por que na teoria dos leilões alcança-se um melhor entendimento de outros métodos de formação de preços.

O modelo de leilão baseado em valores correlatos agrega elementos do modelo de valor privado e do modelo de valor comum. Nele, o valor que cada participante atribui ao bem pode ser influenciado por informações sobre as avaliações dos outros participantes.

O formato dos leilões está dividido quanto à apresentação dos lances e à informação dos participantes durante sua realização. Quanto aos lances, os leilões podem ser ascendentes ou descendentes. Nos ascendentes, o valor do lance aumenta a cada rodada, em geral, lentamente, como no caso do leilão inglês. Nos descendentes, o valor do lance diminui, também quase sempre lentamente, como no caso do leilão holandês. Quanto à informação, os leilões podem ser abertos ou fechados. Nos leilões abertos, os participantes têm acesso imediato aos valores ofertados pelos demais participantes, como nos leilões inglês e holandês. Nos leilões fechados (ou selados), os participantes desconhecem o valor ofertado pelos demais participantes, como no caso dos leilões selado de primeiro preço e selado de segundo preço. O mais comum é o aberto ascendente.

As espécies de leilões mais utilizados são de quatro tipos: o leilão inglês (também chamado de oral, aberto ou ascendente), o leilão holandês, o leilão selado de primeiro preço e o leilão selado de segundo preço (também conhecido como Vickrey).

Começamos pelo o leilão inglês. Quatro tipos básicos são usados quando um item único deve ser comprado ou vendido: o leilão Inglês (também chamada de oral, abrir ou ascendente

---

licitação leilão), o holandês (ou descendente lance) do leilão, leilão de oferta pelo primeiro preço selado e o leilão de oferta pelo segundo preço selado.

O leilão Inglês é a forma de leilão mais utilizada para a venda de mercadorias. Neste tipo, o preço é elevado, sucessivamente, até que se levante apenas um licitante. Isso pode ser feito com um leiloeiro a anunciar preços, ou por ter chamado os licitantes os lances por si, ou por ter apresentado propostas eletronicamente com a oferta atual melhor postado. A característica essencial do leilão Inglês é que, em qualquer ponto do tempo, cada licitante sabe que o melhor nível de renda da oferta corrente. Modalidade mais comum de leilão no meio físico também o é no meio virtual (*e.g.* nos sítios eletrônicos Allegro, Apex auctions, Auctionair, Bidorbuy, Bidtopia, The Debt Exchange, eBay, eBid, e3buy, GunBroker.com, Heritage Auction Galleries, Hobby Markets Online, icybid.com, Lixtor, Manion's, MercadoLivre.com, municibid.com, Overstock.com, Oztion, Prosper.com, SalvageSale, Inc., TradeMe, Tradus (antigo OXL), uBid, Vatera, Vonality.com e Yahoo!)

Segue-se o leilão holandês. O leilão holandês é o oposto do leilão Inglês. O leiloeiro exige um preço inicial elevado e, em seguida abaixa o preço, até que algum licitante aceite o preço atual. O leilão holandês é usado, pelos costumes, para a venda de flores na Holanda, os peixes em Israel, e de tabaco no Canadá.

Outra espécie de leilão é aquela cujo lance é selado, nos potenciais compradores apresentam suas propostas seladas e no qual arremata aquele cuja proposta tenha o lance mais elevado. A diferença básica entre o preço do primeiro leilão de lance selado e o leilão Inglês é que, com o leilão inglês, os licitantes são capazes de observar os lances de seus rivais e, conseqüentemente, se quiserem, reverem os seus próprios lances. Já com o leilão de lances fechados cada concorrente pode apresentar apenas uma proposta. Estes leilões de primeiro preço de lances fechados são costumeiramente utilizados na realização de leilões de minérios nos EUA, para aquisição de terras de propriedade do governo, ou, algumas vezes, usados na venda de obras de arte e imóveis.

Sobre o leilão cujo preço tem-se da segunda oferta selada, os licitantes apresentam propostas seladas tendo sido dito que o maior lance ganha o item, mas paga um preço igual, não a sua própria candidatura, mas para o segundo lance mais alto. Embora este leilão útil propriedades teóricas, raramente é utilizado na prática.

Muitas variações destes quatro tipos básicos de leilões são utilizadas, inclusive nos leilões eletrônicos. Por exemplo, o vendedor, por vezes, impõe um preço de reserva, rejeitando todas

---

as propostas que lhe forem consideradas muito baixas. Os licitantes só são autorizados por um período limitado para a apresentação de propostas. O leiloeiro pode cobrar uma taxa de entrada aos licitantes pelo direito de participar. O pagamento pode ser feito para não dependem somente lances, mas também em alguma coisa relacionada com o verdadeiro valor do item, como é conseguido através de *royalties*. Em um leilão Inglês, o leiloeiro, por vezes, apresenta um incremento mínimo aceitável para a maior oferta já existente. O vendedor pode, em vez de vender o item como uma unidade, a oferta de ações à venda no item.

Tomamos ainda o aponte a um quinto modelo de leilão, surgido como canal de vendas por televisão e telefone, sob o nome de Telebid, e depois adaptado aos campos da *internet* (sob o nome de Swoopo), tem o critério de avaliação dos ofertantes dado de uma forma muito mais afastada de critérios racionais e muito mais próxima de uma tomada de decisão por impulso.

O sítio eletrônico Swoopo, sediado na Alemanha, funciona da seguinte forma: a fim de participar de um leilão, os utilizadores registrados devem primeiro adquirir uma certa quantidade de créditos, chamados de *bid-credits*. Na versão estadunidense do sítio o *bid-credit* custa US\$ 0,60 cada e são vendidos em lotes (chamados *BidPacks*). Os leilões comuns começam com todos os bens avaliados em um preço de abertura de US \$ 0,12. O segredo deste sítio e o que o diferencia dos demais é que, ao se dar o lance, não apenas se aumenta o preço do item, mas se estende o tempo do leilão por mais 20 segundos, o que vincula o ofertante não apenas à sua compra por impulso, inicialmente atraída pelos preços baixíssimos dados aos bens, mas pelo apego do ofertante ao valor gasto pelos lanços dados<sup>26</sup>.

Visto as espécies mais comuns de leilão, em especial eletrônicos, a nosso estudo surge o questionamento se dada à diversidade de tipos de leilões, o que determina que uma forma de leilão seja escolhida.

A assimetria de informação é o elemento crucial do estudo do leilão. No caso de informação perfeita, o problema é facilmente resolvido, dada a capacidade de fazer compromissos, o organizador do leilão extrai de todos os ganhos do comércio. Entretanto, como os candidatos licitantes respondem na incerteza, suas atitudes dependem de risco. Diga-se de passagem, que as atitudes de risco também pertencem ao vendedor, pois também a este importa a venda, mas que, por aferição teórica assume-se em atribuir ao vendedor o risco neutro). Um ponto relevante

---

<sup>26</sup> Sobre este sítio eletrônico de leilões, sob o título de "*At Swoopo, Shopping's Steep Spiral Into Addiction*", tem a notícia do jornal estadunidense *Washington Post* (in <http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2009/07/11/AR2009071100684.html?hpid=sec-tech>).

advindo das teorias econômicas, em especial da teoria dos jogos, é se tomar que os licitantes se mostram dispostos a pagar preços mais elevados em troca de sua abrigá-los do risco.

Ainda que com a ciência da importância do processo integrativo das ciências e que a visão dos institutos jurídicos sob a ótica das ciências econômicas é sobremaneira relevante, não se tem no presente trabalho intenção de alongar na incidência econômica cuja análise requereria quiçá um trabalho a parte.

Ao interessado no processamento da venda por leilão, é tentadora a indagação de qual dos quatro tipos de leilão simples deveria escolher. A este questionamento, partindo dos modelos de referência, Preston McAfee e John McMillan respondem de forma surpreendente: não importa (p. 707). Cada uma das formas de leilões, os rendimentos apresentar-se-iam na mesma média para o vendedor, considerando-se que a cada tipo de leilão os concorrentes atuam de forma diferente em decorrência das situações diferentes de leilão.

Assim, o sítio onde se desenvolve o leilão eletrônico opta pela fórmula de leilão que pretende utilizar, se mais agressivo ou não. É interessante observar que a fórmula de remuneração escolhida pelos sítios eletrônicos é fator determinante para a escolha da forma de leilão. Se remunerados apenas pela quantidade de vendas efetuadas, através de um percentual do bem arrematado, segue-se, usualmente, formas menos agressivas de abordagem. Entretanto, se a remuneração se dá pela quantidade de lanços, a forma seguida de leilão torna-se mais agressiva.

Trazendo algumas variações, tem-se outro exemplo muito atual: as compras realizadas por sítios eletrônicos de compras coletivas.

Surgidos em meados do ano de 2010, os *sítes* de compra coletiva apresentam-se como a fórmula da moda dos negócios celebrados pelo uso da informática e algumas situações paradoxais merecem atenção.

Antes de mais nada, é importante distinguir sítios eletrônicos de compra coletiva dos sítios eletrônicos de clubes de descontos. Enquanto os primeiros necessitam para a finalização do negócio uma quantidade mínima de consumidores contratando, os sítios eletrônicos denominados de clubes de desconto, não.

Sobre o direito de arrependimento, imaginemos uma hipótese em que uma quantidade expressiva de consumidores exerça seu direito de arrependimento a ponto de levar o número

---

de contratações a um número inferior àquele estabelecido como mínimo (situação esta que só acontece nos sites de compras coletivas e não nos de clubes de desconto). Haveria possibilidade do fornecedor do produto ou prestador de serviços rescindir o negócio estabelecido entre os demais consumidores? A resposta imediata é que não. Deve-se buscar a proteção irrestrita ao consumidor, além do que o exercício do direito de arrependimento é algo que é inerente ao risco do empreendimento. Entretanto, a situação não haverá de ser tão pacífica. Na hipótese de desfazimento do negócio, o Código do Consumidor prevê que o fornecedor do produto ou prestador de serviços poderá sim rescindir os negócios estabelecidos com seus consumidores, desde que a estes sejam conferidos a estes os mesmos direitos. Estes mesmos direitos traduzir-se-iam, obviamente, no já citado direito de arrependimento. Ou seja, o direito de arrependimento a um só tempo serve de garantia para o consumidor, mas, a um só passo, posta-se como uma escapa de Dâmocles, permitindo ao fornecedor do produto ou do serviço romper o vínculo estabelecido.

Outro problema que já vem ocorrendo nos sítios eletrônicos de compra coletiva, se dá pela venda de um número excessivo de cupons de desconto (haja vista que há um número mínimo de vendas, mas nem sempre um número máximo), que não permita, especialmente os prestadores de serviço, atender todos os adquirentes.

Se o comércio por compras coletivas é algo relativamente novo no Brasil, não o é em outros países. Na análise do mercado, especialmente o estadunidense, é possível se prever situações que podem advir dos negócios ocorridos no Brasil.

Nos Estados Unidos surgiram algumas ações coletivas contra sítios eletrônicos de compras coletivas, usualmente tendo um objeto único: o prazo de validade dos cupons de desconto demasiadamente curtos (alguns expirando no mesmo dia), com a finalidade precípua de fazer propositalmente com que o consumidor não consiga dele se utilizar.

Cabe, pois, neste ponto, definir-se a responsabilidade dos sítios eletrônicos de compras coletivas perante consumidores que formam vínculos contratuais com fornecedores de produtos e prestadores de serviços.

A comparação que usualmente se faz de páginas eletrônicas de leilões virtuais e de compras coletivas, buscando equipará-las a classificados de jornais, e que encontram albergue em parte da jurisprudência nacional, revela-se, diante do aspecto de paga aos prestadores de serviço de armazenagem destas páginas, apenas em uma pequena parte correta.

---

A fim de pacificar o entendimento que ainda não encontra remanso, justifica-se seu tratamento legal.

Como se disse inicialmente, não se busca regular ou controlar as redes de computadores ou qualquer outro dos demais meios de comunicação telemática. Isto não significa dizer que as atividades comerciais que se valem deste meio de comunicação não devam ter seus negócios regradados pelo ordenamento jurídico em favor da defesa daquele tido por hipossuficiente.

## **IX. EXECUÇÃO DOS CONTRATOS FORMADOS POR MEIO TELEMÁTICO (PROPOSTA AO ARTIGO 49)**

Um dos pontos que merecem apenas pequenas correções, refere-se dispositivo que rege o denominado “direito de arrependimento”.

A primeira observação segue a orientação do professor Jean Calais-Auloy, visto que, ao se definir o exercício pelo consumidor de desistir do contrato, há de se assumir que o mesmo tornou-se válido e gerou efeitos no mundo jurídico. Tomamos, pois, mais acertada a noção de que o consumidor tem o direito de anular o contrato, por incidir-lhe, ao fim, um vício de consentimento oriundo de um erro substancial ao objeto do contrato<sup>27</sup>.

Por fim, busca-se ainda acolher entendimento majoritário da doutrina no sentido de se abranger o nominado direito de arrependimento aos contratos ocorridos por meios telemáticos.

## **X. CONCLUSÃO**

O debate atual sobre a tecnologia e sua avaliação é dominado por dois pontos de vista extremados. Se por um lado, algumas pessoas acreditam que a humanidade deve conter a dinâmica de autopropulsão do desenvolvimento tecnológico, certas de suas considerações guiadas pelo pesadelo apocalíptico da possível destruição da humanidade (as possíveis causas para tais situações: o efeito estufa; inverno nuclear, nuclear; os efeitos da genética), outros vêem a tecnologia como uma oportunidade de auto-realização, liberando uma das limitações impostas a nós por nossa natureza.

---

<sup>27</sup> “Droit de rétractation en cas de vente o L'article L. 121-20 du code de la consommation, issu de l'ordonnance de 2001 transposant la directive de 1997 sur les contrats à distance, accorde au consommateur un « droit de rétractation » pendant un délai de sept jours francs qui court, si le contrat est une vente, de la réception du bien vendu. Ce droit, qu'il serait plus exact d'appeler droit de retour, n'est pas nouveau” (in Droit de la consommation. 6ª edição. Editora Dalloz. Paris. 2003)



Segundo a abordagem de independência com relação à tecnologia, esta é vista como criadora de uma esfera de decisões quase autônoma, que teria uma racionalidade própria. A evolução tecnológica, embora provocada por eventuais interesses e crenças humanas, é em si algo neutro e isento de valores. Esta é uma visão instrumentalista da tecnologia. Visto desta forma, a tecnologia é apenas uma ferramenta. Para a tecnologia, interpretada como um procedimento de resolução de problemas, os interesses humanos são encontrados no início ou no final de um desenvolvimento tecnológico, mas não em seu núcleo. Como consequência, as questões de avaliação da tecnologia são limitadas para o resultado do desenvolvimento tecnológico.

O Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, merecedor todos os louvores, não conhecia, seja evolução tecnológica que ora se vivencia, seja a estabilidade econômica que amplia a massa de novos consumidores a searas até mesmo virtuais, passando a plainar sobre territórios novos.

Se nas legislações alienígenas encontramos exemplos, muito mais encontramos experiências das quais podemos e devemos nos abeberar.

É o fardo dos seres humanos tornarem-se totalmente reféns nas mãos de produções tecnológicas que se desenvolvem pela necessidade. Esta visão é muitas vezes chamada de determinismo tecnológico, conforme sustentam autores como Martin Heidegger e Hermann Schmidt.

Zigmunt Bauman nos adverte que um dos segredos mais bem guardados da sociedade do consumo é que ela nos obriga a nela ingressar, mesmo sabedores que isto importa em uma autofagia de nossa individualidade.

Se a tecnologia inevitavelmente toma-nos a identidade, havemos de ter na lei, portanto, a busca pela humanidade perdida.