

O ÔNUS DE LER O CONTRATO NO CONTEXTO DA “DITADURA” DOS CONTRATOS DE ADESÃO ELETRÔNICOS

THE DUTY-TO-READ DOCTRINE WITHIN THE ELECTRONIC ADHESION CONTRACTS’ “DICTATORSHIP”

Cíntia Rosa Pereira de Lima¹

RESUMO

A internet viabiliza maior rapidez, facilidade e comodidade para as transações eletrônicas. No entanto, as desvantagens não podem ser ignoradas. Isto porque os contratos em “bits” trazem a possibilidade de redação de contratos e licenças extremamente longos e com cláusulas repetitivas e de estilo dentre as quais misturam-se outras importantes na medida em que restringem direitos dos usuários. Além disso, para cada passo que o usuário tome ele se depara com contratos e licenças com as quais devem concordar, ainda que tacitamente, para que possa fazer parte de uma rede social, ter uma conta de email, ou mesmo “navegar” por *sites* sem esperar nenhum compromisso. Os contratos de adesão eletrônicos, como os *click-wraps* e os *browse-wraps*, acentuaram a discussão sobre a técnica contratual que dificulta o real e efetivo conhecimento das cláusulas mais importantes e que fogem à regra do que normalmente se espera de determinada relação jurídica. Neste sentido, a doutrina contratual clássica, que impõe um ônus ao aderente em ler o contrato, cria uma presunção de que a parte contratante tem real conhecimento do conteúdo do contrato ao qual adere, sendo que as cláusulas são elaboradas unilateralmente pelos fornecedores. Contudo, vários estudos demonstram que os usuários não leem estes contratos e licenças por várias razões (pressa, falta de conhecimento técnico, etc.). Porém, um dado importante é que muitos usuários veem-se desestimulados a fazer a leitura justamente porque se deparam com um emaranhado de cláusulas sem sentido e repetitivas. Este artigo, partindo destes estudos, faz uma reflexão para se atingir a real democracia no *ecommerce*, assegurando a igualdade real e o equilíbrio entre os contratantes. Desta forma, para que os contratos eletrônicos sejam válidos e vinculantes impõem-se algumas condutas aos fornecedores a fim de facilitar e viabilizar o real e efetivo conhecimento dos conteúdos dos contratos e das licenças. Conclui-se que a maneira mais efetiva de proteger os usuários é induzir os fornecedores a utilizarem mecanismos eficazes de avisos. Em suma, os consumidores esperam que as cláusulas sejam justas, assim ao inserir cláusulas que fogem à regra (*surprising terms*), o fornecedor deve chamar a atenção do usuário apenas para estas cláusulas e colher a anuência expressa e específica.

PALAVRAS-CHAVE: *click-wrap agreements*; *browse-wrap*; equilíbrio contratual; princípio da transparência; direito à informação.

¹ Doutora em Direito Civil pela Faculdade de Direito da USP (2004 - 2009) com estágio na Universidade de Ottawa (Canadá) com bolsa CAPES - PDEE - Doutorado Sanduíche, Advogada, Professora de Direito Civil da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo e na pós-graduação da Faculdade de Direito da USP - Largo São Francisco.

ABSTRACT

The internet enables much more velocity, facility and comfort to electronic transactions. However the inconvenients can not be ignored. Contracts in “*bits*” make easier to write long terms and licenses full of boilerplate language and non-sense clauses which are together with important ones in the sense that waive users’ rights. Moreover, every step taken by users requires agreeing, even indirectly, in order to belong to a social network, to have an email account, or to browse the internet without being bound to anything. Electronic adhesion contracts, such as click-wraps and browse-wraps, have increased the discussion about the contractual practice that makes difficult the real and effective knowledge of the most important clause that exceed what it is normally expected from a legal relationship. The classic contractual doctrine, which imposes the duty to read, creates a presumption that the party has real knowledge of contractual clauses, given the fact that such terms are written by sellers. Nonetheless, studies have shown that users do not read such contracts and licenses for a variety of reasons (rush, lack of information and so on). But one must considered that many users do not read the contract because it is written in a way that makes it harder to understand because there are a lot of boilerplate language. This paper, focusing on such studies, argues how to build a more democratic ecommerce environment, assuring real equity between contractual parties. Thus, in order to be bound, sellers must write electronic contracts easy to read and with warning boxes for the surprising terms in order to assure real and effective assent to its terms. To sum up, users must induce sellers to use such tools to make effective notice. Consumers expect the contract to be fair, so surprising terms would be unenforceable unless subject to heightened disclosure.

KEYWORDS: *click-wrap agreements; browse-wrap;*, contractual balance; transparency principle; right to be informed.

1 INTRODUÇÃO

A prática no *ecommerce* tem sido a de estabelecer contratos de adesão nos quais o fornecedor redige um contrato propositalmente longo e, muitas vezes, ininteligível para desestimular sua leitura pelos consumidores. Tal conduta dificulta, em muitos casos, a validade e eficácia das cláusulas do contrato ou dos termos de uma licença (condições gerais de contratação).

Não raro, os tribunais são chamados a decidir questões relacionadas a vícios do consentimento nas transações *online*, bem como à violação da cláusula geral de boa-fé objetiva e às cláusulas abusivas. A judicialização destes conflitos, por vezes, é injustificada e poderia ser evitada se fosse adotada uma política de boas condutas pelos fornecedores a fim de que seja dado efetivo conhecimento das cláusulas ou termos aos usuários, notadamente daqueles inesperados (*surprising terms*) em determinada relação jurídica, chamando a atenção dos consumidores para este conteúdo e colhendo uma manifestação de vontade expressa e específica de anuência com estes termos.

Por exemplo, o usuário de uma rede social concorda em bloco com termos impostos pelo prestador de serviços, que oferece a facilidade de manter contato profissional, social e familiar. No cadastro, o usuário disponibiliza informações pessoais e compartilha com seus contatos conteúdo diversos, como fotos, comentários e etc. Porém, não se espera que o prestador deste serviço utilize inadvertidamente suas informações pessoais e do conteúdo compartilhado na rede social com seus contatos. Neste sentido, esta conduta deveria ser destacada ao usuário que, por sua vez, deveria concordar expressamente com tal prática.

Entretanto os fornecedores de produtos e serviços disponibilizados através da internet, veiculam contratos extremamente longos, com uma linguagem técnica (que não é de domínio comum) e misturam no meio de tantas cláusulas de estilo (*boilerplates rules*)² outras cláusulas importantes e imprevisíveis, tais como a utilização dos dados pessoais dos usuários, a cláusula compromissória ou cláusula eletiva, a limitação da responsabilidade do fornecedor, dentre outros.

Há várias razões para os consumidores não lerem os contratos eletrônicos, dentre as quais: - por pressa, o usuário assume o risco de estar vinculado a cláusulas que desconhece; - pela falsa impressão de que na internet, pela facilidade e aparente gratuidade dos serviços oferecidos, os contratos não serão abusivos; - pela lógica do imediatismo, o usuário pretende satisfazer uma necessidade atual não se importando com as consequências futuras deste ato; - pela impossibilidade de compreender os termos estabelecidos de maneira padronizada e poluída nos quais se misturam cláusulas importantes que mitiguem direitos dos consumidores; dentre outras.

Esta última razão é o foco desta pesquisa, ou seja, a prática contraria os deveres anexos da boa-fé objetiva na medida em que o fornecedor, não ressaltando as cláusulas e os termos incomuns, viola a justa expectativa dos usuários que, por sua vez, não tem efetivo conhecimento do conteúdo com o qual está concordando.

² Esta expressão é utilizada para designar termos contratuais padronizados que podem ser utilizados em diversas situações não deixando claro, portanto, seu conteúdo específico. A expressão, também, reflete a prática de listar estas cláusulas no canto inferior de um contrato ou em meio a tantas outras cláusulas contratuais que se perdem, inviabilizando o seu efetivo conhecimento pela outra parte. Cf. US LEGAL DEFINITIONS: “Boilerplate refers to the standardized, formal language in a contract or legal document that is often located in fine print at the bottom of a page. A person is bound by the terms in the boilerplate language upon signing the document, even if the person didn't read it. This has led to the voiding of contracts in some instances based upon mistake of fact. Boilerplate language in consumer contracts has been subject to criticism and some courts will void such contracts based on unconscionability when the terms are too one-sided in favor of the seller. Boilerplate clauses can usually be avoided by being crossed out or the addition of invalidating language”. Disponível em: <<http://definitions.uslegal.com/b/boilerplate/>>. A crítica feita a esta prática é que degrada a “democracia contratual” na feliz expressão de RADIN, Margaret Jane. *Boilerplate: the fine print, vanishing rights, and the rule of law*. New Jersey: Princeton University Press, 2013. p. 33. Por isso, a expressão utilizada neste artigo “ditadura” dos contratos de adesão eletrônicos nos quais tal prática é muito comum e prejudicial à sociedade massificada de consumo.

O impasse é que, justamente pela complexidade na redação destes contratos, o usuário vê-se desestimulado a ler todos os termos e cláusulas contratuais, vendo-se “forçado” a concordar em bloco clicando numa declaração formulada pelo próprio fornecedor de que ele leu, entendeu e concorda com todos os termos da licença ou com todas as cláusulas do contrato.

Neste sentido, Margaret Jane Radin³ ressalta que a obrigatoriedade destes contratos compostos por várias cláusulas de estilo e cláusulas contratuais padronizadas (*boilerplate rules*) viola o princípio do consentimento imposto pela doutrina contratual. A Professora Emérita da Universidade de Stanford (EUA) destaca que estes contratos seriam formulários estabelecidos pelo fornecedor sem que exista um conhecimento real de seu conteúdo pelo consumidor que, por isso, não pode manifestar sua vontade de contratar pelo simples fato de ignorar as cláusulas às quais está vinculado (não há, nesta hipótese, a convergência das declarações de vontade, o que se denomina “*meeting of the minds*”).

Por isso, Radin sustenta que a obrigatoriedade destes contratos pelos tribunais é contrária à democracia inerente às relações contratuais. Em função deste raciocínio, utilizou-se neste artigo a expressão “*ditadura dos contratos de adesão eletrônicos*” justamente para destacar a violação aos princípios contratuais sociais (princípio da boa-fé objetiva e princípio do equilíbrio contratual), tão caros à doutrina contratual atual.

Estes novos princípios contratuais, princípio da boa-fé objetiva, princípio do equilíbrio contratual (ou da equivalência material), princípio da função social do contrato e princípio da proteção da parte mais vulnerável apoiado em dispositivos constitucionais (art. 1º, inc. III, art. 3º, inc. I, art. 170, dentre outros), inspiram a Legislação brasileira, como o Código Civil brasileiro, de 2002 (arts. 421, 422, 478 e ss),⁴ bem como o Código de Defesa do Consumidor (art. 4º, *caput*, inc. III e art. 6º, inc. III, IV, V e VIII).

Muito embora parte da doutrina entende que os princípios contratuais sociais mitiguem a autonomia privada,⁵ assiste razão àqueles que sustentam que tais princípios reforçam a autonomia privada na medida em que garantem a real igualdade entre as partes.⁶

³ *Op. cit.*, p. 19.

⁴ REALE, Miguel. *História do Novo Código Civil*. _____; MARTINS-COSTA, Judith. (coord.) São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 267. Este jurista prefere utilizar a expressão: “*poder negocial*”. p. 262.

⁵ NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato: novos paradigmas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 05.

⁶ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Os princípios do atual direito contratual e a desregulamentação do mercado. Direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento. Função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para inadimplemento contratual (parecer). In: _____. *Estudos e Pareceres de Direito Privado*. Com remissões ao novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2004. p. 137 – 147. p. 140.

Portanto, é mister a análise jurídica desta prática tendo em vista as regras de direito contratual e de direito do consumidor brasileiro para oferecer algumas diretrizes para a condução destes conflitos acerca da validade e da eficácia dos denominados *click-wrap agreements* e *browse-wrap licenses*, também denominados *End User License Agreement (EULA)*, ou seja, as licenças de uso de um programa de computador.

Para tanto nesta pesquisa, foram utilizados os métodos indutivos e dedutivos sob uma perspectiva dialética, na medida em que se parte de regras gerais (exemplo, regras estabelecidas na Legislação brasileira) para atingir uma solução em determinada hipótese; igualmente, chega-se a algumas conclusões partindo-se de julgados de alguns casos específicos, com destaque para julgados de tribunais norte-americanos, que tem enfrentado estas questões; sempre expondo argumentos contrários e favoráveis para que se possa comprovar as hipóteses levantadas. Por fim, é essencial para o desenvolvimento desta investigação o método comparativo para buscar no Direito norte-americano diretrizes que possam beneficiar a sociedade brasileira e auxiliar na interpretação destes contratos que são estudados com profundidade científica naquele país a mais tempo.

Este artigo tem por objetivo esclarecer os desafios diante do ônus de ler o contrato imposto aos usuários no contexto da “ditadura” dos contratos de adesão eletrônicos e das condições gerais de contratação. Para, ao final, fazer algumas sugestões para que se alcance uma efetiva democracia no *ecommerce*, garantido a igualdade real entre os contratantes, o equilíbrio contratual e a boa-fé objetiva nas transações eletrônicas.

2 A “ditadura” dos contratos de adesão eletrônicos

O direito parte de uma presunção (ficção legal) de que ao concluir um contrato (escrito), as partes leram todas as cláusulas e as compreenderam, com as quais concordaram plenamente. No Direito norte-americano, trata-se da denominada *duty to read doctrine*⁷ que determinou a presunção de que ao concordar (por exemplo, assinando um contrato impresso), a parte leu todas as cláusulas contratuais.

Contudo, esta presunção vem sendo relativizada pelos tribunais norte-americanos quando houver no contrato cláusulas ininteligíveis ou que passam despercebidas no meio de tantas cláusulas de menor importância (Egan v. Kollsman Instrument Corp., 21 N.Y. 2d 160,

⁷ CALAMARI, John D. Duty to Read -- A Changing Concept. *In: Fordham Law Review*, vol. 43, pp. 341 - 362 (1974). Disponível em: < <http://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol43/iss3/1>>, acessado em 25 de julho de 2014. p. 343.

168-69, 234 N.E.2d 199, 202-03, 287 N.Y.S.2d 14, 19 (1967), cert. denied, 390 U.S. 1039 (1968)).⁸

No Direito brasileiro, reputa-se lido o contrato com o qual a parte concordou manifestando sua vontade de alguma forma, como a firma nos contratos em papel. Porém, isto não impede que as cláusulas abusivas, quando houver, sejam extirpadas do contrato (art. 51 do CDC), ou que a interpretação seja feita de maneira mais favorável ao aderente (art. 423 do CC/02) ou ao consumidor (art. 47 do CDC).

O fenômeno caracterizado pela *despersonalização do contratante* hoje é ainda mais marcante na sociedade da informação, mas tal característica se faz presente em uma sociedade de massa, na qual a distribuição de bens e serviços é feita de maneira padronizada e impessoal através de práticas, tais como, as condições gerais de contrato (ou cláusulas contratuais gerais),⁹ contratos-tipos,¹⁰ contratos coletivos,¹¹ contratos de *formulário*¹² estampadas, por exemplo, no bilhete da passagem aérea, etc.

Contrato de adesão é o contrato escrito e impresso com antecedência pelo estipulante que impõe as cláusulas contratuais ao aderente, a quem cabe tão-somente preencher os espaços sobre seus dados pessoais, dados do bem ou serviço contratado e o preço ajustado entre as partes.

Neste sentido, ressalta a definição de Cláudia Lima Marques¹³:

Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas são preestabelecidas unilateralmente pelo parceiro contratual economicamente mais forte (fornecedor), *in varietur*, isto é, sem que o outro parceiro (consumidor) possa discutir ou modificar substancialmente o conteúdo do contrato escrito.

Contrato de adesão pode ser definido como o “negócio jurídico no qual a participação de um dos sujeitos sucede pela aceitação em bloco de uma série de cláusulas

⁸ *Apud Idem Ibid.*

⁹ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 67. A jurista define *condições gerais dos contratos* como sendo a: “lista de cláusulas contratuais pré-elaboradas unilateralmente para um número múltiplo de contratos, a qual pode estar ou não inserida no documento contratual e que um dos contraentes oferece para reger a relação contratual no momento de sua celebração”.

¹⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*. Vol. II: Teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 371: “Distingue-se do contrato de adesão porque aqui, no contrato-tipo, as cláusulas, ainda que predispostas, decorrem da vontade paritária de ambas as partes.”

¹¹ GOMES, Orlando. *Contratos*. 26. ed. BRITTO, Edvaldo (coord.); AZEVEDO, Antonio Junqueira de; MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo (atualizadores). Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 101: “O *contrato coletivo* não possui verdadeiramente natureza contratual, dado que não cria obrigações para os interessados, limitando-se a estatuir normas que devem presidir à formação dos contratos individuais subordinados, ou determinar alterações no conteúdo dos contratos em curso”.

¹² GOMES, *Contratos...*, *op. cit.*, p. 33: “O conteúdo dos contratos de *formulário* enche-se de cláusulas habituais que, por isso mesmo, permitem ser impressas, sem que revelem o fenômeno de integração do conteúdo normativo do contrato como sucede com as *condições gerais do contrato*.”

¹³ *Op. cit.*, p. 58.

formuladas antecipadamente, de modo geral e abstrato, pela outra parte, para constituir o conteúdo normativo e obrigacional de futuras relações concretas”.¹⁴ Semelhantemente, a UCITA (*Uniform Computer Information Transactions Act*) traz a definição do que a doutrina anglo-saxã denomina “*standard form*”, na seção 102 (61) ““*Standard form*’ means a Record or a group of related records containing terms prepared for repeated use in transactions and so used in a transaction in which there was no negotiated change of terms by individuals except to set the price, quantity, method of payment, selection among standard options, or time or method of delivery.”

Desta feita, estes conceitos podem ser incorporados ao comércio eletrônico para entender os denominados *click-wraps* como contratos de adesão telemáticos.

Preliminarmente devem-se distinguir os contratos de adesão das condições gerais dos contratos. Esta distinção é realizada a partir do trabalho realizado pela Comissão das Comunidades Europeias, conforme notícia Cláudia Lima Marques:¹⁵

Como contratos de adesão entenderemos restritivamente os contratos por *escrito*, preparados e *impressos* com anterioridade pelo fornecedor, nos quais só resta preencher os espaços referentes à identificação do comprador e do bem ou serviços, objeto do contrato. Já por contratos submetidos a condições gerais dos negócios entenderemos aqueles, *escritos ou não escritos*, em que o comprador aceita, tácita ou expressamente, que cláusulas, pre-elaboradas unilateral e uniformemente pelo fornecedor para um número indeterminado de relações contratuais, venham a disciplinar o seu contrato específico.

As condições gerais dos contratos, por sua vez, podem ser definidas como o rol das cláusulas contratuais, destinadas a um número indeterminado de pessoas, unilateralmente elaboradas e impostas ao adquirente ou usuário de um serviço, podendo estar ou não inseridas no instrumento contratual.

Ainda se valendo dos ensinamentos de Cláudia Lima Marques¹⁶, *in verbis*:

Assim condições gerais dos contratos (CONDGs) é aquela lista de cláusulas contratuais pré-elaboradas unilateralmente para um número múltiplo de contratos, a qual pode estar ou não inserida no documento contratual e que um dos contraentes oferece para reger a relação contratual no momento de

¹⁴ GOMES, Orlando. *Contratos de adesão: condições gerais dos contratos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972. p. 03; ou ainda segundo a definição de MIRANDA, Custódio Ubaldino. *Contrato de adesão*. São Paulo: Atlas, 2002. p. 27: “[...] aquela forma de contratar em que, emitida pelo predisponente uma declaração dirigida ao público, contendo uma promessa irrevogável para esse efeito, mediante cláusulas uniformes, formuladas unilateralmente, o contrato (individual, singular) se forma, com o conteúdo assim prefixado, no momento em que uma pessoa, aceitando essas cláusulas na sua totalidade, ainda que com eventuais aditamentos, adere a tal conteúdo”; LORENZETTI, Ricardo Luis. *Tratado de los contratos*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1999. Tomo I, p. 140: “El contrato se celebra por adhesión cuando la redacción de sus cláusulas corresponde a una sola de las partes, mientras que la otra se limita a aceptarlas o rechazarlas, sin poder modificarlas, [...]”.

¹⁵ *Op. cit.*, p. 56.

¹⁶ *Op. cit.*, p. 67.

sua celebração. Trata-se, portanto, de uma técnica de pré-elaboração do conteúdo de futuros contratos.

Portanto, os denominados *browse-wrap* são condições gerais à contratação, desde que cumpridos os requisitos de validade desta prática. Por exemplo, o usuário que cria um perfil em uma rede social está contratando este serviço cuja remuneração é indireta (advém do *marketing*), porém, tal contratação concluída por um comportamento socialmente típico (de ingressar em uma comunidade na internet administrada por um provedor deste aplicativo) está sujeita às condições gerais de contratação que podem ser acessadas, geralmente, através de um *hyperlink* no canto inferior do *site*.

Para compreender o que se indica pela expressão ditadura dos contratos de adesão eletrônicos, é preciso analisar duas práticas contratuais *online* importantes, a saber: os denominados *click-wrap* agreements e as *browse-wrap* license.

2.1 *Click-wrap* agreements

Click-wrap pode ser conceituado como o contrato de adesão telemático¹⁷, cujo objeto seja um bem imaterial (digitalizado) ou material, em que o fornecedor estabeleça unilateralmente as cláusulas contratuais, notificando o adquirente sobre elas antes de obter a manifestação de vontade deste, que é exteriorizada mediante uma conduta social típica, quer seja por meio de um clique em determinado ícone, quer seja por utilizar o produto digitalizado, salvo em seu computador, ou usar o produto após a entrega do bem, quando for material.

Neste sentido, a doutrina anglo-saxã o define nos seguintes termos:¹⁸

A "click-wrap agreement" is an agreement, formed entirely in an online environment such as the Internet, which sets forth the rights and obligations between parties. The term "click-wrap" is derived from the fact that such online agreements often require clicking with a mouse on an on-screen icon or button to signal a party's acceptance of the contract. Among other things, click-wrap agreements are used to: (1) establish the terms for the download and use of software over the Internet; (2) set forth a Web site's Terms of Service, i.e., the rules by which users may access the Web site or a portion

¹⁷ É preciso esclarecer que o gênero "contratos eletrônicos" comporta, basicamente, duas espécies: 1) contratos informáticos, aqueles que têm por objeto os bens e/ou serviços de informática; e 2) contratos telemáticos, aqueles que são celebrados utilizando a informática como meio de comunicação. Esta distinção é esclarecida por DE LUCCA, Newton. *Aspectos Jurídicos da Contratação Informática e Telemática*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 19.

¹⁸ BUONO, Francis M.; FRIEDMAN, Jonathan A. Maximizing the enforceability of click-wrap agreements. *In: Journal of Technology Law and Policy*, vol. 4, "issue" 3, outono de 1999. Disponível em: <<http://journal.law.ufl.edu/~techlaw/4-3/friedman.html>>. Acesso em: 12 de set. 2004. [documento em meio eletrônico, sem paginação].

of the Web site such as a chat or message service; and (3) establish the terms for the sale of goods and services online.

Em suma, o regramento jurídico destes contratos de adesão deve seguir a regra geral aplicada aos contratos de adesão, quais sejam: serão válidos, via de regra, ressalvada a possibilidade de anulação das cláusulas abusivas nos termos do art. 51 do CDC, quando se tratar de relação de consumo. Sendo que nos contratos civis e comerciais, o reequilíbrio entre as partes é fundamentado na cláusula geral da boa-fé objetiva (art. 422 do CC/02) e função social do contrato (art. 421 do CC/02). Além de incidir a interpretação mais favorável ao consumidor nos termos do art. 47 do CDC; e a interpretação mais favorável ao aderente, em casos de ambiguidades ou contradição, nas relações civis e empresariais nos termos do art. 423 do CC/02.

Além disso, deve-se ter cautela ao utilizar linguagem desnecessária, denominada no direito anglo-saxão de “*boilerplate language*.”¹⁹ A doutrina anglo-saxã²⁰ ressalta que esta prática, em que se inserem jargões jurídicos nos contratos, além de um emaranhado de tantas outras cláusulas padronizadas, porém praticamente ininteligíveis, não é aconselhável; pois dificulta a leitura das principais cláusulas contratuais, podendo ensejar a anulação desta cláusula com base na teoria anglo-saxã da *unconscionability*²¹. Enfim, esta linguagem é, usualmente, utilizada para mascarar o real conteúdo de determinada cláusula contratual, tendo em vista o fato de que os consumidores não dominam a linguagem técnica utilizada e de que as cláusulas importantes se perdem no meio de outras padronizadas e que, muitas vezes, reproduzem o texto de lei.

¹⁹ “The term boilerplate is adopted by lawyers to describe those parts of a contract that are considered ‘standard language’, although it is good practice to always read the boilerplates in any contract”. Disponível em: <[http://en.wikipedia.org/wiki/Boilerplate_\(text\)](http://en.wikipedia.org/wiki/Boilerplate_(text))>. Acessado em 03 de jan. de 2009.

²⁰ HILLMAN, Robert A.; RACHLINSKI, Jeffrey J. Standard-form contracting in the electronic age. *In: New York Law Review*, vol. 77 (77 N.Y.U.L. Rev. 429), maio de 2002 [documento eletrônico sem paginação]: “As with their paper-world counterparts, e-consumers face an unavoidable set of realities when confronted with standard-form language. E-businesses present standard terms in a distinct take-it-or-leave-it fashion. The terms are also long, detailed, full of legal jargon, about remote risks, and one-sided. They include the usual litany of terms that are sometimes unenforceable in the paper world, such as arbitration provisions and limitations on remedies. Furthermore, e-consumers cannot negotiate because web pages and installation *software* do not allow for interaction with a live agent. E-consumers often cannot find answers to their questions about the terms. As with her paper-world counterpart, the e-consumer knows (or quickly recognizes) that reading through the boilerplate is unlikely to be of any benefit. Instead, she likely casually believes there is little risk to agreeing to standard terms”.

²¹ Esta doutrina determina a invalidade do contrato ou de uma determinada cláusula a fim de resguardar a equidade entre as partes seja porque seu conteúdo é injusto ou abusivo (*substantial unconscionability*); seja porque a prática contratual é obscura e dificulta a compreensão dos termos contratuais (*procedural unconscionability*).

Ademais, esta prática deve ser coibida, em decorrência do “dever-de-ler” (“*duty to read*”) os termos do contrato. Consoante a doutrina anglo-saxã,²² a convergência das declarações de vontade requer o conhecimento efetivo das cláusulas contratuais, ou seja, o aderente “tem o dever-de-ler” o contrato em sua integralidade, sob pena de sofrer o ônus da vinculação a uma cláusula contratual desconhecida. Por outro lado, o uso da linguagem “*boilerplate*” impedindo o efetivo conhecimento de cláusulas contratuais “negativas” e inesperadas pode invalidá-las porque os consumidores não leem os contratos devido a sua extensão e redação cansativa e ininteligível, não obstante estão obrigados às cláusulas, cujo conteúdo desconhecem.

2.2 *Browse-wrap licenses*

Browse-wrap ou *Web-wrap* designa a prática comercial em que o fornecedor pretenda vincular os termos e condições de uso e acesso do *site* ou dos serviços *online* ofertados, unilateralmente impostos por ele, dispostos no canto inferior da página em um *hyperlink*, que deve ser acessado pelo usuário para tomar conhecimento do conteúdo destes termos.

Esta prática é muito comum para fazer vincular os termos das licenças tipo *EULA* (*End User License Agreement*).²³

Conforme se depreende da análise da doutrina anglo-saxã, a definição de “*browse-wrap*” baseia-se no julgamento do caso *Pollstar v. Gigmania Ltd.*²⁴. Neste julgamento, o tribunal declarou que *Pollstar* utilizou um sistema diferente do contrato do tipo “*click-wrap*”, porque o usuário deve “navegar” (“*browse*”) por várias páginas de internet (“*deep linking*”) para ter acesso aos termos e condições de acesso ao conteúdo do *site*.²⁵

²² MORINGIELLO, Juliet M. Signals, Assent and Internet Contracting. In: *Rutgers Law Review*, vol. 57, p. 1.307 – 1.359, verão de 2005. [documento em meio eletrônico, sem paginação].

²³ Estes termos podem ser disponibilizados em outros formatos, mas geralmente é designado pelas expressões “acordo do usuário” (“*user agreement*”), “condições de uso” (“*conditions of use*”), “termos de uso” (“*terms of use*”), “avisos legais” (“*legal notices*”), “termos” (“*terms*”) ou “termos e condições de uso” (“*terms and conditions of use*”).

²⁴ No. CIV-F-00-5671 REC SMS, United States District Court for the Eastern District of California, 170 F. Supp. 2d 974; 2000 U.S. dist. LEXIS 21035; Copy. L. Rep. (CCH) P28, 329; 45 U.C.C., Rep. Serv. 2d (Callaghan) 46: “Gigmania contends that the breach of contract claim fails as a matter of law because Pollstar cannot allege the required contract element of mutual consent. Viewing the web site, the court agrees with the defendant that many visitors to the site may not be aware of the license agreement. Notice of the license agreement is [*981] provided by small gray text on a gray background. Moreover, unlike the shrink-wrap license held enforceable in *ProCD v. Zeidenberg*, 86 F. 3d 1447 (7th Cir. 1996), the license agreement at issue is a browse wrap license. A shrink-wrap license appears on the screen when the CD or diskette is inserted and does not let the consumer proceed without indicating acceptance. By contrast, a browse wrap license is part of the web site and the user assents to the contract when the user visits the web site”.

²⁵ In: LEXIS 21035 [documento em meio eletrônico, sem paginação].

The subsequent use of this term has been imprecise and has conveyed different meanings, including an agreement that covers a user's browsing of a Web site or an agreement for a transaction in which the user can browse the terms but does not have to assent by express means.

O problema desta prática é ainda mais ameaçador à efetiva proteção dos usuários porque os *browse-wraps* são dispostos de uma maneira quase que imperceptível (*fine print*) no canto inferior de uma página da internet por meio de *hyperlink*, obrigando o usuário a navegar por vários links para ter acesso ao conteúdo destes termos. É muito comum que, neste procedimento, as cláusulas que são prejudiciais ao usuário não sejam destacadas e este não tem efetivo conhecimento destas.²⁶

Neste sentido, o “*browse-wrap*” possui todas as características das condições gerais de contratação e deve observar os requisitos e pressupostos de existência, validade e eficácia. O princípio que deve regular a contratação mediante *condições gerais dos contratos* é o princípio da transparência,²⁷ ou seja, elas só integrarão o contrato se o “consumidor tiver conhecimento delas ou pelo menos tiver tido a oportunidade de ter conhecimento de sua inserção no contrato, antes ou durante a celebração do contrato, e aceitar o seu uso”.

A determinação da natureza jurídica do instituto implicará em consequências jurídicas específicas. No caso, aplica-se a regra da *interpretatio contra proferentem* por aplicação do art. 423 do CC/02, em se tratando de relação jurídica entre particulares ou empresas; e art. 47 do CDC, em se tratando de relação de consumo; bem como a possibilidade de se anular a cláusula de eleição de foro *ex officio* nos termos do parágrafo único do art. 112 do CPC.

Ressalte-se, no entanto, que o efetivo conhecimento destes termos independe da leitura integral pelo usuário. Em outras palavras, requer tão-somente que o fornecedor chame e atenção para a existência destes termos, facilitando o seu acesso ao usuário, que poderá lê-los ou não; ou seja, busca-se constatar o consentimento objetivamente (“*objective assent*”) e não subjetivamente (“*subjective assent*”).²⁸

²⁶ BLOCK, Drew. 227 Caveat Surfer: Recent Developments in the Law Surrounding Browse-Wrap Agreements, and the Future of Consumer Interaction With Websites. *In: Loyola Consumer Law Review*, vol. 14 (14 Loy. Consumer L. Rev. 227), 2002. [documento em meio eletrônico, sem paginação]: “Generally, they are found in small print hyperlinks at the bottom of home pages, and these hyperlinks generally link to another page that lays out the terms of use for the particular website”.

²⁷ MARQUES, Cláudia Lima. *Op. cit.*, p. 70.

²⁸ STREETER, Dan. Into Contract's Undiscovered Country: A Defense of Browse-Wrap Licenses. *In: San Diego Law Review*, vol. 39, n. 04, p. 1363 – 1393, inverno de 1986. *Op. cit.*, [documento em meio eletrônico, sem paginação].

Isto porque o usuário não pode se beneficiar de sua própria torpeza, alegando a ausência de consentimento fundamentada no fato dele mesmo não ter lido o contrato, dando ensejo à aplicação da vedação de comportamentos contraditórios (“*venire contra factum proprio*”). Por outro lado, o fornecedor deve empregar em suas práticas comerciais uma técnica tal que obtenha a manifestação expressa da anuência do usuário como condição *sine qua non* para a validação desta transação eletrônica.

3 O “dever de ler” o contrato (*duty to read doctrine*) versus efetivo conhecimento das cláusulas e termos dos denominados *web wrap agreements*

Muito embora exista o dever de ler os termos de um contrato, sendo imperiosa a manutenção deste ônus, há um abuso por parte dos fornecedores que inserem, proposital e maliciosamente, cláusulas restritivas de direitos em meio a um emaranhado de outras cláusulas de menos importância e de conhecimento geral. O objetivo desta prática tem sido atingido na medida em que os usuários não leem os contratos por várias razões.

A primeira justificativa é a redação destas licenças, ou seja, são muito longas, confusas e de difícil compreensão. Uma outra diz respeito ao anseio em instalar o programa, tendo em vista as vantagens que este diz oferecer, como é o caso de programas operacionais, antivírus e outros programas de proteção (e. g. *firewall*) o usuário tem uma ideia equivocada de “proteção”, eliminando qualquer suspeita do programa instalado. Neste contexto, o usuário, já decidido em finalizar a instalação, dificilmente, mudará de ideia, mesmo após ter sido cientificado da existência de outros programas não solicitados, como o *spyware*.

Há vários estudos e pesquisas que demonstram os problemas que surgem pelo fato dos usuários não lerem as denominadas *EULA*.²⁹ Estes motivos vão desde a pressa e ingenuidade do usuário à complexidade de compreensão dos termos usados pelo fornecedor.

Robert A. Hillman³⁰ elaborou um questionário e aplicou a 92 estudantes a fim de verificar se eles leem ou não os contratos de adesão eletrônicos. Apenas 4 alunos responderam que leem (4%); e quase metade, ou seja, 40 alunos (44%) responderam que não leem os contratos de adesão eletrônicos; 16 alunos responderam que leem a depender do termo (17%); 33 alunos leem dependendo do fornecedor (36%); e 34 alunos leem a depender do valor da transação eletrônica (37%). Destacando que os alunos podiam assinalar mais de um item para sua resposta.

²⁹ AYRES, Ian; SCHWARTZ, Alan. The no-reading problem in consumer contract law. *In: Stanford Law Review*, vol. 66, março de 2014, pp. 545 – 610. p. 547.

³⁰ On-line consumer standard-form contracting practices: a survey and discussion of legal implications. *In: Cornell Law School: Legal Studies Research Paper Series*, n. -5-012, pp. 01 – 30. p. 08.

Por exemplo, o caso interessante conhecido como *PC Pitstop* revelou que os usuários raramente leem os termos da licença.

A empresa inseriu dentre os termos da licença uma cláusula dizendo que o usuário fazia jus ao prêmio de \$1000 (mil dólares) se ele lesse esta cláusula e solicitasse o prêmio. Demorou quatro meses até que um usuário constatou a cláusula e solicitou o prêmio.³¹

Em outro caso, em 2010, uma empresa que desenvolve jogos inseriu em suas licenças uma cláusula dizendo, em suma, que o usuário concorda em vender sua alma. O interessante foi que os usuários ingleses não contestaram esta cláusula.³²

Estes fatos revelam que, realmente, os termos de licenças ou as cláusulas contratuais não são lidos pelos consumidores e isto tem sido uma ameaça a direitos fundamentais dos usuários, como privacidade, proteção dos dados pessoais e acesso à justiça.

3.1 Privacidade

A privacidade é um direito e garantia individual garantida na CF/88 (art. 5º, inc. X) e um direito de personalidade estampado no arts. 20 e 21 do CC/02. Não se dedica uma análise do conceito de privacidade tendo em vista a complexidade do tema que demandaria um artigo só para debater o assunto. Porém, nesta ocasião, constata-se que muitos usuários abrem mão deste direito de maneira inconsciente, isto é, porque não leram os termos de uma *EULA*, por exemplo.

Um estudo promovido pela Universidade de Berkley, Califórnia, demonstrou que os usuários estão dispostos a trocar a sua privacidade por um benefício, ainda que seja pequeno, que um programa gratuito representa ou ainda descontos nas vendas realizadas eletronicamente.³³

³¹ MAGID, Larry. It pays to read license agreements, PC PITSTOP, disponível em: <<http://pcpitistop.com;spycheck;eula.asp>>, acessado em 25 de julho de 2014.

³² A cláusula original era: “*Should we wish to exercise this option, you agree to surrender your immortal soul, and any claim you may have on it, within 5 (five) working days of receiving written notification from gamestation.co.uk or one of its duly authorized minions.*” KELLAWAY, Lucy. *Pointless Conditions Should Not Apply: the sopoforic legalese of online transactions* (23/01/2011). Disponível em: <<http://www.ft.com/cms/s/0/7158c690-2596-11e0-8258-00144feab49a.html#axzz39XXRFe7W>>.

³³ GOOD, Nathaniel S.; GROSSKLAGS, Jens; MULLIGAN, Deirdre K.; KONSTAN, Joseph A. Noticing notice: a large-scale experiment on the timing of software license agreements. Disponível em: <<http://people.ischool.berkeley.edu/~jensg/research/paper/Grossklags07-CHI-noticing-notice.pdf>>, acessado em 21 de agosto de 2007. p. 3; 5; 8 e 9: “This survey was about the problem of spyware. Some of the computer programs honestly disclose within its ‘End User License Agreement (EULA)’, the installation of spyware. But the problem is that such license is very long and hard to understand, so the users actually never read it. The study compared three kinds of notice of the spyware: a) PRE - a previous and short notice, resulting in less regret by the user; b) POST - a short notice after the installation accompanied by the original EULA, which resulted in many regrets by the users; and c) CONTROL/None – no short notice, only the original EULA on the EULA screen, rarely read by users who does not know its content.”

3.1.1 Cookies e Spyware

Assim, os *cookies* (registros de acesso dos *sites* pelos quais navega o usuário) e o *spyware* (programa de computador espião que armazena as senhas de segurança de uma conta de email ou outros serviços) podem ser instalados no computador de um usuário, com a sua própria “concordância” tácita, porque clicou em uma caixa de diálogo que leu e concorda com todos os termos do contrato, dentre os quais a cláusula que autoriza o fornecedor a instalar *cookies* e *spyware* na máquina do usuário.

Tal entendimento não pode vigorar porque esta conduta viola o direito e garantia fundamental da privacidade, bem como fere princípios basilares das relações de consumo, quais seja, a boa-fé objetiva, o princípio da transparência e do equilíbrio contratual.

Por isso, é importante que exista uma mudança de comportamento por parte dos fornecedores para que deem um destaque para as cláusulas restritivas de direitos dos usuários.

3.2 Proteção dos dados pessoais

A proteção dos dados pessoais é um direito de personalidade que deve ser tutelado como tal com base no direito geral de personalidade fundamentado no princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III CF/88). No entanto, é muito comum que nas licenças e contratos *online* sejam inseridas cláusulas que autorizem o compartilhamento destas informações com terceiros. Contudo, esta cláusula também se perde no meio a tantas outras, com menos importância, que são misturadas no contrato ou na licença.

Por exemplo, o *Facebook* coleta muitas informações de seus usuários em várias ocasiões. Quando do registro no sítio, coletam-se o nome, endereço de correio eletrônico, data de nascimento, sexo e número de telefone. Informações que o usuário opta por partilhar em sua rede social, tais como publicações de *status*, fotos carregadas, comentários, amigos adicionados ao perfil, ações de “gostar/curtir”, grupos associados, dentre outros. Além das informações, sobre o usuário, partilhadas por outros (informações de contato carregadas por outros, fotos nas quais está identificado), registram-se, também, informações coletadas pelo sítio, *e. g.* visitas a páginas de outros, mensagens enviadas, amigos procurados, cliques realizados, compras realizadas através do sítio, utilizações de aplicações móveis. Outros dados importantes são coletados, os denominados “metadados” de publicações como horário, local e data de postagem. Coletam-se dados a respeito do dispositivo de acesso ao sítio (computador ou telemóvel); quantos usuários acessam as páginas de um mesmo dispositivo, protocolo de internet (IP), serviço de internet (provedor), localização do dispositivo, tipo de navegador de internet, sistema operacional utilizado.

Muitas destas informações são públicas, referidas como “informações para todos”, ou seja, aquelas optadas por se tornarem públicas, acessíveis a todos. É de escolha de o usuário autorizar a publicidade das informações. Dados como nome, fotos, identificação do utilizador, nome de utilizador, entre outras informações poderão ser associadas ao utilizador, dentro e fora do sítio. O usuário poderá ser identificado em através de motores de busca de pesquisa pública e estarão acessíveis aos jogos integrados ao *Facebook*, aplicações e sítios utilizados pelo usuário e seus amigos.

Há informações que são permanentemente públicas (sempre disponíveis ao público em geral), são elas: nome, fotos de perfil e de capa, rede, sexo, nome de utilizador e ID de utilizador.

Estas informações são coletadas e utilizadas em conjunto com os serviços e funcionalidades fornecidas ao usuário e a outros utilizadores (outros usuários, parceiros comerciais do sítio, anunciantes que comprar publicidade no sítio, programadores de jogos e aplicações disponíveis aos usuários). A coleta de data de nascimento é justificada pela possibilidade de direcionamento de publicidade.

Coleta de dados é feita para a sugestão de informação de outros amigos nas proximidades, eventos e outras oportunidades que poderiam interessar ao usuário. O fornecimento de dados pessoais do usuário a terceiros só é efetuado após a remoção de informações de identificação pessoal do usuário e combinações de informações que possam permitir a identificação do usuário. Porém, é cediço que a anonimização de dados não é plena, isto é, o tratamento dos dados podem levar à identificação do indivíduo.

As informações coletadas pelo sítio não serão partilhadas com terceiros, salvo se, o usuário houver concedido sua autorização, o usuário houver sido informado pela política de privacidade ou as informações não puderem ser identificáveis. No entanto, o usuário não lê estes termos e pelo fato de criar um perfil no *Facebook* ele concorda que este provedor partilhe suas informações pessoais com terceiros. Daí se questiona, seria esta manifestação de vontade válida e vinculante?

Entendemos que não. Em outras palavras, as cláusulas restritivas de direitos devem ser destacadas, exigindo-se a anuência expressa e específica do consumidor; não bastando, portanto, fazer referência à política de privacidade redigida, propositalmente, de forma complexa e ininteligível a fim de desestimular sua leitura pelos usuários.

3.3 Acesso à justiça em face das cláusulas compromissórias e das cláusulas eletivas

Outro problema comum nestas licenças é a inserção de cláusula compromissória, impondo a solução de eventual controvérsia decorrente da relação jurídica ao juízo arbitral; e a cláusula eletiva, quando o fornecedor elege um foro para dirimir eventuais litígios decorrente da relação jurídica que lhe seja mais vantajoso, e, geralmente, não o será para o usuário.

No Brasil, a arbitragem é regulada pela Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996, cuja ideologia é a transferência de parte da atividade desempenhada pelo Estado-Poder Judiciário para fora desta estrutura.

Esta lei determina no art. 4º, § 2º a necessidade de a cláusula compromissória ser estabelecida por escrito e mediante o prévio e expresso consentimento do aderente.³⁴ No entanto, em se tratando de relação de consumo, o CDC brasileiro considera, à semelhança da Diretiva 93/13/EEC, abusiva a cláusula compromissória obrigatória (art. 51, inc. VII). Assim, consoante o art. 101, inc. I deste mesmo diploma legal, o consumidor pode sempre ingressar com a ação em juízo, cuja competência é definida pelo local da residência do consumidor.

A cláusula eletiva é utilizada para fixar um determinado foro para dirimir eventuais litígios decorrentes do contrato. Nos contratos, eletrônicos, a *UCITA* (seção 11)³⁵ determina a validade da cláusula de eleição de foro desde que, *a contrario sensu*, seja chamada a atenção do aderente, que deve conhecer a cláusula e concordar com ela, além disso, requer-se que seja justa.

Neste sentido, a jurisprudência norte-americana entende que a cláusula eletiva não é válida se não fora dado efetivo conhecimento dela ao usuário. Esta conclusão foi feita pelo Tribunal da Califórnia no julgamento do caso *America Online, Inc. versus Superior Court (In re Mendoza)*³⁶.

Al Mendoza Júnior contratou os serviços da *America Online*, doravante *AOL*, que é um provedor de internet. No entanto, mesmo após o cancelamento dos serviços, houve a cobrança de taxas que foram debitadas de seu cartão de crédito. Diante deste fato, Al Mendoza ingressou com uma ação coletiva contra a *AOL* no Estado norte-americano da Califórnia.

³⁴ “§ 2º Nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula”.

³⁵ “Section 110. Contractual Choice of Forum. (a) The parties in their agreement may choose an exclusive judicial forum unless the choice is unreasonable and unjust. (b) A judicial forum specified in an agreement is not exclusive unless the agreement expressly so provides”.

³⁶ 108 Cal. Rptr. 2d 699 (Ct. App. 2001).

Em sua defesa, a AOL alegou a incompetência do juízo (“*inconvenient forum*”), tendo em vista a cláusula de eleição de foro que estabelecia o Estado de Virgínia.

No entanto, o juiz da Califórnia desconsiderou a cláusula por contrariar a seção 1.750 e ss. do Código Civil da Califórnia (“*California Consumers Legal Remedies Act*”). Além disso, a legislação do Estado norte-americano de Virgínia restringe a possibilidade de ações coletivas em matéria de consumo, além de outras restrições a direitos dos consumidores. Sendo assim, esta cláusula deveria ter sido destacada para o consumidor que, por sua vez, deveria ter consentido expressamente com tal restrição.

Inconformada, AOL recorreu ao Tribunal da Califórnia, que manteve a sentença, explicitando que a cláusula eletiva somente é considerada válida quando tiver sido inserida livremente pelas partes, tendo em vista a justiça contratual, dentre outros valores.³⁷

No Brasil, nos contratos de consumo, prevalece o foro privilegiado do consumidor caso a cláusula eletiva lhe ofereça prejuízo considerável dificultando o seu acesso à justiça. Assim, destacam-se:

EMENTA: EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA. CONTRATO DE ADESÃO. FORO DE ELEIÇÃO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. ABUSIVIDADE AFASTADA. Para que o foro de eleição possa ser considerado como cláusula abusiva, necessária a comprovação de que essa estipulação esteja inserida em uma das hipóteses do art. 51 do CDC, ou seja, que se enquadre no rol exemplificativo ou infrinja os princípios norteadores do direito do consumidor, ao efeito de acarretar desvantagem exagerada ou impedir o direito de defesa do consumidor. Hipossuficiência afastada. AGRAVO PROVIDO.

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E PATRIMONIAIS. EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA. ABUSIVA A CLÁUSULA QUE PREVÊ FORO DE ELEIÇÃO. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos contratos celebrados com instituições financeiras. A ação revisional de contrato bancário, por decorrer de relação de consumo, pode ser proposta no domicílio do autor. Inteligência do artigo 101, inciso I, do CDC. Agravo de instrumento desprovido. Unânime.

Diante desta análise, interessante destacar alguns caminhos para que as mazelas da não leitura dos contratos de adesão eletrônicos sejam evitadas.

³⁷ *Idem ibidem*: “Our law favors forum selection agreements only so long as they are procured freely and voluntarily, with the place chosen having some logical nexus to one of the parties or the dispute, and so long as California consumers will not find their substantial legal rights significantly impaired by their enforcement. Therefore, to be enforceable, the selected jurisdiction must be ‘suitable,’ ‘available,’ and able to ‘accomplish substantial justice.’”

4 Caminhos para a efetiva proteção do consumidor face aos contratos de adesão eletrônicos

A efetiva proteção do consumidor fica debilitada o que preocupa os juristas que propõem algumas soluções. As alternativas são: *lege ferenda*, considerar uma cláusula abusiva no contexto acima descrito (art. 51 do CDC); pressionar o mercado (os fornecedores que operam *online*) a estabelecerem cláusulas equitativas e que estejam de acordo com a justa expectativa do consumidor diante da relação jurídica em concreto; e, por fim, a adoção de algumas ferramentas tecnológicas, tais como, ter que descer até ao final a barra de rolagem para poder finalizar a adesão; aparecer um *pop up* ou outra ferramenta mais eficaz de avisos (*warnings*) com os termos que fogem à justa expectativa do consumidor; clicar ao lado de cada cláusula manifestando sua expressa anuência.

4.1 Códigos de Boas Condutas

Códigos de Boas Condutas são utilizados pelo Direito Comunitário Europeu para estabelecer diretrizes a fim de nortear determinadas práticas. Assim, tendo em vista as reclamações mais comuns dos consumidores, que poderiam ser relatadas pelos Procons estaduais, o código poderia estabelecer quais cláusulas não podem ser inseridas nos contratos e quais, podendo ser inseridas, devam estar em destaque tendo em vista sua finalidade restritiva de direitos dos consumidores.

4.2 Avisos eficazes (informação e conhecimento relevante)

Além destas diretrizes, como solução de *lege ferenda*, o Legislador poderia impor aos fornecedores que operem *online* maior cautela quanto ao dever de transparência e informação perante os usuários. Desta feita, determinando que sejam feitos avisos eficazes contendo as cláusulas que, em regra, não deveriam estar no contrato.

Interessante a solução proposta por Ian Ayres e Alan Schwartz³⁸ que utilizam a expressão “*trem optimism*” para ressaltar o fato de que o consumidor espera que os contratos e as licenças contenham cláusulas equânimes e justas, que lhe sejam favoráveis, e esta é uma razão pela qual nem se preocupam em ler os termos, além de tantas outras já citadas neste trabalho. Partindo desta ideia, as cláusulas cujo conteúdo extrapole as expectativas razoáveis do consumidor devem estar em destaque, facilitando a vida do usuário que se concentra na leitura apenas das cláusulas “diferentes do que comumente se pratica” e que restringem

³⁸ *Op. cit.*, p. 551 – 552.

direitos. Assim, tal solução nos parece adequada porque os contratos, sendo extremamente longos e técnicos, não são lidos em sua inteireza pelos consumidores, ainda que tenham que descer a barra de rolagem até o final da tela.

Neste sentido, os Princípios UNIDROIT de Contratos Comerciais Internacionais estabelecem regras de uniformização do comércio transfronteiriço, determinando no artigo 2.1.20 que as cláusulas que fogem às justas expectativas do aderente, nos contratos de adesão, devem ser aceitas expressamente por ele.³⁹

Em suma, a validade e eficácia das cláusulas e termos inseridos nos contratos de adesão eletrônicos dependem da própria conduta do fornecedor, que não pode abusar do seu direito inserindo cláusulas prejudiciais ao usuário sem dar o devido destaque para as restrições.

5 Conclusões

A presunção de que o usuário leu e compreendeu o contrato de adesão é uma falácia. No comércio eletrônico, a situação é ainda pior porque o usuário depara-se a todo instante com contratos e licenças aos quais estará vinculado ao praticar determinada conduta como criar um perfil em uma rede social ou uma conta de email.

Constata-se um abuso de direito por parte dos fornecedores que escrevem contratos e licenças demasiadamente longos e com termos repetitivos e incompreensíveis ao senso comum, desestimulando a leitura do contrato em sua integralidade. No entanto, as cláusulas importantes e restritivas de direito, que contrariam às justas expectativas dos usuários, são inseridas neste emaranhado de palavras e expressões e jargões jurídicos. Assim, como o consumidor não lê o contrato, estas cláusulas importantes passam despercebidas. No entanto, a ficção de que houve uma anuência à integralidade do contrato impõe que o usuário se sujeite à restrição com a qual ele “concordou”.

Ora se os tribunais validarem estas cláusulas inseridas em contratos e licenças de uso desta forma, irão consagrar o que se denomina “ditadura dos contratos de adesão eletrônicos”, na medida em que os fornecedores que redigem unilateralmente as cláusulas contratuais, inserem propositalmente cláusulas restritivas de direitos em meio a tantas outras menos importante.

³⁹ “Article 2.1.20 (Surprising Terms) No term contained in standard terms which is of such a character that the other party could not reasonably have expected it, is effective unless it has been expressly accepted by that party”.

O ônus de ter lido o contrato porque manifestou sua anuência de alguma forma deve ser revisitado neste contexto. Assim, a doutrina contratual social, pautada nos princípios contratuais sociais, notadamente a boa-fé objetiva, a função social do contrato e o equilíbrio contratual, deve considerar válidos e eficazes apenas as cláusulas contratuais das quais o usuário teve efetivo conhecimento.

Desta forma, deve-se contestar as ferramentas atualmente utilizadas que impõe o usuário a descer a barra de rolagem lateral até o final para que se entenda que o usuário realmente leu o contrato. Esta conduta não irá alterar as estatísticas demonstrada neste artigo se não for alterada substancialmente a prática dos fornecedores.

Em suma, espera-se que os fornecedores cumpram efetivamente o seu dever de prestar informação suficiente, clara e precisa (nos termos do inc. III do art. 4º do CDC), bem como o § 3º do art. 54 do CDC que determina que os contratos de adesão escritos devem ser redigidos de forma clara e “com caracteres ostensivos e legíveis, cujo tamanho da fonte não será inferior ao corpo doze, de modo a facilitar sua compreensão pelo consumidor”.

Por fim, o § 4º deste mesmo dispositivo legal impõe que destaque seja dado às cláusulas que implicarem limitação de direito do consumidor para permitir sua imediata e fácil compreensão.

Estes dispositivos podem ser aplicados no comércio eletrônico até porque não existe lei específica que estabeleça regras específicas ao *ecommerce*. No entanto, a mesma conclusão deve ter para as relações jurídicas que não estão sujeitas ao Código de Defesa do Consumidor, quando o estipulante se vale de *boilerplate language* justamente para diluir as cláusulas restritivas de direito. Isto porque a conclusão que se chegou tem como premissa a prática contratual empregada e não os elementos da relação de consumo por si sós.

Desta feita, nas transações eletrônicas há ferramentas tecnológicas para que seja dado efetivo conhecimento às cláusulas restritas como as caixas de diálogo e, em alguns casos, a utilização de *pops ups*.

6 Referências bibliográficas

AYRES, Ian; SCHWARTZ, Alan. The no-reading problem in consumer contract law. *In: Stanford Law Review*, vol. 66, março de 2014, pp. 545 – 610.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Os princípios do atual direito contratual e a desregulamentação do mercado. Direito de exclusividade nas relações contratuais de

fornecimento. Função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para inadimplemento contratual (parecer). *In: _____*. *Estudos e Pareceres de Direito Privado*. Com remissões ao novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2004. p. 137 – 147.

BLOCK, Drew. 227 Caveat Surfer: Recent Developments in the Law Surrounding Browse-Wrap Agreements, and the Future of Consumer Interaction With Websites. *In: Loyola Consumer Law Review*, vol. 14 (14 Loy. Consumer L. Rev. 227), 2002.

BUONO, Francis M.; FRIEDMAN, Jonathan A. Maximizing the enforceability of click-wrap agreements. *In: Journal of Technology Law and Policy*, vol. 4, “issue” 3, outono de 1999. Disponível em: <<http://journal.law.ufl.edu/~techlaw/4-3/friedman.html>>. Acesso em: 12 de set. 2004. [documento em meio eletrônico, sem paginação].

CALAMARI, John D. Duty to Read -- A Changing Concept. *In: Fordham Law Review.*, vol. 43, pp. 341 - 362 (1974). Disponível em: < <http://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol43/iss3/1>>, acessado em 25 de julho de 2014.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 26. ed. BRITTO, Edvaldo (coord.); AZEVEDO, Antonio Junqueira de; MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo (atualizadores). Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. *Contratos de adesão: condições gerais dos contratos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972.

GOOD, Nathaniel S.; GROSSKLAGS, Jens; MULLIGAN, Deirdre K.; KONSTAN, Joseph A. Noticing notice: a large-scale experiment on the timing of software license agreements. Disponível em: <<http://people.ischool.berkeley.edu/~jensg/research/paper/Grossklags07-CHI-noticing-notice.pdf>>, acessado em 21 de agosto de 2007.

HILLMAN, Robert A. On-line consumer standard-form contracting practices: a survey and discussion of legal implications. *In: Cornell Law School: Legal Studies Research Paper Series*, n. -5-012, pp. 01 – 30.

KELLAWAY, Lucy. *Pointless Conditions Should Not Apply: the sopoforic legalese of online transactions* (23/01/2011). Disponível em: < <http://www.ft.com/cms/s/0/7158c690-2596-11e0-8258-00144feab49a.html#axzz39XXRFe7W>>.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

DE LUCCA, Newton. *Aspectos Jurídicos da Contratação Informática e Telemática*. São Paulo: Saraiva, 2003.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Tratado de los contratos*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1999. Tomo I

MAGID, Larry. It pays to read license agreements, PC PITSTOP, disponível em: <<http://pcpitistop.com;spycheck;eula.asp>>, acessado em 25 de julho de 2014.

MIRANDA, Custódio Ubaldino. *Contrato de adesão*. São Paulo: Atlas, 2002.

MORINGIELLO, Juliet M. Signals, Assent and Internet Contracting. *In: Rutgers Law Review*, vol. 57, p. 1.307 – 1.359, verão de 2005. [documento em meio eletrônico, sem paginação].

NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato: novos paradigmas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

RADIN, Margaret Jane. *Boilerplate: the fine print, vanishing rights, and the rule of law*. New Jersey: Princeton University Press, 2013.

REALE, Miguel. *História do Novo Código Civil*. ____; MARTINS-COSTA, Judith. (coord.) São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

STREETER, Dan. Into Contract's Undiscovered Country: A Defense of Browse-Wrap Licenses. *In: San Diego Law Review*, vol. 39, n. 04, p. 1363 – 1393, inverno de 1986. *Op. cit.*, [documento em meio eletrônico, sem paginação].

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*. Vol. II: Teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008.