



UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO - UFPE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS - CCJ
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE – FDR

INGRID RANNY TIBURCIO GOMES

**CONTRATOS ELETRÔNICOS DE CONSUMO “*CLICK-WRAP*” E A DÚVIDA
ACERCA DA LEI APLICÁVEL**

RECIFE

2018

INGRID RANNY TIBURCIO GOMES

**CONTRATOS ELETRÔNICOS DE CONSUMO “*CLICK-WRAP*” E A DÚVIDA
ACERCA DA LEI APLICÁVEL**

Monografia apresentada à banca examinadora da Faculdade de Direito de Recife da Universidade Federal de Pernambuco (UFPE), como requisito à obtenção de título de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Paul Hugo Weberbauer.

RECIFE

2018

RESUMO

O presente estudo objetiva a análise de questões relativas à contratação eletrônica, em especial os contratos de consumo denominados como *click-wrap agreements* e a problemática da lei aplicável. A proposta é investigar os aspectos legais decorrentes do comércio eletrônico, com ênfase na validade dos contratos eletrônicos de adesão por clique. Nesse tipo de contratação, o consumidor deve manifestar sua anuência ou não, clicando em uma caixa de diálogo indicativa de expressões como “eu aceito”, ou outra semelhante. Se, por um lado, há necessidade de reconhecer os efeitos obrigatórios dos contratos de adesão eletrônicos, fortalecendo o comércio eletrônico; por outro lado, a sociedade global exige a efetiva proteção dos consumidores e usuários contra abusos praticados por multinacionais, que operam sem fronteiras geográficas. Assim, juristas e doutrinadores enfrentam um enorme desafio: desenvolver um comércio eletrônico sustentável, equilibrando os interesses comerciais e os direitos dos consumidores. Este trabalho pretende determinar os requisitos jurídicos para a validade dos contratos eletrônicos, analisando o processo de formação contratual em meio eletrônico e a questão relativa à cláusulas abusivas. Por fim, investiga-se a dúvida acerca da lei aplicável à esta modalidade de contratação, em uma reanálise do papel da autonomia da vontade e a atração da ordem jurídica mais favorável ao consumidor. Em suma, esta monografia destaca a necessidade de uma legislação uniforme sobre comércio eletrônico e a proteção do consumidor, tendo em vista o alto nível de globalização, para que se possam tutelar os direitos dos consumidores aliados aos interesses econômicos do mercado.

Palavras-chave: comércio eletrônico; contratos eletrônicos; “click-wrap”; proteção ao consumidor; lei aplicável.

ABSTRACT

The present study aims to analyze issues related to electronic contracting, in particular consumer contracts known as click-wrap agreements and the problem of the applicable law. The proposal is to investigate some of the legal issues raised by e-commerce, specifically the validity of the electronic adhesion contracts per click, in which the consumer must express his consent or not, “pointing and clicking” in a dialog box indicating her or his consent (such as “I agree” or some other synonymous expression). On one hand, there is a need to enforce electronic commerce in order to stimulate and consolidate it by making electronic contracts binding on consumers. On the other hand, there is a need to protect consumers from the abuse of unequal bargaining power in such contractual relation, which may pit them against a multinational corporation, which operates throughout the world. Thus, jurists and academics must combine efforts to find a sustainable balance between these two sides. This paper aims to determine the legal requirements for the validity of electronic contracts, analyzing the process of contractual training in electronic media and the issue of unfair terms. Finally, we investigate the question of the law applicable to this modality of contracting, in a reanalysis of the role of the autonomy of the will and the attraction of the legal order more favorable to the consumer. In short, it highlights the need for a uniform legislation and a strong consumer protection system to ensure the growth of ecommerce. This would foster a reliable electronic environment meeting the consumers’ expectations and the market standards.

Keywords: e-commerce; electronic contracts; “click-wrap” agreement; consumer protection; applicable law.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1 INTERNET, COMÉRCIO E DIREITO	8
2 “CLICK-WRAP AGREEMENTS”	13
2.1 Conceito e natureza jurídica dos contratos eletrônicos interativos “ <i>click-wrap agreements</i> ”	13
2.2 O Consentimento nos “ <i>click-wrap agreements</i> ”	17
2.2.1 Introito	17
2.2.2 O “dever de ler” o contrato (<i>duty to read doctrine</i>) versus efetivo conhecimento das cláusulas e termos.....	20
2.3 Validade dos click-wrap agreements	22
3 CONTRATOS ELETRÔNICOS DE CONSUMO	25
3.1 As relações virtuais de consumo e <i>click-wrap agreements</i>	25
3.2 A aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos contratos eletrônicos de consumo	27
3.3 Abusividade nos Contratos Eletrônicos de Consumo	31
3.4 Análise da Validade de Cláusulas Específicas em Contratos Eletrônicos de Consumo	33
3.4.1 Da cláusula de eleição de foro.....	35
3.4.2 Da Cláusula compromissória (convenção de arbitragem).....	37
4 DA DÚVIDA DO DIREITO APLICÁVEL	41
4.1. A Questão da internacionalidade das contratações virtuais em relação à lei aplicável	41
4.2 Critérios determinados pela legislação brasileira para os contratos internacionais: Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Lei n. 4.657/1942) e autonomia da vontade.....	44
4.3 Da cláusula de escolha da legislação aplicável (“ <i>choice-of-law clause</i> ”)	48
CONCLUSÃO.....	53
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	56

INTRODUÇÃO

O desenvolvimento dos meios de comunicação eletrônica a partir da segunda metade do século XX, e mais precisamente com a internet, como um eficaz meio de comunicação, fez com que as relações sociais ultrapassassem barreiras regionais, culturais e econômicas. Com isso, essas relações exigem regras que pressuponham essa crescente internacionalização socioeconômica.

O Direito, por sua vez, deve funcionar como regulador dessa fusão de sistemas socioculturais e ordenamentos jurídicos proporcionada pela tecnologia. No plano das relações econômicas e sociais é que a temática assume maior relevância: a necessidade de regras únicas para reger as relações econômicas internacionais, principalmente no que diz respeito aos negócios jurídicos, para que haja uma efetiva integração econômica.

Entretanto, a problemática ostenta uma dimensão mais significativa desde quando o mercado começou a empregar essa tecnologia na realização de negócios jurídicos. Os contratos firmados por intermédio da rede mundial de computadores extrapolam as fronteiras nacionais, constituindo-se a partir de um ambiente totalmente novo e em constante transmutação, o ciberespaço. A partir desse fenômeno de desterritorialização das relações jurídicas, são introduzidas inúmeras questões de regulamentação, visto a ausência de categorias jurídicas capazes de abarcar o fenômeno em sua plenitude.

A atualidade do tema do tema se constitui a partir da popularidade da contratação virtual: Com a rápida difusão e o grande interesse no mundo da informática, as empresas começaram a usar a rede não só como um novo canal de vendas para incrementar seu faturamento, mas também como uma nova forma de interagir com seus clientes. Por representar inúmeras facilidades referentes à economia de tempo e dinheiro, ainda, proporcionando a difusão instantânea de informação, fez com que inúmeras empresas e fornecedores passassem a ofertar seus produtos e serviços online, em suas páginas na internet.

Nasce, então, o comércio eletrônico, que, para o fornecedor, não só é uma alternativa de redução de custos, mas, principalmente, uma ferramenta no desempenho empresarial. Para o consumidor, entre outros facilitadores, é um meio universal, cômodo, prático e rápido de fazer negócio.

Apesar de todo o atrativo, o aumento das relações comerciais e a livre circulação de informações - em altíssima velocidade e com diminuição das distâncias - causam incertezas quanto à validade dos documentos e contratos de adesão que são firmados por esse meio, dadas as condições de manipulação de seus conteúdos.

Assim, diante da impessoalidade característica da contratação eletrônica, antes da conclusão do contrato, o adquirente, sem oportunidade de discutir acerca das cláusulas contratuais impostas, deve manifestar sua total adesão ou não. Esta manifestação de vontade é exteriorizada através de cliques sucessivos em caixas de diálogo apresentadas na tela do computador (“*click-wrap*”).

A Internet, com sua característica globalizada e democrática, coloca o consumidor em contato direto com o fornecedor estrangeiro, criando uma relação internacional de consumo, raramente ocorrida antes da era virtual. As consequências jurídicas deste fato se mostram quando percebemos que as normas de proteção e as regras tradicionais do comércio internacional se confrontam, gerando insegurança ao consumidor. 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, da cláusula de informação e às cláusulas abusivas.

Diante disso, a doutrina põe em pauta essas discussões, desconhecidas pelo direito tradicional, principalmente no que diz respeito à validade dos *click-wrap agreements*, no tocante à maneira pela qual é manifestada a vontade do adquirente e, também, à proteção desses consumidores. Ademais, nesse tipo de contratação desterritorializada, há diferentes elementos de estraneidade que vinculam o acordo a mais de um ordenamento jurídico, surgindo dúvidas acerca da lei aplicável à tais relações.

Portanto, é mister a análise jurídica do tema, tendo em vista as regras de direito contratual e de direito do consumidor brasileiro, para oferecer algumas diretrizes a condução destes conflitos acerca da validade dos denominados *click-wrap agreements*. Por isso, propõe-se, nesse estudo, investigar acerca das seguintes indagações: os contratos eletrônicos, firmados no ciberespaço, são propícios à aplicação dos conceitos jurídicos tradicionais? Como coadunar as inovações propiciadas pelo ambiente tecnológico, com a criação de novas modalidades contratuais de consumo – em especial, os *click-wrap agreements* - e a proteção da parte mais vulnerável, o consumidor? Como possibilitar a definição de critérios objetivos de determinação da lei aplicável aos contratos eletrônicos de consumo?

Estas são as questões que importam analisar. Assim, é fundamental que este trabalho trate, preliminarmente, do impacto das tecnologias na adequação do direito dos contratos a esta nova realidade, e, assim, analise o advento da contratação por clique “*click-wrap*”, a dúvida acerca da lei aplicável, e a proteção dos direitos dos consumidores em face a este novel instrumento negocial.

Para tanto nesta pesquisa, observou-se as regras gerais já estabelecidas pelo Direito (na medida em que se parte de regras gerais (exemplo, regras estabelecidas na Legislação brasileira) para atingir uma solução em determinada hipótese. Além disso, houve a tentativa de expor argumentos contrários e favoráveis na doutrina e jurisprudência para que se possa comprovar as hipóteses levantadas, sendo realizada ampla pesquisa bibliográfica de autores que abordam o tema. Por fim, é essencial para o desenvolvimento desta investigação, o método comparativo, para buscar no Direito norte-americano diretrizes que possam auxiliar na interpretação destes contratos, que são estudados com profundidade científica naquele país a mais tempo.

O presente trabalho, então, tenta desmistificar as questões contratuais relativas ao ciberespaço, objetivando-se o desenvolvimento de uma concepção integrada ao direito, que ajude a esclarecer essas problemáticas impostas pela sociedade da informação pós-moderna.

1 INTERNET, COMÉRCIO E DIREITO

A comercialização de produtos e serviços por meio da internet é consequência da popularização do acesso à rede, e a proliferação de uma gama de ofertas para captar consumidores. No auge da popularização da internet, surgiu a indagação de que forma poder-se-ia lucrar através dessa ferramenta. Nesse cenário, nasce o comércio eletrônico, capaz de modificar as relações de consumo e trazer novos desafios para a solução de litígios e a aplicação do direito.

O início do comércio virtual *B2C* (*Business-to-Consumers*¹), ou seja, negociação eletrônica entre empresas e consumidores, é marcado pela entrada de grandes empresas físicas

¹ NISSAN. Mauro. Qual a diferença entre B2B e B2C? Disponível em: <<https://ecommercenews.com.br/artigos/cases/qual-e-a-diferenca-entre-b2b-e-b2c/>> Acesso em: 16. Mar. 2018.

no ambiente virtual, como a Amazon, que no ano de 1995 iniciou a sua operação on-line. A livraria virtual contava com um grande acervo, cerca de 2,5 mil títulos, e oferecia preços mais acessíveis que as lojas tradicionais.²

A partir disso, começou a relação entre a Internet e a logística, uma vez que os produtos vendidos na rede deveriam ser entregues aos clientes.

Nas palavras de Lorenzetti³, o advento do comércio eletrônico:

O comércio eletrônico surge como facilitador das relações de consumo, na ampliação de possibilidades de interação com diversos sujeitos, na escolha de produtos e serviços de forma cada vez mais amplificada, na obtenção de bens ou serviços personalizados e na diminuição do tempo de escolha, e tudo isso sobre o prisma de uma alta redução nos custos de transação no intuito de beneficiar o consumidor.

O Comércio eletrônico trata-se, portanto, de todos os processos envolvidos da cadeia de valor realizada num ambiente eletrônico, utilizando de ferramentas com grande tecnologia de informação e de comunicação, tendo como principal objetivo atender as necessidades exigidas pelos negócios de compra e venda.⁴

Hodiernamente, o *e-commerce* pode, então, ser assim conceituado, como um conjunto de relações entre fornecedor e consumidor, realizadas por meio de um estabelecimento empresarial virtual, podendo ou não ser através da internet. Esta forma de negociação considera a comunicação, a segurança e o gerenciamento de informações permitindo a troca de informações de modo automático.

De acordo com Salvador⁵:

Pode ser definido como transações comerciais feitas no ambiente virtual, com ajuda de meios eletrônicos, ou seja, é poder comprar determinado item a quilômetros de distância, sem sair de casa ou do escritório, utilizando celular, computador ou outro dispositivo. Os consumidores são atraídos pela comodidade, facilidade de acesso e, principalmente, pelos preços mais baixos que o comércio físico.

Assim, o comércio eletrônico é uma forma de comércio à distância, firmado no ciberespaço, onde o estabelecimento e o consumidor estão em locais diferentes, inexistindo

Sigla que define a transação comercial entre empresa (indústria, distribuidor ou revenda) e consumidor final através de uma plataforma de *E-Commerce*.

² NAKAMURA, A. M. Comércio eletrônico riscos nas compras pela internet. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) da Faculdade de Tecnologia de São Paulo, 2011.

³ LORENZETTI, Ricardo L. Comércio Eletrônico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 365.

⁴ ALBERTIN, Alberto Luiz. Comercio Eletrônico: modelo, aspectos e contribuições de sua aplicação. 6. Ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 57.

⁵ SALVADOR, Mauricio. Gerente de E-commerce. 1º ed. São Paulo: Ecommerce School, 2013.

limite territorial. Os contraentes estão interligados, em regra, através de uma rede de computadores que, pela maioria das vezes, é a Internet. Entretanto, se as relações se travarem, por exemplo, por uma conexão direta de computadores, ainda assim se tratará de *e-commerce*.

Segundo Kalakota e Robinson⁶ “o comércio eletrônico é uma ferramenta que satisfaz a necessidade de empresas, consumidores e administradores quanto à redução de custos e à elevação nos níveis de qualidade e agilidade de atendimento.”

Para o advento do comércio eletrônico unem-se fatores como: o crescimento constante do número de usuários da Internet, a vontade das empresas em interagir com seus clientes, o aquecimento da economia e o corte de custos de serviços, enquanto há melhora a qualidade das mercadorias e aumenta a velocidade da entrega do serviço.

Na tentativa de desmistificar as novas nuances trazidas pelo comércio eletrônico às relações de mercado, faz-se necessária a apuração dos óbices encontrados pelo Direito ao regulamentar a matéria.

Os avanços da tecnologia influenciaram drasticamente no modo que se dão as relações sociais nos tempos atuais, de forma que tais avanços, operados minuto a minuto, atualizam constantemente os conceitos digitais. Toda essa teia de relações, proporcionada pelo mundo virtual, passou a exigir novas regras, princípios e regulamentos para solucionar os eventuais conflitos que surgem na utilização da rede.⁷

Presencia-se, nesse contexto, uma alteração nos paradigmas empresariais e de consumo, configurando uma mudança de costumes propiciada pela tecnologia nas relações jurídicas tradicionais. Nesse panorama, função relevante é atribuída ao direito, com o fito de fornecer a necessária segurança jurídica aos partícipes das relações virtuais, provendo-lhes a correta prestação jurisdicional e protegendo o ciberespaço das práticas nocivas que acarretam danos ao internauta, mormente quando este se encontra na posição de consumidor.

As interações realizadas no ciberespaço, caracterizado pela **maleabilidade (qualquer um pode interagir na rede), pela não territorialidade (não conhece limites geográficos) e pela constante mutação**, estão desassociadas do ambiente físico. O ciberespaço funciona segundo regras próprias, não se submetendo a uma autoridade central. Não conhece ordem ou hierarquia, e

⁶ KALAKOTA, Ravi.; ROBINSON, Márcia. E-Business: Estratégia para Alcançar o Sucesso no Mundo Digital. 2 ed. Porto Alegre: Boockman, 2002, p. 94

⁷ PECK, Patrícia. Direito Digital. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 16

exerce influência sobre os demais sistemas, propagando-lhes o efeito da desterritorialização. (grifo nosso)⁸

Diante disso, observa-se um impasse entre a morosidade da maioria dos sistemas legislativos, principalmente o brasileiro, na tentativa de acompanhar os progressos impostos pela tecnologia à equiparação de conceitos. É necessária uma visão crítica do direito tradicional, impondo-lhe uma nova valorização dos princípios clássicos, como a boa-fé objetiva e a autonomia da vontade.

Destarte, deve-se observar, em um primeiro momento, as principais características que pautam este meio, como a acessibilidade *erga omnes*, a interatividade, o caráter internacional, regulamentação pelo costume, aceleração do tempo histórico, facilitação da comunicação de pessoas que residam em países diferentes e o barateamento das transações. Neste sentido, a doutrina aponta alguma de suas especificidades:

[...] - é uma rede aberta, posto que qualquer um pode acessá-la; - é interativa, já que o usuário gera dados, navega e estabelece relações; - é internacional, no sentido de que permite transcender as barreiras nacionais; - existe uma multiplicidade de operadores; - tem uma configuração de sistema auto-referente, que não tem um centro que possa ser denominado “autoridade”, opera descentralizadamente e constrói a ordem a partir das regras do caos; - tem aptidão para gerar suas próprias regras com base no costume; - apresenta uma aceleração do tempo histórico; - permite a comunicação em “tempo real” e uma “desterritorialização” das relações jurídicas; - diminui drasticamente os custos das transações.⁹

Dessa maneira, observa-se um terreno estranho à regulamentação jurídica do comércio tradicional, que anteriormente estava pautada na pessoalidade das relações, manifestação expressa da vontade, com sua materialização em papel, além da determinação do local e tempo da celebração da transação.

A relação eletrônica, por sua vez, traz a despersonalização como característica, além da desmaterialização do meio e do objeto do contrato, a desterritorialização e atemporalidade das relações de consumo.¹⁰ Os rompimentos das barreiras de delimitação territorial, proporcionada pelo ciberespaço - que não reconhece limites - por exemplo, cria uma problematização em torno da determinação da lei aplicável a um contrato ou a jurisdição competente para julgar eventual

⁸ JUNIOR, Geraldo Frazão de Aquino. Contratos Eletrônicos: A Boa-fé Objetiva e a Autonomia da Vontade. Curitiba: Juruá. 2012, p. 105-106

⁹ LORENZETTI, Ricardo L. Op. cit., p. 24 – 25.

¹⁰ MARQUES, Cláudia Lima. 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: Revista dos Tribunais, São Paulo, vol. 788, p. 11 – 56, jun. de 2001. p. 61-62

litígio. Vislumbra-se a dificuldade inerente à regulação desse espaço, que desconhece fronteiras geográficas e ignora o alcance da soberania dos Estados

Estes fatores demonstram a dificuldade que se estabelece na aplicação do sistema jurídico tradicional ao comércio eletrônico. O fenômeno da despersonalização, por exemplo, inviabiliza o direito tradicional elaborado nas relações juridicamente relevantes, tendo em vista a identificação pessoal dos seus agentes. Outro exemplo, ainda, seria a valoração da vontade do contraente, em razão do clique em determinada caixa de diálogo com os dizeres “eu aceito” ou “eu estou de acordo com os termos e condições”, já que muitas vezes não há contato algum entre as partes contratantes.

A legislação tradicional consegue resolver algumas questões, mas a um custo elevado e excessiva morosidade, que põe em xeque a segurança jurídica dos negócios e impede a criação de um ambiente propício às relações comerciais virtuais.

Assim, os obstáculos que devem ser enfrentados pelo aplicador do direito dizem respeito a utilidade das normas tradicionais para dirimir litígios provenientes do comércio eletrônico. Deve-se, portanto, buscar soluções para adequação das novas tecnologias aos institutos tradicionais, como a ficção jurídica sobre limitação de fronteiras na era digital e a intervenção estatal para garantir a efetiva proteção da parte mais vulnerável no comércio eletrônico: o consumidor.

Essa perspectiva engloba, principalmente, a questão contratual. Os termos contratuais podem ser disponibilizados na internet sem a necessidade de um suporte físico em papel, além disso, existem mecanismos que facilitam a fraude e violação de direitos do consumidor, o que pode tornar o comércio eletrônico menos eficaz e mais problemático que o mercado tradicional.

Diante disso, mesmo que haja previsão legal, toma-se por relevante que o contrato eletrônico ainda necessita de um enquadramento abrangente e mais específico. É com base nesses novos acontecimentos, nas incertezas do preparo da máquina judicial na resolução de conflitos inerentes a esta novidade comercial, que surge a necessidade da criação de um direito específico e a uniformização legislativa.

Enquanto isso não ocorre, o grande desafio do operador do direito é ser flexível o bastante para adaptar o raciocínio tradicional às novas situações, além de não criar obstáculos ao livre desenvolvimento da rede, sem, contudo, olvidar da segurança jurídica que deve permear as relações sociais e dos princípios fundamentais, como a proteção ao consumidor.

2 “CLICK-WRAP AGREEMENTS”

2.1 CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA DOS CONTRATOS ELETRÔNICOS INTERATIVOS “CLICK-WRAP AGREEMENTS”

O mercado moderno, buscando atender a drástica transformação das relações de consumo, que se tornaram mais dinâmicas e impessoais, cria a figura dos contratos eletrônicos. A partir de então as obrigações são constituídas com base na oferta e na aceitação realizadas de modo virtual, entre partes conectadas à rede mundial de transmissão de dados.

Assim, contrato eletrônico, na posição de Maria Helena Diniz¹¹, é “[...] o contrato virtual que opera-se entre o titular do estabelecimento virtual e o internauta, mediante transmissão de dados”.

A modalidade mais difundida negociação eletrônica são os contratos interativos, devido a seu emprego em massa no comércio eletrônico B2C. Esses contratos acontecem milhões de vezes por dia em todo o mundo, por meio de uma simples interação pessoa/programa onde se demonstra o interesse de contratação. Esse programa trata-se de um sistema munido de informações específicas acessíveis, criado e colocado à disposição por uma empresa ou mesmo por outra pessoa que pode nem estar conectada, que terá ciência da contratação posteriormente.¹²

Este é o mais peculiar dos modos de contratar via computador. Por esse meio de utilização uma pessoa interage com um sistema destinado ao processamento eletrônico de informações, colocado à disposição por outra pessoa, sem que esteja, ao mesmo tempo, conectada e sem que tenha ciência imediata de que o contrato foi efetuado. Este é o exemplo mais comum de

¹¹ DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais.. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 756.

¹² SILVA NETO, Abdo Dias da. Contratos eletrônicos e a aplicação da legislação moderna. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XI, n. 60, dez 2008. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5365>. Acesso em 3 abr. 2018.

conclusão de contrato via Internet, pela World Wide Web, do qual derivam as compras de produtos ou contratação de serviços pela rede de computadores.¹³

Os contratos eletrônicos interativos são também chamados de “contratos por clique”, pois, através do clique do mouse, o indivíduo realiza a confirmação dos seus dados e efetiva o contrato. Esses contratos são amplamente utilizados em relações de consumo, como a venda de produtos e serviços em meio eletrônico, destacando-se os sites de compras pela “Internet”, conhecidos como lojas virtuais (v.g., www.livrariasaraiva.com.br, www.submarino.com.br, www.americanas.com.br, www.amazon.com.br entre outros) nos quais o cliente efetua cliques para realizar a compra. Não há uma interação entre as partes, nem a opção de discorrer sobre as cláusulas da contratação: é somente entre o consumidor e o sistema previamente programado¹⁴.

Sheila Leal¹⁵, no tocante à divulgação dos produtos no ciberespaço, assevera:

No momento em que tais informações são disponibilizadas na Internet, considera-se feita a oferta ao público e, conseqüentemente, manifestada a vontade do fornecedor. Já a vontade do consumidor é manifestada no momento em que ele acessa o sistema aplicativo e com ele interage, preenchendo os campos eletrônicos à sua disposição. Ao confirmar os dados, o consumidor conclui a aceitação.

Esses contratos se notabilizam pelo informalismo, pois os anúncios são feitos no site, bastando o consumidor eleger o produto que deseja, indicar a forma de pagamento e os dados pessoais, inclusive endereço para entrega.¹⁶ É comum a compra telemática de um eletroeletrônico, como uma geladeira. Entretanto, esta forma de contratação pode ocorrer, também, na compra de um programa de antivírus, por exemplo, que prescinde da entrega física do produto, o qual é salvo no próprio computador do usuário.

Dessa forma, os contratos *click-wrap* podem ser utilizados, entre outras coisas, para (1) estabelecer os termos para *download* e uso de *software* na Internet, as chamadas EULAs; (2) determinar Termos de Serviço, como, por exemplo, as regras que o usuário deve obedecer ao

¹³ LEAL, Sheila do Rocio Cercal Santos. Contratos Eletrônicos – Validade Jurídica dos Contratos via Internet. São Paulo: Atlas, 2007, p. 87.

¹⁴ BRUNO, Marcos Gomes da Silva. Aspectos jurídicos dos contratos eletrônicos. Disponível em: <http://www.opiceblum.com.br/lang-pt/02_artigos_a001.html?ID_ARTIGO=22>. Acesso em: 9 mar. 2018

¹⁵ LEAL, Sheila do Rocio Cercal Santos. Op. cit, p 87.

¹⁶ CERVO, Amauri; SILVA, Roseane Leal. Os contratos interativos e a nova economia virtual: panorama do tema a partir dos julgados do Rio Grande do Sul. 2015. 21 p. Artigo Científico (Graduação em Direito) - CEPEJUR, Rio Grande do Sul, 2015. Disponível em: <<https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidssp/article/viewFile/13050/2200>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

utilizar um *website* ou uma parte dele, como chats ou serviços de mensagens instantâneas; (3) estabelecer os termos de compras de produtos e serviços online¹⁷.

Considerando o exemplo das EULAS, caso não haja concordância do consumidor com os termos impostos, o software não será instalado na máquina. Ao clicar “não concordo” haverá o cancelamento da operação, sem a possibilidade de discussão o contrato.

Neste sentido Jorge José Lawand¹⁸ faz as seguintes observações:

Na esfera da contratação no ambiente do comércio eletrônico os negócios jurídicos por clique são amplamente utilizados e são conhecidos no direito comparado como **click-through agreements**. São assim designados, haja vista seus termos serem aceitos através da confirmação digital na tela do monitor do computador, no mais das vezes utilizando o **mouse**. Em muitos casos o operador do **web site** oferece as mercadorias ou serviços para venda, e o consumidor adquire completando e transmitindo uma ordem de compra disposta na tela do computador. A partir do momento em que se configura a aceitação, o contrato considera-se formado. Esses contratos equiparam-se aos contratos por adesão, pois, se o contratante não concorda com as cláusulas impostas, não há como refazê-las no sentido de serem adequadas às suas necessidades. *(grifos do autor)*

Assim, a doutrina entende que esse é um tipo de contratação por adesão, já que em tais contratações os consumidores são influenciados em seu processo de formação de vontade, submetendo-se às regras contratuais preestabelecidas pelo fornecedor e divulgadas no site¹⁹. Ou seja, não há impossibilidade de discussão das cláusulas por parte do aceitante: ele simplesmente aceita ou não as cláusulas unilateralmente estipuladas pelo fornecedor, e em caso de discordância, a contratação é interrompida.

Neste sentido, ressalta-se que os contratos de adesão emergiram como uma necessidade imposta pela celeridade e intensidade das relações negociais, surgindo, nesse contexto, o fenômeno da estandarização contratual, significando para o contratante profissional um aumento de sua “eficiência” na distribuição de produtos e serviços²⁰. Desse modo, Maria Helena Diniz²¹:

Os contratos por adesão (Standard Verträgen [sic]) constituem uma oposição à ideia de contrato paritário, por inexistir liberdade de convenção, visto que

¹⁷ BUONO, Francis M.; FRIEDMAN, Jonathan A. Maximizing the enforceability of click-wrap agreements. In: Journal of Technology Law and Policy, vol. 4, “issue”, 1999. [Documento em meio eletrônico, sem paginação]. Disponível em: <http://www.diva-portal.org/smash/get/diva2:807840/FULLTEXT01.pdf> Acesso em: 23 mar. 2018

¹⁸ LAWAND, Jorge José. Teoria geral dos contratos eletrônicos. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003, p. 103

¹⁹ Idem Ibidem.

²⁰ TARTUCE, Flávio. Direito Civil. Vol 3, 8ª Ed., São Paulo: Método, 2013, p. 26.

²¹ DINIZ, Maria Helena. Tratado teórico e prático dos contratos. Vol. 5, 5ª ed., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 104.

excluem a possibilidade de qualquer debate e transigência entre as partes, uma vez que um dos contratantes se limita a aceitar as cláusulas e condições previamente redigidas, aderindo a uma situação contratual já definida em todos os seus termos.

Desta feita, estes conceitos podem ser incorporados ao comércio eletrônico para entender os denominados *click-wraps* como contratos de adesão telemáticos. Nessas situações, na maioria das vezes, o que aparece na tela é uma espécie de botão (o ícone) com os termos: concordo, aceito, ok, ou equivalentes, para que o contratante clique, manifestando automaticamente sua vontade, subentendendo-se a ciência dos termos e condições contratuais previamente estabelecidos.

Esse tipo de contrato, como já destacado, foi então denominado pela doutrina americana como “*Clickwrap Agreement*”²², cujo o aceite se dá justamente quando o usuário clica no botão com os dizeres “*ACCEPT*”, “*AGREE*”, “*ACEITO*”, “*SIM*”, ou qualquer outro que afirme a aceitação por parte do contratante.

Este fenômeno é descrito por Juliet Moringiello²³:

One can find click-wrap agreements both on the Internet and in software. These agreements are so named because the software purchaser or the purchaser of goods or services on the Internet must click an icon to signify agreement before obtaining the desired product or service. In the classic click-wrap scenario, the buyer cannot complete a purchase without at least clicking an "I agree" icon. In some cases, as when someone installs software on a computer, the license terms are presented so that the user must view (but not necessarily read) them before clicking "I agree." On many web sites, however, the contract terms can only be found behind a hyperlink presented near the "I agree" button and the buyer need not even view them before clicking the "I agree" button.

O “*click-wrap agreement*” pode aparecer de várias maneiras, uma vez que sua forma não é prescrita em lei: estar presente na mesma página em que se encontra a oferta, com o botão

²² Percebe-se a tendência no Common Law em utilizar a expressão “*click-wrap agreements*” para abranger tanto contratos de transferência de domínio, cujo objeto seja um bem material (“*click-wrap contracts*”); quanto as licenças de uso de um bem imaterial protegido pelo Direito Autoral, em que o objeto seja um bem imaterial, e. g. software (“*click-wrap licenses*”). Portanto, “*agreement*” é definido como um acordo entre duas ou mais pessoas (“1. A mutual understanding between two or more persons about their relative rights and duties regarding past or future performances; a manifestation of mutual assent by two or more persons” In: BLACK’S LAW DICTIONARY. Op. cit., p. 67. Na definição de contrato, ressalta-se o seu caráter obrigatório e vinculativo, ou seja, “*contract*. 1. An agreement between two or more parties creating obligations that are enforceable or otherwise recognizable at Law” In: BLACKS’ LAW DICTIONARY. 7 ed. St. Paul (Minn.): West Group, 1999p. 318. Por fim, na definição de licença, sobressai o seu caráter permissivo para o licenciado fazer ou usufruir de algo, o que seria ilegal se ele não obtivesse a permissão pelo licenciante, isto é, “*license*. 1. A revocable permission to commit some act that would otherwise be unlawful,” In: BLACKS’ LAW DICTIONARY. Op. cit., p. 931.

²³ MORINGIELLO, Juliet M. Signals, Assent and Internet Contracting. In: *Rutgers Law Review*, vol. 57, 2005. P. 1320.

de aceite em seguida; em outra página levada por um link visivelmente presente na página onde está a oferta; ou mesmo dentro de uma caixa de texto, presente na página principal da oferta.

Esse tipo de contratação pode ser considerado como a evolução da contratação à distância já existente à época de serviços prestados por telefone, nos quais a declaração da aceitação era feita apertando-se teclas do telefone.²⁴ Naquelas condições, o aderente podia se informar sobre os principais elementos do contrato antes de declarar sua aceitação.

Assim, o fenômeno de adesão nos contratos eletrônicos para ser compreendido e válido, é imprescindível que seja dado ao aderente acesso prévio ao conteúdo dos termos contratuais, ou seja, os termos contratuais devem constar expressos e acessíveis ao contratante antes desse declarar sua vontade, bem como seja facultado ao aderente a possibilidade de preservar o texto em arquivo próprio ou mesmo imprimi-lo.

Por isso, a doutrina defende que a adesão ao contrato só pode ocorrer após o momento que o aderente tenha tido a possibilidade de ler o seu conteúdo, razão pela qual as condutas que visem unicamente a obter acesso aos termos do contrato não podem ser interpretadas como adesão a eles.

2.2 O CONSENTIMENTO NOS “CLICK-WRAP AGREEMENTS”

2.2.1 Introito

Como ensina Darcy Bessone²⁵ “a formação de todo o contrato se baseia no consentimento”, confirmando, assim, o que assevera a professora Maria Helena Diniz²⁶ ao defender que o consensus é elemento de existência dos contratos.

²⁴ AZEREDO, João Fábio Azevedo. Contratos eletrônicos e inteligência artificial, 2015. Disponível em <http://www.contratoseletronicos.com/2-3-controle-de-conteudo/> Acesso em: 24 mar. 2018

²⁵ ANDRADE, Darcy Bessone de Oliveira. Do contrato – Teoria geral. Rio de Janeiro: Forense, 1987. p. 147.

²⁶ 13 DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro. v. 3: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais. São Paulo: Saraiva: 2011, p. 36: Todo o contrato requer o acordo de vontades das partes contratantes ou o consentimento, que não constitui somente um requisito de validade, mas também um pressuposto de existência, de tal sorte que sem o mútuo consenso, expresso ou tácito, não haverá qualquer vínculo contratual.

O consentimento nos contratos eletrônicos é uma das principais diferenças entre esse tipo de contratação e a forma tradicional. Nos contratos “*click-wrap*,” com foi visto, o consentimento é manifestado ao clicar na expressão “eu concordo”, “aceito”, “sim”, ou outras expressões sinônimas.

Nesse sentido, explica Fernando Amorim²⁷:

Poderá o simples clicar o mouse em um ícone na tela caracterizar uma manifestação de vontade? A resposta deve ser afirmativa. Não existe no ordenamento jurídico brasileiro óbice para que se considere o clique do mouse uma declaração de vontade do internauta. Com efeito, o art. 107 do Código Civil Brasileiro estabelece “a validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei exigir”. Portanto, a atuação o comportamento do internauta poderá significar que este pretendeu concluir o contrato, aceitando a oferta do proponente.

Muito embora para a doutrina e jurisprudência majoritária, e não só a brasileira, essa demonstração de concordância tenha exatamente o mesmo efeito de uma assinatura grafada, a aceitação nesse tipo de contrato é bastante diferente do que tradicionalmente definiu-se como consentimento.²⁸

Na verdade, o consentimento mútuo deve ser entendido como a convergência da intenção das partes (“*meeting of the minds*”²⁹), ou seja, ambas as partes devem ter a consciência do vínculo jurídico entre elas, bem como dos termos contratuais a que estão se vinculando.

Por isso que, nesta hipótese, o usuário deve ter a oportunidade de tomar conhecimento prévio das cláusulas contratuais para que possa decidir, conscientemente, se concorda ou não com elas.

Cláudia Lima Marques³⁰ destaca o cuidado que se deve ter no momento de interpretar as manifestações de vontade nas contratações desse tipo:

Assim, se o consumidor faz um *click* para abrir o contrato, isto não pode ser interpretado como se ele estivesse aceitando a oferta, ou que o contrato se perfectibilizou. Deve ser possível ler o contrato e mesmo o imprimir, sem o concluir, pois o contrato é informação para o consumidor e é o direito de escolha deste último que está em jogo. O abuso da ‘ordem’ de impulsos

²⁷ AMORIM, Fernando Sérgio Tenório. *Autonomia da Vontade nos Contratos Eletrônico Internacionais de Consumo*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 211

²⁸ LEMLEY, Mark A. *Terms of use*. Minnesota: Law Review 91, p. 466

²⁹ Richard LORD, *Williston on Contracts : A Treatise on the Law of Contracts*, 4th éd., Vol. 1, Rochester, NY, Lawyers Cooperative Publishing, 1990, par. 3:4, pp. 210-211: um contrato é um ato jurídico bilateral, o que significa que é formado uma vez que há coincidência da oferta do proponente e aceitação do destinatário. Assim, o direito contratual exige evidência de um “acordo de vontades”, no *Common Law*, “*meeting of the minds*”.

³⁰ MARQUES, Cláudia Lima. *Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 32.

eletrônicos, ou da ordem de telas abertas é justamente o de somente informar o conteúdo do contrato quando este já está aceito, ou de somente permitir baixá-lo (*download*), quando o consumidor já se tornou contratante.

Diante das novas formas de contratação, é comum a imposição ao consumidor do ônus de clicar em uma sequência de páginas na internet para ter acesso ao conteúdo das cláusulas que lhes serão vinculantes. Em certas ocasiões, o fornecedor obriga o consumidor ao redirecionamento à sua página na Web para que haja conhecimento dos termos da contratação. De fato, vislumbra-se, nessas hipóteses, diversos riscos ao consumidor e, conseqüentemente, ao desenvolvimento do comércio eletrônico, uma vez que o consentimento é essencial à contratação e aos direitos das partes.

Para minimizar os inconvenientes desta situação, as legislações específicas dão ênfase ao consentimento informado, privilegiando o direito à informação clara e precisa, como, por exemplo, o art. 10 da Diretiva 2000/31/CE e a seção 8.1 do UECA.³¹

O dever de informar tem sua gênese no princípio da transparência e é decorrente da boa-fé objetiva. Na internet atende, em primeiro lugar, a uma de suas finalidades básicas no sistema de proteção do consumidor, que é justamente a prevenção de danos³². Da mesma forma, minimizando a assimetria entre as partes, permite a reflexão e a formação do consentimento livre e racional do consumidor sobre suas restrições e riscos.

A transparência é um dos instrumentos erigidos pelo para a proteção da confiança entre consumidores e fornecedores Significa prestar informação clara, sem ocultar elementos que poderiam fazer o consumidor mudar de planos e não mais adquirir o bem ou serviço. [...] Os temas relevantes que possam afetar a relação de consumo têm que ficar esclarecidos antes que a relação se perfaça. [...] O consumidor, ao desconhecer os elementos do contrato, pode vincular-se a obrigações que não deseja ou que não tem condições de arcar.³³

Nos contratos eletrônicos, esse dever torna-se ainda mais premente, já que o consumidor possui uma vulnerabilidade especial, pois contrata de forma diferente da tradicional. Além disso, a grande quantidade de agentes envolvidos na cadeia de fornecimento do produto ou serviço, como provedor de acesso, mantenedor do site e fornecendo indireto, torna a relação muito mais complexa.³⁴

³¹MARQUES, Cláudia Lima. Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 32.

³² MELO, Romeu. Contratos eletrônicos interativos, o tal do “clique e compre”, 2011. Disponível em: <<https://romeupmelo.wordpress.com/2011/03/16/contratos-eletronicos-interativos-clique-e-compre-clickwrap-agreements/>> Acesso em: 13 mar. 2018

³³ JUNIOR, Geraldo Frazão de Aquino. Op. cit., p. 135

³⁴ Idem Ibidem

Nesse sentido, o fornecedor deve se valer de meios eficientes para apresentar informações claras e inteligíveis acerca das características do objeto da contratação e das cláusulas contratuais.

Por isso, defende-se que a adesão ao contrato só pode ocorrer após o aderente tenha tido a possibilidade de ler o seu conteúdo, razão pela qual as condutas que visem a obter acesso aos termos do contrato não podem ser interpretadas como adesão a eles.³⁵ A informação útil e completa é condição essencial para que o contratante faça uma escolha livre e consciente.

2.2.2 O “dever de ler” o contrato (*duty to read doctrine*) versus efetivo conhecimento das cláusulas e termos

O direito parte de uma ficção legal de que ao concluir um contrato (escrito), as partes leram todas as cláusulas e as compreenderam, com as quais concordaram plenamente. Essa conduta é inspirada no princípio de Common Law denominado *duty to read doctrine*³⁶, a qual estabelece que a declaração de aceitação de uma parte a vincula ao contrato mesmo que ela não tenha lido os seus termos, ou seja, com a concordância, há a presunção de que a parte leu todas as cláusulas contratuais.

Nesse contexto, observa-se que muitos proponentes de contratação eletrônica do modelo “*click-wrap*” se utilizam da própria tecnologia para evitar uma possível alegação de vício de consentimento.

Nessas situações o campo em que adesão às cláusulas é declarada apenas se torna passível de ser marcado após o usuário ter transcorrido completamente o conteúdo das cláusulas, ou seja, em princípio somente quando garantida a oportunidade de ver todo o conteúdo é que se poderá declarar que adere ao contato. Isso visa a prevenir alegações de que a adesão se deu sem que fosse dado adequado conhecimento do conteúdo das cláusulas contratuais.³⁷

Todavia, essa imposição não impede que o usuário concorde sem ler os termos contratuais, arrastando o cursor rapidamente por toda a página, pois da mesma forma que

³⁵ MARQUES, Claudia Lima. Confiança... p. 272

³⁶ CALAMARI, John D. Duty to Read – A Changing Concept. Fordham Law Review, Vol. 43, I. 3. p. 341/342. Consoante a doutrina anglo-saxã, 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.

³⁷ MELO, Romeu. Op. cit.,. Acesso em: 15 de mar. 2018

alguém pode assinar um contrato (papel) sem lê-lo, pode clicar e aceitar um *click-wrap agreement* sem tê-lo lido.

É o que destaca Gastón Quiñones e Agustín Figueroa³⁸:

Los contratos Clickwrap son los más usados em el comercio eletrônico y los más populares dentro de web, como Facebook, Hotmail, Skype, iTunes y muchas más de uso cotidiano. Aquí el tema principal es que casi ningún usuario lee las cláusulas, las políticas de privacidad y las reglas sobre el manejo de las cookies, y una vez que se han aceptado los términos y condiciones por medio um clic, el contrato suerto efectos de manera inmediata, lo que deja al usuario com muchas incertidumbres em relación com el manejo, procesamiento y privacidad que van a tener sus datos personales.

Nessa perspectiva, um levantamento realizado na Grã Bretanha constatou que apenas sete por cento dos notoriamente precavidos britânicos leram o conteúdo de contratos eletrônicos formados por adesão.³⁹

Ainda, um 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 solicitasse o prêmio. Tardou quatro meses até que um usuário constatasse sobre a cláusula e solicitasse o referido prêmio.⁴⁰

Em outro caso, em 2010, uma empresa que desenvolve jogos inseriu em suas licenças uma cláusula dizendo, em suma, que o usuário concordaria em vender sua alma. Dentre os usuários, também ingleses, não houve quem contestasse a cláusula.⁴¹

Esses exemplos reforçam a observação de que são raros os casos daqueles que leem os termos contratuais nos contratos eletrônicos por adesão, independentemente do artifício tecnológico usados pelas empresas, o que pode colocar em risco direitos fundamentais dos usuários, como privacidade, proteção dos dados pessoais e acesso à justiça.

³⁸ QUIÑONES, Gastón Behar A.; FIGUEROA, Agustín Yáñez . Introducción a los contratos tecnológicos. Guadalajara: IETSO, 2014, p. 58

³⁹ SKANDIA takes the terminal out of terms and conditions. Disponível em: <http://www.prnewswire.co.uk/news-releases/skandia-takes-the-terminal-out-of-terms-and-conditions-145280565.html> Acesso em: 16 de mar. 2018

⁴⁰ MAGID, Larry. It pays to read license agreements, PC PITSTOP, disponível em: <<http://www.pcpitstop.com/spycheck/eula.asp>. > Acesso em :16 de mar. 2018

⁴¹ A cláusula original a: “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.foxnews.com/tech/2010/04/15/online-shoppers-unknowingly-sold-souls.html> >. Acesso em: 16 mar. 2018

Não obstante as críticas acerca da fragilidade do consentimento dado nos contratos do tipo *click-wrap*, tanto na doutrina quanto na jurisprudência essa forma de contratação tem sido reconhecida como válida e eficaz.

O que nos parece requisito essencial é a oportunidade de leitura integral do texto do *click-wrap agreement*, de forma visível, na página da oferta. Ainda, se faz mister que o aderente tenha tempo suficiente para ler os termos contratuais e revê-los, a fim de que não haja a possibilidade de alegação de vício de consentimento.

Neste sentido, a doutrina anglo-saxã⁴² entende que há expressão de vontade por parte do aderente, uma vez que este teve oportunidade de ler os termos contratuais antes de que este fosse concluído, manifestando sua anuência. No Direito brasileiro, na teoria tradicional dos contratos, da mesma forma, reputa-se lido o contrato com o qual a parte concordou, manifestando sua vontade de alguma forma, como a firma nos contratos em papel.

Corroborando essa posição, Cláudia Lima Marques⁴³ sustenta a tese de que há acordo de vontade, mesmo nos contratos à distância no comércio eletrônico celebrados de maneira automatizada.

O consentimento é manifestado no momento que o aderente clica no ícone referente à expressão de anuência, como “eu aceito”, “sim”, “concordo”. Isto não impede, no entanto, que seja possível a anulação o contrato, em caso de vício do consentimento, ou que as cláusulas abusivas, quando houver, sejam extirpadas do contrato e que sua interpretação seja feita de maneira mais favorável ao aderente ou ao consumidor.

2.3 Validade dos *click-wrap agreements*

O regramento jurídico dos *click-wrap agreements*, com natureza jurídica de contrato de adesão, deve seguir, a princípio, as regras aplicadas a essa modalidade de contratação, inclusive com a possibilidade de anulação das cláusulas abusivas, quando se tratar de relação de consumo. Portanto, não há que se discutir a validade de um contrato somente pelo fato de as declarações de vontade terem sido manifestadas em meio eletrônico.

⁴² BUONO, Francis M.; FRIEDMAN, Jonathan. Op. cit., [documento em meio eletrônico, sem paginação];

⁴³ MARQUES, Cláudia Lima. Contratos.... Op. cit., p. 99.

Entretanto, a doutrina põe em pauta algumas discussões acerca da validade dos *click-wrap agreements*, principalmente no que diz respeito a maneira pela qual o contrato se forma. Como foi analisado, no capítulo anterior, para que haja validade contratual é necessário a convergência das declarações de vontade, principalmente em meio eletrônico. Portanto, para que haja real acordo entre a proposta e a aceitação, o aderente deve ter ciência das cláusulas contratuais antes de manifestar sua anuência, sob pena de invalidação do contrato.

Sobre esse tema, entende-se que devem ser observadas algumas questões, como a disposição das cláusulas contratuais de maneira que facilite sua visualização pelo contratante, possibilitando a rolagem da barra e o avanço de páginas quantas vezes forem necessárias. Ao fim, determina-se que seja feito o questionamento se o aderente aceita ou não tais cláusulas, por meio de expressões inequívocas como “sim” e “aceito”, mediante clique no ícone correspondente à expressão de anuência, ainda notificando, de forma clara, as consequências da aceitação ou rejeição do aderente.⁴⁴

Ainda, como já havia sido mencionado, o proponente deve dar oportunidade ao contratante de rever as cláusulas contratuais, utilizando-se do meio informático para disponibilização de tais cláusulas antes da aceitação, e possibilitando um acesso futuro, em um estágio mais avançado da contratação.⁴⁵

Além disso, atenta-se ao formato e o conteúdo das cláusulas contratuais, sendo este um dos principais impasses referentes à validade dos *click-wrap agreements*. As cláusulas, nesse tipo de contratação, devem ser redigidas de forma clara e legível, evitando-se contradições e ambiguidades em seu conteúdo, além de respeitar a legislação de cada local.

Deve-se ter cuidado, ao utilizar na redação das cláusulas, uma linguagem desnecessária, muitas vezes ininteligível aos aderentes, denominada no Common Law de “*boilerplate language*.”⁴⁶ Neste tipo de prática, são inseridos jargões jurídicos nos contratos, além de um emaranhado de tantas outras cláusulas padronizadas e praticamente incompreensíveis,

⁴⁴ GROSSMAN, Mark; HIFT, Allison Kimberly; ROTHMAN, Raquel. Click-Wrap Agreements – enforceable contracts or wasted words. Apud CINTIA ROSA LIMA, 2015, Disponível em: <<http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=981322808aba8a03>>. Acesso em: 18 mar. 2018

⁴⁵ LIMA, Cíntia Rosa Pereira. Op. cit. p. 532

⁴⁶ BLACK'S LAW DICTIONARY. 7 ed. St. Paul (Minn.): West Group, 1999, p. 104 - Language which is used commonly in documents having a definite meaning in the same context without variation; used to describe standard language in a legal document that is identical in instruments of a like nature."

dificultando a leitura das principais cláusulas contratuais pelo aderente, o que pode ensejar a anulação contratual⁴⁷.

Este tipo de artifício linguístico é usualmente utilizado para mascarar o real conteúdo de determinada cláusula contratual, haja vista o fato de que os contratantes, em sua maioria consumidores, normalmente não dominam a linguagem técnica utilizada. Desse modo, cláusulas importantes, que muitas vezes limitam ou anulam direitos ou impõem diversas obrigações, se perdem no meio de outras padronizadas que, muitas vezes, reproduzem o texto de lei.

Nesse sentido, o uso da linguagem “*boilerplate*” impedindo o efetivo conhecimento de cláusulas contratuais, possibilita a invalidação do contrato permeada nos princípios contratuais, principalmente em uma relação de consumo. Com relação à legislação brasileira, este posicionamento está assentado no direito à informação clara (art. 6º, inc. III do CDC⁴⁸) e nos deveres colaterais decorrentes da cláusula da boa-fé objetiva (art. 422 do CC/02⁴⁹).

Como discutido anteriormente, os contratantes têm o “dever de ler” o contrato, mas não seria razoável sua vinculação à cláusulas de redação cansativa e ininteligível, cujo conteúdo desconhecem. Se isto fosse possível, acabariam por desistir de entender a cláusula, acarretando um eventual vício de consentimento.

A própria legislação brasileira, no que diz respeito aos consumidores, impõe que as cláusulas as quais limitem direitos dos aderentes ou a responsabilidade do fornecedor estejam destacadas, nos termos do art. 54º do CDC⁵⁰. Ainda, deve-se ressaltar que a legislação pátria impõe o ônus da clareza cabe ao fornecedor, sob pena de sofrer os prejuízos da interpretação mais favorável ao consumidor, sempre (art. 47 do CDC⁵¹) ou mais favorável ao aderente em caso de dúvida (art. 423 do CC/02⁵²)⁵³.

⁴⁷ 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]

⁴⁸ Art. 6º São direitos básicos do consumidor: III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem;

⁴⁹ Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé

⁵⁰ § 4º. As cláusulas que implicarem limitação de direito do consumidor deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão”.

⁵¹ Art. 47. As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor.

⁵² Art. 423. Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente.

⁵³ LIMA, Cintia Rosa Pereira. Op. cit., p. 533.

Por fim, remete-se a necessidade do proponente conservar a privacidade das informações pessoais fornecidas pelo aderente, além de permitir o armazenamento do conteúdo das transações contratuais, inclusive para que possa ser imprimido pelo contratante.

De maneira geral, caso sejam adotadas as devidas precauções por parte do proponente, não há grandes questionamentos acerca da validade dos contratos, seja no âmbito nacional ou internacional. As disputas referem-se, em sua maioria, a casos em que não haja possibilidade de conhecimento prévio das cláusulas, ou que a sua compreensão seja limitada pelo conteúdo em linguagem de difícil compreensão, ou por medidas técnicas que impeçam nova consulta dos termos em estágio avançado da contratação.

3 CONTRATOS ELETRÔNICOS DE CONSUMO

3.1 AS RELAÇÕES VIRTUAIS DE CONSUMO E *CLICK-WRAP AGREEMENTS*

O comércio eletrônico divide-se tradicionalmente em dois grandes ramos, o comércio B-to-B (*business to business*), efetuado entre empresas ou profissionais, e o comércio B-to-C (*business to consumer*), que se estabelece entre o profissional fornecedor de produtos e serviços e o consumidor⁵⁴. A relação comercial de consumo tende a se constituir no principal tipo de comércio firmado na rede, em razão das facilidades que o ambiente virtual propicia para oferta de produtos e serviços, e a possibilidade que terão os fornecedores de atingir mercados antes inalcançáveis pela contratação tradicional.

Com efeito, à medida que as redes, especialmente a internet, tornaram-se totalmente acessíveis, percebeu-se que a informação que ali era ofertada atingia um grande número de pessoas, que poderiam se tornar potenciais consumidores⁵⁵. E desta forma ocorreu, sendo que a contratação eletrônica é uma das mais utilizadas da atualidade.

⁵⁴ MARQUES, Cláudia Lima. Contratos... Op.cit., p. 51

⁵⁵ DIAS, Jean Carlos. O direito contractual no ambiente virtual. Curitiba: Editora Juruá, 2001, p 69.

Pessoas que anteriormente tinham de se deslocar até os grandes centros para realizarem compras, atualmente o fazem em sua casa. Leva-se em conta também que a pesquisa de preços tornou-se de fácil comparação, já que há sites que agrupam diversos estabelecimentos virtuais em um só local como forma de comparar produtos iguais vendidos em diferentes lojas. Outra facilidade que o comércio eletrônico agrega é a linha direta entre consumidor e fornecedor, o que acaba por tornar os preços melhores e mais baratos do que os oferecidos no varejo e estabelecimentos físicos⁵⁶.

Nesta senda, o comércio virtual não altera a figura de consumidor e fornecedor – apesar destes serem modernamente chamados *de e-consumer e e-seller* – se altera, tão somente, o meio e a forma da contratação, deixando intactas as figuras das partes envolvidas, tornando aplicável, apesar de não em sua total efetividade, o Código de Defesa do Consumidor.⁵⁷ Os elementos que caracterizam a relação de consumo, mesmo que virtual, permanecem os mesmos, com exceção ao tipo de contrato e a forma como este é celebrado eletronicamente.

Diversas são as maneiras de contratar pela internet, bastando a manifestação da vontade (seu principal elemento) do contraente em relação à oferta do fornecedor. Neste sentido, dispõe Dias⁵⁸ que: “A atuação objetiva da vontade [...] se processa à proporção que o sujeito emite um ato positivo ou negativo que possa ser juridicamente considerado como suficiente e apto a promover a realização e constituição do vínculo contratual”.

Cumprе destacar que a maioria dos negócios jurídicos celebrados no âmbito virtual são contratos de massa padronizados e por isso considera-se que, de maneira geral, que esses contratos de consumo possuem natureza adesiva, ou ainda, apresentam elementos que os qualificam como contratos por adesão. Nesse diapasão, o consumidor se apresenta como figura vulnerável em razão das disparidades existentes entre a sua posição na relação negocial e o poder contratual dominante do fornecedor.⁵⁹

Como foi discutido no capítulo anterior, os *click-wrap agreements* têm natureza jurídica de contratos de adesão, apresentando-se como meio propício às relações virtuais de massa, impessoais, nas quais o espaço de negociação se estreita na exata medida da adesão do contrato às cláusulas e condições da contratação.

⁵⁶ FINKELSTEIN. Maria Eugenia Reis. Direito do comércio eletrônico. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 38

⁵⁷ FINKELSTEIN. Maria Eugenia Reis. Op. Cit., p, 225

⁵⁸ DIAS, Jean Carlos. Op. cit., p.77

⁵⁹ AMORIM. Fernando Sérgio Tenório. Op. cit., p, 173

Nesse contexto, diferentemente do mundo físico, em que o consumidor deve se deslocar no espaço para chegar ao estabelecimento comercial e celebrar o contrato de consumo, no âmbito virtual será necessário somente o acesso à página virtual do fornecedor, que é o seu estabelecimento na internet, e o consentimento por meio do clique.

Assim, o elemento volitivo do contrato é relativizado nas contratações em meio eletrônico. O próprio *e-commerce* surge ante os fenômenos da desterritorialização, da despersonalização da relação jurídica e a desmaterialização. Diante disso, um indivíduo de Pernambuco pode, por exemplo, adquirir um bem em um site japonês, cujo estoque se encontra na França. Assim, existiriam vários ordenamentos jurídicos que seriam competentes caso houvesse algum vício no contrato.

É possível concluir, de acordo com o que foi exposto, que os contratos eletrônicos de consumo, são, em sua grande maioria, contratos de adesão. Esse tipo de negociação não permite a modificação por parte do consumidor, ora aderente, estabelecendo-se como meio mais viável a esse tipo de negociação a contratação por clique, ou *click-wrap*.

Por fim, se faz imperativo mencionar a relativização vontade do consumidor, haja vista que esses contratos de adesão constituem a grande massa quanto a forma de celebração contratual via internet, principalmente os de compra e venda. Assim, o consumidor termina por se tornar um simples aceitante daquilo posto na rede, o que permite a proliferação cada vez maior das práticas abusivas⁶⁰, contribuindo de forma expressiva para o incremento da vulnerabilidade nas relações virtuais.

3.2 A APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR AOS CONTRATOS ELETRÔNICOS DE CONSUMO

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

Este furor emanado do comércio virtual acaba por tornar ainda mais vulnerável o consumidor, que precisa submeter-se às regras contratuais preestabelecidas pelo fornecedor. Na

⁶⁰ FINKELSTEIN, Maria Eugênia Reis. Aspectos jurídicos do comércio eletrônico. Porto Alegre: Síntese, 2004, p. 51.

maioria das vezes, a compra, que é realizada em um clique, é desprovida de uma maior atenção do consumidor quanto ao teor das cláusulas, as quais, em muitas situações podem vir a lesá-lo.⁶¹

Essa vulnerabilidade também se estende ao entendimento no próprio ambiente tecnológico. O consumidor opera em um meio que não é seu natural e, por conseguinte, não consegue compreender todos os meandros que o espaço envolve. Essa nova realidade apresenta particularidades com as quais não está afeito e a complexidade da tecnologia mascara aspectos que só permanecem visíveis na esfera de controle do fornecedor.⁶²

No âmbito das compras no mundo virtual, como já apontado, até a linguagem torna-se um gravame para o consumidor, já que se configura como um fator determinante na realização de uma compra, tanto em relação a definição do próprio objeto quanto a determinação da forma de pagamento e envio do produto, por exemplo.⁶³

Essa dificuldade se manifesta em grandes sites, que realizam comércio com praticamente todo o mundo, os quais muitas vezes dispõem de um único idioma, o inglês. Outro exemplo era o do famoso Facebook que, desde 2005 no Brasil, só veio a ser traduzido em 2009.

Assevera Geraldo Frazão⁶⁴ acerca do papel do Direito na proteção desses consumidores:

Nesse panorama, função relevante é atribuída ao direito com o fito de fornecer a necessária segurança aos participantes das relações virtuais, provendo-lhes a correta prestação jurisdicional e protegendo o ambiente virtual das práticas nocivas que acarretam danos ao internauta, mormente quando este se encontra na posição de consumidor. O direito deve estar coadunado com as novas práticas que surgem a todo momento, acompanhando de perto as inovações tecnológicas e, por conseguinte, promovendo um ambiente social mais próximo da segurança que deve nortear as relações jurídicas.

Neste sentido, se faz necessária a intensificação da aplicação dos direitos fundamentais para a defesa do consumidor através dos direitos básicos, aliando-se à imperativa atualização das normas vigentes, a fim de focalizá-las especificamente nesta nova relação de consumo, a eletrônica.

⁶¹ KLEE, Antonia Espíndola Longoni. O Diálogo das fontes nos contratos pela internet: do vínculo contratual ao conceito de estabelecimento empresarial virtual e a proteção do consumidor. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda. 2012, p. 425

⁶² JUNIOR, Geraldo Frazão de Aquino. Op. Cit., p. 133

⁶³ MORAES, Paulo Valério Dal Pai. CDC: O princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade e nas demais práticas comerciais. 6. ed. Porto Alegre: Síntese, 2010, p. 68

⁶⁴ JUNIOR, Geraldo Frazão de Aquino. Op. Cit., p. 103

No Brasil, as relações de consumo em geral, são normatizadas pelo Código de Defesa do Consumidor. Surgiu-se, assim, a discussão acerca da aplicação do CDC às transações entre fornecedor e consumidor online, já que não menciona as novas tecnologias em seus dispositivos.⁶⁵ Isto nos leva a questionar se este instrumento jurídico continua a desempenhar um efetivo papel na tutela da parte mais vulnerável (o consumidor) no contexto do comércio eletrônico.

A doutrina e a jurisprudência, mesmo que timidamente, têm respondido afirmativamente à essa indagação. No entanto, para aferir com precisão a existência de uma relação de consumo, é indispensável ter conhecimento prévio de conceitos fundamentais, necessários para se identificar tal relação, pois o Legislador consumerista foi claro ao determinar os sujeitos da relação jurídica de consumo nos art. 2º⁶⁶ e 3º⁶⁷ do CDC.

No que diz respeito à definição objetiva de consumidor, em seu art. 2º, caput, o CDC atribui a importante nota distintiva de destinatário final. Comumente, identificamos na doutrina duas correntes básicas acerca dessa questão: os finalistas e os maximalistas.

Pioneira do consumerismo, a teoria finalista propõe que se interprete a expressão "destinatário final" de maneira restrita. Ou seja, é imprescindível à conceituação do consumidor que essa destinação final seja fática e econômica, que a aquisição/utilização de um bem ou serviço satisfaça uma necessidade pessoal do adquirente e não sirva de instrumento para revenda ou uso profissional.⁶⁸ Dessa forma, não basta apenas tirar o bem da cadeia de produção, mas é necessário ser destinatário econômico do bem e não adquiri-lo para dar outra destinação.

Já para a teoria maximalista, esse conceito deve ser alargado ao extremo, pouco importando a destinação econômica do bem ou serviço, se utilizado ou não para obtenção de

⁶⁵ MARQUES, Cláudia Lima. *Confiança...*, op. cit., p. 59: "Efetivamente, a distância física, a imaterialidade do meio eletrônico, a atemporalidade e a internacionalidade eventual da contratação, dificultam a eficácia do uso dos instrumentos tradicionais de proteção dos consumidores, quais sejam, o direito à informação redobrada, o direito de arrependimento ou rescisão sem causa facilitada, a garantia legal do produto e serviço, quanto a vícios e defeitos, a imposição de prazos para o cumprimento das obrigações pelos fornecedores, o combate às cláusulas abusivas, a proteção dos dados pessoais e privacidade, a lealdade nas cobranças, etc."

⁶⁶ Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

⁶⁷ Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

⁶⁸ MARQUES, Cláudia L.; BENJAMIM, Antônio H.V. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, 2ª Ed., Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2006, p. 83-84.

lucro. Essa teoria exige apenas um ato de consumo, que a pessoa física ou jurídica retire o bem ou serviço do mercado para ser caracterizado como consumidor.⁶⁹

A teoria finalista traz a interpretação que melhor atenderia ao princípio da vulnerabilidade expresso no CDC. A restrição de sua aplicação àqueles que realmente necessitam asseguraria um patamar mais elevado de amparo, e o alargamento do campo de aplicação da norma levaria à um desprestígio do fim visado pelo legislador.⁷⁰ Essa posição finalista acabou por evoluir para uma visão mais flexível, aceitando que o Judiciário interpretasse a norma com a finalidade de conceder o manto protetivo ao elo mais fraco da relação de consumo, como, por exemplo, uma sociedade empresária que adquire um produto fora de seu campo de especialidade.

Assim, observa-se que esta última posição parece ser a mais acertada, pois o art. 2º do CDC não exclui a pessoa jurídica do conceito de consumidor. O art. 4º, inc. I do CDC⁷¹, por sua vez, estabelece como *ratio* da tutela jurídica do consumidor, a sua vulnerabilidade *in concreto*. Este é um fator relevante na sociedade de informação, haja vista que a produção de software concentra-se em duas grandes empresas, a saber: Microsoft e Apple⁷².

Nesse passo, deve-se aferir se uma relação jurídica é ou não de consumo a partir da destinação final do produto ou serviço e pela vulnerabilidade. Na sociedade da informação, essa vulnerabilidade do consumidor atinge níveis jamais imaginados. Os fornecedores de produtos e serviços informáticos detêm o domínio técnico, além disso, em alguns casos, o domínio econômico.⁷³

Já o conceito legal de fornecedor, está disposto no *caput* do art. 3º do CDC. O fornecedor é, portanto, a parte da relação de consumo que oferece produtos e serviços no mercado de consumo, visando atender à demanda dos consumidores.

O fornecedor, na era digital, caracteriza-se, nas palavras de Cláudia Lima Marques⁷⁴ por ser:

[...] um ofertante profissional automatizado e globalizado, presente em uma cadeia sem fim de intermediários (portal, website, link, provider, empresas de cartão de crédito etc.), um fornecedor sem sede e sem tempo (a oferta é permanente, no espaço privado e no público), um fornecedor que fala todas as

⁶⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do Anteprojeto*. 7. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. P. 29

⁷⁰ JUNIOR, Geraldo Frazão de Aquino. Op. cit., p. 128.

⁷¹ I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;

⁷² LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. Op. cit., p. 591

⁷³ MARQUES, Cláudia Lima. *Confiança...*, op. cit., p. 72; DE LUCCA, Newton. *Aspectos...*, op. cit., p. 26.

⁷⁴ MARQUES, Cláudia Lima. *Confiança...*, op. cit., p. 63.

línguas ou usa a língua franca, o inglês, e utiliza-se da linguagem virtual (imagens, sons, textos em janelas, textos interativos, ícones etc.) para marketing, negociação e contratação.

Diante do que foi apresentado, no que concerne ao comércio eletrônico, a internet possibilita uma ampliação do leque de sujeitos com os quais é possível a configuração de uma relação de consumo e dos produtos e serviços disponíveis a escolha do consumidor. No espaço virtual, continuam existindo grandes diferenças econômicas entre fornecedores e consumidores, razão pela qual as normas de proteção delineadas para proteger o consumidor nas relações tradicionais também são aplicáveis no mundo virtual.

3.3 ABUSIVIDADE NOS CONTRATOS ELETRÔNICOS DE CONSUMO

As transações de contratos e negócios eletrônicos, em sua maioria são realizados pela forma de adesão do tipo Clickwrap, não existindo espaço para negociação entre as partes, com a livre estipulação de cláusulas contratuais pelo fornecedor, e ao consumidor cabendo tão somente a adesão ao contrato. Em face disto, o ambiente eletrônico se caracteriza como um meio extremamente favorável à estipulação de diversas cláusulas de forma unilateral, pelo fornecedor⁷⁵.

Por vezes os fornecedores de produtos e serviços, disponibilizados através da internet, veiculam contratos extremamente longos, com uma linguagem desnecessariamente técnica. Desta forma, facilmente são encontrados contratos de massa que contêm cláusulas que garantam vantagens excessivas unilaterais para o fornecedor, diminuindo suas responsabilidades em relação ao consumidor.

Ensina Marques⁷⁶ que: “as cláusulas contratuais assim elaboradas não têm, portanto, como objetivo, realizar o justo equilíbrio nas obrigações das partes, ao contrário, destinam-se a reforçar a posição econômica e jurídica do fornecedor que as elabora.”

São as denominadas cláusulas abusivas, comumente incluídas nos contratos eletrônicos de consumo ou então nos chamados “termos de uso” de sites, na forma de *Clickwrap*

⁷⁵ CARMO, Georgia Costa do. A Proteção do Consumidor no Comércio Eletrônico. Disponível em: https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=6882 . Acesso em: 4 abr. 2018.

⁷⁶ MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.148

Agreements, que prejudicam de maneira exorbitante os direitos do consumidor, ferindo, inclusive, o princípio da boa-fé e equidade.

A cláusula abusiva, segundo Claudia Lima Marques⁷⁷ é:

A abusividade da cláusula contratual é, portanto, o desequilíbrio ou descompasso de direitos e obrigações entre as partes, desequilíbrio de direitos e obrigações típicos àquele contrato específico; é a unilateralidade excessiva, é a previsão que impede a realização total do objetivo contratual que frustra os interesses básicos das partes presentes naquele tipo de relação, é, igualmente a autorização de atuação futura contrária à boa-fé, arbitrária ou lesionária aos interesses do outro contratante, é a autorização de abuso no exercício da posição contratual preponderante.

No que se refere aos contratos de consumo massificados, a presença de cláusulas abusivas, a falta ou deficiência na transmissão da informação, a publicidade enganosa e a ausência de transparência na relação frustram as expectativas legítimas dos consumidores. Esse desequilíbrio marcante entre consumidores e fornecedores reclamou a ação protetiva do Estado, visando garantir a autonomia real do contratante mais débil.⁷⁸

Essa busca por equidade nas relações de consumo, chegou ao seu ápice com o Código de Defesa do Consumidor. O CDC nega a eficácia de cláusulas abusivas, exigindo o dever de cuidado, transparência e informação por parte do fornecedor, e estipulando sanções para o descumprimento desses deveres.

O artigo 51 do código consumerista⁷⁹, de maneira exemplificativa, lista demonstrações da incidência destas cláusulas abusivas nos contratos. No entanto, em seu *caput*, há a expressão “entre outras”. Isto leva a entender que pode haver, por parte do aplicador do direito, a

⁷⁷ MARQUES, Cláudia Lima. Op. Cit. p. 161 e 162.

⁷⁸ JUNIOR, Geraldo Frazão de Aquino. Op. cit, p. 154

⁷⁹ 2 “Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: I - impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos. Nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis; II - subtraíam ao consumidor a opção de reembolso da quantia já paga, nos casos previstos neste código; III - transfiram responsabilidades a terceiros; IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade; V - (Vetado); VI - estabeleçam inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor; VII - determinem a utilização compulsória de arbitragem; VIII - imponham representante para concluir ou realizar outro negócio jurídico pelo consumidor; IX - deixem ao fornecedor a opção de concluir ou não o contrato, embora obrigando o consumidor; X - permitam ao fornecedor, direta ou indiretamente, variação do preço de maneira unilateral; XI - autorizem o fornecedor a cancelar o contrato unilateralmente, sem que igual direito seja conferido ao consumidor; XII - obriguem o consumidor a ressarcir os custos de cobrança de sua obrigação, sem que igual direito lhe seja conferido contra o fornecedor; XIII - autorizem o fornecedor a modificar unilateralmente o conteúdo ou a qualidade do contrato, após sua celebração; XIV - infrinjam ou possibilitem a violação de normas ambientais; XV - estejam em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor; XVI - possibilitem a renúncia do direito de indenização por benfeitorias necessárias.” (CDC)

identificação de nova cláusula que poderá ser considerada abusiva, declarando a nulidade absoluta desta⁸⁰.

As normas expressas no Código de Defesa do Consumidor, possuem caráter de ordem pública⁸¹, por esta razão, de acordo com o ordenamento jurídico brasileiro, o magistrado deve reconhecer de ofício⁸², a cláusula de abusividade, segundo explicita Adriano Roberto Vancim⁸³:

A nulidade gerada é reconhecida de pleno direito, em decisão de cunho constitutiva negativa, alegada em ação direta, em defesa substancial ou de ofício, não estando sujeita ao instituto da preclusão, face a jurídica natureza de norma de ordem pública, podendo ser alegada em qualquer juízo e grau de jurisdição.

Ainda, deve-se salientar que a caracterização da abusividade de uma cláusula independe de análise subjetiva da conduta do fornecedor, ou seja, se houve ou não a má-fé, o intuito de obter vantagem por parte deste.

Por outro lado, com base no princípio da conservação do contrato, expresso no parágrafo 2º, do artigo 51, poderá o juiz negar efeito somente à cláusula abusiva. Visa-se, assim, a conservação do restante do contrato, quando este não der razão a ônus excessivo para qualquer das partes, mantendo o equilíbrio contratual.

Neste sentido explica Bessa⁸⁴: “O magistrado, portanto, após excluir o efeito da cláusula abusiva, deve verificar se o contrato mantém condições – sem a cláusula abusiva – de cumprir sua função socioeconômica ou, ao contrário, se a nulidade da cláusula irá contaminar e invalidar todo o negócio jurídico”. Do mesmo modo, caso a função socioeconômica do contrato não se perfizer, em face da nulidade da cláusula contaminar todo o cerne textual, o negócio jurídico celebrado será invalidado totalmente.⁸⁵

3.4 ANÁLISE DA VALIDADE DE CLÁUSULAS ESPECÍFICAS EM CONTRATOS ELETRÔNICOS DE CONSUMO

⁸⁰ FINKELSTEIN, Maria Eugênia Reis. Aspectos... Op. cit., p. 289 e 290

⁸¹ “As normas de ordem pública estabelecem valores básicos e fundamentais de nossa ordem jurídica, são normas de direito privado, mas de forte interesse público, daí serem indisponíveis e infestáveis através dos contratos”. (BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. Manual de Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 53).

⁸² Com exceção das cláusulas bancárias, como dispõe a súmula 381 do Superior Tribunal de Justiça.

⁸³ VANCIM, Adriano Roberto. Breves Apontamentos Acerca da Proteção Contratual do Consumidor Vista à Luz da Lei n. 8.078/90. Revista EMERJ: Rio de Janeiro, v. 14, n. 56, p. 32 a 56, out.-dez 2011.

⁸⁴ BESSA, Leonardo Roscoe; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima. Op. cit., p. 355

⁸⁵ Idem, ibidem, p. 294

Das cláusulas abusivas dispostas no artigo 51, as que são mais facilmente encontradas nos contratos eletrônicos do tipo *click-wrap*, são as que afrontam os incisos I, III, IV, XI, XIII e XV do mesmo dispositivo, ou seja, cláusulas que eximem e/ou transferem a responsabilidade do fornecedor para terceiros, cláusulas que autorizam o cancelamento ou a modificação unilateral do conteúdo do contrato, e cláusulas, que, conseqüentemente, estejam em desconformidade com o sistema protetivo do consumidor e que estabelecem obrigações consideradas iníquas, abusivas e que colocam o consumidor em exagerada desvantagem.

Dado o entendimento de Salgarelli⁸⁶, e ainda face ao desamparo do *e-consumer* nas relações de consumo virtuais, observou-se que é perfeitamente aplicável o CDC aos chamados contratos eletrônicos. Por esse motivo, encontram-se subsídios capazes de estender o conceito das cláusulas abusivas também a este tipo de contratação, tornando plenamente nulas quaisquer cláusulas que possam vir a obstar, lesar ou vexar o *e-consumer*.

É notório que essa forma de negociação, no âmbito consumerista, em função das características das relações contemporâneas e pela facilidade trazida pela rede mundial de computadores, têm ocorrido cada vez mais entre consumidores e fornecedores de diferentes países, estabelecendo uma relação internacional entre pessoas, físicas e jurídicas.⁸⁷

Conseqüentemente, a imposição de cláusulas de eleição de foro, da cláusula compromissória (de arbitragem) e da cláusula da lei aplicável (que será analisada mais detalhadamente no próximo capítulo) tornaram uma medida recorrente, representando uma alternativa ao fornecedor para evitar os riscos e prejuízos advindos de relações estabelecidas com consumidores de outros países. Diante disso, surge uma problemática em torno da validade dessas cláusulas inseridas em contratos de consumo, motivando infundáveis discussões jurisprudências e doutrinárias.

Esses tipos de cláusulas são comumente encontradas nos contratos “*click-wrap*”, uma vez que o fornecedor, diante do fenômeno da desterritorialização, poderá enfrentar uma jurisdição desconhecida, o que inclui o desconhecimento de leis e orientação jurisprudencial.

⁸⁶ SALGARELLI, Kelly Cristina. Direito do consumidor no comércio eletrônico: uma abordagem sobre a confiança e a boa-fé. 1ª. ed. São Paulo: Ícone, 2010. p.53

⁸⁷ RABELO, Cesar Leandro de Almeida; PRATA, Desiree Lorraine. A proteção do consumidor brasileiro no comércio eletrônico internacional. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIV, n. 91, ago 2011. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9965>. Acesso em: 3 abr. 2018.

Além disso, com a imposição da arbitragem, pode-se evitar as despesas elevadas, a demora do Judiciário e possíveis litígios massificados - deduzidos através das ações coletivas, provindas da distribuição em massa de produtos e serviços -.⁸⁸

A imposição desses tipos de cláusula, derivada da natureza adesiva desse tipo de contratação, comumente configura um verdadeiro desequilíbrio entre contratantes, ensejando a alegação de ignorância sobre tal estipulação por parte do aderente.

3.4.1 Da cláusula de eleição de foro

No que diz respeito à cláusula de eleição de foro, em se tratando de uma relação de consumo, muito embora não esteja presente no rol do art. 51 do CDC, ela pode ser anulada, observadas algumas circunstâncias. Primeiramente, como o rol do art. 51 é meramente exemplificativo, o juiz tem a faculdade de declarar determinada cláusula contratual nula quando verificar o abuso por parte do fornecedor. Destarte, segundo a Legislação brasileira, o juiz pode anular a cláusula de eleição de foro, se esta representar um óbice ao acesso à justiça aos consumidores nos termos do art. 6º, inc. VI⁸⁹, VII⁹⁰ VIII⁹¹ do CDC⁹².

Nesse diapasão, a jurisprudência brasileira, em julgados recentes, tem entendido que, nos casos de contratação por adesão e relação de consumo, a cláusula de eleição de foro que só pode ser considerada inválida quando demonstrada a dificuldade de acesso da parte ao Poder Judiciário⁹³.

O simples fato de se tratar de relação de consumo não é suficiente à declaração de nulidade da cláusula de eleição de foro, sobretudo quando primeiro e

⁸⁸ BENNETT, Steven C. Click-wrap Arbitration Clauses. In: International Review of Law Computers & Technology, volume 14, no. 3, 2000. p. 397 – 409, p. 397 - 398.

⁸⁹ “VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;

⁹⁰ “VII - o acesso aos órgãos judiciários e administrativos, com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção jurídica, administrativa e técnica aos necessitados;

⁹¹ “VII - o acesso aos órgãos judiciários e administrativos, com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção jurídica, administrativa e técnica aos necessitados;

⁹² MARCATO, Antonio Carlos. O reconhecimento *ex officio* do caráter abusivo da cláusula de eleição de foro. In: Revista da Escola Paulista da Magistratura, ano 1, vol. 3, maio – out. de 1997, p. 23 – 31. p. 29 – 30.

⁹³ STJ - REsp: 1675012 SP 2017/0076861-1, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 08/08/2017, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 14/08/2017 Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/489273528/recurso-especial-resp-1675012-sp-2017-0076861-1/inteiro-teor-489273538> Acesso em: 4 abr. 2018

segundo grau de jurisdição foram uníssomos ao registrar que não há prejuízos à defesa do recorrente. Assim, diante dos contornos fáticos delineados de maneira soberana pelo tribunal de origem, não se configura abusiva a cláusula de eleição de foro prevista no contrato celebrado entre as partes. Por consequência, na espécie não há violação dos artigos 6º, VIII, e 101, I⁹⁴, do CDC⁹⁵

Diante disso, entende-se que, *prima facie*, não deve haver anulação da cláusula de eleição de foro nos contratos de consumo. Todavia, defende-se a possibilidade desta anulação vir a ser decretada mediante provocação do consumidor, que deve comprovar a abusividade da cláusula nos termos do art. 51, inc. IV do CDC.

Saliente-se que o Código de Processo Civil de 2015, alterou o antigo art. 112, parágrafo único⁹⁶ do CPC de 1973, o qual atribuía um caráter absoluto à competência territorial decorrente de cláusula eletiva de foro em, nas palavras da antiga lei, “contrato de adesão”. O atual artigo 63 e seus parágrafos terceiro e quarto salientam que a incompetência territorial até pode ser declarada de ofício, mas desde que (a) constante de cláusula abusiva (e não em “contrato de adesão”) e (b) só até que o réu seja citado. Após, cabe a este trazer a exceção no bojo da sua contestação; passado este momento, opera-se a preclusão.

Com relação às legislações específicas, a *Uniform Computer Information Transactions Act* (UCITA) (seção 110)⁹⁷ determina a validade da cláusula de eleição de foro desde que seja chamada a atenção do aderente, que deve conhecer a cláusula e concordar com ela, além disso, requer-se que esta seja justa.

A título de exemplo, o Ebay, que desde 2014 opera oficialmente no Brasil, oferecendo seus serviços de mercado online, possuindo, inclusive, site em português destinado a brasileiros (<https://www.ebay.com>), traz um exemplo de cláusula de eleição de foro, estabelecendo o Estado norte-americano de Utah, consoante a redação da cláusula descrita abaixo⁹⁸:

C. Foro elegido para disputas judiciais

⁹⁴ I - a ação pode ser proposta no domicílio do autor; (consumidor)

⁹⁵ STJ - REsp: 1707855 SP 2014/0284696-9, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 20/02/2018, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 23/02/2018 Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/548779395/recurso-especial-resp-1707855-sp-2014-0284696-9/inteiro-teor-548779402> Acesso em: 4 abr. 2018

⁹⁶ § único - a nulidade da cláusula de eleição de foro, em contrato de adesão, pode ser declarada de ofício pelo juiz, que declinará de competência para o juízo de domicílio do réu

⁹⁷ “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”.

⁹⁸ Disponível em: <https://pages.ebay.com/br/pt-br/help/policies/user-agreement.html#17> acesso em: 8 abr. 2018

Exceto se você e nós concordarmos de outra forma, caso o Acordo de Arbitragem acima seja considerado não aplicável a você ou a uma reclamação ou disputa em particular, seja como resultado da sua decisão de recusar o Acordo de Arbitragem ou como resultado de uma decisão do árbitro ou uma ordem judicial, **você concorda que qualquer reclamação ou disputa que tenha surgido ou possa surgir entre você e o eBay deverá ser resolvida exclusivamente pelas cortes estaduais ou federais localizadas na comarca de Salt Lake, Utah. Você e o eBay concordam em se submeter à jurisdição pessoal das cortes localizadas na comarca de Salt Lake, Utah para fins de litígio sobre todas as reclamações ou disputas.** (grifo nosso)

Diante desta cláusula, o usuário dos serviços online do Ebay no Brasil estará sujeito à jurisdição dos tribunais do Município de Salt Lake em Utah, Estados Unidos da América; sendo que o tribunal também deverá aplicar as leis do estado de Utah⁹⁹.

Portanto, a validade da cláusula eletiva de foro inserta nos contratos eletrônicos deve ser analisada com cautela, haja vista o exemplo supra. Uma vez presente, pode gerar enormes benefícios ao fornecedor em detrimento do consumidor, acirrando a desigualdade entre as partes.

Esta análise, por sua vez, deve ser sempre casuística, sendo que a validade desta cláusula depende do formato utilizado na contratação telemática. Nos contrato do tipo “*click-wrap*”, deve-se verificar se realmente houve possibilidade de conhecimento da cláusula pelo usuário, o qual deve ter manifestado sua anuência clicando no ícone correspondente, de forma livre e consciente, antes de realizada qualquer tipo de transação.

3.4.2 Da Cláusula compromissória (convenção de arbitragem)

As cláusulas compromissórias, , são muito presentes nos contratos eletrônicos tipo *click-wrap*, uma vez que o fornecedor visa evitar as despesas elevadas, a demora do Judiciário, além de prejuízos de uma decisão desfavorável advinda de ações coletivas.

Apenas a título de registro, é de se destacar que a cláusula compromissória é espécie, onde também é espécie o compromisso arbitral, do gênero “Convenção de Arbitragem”. A

⁹⁹ A. Lei aplicável: Você concorda que, exceto na medida em que for inconsistente com ou suplantada pela lei federal, as leis do Estado de Utah, sem considerar princípios de conflitos de lei, regerão este Contrato do Usuário e quaisquer reclamações ou disputas que tenham surgido ou possam surgir entre você e o eBay, exceto se de outra forma estabelecido neste Contrato do Usuário.

distinção diz respeito ao momento em que a convenção de arbitragem é estipulada; se contratualmente prevista, antes de um litígio judicial ou extrajudicial (antes da contenda surgir) é cláusula compromissória; se for posterior, quando as partes já estiverem com litígio iniciado, tanto judicial, quanto extrajudicial, é compromisso arbitral. Na legislação a distinção encontra guarida nos artigos 4º¹⁰⁰ e 9º¹⁰¹, da norma especial.¹⁰²

Geralmente, nos contratos eletrônicos inclui-se a cláusula compromissória, cuja validade é amplamente discutida, no que diz respeito às relações de consumo, devido à vulnerabilidade inerente ao consumidor. Entende-se que a aceitação do procedimento arbitral cabe, exclusivamente, ao consumidor. Em razão da demora e das custas judiciais, o próprio consumidor pode preferir o juízo arbitral, sendo que a lei não lhe pode tolher este direito.

Nos termos observados do citado § 2º¹⁰³, do artigo 4º, da LArb, o contrato de adesão conta com previsão específica, haja vista a presunção de desigualdade existente entre o polícitante (ofertante) e o oblato (aderente), especialmente em razão da vulnerabilidade deste último. Assim, a disposição legal em voga exige para a validação da cláusula compromissória em um contrato de adesão, a necessidade de a cláusula compromissória ser estabelecida por escrito e mediante o prévio e expresse consentimento do aderente.

Já no âmbito do CDC, em seu o artigo 51, VII¹⁰⁴, encontra-se a previsão expressa coibindo a convenção de arbitragem como regra compulsória estipulada por uma das partes.

A disposição supra parece não ter necessidade, uma vez que a cláusula compromissória para os contratos de adesão, como demonstrado alude, presume que ambas as partes contraentes estejam de acordo, não sendo permitido pela normatização vigente a estipulação unilateral de arbitragem. Nesta senda, a fim de proporcionar uma proteção maior aos consumidores, a ‘compulsoriedade’ que menciona o artigo se presumiria pela desigualdade

¹⁰⁰ Art. 4º A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato.

¹⁰¹ Art. 9º O compromisso arbitral é a convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial.

¹⁰² PELLIZARO. Vínicius Uberti. A Cláusula Compromissória (Convenção de Arbitragem) no Contrato de Adesão de Consumo e o paradigmático julgamento do Superior Tribunal de Justiça, 2016. Disponível em: <https://pellizzarovinicius.jusbrasil.com.br/artigos/339342795/a-clausula-compromissoria-convencao-de-arbitragem-no-contrato-de-adesao-de-consumo-e-o-paradigmatico-julgamento-do-superior-tribunal-de-justica>. Acesso em: 6 abr. 2018

¹⁰³ § 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.

¹⁰⁴ Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: [...] VII - determinem a utilização compulsória de arbitragem;

existente entre os contraentes, não bastando que o aderente assine o instrumento para que reconheça que o leu, o entendeu e sabia do que tratava aquela previsão.¹⁰⁵

Nesse mesmo sentido, a Diretiva 93/13/EEC da União Europeia estabelece a cláusula compromissória compulsória como uma das cláusulas abusivas, inserida no § 3º do art. 3º.¹⁰⁶

Na tentativa de harmonizar a Lei de Arbitragem e o CDC, Antônio Junqueira de Azevedo¹⁰⁷ conclui que:

Nas relações em que o consumidor é parte, o compromisso é sempre permitido e deve obedecer às regras do Código de Defesa do Consumidor; a cláusula compromissória, por sua vez, continua proibida, por força do inciso VII do art. 51 do CDC, não revogado. Já nas relações entre não consumidores, tratando-se de contratos de adesão, há de se aplicar o § 2º do art. 4º da Lei de Arbitragem; a cláusula compromissória vale, se negociada ou devidamente salientada no texto contratual.

A problemática doutrinária e jurisprudencial exsurge justamente nesse ponto, ao se questionar se as premissas dispostas no artigo 4º, § 2º, da LArb, seriam suficientes a retirar a compulsoriedade da utilização da arbitragem, ou se mesmo atendendo-se aqueles requisitos, o consumidor ainda estaria em situação de desigualdade e vulnerabilidade.

Em 2016 o Superior Tribunal de Justiça, sob a relatoria do eminente Ministro Luís Flípe Salomão, decidiu, nos autos do Recurso Especial nº 1.189.050¹⁰⁸, que:

Visando conciliar os normativos e garantir a maior proteção ao consumidor é que entende-se que a cláusula compromissória só virá a ter eficácia caso este aderente venha a tomar a iniciativa de instituir a arbitragem, ou concorde, expressamente, com a sua instituição [...] Não haverá nulidade da cláusula se o fornecedor demonstrar que não impôs a utilização compulsória da arbitragem, ou também pela ausência de vulnerabilidade que justifique a proteção do consumidor. [...] Com isso, evita-se qualquer forma de abuso, na medida em o consumidor detém, caso desejar, o poder de libertar-se da via arbitral para solucionar eventual lide com o prestador de serviços ou fornecedor. É que a recusa do consumidor não exige qualquer motivação. Propondo ele ação no Judiciário, haverá negativa (ou renúncia) tácita da cláusula compromissória.

¹⁰⁵ PELLIZARO. Vínicius Uberti. Op. cit., Acesso em: 6 abr. 2018

¹⁰⁶ alínea (q): “excluding or hindering the consumer’s right to take legal action or exercise any other legal remedy, particularly by requiring the consumer to take disputes exclusively to arbitration not covered by legal provisions, unduly restricting the evidence available to him or imposing on him a burden of proof which, according to the applicable Law, should lie with another party to the contract”.

¹⁰⁷ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. A arbitragem e o direito do consumidor (*arbitration and the consumer’s rights*). 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. 236.

¹⁰⁸ STJ - REsp: 1649252 GO 2017/0013853-4, Relator: Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Data de Publicação: DJ 08/03/2017 Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/442907344/recurso-especial-resp-1649252-go-2017-0013853-4> Acesso em: 7 abr. 2018

O julgado supracitado, demonstra uma nova tendência seguida pela corte ao tratar do assunto, uma vez que, em momento anterior, o STJ vinha declarando nula a cláusula que fixava a arbitragem nas relações consumeristas.

Destarte, conclui-se que parece estar equivocada a parte da doutrina que entende inaplicável a arbitragem nas relações de consumo, até mesmo porque o entendimento obstaculizaria que o próprio consumidor recorra à jurisdição arbitral.

Não suficiente, ainda que o consumidor suspeite da tendência do órgão arbitral privilegiar o fornecedor, a ele é permitido, fundamentadamente, recusar o árbitro, a rigor do procedimento incidental previsto no artigo 15¹⁰⁹, da LArb.¹¹⁰

O entendimento exarado pela colenda Corte de Justiça no julgado supracitado, portanto, vem abraçar a doutrina que entende-se ser mais conciliadora e razoável. Desse entendimento mais conciliador cita-se a posição do jurista Nelson Nery Júnior, por diversas vezes mencionado no julgado apreciado:

Esse dispositivo da lei de arbitragem não é incompatível com o CDC, art. 51, VII, razão pela qual ambos os dispositivos legais permanecem vigorando plenamente. Com isso queremos dizer que é possível, nos contratos de consumo, a instituição da cláusula de arbitragem, desde que obedecida, efetivamente, a bilateralidade na contratação e a forma da manifestação da vontade, ou seja, de comum acordo.¹¹¹

Conclui-se que o art. 51, inc. VII do CDC visa ao reequilíbrio da relação jurídica entre fornecedor e consumidor, e proteção deste. Destarte, ao consumidor deve ser dada a liberdade de optar, livre e conscientemente, pela submissão ao juízo arbitral. Nesta senda, nos contratos “*click-wrap*”, a cláusula compromissória somente poderia ser validada, em tese, se restar comprovado o pleno conhecimento à outra parte, que com ela deve concordar expressamente, após ter acesso ao conteúdo do contrato.

¹⁰⁹ Art. 15 A parte interessada em arguir a recusa do árbitro apresentará, nos termos do art. 20, a respectiva exceção, diretamente ao árbitro ou ao presidente do tribunal arbitral, deduzindo suas razões e apresentando as provas pertinentes.

¹¹⁰ PELLIZARO. Vínicius Uberti. Op. cit., Acesso em: 6 abr. 2018

¹¹¹ JÚNIOR, Nelson Nery. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 591.

4 DA DÚVIDA DO DIREITO APLICÁVEL

4.1. A QUESTÃO DA INTERNACIONALIDADE DAS CONTRATAÇÕES VIRTUAIS EM RELAÇÃO À LEI APLICÁVEL

O fenômeno da internet trouxe a formação de um novo espaço, no qual as relações jurídicas são levadas a efeito desassociadas do ambiente físico. As interações que se realizam no ciberespaço, onde qualquer um pode interagir, caracterizam-se pela não territorialidade, desconhecendo limites geográficos.

Assim, a sociedade digital rompe com a barreira da delimitação territorial, construindo um novo território, não demarcável, que desconhece ordem ou hierarquia, exercendo influência sobre os demais sistemas, propagando esse efeito da desterritorialização.¹¹²

Nesse novo ambiente sobressaiu-se o comércio eletrônico, sendo comum a contratação entre indivíduos que residam em países distintos (compra e venda internacional). Esse espaço virtual, desterritorializado, atemporal, desregulamentado e ubíquo abala a noção clássica de soberania e território, tornando difícil efetivar a regulamentação da rede, assim como assegurar a competência e a jurisdição.

Em verdade, as relações ocorridas em rede derivam de uma ordem jurídica particular e encontram barreiras em sua classificação. Questiona-se se a definição de contrato internacional, fundada no critério de fluxo de bens e serviços entre fronteiras, seria adequada para a caracterização dos contratos eletrônicos “internacionais”, dada a ausência de fronteiras no ciberespaço.¹¹³

Nesta senda, estabelece-se uma dificuldade em encontrar uma referência à determinada ordem jurídica nas relações jurídicas eletrônicas, já que isto pressupõe um território geograficamente determinado. Esclarece esta posição o ilustre Fernando de Amorim¹¹⁴:

A desmaterialização e a desterritorialização do ciberespaço não o tornam um ambiente propício à fixação de fronteiras. Como considerar que a compra de um programa, baixado diretamente para o computador do adquirente, numa operação eminentemente virtual, caracterizou um fluxo e refluxo de

¹¹² JUNIOR, Geraldo Frazão de Aquino. Op. cit., p. 135

¹¹³ AMORIM, Fernando Sérgio Tenório. Op. cit., p. 135.

¹¹⁴ AMORIM, Fernando Sérgio Tenório. Op. cit., p. 147.

mercadorias entre fronteiras, sendo assim um contrato internacional? **Qualquer solução que se pretenda dar terá que negligenciar o ciberespaço como um ambiente autônomo, inenfo à delimitação de fronteiras.** Tampouco poderá se considerar que o fato de o adquirente ter seu domicílio ou residência habitual em país diverso daquele em que está situado o fornecedor conferiria a internacionalidade ao contrato. **Os critérios econômicos e jurídicos são insuficientes para a qualificação desse contrato. Não se pode fixar objetivamente em que lugar as partes fixaram a avença. Ou melhor, pode-se apenas considerar que esse ambiente é o próprio ciberespaço.** (grifos nossos)

A velocidade das transformações tecnológicas dos meios de difusão de dados e informação criou um vácuo diante da doutrina internacionalista. A internacionalidade contratual, no sentido que é concebida pela doutrina, repousa de um corte geopolítico da Terra. Assim, legisladores internacionais e nacionais necessitaram recorrer às presunções e ficções jurídicas para que houvesse elementos alternativos de classificação dessa modalidade contratual, para que se possa determinar a lei aplicável a esses contratos e, ainda, utilizar a autonomia da vontade como elemento de conexão.¹¹⁵

É impossível precisar claramente onde ocorreu o *download*, por exemplo, efetuado por um consumidor brasileiro, que acessou a internet em um hotel na Espanha, por meio de uma *Wi-fi*, da nova versão de um programa da Microsoft, baixada a partir da página oficial em português da empresa americana, página esta alojada em um servidor situado no Canadá.

A rapidez com que aconteceu essas mudanças tornou inadequada a aplicação dos conceitos jurídicos tradicionais, inaplicáveis, em regra, à esse novo ambiente. Muito embora haja convenções internacionais na tentativa de uniformizar as legislações de cada nação, como a Lei Modelo da UNCITRAL, o que faria as consequências advindas dos conflitos de leis serão menos drásticas, ainda se está muito longe de alcançar este objetivo¹¹⁶.

Enquanto ainda não há tal uniformidade, existe um grande descompasso na comunidade internacional para a determinação da lei aplicável e o juízo competente para dirimir conflitos oriundos do comércio eletrônico. O problema da ubiquidade e desmaterialização do ciberespaço, que impedem a sua vinculação a um território determinado, não vem sendo resolvido de forma satisfatória pelas leis. Na ausência de regras específicas para o ciberespaço, a vontade poderá livremente atuar.

No contexto apresentado, pode-se considerar que um contrato eletrônico não será necessariamente internacional, mas sim as consequências advindas desse tipo de contratação,

¹¹⁵ Idem ibidem.

¹¹⁶ LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. Op. cit, p. 602

que poderão atingir consumidores vinculados à ordenamentos distintos dos ordenamentos que estão submetidos os fornecedores.¹¹⁷ A partir do momento em que uma empresa cria uma página na internet, que pode ser acessada por indivíduos residentes em diversos países, cria-se o risco de ser processada e julgada em uma jurisdição distinta do local onde esteja sediada.¹¹⁸

Ocorre que, a aplicação de determinada lei nacional, bem como a fixação de sua jurisdição, em detrimento de outra, esbarra na pedra angular de uma nação independente: sua soberania. Na verdade, nenhum país concorda em abrir mão de parcela de sua soberania em benefício de outro. Este contexto, insere-se a problemática determinação do juízo competente para processar e julgar litígios decorrentes dos contratos telemáticos que ultrapassam fronteiras¹¹⁹.

Deve-se observar para a determinação da lei aplicável, primordialmente, os princípios constitucionais garantidores de direitos fundamentais para fornecer um mínimo de segurança jurídica para os que contratam em rede, principalmente em relações de consumo. Nesse processo, o consumidor, seja a relação de consumo interna ou internacional, não deixará de ser vulnerável. Como proteger esses consumidores é o principal desafio enfrentado pela doutrina, jurisprudência e legislação.

Com será demonstrado adiante, o princípio fundamental da proteção ao consumidor, principalmente no que diz respeito à contratação eletrônica de forma adesiva, como os contratos *click-wrap*, se demonstra essencial para que haja a possibilidade da aplicação da lei mais favorável ao consumidor, mitigando a autonomia da vontade e limitando os fornecedores de produtos e serviços na rede.

Portanto, a relação jurídica proposta eletronicamente tem o condão de se vincular a mais de uma ordem jurídica, mas nem sempre o princípio da proteção ao consumidor receberá o mesmo tratamento por parte dos ordenamentos jurídicos potencialmente aplicáveis. Nesse contexto, o problema da lei aplicável à esses contratos assume importância fundamental, já que recorre-se atualmente, à fixação de ficções jurídicas para que haja a aplicação das normas vigentes à contratação internacional tradicional.

¹¹⁷ AMORIM, Fernando Sérgio Tenório. Op. cit., p. 140

¹¹⁸ FERRERA, Gerald R, LICHTENSTEIN, Stephen D., REDER, Margo E. K., AUGUST, Ray, SCHIANO, William T. Cyber Law: Text and Cases. 2. ed. Canada: Thomson / SouthWestern West, s.d. p. 15.

¹¹⁹ LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. Op. cit., p. 603-604

4.2 CRITÉRIOS DETERMINADOS PELA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA PARA OS CONTRATOS INTERNACIONAIS: LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO (LEI N. 4.657/1942) E AUTONOMIA DA VONTADE

Apesar de não necessariamente classificado como contrato internacional, as consequências advindas da contratação virtual podem incidir em ordenamentos jurídicos distintos, criando um elemento de estraneidade, hipótese da sede do fornecedor estar em um país e a residência do consumidor, em outro.

No ordenamento jurídico brasileiro, as regras que estabelecem a lei aplicável aos contratos internacionais estão dispostas na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), Lei n. 4.657, de 04 de setembro de 1942. Esta Lei utiliza o local da constituição da obrigação (*lex loci celebrationis*) como elemento de conexão para a determinação da lei aplicável aos contratos internacionais entre ausentes. Nos contratos entre ausentes, deve-se aplicar a lei do local de residência do proponente.¹²⁰

Antes da vigência da Lei de Introdução de 1942, o princípio da autonomia da vontade era amplamente aceito pelos teóricos e práticos do Direito Internacional Privado. A entrada em vigor da LINDB/1942, contudo, ao retirar de seu artigo 9º a expressão permissiva “salvo disposição em contrário”, estabelecido no artigo 13 da Lei de Introdução anterior, de 1916, fez nascer uma nova interpretação a respeito do princípio da autonomia.¹²¹

A redação atual do art. 9º da Lei de Introdução é considerada controversa, o que fez com que alguns juristas entendessem que a autonomia da vontade seria proibida no ordenamento jurídico brasileiro, como é o caso de Maria Helena Diniz¹²²:

O art. 9º da Lei de Introdução é cogente, não podendo as partes alterá-lo. Há autores, como Oscar Tenório, que não excluem a possibilidade de se aplicar a autonomia da vontade, desde que ela seja admitida pela lei do país onde a obrigação se constituir (*lex loci celebrations*), sem que se contrarie norma

¹²⁰ Art. 9º Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem.: § 1º Destinando-se a obrigação a ser executada no Brasil e dependendo de forma essencial, será esta observada, admitidas as peculiaridades da lei estrangeira quanto aos requisitos extrínsecos do ato. § 2º A obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente.

¹²¹ MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. Autonomia da vontade no âmbito do Direito Internacional Privado: por uma interpretação liberal do artigo 9º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Disponível em < 29 <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=ecb78e3b1dd950b9>>. Acesso em: 3 abr. 2018, p. 13

¹²² DINIZ, Maria Helena. Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 297

imperativa¹²³. Mas, na verdade, será inaceitável a autonomia da vontade para indicar a lei aplicável; haverá tal autonomia para escolha do local para regulamentação de seus interesses ou do foro.

No panorama atual, nesse entendimento, tornar-se-iam obsoletas as regras impostas pela LINDB, uma vez que a autonomia da vontade tem se constituído como critério quase que universal para a determinação da escolha da lei aplicável às relações contratuais¹²⁴. Deve-se ter em mente a realidade econômica internacional e os interesses do país ao estar incluso nesse mercado global, os quais requerem uma visão normativa que acompanhe o desenvolvimento da internacionalização das negociações.

Nesse sentido, outra corrente doutrinária afirma que o art. 9º não proíbe a escolha da lei pelas partes, apenas omite sua previsão, não havendo assim óbice para a sua aceitação. Essa posição baseia-se no princípio da reserva legal, de acordo com o art. 5º, II, CF, que a “inexistência de proibição expressa no art. 9º da LINDB à liberdade de escolha de lei a ser aplicada a um contrato internacional representa, no silêncio da lei, a sua permissividade”.¹²⁵

A controvérsia acerca da autonomia da vontade como princípio integrante das regras de conexão adotadas pela legislação brasileira pode ser bem resumida por Ricardo Ramalho Almeida¹²⁶:

conquanto a autonomia da vontade nos contratos internacionais seja, hoje, universalmente reconhecida e aceita, e até mesmo apontada como princípio objetivado em todo complexo comportamental do comércio internacional, o fato é que, no Brasil, em razão da falta de previsão legal expressa da faculdade de exercício da autonomia da vontade no campo internacional, parte da doutrina manifesta ceticismo em face do texto do artigo 9º da vigente Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro

Desta feita, vislumbra-se, no Direito Pátrio, a presença de três correntes que divergem acerca do tema. A primeira corrente, defende a proibição do uso da autonomia da vontade para a estipulação da lei aplicável em contratos internacionais, por entender de maneira literal a regra disposta no art. 9º da LINDB, que possui caráter cogente, sendo, assim, infestável.

A doutrina negatória da autonomia da vontade como elemento de conexão nada mais é do que uma manifestação do dogma da autonomia da vontade existente no campo do Direito nacional. Daí a contraditória formulação de que existe a ampla promoção da liberdade dos indivíduos, porém, diante de uma

¹²³ Ter-se-ia, dessa forma, uma autonomia da vontade indireta, apenas permitida em razão da autorização do ordenamento jurídico estrangeiro inicialmente indicado pela regra de conflito brasileira. Assim, a escolha da lei que iria reger o contrato poderia efetuar-se, caso a lei do local da celebração da avença assim permitisse.

¹²⁴ AMORIM, Fernando Sérgio Tenório. Op. cit., p. 149

¹²⁵ MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. Op. cit., Acesso em: 7 abr. 2018

¹²⁶ ALMEIDA, Ricardo Ramalho. Arbitragem Internacional Comercial e Ordem Pública. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 20/21

omissão legislativa de um diploma ancião, determina-se o cerceamento do principal aspecto desta liberdade dos indivíduos nos contratos. Confunde-se assim o elemento de conexão com a própria liberdade contratual.¹²⁷

Uma segunda corrente, mais conciliadora, entende que seria possível a utilização da autonomia da vontade se o ordenamento jurídico da norma vigente assim permitisse. Por esse motivo, no caso concreto, a melhor solução para os contraentes seria a escolha do lugar em que o contrato será firmado, atendendo, também, a disposição da norma brasileira que se refere à “*lex loci celebrationis*”. Além disso, atentar-se-ia para a existência de limites à autonomia da vontade, como os impostos pela própria LINDB ao tratar de ordem pública¹²⁸ e violação de bons costumes.

Não obstante, uma terceira corrente defende a aplicação do princípio da autonomia da vontade para a estipulação da lei aplicável, em conformidade com o art. 5º, II da CF, já que a ausência de proibição expressa significaria a permissividade.

Diante da conjuntura atual, em que as relações contratuais assumem caráter universal, principalmente no que diz respeito às contratações em rede, se restringir às soluções apresentadas pela LINDB seria insuficiente. A adoção do princípio da autonomia da vontade por duas das principais convenções que regulam o direito aplicável aos contratos internacionais, a Convenção de Roma e a Convenção do México, exigem uma nova interpretação das regras estabelecidas pelo direito brasileiro.

Uma solução para a questão seria justamente a ratificação, pelo Brasil, da Convenção do México, a qual contempla a autonomia da vontade como regra geral em seu art. 7º¹²⁹. Enquanto isso não ocorre, o entendimento pela não aplicação do princípio da autonomia da vontade engessa a contratação internacional, constituindo um entrave para o desenvolvimento

¹²⁷ WEBERBAUER, Paul Hugo. Manifesto por um direito comprometido internacionalmente: um estudo crítico acerca da autonomia da vontade, da reformulação da atuação do Estado nas relações contratuais privadas e sua repercussão no plano internacional. 2011. 254 p. Tese de doutorado - Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2011. Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/4201/1/arquivo7033_1.pdf>. Acesso em: 29 abr. 2018. Segundo o autor, *dogma da autonomia da vontade* é a “denominação que engloba as diferentes manifestações do princípio da vontade no campo do Direito contratual, destacando-se, em seu bojo, as expressões autonomia das partes, autonomia privada, autonomia da vontade e auto regramento da vontade”.

¹²⁸ GAMA E SOUZA JR, Lauro da. “Autonomia da vontade nos contratos internacionais no Direito Internacional Privado brasileiro: Uma leitura constitucional do artigo 9º da Lei de Introdução ao Código Civil em favor da liberdade de escolha do direito aplicável”. IN: Carmen Tiburcio e Luís Roberto Barroso (coords.). O Direito Internacional Contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 609

¹²⁹ Art 7º: O contrato rege-se pelo direito escolhido pelas partes. O acordo das partes sobre esta escolha deve ser expresso ou, em caso de inexistência de acordo expresso, depreender-se de forma evidente da conduta das partes e das cláusulas contratuais, consideradas em seu conjunto. Essa escolha poderá referir-se à totalidade do contrato ou a uma parte do mesmo. A eleição de determinado foro pelas partes não implica necessariamente a escolha do direito aplicável.

econômico, face a necessidade que os contratantes tem de submeter o contrato internacional à lei que lhes pareça mais adequada, e esta nem sempre será a lei do local da celebração ou a lei de residência do proponente.

Neste sentido, Nadia de Araújo¹³⁰:

Ao contrário da grande utilização do princípio nos países europeus, a situação no Brasil ainda não evoluiu. A LINDB, no aru art. 9º, não menciona a autonomia da vontade, e, embora muitos juristas sejam a favor, o princípio é proibido. Esta afirmação decorre da leitura do artigo que não pode ser comparado com outras normas sobre o tema, como, por exemplo, a Convenção do México, que começa a dizer ser o contrato regido pelo direito escolhido logo no caput do artigo. Somente com a revisão da LINDB e a adoção dos princípios consagrados na Convenção sobre Direito Aplicável aos Contratos Internacionais, realizada pela CIDIP V (México, 1994) poder-se-á permitir de forma segura a utilização do princípio da autonomia da vontade em contratos internacionais. Uma solução adequada seria a substituição do art. 9º da LINDB pelas normas da Convenção do México. A convenção serviria não só para regular os contratos internacionais entre parceiros latino-americanos, mas também como regra conflitual a todas as relações contratuais internacionais.

A Lei de Arbitragem brasileira, no entanto, abre uma possibilidade de escolha da lei aplicável ao procedimento em seu art. 2º¹³¹, desde que esta possibilidade esteja prevista no compromisso arbitral ou na cláusula compromissória. Nadia de Araújo¹³² considera essa inovação importante para a adoção da autonomia da vontade pelo ordenamento jurídico brasileiro, mas, ainda assim, a escolha da lei estaria vinculada à inclusão da clausula de arbitragem no contrato, o que limita consideravelmente o campo de incidência dessas normas.¹³³

A despeito do que foi apresentado, e do avanço proporcionado pela Convenção de Roma, na Europa e pela Convenção do México, na América, no que tange à autonomia da vontade, a proteção do consumidor ficou relegada à um plano secundário no texto europeu e sequer foi mencionada no texto americano¹³⁴. Importa ressaltar que o princípio da proteção ao consumidor não pode ser negligenciado, principalmente nas relações contratuais firmadas em

¹³⁰ DE ARAUJO, Nádia. *Direito Internacional Privado: teoria e prática brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 323.

¹³¹ Art. 2º A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes. § 1º Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública. § 2º Poderão, também, as partes convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio.

¹³² ARAÚJO, Nádia de. *Contratos Internacionais: autonomia da vontade, Mercosul e Convenções Internacionais*. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 138

¹³³ AMORIM, Fernando Sérgio Tenório. Op, cit., p. 151

¹³⁴ AMORIM, Fernando Sérgio Tenório. Op, cit., p. 170

rede, objeto desse estudo, desempenhando papel fundamental no equilíbrio da relação consumidor-fornecedor.

4.3 DA CLÁUSULA DE ESCOLHA DA LEGISLAÇÃO APLICÁVEL (“*CHOICE-OF-LAW CLAUSE*”)

O crescente estreitamento das relações mercantis entre os vários países, principalmente após o advento da internet, fez com que o princípio da autonomia da vontade permitisse com que os contratantes determinassem, no negócio jurídico, a cláusula da lei aplicável. A partir disso, pretender-se-ia evitar a aplicação desfavorável de determinada legislação, desconhecida pelo estipulante.

Ao considerar a situação dos contratos eletrônicos tipo *click-wrap*, que possuem natureza adesiva, o polícitante poderia invocar a autonomia da vontade e determinar, unilateralmente, a lei aplicável. Nesse contexto, a doutrina e a jurisprudência debatem acerca da validade da imposição desse tipo de estipulação, igualmente ao que ocorre às já discutidas cláusulas de eleição de foro e de convenção de arbitragem. Os argumentos mais recorrentes dizem respeito à afronta de leis consideradas de ordem pública, como a necessária proteção do consumidor, vulnerável na relação negocial.¹³⁵

No âmbito do direito internacional, se faz presente uma incessante busca por uniformização das normas, em vista dos conflitos decorrentes pela adoção de diferentes elementos de conexão pelos ordenamentos jurídicos. Com relação aos contratos eletrônicos de consumo, vislumbra-se alguns obstáculos específicos, principalmente no que diz respeito, como já foi visto, na conceituação doutrinária desses contratos como sendo contratos internacionais, e, ainda, as disparidades internas dos diversos ordenamentos jurídicos no que tange à adoção da autonomia da vontade como elemento de conexão.

Explica Fernando Sérgio Tenório de Amorim¹³⁶:

O contrato eletrônico não será intrinsecamente internacional, nem deixará de sê-lo, se forem considerados apenas os elementos que o compõem, posto não ser possível definir, objetivamente, a localização geográfica dos contratantes, e muito menos poder-se-á determinar, com exatidão, o lugar no qual o contrato foi concluído. É preferível conceber que tais contratos são firmados no

¹³⁵ LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. Op. cit., p. 571

¹³⁶ AMORIM, Fernando Sérgio Tenório. Op. cit., p.174

ciberespaço. Todavia, a contratação no ambiente virtual não elide a necessidade de proteção do consumidor.

Assim, o ambiente virtual, como autônomo e independente, necessita de regulamentação jurídica específica, que coíba abusos e estabeleça patamares de convivência entre os que utilizam a rede mundial de computadores para estabelecer relações jurídicas. A simples transposição de regras do direito privado para os contratos firmados no ciberespaço não atende o caráter transacional de tais relações.

Em contrapartida, não se pode desconsiderar a massificação das relações firmadas virtualmente, em sua maioria, contratos de consumo de bens e serviços. Assim, impõe-se, independentemente da classificação desse tipo de contratação, alguns parâmetros a serem observados, como a proteção do consumidor, a manutenção da confiança na relação contratual e o respeito aos deveres da boa-fé e da informação.

Em um contratos do tipo *clickwrap* firmados com empresas com sede no exterior, por exemplo, não é incomum a inclusão da cláusula de “*choice of law*” nas condições gerais da contratação. De acordo com este cenário, no tópico 3.4.1, foi apresentado o exemplo da cláusula de eleição de foro da empresa Ebay¹³⁷, que, no contrato, também estipula a lei aplicável em caso de litígio: o tribunal de Salt Lake deverá aplicar as leis do estado de Utah, nos Estados Unidos.

Essa cláusula é bastante comum nas nações mais desenvolvidas, face a aplicação exacerbada da autonomia privada na economia, e, principalmente nos Estados Unidos, haja vista a falta de uniformidade de leis dentro do país.¹³⁸

Nesses casos, as leis escolhidas são quase sempre as leis do local no qual a empresa tem sua sede. Junto a imposição da cláusula de eleição de foro, priva-se o consumidor de buscar a jurisdição que lhe seja mais favorável, configurando-se como uma cláusula abusiva. Fenômeno idêntico poderá ocorrer em relação à escolha da lei aplicável. Se esta não fornece um sistema de proteção suficientemente eficaz para o consumidor, haverá a mitigação do princípio da autonomia da vontade em benefício da lei mais favorável à parte vulnerável da avença.

¹³⁷ A. Lei aplicável: Você concorda que, exceto na medida em que for inconsistente com ou suplantada pela lei federal, as leis do Estado de Utah, sem considerar princípios de conflitos de lei, regerão este Contrato do Usuário e quaisquer reclamações ou disputas que tenham surgido ou possam surgir entre você e o eBay, exceto se de outra forma estabelecido neste Contrato do Usuário.

¹³⁸ ZHANG, Mo. Contractual Choice of Law in Contracts of Adhesion and Party Autonomy. In: Akron Law Review, vol. 41, 2007; Temple University Legal Studies Research Paper No. 2007-25. Disponível em SSRN: < <http://ssrn.com/abstract=1017841>>. Acesso em: 13. Abr. 2018

Nessas condições, a autonomia da vontade pode ser desconsiderada como elemento de conexão no caso concreto, principalmente ao considerar os riscos adstritos à contratação eletrônica. O desconhecimento técnico do funcionamento dos sistemas de transmissão de dados, a ignorância a respeito dos sistemas de criptografia da assinatura eletrônica, a falta de informações sobre as ameaças presentes na rede, conferem relativa dose de incerteza e insegurança à essas relações.

Em razão desses riscos, Cláudia Lima Marques¹³⁹ faz referência à vulnerabilidade eletrônica como um novo tipo de vulnerabilidade, o que torna o ciberconsumidor mais vulnerável que o consumidor tradicional. Isso ocorre porque, no comércio eletrônico, o fornecimento de informações e o dever de transparência nem sempre será observado pelo ofertante. Diante da página da oferta, o consumidor decidirá por um único clique sobre autenticidade das informações e produtos ali fornecidos, além de que as informações que prestou não serão utilizadas para outros fins, além dos necessários para a contratação.

Nesse sentido, leciona a autora:

Efetivamente, a distância física, a imaterialidade do meio eletrônico, a atemporalidade e a internacionalidade eventual da contratação, dificultam a eficácia do uso de instrumentos tradicionais de proteção dos consumidores, quais sejam, o direito à informação redobrada, o direito ao arrependimento, a garantia legal do produto ou serviço, quanto a vícios e defeitos, a imposição de prazo para cumprimento das obrigações pelos fornecedores, o combate às cláusulas abusivas, a proteção dos dados pessoais privados, a lealdade nas cobranças, etc.¹⁴⁰

A proteção do consumidor, no entanto, poderá chocar-se diretamente com a possibilidade, sempre existente, de fixação unilateral da lei aplicável aos contratos de consumo através das condições gerais de contratação, como o download de programas, que necessitam apenas de um clique do mouse, expressão típica dos *click-wrap agreements*. Quando o fornecedor tem sua sede jurídica no exterior, inevitavelmente essa lei será um direito estrangeiro, quase sempre desconhecido pelo consumidor, a qual nem sempre lhe atribuirá devido grau de proteção.¹⁴¹

Nesse cenário, o princípio de proteção ao consumidor e a noção de ordem pública de proximidade devem funcionar como elementos capazes de atrair a lei aplicável ao contrato de

¹³⁹ MARQUES, Claudia Lima. Op. cit. Confiança..., p. 68

¹⁴⁰ MARQUES, Cláudia Lima. Op. cit. Confiança..., p. 59 .

¹⁴¹ AMORIM, Fernando Sérgio Tenório. Op. cit., p. 203

consumo, firmado no ciberespaço, para o ordenamento jurídico que forneça maiores garantias de proteção, mitigando, assim, a autonomia da vontade.

No ordenamento jurídico brasileiro, o Código de Defesa do consumidor é considerado como norma de ordem pública (art. 1º do CDC e art. 5º, XXXII da CF/88 c/c art. 48 do ADCT). Dessa forma, pela doutrina consumerista brasileira, o CDC é lei especial apto a regular todas as relações de consumo, seja as de caráter nacional ou internacional, estabelecendo, em seu inciso I do art. 101 o domicílio do consumidor como elemento de conexão. A lei de destinação, nesse caso, opõe-se a lei de origem, aplicada aos demais contratos considerados internacionais.

Paul Hugo Weberbauer por sua vez, critica essa aceção de “ordem pública” inserida ao referido art. 1º do CDC, sugerindo que os autores do anteprojeto do referido código quiseram conferir ao CDC o caráter de lei de aplicação imediata. Diante disso, sustenta uma concepção relativa desse tipo de norma, que melhor se coaduna com o contexto que envolver o Direito Internacional Privado e as relações jurídicas advindas do mundo globalizado¹⁴².

As leis de aplicação imediata traduzem não excludentes a priori do direito estrangeiro e do método conflitual, mas num elemento jurídico de filtragem deste Direito e novos vetores na aplicação do método conflitual. Diferente da ordem pública, que age como excludente total, as leis de aplicação imediata são filtros nacionais para a aplicação do Direito estrangeiro pelo método conflitual.¹⁴³

No mesmo sentido, questiona, pertinentemente, Cláudia Lima Marques¹⁴⁴:

A pergunta é se, em casos pluriconectados, todas as normas do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor seriam imperativas ou de ordem pública interna (grau total de aplicação), ou se somente a preocupação de “defesa do consumidor” seria obrigatória, podendo ser alcançada pela aplicação eventual de uma lei estrangeira, lei indicada aplicável pelas normas da LINDB, ou o nível de defesa do consumidor, alcançado pelo CDC é considerado, face sua origem constitucional, como obrigatório a tutelar brasileiros e estrangeiros, residentes no Brasil, *standart* mínimo de “defesa do consumidor”, que leva a aplicação imediata dessas normas tutelares, que, porém, não impedem que outras normas estrangeiras sejam aplicadas, se assegurarem um nível superior de defesa alcançado pelo CDC.

A autora, em sua obra, defende a adoção da terceira hipótese. Ou seja, não seria adequado considerar a aplicação obrigatória do CDC, que forneceria um padrão mínimo de

¹⁴² WEBERBAUER, Paul Hugo. Op. cit., Acesso em: 29 abr. 2018

¹⁴³ Idem Ibidem

¹⁴⁴ MARQUES, Cláudia Lima. Op. cit. Confiança..., p. 447

proteção, à toda e qualquer relação contratual de consumo, mesmo que a lei estrangeira proteja o consumidor de maneira mais eficaz.

Em sua proposta de alteração do art. 9º da LINDB, Cláudia Lima estabelece que, estando o consumidor fora de seu país de domicílio, a lei poderá ser escolhida entre a lei do lugar de celebração do contrato, a lei do local de execução das obrigações e a lei do domicílio do consumidor. Caso o consumidor esteja em seu domicílio, a autora sugere que sejam aplicadas ao contrato a lei domiciliar do consumidor, ou a lei que lhe seja mais vantajosa, escolhida entre as partes, lei do lugar da celebração do contrato, lei do lugar de execução do contrato, ou lei do domicílio ou sede do fornecedor.¹⁴⁵

É possível perceber que, em ambos os casos, a autora dá margem à autonomia da vontade, possibilitando a escolha da lei que seja mais vantajosa para o consumidor, por parte dos contratantes, partindo do pressuposto que o contrato apresenta pontos de contato com tal ordenamento jurídico.

A partir do posicionamento acima descrito, conclui-se que, diante do caso concreto, a nacionalidade da parte, ou seu domicílio, critério estabelecido pelo ordenamento brasileiro, poderá servir de elemento de conexão diante do princípio de proteção do consumidor, erigido à preceito constitucional. Mas, justamente em razão desse princípio, a existência de tais normas imperativas não poderá excluir por completo a aplicação do direito estrangeiro. A contratação gravitará em torno do ordenamento que forneça condições mais satisfatórias de proteção ao consumidor.

A autonomia da vontade nas relações de consumo eletrônicas, ao mesmo tempo que se coaduna com os avanços impostos pela vida em rede, permitindo a escolha da lei aplicável, também encontra seus limites na necessidade de proteção da ordem social.

O caráter não territorial, transacional e imaterial do ciberespaço, aparentemente, coloca o fornecedor em uma posição de vulnerabilidade, já que a oferta de bens e serviços poderá atingir um número indeterminado de ordens jurídicas. Entretanto consumidor, que já se contenta, atualmente, com o estabelecimento de ficções jurídicas para que haja uma normatização dos contratos desterritorializados, não pode ficar à mercê de um sistema de proteção que ainda não alcançou sua plenitude em todos os países.

¹⁴⁵ MARQUES, Cláudia Lima. *Confiança...* Op. cit., p. 471

Como já visto, apesar do esforço da doutrina de acompanhar as vertiginosas mudanças estabelecidas pela internet, este avanço não se faz acompanhar de uma efetiva normatização, visto que o ciberespaço se posiciona como um ambiente pouco propício a regulamentações.

Diante disso, utilizar como elemento de conexão o local do estabelecimento do fornecedor pode não constituir a solução mais adequada, em razão da proteção insuficiente do consumidor. Igualá-lo ao fornecedor resulta no acirramento de desigualdades inerentes às relações de consumo, intensificadas devido aos fenômenos sofridos pela contratação a partir do advento da internet.

Portanto, a autonomia da vontade para a escolha de lei aplicável deverá ser observada sempre que possível, mas esta lei não deverá descuidar de seu dever maior: a segurança da relação jurídica como consequência da proteção da parte mais vulnerável, o consumidor.

CONCLUSÃO

A cibercultura, que surgiu após a revolução tecnológica, instaurou um ambiente sem totalidade, decorrente do caráter ubíquo do ciberespaço, no qual o fluxo contínuo das informações em rede não permite a demarcação de fronteiras. Sendo assim, a regulação das relações jurídicas no ciberespaço deve se desvincular dos conceitos tradicionais de territorialidade, aplicáveis ao mundo físico, e buscar uma regulamentação efetivamente transnacional.

Os contratos efetuados na rede são contratos de massa, uma vez que as ofertas destinam-se ao grande público consumidor que tem acesso à Internet. Esses contratos são caracterizados pela standardização, cuja técnica adotada é o contrato de adesão e a imposição das cláusulas gerais de contratação. Resta, então, ao contratante, clicar no ícone que designa o seu acordo (“eu aceito”). Este fenômeno aplicado à contratação telemática é observado nos contratos *click-wrap*. A partir deste instante, o adquirente está obrigado às cláusulas contratuais, com as quais ele concordou expressamente.

O CDC é instrumento que regula a relação de consumo no ordenamento jurídico brasileiro, o que não pode ser diferente no contexto do comércio eletrônico, uma vez que a vulnerabilidade do consumidor se acentua no ciberespaço, ambiente em constante transmutação. Muito embora

estes contratos possam ser validados, permanece a possibilidade de anulação de algumas cláusulas contratuais quando estas forem consideradas abusivas.

É o caso da cláusulas de eleição de foro, que devem ser anuladas quando se constata o abuso por parte do estipulante e quando há desvantagem exagerada do consumidor. Quanto à cláusula de arbitragem compulsória, embora nula de pleno direito quando inserta nos contratos de consumo, concluiu-se que deve ser dada ao consumidor liberdade de optar, livre e conscientemente, pela submissão ao juízo arbitral. A vedação visa ao reequilíbrio da relação jurídica entre fornecedor e consumidor, e a proteção da parte mais fraca da relação, o consumidor, cabendo, portanto, a este a decisão.

A atração da lei aplicável aos contratos de consumo, firmados na rede digital, para a ordem jurídica mais favorável ao consumidor, enseja uma reanálise do papel que o princípio da autonomia da vontade desempenha no direito interno e internacional. As especificidades da contratação eletrônica pressupõem a adoção de regras específicas para a constituição do vínculo contratual, principalmente nas relações de consumo.

A priori, escolha da lei aplicável está cingida à norma consumerista, imposta, como norma cogente, de forma irregular pelos diversos ordenamentos jurídicos, restringindo a atuação da autonomia da vontade como elemento de conexão indicativo da lei que regulará os contratos eletrônicos de consumo. Observa-se, então, que novas tecnologias nem sempre se fazem acompanhar de uma reformulação dos velhos conceitos e antigos paradigmas do direito tradicional.

A partir do analisado, vislumbra-se que autonomia da vontade dos contratantes não se poderá exercer indistintamente nos contratos eletrônicos de consumo, em razão do ambiente em que se formam e da adesividade característica de tais contratos, como ocorre, por exemplo, com os contratos *clickwrap*. Ainda assim não se pode desmerecer a importância que tem o princípio da autonomia da vontade para as relações contratuais e, principalmente, para o desenvolvimento do comércio internacional.

Essa liberdade encontra limites nos preceitos da ordem pública interna e internacional, bem como nas normas de caráter imperativo, fatores que mitigam a autonomia da vontade, mas não podem retirar a sua significância como princípio fundante do direito internacional privado. Do ponto de vista do ordenamento jurídico brasileiro, a maior parte da doutrina defende que a autonomia da vontade não será admitida. Esta solução constitui um verdadeiro retrocesso, dado

ao caráter internacional das relações econômicas atuais: as novas tecnologias e a contratação eletrônica exigem uma redefinição dos critérios tradicionalistas estabelecidos pelo direito.

Assim, o exercício da autonomia da vontade, ao tempo que pode ainda se constituir num importante instrumento de desenvolvimento das relações comerciais internacionais, ao permitir a escolha da lei aplicável aos contratos internacionais, por outro lado encontra seus limites na necessidade de proteção da ordem social.

Defende-se a posição a qual sustenta que a existência de diversas normas imperativas do foro, que à primeira vista poderiam afastar a aplicação do direito estrangeiro, como o CDC, não exclui a lei estrangeira eventualmente mais benéfica para o consumidor, ao contrário, reforça o sistema de proteção da parte mais frágil na relação de consumo. Havendo ou não lei escolhida pelos contratantes, deverão as partes, em razão da escolha, ou o juiz, a quem caberá determinar a lei aplicável no caso concreto, encontrar a lei mais favorável ao consumidor.

Diante dos argumentos expostos, o cenário ideal seria a constituição de um direito convencionalmente efetivamente transnacional, capaz de regular as relações contratuais firmadas no ciberespaço, permitindo a criação de um sistema de proteção do consumidor que se coadune com as exigências do comércio internacional. Assim, se empregaria mais confiança e segurança jurídica às relações de consumo por meio da Internet, um mercado em ampla ascensão.

Na falta de uma normatização homogênea, cabe ao operador do direito servir-se das ferramentas que lhes são apresentadas, no sentido de, sempre que necessário, adaptar as regras contidas no ordenamento jurídico em proveito de sua melhor aplicação ao caso concreto, ante o inexorável e intenso desenvolvimento que o homem protagoniza nas mais diversas áreas das relações sociais.

Nesse sentido, entende-se, por fim, que a autonomia da vontade em relação à escolha da lei aplicável pode e deve ser considerada, sem, contudo, olvidar a segurança jurídica da relação contratual, e, como consequência, a proteção efetiva do consumidor.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ALBERTIN, Alberto Luiz. **Comercio Eletrônico: modelo, aspectos e contribuições de sua aplicação**. 6. Ed. São Paulo: Atlas, 2010.

ALMEIDA, Ricardo Ramalho. **Arbitragem Internacional Comercial e Ordem Pública**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

AMORIM, Fernando Sérgio Tenório. **Autonomia da Vontade nos Contratos Eletrônico Internacionais de Consumo**. Curitiba: Juruá, 2012.

ANDRADE, Darcy Bessone de Oliveira. **Do contrato – Teoria geral**. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

ARAÚJO, Nádia de. **Contratos Internacionais: autonomia da vontade, Mercosul e Convenções Internacionais**. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____. **Direito Internacional Privado: teoria e prática brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **A arbitragem e o direito do consumidor (*arbitration and the consumer's rights*)**. 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.

_____. **Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia**. 4. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2002.

BENNETT, Steven C. **Click-wrap Arbitration Clauses**. In: *International Review of Law Computers & Technology*, volume 14, no. 3, 2000.

BRUNO, Marcos Gomes da Silva. **Aspectos jurídicos dos contratos eletrônicos**. Disponível em: <http://www.opiceblum.com.br/lang-pt/02_artigos_a001.html?ID_ARTIGO=22>. Acesso em: 9 mar. 2018.

BUONO, Francis M.; FRIEDMAN, Jonathan A. **Maximizing the enforceability of click-wrap agreements**. In: *Journal of Technology Law and Policy*, vol. 4, “issue”, 1999.

CALAMARI, John D. **Duty to Read – A Changing Concept**. *Fordham Law Review*, Vol. 43, I. 3, 2007.

CARMO, Georgia Costa do. **A Proteção do Consumidor no Comércio Eletrônico**. Disponível em: https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=6882 . Acesso em: 4 abr. 2018.

CERVO, Amauri; SILVA, Roseane Leal. **Os contratos interativos e a nova economia virtual: panorama do tema a partir dos julgados do Rio Grande do Sul**. 2015. 21 p. Artigo Científico (Graduação em Direito) - CEPEJUR, Rio Grande do Sul, 2015. Disponível em: <<https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidspp/article/viewFile/13050/2200>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

DIAS, Jean Carlos. **O direito contractual no ambiente virtual**. Curitiba: Editora Juruá, 2001.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais..** São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2007

_____. **Tratado teórico e prático dos contratos**. Vol. 5, 5ª ed., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003,

FERRERA, Gerald R, LICHTENSTEIN, Stephen D., REDER, Margo E. K., AUGUST, Ray, SCHIANO, William T. **Cyber Law: Text and Cases**. 2. ed. Canada: Thomson / SouthWestern West, s.d.

FINKELSTEIN, Maria Eugênia Reis. **Aspectos jurídicos do comércio eletrônico**. Porto Alegre: Síntese, 2004.

_____. **Direito do comércio eletrônico**. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011

GAMA E SOUZA JR, Lauro da. “**Autonomia da vontade nos contratos internacionais no Direito Internacional Privado brasileiro: Uma leitura constitucional do artigo 9º da Lei de Introdução ao Código Civil em favor da liberdade de escolha do direito aplicável**”. IN: *Carmen Tiburcio e Luís Roberto Barroso* (coords.). *O Direito Internacional Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

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

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do Anteprojeto**. 7. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

GROSSMAN, Mark; HIFT, Allison Kimberly; ROTHMAN, Raquel. **Click-Wrap Agreements – enforceable contracts or wasted words**. *Apud* CINTIA ROSA LIMA, 2015, Disponível em: < <http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=981322808aba8a03>>. Acesso em: 18 mar. 2018.

HILLMAN, Robert A.; RACHLINSKI, Jeffrey J. **Standard-form contracting in the electronic age**. In: *New York Law Review*, vol. 77, 2009.

JUNIOR, Geraldo Frazão de Aquino. **Contratos Eletrônicos: A Boa-fé Objetiva e a Autonomia da Vontade**. Curitiba: Juruá. 2012,

JUNIOR, Jorge Gosson Alberto. **Aspectos da formação e interpretação dos contratos eletrônicos**. Revista do Advogado. Associação dos Advogados de São Paulo. Ano XXXII, 2012.

JÚNIOR, Nelson Nery. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

KALAKOTA, Ravi.; ROBINSON, Márcia. E-Business: **Estratégia para Alcançar o Sucesso no Mundo Digital**. 2 ed. Porto Alegre: Boockman, 2002.

KELLAWAY, Lucy. **Pointless Conditions Should Not Apply: the sopoforic legalese of online transactions** (23/01/2011). Disponível em: <
<http://www.foxnews.com/tech/2010/04/15/online-shoppers-unknowingly-sold-souls.html> >. Acesso em: 16 mar. 2018.

KLEE, Antonia Espíndola Longoni. **O Diálogo das fontes nos contratos pela internet: do vínculo contratual ao conceito de estabelecimento empresarial virtual e a proteção do consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda. 2012.

LAWAND, Jorge José. **Teoria geral dos contratos eletrônicos**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003.

LEAL, Sheila do Rocio Cercal Santos. **Contratos Eletrônicos – Validade Jurídica dos Contratos via Internet**. São Paulo: Atlas, 2007.

LEMLEY, Mark A. **Terms of use**. Minesota: Law Review, 2001.

LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. **Validade e obrigatoriedade dos contratos de adesão eletrônicos (shrink-wrap e click-wrap) e dos termos e condições de uso (browse-wrap): - Um estudo comparado entre Brasil e Canadá**. Tese (Doutorado), Universidade de São Paulo Faculdade de Direito. São Paulo: USP-SP, 2009.

LORD, Richard Williston. **Contracts: A Treatise on the Law of Contracts**, 4th éd., Vol. 1, Rochester, NY, Lawyers Cooperative Publishing, 1990.

LORENZETTI, Ricardo L. **Comércio Eletrônico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARCATO, Antonio Carlos. **O reconhecimento ex officio do caráter abusivo da cláusula de eleição de foro**. In: *Revista da Escola Paulista da Magistratura*, ano 1, vol. 3, maio – out. de 1997.

MARQUES, Cláudia Lima.; BENJAMIM, Antônio H.V. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**, 2ª Ed., Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2006.

MARQUES, Cláudia Lima. **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: *Revista dos Tribunais*, São Paulo, vol. 788, p. 11 – 56, jun. de 2001.

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

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

_____. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais.** 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MELO, Romeu. **Contratos eletrônicos interativos, o tal do “clique e compre”**, 2011. Disponível em: <<https://romeupmelo.wordpress.com/2011/03/16/contratos-eletronicos-interativos-clique-e-compre-clickwrap-agreements/>> Acesso em: 13 mar. 2018.

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

MORAES, Paulo Valério Dal Pai. CDC: **O princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade e nas demais práticas comerciais.** 6. ed. Porto Alegre: Síntese, 2010.

MORINGIELLO, Juliet M. **Signals, Assent and Internet Contracting.** In: *Rutgers Law Review*, vol. 57, 2005.

MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. **Autonomia da vontade no âmbito do Direito Internacional Privado: por uma interpretação liberal do artigo 9º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.** Disponível em < 29 <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=ecb78e3b1dd950b9>>. Acesso em: 3 abr. 2018.

NAKAMURA, A. M. **Comércio eletrônico riscos nas compras pela internet.** Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) da Faculdade de Tecnologia de São Paulo, 2011.

NISSAN. Mauro. **Qual a diferença entre B2B e B2C?** Disponível em: < <https://ecommercenews.com.br/artigos/cases/qual-e-a-diferenca-entre-b2b-e-b2c/>> Aceso em: 16. Mar. 2018.

PECK, Patrícia. **Direito Digital.** São Paulo: Saraiva, 2002.

PELLIZARO. Vínicius Uberti. **A Cláusula Compromissória (Convenção de Arbitragem) no Contrato de Adesão de Consumo e o paradigmático julgamento do Superior Tribunal de Justiça,** 2016. Disponível em: <https://pellizzarovinicius.jusbrasil.com.br/artigos/339342795/a-clausula-compromissoria-convencao-de-arbitragem-no-contrato-de-adesao-de-consumo-e-o-paradigmatico-julgamento-do-superior-tribunal-de-justica>. Acesso em: 6 abr. 2018

QUIÑOES, Gastón Behar A.; FIGUEROA, Agustín Yáñez. **Introducción a los contratos tecnológicos.** Guadalajara: IETSO, 2014

RABELO, Cesar Leandro de Almeida; PRATA, Desiree Lorraine. **A proteção do consumidor brasileiro no comércio eletrônico internacional.** In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 91, ago 2011. Disponível em:

<http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9965>. Acesso em: 3 abr. 2018.

SALGARELLI, Kelly Cristina. **Direito do consumidor no comércio eletrônico: uma Abordagem sobre a confiança e a boa-fé**. 1ª. ed. São Paulo: Ícone, 2010.

SALVADOR, Mauricio. **Gerente de E-commerce**. 1º ed. São Paulo: Ecommerce School, 2013.

SKANDIA takes the terminal out of terms and conditions. Disponível em: <http://www.prnewswire.co.uk/news-releases/skandia-takes-the-terminal-out-of-terms-and-conditions-145280565.html> Acesso em: 16 de mar. 2018.

SOFTWARE. In: WIKIPÉDIA, a enciclopédia livre. Flórida: Wikimedia Foundation, 2018. Disponível em: <<https://pt.wikipedia.org/w/index.php?title=Software&oldid=50599111>>. Acesso em: 27 Mar. 2018.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**. Vol 3, 8ª Ed., São Paulo: Método, 2013.

TECHTARGET. **End User License Agreement (EULA)**. Disponível em: <<https://searchcio.techtarget.com/definition/End-User-License-Agreement>> Acesso em: 15 mar.

VANCIM, Adriano Roberto. **Breves Apontamentos Acerca da Proteção Contratual do Consumidor Vista à Luz da Lei n. 8.078/90**. Revista EMERJ: Rio de Janeiro, v. 14, n. 56, p. 32 a 56, out.-dez 2011.

WEBERBAUER, Paul Hugo. **Manifesto por um direito comprometido internacionalmente: um estudo crítico acerca da autonomia da vontade, da reformulação da atuação do Estado nas relações contratuais privadas e sua repercussão no plano internacional**. 2011. 254 p. Tese de doutorado - Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2011. Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/4201/1/arquivo7033_1.pdf>. Acesso em: 29 abr. 2018.

ZHANG, Mo. **Contractual Choice of Law in Contracts of Adhesion and Party Autonomy**. In: *Akron Law Review*, vol. 41, 2007; Temple University Legal Studies Research Paper No. 2007-25. Disponível em SSRN: < <http://ssrn.com/abstract=1017841>>. Acesso em: 13. Abr. 2018.