

Rua Henrique Schaumann, 270, Cerqueira César — São Paulo — SP
CEP 05413-909
PABX: (11) 3613 3000
SAC/JUR: 0800 055 7688
De 2ª a 6ª, das 8:30 às 19:30
saraivajur@editorasaraiva.com.br
Acesse: www.editorasaraiva.com.br/direito

FILIAIS

AMAZONAS/RONDÔNIA/ROREAMA/ACRE

Rua Costa Azevedo, 56 — Centro
Fone: (92) 3633-4227 — Fax: (92) 3633-4782 — Manaus

BAHIA/SERGIPE

Rua Agripino Diniz, 23 — Brásias
Fone: (71) 3381-5854 / 3381-5895
Fax: (71) 3381-0959 — Salvador

BAURÍ (SÃO PAULO)

Rua Monsenhor Dias, 255/257 — Centro
Fone: (14) 3234-5643 — Fax: (14) 3234-7401 — Bauri

CEARÁ/PIAUÍ/MARANHÃO

Av. Filomena Gomes, 670 — Jocaçanga
Fone: (85) 3238-2323 / 3238-1384
Fax: (85) 3238-1331 — Fortaleza

DISTRITO FEDERAL

SIA/SUL, Trecho 2 Lote 850 — Satec de Indústria e Abastecimento
Fone: (61) 3344-2920 — Fax: (61) 3344-2951
Fax: (61) 3344-1709 — Brasília

GOIÁS/TOCANTINS

Av. Independência, 5330 — Setor Aeroporto
Fone: (62) 3225-2882 / 3212-2806
Fax: (62) 3224-3016 — Goiânia

MATO GROSSO DO SUL/MATO GROSSO

Rua 14 de Julho, 3148 — Centro
Fone: (67) 3382-3682 — Fax: (67) 3382-0112 — Campo Grande

MINAS GERAIS

Rua Nêem Paraíba, 449 — Leopoldina
Fone: (31) 3429-8300 — Fax: (31) 3429-8310 — Belo Horizonte

PARÁ/AMAPÁ

Travessa Apinajás, 186 — Barão Campos
Fone: (91) 3222-9034 / 3224-9038
Fax: (91) 3241-0499 — Belém

PARANÁ/SANTA CATARINA

Rua Conselheiro Laurindo, 2895 — Prado Velho
Fone/Fax: (41) 3332-4894 — Curitiba

PERNAMBUCO/PARAÍBA/R. G. DO NORTE/ALAGOAS

Rua Comendador do Bispo, 185 — Boa Vista
Fone: (81) 3421-4246 — Fax: (81) 3421-4510 — Recife

RIBEIRÃO PRETO (SÃO PAULO)

Av. Francisco Junqueira, 1255 — Centro
Fone: (16) 3610-5843 — Fax: (16) 3610-8284 — Ribeirão Preto

RIO DE JANEIRO/ESPÍRITO SANTO

Rua Visconde de Santa Isabel, 113 a 119 — Vila Isabel
Fone: (21) 2577-9494 — Fax: (21) 2577-8867 / 2577-9565 — Rio de Janeiro

RIO GRANDE DO SUL

Av. A. J. Ronner, 231 — Farrapos
Fone/Fax: (51) 3371-4001 / 3371-1467 / 3371-1567
Porto Alegre

SÃO PAULO

Av. Artística, 92 — Boma Fundo
Fone: PABX (11) 3616-3666 — São Paulo

135.852.001.001

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Coelho, Fábio Ulhoa

Questões de direito comercial no Brasil e em Portugal / Fábio Ulhoa
Coelho e Maria de Fátima Ribeiro (coordenadoras). — São Paulo : Saraiva,
2014.

1. Direito — Brasil 2. Direito — Portugal 3. Direito comercial I.
Ribeiro, Maria de Fátima. II. Título.

13-07389

CDU-347.7

Índice para catálogo sistemático:

1. Direito comercial 347.7

Diretor editorial Luiz Roberto Couto

Gerente editorial Thais de Camargo Rodrigues

Assistente editorial Silene Miranda de Sales

Produtora editorial Cláudia Bonaschi Maria

Preparação de originais Ana Cristina Garcia

Maria Izabel Borreiras Bitencourt Bressan

Flávia Gutierrez Falcão de Oliveira

Arte e diagramação Isabel Gomes Cruz

Revisão de provas Microart Comércio e Edição Eletrônica

Serviços editoriais Elaine Cristina da Silva

Tatiana das Santos Romão

Capa Guilherme P. Pinto

Produção gráfica Marj Rampim

Impressão Proal Editora Gráfica

Acabamento Proal Editora Gráfica

Data de fechamento da edição: 19-9-2013

Dúvidas?

Acesse www.editorasaraiva.com.br/direito

Nenhuma parte desta publicação poderá ser reproduzida por qualquer meio ou
forma sem a prévia autorização da Editora Saraiva.
A violação dos direitos autorais é crime estabelecido na Lei n. 9.610/98 e
punido pelo artigo 184 do Código Penal.

Sumário

Apresentação, 7

RICARDO COSTA

O direito comercial português: direito misto, autônomo e basi-
camente empresarial, 9

FÁBIO ULHOA COELHO

Objeto do direito comercial brasileiro, 35

ANA AFONSO

A empresa e o estabelecimento comercial, 67

MARCELO ANDRADE FÉRES

O estabelecimento e a empresa: panorama brasileiro, 105

MARIA MIGUEL CARVALHO

Os direitos privativos industriais, 137

MAITÊ CECILIA FABBRI MORO

Os direitos de propriedade industrial no Brasil, 171

ANTÔNIO PINTO MONTEIRO

Os contratos de distribuição comercial: agência, concessão e
franquia, 205

FÁBIO ULHOA COELHO

Os contratos de distribuição comercial no direito brasileiro, 225

MARIA ELISABETE RAMOS

Contrato de seguro — perspectivas da experiência portuguesa, 257

a sua impressão em papel (como sucede no caso que nos ocupa, conforme já se viu), parece claro que esta forma equivale à escrita.

Porém, também esta regra geral sofre derrogação por norma especial respeitante aos *contratos com consumidores*, já que o art. 17º do dito Regulamento quanto a estes só permite as convenções de escolha do foro que obedecem a três condições:

a) sejam celebradas posteriormente ao surgimento do litígio – o que afasta as cláusulas contratuais gerais típicas dos contratos de adesão;

b) permitam ao consumidor recorrer a outros tribunais que não os do Estado do seu domicílio ou do Estado onde é domiciliada a parte contrária – o que obsta a cláusulas que reduzam a faculdade de escolha do consumidor e entre elas as que impeçam que ele se dirija aos tribunais do Estado-Membro do seu domicílio;

c) sejam estipuladas, no momento da celebração do contrato, entre o consumidor e o seu cocontratante que tenham domicílio no mesmo Estado-Membro e atribuam competência aos tribunais desse Estado-Membro.

Apontamentos sobre o comércio eletrônico no direito brasileiro

FABIANO MUNKU

Professor Adjunto do Departamento de Direito Privado e Processo Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul,

Doutor em Direito pela Universidade de Kassel, Alemanha,

Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul,

Advogado em Porto Alegre,

1. INTRODUÇÃO

Assim como a maior parte dos países do mundo, o Brasil não deixou de acompanhar o desenvolvimento da adoção das tecnologias da informação e da comunicação e da rede mundial de computadores. É possível verificar uma massificada utilização do meio eletrônico para a prática de negócios¹ e dos mais diversos atos, tanto por particulares quanto por órgãos e entidades públicas. Diversos são os exemplos de aplicação do meio eletrônico e da Internet.

Apesar da ocorrência dessa disseminação dos meios eletrônicos e da Internet, pode-se afirmar que o legislador brasileiro não colocou na pauta de suas prioridades a aprovação de projetos de lei que regulam a nova área. O próprio Código Civil de 2002 foi aprovado sem contemplar regulação específica para a Internet², valendo-se da visão da Comissão Elaboradora

1 Apenas para exemplificar, no ano de 2011, o Brasil apresentou o número aproximado de 31,7 milhões de e-consumidores, o que importou num aumento de 30% em relação ao ano anterior, quando foram registrados 23 milhões. Para o ano de 2012, a expectativa é que mais de 40 milhões de brasileiros acessem a Internet para fazerem compras eventuais pela rede, em valores superiores a R\$ 30 bilhões de reais, conforme consta em <<http://www.cenariomt.com.br/noticia.asp?cod=237556&codDep=15>>, acesso em 29-9-2012.

2 O que pode ser considerado acertado, tendo em vista que à época da aprovação do Código Civil vigente, a Internet já estava consideravelmente disseminada, mas ain-

de deixar que as matérias relativas às novidades, como a tecnologia, Internet e novos experimentos com implicações bioéticas sejam reguladas pelas leis especiais, deixando para o Código Civil apenas aqueles institutos que já estão em grande parte consolidados na sociedade e no meio jurídico¹. Ainda assim, o meio eletrônico de maneira geral, em alguma medida, foi regulamentado, em muitos casos a partir de iniciativas do Poder Executivo. Neste contexto, podemos citar a própria regulamentação da urna eletrônica para a escolha de representantes políticos nas eleições, que, desde 1996², é permitido e vem sendo utilizado nas eleições no Brasil³. Além dessa regulamentação, diversas outras, como a da declaração de renda pela Internet⁴, do processo eletrônico⁵, da nota fiscal eletrônica⁶ podem ser mencionadas.

No que toca ao comércio eletrônico, a legislação brasileira não evoluiu como se poderia esperar. Todavia, a problemática tem sido enfrentada pelos tribunais, é objeto de alguns projetos de lei, e, em alguns casos, já conta com diplomas legais em vigor.

O objetivo do presente trabalho não é esgotar o assunto comércio eletrônico no direito brasileiro, mas sim abordar alguns aspectos de destaque que auxiliem na compreensão do desenvolvimento da utilização e da regulamentação dessa área, analisando decisões jurisprudenciais, um projeto

da não havia a maturidade suficiente para que se a contemplasse em diploma legal de tamanha importância.

3 A este respeito, ver MARTINS-COSTA, J.; BRANCO, G. L. C., *Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 44-48.

4 Acerca do histórico da urna eletrônica no Brasil, ver no sítio do Tribunal Superior Eleitoral: <<http://www.tse.gov.br/internet/eleicoes/votoeletronico/informatizacao.htm>>.

5 No contexto do direito alemão, por exemplo, a utilização de urnas eletrônicas para a realização das eleições do ano de 2005, cujo objeto foi a escolha de representantes políticos no âmbito municipal, estadual e federal, foi julgada inconstitucional pelo Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*), em decisão de 3-3-2009. O fundamento principal foi o de que os principais passos do procedimento eleitoral, incluindo a apuração dos resultados, devem ser passíveis de ser controlados pelo cidadão, de forma confiável e sem a necessidade de conhecimentos técnicos especiais. Ver, sobre o assunto FOX, D., *Elektronische Wahlgeräte*. Datenschutz und Datensicherheit 2009, v. 2, p. 114.

6 Mais detalhes sobre o assunto podem ser obtidos em <www.receita.fazenda.gov.br>.

7 Trata-se da Lei federal n. 11.419, de 2006.

8 Sobre a nota fiscal eletrônica, ver <<http://www.nfe.fazenda.gov.br/portal/principal.aspx>>.

de lei específico e um texto legal em vigor no País. Neste sentido, serão abordados os seguintes aspectos: (a) responsabilidade civil dos sites de intermediação do comércio eletrônico (no exemplo do Mercado Livre) em razão dos negócios realizados em suas plataformas; (b) normas de proteção do consumidor, focando-se especialmente na questão do *spam* e do direito de arrependimento a partir do exame de projeto de lei sobre a matéria; e (c) assinatura eletrônica e segurança das transações realizadas no comércio eletrônico, valendo-se da análise de um dos aspectos fundamentais da Medida Provisória n. 2.200-2, de 2001.

Começemos pelo primeiro desses pontos: a questão da responsabilidade civil dos intermediários do comércio eletrônico, no exemplo do Mercado Livre.

2. A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS SITES DE COMÉRCIO ELETRÔNICO

Uma das questões que tem sido enfrentada pelos tribunais brasileiros diz respeito à responsabilidade dos sites que colocam à disposição do usuários uma plataforma de encontro para a realização de negócios diretos entre os fornecedores, nos moldes do conhecido site *e-bay*. No caso brasileiro, o site mais conhecido é o Mercado Livre.

Um dos problemas mais recorrentes que tem desafiado o Poder Judiciário consiste em saber se o Mercado Livre pode ser responsabilizado no caso de inadimplemento do vendedor de produtos e mercadorias.

Outro grupo de casos relativo ao Mercado Livre que vem sendo julgado pelos tribunais brasileiros envolve fraudes praticadas da seguinte maneira: uma pessoa mal-intencionada conclui negócio no Mercado Livre, por meio do qual adquire produtos de determinado vendedor. Ato contínuo, envia mensagem ao vendedor a partir de endereço eletrônico de e-mail falso, na tentativa de se fazer passar pelo serviço de pagamentos do Mercado Livre, denominado Mercado Pago⁹, realizando uma confirmação de pagamento que na realidade não existiu. O vendedor, iludido pela falsa mensagem, e convencido de que o pagamento foi efetuado, envia as mer-

9 O serviço de pagamentos Mercado Pago é uma das opções de pagamento das quais dispõe o comprador que se vale do Mercado Livre e tem como principal característica consistir numa gestão do pagamento, por meio da qual só se libera o pagamento ao vendedor após o comprador ter confirmado o recebimento da mercadoria.

cadorias mas jamais recebe o dinheiro. A este vendedor, dada a quase impossibilidade de localizar o fraudador, não resta outra alternativa senão buscar o ressarcimento de seu prejuízo perante o Mercado Livre.

Esta moldura fática foi a base do caso julgado pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, em 18-6-2008¹⁰. O vendedor realizara venda de um equipamento de áudio para atividades profissionais de música no ambiente do Mercado Livre. Após, recebeu uma mensagem de e-mail que seria do Mercado Pago informando-lhe do recebimento do pagamento e solicitando o envio da mercadoria para o endereço especificado. Após enviar o produto, o vendedor acaba se dando conta de que a mensagem pretensamente originária do Mercado Pago era falsa. O vendedor prejudicado ajuizou ação pedindo a condenação do Mercado Livre pelos prejuízos sofridos, com base no Código de Defesa do Consumidor¹¹ e sob a alegação de que havia falha de segurança no serviço¹². Em primeira instância, o pedido foi julgado procedente.

No julgamento do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, todavia, ocorre a reversão do resultado. Primeiramente, o Tribunal entendeu ser aplicável o Código de Defesa do Consumidor ao caso, uma vez que o Mercado Livre exerceria uma atividade de intermediação de compra e venda¹³, intervindo no contrato celebrado entre comprador e vendedor. Todavia, apesar de aplicável o Código de Defesa do Consumidor, o Tribunal entendeu que o vendedor não observara o procedimento previsto nas condições gerais do negócio da denominada "gestão de pagamento". As condições eram bem claras no sentido de que o vendedor deveria verificar a realização do

10 Apelação Cível n. 2007.0110454560, 3ª Turma Cível, Rel. Desembargador Humberto Adjuto Ulhôa.

11 O fundamento utilizado pelo demandante foi o art. 14 do Código de Defesa do Consumidor, segundo o qual: *O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.*

12 A falha de segurança seria passível de enquadramento no § 1º do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor, que conceitua o serviço defeituoso como sendo aquele que não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar.

13 A atividade do Mercado Livre, portanto, estaria enquadrada no amplo conceito de fornecedor do Código de Defesa do Consumidor: *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.*

pagamento no sítio do Mercado Pago e somente após essa conferência enviar o produto. O cerne do problema foi, portanto, localizado no questionamento de se o vendedor agiu com a necessária diligência para evitar o dano. A resposta a esta pergunta foi negativa, o que fez com que o Tribunal decidisse pela incidência do dispositivo do Código de Defesa do Consumidor que isenta de responsabilidade o fornecedor nos casos em que se verifica a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro¹⁴.

Ocorre que contra o acórdão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios o autor da ação interpôs Recurso Especial¹⁵ na tentativa de restabelecer a sentença que lhe fora favorável. E, de fato, obteve êxito. Na decisão, a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça entendeu que no caso de o consumidor (mesmo sendo vendedor do produto) descumprir a providência constante do contrato de adesão, de conferir a autenticidade da mensagem gerada pelo sistema eletrônico antes do envio do produto ao comprador, não exime da responsabilidade pela segurança do serviço o prestador de serviço de intermediação.

Na fundamentação de seu voto, a Relatora, Ministra Maria Isabel Gallotti retoma um dos argumentos da sentença, no sentido de que apesar de recomendar a conferência do pagamento no próprio sítio do Mercado Livre, este se vale de *mensagens eletrônicas muito semelhantes àquela recebida pelo autor, comunicando a venda ou a compra de itens levados ao leilão eletrônico*. Ou seja, o fato de o Mercado Livre utilizar e-mail para suas comunicações com os usuários acabou por lhe desfavorecer e justificar o erro do consumidor.

Ainda quanto ao aspecto da segurança dos mecanismos de identificação o acórdão proclama, em *obiter dicta*, que *a ausência de mecanismo de autenticação digital de mensagens, consentâneo com as exigências das modernas atividades empresariais que se desenvolvem no ambiente virtual, configura grave falha de segurança, que não deve ser imputada ou suportada pelo consumidor, mas pela empresa que assume o risco da atividade econômica*.

Outro fundamento do voto foi o paralelo traçado entre a atividade dos prestadores de serviços, como o Mercado Livre, e os bancos. Assim como as instituições bancárias, segundo a decisão, devem os prestadores de serviço do comércio eletrônico responder objetivamente pelos danos causados

14 § 3º *O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar: (...) II – a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.*

15 Recurso Especial n. 1.107.024, 4ª Turma, Relatora Ministra Maria Isabel Gallotti, julgamento em 1º-12-2011.

por fraudes ou delitos praticados por terceiros, no que se denomina "fortuito interno". Ou seja, assim como o banco responde pela abertura de conta corrente ou recebimento de empréstimos mediante fraude ou utilização de documentos falsos, os prestadores de serviço no âmbito do comércio eletrônico também devem responder pelos riscos implicados pela atividade que desempenham.

Pode-se criticar a decisão no que diz respeito ao paralelo traçado com o fortuito interno em virtude do qual os bancos têm respondido pelos danos causados nos casos de abertura de conta corrente por fraudador que apresenta documentos falsos. As hipóteses são totalmente distintas e não permitem comparação, muito menos analogia. É que o fraudador comparece ao banco fisicamente e apresenta documentos cuja falsidade não é percebida pelo funcionário da instituição financeira. E justamente aí, no erro de identificação e conferência dos documentos, localiza-se o nexo causal com o dano sofrido pelo cliente bancário. Portanto, no denominado "fortuito interno" há um ato praticado pelo banco, no qual um de seus funcionários comete um erro de identificação. Já nos casos em que o próprio fraudador envia mensagem eletrônica que aparenta ser oriunda do site de comércio eletrônico, este último em nada contribui para a ocorrência do dano, pois o e-mail parte de sistema que não é seu.

Assim, não há como deixar de considerar a decisão rigorosa para com os prestadores de serviços de intermediação de vendas no meio eletrônico e leilões virtuais. Primeiro porque, se forem pautar a sua conduta para o futuro, terão de evitar a utilização de ferramentas como o correio eletrônico na comunicação com os usuários de seus serviços, pois se assim não agirem estarão atraindo para a sua esfera de responsabilidade o risco de condenações em virtude de mensagens enviadas por fraudadores que criem endereços eletrônicos forjados. Note-se que, por outro lado, as *Diretrizes para as Relações de Consumo Estabelecidas no Comércio Eletrônico*, elaboradas pelo Ministério da Justiça do Brasil contêm como uma de suas recomendações a de que se deve assegurar ao consumidor, a *confirmação, pelo fornecedor, do recebimento do pedido sem atraso e por meios eletrônicos*¹⁶. Ou seja, de um lado o Poder Judiciário assenta que quem utiliza processos de confir-

16 Recurso Inominado n. 71003394285, 2ª Turma Recursal Cível, Relator Dr. Alexandre de Souza Costa Pacheco. No mesmo sentido o seguinte julgado: Recurso Inominado n. 71002981751, 3ª Turma Recursal Cível, Relator Dr. Eduardo Kraemer, julgado em 11-8-2011.

mação por e-mail assume o risco da eleição desse meio. E de outro lado, o Ministério da Justiça recomenda a adoção de processo de confirmação do recebimento de pedidos pelo meio eletrônico¹⁷.

A contradição é evidente, e a insegurança jurídica causa perplexidade.

Outro rigor da decisão se encontra em outra parte da motivação do acórdão, no sentido de que "a ausência de mecanismo de autenticação digital de mensagens, consentâneo com as exigências das modernas atividades empresariais que se desenvolvem no ambiente virtual, configura grave falha de segurança, que não deve ser imputada ou suportada pelo consumidor, mas pela empresa que assume o risco da atividade econômica".

A pergunta que deveria ser feita diante deste trecho da decisão é qual seria o mecanismo de autenticação digital de mensagens consentâneo com as exigências da modernidade. É certo que a lei não determina esse mecanismo, nem mesmo os requisitos que devem ser observados para que se alcance o nível de segurança exigido pelo Tribunal¹⁸.

Da mesma forma, são dignos de menção precedentes do Judiciário do Estado do Rio Grande do Sul que têm imputado responsabilidade ao site de compras e leilões virtuais Mercado Livre nos casos em que os usuários que lá realizam seus negócios sofrem algum tipo de prejuízo. No julgamento da Primeira Turma Recursal Cível dos Juizados Especiais, em 5-9-2012, o Mercado Livre foi condenado, por conta do "risco da atividade", a indenizar o vendedor de produtos que, enganado por um correio eletrônico remetido por fraudador, enviou seus produtos a este sem receber o pagamento. Nestes precedentes fica evidente a rigorosa interpretação que vem sendo feita pelas Turmas Recursais dos Juizados Especiais Cíveis do Rio Grande do Sul do dispositivo do Código Civil que trata da responsabilidade pelo risco criado pela atividade.

17 Interessante notar que até mesmo o próprio projeto de modernização do Código de Defesa do Consumidor (Projeto de Lei do Senado n. 281/2012), que inclui no CDC o art. 45-C, II, obriga o fornecedor a utilizar o meio eletrônico "para confirmar imediatamente o recebimento de comunicações, inclusive a manifestação de arrependimento e cancelamento do contrato (...)", bem como determina, no art. 45-D, que, "na contratação por meio eletrônico ou similar, o fornecedor deve enviar ao consumidor: I – confirmação imediata do recebimento da aceitação da oferta, inclusive em meio eletrônico".

18 Sem desconsiderar que ferramentas de identificação e atribuição de autoria e integridade de dados eletrônicos, como a assinatura digital, foram regrados no direito brasileiro, como se verá abaixo.

O dispositivo em questão é o parágrafo único do art. 927 do Código Civil¹⁹, que dispõe: *Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.* Desde a edição do Código Civil de 2002, doutrina e jurisprudência vêm se ocupando da melhor interpretação que deve ser dada à parte final do comando legal, tentando extrair o sentido mais razoável do que preencha o suporte fático da “atividade normalmente desenvolvida” que “por sua natureza” implica “risco para os direitos de outrem”.

Acerca da interpretação do parágrafo único do art. 927 do Código Civil TERESA ANCONA LOPEZ esclarece que o legislador tinha em mente apenas as atividades perigosas, ou seja, aquelas que pela sua natureza intrínseca impliquem risco para terceiros, como as atividades de transporte aéreo, marítimo e terrestre, as que utilizam armas, como as de segurança, as de emissões radioativas, além das relacionadas à fabricação de fogos, à pirotecnia e à venda de gás engarrafado²⁰.

A autora, com razão, adverte: “É preciso que a Doutrina e a Jurisprudência deem os limites para a responsabilidade pela atividade perigosa (nem ato, nem produto), pois tudo na vida apresenta risco e perigo e se começarmos a interpretar todas as atividades como perigosas acabaremos por colocar também os indivíduos respondendo pela teoria do risco, como, por exemplo, o dano provocado por um ciclista ou até de uma dona de casa empurrando o carrinho de supermercado...”²¹. Por fim, TERESA ANCONA LOPEZ arremata: “Penso que a interpretação extensiva do parágrafo único do art. 927 pode causar grandes prejuízos às empresas, além de ferir os princípios e valores constitucionais que fundamentam a ordem econômica (art. 170 da Constituição Federal), como a livre-iniciativa, a livre concorrência e a função social da propriedade que se reflete na função social dos contra-

tos. Não podemos nos esquecer que são fundamentos da República os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa”²².

Pode-se considerar acertado o posicionamento de TERESA ANCONA LOPEZ, uma vez que busca obter o significado razoável do dispositivo legal mencionado, levando também em conta valores constitucionais muitas vezes esquecidos, como o da livre-iniciativa. É de observar que disponibilizar uma plataforma de leilão virtual ou de ponto de encontro para que outras pessoas realizem seus negócios não pode ser encarado como atividade de risco, sob pena de amesquinamento e generalização excessiva da proteção legal.

Advirta-se que a concepção de que o parágrafo único do art. 927 do Código Civil não comporta interpretação extensiva é a que tem sido acolhida pela jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça. Cite-se o exemplo de grupo de casos julgado pela referida Corte em que se analisou a responsabilidade de provedores de conteúdo da Internet e de e-mail²³. Por todos, cite-se o Recurso Especial n. 1.300.161, julgado em 19-7-2012, em que se discutia se o provedor de e-mail deveria responder pelos danos causados a titular de conta que recebeu mensagens ofensivas de terceiro. A Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, sob a relatoria da Ministra Nancy Andrighi, rejeitou a atribuição de responsabilidade ao provedor de e-mail. Entre outros fundamentos do voto da relatora para a negativa da indenização, constou expressamente que no caso em questão não se podia falar em risco da atividade: “Tampouco se pode falar em risco da atividade como meio transversal para a responsabilização do provedor por danos decorrentes do conteúdo de mensagens enviadas por usuários”. Complementando, asseverou a julgadora: “Há de se ter cautela na interpretação do art. 927, parágrafo único, do CC/02”.

No mesmo sentido da linha decisória exposta, em caso não relacionado ao ambiente virtual, mas sim a acidente do trabalho, o Superior

19 O dispositivo em questão é similar ao art. 493^a, n. 2, do Código Civil Português, que determina: *quem causar danos a outrem no exercício de uma atividade, perigosa por sua própria natureza ou pela natureza dos meios utilizados, é obrigado a repará-los, exceto se mostrar que empregou todas as providências exigidas pelas circunstâncias com o fim de os prevenir.*

20 Principais Linhas da Responsabilidade Civil no Direito Brasileiro Contemporâneo, 2010, p. 683. In: ANTONIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO; HELENO TAVESIRA TÔRRES; PAULO CARBONNA (coord.). *Princípios do Novo Código Civil Brasileiro e Outras Temas: Homenagem a Tullio Ascarelli*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 667-711.

21 Idem, p. 685.

22 Ibidem, p. 685.

23 Recurso Especial n. 1.300.161, 3^a Turma, Relatora Ministra Nancy Andrighi, julgamento em 19-7-2012; Recurso Especial n. 1.107.024, 4^a Turma, Relatora Ministra Maria Isabel Gallotti, julgamento em 1^a-12-2011; Recurso Especial n. 1.192.208, 3^a Turma, Relatora Ministra Nancy Andrighi, julgamento em 12-6-2012; Recurso Especial n. 1.308.830, 3^a Turma, Relatora Ministra Nancy Andrighi, julgamento em 8-5-2012; Recurso Especial n. 1.306.066, 3^a Turma, Relator Ministro Sidnei Beneti, julgamento em 17-4-2012; Recurso Especial n. 1.186.616, 3^a Turma, Relatora Ministra Nancy Andrighi, julgamento em 23-8-2011.

Tribunal de Justiça decidiu que "a natureza da atividade é que irá determinar sua maior propensão à ocorrência de acidentes. O risco que dá margem à responsabilidade objetiva não é aquele habitual, inerente a qualquer atividade. Exige-se a exposição a um risco excepcional, próprio de atividades com elevado potencial ofensivo, como é o caso da fabricação e transporte de explosivos"²⁴. Ainda no Superior Tribunal de Justiça, em acórdão da relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, foi novamente reafirmada a concepção estrita dos "riscos da atividade" do parágrafo único do art. 927²⁵.

Dessa forma, conclui-se que não se podem considerar razoáveis os posicionamentos que consideram os serviços relativos à aproximação de compradores e vendedores no ambiente da Internet como aptos a satisfazer os requisitos do suporte fático da "atividade" que "por sua natureza implique risco", de que trata o parágrafo único do art. 927 do Código Civil. A interpretação mais adequada do dispositivo é a restritiva, no sentido de considerar como implicadoras de risco somente aquelas atividades que por sua natureza intrínseca tenham essa aptidão.

Para finalizar esta parte, há que se destacar que o Projeto de Lei n. 1.572, de 2011, para a edição de um novo Código Comercial no Brasil, trata da questão da responsabilidade dos sítios de aproximação entre compradores e vendedores, equilibrando mais os interesses dos envolvidos, na medida em que, em seu art. 111, basicamente exime de responsabilidade os desenvolvedores desses sítios com relação aos negócios realizados diretamente entre os negociantes²⁶.

24 Recurso Especial n. 1.067.738, 3ª Turma, Relatora p/ Acórdão Ministra Nancy Andrighi, julgamento em 26-5-2009.

25 Recurso Especial n. 1.154.737, 4ª Turma, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, julgamento em 21-10-2010.

26 O inteiro teor do artigo mencionado é o seguinte: Art. 111. No sítio destinado apenas a viabilizar a aproximação entre potenciais interessados na realização de negócios entre eles, o empresário que o mantém não responde pelos atos praticados por vendedores e compradores de produtos ou serviços por ele aproximados, mas deve: I - retirar do sítio as ofertas que lesem direito de propriedade intelectual alheio, nas vinte e quatro horas seguintes ao recebimento de notificação emitida por quem seja comprovadamente o seu titular; II - disponibilizar no sítio um procedimento de avaliação dos vendedores pelos compradores, acessível a qualquer pessoa; III - cumprir o artigo anterior relativamente à política de privacidade.

3. A LEGISLAÇÃO DE PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR E O COMÉRCIO ELETRÔNICO

A partir do próximo item, analisaremos a questão da legislação de defesa do consumidor, focando nossa atenção no projeto de lei que trata do aperfeiçoamento do Código de Defesa do Consumidor, especialmente no que diz respeito ao comércio eletrônico. Posteriormente, ainda nesta parte, abordaremos dois pontos importantes da iniciativa de modificação do Código de Defesa do Consumidor: o direito de arrependimento e as mensagens eletrônicas não solicitadas (o denominado *spam*).

3.1. O PROJETO DE LEI DE ALTERAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E O COMÉRCIO ELETRÔNICO

Ainda não vige no Brasil lei de proteção do consumidor específica para o comércio eletrônico²⁷. Como é sabido, em 11-9-1990 foi editada a Lei n. 8.078, que recebeu o nome de Código de Defesa do Consumidor (CDC). Em virtude do já mencionado crescimento das compras eletrônicas no âmbito das relações de consumo²⁸, foi designada, no ano de 2011, comissão especial de juristas encarregada de propor uma modernização do CDC. A Comissão, coordenada pelo Ministro do Superior Tribunal de Justiça Antônio Herman Benjamin, apresentou como resultado de seus trabalhos três propostas de alteração do CDC, que acabaram sendo formalizadas por meio de Projetos de Lei do Senado Federal (PLS). O primeiro desses projetos de lei, o PLS n. 281, de 2012, trata do Comércio Eletrônico²⁹.

Em sendo aprovado o PLS n. 281/2012, será acrescida ao CDC a Seção VII no Capítulo V, que trata das Práticas Comerciais. Esta Seção VII conterá o título "Do Comércio Eletrônico".

27 No que diz respeito às normas infralegais, entrou em vigor no Brasil o Decreto n. 7.962, de 15-3-2013, que regulamentou o Código de Defesa do Consumidor para dispor sobre a contratação no comércio eletrônico, abrangendo três aspectos básicos: 1) informações sobre produtos e serviços; 2) atendimento facilitado ao consumidor; 3) direito de arrependimento.

28 Ver a introdução deste trabalho.

29 Além do Projeto de Lei do Senado n. 281/2012, também foram apresentados na mesma ocasião os PLS n. 282/2012, que assegura prioridade e agilidade para as ações coletivas na Justiça, bem como o PLS n. 283/2012, que trata da questão do superendividamento, tendo em vista a alegada necessidade de regulamentar a concessão do denominado crédito responsável ao consumidor.

Primeiro, é acrescido o art. 45-A, com o intuito de determinar a finalidade da proteção ao consumidor no âmbito do Comércio Eletrônico, enunciando que as normas gerais que estabelece visam a fortalecer a confiança do consumidor "e assegurar tutela efetiva, com a diminuição da assimetria de informações, a preservação da segurança nas transações, a proteção da autodeterminação e da privacidade dos dados pessoais".

Após, são incluídos no CDC outros dispositivos, como o art. 45-B, que impõe ao fornecedor de produtos e serviços que utilizar o meio eletrônico a disponibilização de diversas informações ao consumidor³⁰, bem como o art. 45-C, que obriga o fornecedor a realizar diversos procedimentos e disponibilizar serviços³¹, e o art. 45-D, que determina que deva fazer certas comunicações ao usuário³².

A seguir, optamos por analisar o regramento proposto relativo às mensagens eletrônicas não solicitadas.

3.2. AS MENSAGENS ELETRÔNICAS NÃO SOLICITADAS ("SPAM")

O art. 45-E do PLS n. 281 aborda a questão das mensagens de correio eletrônico não solicitadas, a prática mundialmente conhecida por *spam*. Sobre este tema, o Superior Tribunal de Justiça, no ano de 2009, manifestou-se no sentido de manter a improcedência de ação de indenização por danos morais ajuizada em virtude do recebimento de mensagens eletrônicas não solicitadas³³. O relator originário do caso, Ministro Luís Felipe Salomão, ficou vencido com voto que reconhecia o dano moral em razão do *spam*, enquadrando a atividade como prática abusiva, a teor do art. 39, III,

do Código de Defesa do Consumidor³⁴, e como invasora da privacidade do indivíduo. Todavia, prevaleceu o entendimento majoritário da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, assentando que, apesar de se tratar de inegável incômodo, o envio de mensagens eletrônicas em massa – *spam* – por si só não é apto a fundamentar ação por dano moral, especialmente tendo em vista que a evolução tecnológica permite o bloqueio, o apagamento e a recusa de tais mensagens.

O regramento do PLS n. 281 sobre mensagens indesejadas parte do pressuposto de que é vedado o envio de mensagens eletrônicas sem solicitação do destinatário, sempre que este não possua relação de consumo anterior com o fornecedor e não tenha manifestado consentimento prévio em recebê-la³⁵. É consagrada, assim, como regra geral, a diretriz do *opt in*³⁶, de acordo com a qual o envio de mensagens eletrônicas só é permitido se o consumidor expressamente optar por recebê-las. Também não poderão ser enviadas mensagens eletrônicas aos destinatários inscritos em cadastro de bloqueio de oferta ou que tenham manifestado diretamente ao fornecedor a opção de não recebê-las.

Uma flexibilização ao sistema *opt in* está contido no § 1º do art. 45-E, segundo o qual, havendo prévia relação de consumo entre remetente e destinatário será admitido o envio de mensagem não solicitada, desde que o consumidor tenha tido oportunidade de recusá-la. Ou seja, na relação prévia o fornecedor deve informar o destinatário do seu intuito de lhe enviar mensagens eletrônicas, deixando clara a possibilidade da opção do não recebimento.

Quanto aos deveres de informação do fornecedor que envia mensagens não solicitadas, são estabelecidos o de informar: I – "o meio adequado, simplificado, seguro e eficaz" que permita ao destinatário recusar, sem ônus,

30 Informações como: o nome empresarial, endereço geográfico e eletrônico para que seja contactado e receba comunicações e notificações, preços totais dos produtos ou serviços, incluindo eventuais despesas como as de entrega e relativas a seguro, condições da oferta, modalidades de pagamento, características do produto ou do serviço, prazo de validade da oferta.

31 Como manter serviços de atendimento para receber comunicações e notificações, dispor de meios de segurança adequados e eficazes, bem como assegurar ao consumidor os meios técnicos adequados para permitir a identificação e erros na contratação.

32 Segundo o dispositivo, o fornecedor deve enviar confirmação imediata do recebimento da aceitação da oferta, inclusive pelo meio eletrônico, bem assim deve remeter-lhe via do contrato em suporte duradouro, que pode ser até mesmo eletrônico.

33 Recurso Especial n. 844.736, 4ª Turma, Relator p/ Acórdão Ministro Honildo Amaral de Mello (Desembargador convocado do TJAP), julgamento em 27-10-2009.

34 Cujo teor determina: "Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: (...) III – enviar ou entregar ao consumidor, sem solicitação prévia, qualquer produto, ou fornecer qualquer serviço".

35 Consoante determina o art. 45-E: "É vedado enviar mensagem eletrônica não solicitada a destinatário que: I – não possua relação de consumo anterior com o fornecedor e não tenha manifestado consentimento prévio em recebê-la; II – esteja inscrito em cadastro de bloqueio de oferta; ou III – tenha manifestado diretamente ao fornecedor a opção de não recebê-la".

36 Contraindo-se ao sistema *opt in* está o sistema *opt out*, segundo o qual o fornecedor, a princípio, poderá enviar mensagens não solicitadas ao destinatário. Após o recebimento da mensagem cabe ao próprio destinatário, "optar por estar fora" da lista de destinatários do fornecedor. A opção legislativa pelo sistema *opt in* é claramente mais favorável ao consumidor.

a qualquer momento, o envio de novas mensagens não solicitadas; II – “o modo como obteve os dados do consumidor”.

De acordo com a redação do § 4º do art. 45-E, na forma do PLS n. 281/2012, “entende-se por mensagem eletrônica não solicitada a relacionada a oferta ou publicidade de produto ou serviço e enviada por correio eletrônico ou similar”. Este dispositivo tem o intuito de evitar exageros, a fim de que não seja considerada *spam* mensagem com conteúdo que nada tenha que ver com publicidade ou oferta de produto ou serviço, como no caso de mensagens que alertem sobre eventuais fraudes de segurança ou sobre outras informações relevantes, por exemplo garantia de produto ou serviço e outras, havendo ou não relação anterior entre fornecedor e destinatário.

3.3. O DIREITO DE ARREPENDIMENTO

O PLS n. 281/2012 adota a expressão “contratação a distância” para se referir às transações concluídas fora do estabelecimento comercial e que geram ao consumidor o direito potestativo de arrependimento³⁷. Na redação originária do Código de Defesa do Consumidor, não há previsão expressa do direito de arrependimento para compras realizadas pela Internet, todavia a expressão “especialmente”³⁸ contida no dispositivo que regula o direito de arrependimento, ao enumerar as hipóteses de cabimento do direito de arrependimento, comporta a interpretação no sentido de considerar que as contratações por telefone ou a domicílio, tal qual expressas na lei, são meramente exemplificativas³⁹. O PLS n. 281/2012 acrescenta ainda a previsão

de extinção automática (rescisão, conforme o teor da redação do dispositivo) dos contratos acessórios de crédito, sem qualquer custo para o consumidor⁴⁰.

Ainda no que diz respeito a custos relacionados ao exercício do direito de arrependimento, o PLS n. 281/2012, mantém a redação do atual parágrafo único do art. 49 do Código de Defesa do Consumidor, que determina que os valores eventualmente pagos, a qualquer título, durante o prazo de reflexão, serão devolvidos, de imediato, monetariamente atualizados⁴¹. Há que se referir, neste contexto, a regulamentação da recente Diretiva Europeia 2011/83, relativa aos direitos dos consumidores, que atualizou o regime de arrependimento, das cláusulas abusivas, do crédito acessório ao consumo, da informação em geral e do comércio eletrônico⁴². De acordo com o art. 14º da Diretiva, n. 1, o consumidor suportará os custos de devolução dos bens, a menos que o fornecedor concorde em suportá-los ou não informe o consumidor de que este último terá de arcar com os custos.

No que tange às exceções relativas à aplicação do direito de arrependimento, o PLS n. 281/2012 perde a oportunidade de regular a questão dos programas de computador e dos produtos digitais de maneira geral, que deveriam ser excepcionados para a finalidade de não se permitir o direito de arrependimento. Isso porque a teleologia do direito de arrependimento

expressão “especialmente”, partiram do pressuposto da aplicação do direito de arrependimento nas compras realizadas pela Internet: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Apelação com Revisão n. 1.182.198-0/4, 3ª Câmara, Seção de Direito Privado, Relator Desembargador Sá Duarte, julgamento em 10-5-2010; caso relativo à compra de aparelho de telefone celular pela Internet; Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Apelação Cível n. 70049155534, 12ª Câmara Cível, Relatora Desembargadora Ana Lúcia Carvalho Pinto Vieira Rebout, julgamento em 16-8-2012; caso de compra de passagem aérea pela Internet.

40 Veja-se a redação do dispositivo em comento: “§ 4º Caso o consumidor exerça o direito de arrependimento, os contratos acessórios de crédito são automaticamente rescindidos, sem qualquer custo para o consumidor”.

41 De acordo com a proposta de alteração, o parágrafo único passa a ser § 1º, vindo, após este dispositivo, outros comandos legais.

42 Para texto integral e considerações acerca da Diretiva 2011/83, ver CLAUDIA LIMA MARQUES e LAURA SCHRYTEL MENDES, A NOVA Diretiva 2011/83 relativa aos direitos dos consumidores atualiza regime do arrependimento, das cláusulas abusivas, do crédito acessório ao consumo, da informação em geral e do comércio eletrônico, *Revista de Direito do Consumidor* n. 81/339-401. Entre outros aspectos, a Diretiva uniformizou o prazo para exercício do direito de arrependimento, fixando-o em 14 dias, conforme determina o art. 9º, n. 1.

37 É a seguinte a proposta de nova redação do *caput* do art. 49 do CDC: “O consumidor pode desistir da contratação a distância, no prazo de 7 dias a contar da aceitação da oferta ou do recebimento ou disponibilidade do produto ou serviço, o que ocorrer por último”. Quanto ao conceito de contratação a distância, o PLS n. 281/2012 acresce § 2º ao art. 49 do CDC, com o seguinte teor: “Por contratação a distância entende-se aquela efetivada fora do estabelecimento, ou sem a presença física simultânea do consumidor e fornecedor, especialmente em domicílio, por telefone, reembolso postal, por meio eletrônico ou similar”.

38 A redação originária e ainda vigente do dispositivo é a seguinte: “Art. 49. O consumidor pode desistir do contrato, no prazo de 7 dias a contar de sua assinatura ou do ato de recebimento do produto ou serviço, sempre que a contratação de fornecimento de produtos e serviços ocorrer fora do estabelecimento comercial, especialmente por telefone ou a domicílio”.

39 Como nos seguintes casos, em que, apesar de os julgadores não terem analisado a

busca a proteção do consumidor em virtude da surpresa (vendas a domicílio, por exemplo) ou a falta de contato prévio com o produto. Ocorre que no ambiente virtual, o consumidor é quem, via de regra, se dirige aos sites de comércio eletrônico para a aquisição de produtos. Além disso, os produtos digitais são experimentados pelo próprio meio eletrônico, inclusive com versões específicas de teste, não cabendo, dessa forma, a ideia da falta de contato com o produto.

RICARDO LORENZETTI chegou a afirmar que, “na ausência de norma expressa, defendemos que o direito de arrependimento deve ser considerado antifuncional nos casos de venda de bens digitais. Por esta razão, nestes casos a sua invocação deverá ser considerada abusiva”⁴³. FÁBIO ULIOA COELHO⁴⁴ assevera que não é cabível, por exemplo, falar em direito de arrependimento para as operações financeiras realizadas na Internet: “(...) não é apropriado estabelecer que qualquer ato de consumo praticado via *internet* poderia ser desfeito pelo consumidor arrependido, no prazo de 7 dias. Pense numa operação financeira qualquer, realizada por meio de *internet-banking*, como uma aplicação em fundo, transferência de numerário ou contratação de empréstimo. Não é razoável supor que 7 dias depois o consumidor pudesse unilateralmente desfazer a operação apenas porque se arrependeu do ato praticado”.

A Diretiva Europeia 2011/83 exclui expressamente a incidência do direito de arrependimento nos casos em que o “fornecimento de conteúdos digitais que não sejam fornecidos num suporte material, se a execução tiver início com o consentimento prévio e expresso do consumidor e o seu reconhecimento de que deste modo perde o direito de retratação”. Assim, para a Diretiva Europeia 2011/83, que deverá ser internalizada até 14-6-2014, conteúdos digitais como músicas e programas de computador que não sejam vendidos em suporte material escaparão do prazo de reflexão, desde que o consumidor consinta expressamente com a contratação e seja informado de que não dispõe deste direito.

Outra questão problemática no que diz respeito ao direito de arrependimento é a relacionada à venda de passagens aéreas pela Internet. Em julgamento de Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, tanto a sentença quanto o acórdão do Tribunal de

Justiça do Estado do Rio de Janeiro entenderam que o direito de arrependimento previsto no art. 49 do Código de Defesa do Consumidor não se aplica aos casos de compra de passagem aérea feita pela Internet. O fundamento das decisões centra-se no fato de que não há qualquer diferença entre a compra realizada em balcão de vendas de companhia aérea ou na Internet⁴⁵, pois nestes casos se cuida de serviço acerca do qual o consumidor tem todas as informações à sua disposição e não adquire a passagem aérea motivado por técnica agressiva de *marketing*. Ainda que se possa cogitar exemplo de *marketing* mais agressivo pela Internet, como o viabilizado por meio do *spam* ou até mesmo por *banners* situados em portais de notícias, há que se concordar com o posicionamento do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, pois via de regra a compra de passagens aéreas é uma aquisição refletida, cuja iniciativa parte exclusivamente do usuário, não sendo razoável que o Poder Judiciário aplique a figura do direito de arrependimento sem maiores perquirições, tendo em vista que a posterior mudança de planos após a compra de passagem é algo corriqueiro na rotina de quem viaja, incidindo, inclusive, muitas por cancelamento e alteração do bilhete aéreo. Assim, estaria aberto um flanco de desequilíbrio dos interesses das partes envolvidas, privilegiando-se em demasia os do consumidor em detrimento dos interesses do fornecedor⁴⁶.

45 Confira-se interessante trecho do voto da Desembargadora Relatora Maria Henriqueta Lobo: *A sentença (fls. 372/377) deu pela improcedência do pedido sob o fundamento de que seria inaplicável o art. 49 da Lei n. 8.078/90 porque o consumidor, no momento da compra da passagem aérea na modalidade à distância, teria perfeito conhecimento do que está sendo adquirido, da mesma forma que em um estabelecimento comercial, revelando-se lícita a cláusula que autoriza a retenção de percentual do valor do bilhete em caso de desistência por parte do consumidor. Não merece qualquer reparo a sentença recorrida. De fato, não há que se aplicar a toda e qualquer compra e venda realizada fora do estabelecimento comercial o prazo de reflexão ou de arrependimento previsto no art. 49 do Código de Defesa do Consumidor. A intenção do legislador, ao criar tal dispositivo, foi proteger o consumidor contra técnicas agressivas de marketing publicitário, aquisição irrefletida, ou ainda, desconhecimento quanto ao produto ou serviço a ser adquirido. Na hipótese de venda de passagem aérea por meio de telefone ou internet, entretanto, o consumidor tem acesso a todas as informações relativas ao serviço a ser contratado, como valor da passagem, horário do voo, data, serviço de bordo, conexão, etc., da mesma forma que teria se o mesmo se dirigisse pessoalmente ao estabelecimento comercial. Assim, não há que se falar em situação de vulnerabilidade do consumidor ou desequilíbrio na relação de consumo, a justificar a incidência do art. 49 da Lei n. 8.078/90, já que em nada difere a aquisição da passagem aérea no próprio estabelecimento comercial da aquisição fora dele (Apelação Cível n. 2008.001.33979, 7ª Câmara Cível, julgamento em 4-2-2009).*

46 Quanto à importância de se realizar também o equilíbrio dos interesses daqueles

43 É o que o autor defende, na obra *Comércio Eletrônico*; tradução de FAHIANO MENKE; com notas de CLAUDIA LIMA MARQUES. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 402.

44 Direitos do Consumidor no Comércio Eletrônico. *Revista da AASP*, n. 89, 2006.

Interessante foi o caso julgado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul⁴⁷, em que o autor da ação realizou compra de passagem aérea pela Internet com três dias de antecedência da viagem, e, invocando o art. 49 do Código de Defesa do Consumidor, desistiu da aquisição quando já se encontrava no aeroporto para embarcar no avião. Adotando solução que até pode ser considerada criativa, os julgadores decidiram que o direito de arrependimento seria aplicável à venda de passagens aéreas, mas não para surtir os efeitos que a literalidade do art. 49 do Código de Defesa do Consumidor prevê. O Tribunal fixou, então, que para a compra de passagens aéreas, os 7 dias do prazo de reflexão devem ser contados para trás, iniciando-se o seu cômputo a partir da data do embarque⁴⁸.

Todavia, há que se considerar que para evitar insegurança jurídica e o emprego de soluções casuísticas em casos em que milhares de pessoas podem defrontar-se com o mesmo problema, o melhor seria a previsão legal das exceções em que o direito de arrependimento não poderá ser exercido para compras realizadas pela Internet (e também pelo meio físico), como na hipótese da aquisição de passagens aéreas⁴⁹.

A partir do próximo item, analisaremos outra questão bastante problemática no ambiente virtual, qual seja a relativa à segurança das transações realizadas.

que integram as relações de consumo, atentar à lição de MARCEL LEONARDI: "Não se pode perder de vista que o direito de arrependimento não existe em um vazio, isolado de outros dispositivos, mas é parte integrante do Código de Defesa do Consumidor, que tem como princípios fundamentais a boa-fé objetiva do fornecedor e do consumidor e a harmonização dos interesses dos participantes da relação de consumo". Isso de acordo com o que dispõe o art. 4º, III, da Lei n. 8.078/1990. *Produtos e serviços digitais e direito de arrependimento*. Texto acessado em 5-10-2012. Disponível em: <http://leonardi.adv.br/2011/02/produtos-e-servicos-digitais-e-direito-de-arrependimento/>.

47 Apelação Cível n. 70049155534, 12ª Câmara Cível, Relatora Desembargadora Ana Lúcia Carvalho Pinto Vieira Rebout, julgamento em 16-8-2012.

48 Conforme o seguinte trecho do voto da relatora: "Neste caso, imperativo que se analise a questão com bom senso, permitindo-se o arrependimento (desistência) da compra da passagem aérea em até 7 dias antes da data do embarque, o que não prejudicará a companhia de aviação, que poderá gerir a desistência do assento vendido e renunciado".

49 Como se verifica, por exemplo, no direito alemão, onde o BGB prevê a exceção do direito de arrependimento para os contratos de transporte, no § 312b, item 3, alínea 6, após incorporação da Diretiva Europeia 1997/7. Da mesma forma, a Diretiva 2011/83, em seu art. 16, prevê extenso rol de exceções ao direito de arrependimento.

4. ASSINATURA ELETRÔNICA E SEGURANÇA DAS TRANSAÇÕES REALIZADAS NO COMÉRCIO ELETRÔNICO

Conforme observado na primeira parte deste trabalho, onde foi abordada a responsabilidade civil dos sites do comércio eletrônico no exemplo dos casos relacionados ao Mercado Livre, um dos pontos de frequente preocupação daqueles que pretendem fazer negócios no meio eletrônico é o relativo à segurança das transações. Mais precisamente, a desconfiança se refere à identidade da outra parte, ou seja, se quem está do outro lado é mesmo quem diz ser. Além desse aspecto, também traz insegurança a questão da integridade e da confidencialidade das informações e dos dados pessoais dos usuários que trafegam na rede.

Como regra geral, aqueles que vão disponibilizar serviços na Internet, por exemplo, a partir da criação de um site de comércio eletrônico, não estão obrigados a utilizar mecanismo específico para que os usuários comprovem a sua identidade e transmitam declarações de vontade. Essa é uma tendência dos ordenamentos jurídicos de grande parte dos países, no sentido de que, no mundo virtual, seja reproduzido o que já vigora na legislação que foi concebida para o paradigma do mundo físico: o princípio da liberdade de formas⁵⁰. Em outras palavras, assim como via de regra estabelecem os dispositivos legais concebidos para o mundo do papel, também não haverá forma solene para os atos praticados no meio eletrônico⁵¹.

50 No direito brasileiro, vem expresso no art. 107 do Código Civil, segundo o qual: *A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir*.

51 A forma especial – assim como se dá no mundo físico, como no exemplo da regra geral da obrigatoriedade de escritura pública para os negócios envolvendo a transferência de direitos reais que versem sobre valor acima de 30 salários mínimos (art. 108 do Código Civil) – poderá ser prevista pela legislação marginal que regula os mais diversos atos e negócios a serem celebrados pelo meio eletrônico. Tome-se como exemplo o processo eletrônico. Neste caso, a Lei 11.419, de 2006, determinou as formas possíveis para a prática de atos processuais eletrônicos, fixando que a assinatura digital baseada em certificado digital emitido por Autoridade Certificadora credenciada, na forma de lei específica, poderá ser utilizada (art. 1º, § 2º, III, *a*). Outro exemplo é o da Lei 11.977/2009, que dispôs, entre outras matérias, sobre a obrigação de os serviços de registros públicos instituírem o sistema de registro eletrônico (art. 37), sendo que os documentos eletrônicos apresentados aos serviços de registros públicos ou por eles expedidos deverão atender aos requisitos da ICP-Brasil (art. 38), o que significa que terão de ser assinados digitalmente com certificado digital obtido no âmbito desta infraestrutura.

Entretanto, ainda que não exista uma forma solene, obrigatória para as manifestações de vontade no meio eletrônico, aqueles que disponibilizam no mercado sites de comércio eletrônico e similares, optam por agregar um mínimo de segurança nessas plataformas, justamente em virtude do já examinado neste artigo: o fato de que poderão ser responsabilizados, seja em virtude de normas de proteção do consumidor, seja em razão de interpretações das normas civis que favoreçam os mais vulneráveis. Com base nessa realidade, e dependendo do negócio ou atividade viabilizada, o fornecedor poderá optar por instrumento de identificação dos usuários mais ou menos robusto no que toca à segurança. As escolhas geralmente se direcionam ao tradicional mecanismo de nome de identificação (*login*) e senha de acesso.

Ocorre que, como se sabe, as senhas apresentam suas vulnerabilidades, sendo a mais conhecida a de seu compartilhamento. Isso porque tanto o titular da senha quanto o seu interlocutor específico (por exemplo, um banco) necessitam compartilhar essa informação, para que o banco saiba que o cliente é quem diz ser e para que em sendo feita essa confirmação, o acesso a determinado sistema para realizar transações e obter informações lhe seja liberado.

Neste contexto, organizações internacionais e os Paramentos dos mais diversos países têm-se preocupado em regular as denominadas assinaturas digitais⁵². São conhecidas as iniciativas legislativas de diversas unidades federativas dos Estados Unidos da América, da UNCITRAL, da União Europeia e dos Estados que a integram, bem como de países como Argentina, Chile, Índia, Coreia do Sul e China⁵³. As assinaturas digitais, ao basearem-se na técnica da criptografia assimétrica, agregam maior segurança às transações eletrônicas, pois com ela não ocorre compartilhamento de chaves. Este aspecto é o mais fundamental, e é o que diferencia substancialmente as assi-

52 Sobre a nomenclatura assinatura digital, é preciso registrar que esta é espécie das denominadas assinaturas eletrônicas. A assinatura digital tem sido reconhecida como técnica de identificação, atribuição de autoria e integridade de documentos no meio eletrônico baseada na criptografia assimétrica. Assinatura eletrônica é a denominação utilizada, por exemplo, pela Diretiva 1999/93 da União Europeia, que trata do assunto em questão. A Lei Modelo de Assinaturas Eletrônicas da UNCITRAL (*United Nations Commission on International Trade Law*) também emprega a expressão "assinatura eletrônica", para a finalidade de garantir a denominada neutralidade tecnológica, evitando-se, dessa maneira, que se privilegie algum tipo de tecnologia em especial.

53 Os países e organizações internacionais citadas são meros exemplos.

naturas digitais das senhas. A partir dele pode-se falar em equiparação dos efeitos de uma assinatura baseada neste mecanismo a uma assinatura aposta de próprio punho, obtendo-se a denominada equivalência funcional⁵⁴.

Acompanhando este desenvolvimento, o Brasil editou a Medida Provisória n. 2.200-2⁵⁵, de 2001, por meio da qual foi criada a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira (ICP-Brasil), composta por uma Autoridade Gestora de Políticas, o Comitê Gestor da ICP-Brasil, uma Autoridade Certificadora Raiz⁵⁶, que é responsável por auditar e credenciar as Autoridades

54 Há que se referir como um dos documentos fundantes do reconhecimento da equivalência funcional a Lei Modelo de Comércio Eletrônico da UNCITRAL, do ano de 1996: *The Model Law thus relies on a new approach, sometimes referred to as the "functional equivalent approach", which is based on an analysis of the purposes and functions of the traditional paper-based requirement with a view to determining how those purposes or functions could be fulfilled through electronic-commerce techniques. For example, among the functions served by a paper document are the following: to provide that a document would be legible by all; to provide that a document would remain unaltered over time; to allow for the reproduction of a document so that each party would hold a copy of the same data; to allow for the authentication of data by means of a signature; and to provide that a document would be in a form acceptable to public authorities and courts. It should be noted that in respect of all of the above-mentioned functions of paper, electronic records can provide the same level of security as paper and, in most cases, a much higher degree of reliability and speed, especially with respect to the identification of the source and content of the data, provided that a number of technical and legal requirements are met. However, the adoption of the functional-equivalent approach should not result in imposing on users of electronic commerce more stringent standards of security (and the related costs) than in a paper-based environment.* p. 20, UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce with Guide to Enactment 1996. Disponível em: www.uncitral.org.

55 Apesar da nomenclatura "medida provisória", a Medida Provisória n. 2.200-2 vigora no Brasil indefinidamente, em virtude do previsto no art. 2º da EC n. 32/2001: *Art. 2º As medidas provisórias editadas em data anterior à da publicação desta emenda continuam em vigor até que medida provisória ulterior as revogue explicitamente ou até deliberação definitiva do Congresso Nacional.*

56 A função de Autoridade Certificadora Raiz, no âmbito da Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira, é desempenhada pelo Instituto Nacional de Tecnologia da Informação, autarquia federal vinculada à Casa Civil da Presidência da República. Destaque-se, assim, que no ápice do que se pode denominar cadeia de certificação encontra-se o poder público. Este modelo de Infraestrutura de Chaves Públicas adotado pelo Brasil foi inspirado na legislação alemã. Especialmente na *Signaturgesetz* de 1997, bem como na *Signaturgesetz* de 2001. Acerca da influência alemã na legislação brasileira sobre o assunto, ver o artigo, FABIANO MIENKE, Assinaturas digitais, certificados digitais, infraestrutura de chaves públicas brasileira e a ICP alemã, *Revista de Direito do Consumidor* n. 48, p. 132.

Certificadoras⁵⁷, que, juntamente com suas Autoridades de Registro, identificarão usuários para que estes utilizem assinaturas digitais como ferramenta de identificação no meio eletrônico.

A utilização desses procedimentos técnico-operacionais embasou a mencionada equiparação da assinatura digital à assinatura manuscrita, a partir do aproveitamento do art. 131 do Código Civil de 1916, hoje reproduzido integralmente no art. 219 do Código Civil de 2002⁵⁸. De acordo com o art. 10, § 1º, da Medida Provisória n. 2.200-2: *As declarações constantes dos documentos em forma eletrônica produzidos com a utilização de processo de certificação disponibilizado pela ICP-Brasil presumem-se verdadeiras em relação aos signatários, na forma do art. 131 da Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916 – Código Civil.*

Como já tivemos a oportunidade de registrar⁵⁹, tanto o art. 131 do Código Civil de 1916 como o art. 219 do Código Civil de 2002, ao preverem que serão consideradas verdadeiras em relação ao signatário as declarações assinadas, têm por finalidade atribuir uma presunção relativa⁶⁰ de autoria às mensagens assinadas de próprio punho.

Ao transpor este dispositivo para o meio eletrônico, a Medida Provisória n. 2.200-2 atribuiu presunção (também relativa) de autoria ao documento eletrônico assinado com certificado digital da ICP-Brasil⁶¹. Apesar

de a Medida Provisória n. 2.200-2 ter, em seu art. 1º, feito referência ao escopo de garantir “a validade jurídica” dos documentos em forma eletrônica⁶², esta “garantia da validade jurídica” significa primordialmente o intuito de afastar entendimentos que discriminem as manifestações de vontade exaradas pelo meio eletrônico, pelo simples fato de terem sido produzidas neste meio. É o reconhecimento do postulado que no âmbito da UNCITRAL leva a nomenclatura de princípio da não discriminação⁶³. A Medida Provisória n. 2.200-2 não pretendeu reservar para o seu regramento, ou para os mecanismos de atribuição de autoria que prevê, a exclusividade do atributo de validade. Em outras palavras, a Medida Provisória n. 2.200-2 não determina a observância compulsória dos requisitos da ICP-Brasil, sob pena de invalidade. A este ponto não chegou o texto legal.

Não há que se perder de vista, outrossim, o contido no § 2º do art. 10 da Medida Provisória n. 2.200-2, segundo o qual: *O disposto nesta Medida Provisória não obsta a utilização de outro meio de comprovação da autoria e integridade de documentos em forma eletrônica, inclusive os que utilizem certificados não emitidos pela ICP-Brasil, desde que admitido pelas partes como válido ou aceito pela pessoa a quem for oposto o documento.* Este dispositivo tem o intuito de flexibilizar a referida regra do § 1º, esclarecendo que as partes têm a liberdade de escolher outros meios de atribuição de autoria que não a assinatura digital ICP-Brasil⁶⁴.

57 A principal função das Autoridades Certificadoras é emitir certificados digitais para identificar os titulares das assinaturas digitais.

58 A redação do art. 219 do Código Civil é a seguinte: *As declarações constantes de documentos assinados presumem-se verdadeiras em relação aos signatários.*

59 FABIANO MENKE. *Assinatura Eletrônica no Direito Brasileiro*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 138-139.

60 As presunções relativas admitem prova em contrário, diferentemente das presunções absolutas. Acerca da presunção contida no art. 131 do Código Civil de 1916, ainda em 1918 EDUARDO ESPINOLA comentava: *O art. 131 do Código Civil fornece uma presunção, que pode ser afastada pela prova contrária. Toda vez que apresentar um documento assinado por alguém, é de presumir que as declarações ali feitas são verdadeiras, isto é, procedem do próprio signatário, que, destarte, lhes quis atribuir os efeitos conforme à sua natureza ou à índole do ato jurídico que teve em vista.* (Breves Anotações ao Código Civil Brasileiro. Salvador: Joaquim Ribeiro, 1918, v. 1, p. 417).

61 Há que se acrescentar à presunção de autoria a presunção de integridade da mensagem, ou seja, a de que o seu conteúdo não foi alterado. Esta presunção advém da combinação de dois fatores: 1) utilização da criptografia assimétrica, que proporciona a possibilidade de se tomar conhecimento acerca de eventual alteração do conteúdo do documento; e 2) confirmação positiva de que o documento efetivamente não foi alterado.

62 Dispositivo com a seguinte redação: *Fica instituída a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira – ICP-Brasil, para garantir a autenticidade, a integridade e a validade jurídica de documentos em forma eletrônica, das aplicações de suporte e das aplicações habilitadas que utilizem certificados digitais, bem como a realização de transações eletrônicas seguras.*

63 Com efeito, determina o art. 5º da Lei Modelo de Comércio Eletrônico da UNCITRAL: *Article 5. Legal recognition of data messages: Information shall not be denied legal effect, validity or enforceability solely on the grounds that it is in the form of a data message.* No guia para a incorporação da Lei Modelo, consta o seguinte comentário ao art. 5º: *Article 5 embodies the fundamental principle that data messages should not be discriminated against, i.e., that there should be no disparity of treatment between data messages and paper documents. It is intended to apply notwithstanding any statutory requirements for a writing or an original.*

64 Cabe registrar que a inspiração do referido dispositivo veio da legislação portuguesa, onde o art. 3º, item 4, do Decreto n. 290-D/1999, determina: *O disposto nos números anteriores não obsta a utilização de outro meio de comprovação da autoria e integridade de documentos eletrônicos, incluindo a assinatura eletrônica não conforme com os requisitos do presente diploma, desde que tal meio seja adoptado pelas partes ao abrigo de válida convenção sobre prova ou seja aceite pela pessoa a quem for oposto o documento.*

A Medida Provisória n. 2.200-2, portanto, não criou uma forma especial⁶⁵ obrigatória para o meio eletrônico. E mais, sua disciplina sobre forma e prova dos atos e negócios jurídicos se situa no âmbito do disciplinado no Código Civil, que determina, no já referido art. 107, que *A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir*. Não se verifica, portanto, no texto da Medida Provisória n. 2.200-2, a fixação da forma especial para os procedimentos de atribuição de autoria da ICP-Brasil.

Acrescente-se a isso a existência de outras regras, tanto do Código Civil quanto do Código de Processo Civil⁶⁶, que disciplinam a questão da prova e de sua valoração, e que estão em consonância com os princípios da liber-

dade de formas⁶⁷ e da livre apreciação das provas, como o art. 332 deste último diploma legal, que determina: *Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa*.

É que nem a Medida Provisória n. 2.200-2 nem a técnica que ela reconhece, a criptografia assimétrica, alteraram e jamais teriam a pretensão de alterar a disciplina do Código Civil relativa à possibilidade de invalidação das declarações de vontade viciadas por erro, dolo ou coação. É verdade que a utilização do meio eletrônico, de modo geral, pode dificultar ainda mais a já difícil comprovação dos vícios da vontade, tendo em vista que a manifestação da vontade por esta via, como regra geral, é realizada pelos contratantes de forma isolada, sem a presença de outras pessoas que poderiam figurar como testemunhas para comprovarem os vícios. RICARDO LORENZETTI chega a falar na denominada irrelevância dos estados subjetivos para o meio eletrônico⁶⁸. Mas não se pode chegar ao ponto de afirmar que não é mais possível fazer valer a tradicional dogmática dos defeitos dos atos e negócios jurídicos no meio eletrônico. E isso porque a vontade do declarante (livre de vícios), mesmo após a edição do Código Civil de 2002, continua ocupando um local de destaque na teoria do negócio jurídico, como bem assevera ANTÔNIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO, ao comentar a disciplina do erro⁶⁹: *É no capítulo do erro que mais intensamente se vê a influência da vontade sobre a declaração*. Ainda assim, registre-se que o Código Civil de 2002 afastou os exageros do subjetivismo do dispositivo que trata da interpretação das declarações de vontade⁷⁰.

65 Sobre o conceito de forma especial, ensina PONTES DE MIRANDA: *Diz-se forma especial a forma que o sistema jurídico exige para determinado ato, ou quando se trate de alguma pessoa ou coisa. Só a lei especializa*. (Tratado de Direito Privado. Campinas: Bookseller, 2003, t. III, p. 394).

66 A matéria da prova é localizada numa zona de fronteira no direito brasileiro, regulada tanto pelo Código Civil quanto pelo Código de Processo Civil. Conforme ensina CARO MÁRIO DA SILVA PEREIRA: *A prova é, na verdade, objeto de disciplina pela lei civil, como pela lei processual. O direito civil define os "meios de prova", enuncia os lineamentos do regime a que se submeterá a comprovação do fato jurídico, natural ou voluntário, e especialmente a declaração de vontade. O direito processual afirma os preceitos que presidem a apreciação da prova em Juízo e a técnica de trazê-la à consciência do julgador. Assim, não cabe ao processo, porém ao direito civil, determinar o requisito formal para a emissão de vontade visando a certo efeito, e via de consequência a condição legal de sua comprovação. Mas não compete ao direito civil, e sim ao processual, adotar ou rejeitar o princípio da liberdade do juiz para decidir segundo a sua convicção íntima, ex informata conscientia, ou segundo o que no correr do litígio for produzido pelos interessados, secundum allegatum et probatum iudex iudicare debet (com conhecimento de causa, o juiz deve julgar de acordo com o que foi alegado e provado)*. Instituições de Direito Civil: Introdução ao Direito Civil – Teoria Geral do Direito Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 503-504. Ainda sobre a questão da disciplina da prova tanto pelo Código Civil quanto pelo Código de Processo Civil, CLOVIS DO COURO E SILVA salienta que quando da edição do Código Civil de 1916 não havia Código de Processo Civil em vigor no Brasil, daí a necessidade de que um mínimo de segurança jurídica sobre a matéria fosse estabelecida pelo Código que estava sendo editado. Ver em Direito material e processual em tema de prova, *Revista de Processo* n. 13, p. 135. A problemática também não escapou da análise de PONTES DE MIRANDA, que defendeu a abordagem da matéria pelo Código Civil sob o fundamento de que o destinatário da prova não é apenas o juiz, uma vez que fora do processo as partes também precisam ser convencidas sobre a credibilidade das provas dos atos e negócios jurídicos que se lhe apresentam (ob. cit., nota de rodapé n. 10, p. 451). Para uma análise da questão, ver MUNKKA, F., *Die elektronische Signatur im deutschen und brasilianischen Recht: Eine Rechtsvergleichende Studie*. Baden-Baden: Nomos, 2009, p. 189-190.

67 Sobre o princípio da forma livre no direito brasileiro, MARIA HELENA DINIZ assevera: *De modo que vige em nosso direito a regra geral de que: qualquer que seja a forma, a emissão de vontade, em princípio, é dotada de poder criador, exceto quando a solenidade integra a substância do negócio* (Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil. São Paulo: Saraiva, 2011, v. 1, p. 541-542).

68 RICARDO L. LORENZETTI. *Comércio Eletrônico*. Tradução de Fabiano Menke. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 299.

69 A. J. DE AZEVEDO. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

70 Com efeito, o art. 112 do Código Civil apresenta a seguinte redação: *Art. 112. Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem*. A novidade, em comparação com o art. correspondente do Código Civil anterior, é a expressão "nelas consubstanciada", cujo escopo é tornar mais objetiva a valoração da declaração, afastando-se mais da teoria da vontade, com a consequente aproximação da teoria da declaração.

Relacionado a este assunto, já tivemos a oportunidade de registrar, ao comentar sobre o denominado não repúdio, e a possibilidade de impugnar documentos eletrônicos assinados digitalmente, mesmo com base em certificado da ICP-Brasil, que: *o não repúdio de origem é uma presunção relativa de que aquele que assinou digitalmente, a princípio, estará vinculado à declaração de vontade manifestada. Por ser uma presunção relativa ou juris tantum, é possível a prova em contrário. Por exemplo, o suposto autor da manifestação de vontade poderá provar que foi coagido a assinar determinado documento eletrônico, e, assim, fazer cessar a presunção de autoria. Todavia, tudo dependerá da análise do conjunto probatório, e se o caso chegar ao Poder Judiciário, o magistrado competente deverá investigar fatos como, se após cessada a coação, o coagido tomou as devidas cautelas para comunicar ao destinatário da mensagem sobre o ocorrido, a fim de paralisar eventual execução contratual (comunicando até mesmo a necessidade de revogação do certificado perante a autoridade certificadora). Enfim, existem infinitas possibilidades de combinação de fatos que deverão ser analisados com prudência e cuidado pelo juiz⁷¹.*

O diferencial da assinatura digital da ICP-Brasil, assim, não é atributo de uma pretensa validade exclusiva e absoluta para o meio eletrônico, mas sim de efeitos jurídico-probatórios diferenciados que o documento eletrônico comum não dispõe. Consoante o já observado: *Em decorrência, no direito brasileiro, via de regra, só terá os mesmos efeitos da assinatura manuscrita aquela assinatura digital aposta com base em certificado digital emitido por uma das autoridades certificadoras credenciadas pelo Instituto Nacional de Tecnologia da Informação, entidades que têm a obrigação de cumprir com todos os requisitos técnicos, administrativos, operacionais e jurídicos elencados nas normas da ICP-Brasil⁷².*

A questão se resolve, pois, no plano da eficácia e não da validade. Esses efeitos jurídico-probatórios diferenciados da ICP-Brasil agregam um maior poder de convencimento sobre a autoria e a integridade do documento eletrônico, portanto uma segurança jurídica muito mais robusta, ao dificultar sobremaneira (mas não impossibilitar de todo) as alegações de ausência de autoria.

Desse modo, seja valendo-se da Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira ou de outros mecanismos de atribuição de identificação, com

atribuição de autoria e integridade, pode-se considerar que os fornecedores encontrarão uma moldura jurídica no mínimo razoável para realizarem os seus negócios no que diz respeito às possibilidades de agregar segurança às transações eletrônicas sem que haja grandes obstáculos jurídicos quanto a este ponto.

5. CONCLUSÕES

(a) O Brasil, apesar de não ter colocado como uma de suas pautas principais a regulamentação do meio eletrônico, ainda assim, em alguns setores, restou por regram as atividades praticadas no ambiente virtual.

(b) No âmbito do comércio eletrônico, verifica-se uma atividade jurisprudencial considerável, além do desenvolvimento de trabalho considerável na elaboração de alguns projetos de lei.

(c) No que diz respeito à responsabilidade de provedores de comércio eletrônico, foi dado destaque ao caso dos intermediários de negócios realizados diretamente entre compradores e vendedores.

(d) Não se pode amesquinhar a responsabilidade pelos "riscos da atividade normalmente desenvolvida", de que trata o parágrafo único do art. 927 do Código Civil, lançando-se mão de interpretação extensiva do suporte fático em questão para abarcar inclusive a atuação de sítios de comércio eletrônico, como aqueles que aproximam interessados em negociar.

(e) Neste contexto, iniciativas como o Projeto de Lei n. 1.572, de 2011, que tem a finalidade de instituir um novo Código Comercial, trazem uma alternativa de regulamentação mais equilibrada, não responsabilizando a todo custo os fornecedores que apenas aproximam aqueles que desejam negociar.

(f) É criticável o paralelo entre o fortuito interno pelo qual respondem as instituições financeiras por danos causados a correntistas, com a ocorrência de fraudes perpetradas no âmbito de sítios como o Mercado Livre, uma vez que as hipóteses são totalmente distintas e não permitem comparação, muito menos analogia.

(g) É necessário evitar uma excessiva "consumerização" na análise dos fenômenos jurídicos a fim de que a proteção do consumidor seja reservada a quem dela efetivamente necessita e sem que sejam cometidos exageros que acabem onerando em demasia os fornecedores de produtos e serviços.

(h) Neste contexto, regramentos, como o do PLS n. 281/2012 sobre mensagens eletrônicas indesejadas (*spam*) e direito de arrependimento, podem ser considerados necessários.

71 FABIANO MENKE. *Assinatura Eletrônica no Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 141-142.

72 FABIANO MENKE. *Assinatura Eletrônica no Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 140-141. Os grifos apostos no destaque não estão no original da publicação.

(i) Todavia, há que se considerar que para evitar insegurança jurídica e o emprego de soluções casuísticas em casos em que milhares de pessoas podem defrontar-se com o mesmo problema, o melhor seria a previsão legal das exceções, em que o direito de arrependimento não poderá ser exercido para compras realizadas pela Internet, como na hipótese da aquisição de passagens aéreas.

(j) A utilização dos procedimentos técnico-operacionais previstos na Medida Provisória n. 2.200-2 embasou, no direito brasileiro, a mencionada equiparação da assinatura digital à assinatura manuscrita, para os efeitos do previsto no art. 219 do Código Civil.

(k) A assinatura digital aposta com base em certificado digital da ICP-Brasil goza de eficácia probatória diferenciada, com a agregação de presunção de autoria dos documentos eletrônicos.

(l) Ainda assim, não é o único meio de comprovação de autoria reconhecido pelo direito brasileiro para o meio virtual, podendo as partes optar por outros mecanismos que não os previstos na Medida Provisória n. 2.200-2 e que remetem à Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira, havendo, portanto, a necessária flexibilidade apta a permitir o desenvolvimento do comércio eletrônico.

REFERÊNCIAS

- AZEVEDO, A. J. de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- BORGES, Georg. *Verträge im elektronischen Geschäftsverkehr*. Munique: Beck, 2003.
- COELHO, Fábio Ulhoa. Direitos do Consumidor no Comércio Eletrônico. *Revista da AASP* n. 89, 2006.
- FOX, Dirk. *Elektronische Wahlgeräte*. *Datenschutz und Datensicherheit*. 2009. v. 2, p. 114.
- LEONARDI, Marcel. *Produtos e serviços digitais e direito de arrependimento*. Texto acessado em 5-10-2012. Disponível em: <<http://leonardi.adv.br/2011/02/produtos-e-servicos-digitais-e-direito-de-arrependimento/>>
- LOPEZ, Teresa Ancona. Principais Linhas da Responsabilidade Civil no Direito Brasileiro Contemporâneo. In: Junqueira de Azevedo, Antônio; Tôrres, Heleno Taveira; Carbone, Paolo (coord.). *Princípios do Novo Código Civil Brasileiro e Outros Temas: Homenagem a Tullio Ascarelli*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 667-711.

LORENZETTI, Ricardo Luiz. *Comércio Eletrônico*. Tradução de Fabiano Menke, com notas de Cláudia Lima Marques. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARQUES, Cláudia Lima; MENDES, Laura Schertel. A nova Diretiva 2011/83 relativa aos direitos dos consumidores atualiza regime do arrependimento, das cláusulas abusivas, do crédito acessório ao consumo, da informação em geral e do comércio eletrônico. *Revista de Direito do Consumidor* n. 81, p. 339-401.

MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002.

MENKE, Fabiano. Assinaturas digitais, certificados digitais, infraestrutura de chaves públicas brasileira e a ICP alemã. *Revista de Direito do Consumidor* n. 48, p. 132.

———. *Assinatura Eletrônica no Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

———. *Die elektronische Signatur im deutschen und brasilianischen Recht: Eine Rechtsvergleichende Studie*. Baden-Baden: Nomos, 2009.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Campinas, Bookseller, 2003. t. III.