

INTERMEDIACÃO NO COMÉRCIO ELETRÔNICO E OS CONTRATOS DE COMPRAS COLETIVAS: ADEQUAÇÃO AO SISTEMA POSITIVO BRASILEIRO

LA INTERMEDIACIÓN EN EL COMERCIO ELECTRÓNICO Y LOS CONTRATOS DE COMPRAS COLECTIVAS: ADECUACIÓN AL SISTEMA POSITIVO BRASILEÑO

Leonardo Melo Matos¹

Roberto Wagner Marquesi²

RESUMO

A Internet não é mais apenas uma ferramenta de pesquisa ou um meio de comunicação qualquer. O mundo hoje se encontra conectado, formando o que se chama “sociedade informacional” ou ainda “sociedade em rede”. No âmbito dos negócios jurídicos, muitos contratos são celebrados através da Internet mesmo diante de uma ausência de regulamentação em específico no ordenamento jurídico brasileiro. Uma das novas faces do denominado comércio eletrônico é justamente a intermediação, e hoje está em voga o contrato de compras coletivas, em face das vantagens que este negócio oferece ao consumidor como também ao fornecedor. O estudo propõe demonstrar que não é a rigor necessária a existência de uma regulamentação de tais contratos, pois os mesmos podem ser adequados à luz da teoria contratual pátria.

PALAVRAS-CHAVE: Contratos eletrônicos; comércio eletrônico; intermediação; compras coletivas

RESUMEN

El Internet ya no es sólo una herramienta de pesquisa o un medio de comunicación que sea. Hoy el mundo está conectado, formando lo que se denomina "sociedad de la información" o "sociedad de las redes". En el ámbito del negocio jurídico, muchos contratos se celebran por medio del Internet mismo delante de una ausencia de normas específicas en el ordenamiento jurídico brasileño. Una de las nuevas tendencias del llamado comercio electrónico es justamente la intermediación, y hoy está en destaque los contratos de compras colectivas, dadas las ventajas que ofrece este negocio al consumidor, así como el proveedor. El estudio pretende demostrar que no es estrictamente necesario disponer de una regulación de estos contratos, ya que pueden ser apropiados a la luz de la teoría contractual brasileña.

¹ Especialista em Direito Empresarial. Mestrando em Direito Negocial pela UEL.

² Doutor em Direito Civil pela USP, Largo São Francisco. Professor do Curso de Mestrado em Direito Negocial da UEL.

PALABRAS CLAVE: Contratos electrónicos; comercio electrónico; intermediación; compras colectivas

INTRODUÇÃO

Não restam dúvidas de que o Direito vive atualmente uma fase de reconfiguração de seus institutos e principiologia, que dão espaço à formulação de novas teorias. Tudo isso é possibilitado não apenas por conta da superação do positivismo jurídico e de sua aplicação de postulados típicos da razão teórica, como também por conta de uma sociedade que vem sofrendo constantes transformações típicas da globalização e da informática, levando à formação da sociedade em rede, nos dizeres de Manuel Castells (*in* CARDOSO e CASTELLS, 2005, p. 17).

A tendência do consumismo elevado ao patamar global tende a disseminar os contratos em massa, sobretudo no âmbito da Internet, que hoje ocupa significativa parte do comércio por conta da comodidade trazida ao consumidor, além de preços atrativos em face da desnecessidade de abertura de estabelecimentos físicos e filiais, centralizando toda a atividade em torno do website, com uma equipe de suporte para gerenciar os pedidos e dar suporte ao consumidor.

Nesse contexto, muito se fala sobre a necessidade da regulamentação do contrato eletrônico, sobretudo pensado na perspectiva do comércio eletrônico. A Internet, muito embora traga comodidade ao internauta, traz também riscos e é em torno desses riscos que se pretende regulamentar o consumidor eletrônico, para protegê-lo diante dessa situação de vulnerabilidade.

Uma das atividades que mais se destacaram na Internet foi precisamente a intermediação de negócios, uma espécie de classificados on line. Por meio da intermediação de negócios, um website oferece sua plataforma para que terceiros façam anúncios de produtos ou serviços sem a necessidade da criação de um website próprio. Desta forma, “democratizam” o comércio eletrônico, destinando-se sobretudo aos pequenos comerciantes eletrônicos, que não teriam espaço para competir com as grandes redes de comércio eletrônico. A atividade de intermediação de negócios na Internet não é regulamentada no Brasil.

De 2008 para cá, um dos negócios que mais vêm se destacando no âmbito do comércio eletrônico de intermediação é precisamente a denominada “compra coletiva”, pela qual um grupo de consumidores adquire uma oferta especial de algum comerciante “físico”

(isto é, não eletrônico), quase sempre ligado a ramos de prestação de serviços que não podem ser realizados por meio da Internet (tais como gêneros alimentícios, salões de estética, lavadores de automóveis, dentre outros), através de um website intermediário. Ocorre que tal atividade também não possui qualquer regulamentação, o que levanta os questionamentos sobre os direitos do consumidor dentro dessa nova perspectiva do comércio eletrônico.

Nesse sentido, o objetivo do estudo é apontar de que modo as ferramentas disponibilizadas pelo sistema positivado (tais como a teoria geral dos contratos e das obrigações) permitem não apenas a recepção e adequação do contrato eletrônico à luz do direito positivo, como também apontar critérios para eventuais regulamentações específicas neste campo, sempre tendo em vista a necessidade de compatibilização com a unidade sistemática do direito contratual brasileiro.

1 TEORIAS DO NEGÓCIO JURÍDICO: PRESSUPOSTOS PARA A ORDEM CONTRATUAL ELETRÔNICA

O Código Civil de 2002, ao adotar a teoria do negócio jurídico em sua parte geral, de certo modo reconfigura o direito privado, cujas bases estavam então assentadas na teoria do ato jurídico. Nesse sentido, pode-se então falar em uma ordem negocial a partir do Código Civil de 2002.

No que tange à formulação da teoria do negócio jurídico, diversos autores buscaram criar-lhe roupagem e definições. Um dos referenciais que podem ser adotados é o do jurista italiano Emílio Betti, a despeito de ter no campo da hermenêutica uma visão relativamente objetivista, o que, portanto, o afastaria da concepção hermenêutica de Gadamer, de nítida influência no Direito atual, inclusive no direito civil (SPAREMBERGER, 2003, p. 174-175).

Quando se trata do fato jurídico, Emílio Betti (2008, p. 23-24) aponta a existência de dois planos de faticidade: um primeiro plano, inferior, no qual se inserem os acontecimentos da vida, tenham eles algum grau de contributo ao Direito ou não, a que denomina de fatispécie quando são alcançados pela norma. Num plano superior se encontra propriamente o fato jurídico, que é aquele que não apenas interessam ao Direito, como é por este alcançado, extraíndo-se dele normas jurídicas.

Nesse sentido, portanto, não seria a lei que cria um fato jurídico. O enfoque é invertido: o fato jurídico é aquele a que o Direito atribui relevância jurídica (idem, 2008, p. 22).

Quando se fala em ato jurídico, distingue-se do mero fato jurídico, por haver no ato relevância da consciência e da vontade, havendo, portanto, conduta. A qualificação do ato

enquanto jurídico se dá em virtude de sua transposição ao plano superior dos fatos jurídicos, relevantes ao Direito.

Então se pode afirmar que o que o Direito estabelece não é senão uma adequação comportamental. Para que as pessoas obtenham a chancela de validade e a possibilidade de produção de efeitos em suas relações jurídicas, negociais ou não, devem amoldar ou adequar suas condutas, sob pena de não serem tuteladas oportunamente e os efeitos pretendidos lhes serem negados. (TOMASZEWSKI et al., 2011, p. 16)

A opção do legislador do Código Civil de 2002 foi de justamente mudar o foco da parte geral, deslocando-o do prisma do ato jurídico, para o prisma do negócio jurídico, atento à dinâmica que impunha a superação do paradigma individualista e privatista, além de uma redefinição das bases teóricas do novo Código.

No que tange ao negócio jurídico, não existe um caminho único percorrido pela doutrina, sendo que durante muito tempo se acreditou no primado da vontade, expresso no princípio da autonomia privada ou da vontade (havendo quem entenda serem expressões divergentes e quem entenda tratar-se apenas de uma questão de terminologia) em torno das quais se construíram as teorias subjetivistas do negócio jurídico.

De outro lado se formaram as teorias objetivistas, dentro das quais, se extrai a teoria preceptiva adotada por Emílio Betti. Em sua visão, aquilo a que se denomina negócio jurídico antecede ao Direito, razão pela qual o que assegura o negócio jurídico é a vinculação existente entre os sujeitos do negócio, criando preceitos, para os quais serão trazidos a ordem jurídica. É dizer, a ordem jurídica age num momento posterior ao negócio e não antecipadamente, bem como se acredita no negócio jurídico enquanto ato criador de preceito (AZEVEDO, A.J., 2002, p.11).

De origem latina, negócio se trata de uma palavra composta (*negotium*), formada pela raiz *otium* (ócio), acrescida de prefixo de negação *neg*, de modo que seria uma espécie de “não ócio”, justamente por pressupor a atuação de uma conduta. Nesse sentido, Ráo (1999, p. 40) aponta que os romanos usavam a palavra *negotium* para designar ato produtor de efeitos jurídicos.

Contudo, de acordo com Pontes de Miranda (1954, p. 4), o sentido dado ao “*negotium*” pelos romanos não era o mesmo a que hoje se atribui a negócio jurídico:

Para os juristas romanos, *negotium* era mais do que o elemento essencial que há nos negócios jurídicos segundo o conceito estrito e preciso de hoje [...] A palavra *negotium* não corresponde exatamente “negócio jurídico”. No direito pretório, era de *gestum* que se falava. Deve-se a Ritter Hugo a criação da expressão “*Rechtsgeschäft*”, negócio jurídico, e o Código Civil saxônio (§ 88) foi o primeiro a defini-lo.

O negócio jurídico nasce da própria necessidade de os indivíduos no âmbito privado terem acesso a bens, serviços, comodidades, sendo sua forma mais rudimentar a permuta. Deste modo, o negócio jurídico existe mesmo sem a existência de um sistema jurídico, como em uma sociedade tribal, de modo que o negócio é antecedido ao alcance do Direito, na visão de Betti (2008, p. 74).

Betti (2008, p. 88) trabalha com o negócio jurídico em 3 perspectivas: 1) quanto à forma, existe uma declaração (intencionalidade) e um comportamento (conduta), de modo que só faz sentido a existência da vontade, se houver uma declaração e um comportamento; 2) quanto ao conteúdo, segundo o qual o negócio jurídico é um “preceito de autonomia privada” apto a constituir efeitos; e por fim 3) quanto à causa, que é a relevância para o plano do fato social, à qual corresponde a pergunta “por que existe o negócio?”.

Desse modo, Betti não acredita no conceito de que o negócio jurídico é a manifestação de vontade destinada a produzir efeitos jurídicos, ou ao menos que esse deve ser o prisma a se analisar o negócio jurídico, mas defende precisamente que a sua essência:

está na autonomia, no auto-regulamento de interesses nas relações privadas, como fato social: auto-regulamento, portanto, que o particular não deve limitar-se a desejar, a ‘querer’, na esfera interna da consciência, mas antes a preparar, ou seja, realizar objetivamente. Com o negócio, o indivíduo não se limita a declarar que quer alguma coisa, mas declara, para outros, o objeto do seu querer: e deve ser um regulamento vinculativo, o que ele estabelece no seu interesse, para as relações com os outros. Com o negócio, ele não pode limitar-se a manifestar um estado de espírito, um modo de ser do querer, que teria uma importância psicológica puramente individual; mas deve apontar um critério de conduta, estabelecer uma relação de valor normativo. (idem, 2008, p. 91-92)

Portanto, é o modo como atua a vontade numa estrutura de fato social que é o objeto relevante do estudo do negócio jurídico, e não a mera emissão de vontade livre para a criação de efeitos jurídicos. E, considerando que o negócio jurídico é gerador de preceitos e na visão de Betti antecede ao Direito, segundo Santi Romano somente pode vir a ser classificado ato negocial aquele em que existe a auto-regulamentação (RÁO, 1999, p. 48).

A autonomia privada seria, assim, antes de tudo, um fato social, e por meio dela inúmeras outras situações vinculariam os indivíduos, sem qualquer necessidade de tutela por parte do direito. Segundo os que endossam o pensamento de Betti (e são muitos os que comungam com tal ponto de vista), o negócio conteria um preceito obrigatório - dotado de eficácia legitimante dentro do plano social, antes que reflita no campo do direito. (ABREU FILHO, 1997, p.40)

Como ressaltado por Francisco Amaral (2006, p. 379-380):

Para a teoria preceptiva de Betti, o negócio jurídico é meio dinâmico de realização de interesses privados, dotado de tanto significado que deve sair da concepção tradicional de mero fato psicológico para ser considerado importante fato social, instrumento da autonomia privada. Seu conteúdo forma-se de regras que o direito considera e que se constituem em preceitos dirigidos aos participantes da relação

jurídica. O negócio jurídico não é, então, simples manifestação da vontade subjetiva, mas dispositivo com que o particular disciplina suas próprias relações.

Portanto, na concepção de Betti, o que o ordenamento jurídico faz em face da fatispécie transformada em suporte fático do negócio jurídico é apenas uma adequação. É dizer, o negócio tem um caráter dinâmico de auto-regulamentação pelo qual o indivíduo não se resume a uma declaração de vontade interior, como vinha sendo o enfoque dos estudos. A fatispécie é assim, o suporte fático.

Pontes de Miranda, a seu turno, distinguia o *negotium* do negócio jurídico:

De antemão, excluamos a confusão entre o negócio jurídico e suporte fático (*negotium*) do negócio jurídico. Negócio jurídico é classe dos fatos jurídicos; e não de suportes fáticos. Negócio jurídico já é o suporte fático, o *negotium*, após a entrada dêsse no mundo jurídico. Se o negócio jurídico fôsse o suporte fático, que o enche, não seria possível falar-se de negócio jurídico nulo, anulável, rescindível, resolúvel, resilível, denunciável. Suportes fáticos não podem ser nulos, nem anuláveis, nem rescindíveis, nem resolúveis, nem resilíveis, nem denunciáveis. (MIRANDA, P., 1954, p. 3-4).

Uma vez que a moderna construção teórica do direito privado possui suas bases em torno do negócio jurídico (VENOSA, 2005, p. 365), a depender do referencial teórico a ser adotado, a relevância do estudo se dá em torno do caminho percorrido entre a vontade interna e a sua externalização, através da declaração e conduta. Portanto, manter-se o foco sobre a vontade ou a declaração parece não fazer sentido, pois o negócio existe, porque possui caráter dinâmico, sendo que o caminho percorrido entre a vontade e externalização que deve ser o objeto de estudo, daí a preponderância do papel da conduta, dentro do direito obrigacional moderno, bem como a formulação de uma teoria processual de contrato, no sentido de que o contrato é um processo resultante do encontro de vontades para a celebração de um negócio jurídico.

Uma vez que a teoria objetivista à qual se filia Betti não tem o seu foco na declaração de vontade, mas na relevância do negócio enquanto gerador de preceitos e o papel da conduta nesse contexto, pode-se dizer que o caminho entre a vontade e a declaração é aberto à interpretação:

Não se prende à vontade exclusivamente como pura elaboração cerebrina, emprestando-lhe efeitos ainda que permaneça sepultada no psiquismo do agente, sem atingir o mundo exterior. Mas não imprime realce absoluto à exteriorização dela, porque não se contenta com a literalidade do instrumento. [...] por entender que, se relevante é a vontade do agente (intenção), esta necessita de um veículo de comunicação que leva ao mundo exterior (declaração), e, desta sorte orienta o intérprete, para que, em todo ato negocial, cuja hermenêutica é procurada, investigue o seu conteúdo através da linguagem que o contém. (PEREIRA, 1986, p. 146/147)

Assim sendo, tendo em vista esse contexto, o Código Civil de 2002 elege a teoria do negócio jurídico como teoria geral, de modo que passa a ganhar relevância em todos os

aspectos do direito privado o papel da vontade e da conduta, o que faz a principiologia da relação negocial ser estendida aos demais ramos do direito privado, não negociais em sua essência (como o direito de família ou ainda a responsabilidade civil extracontratual, de que é melhor exemplo o disposto no artigo 185 do Código Civil).

Muito embora não tenha o Código Civil adotado especificamente uma teoria de negócio jurídico, na sua aplicação prática, por conta da própria construção hermenêutica atual, bem como ao que vem produzindo a doutrina do Direito nesse sentido, o caminho trilhado parece ser o do negócio jurídico enquanto centro do Código Civil numa perspectiva que parece se compatibilizar com uma teoria preceptiva.

Com efeito, pode-se assim dizer que existe no Código Civil uma nova ordem negocial, na qual o negócio jurídico é fonte de Direito, no que parece se aproximar a uma tendência preceptiva (AZEVEDO, A.J., 2002, p. 12), porém aberta a uma leitura hermenêutica em face de sua inserção num sistema codificado aberto, que admite o papel da interpretação.

2 CONTRATOS CELEBRADOS VIA INTERNET: ASPECTOS GERAIS

No que tange aos negócios jurídicos celebrados via internet, deve-se manifestar em primeiro lugar uma certa resistência à tese da “virtualidade”. Em verdade, não existe negócio jurídico virtual, porque a Internet não é realidade virtual, se entendermos por virtualidade, como sendo um plano que escapa à materialidade.

A Internet é composta por uma rede de computadores ligados entre si a nível mundial, por meio de estruturas de comunicação (backbones), de modo que o que existe na Internet é um fluxo de dados que corre por meio de cabos e pode ser transmitido via rádio ou sinais (“wi-fi”). A Internet sem fio, por exemplo, pressupõe a necessidade de cabeamento até o local em que a provedora transmite o sinal. O cabo no caso faz a ligação com o backbone, que por sua vez se liga com os computadores que transmitem os dados (como os servidores de website).

Assim sendo, o fluxo de dados aparentemente é imaterial e corre em um plano não palpável, a que se pode denominar de plano “virtual”. Entretanto, por trás do plano “virtual” há computadores físicos ligados em rede, localizados de forma definida geograficamente.

Em segundo lugar, é de notar que a celebração de contratos via internet surge antes de que o sistema jurídico autorize a sua celebração ou considere como válida tal forma de contratação. Desse modo, o fato de não haver regulamento autorizando e considerando a

validade de tais negócios, adotando-se entendimento alinhado à teoria preceptiva, não há dúvida de que tais negócios jurídicos são válidos, pois surgem da própria decorrência da dinâmica do *negotium*.

Não apenas tais negócios surgem como novidade no âmbito do Direito nos últimos anos, como também os novos contratos ligados às áreas do Biodireito ou da Bioética. Não há dúvida de que negócios celebrados via Internet são válidos, razão por que são considerados negócios jurídicos.

Não apenas os negócios celebrados via Internet nascem como algo novo, como também já o foram anteriormente os contratos celebrados via telefone ou via comunicação de fax. O que se tem são contratos celebrados em meios telemáticos. Telefone, internet e fax são apenas o meio pelo qual os dados – e a vontade – se transmitem.

Por essa razão, em sede de teoria do negócio jurídico, parece ser mais adequada à realidade das novas formas de contratação surgidas nos últimos anos a adoção da teoria preceptiva, pois pouco importa o meio ou a existência de regulamentação em específico, o negócio existe e o ordenamento faz apenas a adequação.

No âmbito da assunção de uma teoria em Direito Civil mais ligada ao papel da conduta, ganham relevância os denominados “conceitos jurídicos indeterminados”, “cláusulas gerais” e institutos como “função social”. Todos esses conceitos são imprecisos – e assim o pretendem ser – para que na prática da dinâmica social, partindo de um mínimo de pressuposto em comum, forme-se a adequada significação no caso concreto. Ganha relevância nesse sentido, a hermenêutica.

Paulo Nalin (2006, p. 59-60), por sua vez, desconfia da efetividade deste novo Direito, citando que há toda uma cultura jurídica a se mudar, pois de nada adianta a pretensão da adoção de um Direito que valorize a boa-fé e a atuação dos agentes, se se mantiver uma mentalidade arcaica, ligada à antiga ordem jurídica positivista.

É difícil dizer se as cláusulas gerais são uma modalidade de conceito jurídico indeterminado ou se são um instituto baseado neste ou ainda se não possui relação alguma com o conceito jurídico indeterminado. Isso porque há uma dificuldade em identificar de modo claro o que seja cada um desses institutos.

Portanto, adotando-se uma visão mais pragmática e para não fugir ao objeto do presente estudo, parte-se diretamente para a análise, sem se debruçar sobre a conceituação. O maior exemplo de cláusula geral no Código Civil de 2002 é o princípio da boa-fé positivado no artigo 422. A fé se insere na relação de confiança existente entre duas partes que celebram

uma obrigação. A obrigação é uma relação de confiança, de lealdade, retidão (GUERRERO, 2011, p. 592).

A confiança, que é proteção e postulado ético para além de construir pressuposto de toda e qualquer ordem jurídica que se queira como tal, atuando como verdadeiro cimento da convivência coletiva, é também uma necessidade desta mesma ordem, necessidade que só tende a crescer à medida em que as relações se tornam distantes e impessoalizadas. Por isso mesmo não é a confiança traduzida meramente em objetos ideais, abstratos ou absolutos. Como bem cultural que é, dotado de existência necessária à ordem jurídico-social, a confiança é dotada de caráter de realizabilidade típico dos fenômenos culturais. (MARTINS-COSTA, 2003, p. 27)

Uma vez em que em toda obrigação bilateral cada qual é credor e devedor em um pólo (ex: na compra a venda, o que vende a coisa, é devedor da entrega da coisa e credor do recebimento do valor, ao passo que o que compra é credor da entrega da coisa e devedor do valor), tem-se que de cada posição jurídica existe, inerentemente, obrigações acessórias que não precisam estar positivadas ou dispostas no instrumento contratual se existente. Estas obrigações são chamadas de “deveres anexos de conduta”.

Daquele que negocia um determinado objeto contratual, se espera uma situação de honestidade e lisura (em síntese, probidade). Se for uma coisa a ser vendida ou alugada, se espera que esteja em condições de servir àquele que lhe adquirirá; que seja de propriedade daquele que vende; que não esteja em discussão judicial; que não contenha um vício; que enfim, se preste àquilo a que se destinava.

Essa relação de confiança não precisa estar positivada no contrato. É pressuposto. Espera-se isso, caso contrário o contrato não se formaria. Tem-se fé, uma boa-fé, por parte do sujeito em relação ao outro tanto em relação às suas próprias intenções (subjéctiva), quanto relativa ao objeto negocial (objéctiva).

Os conceitos jurídicos indeterminados, cláusulas gerais e os papéis da conduta, além de surgirem da própria idéia do negócio jurídico, como visto anteriormente, são também a pedra de toque do moderno direito obrigacional, que pode se caracterizar como sendo um direito eminentemente balizador de condutas, substancializado na boa-fé objéctiva.

A boa-fé referida no art. 422 do Código é a boa-fé objéctiva, que é característica das relações obrigacionais. Ela não se qualifica por um estado de consciência do agente de estar comportando de acordo com o Direito, como ocorre com a boa-fé subjéctiva. A boa-fé objéctiva não diz respeito ao estado mental subjéctivo do agente, mas sim ao comportamento em determinada relação jurídica de cooperação. O seu conteúdo consiste em um padrão de conduta, variando as suas exigências de acordo com o tipo de relação existente entre as partes. (PEREIRA, 2012, p. 18)

Em relação aos denominados *standards* e a boa-fé objéctiva, Cláudia Lima Marques (1999, p. 106) assim discorre:

Inicialmente é necessário afirmar que a boa-fé objetiva um standard, um parâmetro objetivo, geral, que não está a depender da má-fé subjetiva do fornecedor A ou B, mas de um patamar geral de atuação, do homem médio, do bom pai de família que agiria de maneira normal e razoável naquela situação analisada.

Assim que António Menezes Cordeiro (1986, p. 120) designa a boa-fé como a “convicção da atuação correta”, o que se pode dizer ser o mesmo que já dizia Anselmo de Cantuária no século XI, ao usar o termo “retidão de vontade” para designar o conceito de justiça.

Ausente essa boa-fé existirá uma violação contratual por parte do sujeito. De que cláusula? Se não existe uma no contrato, a cláusula geral da boa-fé, que nela se encontra inerente. Neste sentido, o enunciado número 24 do Conselho de Justiça Federal aprovado na I Jornada de Direito Civil prevê que a violação dos deveres anexos de conduta (aqueles ligados sobretudo à boa-fé objetiva, a conduta do sujeito em relação ao objeto contratual) é causa de inadimplemento contratual, independente de culpa, o que sem dúvida é causa de rescisão contratual.

É, portanto, em torno da conduta que se agregam os princípios da boa-fé objetiva e deveres de conduta, que são elevados no contrato à condição de “cláusulas gerais”. Assim, a mera declaração de vontade é relativizada, assim como a própria vontade em si mesma, vez que o ordenamento jurídico, criando um dirigismo contratual, atua sobre o negócio jurídico.

Surgem deveres de proteção e outros deveres acessórios de prestação que integram a relação obrigacional e consubstanciam o trânsito de deveres. Sob esse enfoque é que se diz ser a relação obrigacional uma relação de trânsito, de tráfico: trânsito de deveres, de parte a parte; tráfico de posturas que devem ser respeitadas e cumpridas. (GUERRERO, 2011, p. 617).

O direito obrigacional adquire, assim, um caráter procedimental, se aproximando nesse aspecto com uma tendência legislativa que parece ser a tônica na era da globalização. A norma obrigacional cria um padrão de conduta para os contraentes, dirigindo, portanto, a sua autonomia privada, corrigindo desvios e equilibrando o contrato. Nesse sentido ainda Guerrero (*idem*, p. 619):

A análise da obrigação enquanto processo considera a sua totalidade, a totalidade dos atos que compõe a cadeia que gera a satisfação do credor e preservam os interesses do devedor. É a abordagem de obrigação como um todo, que reconhece a existência de deveres principais e secundários (ou anexos, ou, ainda, instrumentais) que constituem o mecanismo da obrigação, sem caracterizar, diretamente, elemento da obrigação, de modo que o vínculo obrigacional passa a ser visto não apenas sob a ótica polarizada que atribui garantia patrimonial, mas é tido como ‘uma ordem de cooperação, formadora de uma unidade que não se esgota na soma dos elementos que a compõem. Dentro dessa ordem de cooperação, credor e devedor não ocupam mais posições antagônicas, dialéticas e polêmicas’.

Nesse sentido, ainda, Paulo Nalin (2006, p. 193):

Das variantes descritas pela doutrina italiana sobre o tema da cooperação, dentre as quais se destaca uma interessante, que atribui, à nova posição do credor, um ônus jurídico, ou mesmo, a configuração de um poder-dever, diante do que, conclui Felze pela existência de um dever de cooperação imposto àquele sujeito contratante.

Assim sendo:

Quando se fala em deveres de lealdade e confiança recíprocas, costuma-se denominá-los deveres anexos gerais de uma relação contratual. Isso porque lealdade nada mais é do que fidelidade aos compromissos assumidos, com respeito aos princípios e regras que norteiam a honra e a probidade. (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2009, p. 71)

Nesse aspecto, se diz que o direito obrigacional contemporâneo é um direito de cooperação, instrumental e no qual a conduta adquire o papel de maior relevância como critério na resolução do conflito no caso concreto, quando então o Juiz fará o uso e manejo dos conceitos jurídicos indeterminados e das cláusulas gerais para dar-lhe concretude e significação.

3 RECONFIGURAÇÃO DA TEORIA CONTRATUAL NA ERA DA INTERNET

Como bem ressalta Paulo Neves Soto (*in* RAMOS, C., et. al., 2002, p. 251): “A grande revolução do Direito Contratual não surgiu de novas normas, mas sim de uma nova perspectiva, ao contrário do que concluiu a crítica da doutrina civil mais tradicional, não diminuiu a esfera da liberdade privada e sim a qualificou.”

No contexto da sociedade em rede e da massificação das relações negociais, parecem cada vez mais prevalecer os contratos de adesão, tratando-se de um claro fenômeno decorrente da organização social e econômica da sociedade contemporânea.

Essa massificação dos contratos de adesão conduz ao desuso dos contratos paritários, entendidos estes como os contratos tradicionais, em que se encontram perfeitamente notáveis todas as etapas da formação contratual, inclusive as tratativas, com ampla possibilidade de negociação.

Evidentemente que os contratos paritários jamais deixarão de existir e são ainda muito presentes no dia-a-dia, como por exemplo na realidade do campo com a negociação de vendas de semoventes, na realidade urbana na venda de automóveis, imóveis, aluguel, dentre outros. Entretanto, como ressalta Venosa, hoje o contrato paritário ocupa uma parcela muito pequena do grande mundo negocial:

Como se pode perceber, a atual dinâmica social relega a plano secundário esse contrato. Cada vez mais raramente se contrata com uma pessoa física. A pessoa

jurídica, a empresa, os grandes detentores do capital, enfim, e o próprio Estado são os que fornecem os bens e serviços para o consumidor final. Os contratos são negócios de massa. O mesmo contrato, com as mesmas cláusulas, é imposto a um número indeterminado de pessoas que necessitam de certos bens ou serviços. Não há outra solução para a economia de massa e a sociedade de consumo. (VENOSA, 1997, p. 19)

Venosa (*idem*, p. 20) acredita que o contrato e não mais a propriedade passa a ser o elemento essencial do mundo negocial. Isso porque antes o objetivo essencial do contrato era a aquisição da propriedade (sobre bens imóveis, sobre coisas), ao passo que hoje os contratos parecem cada vez mais serem conduzidos à remuneração para a prestação de serviços.

Ora, na negociação existente na Internet, sobretudo no campo do comércio eletrônico, parece haver pouco ou quase nenhum espaço à negociação, sendo que a imensa maioria dos contratos celebrados é de adesão, embora haja claro espaço aberto aos contratos paritários.

Tudo isso, aliado ao contexto da adoção de uma nova teoria do negócio jurídico e de um direito obrigacional “processual”, leva a uma redefinição da compreensão do contrato na contemporaneidade, de modo a se rejeitar a vinculação do contrato normatizador de obrigações privadas estabelecidas no seu instrumento contratual escrito.

Essa relativização contratual (isto é, de seu instrumento escrito) evidentemente não significa ignorar o texto escrito do contrato, mas decorre de uma necessidade de adequação à conduta das partes, mormente no momento do pré-contrato, de modo a evitar-se que um apeguismo à letra conduza a uma situação de injustiça contratual. Trata-se, enfim, de dar valorização não ao contrato enquanto documento escrito, mas enquanto suporte da materialização de uma manifestação de vontades. Ou seja, a análise do contrato enquanto um encontro de vontades para a assunção de obrigações entre as partes, sendo as obrigações de origem negocial e não legal.

Nesse sentido, deve-se ter em mente o contrato não enquanto um instrumento escrito que reduz o encontro das vontades formas de cláusulas contratuais escritas, mas como justamente todo o processo de celebração de negócios por meio de constituição de obrigações recíprocas, podendo ser ou não reduzidas a um instrumento escrito, o qual pode ser reproduzido em qualquer meio juridicamente válido, a que se denomina “documento”.

Deste modo, quando se pensa na perspectiva da Internet, a qual serve de amplo espaço para a massificação dos negócios e do contrato, o documento ao invés de se constituir enquanto papel, se constitui em documento eletrônico, reproduzido numa linguagem de computador.

Trata-se de uma adaptação do que se entende por documento, tal qual ocorrera em momento anterior quando da celebração de contratos através de telefone, em que a gravação da ligação acaba assumindo o papel de documento.

Se existe documento nos contratos celebrados via Internet, evidentemente existe também a assinatura. Num contrato celebrado via telefone, a adesão da vontade é manifestada pela resposta positiva à aceitação da oferta por parte do aderente. Quando se pensa nos contratos celebrados via Internet, a adesão se manifesta através do uso de uma assinatura eletrônica.

A assinatura eletrônica pode ser pura e simplesmente a mera utilização de um cadastro que exige a informação obrigatória de números de documentos oficiais do aderente, como ainda pode se utilizar de uma palavra-chave (senha) ou ainda na sua forma mais moderna e segura, a utilização da certificação digital. Evidentemente que quanto mais seguro for o sistema do website, maior segurança o negócio terá.

Segundo Miguel Reale, em seu artigo “O novo Código Civil e seus críticos” (2002, n.p.):

De mais a mais, não vejo por que a Internet implica em alterar o Código Civil, pois os negócios jurídicos concluídos por intermédio dela não deixam de ser negócios jurídicos regidos pelas normas do Código Civil, inclusive no que se refere aos contratos de adesão. A Internet atua apenas como novo meio e instrumento de intercâmbio e acordo de vontades, não interferindo na substância das disposições legais quanto aos direitos e deveres dos contratantes.

É dizer: se a teoria que embasa a ordem negocial e contratual permite a recepção de novos tipos contratuais, deve-se, na medida do possível, adequá-los a esta realidade, reservando-se eventuais regramentos específicos apenas diante de aspectos pontuais eminentemente necessários para a adequação à realidade técnica por trás de tais “novas” espécies contratuais.

Nesse contexto, a utilização e o manejo das cláusulas gerais é um elemento essencial na recepção de novos tipos contratuais ou novas roupagens de contratos já tipificados no sistema, a exemplo do que ocorre com os contratos eletrônicos.

Assim sendo, a celebração de negócios jurídicos via Internet acaba sendo um desdobramento natural de uma tendência de massificação dos contratos que já vinha sendo observada de uns tempos para cá, com a utilização cada vez maior de contratos de adesão, mormente de consumo.

Com efeito, a Internet é o campo fértil que faltava para uma completa e definitiva expansão dos negócios jurídicos em massa. Ao alcance de um computador e um clique é

possível aderir a uma infinidade de contratos cuja proposta está veiculada na rede mundial através de um website.

Inicialmente chegou-se a considerar que os contratos celebrados via Internet fossem uma tal novidade no Direito, que exigiria uma regulamentação específica, sendo que inicialmente até mesmo cogitou-se se haveria compatibilidade de tais contratos com a ordem contratual (do Código Civil de 1916).

Evidentemente, a doutrina concluiu pela validade de tais contratos, focando-se nas dificuldades frente aos novos problemas surgidos, bem como sobre a validade do documento eletrônico e meios de prova nos contratos celebrados via Internet, discussão que continua atual.

Em relação a essas dificuldades, Roberto Senise Lisboa (2005, p. 80) acredita que as dificuldades apresentadas pelos contratos eletrônicos dizem respeito a: quando ocorre a formação do contrato; qual a legislação aplicável (tendo prevalecido a do proponente em caso de contratos internacionais); e como proteger a propriedade intelectual ou industrial nesse contexto.

Num segundo momento, os contratos eletrônicos são encarados não como um novo tipo contratual ou algo absolutamente novo ao Direito e diante disso, se propõe se deve haver uma atividade de adequação à ordem contratual positiva ou se deve haver uma regulamentação em específico.

Segundo Maria Helena Diniz (2005, p. 673): “O conteúdo do contrato eletrônico em nada difere do de um contrato comum, produzindo os mesmos efeitos.”, de modo que basta adaptar os contratos celebrados via Internet à realidade negocial já positivada no Código Civil, bem como adaptar institutos ligados à formação contratual ou à internacionalidade dos contratos.

Se os contratos celebrados via Internet já podiam ser perfeitamente recepcionados pelo Código Civil de 1916, sequer se cogita acerca de sua recepção ou não pelo Código Civil de 2002, uma vez que ele adota a teoria do negócio jurídico, bem como uma técnica legislativa aberta, que permite a recepção de novos institutos à luz de uma teoria geral, de modo que não apenas os contratos celebrados via Internet são perfeitamente recepcionados, como também os novos contratos ligados à área da Biotecnologia, Biodireito, dentre outros.

Assim, sentencia Maria Helena Diniz (*idem*, p. 660): “Não vislumbramos em nosso Código Civil qualquer vedação legal à formação do contrato via eletrônica, salvo nas hipóteses legais em que se requer forma solene para a validade e eficácia negocial.”

Mas o que se pode considerar, afinal, por contrato eletrônico? O contrato eletrônico é o negócio jurídico no qual uma das etapas da relação contratual se passa por meio da Internet, podendo ser parcialmente eletrônico (quando, por exemplo, somente a proposta e adesão se dá via Internet e a execução fora da Internet) ou totalmente eletrônico (no qual todas as etapas se realizam por meio da Internet).

Não se trata, portanto, de um tipo contratual, mas um meio de celebração contratual. Nesse sentido, quanto à tipicidade ou atipicidade dos contratos celebrados via Internet, tal discussão não prospera, uma vez que a Internet se apresenta apenas como meio de celebração de contratos, e não uma nova espécie contratual.

Trata-se de contratos em geral de prestação de serviços ou de compra-e-venda (comércio eletrônico), com as particularidades de se utilizarem da Internet em alguma das suas etapas contratuais (ora menos, ora mais ou até mesmo todas as etapas via Internet). Não é possível visualizar uma atipicidade, mas apenas e tão-somente uma nova roupagem de tipos contratuais já existentes.

Deve-se ressaltar que se compreendem no presente estudo os contratos eletrônicos celebrados via Internet. Ocorre que esta expressão, como adverte Glanz, é vaga, pois pode abranger outros contratos celebrados em redes de comunicação:

Mas há outros contratos eletrônicos, em que não há venda, como os negócios bancários e outras modalidades, como a compra por débito bancário. Há também jogos eletrônicos, a dinheiro, como o caso dos cassinos, em que os pagamentos são feitos por cartão de crédito. (GLANZ, 2011, p. 277)

Assim também Patrícia Peck Pinheiro (2010, p. 107):

O comércio por via eletrônica já é muito antigo. Nesse sentido, é até pouco apropriado definir o comércio por operação via Internet como Comércio Eletrônico, que é uma terminologia mais abrangente – inclui meios eletrônicos como um todo como fax, machine-machine, etc. Mas, para fins didáticos, vamos utilizar o termo Comércio Eletrônico para definir as operações comerciais via Internet.

Cláudia Lima Marques, por sua vez, compreende que os contratos eletrônicos (pensados na perspectiva, sobretudo, do âmbito das relações consumeristas), abrangeria inclusive os contratos propostos via televisão:

O chamado “comércio eletrônico” é realizado através de contratações a distância, por meios eletrônicos (e-mail etc.), por internet (on-line) ou por meios de telecomunicações de massa (telemarketing, TV, TV a cabo, etc.), é um fenômeno plúrimo, multifacetado e complexo, nacional e internacional, em que há realmente certa “desumanização do contrato” (disumanizzazione del contratto). [...] (MARQUES, 2006, p. 672).

Aponta-se também a nomenclatura “contratos telemáticos” ou “por meio telemáticos” para definir os contratos celebrados via Internet:

Mais apropriada seria a denominação “contratos por meios telemáticos”, já que, em primeiro lugar, deixa claro não tratar de um tipo diferente de contrato, mas simplesmente do emprego na formação dos contratos de uma nova técnica de comunicação. (ROCHA, 2008, p. 93)

Newton de Lucca, de sua vez, prefere denominar contrato informático o que tem por objeto bens ou serviços ligados à área da computação (contratação de software, programação, aquisição de hardware, manutenção) e prefere chamar os contratos celebrados via rede de “contratos telemáticos”: “Contrato telemático, por sua vez, é o negócio jurídico bilateral que tem o computador e uma rede de comunicação como suportes básicos para sua celebração.” (LUCCA, 2003, p. 33)

Não existe uma essência que identifique de modo próprio os contratos celebrados via Internet. A mesma natureza de tais contratos está presente nos contratos celebrados via telefone ou via redes particulares, como os contratos bancários: “As transações de comércio eletrônico não diferem das feitas por outros meios de comunicação remota como o telefone ou o fax.” (PINHEIRO, 2010, p. 107).

Entretanto, tem prevalecido a nomenclatura “contratos eletrônicos”, que é inclusive a utilizada pela UNCITRAL, que emprega a expressão “contrato eletrônico”, embora dentro da perspectiva apenas do comércio eletrônico.

Nesse sentido ainda Lawand (2003, p. 37):

Deveras, a essência do contrato não passou por transformações radicais nessa inédita esfera do mundo digital. Prossegue a manifestação das vontades dos agentes envolvidos, quer fixando cláusulas, quer aceitando a oferta do polícitante. Assevera Newton de Lucca que ‘não deixa de ser curioso observar-se que esses negócios na Internet são e estarão sendo celebrados em virtude de um tradicional instrumento jurídico denominado contrato. Nada de novo haveria, pois – não fosse a forma desse contrato que, no mundo digital passa por profunda transformação --, se continuássemos a pensar com a tradicional forma de documentação inteiramente calcada sobre o papel.

No que diz respeito aos contratos eletrônicos e qual o regime jurídico a ser aplicado (civil ou consumerista), é preciso analisar efetivamente a natureza do contrato celebrado. Nesse sentido é de utilidade a classificação dos contratos eletrônicos em B2B (Business to Business), B2C (Business to Consumer) e C2C (Consumer to Consumer), classificação que parece ser tendência, trazida, dentre outros, por Newton de Lucca (2003, p. 5), assim como a denominação “contratos eletrônicos”.

Em se tratando de contratos B2B, celebrados no âmbito de duas empresas com nítido caráter de contrato intermediário para a consecução dos fins empresariais, deve-se aplicar inevitavelmente a legislação civil com as observações e pertinências das legislações empresariais. É difícil verificar os contratos empresariais no âmbito da Internet, pois quase

todos parecem ser contratos típicos para serem prestados fora da Internet. Um exemplo possível é uma franquia que cujo início de tratativa pode se iniciar na Internet ou ainda um contrato de revenda de hospedagem de website.

Em se tratando, por sua vez, de contratos B2C, deve-se analisar de forma efetiva a existência da relação de fornecedor e consumidor, dentro da perspectiva do Código de Defesa do Consumidor. É dizer: havendo um sujeito que realize atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços de forma regular e habitual, pouco importando sua regularidade jurídica (constituição de empresa), há fornecedor e do outro pólo o consumidor.

Assim sendo, plenamente aplicáveis as normas do Código de Defesa do Consumidor. Nessa categoria se insere a imensa maioria dos contratos celebrados na Internet: o comércio eletrônico. Quanto a alguns contratos, como o webhosting, registro de domínio, é preciso analisar de forma mais atenta, o que será feito em momento oportuno. Por fim, em se tratando de contratos C2C por evidente aplicáveis as normas tradicionais do Direito Civil.

Fazendo-se a aplicação da teoria geral dos contratos aos contratos celebrados via Internet, a única observação que merece ser feita diz respeito à formação contratual e ao foro do contrato internacional.

No que diz respeito à formação, deve-se atentar quanto à ausência ou presença. Em geral a doutrina considera os contratos eletrônicos como sendo celebrados entre pessoas ausentes, contudo, o diploma civilista, no que tange aos contratos entre ausentes, foi feito pensando-se na perspectiva do contrato epistolar (celebrado entre troca de cartas ou mala direta).

Nesse sentido a adoção do Código Civil em regra da teoria da agnição-expedição, de modo que o contrato se reputa formado quando é expedida a adesão. Ocorre que em se tratando de contratos celebrados via Internet, merece observação o fato de que o artigo 428, I do Código Civil considera o telefone como meio de celebração entre presentes: “Considera-se também presente a pessoa que contrata por telefone ou por meio de comunicação semelhante.”

Por comunicação semelhante pode-se perfeitamente entender a Internet. Ocorre que o conceito levado em conta no Código Civil diz respeito à instantaneidade de comunicação, sendo certo que numa contratação por telefone a comunicação entre as partes é instantânea (razão pela qual é entre presentes), sendo que na Internet a comunicação pode ser instantânea (como numa contratação via chat ou VOIP) ou não (como um website que veicula uma oferta ou uma proposta por e-mail). Somente no segundo caso temos contratos entre ausentes e

nesses casos, a aplicação da teoria da agnição-expedição não parece ser adequada, pois pode haver falha na comunicação (erro no script utilizado pelo website ou problemas no provedor de envio ou recepção), razão pela qual possível solução é o uso da teoria da agnição-recepção, considerando quando há o domínio material da aceitação da oferta ao contratante, o que em se tratando de Internet é facilmente comprovável, através de telas de confirmação de envio. Eis, portanto, uma possível exceção para acrescer-se ao artigo 434 do Código Civil.

Quanto à legislação aplicável ao contrato internacional, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro considera a lei do local em que se deva constituir a obrigação, sendo considerado como o lugar em que reside o proponente (Art. 9º). Num comércio eletrônico internacional de um proponente residente fora do Brasil, portanto, a legislação aplicável será a legislação estrangeira.

4 A INTERMEDIACÃO NO COMÉRCIO ELETRÔNICO: CARACTERIZAÇÃO

Não se pode reduzir o universo dos contratos eletrônicos ao comércio eletrônico. Com efeito, há uma série de outros contratos celebrados via Internet que não são comércio eletrônico, tais como o webhosting (hospedagem de website). Inevitável, porém, reconhecer que a maior parte dos contratos eletrônicos é de comércio eletrônico.

O comércio eletrônico é o fornecimento de produtos ou serviços através da Internet, principalmente por meio de website. O fornecedor pode ser tanto uma empresa regularizada ou não, como ocorre comumente em sites de intermediação de vendas, como o Mercado Livre, em que o comércio informal (pessoas físicas vendendo de forma habitual em relação de consumo) é muito comum.

A informalidade é apenas uma das dificuldades do comércio eletrônico. Nesse sentido, Rogério Montai de Lima (2009, p. 40-41), citando Tatiana Correa, elenca as principais dificuldades do comércio eletrônico: falta de criação de contato pessoal entre o consumidor e fornecedor; maior dificuldade para apurar a idoneidade e honestidade do produto ou serviço; ausência de certeza da prestação contratual de uma ou de outra parte será cumprido; maior dificuldade para descobrir o endereço e a idoneidade real do fornecedor que pode se ocultar através de um endereço eletrônico para praticar atos lesivos como o estelionato; maior dificuldade de se provar o negócio jurídico firmado por um clique no mouse sem qualquer contrato assinado.

Dentre as características do comércio eletrônico Juan Jose Obando (2000, n.p.) aponta 6 características: 1) as operações se realizam pela via eletrônica ou digital; 2) que se

prescinde do lugar onde se encontram as partes (fim das fronteiras geográficas); 3) ausência de registros em papel comprovando as operações; 4) que a importação dos bens não passam pela aduana no caso de produtos online; 5) redução dos intermediários, de modo que a aquisição dos produtos pode ser feita diretamente ao primeiro fornecedor; 6) efetivação mais rápida das transações.

O website de comércio é designado por um domínio com nome. Esse domínio com o nome é o que se apresenta como website (ex: submarino.com.br). Significativa parcela da doutrina considera esse website como sendo um estabelecimento virtual, o que levanta muitas dúvidas. Seria necessário verificar o que se entende por estabelecimento para dizer se há estabelecimento virtual. Essa discussão, entretanto, foge ao presente estudo.

Cumprido ressaltar, contudo, que inicialmente a doutrina levou a questão do estabelecimento virtual ao ponto de considerar a venda realizada no website como sendo venda dentro do estabelecimento, e portanto, inaplicável o direito de arrependimento conferido no Código de Defesa do Consumidor. Cláudia Lima Marques e outros doutrinadores inicialmente concordavam com esse entendimento (LUCCA, 2003, p. 112).

Entretanto, esse não é mais o posicionamento atual (MARQUES, 2006, p. 672), pois a proteção almejada no Código de Defesa do Consumidor não foi de levar em conta o sentido literal da venda dentro ou fora do estabelecimento, mas sim o fato de a venda ser realizada fora do âmbito do local identificável da empresa, em que o consumidor poderia ter contato com o produto, verificar amostra, testar e enfim, assim verificar se o produto lhe é agradável e útil.

Dentro do universo do comércio eletrônico, além do fornecimento de produtos diretamente por varejistas com website próprio e organização empresarial própria (os websites tradicionais, tais como Americanas.com, Shoptime, Submarino, dentre outros), ganharam espaço os sites intermediários de vendas.

O intermediário é um website que cria uma estrutura que permite que terceiros realizem no espaço respectivo anúncio de produtos abertos à adesão para os demais usuários cadastrados. Trata-se, enfim, de uma forma moderna de classificados, não havendo que se confundir com a atividade de leilão. Isso porque muito embora tais sites até se utilizem de um mecanismo denominado “leilão virtual”, esse leilão virtual é apenas uma venda (pregão) que admite lances. Contudo, o website apenas fornece o script necessário para a oferta de lances, sendo que não atesta a qualidade do produto nem mantém o mesmo em seu depósito. Portanto, a venda é de usuário a usuário.

Neste contexto se insere a atividade do site de intermediação no comércio eletrônico, cujo escopo consiste em maximizar o aproveitamento econômico desse novo canal de comercialização proporcionado pela internet. Na promoção desse empreendimento, são desenvolvidos processos de intermediação, direcionados à atração, em larga escala, de todo o tipo de vendedores e potenciais compradores, estimulando a prática de negócios jurídicos on line. (ROCHA, 2010, p. 86)

O exemplo internacional mais conhecido de site intermediário é o Ebay e no caso do Brasil os antigos “Arremate” e “Ibazar”, que hoje foram sucedidos pelo Mercado Livre (ligado ao grupo Ebay). Estes sites fornecem a sua plataforma para que os usuários possam anunciar produtos sem precisar abrir um website próprio. Para isso cobram taxas de comissão e de anúncio e fornecem o script necessário para que os adquirentes possam entrar em contato com os anunciantes.

Os contratos de comércio eletrônico celebrado no âmbito dos intermediários podem ser considerados contratos de consumo? A resposta não pode ser absolutamente positiva, sob pena de descaracterizar a unidade sistemática do diploma civilista e consumerista. A resposta dependerá do caso concreto.

Se o contrato for celebrado por quem vende um produto de forma ocasional (sendo comum até mesmo a venda de produtos usados e colecionáveis), sem se utilizar da comercialização de forma habitual como forma de sustento econômico, a natureza será civil, sendo um contrato C2C.

De outro lado, se o contrato for celebrado por quem vende de forma habitual, profissional, com intuito lucrativo, constituindo-se enquanto atividade, haverá indubitavelmente a natureza consumerista, sendo o contrato B2C, ainda que o fornecedor não seja regularizado.

Os sites de intermediação de compras “democratizaram” os negócios na Internet, facilitando a vida para que um usuário doméstico, sem qualquer pretensão de comércio, possa vender e comprar produtos usados, coleções, itens raros, desfazer de algum produto que não lhe preste mais e que acaba guardando apenas por não ter o que fazer com o produto.

Conforme observado por Cláudia Lima Marques, fornecedores e servidores observaram que a www serve muito bem para plataforma e ofertas vindas de diversos consumidores que, em lances organizados, observam, visualizam e mesmo se divertem nesse tipo de compra. Em vez de criar um site próprio e se empenhar para torná-lo conhecido por compradores em potencial, pode o interessado ao oferecer bens ou serviços na internet valer-se da reputação de um site já consolidado no mercado, que tende a aparentar maior credibilidade nesse novo ambiente. (ROCHA, 2010, p. 90)

Os intermediários de comércio eletrônico oferecem a estrutura de seu site para o anúncio por terceiros, sendo que a identificação imediata do consumidor é precisamente com

o website. O website, deste modo, é o que dá credibilidade ao negócio, por conta de suas políticas de comércio, como a exigência de cadastramento para o anúncio, obrigatoriedade de o anunciante fornecer e-mail e telefone, além de ser o site e não o comerciante, quem administra o sistema de adesão (o momento em que o usuário compra o produto ou contrata o serviço).

Por conta disso, em face de um moderno direito obrigacional pautado nos valores da boa-fé objetiva e no papel da conduta, é fundamental que o website mantenha um dever de conduta de verificação da idoneidade dos anunciantes que se valem de sua plataforma. Isso porque a atividade da intermediação é precisamente o fim do empresário proprietário do website, que é remunerado por meio de comissão e por meio de anúncios publicitários.

Em caso de conflito surgido entre o usuário e o anunciante, a resolução entre ambos dependerá da natureza do negócio (como visto, no âmbito, por exemplo, do site Mercado Livre, pode tanto haver contratos de natureza civil como de natureza consumerista), sobre o que não há dificuldades.

Contudo, a dificuldade surge precisamente no papel do website intermediário junto ao usuário, por não haver de forma direta um “contrato” entre o usuário e o website. A responsabilidade diante do conflito não pode, a princípio, neste caso, ser diretamente imputada ao website, porque a solidariedade não se presume, resulta de lei ou de acordo de vontades (art. 265 do Código Civil). Deste modo é preciso analisar qual a natureza jurídica existente entre o website intermediário e o usuário. Para tanto, essa natureza será analisada no próximo item, conjuntamente com a análise dos contratos de compras coletivas.

5 CONTRATOS DE COMPRAS COLETIVAS: PERSPECTIVAS JURÍDICAS

A necessidade do mercado e da expansão de negócios não parece ter fim. Em meados do ano de 2008 surgiu uma nova forma de comércio eletrônico de intermediação na Internet: os sites de compras coletivas.

Os sites de compras coletivas são intermediários que oferecem ofertas de produtos ou serviços anunciados por terceiros com descontos altamente vantajosos para venda instantânea, num curto espaço de tempo, para um número mínimo e máximo de adquirentes.

Quanto a uma possível conceituação de contrato de compra coletiva, poderíamos dizer que é uma espécie de comércio eletrônico em que uma oferta em específico e com diversas condições para a sua validade é oferecida e aderida na Internet em um curto espaço de tempo através de um website intermediário, responsável pela organização da oferta e a

aproximação do aderente ao fornecedor. O usufruto da oferta se dá, via de regra, em meio físico (na maioria dos casos) no local de estabelecimento do fornecedor, podendo consistir a oferta tanto em prestação de serviços (em geral alimentícios, clínicas estéticas, lavagem de automóveis, pacotes turísticos, dentre outros) como de fornecimento de produtos (eletrônicos em geral).

A princípio pode chegar a parecer fraude, porque por vezes o preço do serviço ou produto é inferior ao preço de custo ou de atacado. A lógica é simples: o empresário precisa alavancar capital para tocar o negócio. Realizar empréstimo bancário sujeita o empresário ao pagamento de juros, oferecimento de garantias (por vezes os sócios são avalistas, de modo que se torna simbólica a responsabilidade limitada), desconto de tributos, produtos agregados “oferecidos” pelos gerentes (seguros, títulos de capitalização e afins), dentre outras desvantagens.

Se o negócio não se movimentar o suficiente, o faturamento será baixo para que sobre o suficiente para pagar as despesas de custo e finalmente amortizar o financiamento. O sistema das compras coletivas considera este fator para propor uma forma de “empréstimo” diferenciada.

Através de um website, o empresário anuncia um produto ou serviço com o menor preço que conseguir praticar. O site anuncia o produto ou serviço com este preço e estabelece um prazo temporal para a adesão e condicionando a aquisição a um número mínimo (para estimular várias pessoas a adquirirem) e máximo (para adquirir o mais rápido possível) de ofertas. Trata-se de um contrato exclusivamente B2C, ou seja, de natureza consumerista, vez que somente se dirige ao comércio (de produtos ou prestação de serviços).

O consumidor não tem tempo de pensar. Ou adere ou não usufruirá do benefício, ou então pagará o preço normal. Vários consumidores adquirem a oferta instantaneamente num intervalo de tempo de horas. O empresário então obtém o dinheiro de que precisava (que é arrecadado pelo website anunciante, que depois repassa descontada a comissão ao empresário).

Porém, diferentemente do empréstimo, terá todo um contingente de consumidores que irão até o estabelecimento usufruir do serviço. E uma vez que a oferta foi adquirida por um preço baixo, evidentemente que estando no estabelecimento, os consumidores irão consumir outros produtos ou serviços (bebidas, sobremesas, dentre outros). Ou seja, o empresário terá movimentação suficiente para recompor o custo da operação, num giro muito mais rápido do que o poderia contar com um empréstimo bancário!

Evidentemente que por trás de tudo isso há cálculos de contabilidade para verificar quando o negócio é atrativo ao empresário ou não, bem como os riscos. De outra sorte, o empresário tem a oportunidade de divulgar o seu negócio e atrair nova clientela.

É dizer: tudo parece muito simples e rentável. Entretanto, no princípio dos sites de compras coletivas, ainda em fase de testes, os anunciantes e os sites não colocavam elementos como: número máximo de compradores; prazo para usufruir a oferta; condições para usufruir a oferta; possibilidade de devolução ou não do valor caso ultrapasse o período de prazo para usufruir a oferta, dentre outros.

Isso levou a uma série de problemas, desde questões elementares, como no caso de restaurantes a falta de ingrediente básico para fazer o alimento ofertado, ou a falta de lugares para alojamento das pessoas, bem como funcionários para atender ao contingente de consumidores.

Ora, o Direito Obrigacional e Contratual na ordem negocial do Direito Civil contemporâneo contempla e valoriza os deveres anexos de conduta, mormente os deveres de informação. Tudo que não está informado, não está proibido. Essa premissa básica significa que se o anúncio não contiver qualquer limitação, a oferta pode ser exigida de imediato conforme ditam os artigos 20 e 35, dentre outros, do diploma consumerista.

Mais: formam-se também deveres de lealdade, probidade e cooperação. Não pode haver o tratamento distintivo entre o usuário da oferta especial aos demais usuários; não pode haver recusa no cumprimento completo da oferta se tal recusa não estiver amparada nos termos da oferta apresentada no site de compra coletiva.

Assim sendo, exige-se um devido cuidado por parte do empresário que se vale desta modalidade de negócio, para que consiga dentro de sua medida de possibilidade, atender a oferta de forma adequada e respeitando-se os princípios da ordem negocial.

Trata-se, portanto, de uma forma aprimorada de intermediação de negócios. Deve-se ressaltar, por fim, que no âmbito das compras coletivas, se formam as chamadas “redes contratuais”, pois existirá um contrato celebrado entre o site e o fornecedor do produto ou serviço, acertando as condições do negócio e taxa de remuneração do site; entre o site e o usuário, pois o usuário pagará ao site, que será o responsável por emitir o “cupom” para o usuário comparecer até o estabelecimento e usufruir da oferta; e entre o usuário e o fornecedor.

Rede contratual nada mais é do que uma interligação de relações jurídicas obrigacionais para atingir fins econômicos que não poderiam ser alcançados por relações jurídicas isoladamente consideradas. É no plano da eficácia que se situam as denominadas categorias eficaciais que, em matéria contratual, praticamente

resumem a situações jurídicas relacionais multilaterais. (HIRONAKA e TARTUCE, Org., 2007, p. 467)

Os grupos de contratos celebrados no âmbito dos sites de compras coletivas só possuem sua razão de ser destinadas a apenas um fim: aproximar o consumidor do fornecedor, através de uma oferta especial que é oferecida por intermédio do website intermediário. Deste modo, o website intermediário participa também da cadeia produtiva ou da circulação do produto ou serviço, pois aproxima o consumidor numa oferta especificamente dirigida por meio de seu website. Em assim sendo, abre-se espaço para à denominada “teoria do fornecedor equiparado”.

Cada um dos contratos que compõem esta rede pode apresentar conflitos. No contrato celebrado entre o fornecedor e o site intermediário, há uma relação B2B se a contratação desta etapa for on line, de modo que se deve aplicar a legislação civil com as particularidades eventuais dos contratos empresariais. São cláusulas essenciais a tais contratos, a quantidade de ofertas, o valor, quais as condições que o fornecedor deseja oferecer a oferta, forma de remuneração do site intermediário, modo de repasse do valor arrecadado pelo website, dentre outras.

No contrato celebrado entre o fornecedor e o consumidor, o site intermediário servirá apenas de plataforma para o encontro das partes, manifestação da vontade, adesão e formação, sendo que a execução se dará no estabelecimento do fornecedor. A natureza é B2C, consumerista. Responde sempre o fornecedor por tudo aquilo que não especificou no website quanto às condições do usufruto da oferta. O que não estiver limitado reputa-se permitido dentro do que é rotineiro ao fornecedor nas suas relações com demais consumidores em face do princípio da boa-fé objetiva.

Nestes casos, uma vez que o prejuízo individual é insignificante pelo valor da oferta, há espaço para danos coletivos, que podem abrir espaço – e já vem ocorrendo casos concretos – de ações coletivas, como a Ação Civil Pública ou a propositura de Termo de Ajustamento de Conduta.

Em relação ao website em face do consumidor, ele é quem “atesta” a existência da oferta e divulga as informações e condições. É remunerado pelo fornecedor para anunciar as ofertas em seu site; recebe remuneração indireta do consumidor através da publicidade (e quase todos os termos de uso dos websites com os consumidores informam que o consumidor fornece de forma anônima seus dados para a utilização de ações publicitárias), de modo que também pode vir a ser responsabilizado em caso de conflitos, sobretudo considerando-se o

seu papel de aproximação das partes e sua inserção na cadeia produtiva. Aqui se retoma a responsabilidade do intermediário junto do usuário do site.

De que modo se dará esta responsabilidade entre o intermediário e o usuário (consumidor)? Em sede preventiva, é possível aos órgãos de tutela dos direitos do consumidor a propositura de Termos de Ajustamento de Conduta para que os websites exijam dos fornecedores (e forneçam aos consumidores) um mínimo de informações e condições para o usufruto da oferta coletiva, bem como uma política de apoio aos consumidores.

Quanto aos conflitos efetivamente surgidos, os websites de compras coletivas a princípio não poderiam ser responsabilizados, pois apenas intermediaram a negociação, sendo que a solidariedade não se presume. Basta pensar que dificilmente um Jornal é responsabilizado pelos anúncios de seus classificados.

Contudo, considerando-se a aproximação na cadeia produtiva podem ser equiparados a fornecedores, sobretudo pelo seu papel ativo para a administração da oferta, sendo que ao agir como parceiro do fornecedor efetivo, administra e organiza a oferta e, ainda, partilha ganhos econômicos. Diferentemente do classificado, seu papel é muito mais ativo na intermediação. No caso, por exemplo, do Mercado Livre, que é intermediador clássico (mais próximo do classificado), existe um sistema denominado “Mercado Pago”, pelo qual o usuário paga ao Mercado Livre que somente repassa o valor ao anunciante, se o usuário confirmar o recebimento do produto. Em assim sendo, podem se inserir como fornecedores, com possibilidade de responsabilização por vício ou fato, observados os ditames do Código de Defesa do Consumidor.

No caso dos anúncios C2C no âmbito dos intermediários tradicionais, também podem os intermediários ser enquadrados como fornecedores por equiparação, pois o fato de não haver natureza de consumo na relação entre o anunciante e o usuário, permite o enquadramento do usuário como consumidor por equiparação.

Portanto, diante dos conflitos entre os usuários dos sites intermediários e os fornecedores diretos, é possível a responsabilização dos intermediários não como responsáveis solidários no regime do Código Civil ante o contido no artigo 265 do diploma civilista, mas enquanto fornecedores equiparados, à luz do Código de Defesa do Consumidor.

Assim, fora as tutelas individuais, é possível aos legitimados o ingresso de ações coletivas para determinação de obrigação de fazer (cumprimento da oferta) ou não fazer (não discriminação) em relação aos fornecedores e intermediários. Verifica-se que nos termos do artigo 81 do diploma consumerista, há uma relação jurídica de base.

Desse modo se verifica que, mesmo diante da inexistência de regulamentação no sistema positivo brasileiro, é possível utilizar-se da teoria geral dos contratos para a recepção e adequação dos contratos de intermediação de comércio eletrônico, bem como estabelecer os critérios para a resolução de conflitos.

CONCLUSÃO

A adoção de uma teoria preceptiva do negócio jurídico é adequada para a recepção de novas formas de negócio jurídico sem a necessidade de regulamentação em específico. Ademais disso, o adequado manejo da teoria geral dos contratos e das obrigações, sobretudo através do sistema das cláusulas gerais e dos deveres de conduta, permite inclusive antecipar quais os tipos de cláusulas adequadas e necessárias às novas formas de contrato.

Nesse sentido, verifica-se que, no que tange aos contratos eletrônicos e do comércio eletrônico de intermediação, preponderam de forma mais acentuada as cláusulas gerais e o princípio da boa-fé objetiva enquanto critérios hermenêuticos válidos para a resolução de conflitos.

Assim sendo, a regulamentação dos contratos eletrônicos não é necessidade de caráter urgente, o que permite, portanto, tempo para que os juristas se debrucem sobre critérios adequados para a eventual regulamentação. O caminho para a eventual regulamentação deve reconhecer que os contratos eletrônicos não são uma nova espécie de contrato, mas um novo meio de se celebrar contratos já existentes e conhecidos no sistema, reconhecendo-se algumas particularidades.

Dentre estas particularidades, que poderiam ser objeto de regulamentação, poderíamos elencar três elementos, a serem acrescentados ao Código Civil, para não se restringir o universo dos contratos eletrônicos ao comércio eletrônico:

1. A adoção da teoria da agnição-recepção para a formação dos contratos eletrônicos, reputando-se formados quando o fluxo de dados da aceitação da oferta é enviado ao peticitante, estando em seu domínio material, para o que se pode exigir a obrigatoriedade de sites de comércio eletrônico emitirem tela de confirmação de adesão, sob pena de inversão do ônus da prova em relação à inexistência da adesão em desfavor do anunciante em comércio eletrônico;

2. Reconhecimento da vulnerabilidade do internauta, criando-se, a exemplo do Código de Defesa do Consumidor, a possibilidade de inversão do ônus da prova em desfavor daquele que propõe contrato eletrônico, mesmo em casos de natureza civil;

3. A obrigatoriedade de elementos mínimos a serem exigidos pelos sites de intermediação de negócios jurídicos para o anúncio de produtos ou serviços em sua plataforma, tais como o nome do anunciante, endereço físico, telefone e as condições de validade da oferta;

Desse modo, é possível eventual regulamentação não apenas do comércio eletrônico, como também dos contratos eletrônicos, sem romper-se com a unidade sistemática, sendo possível, isso sim, um acréscimo de disposições ao Código de Defesa do Consumidor para proteger especificamente o consumidor do comércio eletrônico, tais como especializações junto ao PROCON ou criação de Conselhos Fiscalizadores de Comércio Eletrônico.

BIBLIOGRAFIA

AMARAL, Francisco. **Direito Civil: Introdução**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. 6 ed. rev., atual. e aum.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia**. São Paulo: Saraiva, 2002, 4 ed. atual

BETTI, Emílio. **Teoria Geral do Negócio Jurídico**. Campinas: Servanda, 2008.

CASTELLS, Manuel e CARDOSO, Gustavo (Orgs.). **A Sociedade em Rede: Do Conhecimento à Ação Política**. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 2005.

CORDEIRO, António Menezes. **Direito das Obrigações**. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1986. v.1

DINIZ, Maria Helena. **Tratado Teórico e Prático dos Contratos**. São Paulo: Saraiva, 2005. 5 ed. rev., atual. e ampl. v.5

GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Contratos: Teoria Geral**. São Paulo: Saraiva, 2009. 25 ed. V.4 Tomo 1

GLANZ, Semy. *Internet e Contrato eletrônico*. Revista dos Tribunais, v. 757, 1998, p. 70-75 republicado em **Doutrinas Essenciais** – Obrigações e Contratos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v.4, p. 275-282.

GUERREIRO, Camilo Augusto Amadio. *Notas elementares sobre a estrutura da relação obrigacional e os deveres anexos de conduta*. Revista de Direito Privado, n. 26, São Paulo, Revista dos Tribunais, abr./jun., 2006 republicada em **Doutrinas Essenciais** – Obrigações e Contratos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v.4, p. 589-639.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flavio (Org.). **Direito Contratual: Temas Atuais**. São Paulo: Método, 2007.

LAWAND, Jorge José. **Teoria Geral dos Contratos Eletrônicos**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

LIMA, Rogério Montai de. Relações de Consumo dia Internet: Regulamentação. **Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil**. Porto Alegre: v. 9 n. 57. jan./fev. 2009

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

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O novo regime das relações contratuais**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo código civil: do inadimplemento das obrigações**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v.5, t. II.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado: Parte Geral**. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1954. 2 ed.

NALIN, Paulo. **Do Contrato: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional**. 2ª edição. Curitiba: Juruá, 2006.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 2012, 16 ed. rev. e atual. por Regis Fichtner, v.III

_____. *Do Negócio Jurídico e seus Defeitos*. **Revista da Faculdade de Direito da UFG**, 10, jan./dez. 1986, p. 143-152.

PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito Digital**. São Paulo: Saraiva, 2010, 4 ed. rev. atual. e ampl.

RAMOS, Carmem Lúcia Silveira et. al. (Orgs.) **Diálogos sobre Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

RÁO, Vicente. **Ato Jurídico**. São Paulo: RT, 1999. 4 ed., 2 tiragem, anotada, rev. e atual. por Ovidio Rocha Barros Sandoval.

REALE, Miguel. *O novo Código Civil e seus críticos*. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 54, 1 fev. 2002 . Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/2711>>. Acesso em: 8 fev. 2013.

ROCHA, Roberto Silva da. Natureza jurídica dos contratos celebrados com sites de intermediação no comércio eletrônico. **Revista Jurídica Empresarial**. Porto Alegre: Ano 01, Nº 02, Maio/Junho 2008, p. 77/121

SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes. *Betti x Gadamer: da Hermenêutica Objetivista à Hermenêutica Criativa*. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná**. Vol. 39, nº 0, 2003. Disponível em:

<<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/direito/article/viewArticle/1753>>. Acesso em: Jan. 2013

TOMASZEWSKI, Adauto de Almeida (Autor); COGO JR, Agenor D. Lovato; BONA, Celito de; TICIANELLI, Mauro Henrique Veltrini (Co-autores). **Teoria e Prática das Obrigações**. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Parte Geral**. São Paulo: Atlas, 2005. 5 ed.

_____. **Teoria Geral dos Contratos**. São Paulo: Atlas, 1997. 3 ed.