

Proteção do consumidor na Era Digital: Desafios ao Direito do consumidor tradicional[♦]

Letícia Canut*

1) Estado social e Direito do consumidor

Dentre as grandes transformações sofridas pela sociedade em decorrência da revolução Industrial, pode-se dizer que algumas, como a urbanização, a concentração capitalista, a massificação social (produção, consumo e contratos) e o poder da mídia, atingiram incisivamente a questão relativa à desproteção dos consumidores (NORONHA, p.29-34).

Apesar deste assunto ter se tornado cada vez mais patente na sociedade industrial, o Estado liberal e a sociedade individualista do século XIX, reflexos da Revolução Francesa, abalizaram as primeiras décadas do século XX, impregnando-as com as idéias centrais de igualdade, liberdade e autonomia da vontade (NORONHA, p.27-32). A ordem jurídica deste período também estava imbuída destes valores, não tendo os códigos oitocentistas, ainda vigentes no século XX, reconhecido o consumidor como uma “categoria¹” nem o consumo como uma “função” (DONATO, 1993, p.37; ALMEIDA, 1982,p.12).

Estes sistemas normativos, baseados nas noções tradicionais do direito privado e, assim, do direito dos contratos em geral, continuavam tratando consumidor e fornecedor como iguais. A vulnerabilidade do primeiro face ao segundo não era sequer reconhecida, e nenhum remédio jurídico era fornecido para reparar os danos causados àquele. Desta forma, não se adaptando às novas relações de consumo, estas regras jurídicas tornaram-se inadequadas.

Diante deste cenário crítico de vulnerabilidade do consumidor, pode-se dizer que no início do século XX começa a emergir a consciência da necessidade de proteção destes

[♦] Sobre esta problemática e questões correlatas vide CANUT, 2005.

* Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC) e professora de Direito.

¹ Guido Alpa ressalta que apesar de se falar em consumidor como uma categoria, deve-se lembrar que “não podem ser unificados a uma categoria uniforme, dado não possuírem interesses homogêneos, decorrente da própria estratificação socioeconômica, característica da sociedade capitalista, a torna-os desiguais. [...]” (*apud* DONATO, 1993, p.37)

sujeitos. A década de 60, principalmente nos Estados Unidos, é marcada por diversas manifestações neste sentido. As iniciativas de maior importância para o reconhecimento da fragilidade e da necessidade de proteção especial dos consumidores começaram a se desenvolver neste período, no campo da política de consumo (RICHTER, 2002, p.31).

Neste aspecto, um marco histórico na área de proteção do consumidor, tanto no nível interno quanto internacional, foi a mensagem do presidente norte americano John Kennedy ao Congresso em 15 de Março de 1962 (ALMEIDA, 1982, p.30) que consagrou alguns direitos fundamentais do consumidor e estimulou o tema da sua proteção.

Esses direitos foram reconhecidos pelas Nações Unidas, em 1973, como fundamentais e universais do consumidor. No entanto, a ONU só assumiu uma posição de destaque acerca do tema em 1985, com a elaboração do principal documento universal sobre o assunto, a Resolução n. 39/248, de 16 de abril (MARQUES, 2001, p.669; ALMEIDA, 2000, p. 5 a 7; RICHTER,2002, p.39). As diretrizes da ONU estimularam os países a desenvolverem, **em nível nacional**, uma considerável proteção material aos consumidores (MARQUES, RDC, p.69) (grifo nosso).

Além destes fatos marcantes, cabe destacar também, que a passagem, em diversos países (dentre eles o Brasil), do modelo de Estado liberal para o modelo de Estado Social, na década de trinta (aproximadamente) do século XX, consiste numa transformação que resultou na substituição dos ideais individuais e liberais por valores de caráter social.

Com base nestes valores, o Estado passa a intervir na economia para garantir o “equilíbrio entre as partes” e assim a proteção dos “setores economicamente menos favorecidos da sociedade” (VERONESE JÚNIOR,1990, p.124). Neste quadro verifica-se que o Direito também assume outras feições para corresponder às novas obrigações do Estado. É por meio deste direito, também chamado de “Direito Social²” por alguns autores (BOLSON, 1999, p.41;42), que o contrato passa a assumir uma função social (MARQUES, 1998, p.118) e que possibilita o surgimento do Direito do Consumidor como uma reestruturação do sistema de direito positivo (DONATO, 1993, p.29;30).

² Na configuração de BOBBIO, esse direito é caracterizado como um direito de segunda geração (1992, p.6;72)

Desta forma, a nova configuração do Estado e as manifestações e declarações a favor do reconhecimento da vulnerabilidade e da proteção dos sujeitos mais fracos nas relações de consumo foram imprescindíveis para o surgimento do Direito do Consumidor.

Como se vê, a proteção ao consumidor não surgiu de repente, como uma simples novidade no cenário jurídico. Seu surgimento e elaboração resultam de uma “reação a um quadro social” no qual o consumidor encontra-se em clara posição de vulnerabilidade, diante tanto dos poderes dos fornecedores/produtores, quanto da inaptidão do aparato normativo baseado no direito privado tradicional (ALMEIDA, 2000, p.22).

Cabe ressaltar que este Estado Social, essencial para o surgimento do Direito do Consumidor, que teve seu auge nos anos 50 e 60, começa a desvanecer-se, a partir dos anos 70 (BOLSON, 1999, p.35;43), época marcada ao mesmo tempo pela reprodução das leis de proteção do consumidor (NORONHA, p.3) , por uma nova Revolução tecnológica - das tecnologias da informação - e pelo desenvolvimento de políticas neoliberais.

2) Paradigma digital e comércio eletrônico

Após a segunda Guerra Mundial tem-se o auge do industrialismo e a chegada de uma onda de mudanças que provoca a edificação de uma nova civilização (TOFFLER, 1980, p.24; 27). Trata-se de uma mudança paradigmática que provoca a passagem do modo de desenvolvimento industrial para o informacional, e que anda conjuntamente com a transformação do Estado Social em Estado Neoliberal.

Dentre as grandes alterações advindas do surgimento deste novo paradigma,, o informacional ou digital, tem-se ainda, a inauguração de uma nova cultura de consumo que supera a idéia moderna de produção/consumo em massa para alcançar a personalização da produção e desta maneira a customização em massa.

Esta nova onda de mudanças que provoca tantas modificações em todo o quadro da humanidade decorre de mais uma revolução tecnológica denominada de revolução da tecnologia da informação (CASTELLS, 1999 a) ou “Revolução *Digital*” (DE LUCCA, 2003 a, p.132), que tem seus marcos nas décadas seguintes à 2ª Grande Guerra, com a criação do

primeiro computador programável e do transistor. No entanto, só se pode falar no surgimento de um novo modelo de sociedade, de um novo paradigma a partir dos anos 70, com a convergência e difusão das novas tecnologias da informação (CASTELLS, 1999 a, p 25; 58).

Para CASTELLS, a estrutura social desta nova Era, a Era Digital emergente, apresenta como principais elementos constitutivos: “globalização, reestruturação do capitalismo, formação de redes organizacionais, cultura da virtualidade real e primazia da tecnologia”. Elementos estes que provocam a crise do Estado e da sociedade civil criados em conformidade com os modelos da era industrial (CASTELLS, 1999 a, p.421).

LÉVY expõe de maneira geral algumas transformações que vêm ocorrendo com surgimento do novo paradigma:

A última década do século XX nos fez atravessar uma fronteira de planetarização notável: fim da bipolaridade política mundial, a explosão do ciberespaço, aceleração da globalização econômica. O comércio internacional se desenvolveu. A onda de não-intervenção, de privatização e de dissolução dos monopólios nacionais (principalmente nas telecomunicações) fez escapar do controle dos Estados as estratégias das grandes empresas mundiais. Os capitais dançam ao redor do mundo enquanto a integração financeira internacional se fortalece (2003, p. 24) .

Sem dúvida alguma, neste modelo de sociedade, a informação e o conhecimento tornam-se as principais fontes de riqueza e assim, o patrimônio de maior importância neste período histórico. A noção de tempo e espaço sofre alterações essenciais, passando a humanidade a viver em um “*espaço de fluxos*” e em um “*tempo intemporal*” (CASTELLS, 1999 a, p.398). E o *ciberespaço*, novo espaço de comunicação é inaugurado, consistindo em *uma das marcas mais profundas do novo paradigma*..

A atividade mais visada neste novo espaço de comunicação, também chamado de rede, ou internet, tem sido o comércio eletrônico. Apesar deste não ser “[...] somente a Internet, pois abarca todo o comércio que é feito por meios tecnológicos de telecomunicações, e aí não podem ser excluídos o telefone, o fax, a televisão e o que mais essa tecnologia hoje disponibiliza e poderá disponibilizar no futuro” (KAKU, 2000, p.84), no presente trabalho refere-se ao comércio eletrônico como aquele efetuado por meio do ciberespaço. Mais especificamente, tratar-se-á do B2C que consiste no comércio eletrônico realizado entre consumidor e produtor/fabricante.

O comércio realizado na grande rede, por possibilitar que ofertas, informações e até produtos (digitais) estejam disponíveis em qualquer parte do globo, instantaneamente, vinte e quatro horas por dia, durante todos os dias do ano, tem crescido de forma rápida e avassaladora, apresentado-se como um novo meio de se transacionar que fornece, diante de suas diversas novidades, vantagens tanto para o consumidor quanto para o fornecedor/comerciante.

Apesar do comércio eletrônico ser um dos pontos mais marcantes do paradigma digital, pode-se dizer que as expectativas de lucro que dele se esperava ainda não foram atingidas. E está claro que a insegurança jurídica dos consumidores em relação à sua proteção no ciberespaço tem mantido estes sujeitos fora do mercado de consumo eletrônico, impedindo então o seu desenvolvimento.

3) Desafios ao direito do consumidor tradicional diante do comércio eletrônico

Entende-se por direito tradicional aquelas regras criadas tanto no âmbito nacional, quanto internacional, recordando-se que neste âmbito tem-se o direito regional, que tenham como base o Estado Soberano. Esta idéia de ter-se o Estado Soberano como base, pode ser melhor esclarecida se cada um dos níveis do direito tradicional forem considerados separadamente.

O direito tradicional no âmbito interno de cada país é aquele produzido pelo próprio Estado que, por meio de seus atributos de soberania e territorialidade, cria e cobra o cumprimento de suas regras nacionais. No âmbito internacional regional, independentemente do tipo de integração, seja ela supranacional como a União Européia, ou intergovernamental, como no MERCOSUL (ARROYO, 2003 a)³, verifica-se que a criação das regras de direito regional, depende, de uma forma ou de outra, da vinculação dos Estados soberanos e territorializados.

No caso da UE esta vinculação dá-se de antemão diante da transferência da soberania dos Estados-membro de elaborar algumas regras para o Ente supranacional; no caso do MERCOSUL está ainda mais clara a vinculação do direito regional com cada Estado parte, pois neste modelo de integração intergovernamental é necessária a manifestação expressa de cada

³ Este autor considera que as regras para os blocos regionais mostram-se como evolução no Direito Internacional Privado.

Estado soberano, acerca das decisões políticas e atos normativos para que possam ser adotadas em nome do bloco regional (ARROYO, 2001, p.251;252; 274). No âmbito Internacional, as famosas Convenções de Direito internacional, seja privado ou processual, necessitam da ratificação de todos os países que pretendem assumi-la.

Após estes esclarecimentos, pode-se ressaltar que as relações de consumo internacionais, antes do surgimento do comércio eletrônico, na maioria das vezes se limitavam a duas situações: “a necessidade do deslocamento físico dos consumidores para alcançar os mercados estrangeiros, ou num processo inverso, quando um produto estrangeiro era vendido aos consumidores em seu território” (FARIAS, 2002, p.39).

Com o surgimento deste novo tipo de transação eletrônica tornou-se viável a atuação direta dos consumidores no âmbito internacional e global. Esta nova participação alterou o perfil do comércio internacional, antes limitado aos comerciantes/profissionais (WEHNER, RDC 38, p.145), trazendo a “lume o consumidor internacional como ator importante na atividade econômica internacional” (FARIAS, 2002, p.39).

Modificaram-se os atores do comércio internacional, no entanto, o seu cenário jurídico permanece, na maioria dos casos, correspondendo à realidade anterior, ou seja, ainda apresenta regras de direito Internacional Privado e Processual tradicionais, baseadas no “profissionalismo e especialidade dos parceiros envolvidos, a proteger quem vende, quem fornece o produto e o serviço, não aquele que apenas paga (comprador, recebedor do serviço, ‘consumidor’)” (MARQUES, RDC 41, p. 65). Assim, estas regras não visam proteger aos consumidores que atuam no âmbito internacional, sendo que estes novos atores, muitas vezes, “foram [e são] assuntos excluídos da pauta da atividade internacional comercial”⁴ (FARIAS, 2002, p.39; 40).

Outra mudança que afeta profundamente esses direitos Internacionais - e que se acredita não ter encontrado, ainda, de maneira hegemônica, a correta linha de pensamento para solução da problemática – resulta da característica própria do comércio eletrônico, o seu caráter transfronteiriço. Esta internacionalidade desafia os direitos Internacionais em voga, pois eles

⁴ O “[...] direito uniforme do comércio internacional ou a moderna *lex mercatoria*, geralmente não se preocupam em proteger o consumidor, ao contrário tentam excluir estes contratos de seu campo de aplicação” (MARQUES, 2001, p.663) . Exemplo atual neste sentido é a LEI MODELO DA UNCITRAL. No entanto, no âmbito das SOFT LAWS, começam a surgir iniciativas em sentido contrário, como as DIRETRIZES DA OCDE. Ambas serão verificadas no último capítulo.

fundamentam seus sistemas em conceitos de territorialidade, soberania, dentre outros já ultrapassados na era digital.

DONAHEY diz que por não haver nenhum aí, ali ou lá, as disputas que surgem no comércio eletrônico trazem problemas especiais⁵ (1998, p.127). Esta característica do comércio eletrônico tem feito surgir vários debates e estudos sobre o assunto, tendo sido considerado como o tema “que mais tem desafiado o direito do consumidor” (WEHNER, RDC 38,p. 145).

Neste contexto internacional⁶, “o consumidor encontra-se sujeito a diversas incertezas quanto a sua proteção, especialmente no que tange a questões relativas a foro competente e direito aplicável⁷” (LEMONS, 2001, p. 145). Diante destes novos desafios para o direito do consumidor, há autores, como MARQUES, que afirmam que “há um crescimento na importância do Direito Internacional Privado ou dos conflitos de leis no espaço” (RDC 41, p.40).

Tendo em vista o comércio eletrônico, e mais especificamente o B2C, esta autora sugere a criação de novas normas “especiais” de Direito Internacional Privado nacionais, indicando a modificação na Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro (LICC), nos artigos 9º e 17º, ou caso não ocorra esta modificação na LICC, ela aconselha a inclusão de “um artigo especial de norma de Direito Internacional Privado a ser introduzido no próprio Código de Defesa do Consumidor”, no lugar do artigo 101 (MARQUES, 2004, p.464-466).

Soluções neste sentido de determinar a competência e a aplicação da lei do país de residência habitual do consumidor, apesar de serem consideradas como o futuro do DIPr. por uns, é criticada por outros. FINKELSTEIN diz que esta solução “de aplicar a lei do país em que está o consumidor ou contratante é descartada hoje por não ser possível ao fornecedor conhecer todas as particularidades de todas as leis de todas as partes do mundo” (2003, p.243). Não é possível imaginar-se a construção de uma página na internet que esteja de acordo com todas as legislações do globo (MACHADO, 2002, p.50) que disponham sobre a proteção ao consumidor.

⁵ Tradução livre da autora de : “Because there is no ‘there’[...], disputes which arise in electronic commerce pose special problems. [...]” (DONAHEY, 1998, p.127)

⁶ Ressalta-se que “nos casos de conflitos advindos de contratos de consumo internacionais, [...], que envolvem consumidores passivos no Brasil e fornecedores estrangeiros com a empresa matriz, filial ou subsidiária ou empresas de importação no Brasil, podem os consumidores escolher se acionam o varejista, o comerciante, o importador, isolada ou conjuntamente, conforme os arts. 18 e 100 do CDC” (MARQUES, RDC 41, p.77).

⁷ Mesmo quando fixados o foro competente e a lei a ser aplicada, ainda haverá o problema do reconhecimento e da homologação da sentença. Vide WHENER, RDC 38, p.147.

Alguns autores têm buscado alternativas à questão de o comerciante poder ser demandado em qualquer país. Há posicionamentos favoráveis à criação de “obstáculos” que consigam bloquear a contratação com consumidores de nacionalidades que não se quer contratar (CUNHA JÚNIOR, 2002, p.75).

RIBEIRO cita a simples informação – prévia, para não criar expectativas legítimas nos consumidores - do comerciante acerca da não-intenção de atender a determinados países, como um obstáculo que seria capaz de evitar que a empresa se sujeitasse “às normas legais” dos mesmos, sendo capaz de limitar sua proposta geograficamente, tirando-lhe o seu caráter universal e, assim, a possibilidade de ser demandado em qualquer país (2003, p.160).

Já WEHNER, diz que mesmo a elaboração de várias tentativas de criação de “critérios para limitar o alcance da publicidade ou proposta do fornecedor⁸ ainda não trouxe resultados aceitáveis, sendo razoável entender que esta publicidade e assim a oferta lançadas no ciberespaço costumam ter caráter global” (WEHNER, RDC 38, p.159).

Diante destes vários posicionamentos, ressalta-se que o de RIBEIRO e o de CUNHA JÚNIOR, tentando limitar geograficamente a abrangência do comércio eletrônico, não correspondem à lógica da rede, sendo de se destacar o posicionamento de WHENER, ora exposto, e ainda o de ARROYO segundo o qual:

Sin embargo, la multiplicación exponencial de contratos internacionales ‘en la red’, lleva a preguntarse legítimamente si esa solución que aparece como tan justa y lógica en contratos de consumo en general, puede resultar también aplicable a la contratación a través de Internet. Téngase en cuenta que, de admitirse la solución general, la oferta de productos y servicios por medio de la red quedaría limitada sólo a las grandes, que serían las que están en condiciones de organizar una adecuada previsión de eventuales pleitos contra ellas en cualquier país del mundo (cualquier país donde haya una computadora conectada a la red y una persona con deseos de consumir), bajo las reglas de ese país. [...]. Ahora bien, existen al menos dos posibilidades para evitar este tipo de situaciones: una consiste en evitar, mediante un artilugio técnico, que el sitio en la red del proveedor de bienes o servicios esté operativo en aquellos países en los cuales él no quiere verse potencialmente demandado (Palao Moreno); otra, más ambiciosa, es alcanzar algún tipo de regulación material especial que sea generalmente aceptada (Juenger). (ARROYO, 2003 a) (grifo nosso)

Dentre as duas possibilidades citadas por este autor, a primeira, apesar de ser interessante pelo fato de realmente ser capaz de bloquear a contratação nos locais escolhidos pelo comerciante, evitando o surgimento de eventuais demandas, ela ainda cria uma barreira ao

⁸ Neste sentido veja também MORENO, 2002, p.282.

comércio eletrônico, que por si é internacional e como bem disse WHENER, global. Assim, acredita-se que a melhor solução é a que o autor aborda em seguida como sendo a mais ambiciosa, que consiste em alcançar-se um tipo de regulamentação material especial que tenha aceitação geral ⁹.

Tendo em vista esta colocação pode-se criticar a tentativa de MARQUES de contornar os problemas surgidos para a proteção do consumidor diante do comércio eletrônico. Pois esta autora, apesar de se posicionar bem sobre o aumento da vulnerabilidade do consumidor e do desequilíbrio nestas relações de consumo, ela se engana ao tentar achar uma solução viável apenas para os consumidores brasileiros e ao dizer que a saída só pode ser fornecida por meio da regulamentação pelo direito, sendo que, ao que tudo indica, ela se refere ao direito de fonte estatal, já que ao continuar sua exposição afirma ser necessária “uma efetiva tutela através da intervenção dos Estados na elaboração de novas normas e aplicação eficaz das existentes” (RDC 41, p. 53; 61;62).

Com base nestes argumentos, a autora em questão, além das sugestões dadas para o âmbito nacional, propõe a elaboração de uma Convenção Interamericana de Direito Internacional Privado (CIDIP) sobre alguns contratos e transações com consumidores, tendo incluído na sua proposta a questão do contrato a distância e mais especificamente a contratação eletrônica (MARQUES, 2001, p.764; MARQUES, 2004, p.460-464). Diante desta proposta, a restrição do campo de alcance do comércio eletrônico continua, tendo em vista agora, não só o Brasil, mas uma “região”.

Essas críticas não significam que uma convenção internacional neste sentido não adiantaria nada, pois ela até pode reduzir algumas incertezas (PERRIT JÚNIOR, 2001, p.250) decorrentes do comércio eletrônico para os consumidores daquela região. A ênfase, nestas críticas, justifica-se no fato de crer-se que uma solução viável para garantir a proteção dos consumidores no comércio eletrônico, só será possível se puder alcançar o mesmo âmbito de abrangência do novo meio de comercialização, ou seja, o global.

Reforça-se esta colocação com uma citação de LEMOS, que mesmo não tendo o posicionamento idêntico, ao aqui apresentando, compartilha com a presente idéia de que “de

⁹ Este tem sido o objetivo de muitas leis-modelo, que através de seus princípios ou diretrizes buscam incentivar os Estados a adotarem-nas em seu território, de tal forma, que se todos os Estados do globo seguirem os caminhos ali propostos, pode-se alcançar uma harmonização das regras de proteção do consumidor.

nada adianta resolver questões de foro e direito aplicável no âmbito nacional, se a solução assim alcançada não produzir qualquer impacto na esfera internacional em que ocorre o comércio eletrônico” (LEMOS, 2001, p. 145).

Quanto à limitação espacial – regional - da proteção dos consumidores eletrônicos, FARIAS afirma que apesar dela facilitar "as relações intrabloco, por um lado, impede uma proteção universal justa e adequada, por outro” (2002, p.133).

Outros autores também sugerem soluções baseadas nas regras de direito internacional tradicional para garantir a proteção do consumidor da era digital. SANTOS e ROSSI – falando dos contratos eletrônicos em geral – acreditam que “há uma tendência a se criar um novo Direito Internacional, e que boa parte dos problemas legais existentes será objeto de novas convenções e acordos internacionais” (2000, p.129). Também RIBEIRO, admitindo a dificuldade de se garantir a proteção destes sujeitos vulneráveis no âmbito internacional, diante da variedade de normas de proteção de cada país, sugere a “aplicação da lei do país de origem do consumidor utilizado como elemento de conexão do DIP” como a alternativa “mais interessante no momento (2003, p.160).

Desta forma, não corrobora -se com a idéia de que a solução possa ser dada pela criação de um elemento de conexão mais favorável ao consumidor para decidir-se a lei a ser aplicada e a jurisdição a ser competente. Pois por meio desta “solução”, que exige a elaboração de Convenções ou Tratados Internacionais ou Regionais - que terão como base os Estados - continuar-se-ia dependendo do sistema das regras clássicas de direito internacional.

Essas regras, como já dito linhas acima, enfrentam o desafio imposto pelas propriedades das relações de consumo e pelas novidades advindas do comércio eletrônico – destaque para a sua internacionalidade. Assim, depois de todas as colocações efetuadas até o momento, pode-se ir um pouco além e afirmar que os novos “desafios” fizeram com que as regras tradicionais do direito internacional Privado e Processual se tornassem inadequadas para solucionar as controvérsias advindas do comércio eletrônico (RIBEIRO, 2003, p.78; WEHNER, RDC 38, p.145) e mais especificamente dos contratos de consumo eletrônicos.

Além disto, o funcionamento destes mecanismos de solução de conflitos foge da realidade dos conflitos de consumo na rede, “uma vez que os diminutos valores unitários dos negócios realizados no segmento de vendas ao consumidor (‘business to consumer’ – B2C) não

suportam os altos custos de transação decorrentes da utilização do direito internacional privado”¹⁰ (ZACLIS, 2002, p.193).

Diante deste panorama, no qual as regras internacionais tradicionais não atendem às necessidades impostas pelo consumo eletrônico internacional, justamente pelos seus fundamentos de fulcro territoriais, torna-se imprescindível o tratamento desta temática por meio de uma perspectiva global, internacional, que faça com que os problemas surgidos do consumo eletrônico sejam abordados de acordo com uma análise que supere os princípios da ordem de *Vestfália*, ou seja, sob uma perspectiva transfronteiriça.

Até agora se discorreu sobre os limites que a era digital cominou ao direito clássico internacional, um direito por natureza de fonte estatal. No entanto, esta alteração no âmbito internacional, não deixa o direito nacional – de fonte estatal - ileso. Ao contrário, o direito local, de fonte estatal, mesmo que esteja dando respostas apropriadas às questões advindas do comércio eletrônico e assim do consumo eletrônico em nível nacional, dentro de suas fronteiras, tornar-se vulnerável diante da internacionalidade das relações de consumo eletrônicas (SANTOS, ROSSI, 2000, p.128).

Verifica-se, pois, que os limites impostos pelo consumo eletrônico às regras internacionais, estende-se às legislações nacionais de fonte estatal, condicionando a eficácia destas a uma adaptação ao que ocorre em nível internacional, ou seja, sua elaboração deve ser efetuada “em conjunto e com a aceitação do que se pratica em função da tecnologia na ordem internacional”¹¹. Assim, “se a norma esgota em si apenas a possibilidade de proteger relações dentro de uma perspectiva legal-territorial, nacional, estatal, ela não terá efeito regulatório, pois a eficácia não é decidida no âmbito do território nacional mas no ciberespaço” (CANCELLIER DE OLIVO, 2004, p.121; 60) .

¹⁰ Com o mesmo entendimento, HEISKANEN, que assim dispõe: “[...] Coupled with the relatively high cost of crossborder litigation, particularly in view of the relatively low average value of international consumer transactions, from consumer’s point of view the legal risks associated with international e-commerce appear to be high.” (1999, p.31)

¹¹ Neste sentido SOBRINO, citando HANCE, diz: “Así es, que nos encontramos em un ‘punto de inflexión’, ya que debemos empezar a comprender que la ‘globalización económica’ va a tener una consecuencia directa: la *globalización jurídica*” (RDC 38, p.9)

4) **Relativização do Poder Estatal e o Direito negocial para a proteção do consumidor no paradigma digital**

Tendo em vista os desafios enfrentados pelo direito do consumidor tradicional quando da proteção do consumidor no comércio eletrônico¹², ressalta-se que o que se vê aí, nada mais é do que o fim do monopólio do poder regulatório do Estado, diante das reconfigurações da Era digital, que faz com que a regulação jurídica tradicional, estatal e centralizada, relativa à proteção dos consumidores, submeta-se “à emergência de estruturas híbridas de auto-regulamentação ou de regulamentação por parte do próprio mercado” (LEMOS, 2001, p.146). Neste sentido CANCELLIER DE OLIVO profere que

neste palco global há uma tensão permanente entre as possibilidades de intervenção dos governos nacionais e as diretrizes econômicas de grandes empresas, fundos de pensão, governos estrangeiros, entidades governamentais ou não-governamentais de caráter supranacional, organizações e agências internacionais (2004, p.160).

A perda de parcela da legitimidade do Estado-Nação¹³ em função da “dinâmica dos fluxos globais e das redes de riqueza, informação e poder transorganizacionais” (CASTELLS, 1999 b, p.401), não significa a perda total de sua soberania. Ocorre é que o Estado vê-se obrigado a administrar “parcerias com as demais fontes de poder”, devendo atuar num cenário de “*soberania compartilhada*”, na qual o Estado é um “nó”, privilegiado, desta complexa rede de relações e instituições, humanas e virtuais. (CANCELLIER DE OLIVO, 2004, p.140; 128).

¹² Vistos no tópico anterior.

¹³ Assim, “[...] processos em curso de globalização estão desafiando as fundações e princípios políticos do Estado-nação e da ordem de Vestfália. (VIEIRA, 2001, p.245; 95).

Assim, o poder passa a ser “compartimentalizado, horizontalizado, regulamentado” por normas consensuais formuladas pelos participantes da sociedade. (CANCELLIER DE OLIVO, 2004, p.128; 142). Em decorrência deste compartilhamento de poder torna-se impossível para o Estado uma *intervenção* mais direta “nas relações sociais e econômicas” (CANCELLIER DE OLIVO, 2004, p.135) para “exercer controle sobre a política monetária, definir o orçamento, organizar a produção e o comércio, arrecadar impostos de pessoas jurídicas e honrar seus compromissos visando proporcionar benefícios sociais” (CASTELLS, 1999, p.298) (grifo nosso).

Desta forma, torna-se difícil uma intervenção mais forte em favor dos sujeitos mais vulneráveis na sociedade, destacando-se dentre estes sujeitos, os consumidores. Sem ter como usar o poder em sua plenitude, o Estado vê sua principal base de legitimidade, “o cumprimento de seus compromissos como Estado de bem-estar social”, desabar. (CANCELLIER DE OLIVO, 2004, p.135).

Mais do que o compartilhamento do poder do Estado com outras instituições, na Era digital, as tradicionais bases de defesa da regulamentação do Estado são destruídas, pois se torna impossível “exercer controle sobre satélites que emitem sinais de comunicação além das fronteiras ou sobre a comunicação via computador por meio da linha telefônica” (CASTELLS, 1999 b, p.298, 299), ou por qualquer outro meio de transmissão transfronteiriço.

CANCELLIER DE OLIVO diz que verifica-se hoje “um amplo espaço para pluralidade de regulamentações, válidas mesmo sem a intervenção estatal”, no direito da nova sociedade, chamada por ele, a exemplo de CASTELLS, de sociedade em redes. Desta maneira, as desavenças decorrentes das contratações eletrônicas, sejam elas entre “consumidores e fornecedores, entre clientes e provedores de acesso” ou “entre os próprios usuários” da grande rede, são solucionadas “por instâncias deliberativas criadas pelas próprias comunidades virtuais”, por mediação ou arbitragem. Nestas Comunidades, o que se tem, na prática, não são simples “recomendações de condutas”, mas sim “normas positivadas e aceitas pelos participantes, com previsão de pena, embora não aplicada por órgãos jurisdicionais ou administrativos do poder público” (2004, p.59).

Como nó privilegiado da rede de relações e de compartilhamento de poder, o Estado garante “ainda a posição privilegiada da regra geral estatal”. No entanto, esta regra

encontra-se sob uma nova configuração, assumindo uma outra função. Agora, ao invés de “regulamentar as matérias específicas”, ela encarrega-se de “orientar e definir princípios” (CANCELLIER DE OLIVO, 2004, p.60).

Analisando-se esta questão sob o ponto de vista do direito do consumidor no comércio eletrônico, pode-se concluir que os “direitos elencados nos regulamentos de proteção ao consumidor- todos estatais, reconheça-se-, servem de base e parâmetro para as negociações que se realizam no ciberespaço” (CANCELLIER DE OLIVO, 2004, p.59), devendo sempre estar sendo analisados em paralelo com outras regras não estatais, inclusive quando se tratar de comércio eletrônico internacional.

Verifica-se disto tudo que “é possível, então, visualizar-se a possibilidade de convivência entre dois tipos de direitos: o estatal e o negocial” (CANCELLIER DE OLIVO, 2004, p.59). Indo um pouco além se afirma que há não só a possibilidade de convivência, mas inclusive a necessidade de convivência, para que sejam garantidas a harmonia e segurança nas relações de consumo eletrônicas.

Não restam dúvidas de que cada vez mais os Estados, para garantir a proteção dos consumidores no comércio eletrônico, deverão admitir a relativização de seu poder diante da atuação das demais instituições e organizações, admitindo e reconhecendo as regulamentações que não partiram de seu âmbito de produção, abrindo caminho assim, para o que KAMINSKI chama de “direito à inovação”, que garante a libertação de disposições controladoras e monopolistas [...]” (2002, p.142),

Assim, uma solução possível e viável para garantir a proteção dos consumidores no comércio eletrônico, que corresponda às novas exigências e que ultrapasse as limitações que a contratação eletrônica atribui ao direito do consumidor tradicional, tanto no âmbito internacional, quanto nacional, só poderá emergir se houver a já citada convivência e harmonia entre o Direito de fonte Estatal e o Direito de Fonte negocial.

O direito de fonte negocial, mais ágil e mais flexível que o de fonte estatal, que pode ser aplicado além das fronteiras e que pode influenciar o direito estatal, já tem se adaptado ao novo quadro apresentado pelo paradigma digital, e mais especificamente ao comércio eletrônico. Ele já tem conseguido resolver algumas dificuldades apresentadas para a proteção do

consumidor na Era digital, emergindo assim como uma *nova alternativa para a proteção do consumidor no comércio eletrônico*.

Entretanto, por ser ele formado por regulamentações elaboradas por outras entidades que não o Estado –nem com base nele-, ele é visto pelos “pessimistas”, inclusive em países como o Brasil, que em relação à maioria dos países do globo possui uma legislação “avançada” para proteger o consumidor, como um regresso, como a diminuição do patamar de proteção dos consumidores.

No entanto, o que se tem verificado, no cenário global, aliás, são iniciativas que tentam impedir que aconteça o que esperam os pessimistas. No âmbito da política legislativa, em sentido amplo, ou seja, levando em conta tanto o direito de fonte estatal quanto e de fonte negocial, “a maioria das legislações e das propostas de regulação”, tem adotado a posição segundo a qual “a proteção do consumidor constitui um ‘ piso mínimo ’ que não pode ser derogado” (LORENZETTI, 2004,p.369,370).

Além disso, o direito negocial, como nova forma de direito, ou seja, como o direito negociado entre as pessoas envolvidas em uma mesma questão, é elaborado tendo em vista que “não existe uma solução única e totalmente abrangente para lidar com o vasto número de questões levantadas pela Internet e pelo comércio eletrônico” (HERY, 2001, p.244-245). Por isto, este direito, que se apresenta como nova alternativa de proteção do consumidor no comércio eletrônico, tem sido utilizado sob diversas formas.

As formas de direito negocial que têm tido mais destaque são: a auto-regulamentação, as leis modelo, as ADRs (*Alternative dispute resolution*) – mecanismos alternativos de resolução de conflitos, e ainda a tentativa de formação de uma *e-lex electronica*.

Ressalta-se, no entanto, que Independentemente de qual seja o tipo ou modelo que o direito negocial assume, “[...] há uma coerência marcante entre estes, que é o seu objetivo declarado de *resolver e aumentar a confiança e a credibilidade do consumidor na atividade comercial em questão*¹⁴” (HERY, 2001, p.219). (grifo nosso).

¹⁴ HENRY, nesta sua afirmação, refere-se à auto-regulamentação e não ao direito negocial, no entanto, acredita-se que sua análise pode englobar as diversas formas de direito negocial e não apenas a auto-regulamentação.

Desta forma, o direito negocial tem viabilizado uma “certa” proteção aos consumidores eletrônicos, fornecendo-lhes mais segurança neste novo meio de se comercializar. E ao fazer isto, o direito negocial permite inclusive, o desenvolvimento do próprio comércio eletrônico

5) Conclusão

O presente trabalho pretendeu demonstrar que o Direito do Consumidor tradicional, considerado no âmbito interno e internacional, diante das dificuldades que a nova Era Digital em conjunto com a remodelação do Estado têm lhe colocado quando da defesa do consumidor eletrônico, não tem se apresentado capaz de, sozinho, garantir a proteção destes consumidores.

Diante deste quadro, em que o Estado encontra-se impossibilitado de controlar o comércio efetuado pela internet, em decorrência de seu caráter transfronteiriço, ele passa a ter que conviver com outras formas de regulamentação, que não as suas, tendo assim, que aceitar a compartimentalização de seu poder.

O Direito negocial, ocupando-se com a proteção do consumidor eletrônico, surge neste contexto como um novo tipo de regulamentação, de fonte não estatal, que assume diferentes formas na busca deste objetivo.

Esse Direito, que por vezes consiste em leis modelo, ADRs (meios alternativos de solução de conflitos) e na própria auto-regulamentação, já vem, em decorrência de suas características de agilidade, flexibilidade e globalidade, dando resposta a algumas problemáticas que envolvem a questão da proteção do consumidor no comércio eletrônico, tendo influenciado inclusive na adoção de diversas normas e atividades em diferentes países.

Desta forma, perante a atual fragilidade do Estado em defender os consumidores eletrônicos por meio de suas normas jurídicas, torna-se necessário que ao lado dessas atuem normas de Direito negocial, que melhor se adaptam ao novo contexto da Era Digital e mais especificamente ao comércio eletrônico.

6) Bibliografia

- ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Os direitos dos consumidores*. Coimbra: Livraria Almeida, 1982.
- ALMEIDA, João Batista de. *A proteção jurídica do consumidor*. 2. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2000.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: campus, 1992.
- CANUT, Leticia. *Proteção do Consumidor no Comércio Eletrônico: uma questão de inteligência coletiva que ultrapassa o direito tradicional*.
- ARROYO, Diego P. Fernandez. Conceptos y problemas básicos del Derecho Internacional Privado. In: ARROYO, Diego P. Fernandez (coord.). *Derecho internacional privado de los Estados del MERCOSUR*, Buenos Aires: Zavalía, 2003 a.
- _____. Relaciones Privadas Internacionales en el Mercosur y en la Unión Europea. In: PIMENTEL, Luiz Otávio (Org.). *Direito da Integração. Estudos em Homenagem a Werter R. Faria*. v.I. Curitiba: Juruá, 2001.
- BOLSON, Simone Hegele. *Direito do consumidor e dano moral*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Coordenação de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1999.
- CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. São Paulo: Paz e Terra, 1999 a.
- _____. *O poder da identidade*. A era da informação: economia, sociedade e cultura; v.2 Tradução de Klaus Brandini Gerhardt. São Paulo: Paz e Terra, 1999 b..
- CANCELLIER DE OLIVO, Luis Carlos. *A reglobalização do Estado e da sociedade em rede na era do acesso*. Florianópolis: Fundação Boitex, 2004.
- CUNHA JÚNIOR, Eurípedes Brito. Os Contratos eletrônicos e o Novo Código Civil. In: *Revista CEJ/ Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários*, Brasília, n. 19, p.62-77, out./dez. 2002.
- DE LUCCA, Newton. *Aspectos Jurídicos da Contratação Informática e Telemática*. São Paulo: Saraiva, 2003 a.
- DONAHEY, M. Scott. Dispute Resoltution in Cyberspace. In: *Journal of international arbitration*. Vol. 15, nº 4, december, 1998.

DONATO, Maria Antonieta Zanardo. *Proteção ao Consumidor*. Conceito e Extensão. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993 (Biblioteca de Direito do Consumidor – vol.7.)

FARIAS, Inez Lopes Matos Carneiro de. *A proteção do consumidor internacional no comércio eletrônico*. Dissertação (mestrado em Direito) – Curso de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito de São Paulo, 2002.

FINKELSTEIN, Maria Eugênia. *Aspectos Jurídicos do comércio eletrônico*. Tese (Doutorado em Direito Comercial) – Curso de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2003.

HEISKANEN, Veijo. Dispute Resolution in International Electronic Commerce. In: *Journal of International Arbitration*. vol.16, nº3, september,1999.

HENRY, Denis. Comércio eletrônico: a auto-regulamentação do setor é um modelo viável? . In: LEMOS, Ronaldo da Silva Júnior ;WAISBERG, Ivo (Org.). *Comércio eletrônico*. São Paulo: RT, 2001.

KAMINSKI, Omar. Introdução à gestão de direitos digitais. In: WACHOWICZ, Marcos (coord.). *Propriedade Intelectual e Internet*. Uma perspectiva Integrada à Sociedade de Informação. Curitiba: Juruá, 2002.

LEMOS, Ronaldo da Silva Júnior. Regulamentação da Internet no Brasil. In: LEMOS, Ronaldo da Silva Júnior ;WAISBERG, Ivo (Org.). *Comércio eletrônico*. São Paulo: RT, 2001.

LÉVY, Pierre. *A conexão planetária*. O mercado, o ciberespaço, a consciência. 1ª reimpressão. Tradução de Maria Lúcia Homem e Ronaldo Entler. São Paulo: Ed. 34, 2003.

LORENZETTI, Ricardo L. *Comércio Eletrônico*. Tradução de Fabiano Menke. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

MACHADO, Jorge Alberto S.. O ciberespaço como Arquitetura da Liberdade- tentativas de Territorialização e Controle na Rede. In: ALVES, Giovanni; MARTINEZ, Vinicio (Org.). *A dialética do ciberespaço*. Trabalho, tecnologia e política no capitalismo global. Bauru: Editora Document Arminda, 2002.

MARQUES, Cláudia Lima. A proteção do Consumidor: Aspectos de direito privado regional e geral. In: COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO e SECRETARÍA GENERAL DE LA OEA. *.XXVII Curso de Derecho Internacional*. Organización de los Estados Americanos: Secretaría General, 2001

_____. A proteção do consumidor de produtos e serviços estrangeiros no Brasil: primeiras observações sobre os contratos a distância no comércio eletrônico. *Revista de direito do Consumidor*. RDC 41, p39-80.

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

_____. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 3ª ed., 2ª tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998 (biblioteca do consumidor, v.1)

NORONHA, Fernando. *Direito do Consumidor*: contratos de consumo, cláusulas abusivas e responsabilidade do fornecedor. Apostila. (s/ data); (s/ local)

PERRITT JÚNIOR, Henry H. Regulamentação híbrida como solução para problemas de jurisdição na internet: Além do projeto Chicago-Kent/ABA e da minuta da Convenção de Haia. In: LEMOS, Ronaldo da Silva Júnior ; WAISBERG, Ivo (Org.). *Comércio eletrônico*. São Paulo: RT, 2001.

RIBEIRO, Luciana Antonini. *Contratos eletrônicos*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Curso de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito de São Paulo, 2003.

RICHTER, Karina. *Consumidor & Mercosul*. Curitiba: Juruá, 2002

SANTOS, Manoel J. Pereira dos; ROSSI, Mariza Delapieve. Aspectos legais do comércio eletrônico – contratos de adesão. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, n.36, p.105-129, 2000.

SOBRINO, Waldo Augusto Roberto. Algunas de las nuevas responsabilidades legales derivadas de internet. *RDC 38*, p.8-24.

TOFFLER, Alvin. *A terceira onda*. 5ed Tradução de João Távora. Rio de Janeiro: Editora Record, 1980 (data do copyright)

VERONESE JÚNIOR, Sérgio Luiz. *A repressão aos abusos contra o consumidor*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1990.

WEHNER, Ulrich. Contratos Internacionais: proteção processual do consumidor, integração econômica e internet. *RDC 38*, p. 142-165.

ZACLIS, Lionel. Visão alternativa da nomogênese de um sistema jurídico voltado à proteção do consumidor no comércio eletrônico internacional: a assim chamada *lex electronica*. *Revista de Direito do Consumidor*, nº 43, ano 11, p.192-204, jul./set. 2002.