XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

DIREITO, GLOBALIZAÇÃO E RESPONSABILIDADE NAS RELAÇÕES DE CONSUMO I

EVERTON DAS NEVES GONÇALVES

MARIANA RIBEIRO SANTIAGO

ROGERIO DA SILVA

Copyright © 2018 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quaisforem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul Prof.
Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

---

D597

Direito, globalização e responsabilidade nas relações de consumo I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UNISINOS

Coordenadores: Everton das Neves Gonçalves; Mariana Ribeiro Santiago; Rogerio da Silva. – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-723-6
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Tecnologia, Comunicação e Inovação no Direito

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Porto Alegre, Brasil).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

Universidade do Vale do Rio dos Sinos
Porto Alegre – Rio Grande do Sul - Brasil
http://unisinos.br/novocampuspoa/

XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

DIREITO, GLOBALIZAÇÃO E RESPONSABILIDADE NAS RELAÇÕES DE CONSUMO I

Apresentação

Encontramo-nos, mais uma vez, na Capital gaúcha; na antiga, Porto dos Casais, na, agora, Porto Alegre que, sempre, espelha e desperta as lembranças de tempos memoráveis de luta e resistência na conquista dos ideais "farroupilha". Desta feita, reunimo-nos, no GT 25, Direito, Globalização e Responsabilidade nas Relações de Consumo sendo Coordenadores; a Profa. Dra. Mariana Ribeiro Santiago da Universidade de Marília – UNIMAR, o Prof. Dr. Rogério da Silva da Universidade de Passo Fundo – UPF e o Prof. Dr. Everton Das Neves Gonçalves da Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC para a apresentação de tão dedicados e atentos pesquisadores que vêm nos brindar com suas análises sobre as relações consumeristas em um contexto de globalização. Assim, tivemos o prazer de ouvir e discutir sobre os seguintes temas: 1) UMA ERA COM PRAZO DE VALIDADE: A SOCIEDADE DE CONSUMO NO SÉCULO XXI E OS POSSÍVEIS INSTRUMENTOS DE RESTRIÇÃO DA OBSOLESCÊNCIA PROGRAMADA; de Lucas Dalmora Bonissoni e Rogerio da Silva; 2) A DIFERENCIAÇÃO DE PREÇOS AO CONSUMIDOR: POSSIBILIDADES E VEDAÇÕES LEGAIS; de Lais Gomes Bergstein e José Roberto Della Tonia Trautwein; 3) A HIPERVULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR SUPERENDIVIDADO E O CONTEXTO JURÍDICO CONSUMERISTA BRASILEIRO, de Janaina do Nascimento Vieira; 4) A MASSIFICAÇÃO CONTRATUAL COMO FENÔMENO CONTRÁRIO AO INDIVIDUALISMO NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO, de Adriano de Salles Oliveira Barcha e Renata Giovanoni di Mauro; 5) A OBSOLESCÊNCIA PROGRAMADA – A INDÚSTRIA DO CONSUMISMO EM TRÊS TEMPOS: PASSADO, PRESENTE E FUTURO, de Vanessa Kerpel Chincoli; 6) A PUBLICIDADE ENGANOSA NO NEGÓCIO CONSUMERISTA: CONSIDERAÇÕES ACERCA DE SEUS REFLEXOS JURÍDICOS, de Mariana Faria Filard e Thandra Pessoa de Sena; 7) A REGULAÇÃO DA PUBLICIDADE NO BRASIL E A NECESSIDADE DE PROTEÇÃO À CRIANÇA, de Karine Ferreira Mouta; 8) A REGULAÇÃO DAS FINTECHS DE CRÉDITO NO BRASIL: INOVAÇÕES E PERSPECTIVAS TRAZIDAS PELA RESOLUÇÃO 4.656/18 DO BANCO CENTRAL, de Rafael Rizzi e Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini; 9) AS (IN) CONSEQUÊNCIAS DO DESCUMPRIMENTO ABUSIVO DO CONTRATO ELETRÔNICO E A FUNÇÃO PUNITIVO-PREVENTIVA DA RESPONSABILIDADE CIVIL: O ENSEJO DA APLICAÇÃO DA SANÇÃO CIVIL, de Lucíola Fabrete Lopes Nerilo; 10) AS RELAÇÕES DE CONSUMO NO MERCADO SECUNDÁRIO DOS SNEAKERHEADS: PAIXÃO E

DINHEIRO DEFININDO COMPORTAMENTOS NA SOCIEDADE PÓS-MODERNA, de Mariana Rivero Araujo Silva e Lidiana Costa de Sousa Trovão; 11) CONSUMO E RISCO: A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR E AS PROPOSTAS DE ROTULAGEM DE ALIMENTOS NO BRASIL, de Carlos Alexandre Michaello Marques e Leonel Severo Rocha; 12) DA VULNERABILIDADE A HIPERVULNERABILIDADE: O IDOSO FRENTE AO MERCADO DE CONSUMO, de Thiago Schlottfeldt Nascimento da Cas; 13) DIREITO DO CONSUMIDOR E A DOUTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE, de Eliana Magno Gomes Paes e Gisele Santos Fernandes Góes Full; 14) FRONTAL: NOÇÕES E RELAÇÃO COM O PRIMADO DA TRANSPARÊNCIA NAS RELAÇÕES DE CONSUMO À LUZ DO CASO SPOLETO, de Thayla de Souza e Vivianne Rigoldi; 15) INOVANTE TECNOLOGIA E VELHAS PRÁTICAS: A RESISTÊNCIA JURÍDICA À OBSOLESCÊNCIA PROGRAMADA, de Flávio Henrique Caetano de Paula e Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do Amaral; 16) O COMÉRCIO ELETRÔNICO INTERNACIONAL E O CONFLITO DE LEIS NO ESPAÇO, de Manoela Bitencourt; 17) O EFEITO "MATRIOSCA": DESVENDANDO AS ESPECIFICIDADES DOS GRUPOS UNIVERSAIS HIPERVULNERÁVEIS DE CONSUMIDORES NAS RELAÇÕES JURÍDICAS DE CONSUMO, de Fernando Costa de Azevedo e Lúcia Dal Molin Oliveira; 18) OS CONTRATOS DE DEPÓSITO E A RESPONSABILIDADE CIVIL NA RELAÇÃO DE CONSUMO, de Jair Kulitch; 19) OS JUROS NA CONCESSÃO DE CRÉDITO BANCÁRIO: ANÁLISE A LUZ DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, de Eloy Pereira Lemos Junior e Letícia Camila de Melo Bahia; 20) PUBLICIDADE E PÚBLICO INFANTIL: A INFLUÊNCIA DAS MÍDIAS SOCIAIS E A PROTEÇÃO DA INFÂNCIA, de Ana Emília Bressan Garcia e Valdir Garcia dos Santos Junior; 21) RESPONSABILIDADE CIVIL PELO ARMAZENAMENTO DE DADOS INFORMÁTICOS – LEILÕES VIRTUAIS E COMPRAS COLETIVAS, de Vitor Greijal Sardas e Sergio Luís Tavares; 22) TUTELA DA PRIVACIDADE NA INTERNET: O PAPEL DO USUÁRIO, de Angelina de Seixas Nepomuceno. Em nosso GT, Direito, Globalização e Responsabilidade nas Relações de Consumo, objetivamos tratar dos tantos e necessários temas que envolvem as relações de consumo; mormente, no Brasil, e, ainda, quando a previsão Constitucional de defesa do consumidor; seja enquanto direito e garantia fundamental, seja enquanto Princípio da Ordem Constitucional Econômica; atingiu os trinta anos comemorados no último dia 05 de outubro de 2018. Festejamos; assim, os trinta anos de nossa Constituição da República Federativa do Brasil. Da mesma forma, destacamos o sempre pertinente Código de Defesa do Consumidor que completou seus 28 anos, em onze de setembro de 2018. Portanto, no Brasil, o consumidor tem garantias constitucionais e infraconstitucionais que, inclusive, vem sendo ampliadas seja pelos vereditos judiciais nos Tribunais, seja pelos PROCON´s, seja pela apreciação normativa da Secretaria Nacional do Consumidor – SENACON e, enfim, pela atuação de tantos Entes públicos e privados,

federados e municipalizados que somam esforços para a garantia do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor – SNDC. Novos são os desafios de mercado e inovadoras devem se as soluções administrativo-jurídicas para lidar com tantos problemas relacionados às relações consumeristas como: obsolescência programada, diferenciação de preços ao consumidor, hipervulnerabilidade do consumidor superendividado, massificação contratual, publicidade enganosa no negócio consumerista, regulação da publicidade, regulação das FINTECHS de crédito no Brasil, consequências do descumprimento abusivo do contrato eletrônico, relações de consumo no mercado secundário dos sneakerheads, proteção do consumidor e as propostas de rotulagem de alimentos no Brasil, consumidor e a doutrina da proteção integral da criança e do adolescente, transparência nas relações de consumo, comércio eletrônico internacional, contratos de depósito e a responsabilidade civil na relação de consumo, juros na concessão de crédito bancário, responsabilidade civil pelo armazenamento de dados informáticos e tutela da privacidade na internet. O GT estrutura-se pelo aprimoramento intelectual de seus participantes e a difusão de suas pesquisas seja nos Anais do Evento CONPEDI, seja nos periódicos da Plataforma Index Law. Ainda uma última palavra de júbilo pelo reconhecimento prestado pelos conpedianos a três grandes colaboradores do Direito Brasileiro, quais sejam, os Professores Doutores José Alcebíades de Oliveira, Florisbal Del Homo e Claudia Lima Marques; sendo que, Esta última, tantos serviços tem prestado à causa consumerista tanto em solo Pátrio como exógeno ao Brasil. Aliás, fazemos coro à sua luta para que a reforma dos currículos de Direito, ora anunciada, possa ser repensada no sentido de não esquecimento das Disciplinas relacionadas ao Direito do Consumidor.

Até Goiânia em 2019.

Profa. Dra. Mariana Ribeiro Santiago – UNIMAR

Prof. Dr. Rogério da Silva – UPF

Prof. Dr. Everton Das Neves Gonçalves - UFSC

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

RESPONSABILIDADE CIVIL PELO ARMAZENAMENTO DE DADOS INFORMÁTICOS – LEILÕES VIRTUAIS E COMPRAS COLETIVAS

CIVIL LIABILITY FOR STORAGE OF COMPUTER DATA - VIRTUAL AUCTIONS AND COLLECTIVE PURCHASES

Vitor Greijal Sardas
Sergio Luís Tavares

Resumo

Matéria controversa repousa na definição da responsabilidade daqueles que armazenam dados informáticos em rede de computadores. No presente artigo, mais do que buscar elencar o tratamento assistemático que o tema vem recebendo dos tribunais, objetiva-se apontar a necessidade de um regramento por parte do legislador sobre o tema, visto a multiplicidade de situações e interpretações que a velocidade que o comércio eletrônico nos impõe. Partimos para tanto de duas hipóteses que já nos são corriqueiras: os leilões virtuais e os sítios eletrônicos de compras coletivas, para, ao fim, chegarmos a muito mais inquietudes que certezas.

Palavras-chave: Responsabilidade civil, Armazenamento de dados, Comércio eletrônico, Leilões virtuais, Compras coletivas

Abstract/Resumen/Résumé

Controversial topic rests on the definition of the liability of those who store computer data in a computer network. In this article, rather than seeking to list the unsystematic treatment that the theme has been receiving from the courts, we aim to point out the necessity of regulation by the legislator on the subject, given the multiplicity of situations and interpretations that the speed that electronic commerce impose us. We start from two hypotheses that are already commonplace: virtual auctions and sites of collective purchases, so that, in the end, we reach much more concerns than certainties.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Civil liability, Data storage, E-commerce, Virtual auctions, Coletive shopping

1. **INTRODUÇÃO**

Acepções religiosas à parte, a Bíblia possui algumas passagens alegóricas que nos dão um manancial rico de ilustrações. Umas dessas passagens é aquela que traz Caim, após ter matado seu irmão, Abel, recebendo como complemento de sua pena um sinal divino para que ninguém o matasse. Assim é o Direito. Um sinal posto por toda a sociedade na fronte de todos, dando-nos guarida e proteção de todos que possam nos fazer algum mal.

A sociedade contemporânea, contudo, ágil em sua evolução, traz situações interessantes na qual a proteção vinda do Direito não se dá pela leitura simples da lei. Em algumas situações, a fonte do Direito não é inscrita de forma direta na norma.

Um dos exemplos mais atuais vem de nossa sociedade de consumo, qual seja a existência ou não da responsabilidade por conta do armazenamento de dados informáticos.

Partamos da análise da questão, de duas hipóteses corriqueiras no comércio atual: os leilões virtuais e os sítios eletrônicos de compras coletivas.

2. DAS REGRAS DE SOBREDIREITO

Sobre o tema, perfunctoriamente, cabe uma breve digressão acerca das regras de sobredireito.

As relações jurídicas informáticas ou aquelas estabelecidas por meio telemático são um dos principais exemplos contemporâneos da diluição das fronteiras. A internet transcende a geografia. Ainda que o telefone, o fac-símile, o rádio, a televisão também ultrapassem fronteiras, caberia questionar se, porventura, a comunicação feita por meio da informática distingue-se das demais formas telemáticas e conduz a novas relações no âmbito do Direito Internacional Privado.

Esta diluição espacial, deve-se apontar, se dá ao termo e com maior frequência, em ocorrências surgidas entre indivíduos vinculadas a sistemas jurídicos distintos, dado o caráter transnacional dos negócios jurídicos estabelecidos.

Nas relações obrigacionais, a opção legislativa brasileira toma como mais adequada a aplicação do direito que vigore no local de constituição da obrigação como aquele adequado para reger aquela situação (*lex loci celebrationis*). Nos contratos celebrados à distância, como aqueles estabelecidos telematicamente, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (anteriormente conhecida como Lei de Introdução ao Código Civil), em seu artigo 9º, *caput* c/c parágrafo 2º, toma como aplicável a lei do local onde se constituírem, tomado este onde se encontre o proponente.

Cabe apontar, neste ponto, que se exclui do tópico aqui tratado, os casos de acidentes de consumo, visto que a regra de sobredireito aponta para o local onde deu-se o ilícito (*lex loci delicti commissi*).

Situação mais interessante circunscreve-se na hipótese de prestação de serviços. Se os serviços contratados se dão com prestador estrangeiro, por meio telemático, mas prestados no Brasil, seria aplicável a regra de sobredireito apontada pelo Direito Internacional Privado. Entretanto se os serviços são prestados fora do país com prestadores que igualmente estão estabelecidos fora do país, tem-se como única vinculação ao sistema interno o fato do consumidor encontrar-se no Brasil .

A ilustre professora de Direito Internacional Privado e uma das principais autoridades no campo do Direito do Consumidor, Cláudia Lima Marques, questiona, com propriedade, se "o ordenamento jurídico brasileiro está preparado para esta internacionalização das relações de consumo, em especial pela Internet" (in MARQUES, 2002. Página 121). Após, conclui:

> "Como em matéria de consumo, a lei brasileira material determina que o proponente é sempre o fornecedor (art. 30 do CDC), teríamos sempre, se usado o art. 9º, §2º, da LICC/42) (sic), a aplicação da lei do lugar de residência do fornecedor para reger os contratos à distância, mesmo os de consumo, como os contratos do comércio eletrônico de consumo. Observar-se-ia, pois, uma forte incoerência do Direito Internacional Privado brasileiro, que ao invés de proteger o sujeito constitucionalmente identificado e seus direitos fundamentais (art. 5.º, XXXII, da CF/88), privilegiaria o fornecedor com sede no exterior." (in MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais. 4ª edição revista e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. Página 129)

A citada professora traz-nos a dissonância doutrinária e jurisprudencial no que se refere à aplicabilidade da norma protetiva brasileira, de um lado considerando-a aplicável imperativamente e considerando qualquer norma alienígena como afrontante ao direito interno e à ordem pública, doutro, aplicando-se as normas de Direito Internacional Privado acima descritas.

A opção daquele que observa o Direito dar-se-á pelo fato de que a ordem pública não é característica da norma jurídica, sendo exógena a esta, mas que, ainda assim, impede a aplicação de leis estrangeiras indicadas pelas regras de conexão, em que sendo inaplicável a *lex causae* (seja por a lei estrangeira admitir algo inadmissível, seja por inadmitir algo admissível), substituindo-a pela *lex fori*.

Tem-se, pois, que ambas as interpretações tem critérios justos de avaliação, sendo que a definição pelo posicionamento legislativo aparece como meio ideal de solução de tal controvérsia, especialmente como elemento acautelatório do sistema protetivo brasileiro dado aos consumidores.

Verificada a necessidade do microssistema de Direito do Consumidor ter em seu bojo uma regra de conexão que a semelhança de seu todo garanta a proteção daquele tido por hipossuficiente, cabe aferir o âmbito desta regra de conexão.

Ainda que o caráter transnacional do direito do consumidor surja preponderantemente com as negociações advindas do denominado comércio eletrônico, não se tem que as relações transnacionais de consumo se deem exclusivamente por tal modo. Assim sendo, ainda que seja pertinente tratarmos, ao analisar o comércio eletrônico, da necessidade de uma regra de conexão voltada ao Direito do Consumidor por ser esta a hipótese em que tais relações transfronteiriços se apresentam mais latentes, não significa que a regra de Direito Internacional Privado deva se restringir às relações jurídicas estabelecidas desta forma.

Desta feita, ainda que a problemática da necessidade de uma regra de conexão incidente ao Direito do Consumidor apareça com mais força da questão do comércio eletrônico, deve tal regra imperar sobre todas as relações transfronteiriças do microssistema, buscando-se assegurar a uniformidade de soluções a problemas idênticos, ainda que dadas por formas de contratação distintas.

Ultrapassada tal necessidade de definição legislativa, remete-se sobre o tema as disposições contidas no Regulamento (CE) nº 593/2008, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de Junho de 2008, sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (Roma I), no qual, de acordo com a legislação européia de defesa do consumidor, quando este celebra um contrato com um comerciante estrangeiro não pode ser privado da proteção conferida pelas leis imperativas do seu país de residência, razão pela qual um comerciante que deseje vender além das fronteiras, terá que suportar com os custos (legais e comerciais) para certificar-se que observa o nível da legislação de defesa do consumidor no país.

Tem-se que a citada norma européia possui aspecto bilateral ("artigo 5º. (...) são regulados pela lei do país em que o consumidor tem a sua residência habitual"), vinculando-se a legislação aplicável ao local de residência do consumidor seja qual for. Critério razoável, considerando-se ser uma norma supranacional.

Sobre este ponto, analisando a técnica legislativa aplicável às regras de conexão, opta o Direito brasileiro ora por normas unilaterais - entendendo que o legislador só tem competência sobre suas próprias leis, não lhe cabendo atribuir competência a outro legislador -, ora por

normas bilaterais . Sendo a característica da norma proposta incidente sobre aspectos obrigacionais, e não relativas ao estatuto pessoal, tem-se mais apropriada a expressão "domiciliado no Brasil" e afastando-se a expressão "domiciliado no país", visto que esta, indeterminando, poderia gerar interpretação multifária.

No caso em tela, teríamos, pelo exposto acima, algumas soluções possíveis para a norma de natureza conflitual, tais como crer mais adequado o local de execução do serviço, o local onde se situe o produto, o local onde forma-se o contrato, dentre tantas outras opções. Tal opção legislativa haverá de ser *vis a vis* uma opção de caráter valorativo. Inclui-se nessas opções, aquela seguida pela maioria dos países, a do local de domicílio do consumidor, tomando esta hipótese como a que se apresenta mais efetiva prevenção e reparação de danos que porventura aquele tido por hipossuficiente pode vir a sofrer , resguardando-se ainda a autonomia da vontade das partes, quando servir de maior garantia ao consumidor .

Melhor dispor a norma de Direito Internacional Privado exclusivamente nas hipóteses em que venha ela a ser aplicável, deixando as demais hipóteses de responsabilização, em especial a que prevê a responsabilidade por defeitos no fornecimentos de produtos ou na prestação de serviços, à solução geral aos casos de danos por ilícitos fornecida pelo artigo 9º, do Decreto-Lei 4.657, de 14 de setembro de 1942, optando-se pela *lex loci delictus*.

Assim sendo, tendo em vista a limitação da incidência desta norma de sobredireito específica aos casos de vícios de fornecimentos de produtos ou de prestação de serviços, não se mostra adequado apor a regra de conexão na parte introdutória do Código, devendo a regra ser apontada apenas nos dispositivos em que venha ela a ser aplicável.

3. OBSERVAÇÃO TERMINOLÓGICA

Cabe trazer, ainda perfunctoriamente, a distinção formulada pelo professor titular da Universidade de São Paulo, Newton de Lucca, acerca da distinção entre contratos informáticos e contratos telemáticos.

Os primeiros, contratos informáticos, trazem os bens e os serviços de informática como sendo o objeto do contrato, enquanto nos contratos telemáticos os meios de telecomunicação, dentre os quais a informática, apresentam-se como meio de formação contratual[1].

[1] Anote-se as ressalvas formuladas pelo citado professor de indistinção de termos no direito peninsular, considerando os *contratti d'informatica* englobando tanto os *contratti de utilizazione del computer* e os *contratti informatici* (*in* DE LUCCA. 2003. Página 20).

Tem-se, ante a precisa distinção, que apenas os contratos telemáticos surgem como algo característico da atual sociedade da informação.

Os contratos informáticos, *prima facie*, não exigem um regramento que os distingam dos demais contratos, razão pela qual se tem que o tratamento dado pelo Código Brasileiro de Defesa do Consumidor às relações de um modo geral, já incorporam contratos cujos objetos são os bens e os serviços de informática, ainda que se apresentem, vez por outra, como complexos de contratos englobando em si uma faceta telemática.

Considerando a rapidez com que se criam novas formas de contratação especialmente por via informática, torna-se necessário que o direito afaste-se ainda mais de hipóteses concretas, aproximando dos corolários principiológicos que busque assegurar.

Neste sentido, torna-se necessário verificar se as relações jurídicas estabelecidas por via informática podem ser equiparadas às demais contratações formadas através de meios telemáticos.

A comunicação por meio da *internet* torna mais evidente os desafios aos quais os modelos tradicionais de governança e regulação têm hodiernamente enfrentado.

Para o propósito de regulação da forma de contratação por meio informático, a comunicação pela *internet* não pode ser adequadamente comparada ou contrastada a outras formas de comunicação meramente tomando-se uma de suas características. Ao contrário, é a combinação de características que torna única a comunicação pela *internet* quando comparada a outros meios de comunicação telemática[2].

O uso de analogias, comumente, apresenta-se uma demonstração um tanto limitada dos fenômenos. Com referência à *internet*, usualmente, há a comparação à "rodovia da informação", pela figura metafórica da velocidade das informações transitadas e ao modo pelo qual estas informações se integram. Esta analogia, entretanto, passa ao largo do aspecto de regulação das informações transmitidas, esvaindo o interesse no tópico aqui tratado.

Em um nível mais generalizado, pode se desenhar uma analogia entre a *internet* e os meios tradicionais de comunicação, ainda não sendo passível de conclusão de qual seria o meio que lhe seria mais próximo (se seria a telefonia, ou a radio-difusão).

A confusão que usualmente se faz entre a comunicação pela *internet* dos demais meios de comunicação se dá, especialmente, por um aspecto histórico que cabe aqui fazer menção.

Antes do advento da internet, propagou-se entre os operadores de computação um serviço denominado *bulletin board system* (ou como ficou conhecido: BBS). Através deste

[2] A guisa de exempo, por outro meios de comunicação telemática, citamos a contratação por via telefônica, contratação por fac-símiles, contratação pela televisão *etc*.

sistema, conectava-se uma série de computadores equipados com um *modem* através de linha telefônica, utilizando um mesmo programa de emulação de terminal, permitindo a interação entre as máquinas.

Se de um lado, torna-se necessário prever os negócios estabelecidos por meio da informática, doutro, deve se prever negócios estabelecidos por meios telemáticos distintos.

A característica individual da *internet*, entretanto, é distinta. Origina-se em grande parte de sua arquitetura técnica, que funciona como uma série de camadas sobrepostas mas, ainda assim, independentes dos demais componentes. Os protocolos técnicos que formam a base da *internet* são abertos e flexíveis, a fim de que virtualmente qualquer rede particular possa se conectar e compartilhar dados com outras redes (daí até mesmo o nome *internet*).

Assim, os serviços obtidos através da *internet* (tais como a *World Wide Web* ou o correio eletrônico) são dissociados de qualquer infra-estrutura subjacente.

Se a conexão a redes de computadores por meio da telefonia, apresentou-se um fluxo que desaguou na *internet*, novos serviços (como telefonia via internet) apresenta-se um contra-fluxo sem que isto represente uma necessária mudança nos protocolos de transmissão.

A estabilidade da arquitetura da *internet* (e a consequente grande probabilidade de sua permanência por ainda um largo tempo) está no fato de que a arquitetura da *internet* utiliza-se de uma conexão que adapta ao sistema de roteamento, dissociada, portanto, do canal pelo qual seja estabelecida conexão de cada servidor individual. Para que isto seja possível, o tráfego de dados na *internet* é dividido em "pacotes" que são roteados dinamicamente entre vários pontos com base na rota mais eficiente a qualquer momento, através de uma rede *hosts* que se comunicam livremente, revelando assim a natureza fractal da rede (sendo esta natureza fractal, possivelmente, a principal característica que a distingue arquitetamente dos demais meios de comunicação).

Deste padrão de distribuição fractal, surgem aspectos técnicos que impedem a equivalência completa entre a comunicação pela internet e os demais meios.

Ainda que sempre imprecisa qualquer tentativa de definição da *internet* e a peculiaridade deste meio de comunicação, é de se verificar que a convergência entre a *internet* e os demais meios de comunicação, através da tendência de digitalização que a evolução tecnológica exige[3].

---

[3] Cite-se a teoria evolucionista a respeito de hardware denominada Lei de Moore, no qual o presidente da empresa Intel, Gordon Moore, previu com sucesso o seguinte: "*the complexity for minimum component costs has increased at a rate of roughly a factor of two per year ... Certainly over the short term this rate can be expected to continue, if not to increase. Over the longer term, the rate of increase is a bit more uncertain, although there is no reason to believe it will not remain nearly constant for at least 10 years. That means by 1975, the number of components per integrated circuit for minimum cost*

Uma regulação ao comércio eletrônico, diante da estrutura da *internet*, não deve conduzir a padrões determinados ou a redes fechadas capazes de serem contraproducentes ao vigor da internet, ao mercado de provedores de serviços de *internet*, ou ao mercado de infraestrutura de telecomunicações.

Tem-se, portanto, que a regulação aos negócios de consumo estabelecidos pela *internet* deva seguir o critério mínimo de regulamentação, estendendo os aspectos principiológicos do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor ao ambiente virtual, tendo por meio legislativo a escalabilidade, ou seja, não se opondo ao crescimento da *internet*, mas incentivando-o, ainda que regrando deformações de seus mecanismos.

É de se lembrar, ainda, que o crescimento da internet não se dá preponderantemente por políticas públicas. A denominada inclusão digital não surge, via de regra, por manifestações governamentais. A fórmula mais simples de integrar os indivíduos ao domínio tecnológico dá-se pelos influxos dão-se pelas pressões econômicas e tecnológicas[4]. São estas pressões que impulsionam o crescimento da *internet* e que, portanto, salvo no caso de excessos, não podem ter a regulação pelo Estado como fator de sua limitação. O Estado deve, em realidade, incentivar a concorrência e limitar ao máximo a regulação.

4. RESPONSABILIZAÇÃO DO PROVEDOR DE SERVIÇO DE ARMAZENAGEM

Se por um lado, temos o claro exemplo da legislação portuguesa que inspira e dispõe que "o prestador intermediário do serviço de armazenagem em servidor só é responsável, nos termos comuns, pela informação que armazena se tiver conhecimento de actividade ou informação cuja ilicitude for manifesta e não retirar ou impossibilitar logo o acesso a essa informação" (artigo 17, n. 1, do Decreto-Lei 7/2004), temos opiniões abalisadas que defendem a irrestrita responsabilização do provedor de armazenagem (*e.g.* FERNANDES NETTO. 1998. Volume II. Página. 551).

Contudo, parece-nos partamos de uma posição intermediária, sendo certo que não se distingue aqui na questão os casos de armazenagem principal e de armazenagem intermediária (mais conhecida pela expressão inglesa *catching*).

Tratemos da questão versando sobre duas formas de contratação que vem sendo muito usuais no comércio eletrônico: o leilão virtual e os sítios eletrônicos de compras coletivas.

---

will be 65,000. I believe that such a large circuit can be built on a single wafe" (*in* MOORE, 1965). Em sentido análogo, mas com referência às telecomunicações, tem-se a Lei de Metcalfe.

[4] Haja vista a exigência do mercado de trabalho pelos conhecimentos de informática.

Embora tenha sido revestido nele um senso comum representado por uma das muitas espécies de leilão que consuetudinariamente veio a ser consagrada, sem que, com isto, signifique dizer que as demais modalidades de leilão não existam ou que seriam inaplicáveis.

Sob a ótica da economia, os professores da Universidade de Ontário Preston McAfee e John McMillan conceituam o leilão da seguinte forma: "*an auction is a market institution with an explicit set of rules determining resource allocation and prices on the basis of bids from market participants*" (MCAFEE. 1987). Os motivos pelos quais pode se optar pelo leilão e não pela venda direta são os mais variados. Uma destas opções seria pelo fato de que alguns produtos não possuem valor encontrado facilmente no mercado, sendo definido pela procura e não pela oferta. Muitas vezes, alguma das partes sabe alguma coisa relevante para a operação que a outra parte não sabe. Essas condições assimétricas de informação, presentes nas atividades econômicas, justificam o leilão.

O economista da escola austríaca Frederick August von Hayek critica teorias que pretendem descrever o sistema de preços, mas partem do pressuposto que os indivíduos têm em formação simétrica. Toma o autor que o caráter peculiar do problema de uma ordem econômica racional é determinado precisamente pelo fato de que o conhecimento das circunstâncias de que nós devemos fazer uso nunca existe de forma integrada, mas como pedaços de um conhecimento incompleto e freqüentemente contraditório que todos os indivíduos separados possuem. O problema econômico da sociedade é, portanto, não meramente um problema de como alocar os dados a fim de formar um pensamento único que deliberadamente possa resolver um problema com base nessas informações imperfeitas, mas de garantir a melhor utilização dos recursos conhecidos a qualquer um (HAYEK. página 519)

Sob esta ótica, é de se apontar que se mostram pungentes os avanços na teoria microeconômica relativos à modelagem do comportamento estratégico sob um cenário de informação assimétrica. Uma parte deste programa de pesquisa mais ampla é a teoria dos mecanismos de leilões, que oferece uma estreita implicação com o sistema de preços sob assimetrias de informação.

No leilão, assim como na teoria dos jogos em geral, durante o processo de formação de preços existe uma incerteza considerável, resultando em cada vendedor enfrenta uma curva de demanda com inclinação para baixo ou de cada comprador enfrentando uma curva de oferta com inclinação ascendente. Durante este ajuste para o equilíbrio competitivo, abre-se caminho para formação teórica que forneça um modelo explícito de tomada de preço. Uma razão menos marcante, mas de feições mais práticas para o estudo de leilões é que estes são de importância empírica considerável, conforme lembrado pelo economista Klemperer, a teoria dos leilões é

importante pelas razões mais diversas, seja pelo grande volume de transações econômicas são realizadas, seja porque os leilões são simples e com um ambiente econômico é bem definido, seja por que na teoria dos leilões alcança-se um melhor entendimento de outros métodos de formação de preços.

O modelo de leilão baseado em valores correlatos agrega elementos do modelo de valor privado e do modelo de valor comum. Nele, o valor que cada participante atribui ao bem pode ser influenciado por informações sobre as avaliações dos outros participantes.

O formato dos leilões está dividido quanto à apresentação dos lances e à informação dos participantes durante sua realização. Quanto aos lances, os leilões podem ser ascendentes ou descendentes. Nos ascendentes, o valor do lance aumenta a cada rodada, em geral, lentamente, como no caso do leilão inglês. Nos descendentes, o valor do lance diminui, também quase sempre lentamente, como no caso do leilão holandês. Quanto à informação, os leilões podem ser abertos ou fechados. Nos leilões abertos, os participantes têm acesso imediato aos valores ofertados pelos demais participantes, como nos leilões inglês e holandês. Nos leilões fechados (ou selados), os participantes desconhecem o valor ofertado pelos demais participantes, como no caso dos leilões selado de primeiro preço e selado de segundo preço. O mais comum é o aberto ascendente.

As espécies de leilões mais utilizados são de quatro tipos: o leilão inglês (também chamado de oral, aberto ou ascendente), o leilão holandês, o leilão selado de primeiro preço e o leilão selado de segundo preço (também conhecido como Vickrey).

Comecemos pelo o leilão inglês. Quatro tipos básicos são usados quando um item único deve ser comprado ou vendido: o leilão Inglês (também chamada de oral, abrir ou ascendente licitação leilão), o holandês (ou descendente lance) do leilão, leilão de oferta pelo primeiro preço selado e o leilão de oferta pelo segundo preço selado.

O leilão Inglês é a forma de leilão mais utilizada para a venda de mercadorias. Neste tipo, o preço é elevado, sucessivamente, até que se levante apenas um licitante. Isso pode ser feito com um leiloeiro a anunciar preços, ou por ter chamado os licitantes os lances por si, ou por ter apresentado propostas eletronicamente com a oferta atual melhor postado. A característica essencial do leilão Inglês é que, em qualquer ponto do tempo, cada licitante sabe que o melhor nível de renda da oferta corrente. Modalidade mais comum de leilão no meio físico também o é no meio virtual (*e.g.* nos sítios eletrônicos Allegro, Apex auctions, Auctionair, Bidorbuy, Bidtopia, The Debt Exchange, eBay, eBid, e3buy, GunBroker.com, Heritage Auction Galleries, Hobby Markets Online, icybid.com, Lixtor, Manion's,

MercadoLivre.com, municibid.com, Overstock.com, Oztion, Prosper.com, SalvageSale, Inc., TradeMe, Tradus (antigo QXL), uBid, Vatera, Vonality.com e Yahoo!)

Segue-se o leilão holandês. O leilão holandês é o oposto do leilão Inglês. O leiloeiro exige um preço inicial elevado e, em seguida abaixa o preço, até que algum licitante aceite o preço atual. O leilão holandês é usado, pelos costumes, para a venda de flores na Holanda, os peixes em Israel, e de tabaco no Canadá.

Outra espécie de leilão é aquela cujo lance é selado, nos potenciais compradores apresentam suas propostas seladas e no qual arremata aquele cuja proposta tenha o lanço mais elevado. A diferença básica entre o preço do primeiro leilão de lance selado e o leilão Inglês é que, com o leilão inglês, os licitantes são capazes de observar os lances de seus rivais e, consequentemente, se quiserem, reverem os seus próprios lances. Já com o leilão de lances fechados cada concorrente pode apresentar apenas uma proposta. Estes leilões de primeiro preço de lances fechados são costumeiramente utilizados na realização de leilões de minérios nos EUA, para aquisição de terras de propriedade do governo, ou, algumas vezes, usados na venda de obras de arte e imóveis.

Sobre o leilão cujo preço tem-se da segunda oferta selada, os licitantes apresentam propostas seladas tendo sido dito que o maior lance ganha o item, mas paga um preço igual, não a sua própria candidatura, mas para o segundo lance mais alto. Embora este leilão útil propriedades teóricas, raramente é utilizado na prática.

Muitas variações destes quatro tipos básicos de leilões são utilizadas, inclusive nos leilões eletrônicos. Por exemplo, o vendedor, por vezes, impõe um preço de reserva, rejeitando todas as propostas que lhe forem consideradas muito baixas. Os licitantes só são autorizados por um período limitado para a apresentação de propostas. O leiloeiro pode cobrar uma taxa de entrada aos licitantes pelo direito de participar. O pagamento pode ser feito para não dependem somente lances, mas também em alguma coisa relacionada com o verdadeiro valor do item, como é conseguido através de *royalties*. Em um leilão Inglês, o leiloeiro, por vezes, apresenta um incremento mínimo aceitável para a maior oferta já existente. O vendedor pode, em vez de vender o item como uma unidade, a oferta de ações à venda no item.

Tomamos ainda o aponte a um quinto modelo de leilão, surgido como canal de vendas por televisão e telefone, sob o nome de Telebid, e depois adaptado aos campos da *internet* (sob o nome de Swoopo), tem o critério de avaliação dos ofertantes dado de uma forma muito mais afastada de critérios racionais e muito mais próxima de uma tomada de decisão por impulso.

O sítio eletrônico Swoopo, sediado na Alemanha, funciona da seguinte forma: a fim de participar de um leilão, os utilizadores registrados devem primeiro adquirir uma certa quantidade

de créditos, chamados de *bid-credits*. Na versão estadunidense do sítio o *bid-credit* custa US$ 0,60 cada e são vendidos em lotes (chamados *BidPacks*). Os leilões comuns começam com todos os bens avaliados em um preço de abertura de US $ 0,12. O segredo deste sítio e o que o diferencia dos demais é que, ao se dar o lance, não apenas se aumenta o preço do item, mas se estende o tempo do leilão por mais 20 segundos, o que vincula o ofertante não apenas à sua compra por impulso, inicialmente atraída pelos preços baixíssimos dados aos bens, mas pelo apego do ofertante ao valor gasto pelos lanços dados[5].

Visto as espécies mais comuns de leilão, em especial eletrônicos, a nosso estudo surge o questionamento se dada à diversidade de tipos de leilões, o que determina que uma forma de leilão seja escolhida.

A assimetria de informação é o elemento crucial do estudo do leilão. No caso de informação perfeita, o problema é facilmente resolvido, dada a capacidade de fazer compromissos, o organizador do leilão extrai de todos os ganhos do comércio. Entretanto, como os candidatos licitantes respondem na incerteza, suas atitudes dependem de risco. Diga-se de passagem, que as atitudes de risco também pertencem ao vendedor, pois também a este importa a venda, mas que, por aferição teórica assume-se em atribuir ao vendedor o risco neutro). Um ponto relevante advindo das teorias econômicas, em especial da teoria dos jogos, é se tomar que os licitantes se mostram dispostos a pagar preços mais elevados em troca de sua abrigá-los do risco.

Ainda que com a ciência da importância do processo integrativo das ciências e que a visão dos institutos jurídicos sob a ótica das ciências econômicas é sobremaneira relevante, não se tem no presente trabalho intenção de alongar na incidência econômica cuja análise requereria quiçá um trabalho a parte.

Ao interessado no processamento da venda por leilão, é tentadora a indagação de qual dos quatro tipos de leilão simples deveria escolher. A este questionamento, partindo dos modelos de referência, Preston McAfee e John McMillan respondem de forma surpreendente: não importa (p. 707). Cada uma das formas de leilões, os rendimentos apresentar-se-iam na mesma média para o vendedor, considerando-se que a cada tipo de leilão os concorrentes atuam de forma diferente em decorrência das situações diferentes de leilão.

Assim, o sítio onde se desenvolve o leilão eletrônico opta pela fórmula de leilão que pretende utilizar, se mais agressivo ou não. É interessante observar que a fórmula de

[5] Sobre este sítio eletrônico de leilões, sob o título de "*At Swoopo, Shopping's Steep Spiral Into Addiction*", tem a notícia do jornal estadunidense *Washington Post* (*in* http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2009/07/11/AR2009071100684.html?hpid=sec-tech).

remuneração escolhida pelos sítios eletrônicos é fator determinante para a escolha da forma de leilão. Se remunerados apenas pela quantidade de vendas efetuadas, através de um percentual do bem arrematado, segue-se, usualmente, formas menos agressivas de abordagem. Entretanto, se a remuneração se dá pela quantidade de lanços, a forma seguida de leilão torna-se mais agressiva.

Trazendo algumas variações, tem-se outro exemplo muito atual: as compras realizadas por sítios eletrônicos de compras coletivas.

Surgidos em meados do ano de 2010, os *sites* de compra coletiva apresentam-se como a fórmula da moda dos negócios celebrados pelo uso da informática e algumas situações paradoxais merecem atenção.

Antes de mais nada, é importante distinguir sítios eletrônicos de compra coletiva dos sítios eletrônicos de clubes de descontos. Enquanto os primeiros necessitam para a finalização do negócio uma quantidade mínima de consumidores contratando, os sítios eletrônicos denominados de clubes de desconto, não.

Sobre o direito de arrependimento, imaginemos uma hipótese em que uma quantidade expressiva de consumidores exerça seu direito de arrependimento a ponto de levar o número de contratações a um número inferior àquele estabelecido como mínimo (situação esta que só acontece nos sites de compras coletivas e não nos de clubes de desconto). Haveria possibilidade do fornecedor do produto ou prestador de serviços rescindir o negócio estabelecido entre os demais consumidores? A resposta imediata é que não. Deve se buscar a proteção irrestrita ao consumidor, além do que o exercício do direito de arrependimento é algo que é inerente ao risco do empreendimento. Entretanto, a situação não haverá de ser tão pacífica. Na hipótese de desfazimento do negócio, o Código do Consumidor prevê que o fornecedor do produto ou prestador de serviços poderá sim rescindir os negócios estabelecidos com seus consumidores, desde que a estes sejam conferidos a estes os mesmos direitos. Estes mesmos direitos traduzir-se-iam, obviamente, no já citado direito de arrependimento. Ou seja, o direito de arrependimento a um só tempo serve de garantia para o consumidor, mas, a um só passo, posta-se como uma escapa de Dâmocles, permitindo ao fornecedor do produto ou do serviço romper o vínculo estabelecido.

Outro problema que já vem ocorrendo nos sítios eletrônicos de compra coletiva, se dá pela venda de um número excessivo de cupons de desconto (haja vista que há um número mínimo de vendas, mas nem sempre um número máximo), que não permita, especialmente os prestadores de serviço, atender todos os adquirentes.

Se o comércio por compras coletivas é algo relativamente novo no Brasil, não o é em outros países. Na análise do mercado, especialmente o estadunidense, é possível se prever situações que podem advir dos negócios ocorridos no Brasil.

Nos Estados Unidos surgiram algumas ações coletivas contra sítios eletrônicos de compras coletivas, usualmente tendo um objeto único: o prazo de validade dos cupons de desconto demasiadamente curtos (alguns expirando no mesmo dia), com a finalidade precípua de fazer propositalmente com que o consumidor não consiga dele se utilizar.

Cabe, pois, neste ponto, definir-se a responsabilidade dos sítios eletrônicos de compras coletivas perante consumidores que formam vínculos contratuais com fornecedores de produtos e prestadores de serviços.

A comparação que usualmente se faz de páginas eletrônicas de leilões virtuais e de compras coletivas, buscando equipará-las a classificados de jornais, e que encontram albergue em parte da jurisprudência nacional, revela-se, diante do aspecto de paga aos prestadores de serviço de armazenagem destas páginas, apenas em uma pequena parte correta.

A fim de pacificar o entendimento que ainda não encontra remanso, justifica-se seu tratamento legal.

Como se disse inicialmente, não se busca regular ou controlar as redes de computadores ou qualquer outro dos demais meios de comunicação telemática. Isto não significa dizer que as atividades comerciais que se valem deste meio de comunicação não devam ter seus negócios regrados pelo ordenamento jurídico em favor da defesa daquele tido por hipossuficiente.

Evidentemente que as relações jurídicas estabelecidas no campo do espaço negocial eletrônico , não se encontram dissociadas das demais fórmulas de contratação, sendo-lhe apenas o meio no qual se consubstancia como sendo algo peculiar.

Dispõe o artigo 11, da Lei modelo da UNCITRAL sobre comércio eletrônico , que "salvo disposição em contrário das partes, na formação de um contrato, a oferta e sua aceitação podem ser expressas por mensagens eletrônicas. Não se negará validade ou eficácia a um contrato pela simples razão de que se utilizaram mensagens eletrônicas em sua formação".

Desta proposta de norma, tem-se que não adquire relevância jurídica a caracterização do contrato telemático como sendo firmado "entre ausentes" ou "entre presentes", já que o aspecto relativo à formação do contrato vincular-se-á, não ao aspecto geográfico dos contratantes, mas à simultaneidade ou não da aceitação da oferta. A determinação do momento da formação contratual tem sua importância advinda de seu critério temporal e não de uma eventual dissociação espacial entre os contratantes.

5. MOMENTO DE FORMAÇÃO DOS CONTRATOS INFORMÁTICOS

Sobre a importância da definição do momento da formação dos contratos nos quais os contratantes manifestam suas vontades em momentos distintos, a contratação por correio eletrônico apresenta-se distinta dos demais meios telemáticos, por faltar-lhe o aspecto da instantaneidade, assim como se distingue da correspondência postal, por faltar-lhe o pressuposto de um serviço postal na qual as partes podem razoavelmente confiar.

Aos contratos telemáticos, sejam eles intersistêmicos, interpessoais ou interativos, observadas as considerações expostas necessárias por versar a matéria ao campo do Direito do Consumidor, apresenta-se pertinente e integrada ao restante do sistema jurídico brasileiro, o teor do enunciado 173, da III Jornada de Direito Civil, organizada pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal. Diz o referido enunciado que "a formação dos contratos realizados entre pessoas ausentes, por meio eletrônico, completa-se com a recepção da aceitação pelo proponente".

Assim, conclui-se que, antes mesmo de indicação acerca da responsabilidade civil do provedor de armazenamento de dados informáticos, torna-se preliminar a definição de responsabilidade específica do fornecedor na formação dos contratos telemáticos.

A remissão à necessidade de integridade de formação e armazenamento do contrato, assim como da necessidade de identificação do consumidor, inspira-se na regra disposta no artigo 1.316-1, do Código Civil francês, e, ao indicar como requisito para sua formação a integridade na elaboração e armazenamento, passa a indicar, ainda que não como seu modo exclusivo, a eventual necessidade de criptografia pelo fornecedor das mensagens trocadas entre os contratantes.

6. CONCLUSÃO

Busca-se com o presente artigo trazer muito mais do que certezas de um estado da arte consolidado, apontara ausência de regramento que existe no cenário pátrio. Diante de diversos conceito importantes e muito voláteis, cabe que sejam e permaneçam em aberto. De forma intencional não se deve pretender definir quais seriam as condições que assegurariam a integridade do contrato telemático a ser promovido pelo fornecedor de produto ou serviço. Justifica-se esta norma em branco com o exemplo clássico da responsabilidade da instituição bancária aos casos em que terceiros (conhecidos pela forma inglesa de *hackers*) fraudam e subtraem valores de consumidores. Acerca do chamado as operações bancárias no espaço virtual hoje podem ser dar basicamente de três formas. A primeira, conhecida pela expressão inglesa de *internet banking*, pode se dar pelo uso de computadores pessoais, telefones móveis

e televisores interativos. O segundo modo, usualmente conhecido pela expressão home banking, pode se dar por meio de computadores pessoais residenciais ou pelos chamados *telephone banking* (seja em áudio, seja em vídeo-textos). Por fim, como terceira hipótese, há o serviço de operações bancárias no espaço virtual providos por caixas de antendimento automáticos. Em todos estes modos de operações bancárias há fórmulas já conhecidas e outras tantas que irão existir pelos quais terceiros podem criminosamente subtrair importâncias de correntistas. Desta forma, deixando-se o conceito em aberto, àquele que vier a analisar o caso concreto caberá verificar se foram ou não tomadas as condições que na ocasião eram previsíveis de o serem pelo fornecedor.

Assim, ainda no campo da formação contratual, toma-se como de capital importância a previsão da responsabilidade do fornecedor na guarda de dados pessoais do consumidor, urge alguma previsão legal no tocante ao resguardo dos dados pessoais do consumidor por ocasião da contratação telemática.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DE LUCCA, Newton. Aspectos da contratação informática e telemática. São Paulo. Saraiva. 2003.

FERNANDES NETTO, Antonio Joaquim. Responsabilidade do provedor “Internet”. Revista Ajuris. Edição Especial. Março de 1998. Volume II. Página. 551.

HAYEK, F. A. V. The use of knowledge in society. American Economics Review, p. 505-524, Setembro 1945.

MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais. 4ª edição revista e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

MCAFEE, P. &. M. J. Auctions and bidding. Journal of Economic Literature, New York, v. 25, p. 699-738, Junho 1987.

MOORE, Gordon. "*Cramming More Components onto Integrated Circuits*," *Electronics Magazine.* Vol. 38, nº 8. 1965.