

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO DO CONSUMIDOR E DIREITOS FUNDAMENTAIS

Dax Barreto Bogo

USOS, COSTUMES E BOA-FÉ OBJETIVA NA INTERPRETAÇÃO DE
CONTRATOS DE CONSUMO CELEBRADOS VIA INTERNET

Porto Alegre
2016

Dax Barreto Bogo

USOS, COSTUMES E BOA-FÉ OBJETIVA NA INTERPRETAÇÃO DE
CONTRATOS DE CONSUMO CELEBRADOS VIA INTERNET

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado como pré-requisito para
obtenção do título de Especialista em
Direito do Consumidor e Direitos
Fundamentais pela Faculdade de Direito
da Universidade Federal do Rio Grande
do Sul.

Orientador: Prof. Dr. Bruno Nubens
Barbosa Miragem

Porto Alegre
2016

Dedico este trabalho a todos os consumidores que já se viram impotentes frente a decisões arbitrárias de fornecedores.

“Quando um indivíduo é lesado nos seus direitos, deve perguntar-se se ele os sustentará, se resistirá ao seu adversário, e por consequência se ele lutará, ou se efetivamente, para escapar à luta, abandonará, cobardemente, o seu direito.”
(IHERING, 2009)

RESUMO

Este trabalho objetiva analisar as características dos contratos de consumo celebrados via internet, bem como se os usos, costumes e a boa-fé objetiva sofrem alguma influência quando aplicados no meio eletrônico, em particular quando há necessidade de se interpretar um contrato segundo esses vetores. A metodologia consiste em pesquisa bibliográfica de publicações consagradas e artigos contemporâneos relevantes e o estudo da jurisprudência das cortes superiores. Nossas hipóteses levantadas: que o contrato eletrônico de consumo possui especificidades que dificultam sua interpretação; que a boa-fé objetiva, em especial os deveres acessórios, impõe padrões de conduta objetivos valiosos para a tarefa da interpretação; que as características únicas da internet podem provocar desdobramentos específicos dos deveres da boa-fé objetiva, que os usos e costumes, embora lapidados através de longo período nos demais campos do direito, são estabelecidos mais precocemente no Direito Digital; que os usos e costumes, por registrarem práticas reiteradas no tempo, comuns, conhecidas e aceitas socialmente, estabelecem padrões de conduta objetivos valiosos para a tarefa da interpretação; restaram validadas de acordo com nossa pesquisa (à exceção da penúltima, que consideramos parcialmente validada). A jurisprudência tem acolhido argumentação baseada na boa-fé objetiva, particularmente quanto ao dever acessório da informação, sendo mais tímida, no entanto, quando aos outros deveres acessórios e também quanto aos usos e costumes.

Palavras-chave: Usos e Costumes. Boa-fé objetiva. Interpretação de contratos. Código de defesa do consumidor. Internet.

ABSTRACT

This work aims to analyze the characteristics of consumer contracts concluded through the Internet, as well as if uses, customs and good faith suffer any influence when applied to the electronic environment, particularly when it is necessary to interpret a contract according to these vectors. The methodology consists of research on established publications and relevant contemporary articles and the case study of higher courts decisions. Our hypotheses: that consumer electronic contracts have characteristics that hinder their interpretation; that good faith, especially the accessories duties, imposes valuable standards of conduct for the task of interpretation; that the unique characteristics of the internet can cause specific developments on the duties of good faith; that uses and customs, although polished by long periods in other fields of law, are established earlier in Digital Law; that the uses and customs, by registering repeated practices over time, common, known and accepted socially, establish valuable standards of conduct which helps interpretation of contracts; were reputed valid according to our research (except for the last but one, which we consider partially validated). Studied case law has upheld arguments based on good faith, particularly regarding the accessory duty of information, it is more timid, however, with other accessories duties as well as with uses and customs.

Key-Words: Uses and Customs. Good Faith. Contract Interpretation. Consumer Protection Code. Internet.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Ag	Agravo
ARE	Agravo em Recurso Extraordinário
Art.	Artigo
BGB	<i>Bürgerliches Gesetzbuch</i> (Código Civil Alemão)
CC	Código Civil
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CPC	Código de Processo Civil
LINDB	Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro
MPRJ	Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro
PL	Projeto de Lei
Rcl	Reclamação
REsp	Recurso Especial
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
UFRJ	Universidade Federal do Rio de Janeiro
URL	<i>Uniform Resource Locator</i> (Localizador Padrão de Recursos)

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 CONTRATOS ELETRÔNICOS DE CONSUMO E SUAS PARTICULARIDADES	26
3 USOS, COSTUMES E BOA-FÉ OBJETIVA NA INTERNET	35
4 INTERPRETAÇÃO DE CONTRATOS ELETRÔNICOS DE CONSUMO	41
5 ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA	46
6 CONCLUSÃO	52
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	55

1 INTRODUÇÃO

Desde o surgimento do correio eletrônico no final do século passado até a popularização do acesso à internet através de telefones celulares e outros aparelhos portáteis, as modernas tecnologias de comunicação vêm transformando o mundo e a sociedade. A internet põe em contato consumidores e fornecedores que não se conhecem, nem nunca se conhecerão, mas que estabelecem relações de consumo entre si.

Não só não se conhecem, como também, devido a características tecnológicas e de plataformas negociais, podem nem ter a exata compreensão de com quem estão contratando. Atualmente, é possível celebrar contratos de consumo dos mais variados tipos. Pode-se comprar de tudo na internet, desde livros usados até carros, pode-se contratar um aluguel por temporada em uma praia onde o consumidor nunca pôs os pés, pode-se contratar pacotes turísticos, comprar passagens aéreas, operar no mercado financeiro e movimentar elevadas quantias, diariamente, através do *home broker*, pode-se executar transações bancárias, participar de leilões virtuais. Há também variada oferta de serviços, desde *streaming* de vídeos, compra de músicas, *software* aplicativo, até aquisição de jogos eletrônicos que não possuem mídia física.

Dos contratos em espécie, é tarefa difícil encontrar alguma modalidade que não possa ser celebrada pela internet. Não só existe ampla variedade, como também o volume de negócios e valores envolvidos é enorme. De acordo com a 33ª edição do relatório WebShoppers, elaborado pela E-bit/Buscapé, o comércio eletrônico cresceu 15% em 2015, na comparação com 2014 e chegou ao montante de R\$ 41,3 bilhões (disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2016-02/comercio-eletronico-registra-crescimento-de-15-em-2015>, acesso em: 05/07/2016).

Com tamanho volume de contratos de consumo sendo celebrados todos os dias, problemas estão fadados a ocorrer. Quando eles ocorrem, as partes devem buscar um entendimento ou a intervenção estatal, momento no qual a interpretação do contrato se fará necessária.

A delimitação do nosso tema é conforme procuramos deixar claro no título: nossa pesquisa envolverá a interpretação de contratos de consumo, necessariamente celebrados via internet, e o enfoque será na interpretação conforme os ditames da boa-fé objetiva e dos usos e costumes. Contratos que não sejam de consumo, contratos de consumo celebrados por outros meios (v.g. telefone), ou apenas executados por meios eletrônicos, mas celebrados por outras formas (p. ex. contratação de provedor de internet) estão excluídos da pesquisa. Outros parâmetros de interpretação não estão excluídos, mas, por razões que ficarão claras ao longo do desenvolvimento, receberão menos atenção.

Para definir o problema de pesquisa, é necessário dizer, preliminarmente, que entendemos que os contratos de consumo celebrados via internet possuem diversas especificidades técnicas e sociais que os distanciam dos contratos celebrados de maneira convencional. Destas especificidades decorrem dificuldades em sua interpretação, pois esta tem por base premissas e técnicas que não dão suporte tão eficiente como nas situações convencionais.

O problema que pretendemos endereçar nesta pesquisa, portanto, consiste na dificuldade de interpretação de contratos de consumo celebrados via internet. Procuraremos demonstrar nos parágrafos seguintes os argumentos que sustentam o entendimento do parágrafo anterior.

A dificuldade começa conjuntamente com a lição de Antônio Junqueira de Azevedo ao falar da interpretação de negócios jurídicos, em sua obra Negócio

Jurídico: Existência, Validade e Eficácia, quando parte do pressuposto de que “o ponto de partida é sempre a declaração. Parte-se da declaração para descobrir a vontade.” (AZEVEDO, 2007, p. 99). A declaração de vontade nos contratos eletrônicos é peculiar. Muitas vezes os contratantes não mantêm nenhum outro contato a não ser o proporcionado pela internet. Toda a declaração de vontade se consubstancia em alguns fragmentos de dados que trafegam pela internet e que ficam armazenados em alguns servidores. É preciso muito discernimento técnico e apuro filológico para extrair informações assertivas, que convençam o julgador.

A título de exemplo, podemos citar uma funcionalidade, presente em muitos sites de venda, batizada de “compra com 1 clique”. Basicamente o que ela faz é disponibilizar um botão ao lado de um produto qualquer em um site de comércio eletrônico e, quando um consumidor clica naquele botão, a compra é realizada. A declaração de vontade fica tão reduzida ao ponto de se tornar, literalmente, um só clique.

Dissemos que o meio eletrônico onde os contratos são celebrados possui especificidades que conferem alguma complexidade à interpretação. Luis Henrique Ventura, em sua obra *Comércio e Contratos Eletrônicos: Aspectos Jurídicos*, depreende esforços no sentido de estabelecer alguns princípios particulares de Direito Contratual Eletrônico, iremos usar esses princípios para ilustrar tais especificidades (VENTURA, 2010, p. 41-42).

O primeiro princípio de Ventura é o da Identificação. Segundo ele, proponente e aceitante devem ter plena certeza da identidade um do outro. Infelizmente, essa certeza é praticamente impossível de ser obtida. Hackers podem alterar endereços de páginas (o consumidor digita uma *url* qualquer, já conhecida dele, e cai em uma página falsa criada pelo hacker), podem contornar a segurança de certificados digitais (ataque do homem no meio), podem criar identidades completamente falsas, que contratam livremente na internet. E ainda que não haja má-fé subjetiva, que o fornecedor seja quem diz ser, a estrutura da internet e dos negócios celebrados através dela impõem barreiras à razoável identificação das partes, como por

exemplo a localização física desconhecida, a inexistência de sede concreta e o negócio adimplido por terceiros.

O segundo princípio de Ventura é o da Autenticação. O autor defende que as assinaturas digitais das partes sejam verificadas por entidades certificadoras capazes de confirmar a identificação das partes. Embora tal infraestrutura exista e funcione bem no Brasil, certificados digitais apresentam um custo não irrisório e não possuem adesão maciça entre os contratantes. Aliás, ousamos afirmar que apenas uma pequena parte dos contratos de consumo celebrados via internet tenham autenticação provida por certificação digital de ambas as partes. Na grande maioria dos casos, apenas o fornecedor pessoa jurídica especializada em negócios digitais a possui e o outro consumidor contratante é identificado apenas por uma conta de e-mail válida e uma senha.

O terceiro princípio de Ventura é o do Impedimento da Rejeição, pelo qual o contratante não pode alegar a invalidade do contrato tão somente por ter sido celebrado através da internet. Embora tal princípio seja, em geral, respeitado, em uma pesquisa relacionada (Responsabilidade Civil Decorrente de Crimes Contra a Honra Praticados em Meios Eletrônicos de Comunicação, trabalho de conclusão de curso de graduação defendido no segundo semestre de 2014), identificamos a dificuldade probatória de uma parte em posicionar uma pessoa específica como usuária de um determinado equipamento. Ou seja, é possível provar que em determinado computador foi usada determinada senha pessoal para celebrar determinado contrato, porém não é possível, pelos mesmos meios, afirmar que foi uma pessoa específica que usou aquele computador e senhas.

O quarto princípio de Ventura é o da Verificação. Afirma-se que os contratos devem ser armazenados para posterior verificação. Infelizmente, este princípio também apresenta dificuldades de concreção. É muito simples alterar um documento digital que não possua mecanismos de segurança sem deixar rastros. A

segurança somente pode ser obtida através de meios que envolvem maior complexidade e custos e podem, eventualmente, não ser usados.

O quinto e último princípio postulado por Ventura é o da Privacidade. O autor defende que os ambientes de celebração dos contratos garantam a privacidade dos dados. Tendo a internet a função precípua da comunicação, não é de se surpreender que informações tidas como sigilosas ou privadas “vazem” com frequência. Números de cartões de crédito, senhas, bancos de dados de e-mails e informações particulares, memorandos governamentais secretos: são encontrados vazamentos de todos os tipos. Outros dados particulares não vêm a público, mas são vendidos para terceiros (ex. preferências e histórico de compras de consumidores) que podem auferir benefícios econômicos com tais informações.

Com essa exposição, procuramos levantar alguns tópicos que exemplificam nossa afirmação de que contratos de consumo celebrados por meios eletrônicos possuem características próprias e que sua interpretação merece maior pesquisa doutrinária. Nos próximos parágrafos traremos nossa hipótese de pesquisa de que a boa-fé objetiva e os usos e costumes são de vital importância a esta matéria.

Por onde devemos começar, então, uma interpretação adequada de um contrato digital de consumo, haja vista tamanha variedade de especificidades e dificuldades? O mestre Antônio Junqueira de Azevedo orienta nosso enfoque:

A forma mais adequada para se solucionar o problema da interpretação do negócio **jurídico**, especialmente no direito brasileiro, onde, por lei, é inegável a primazia da vontade, é, simplesmente, *alargar-se aquele primeiro momento da operação interpretativa*, em que se parte da declaração. Deve-se entender por declaração, como temos insistido, não apenas o “texto” do negócio, mas tudo **aquilo que, pelas suas circunstâncias (pelo “contexto”), surge aos olhos de uma pessoa normal, em virtude simplesmente da boa-fé e dos usos e costumes, como sendo a declaração**. A essência da declaração é dada por essas circunstâncias. (AZEVEDO, 2007, p. 102).

Não bastasse a evidente adequação da orientação acima, Junqueira ainda explica:

Particularmente nos contratos, as questões que normalmente dependem de interpretação são justamente aquelas que as partes não previram e sobre as quais, portanto, rigorosamente falando, não há intenção a procurar. (AZEVEDO, 2007, p. 102-103).

Humberto Theodoro Júnior adota uma postura semelhante à de Junqueira. Quando disserta sobre a interpretação de contratos, começa por afirmar que a *lex contractus* é definida pelos contratantes com a declaração de vontade; que lei e doutrina estabelecem as regras a serem observadas pelo intérprete. No entanto, inibe-se tais regras quando a declaração de vontade é precisa, em face dos usos e costumes vigentes no local. (THEODORO JÚNIOR, 2009, p. 151-152).

Bem, temos então que a interpretação parte da declaração de vontade. E que, nessa declaração de vontade, deve-se buscar a vontade declarada das partes (diferente da vontade íntima, que é irrelevante). Ainda que, rigorosamente falando, não haja intenção a procurar (conforme citação acima). Theodoro Jr. apresenta alguns elementos que podem auxiliar:

À luz de dados exteriores à vontade interna – como a boa-fé objetiva, os usos e costume, o contexto, o comportamento das partes (modo de execução) e o fim econômico do negócio – o intérprete volta sua atenção para a intenção objetivada na declaração. (THEODORO JÚNIOR, 2009, p. 154).

Conjugando as referências acima, nos interessa analisar os elementos exteriores de uma manifestação de vontade quando interpretando um contrato

eletrônico de consumo. Principalmente: a boa-fé objetiva, os costumes, o contexto, o comportamento das partes e o fim econômico.

Quanto ao contexto e ao comportamento as partes, infelizmente é preciso reconhecer que os meios eletrônicos utilizados nos fornecem poucos subsídios a este tipo de análise, haja vista que a declaração de vontade, por vezes, reduz-se a um simples clique.

Quanto ao fim econômico, ainda que magistralmente exposto por Erich Danz em sua obra *A Interpretação dos Negócios Jurídicos*, tende a não ser tão útil contratos de consumo celebrados via internet, já que o fim econômico das partes tende a ser bastante direto e com pouca margem para interpretação (por ex. a compra de um livro). Ainda que seja útil em alguns casos, neste trabalho estamos privilegiando a boa-fé objetiva e os usos e costumes, por várias razões, entre elas a previsão legal, o volume de doutrina e a aplicabilidade mais geral.

Restam a boa-fé objetiva e os usos e costumes. Em prol da melhor organização das seções deste trabalho, deixaremos para analisar cada um deles e esclarecer sua relevância para o tema deste trabalho nos capítulos seguintes. Por hora, sintetizamos nossas hipóteses como sendo: I. Que o contrato eletrônico de consumo possui especificidades que dificultam sua interpretação. II. Que a boa-fé objetiva, em especial os deveres acessórios, impõe padrões de conduta objetivos valiosos para a tarefa da interpretação. III. Que as características únicas da internet podem provocar desdobramentos específicos dos deveres da boa-fé objetiva. IV. Que os usos e costumes, embora lapidados através de longo período nos demais campos do direito, são estabelecidos mais precocemente no Direito Digital. V. Que os usos e costumes, por registrar práticas reiteradas no tempo, comuns, conhecidas e aceitas socialmente, estabelecem padrões de conduta objetivos valiosos para a tarefa da interpretação.

Para verificar o problema e comprovar ou rejeitar as hipóteses sugeridas, este trabalho tem como objetivo geral analisar o assunto, desde as especificidades da celebração de contratos de consumo via internet até a interpretação registrada na jurisprudência, passando pelo estudo aprofundado do papel da boa-fé objetiva e dos costumes nessa interpretação.

Para tanto, desdobramos este objetivo principal em alguns objetivos específicos, quais sejam: Elencar as características mais importantes que diferem os contratos de consumo celebrados via internet dos contratos de consumo em geral; Identificar nessas características as dificuldades interpretativas; Vincular as funções e deveres acessórios da boa-fé objetiva ao trabalho interpretativo desses contratos; Verificar a existência de eventuais desdobramentos dos deveres oriundos da boa-fé objetiva específicos aos contratos eletrônicos de consumo; Verificar se a distância na posição geográfica de consumidores e fornecedores e o interstício temporal reduzido são óbices ao reconhecimento de usos e costumes da internet; Verificar a existência de usos e costumes específicos do consumo via internet e seu impacto na interpretação de contratos e Analisar a interpretação registrada jurisprudência para conhecer o atual estágio da prática jurídica nesta matéria.

Para justificar a escolha do tema deste trabalho, cabe discorrer um pouco sobre sua importância. Sendo este um tema de grande relevo econômico e social, nos surpreende a inexistência de diploma legal que regule a matéria. A doutrina também parece não ter dado a devida atenção, principalmente na seção da interpretação de contratos eletrônicos, haja vista suas especificidades apontadas até aqui. O código civil e o código de defesa do consumidor e suas normas supletórias não são de grande valia, pois pouco cobrem situações comuns do contrato via internet. Sobre isto, Ana Maria Cantal, em seu artigo denominado Contratos Eletrônicos – Breves Considerações, afirma:

No Brasil, ainda não existe normatização própria sobre as relações virtuais (via Internet), assim como a doutrina e jurisprudência ainda estão

“tímidas” sobre o tema. [...] A falta de regulamentação do comércio eletrônico (e-commerce) pode criar um vácuo jurídico, a ser sentido principalmente pelos juízes de primeiro grau, pois poderão ter que decidir causas sem sustentação legal, tendo que utilizar as regras do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil. (CANTAL, 2010, p. 130).

Para se ter uma ideia de como é longo o caminho a trilhar, em algumas publicações consultadas, a discussão inicial é saber se a internet é ou não um lugar e se o contrato celebrado através dela é entre ausentes ou presentes, e acaba por aí, sem avançar no tema nem agregar ao repositório de doutrina. No direito alemão, tenta-se ainda chegar a um consenso sobre a natureza jurídica da apresentação de produtos e serviços na internet. De acordo com Ana Paula Gambogi Carvalho, em A Celebração de Contratos via Internet Segundo os Ordenamentos Jurídicos Alemão e Brasileiro:

Por essa razão a doutrina alemã dominante espousa o entendimento segundo o qual a apresentação de produtos e serviços na Internet não deve ser tratada como uma oferta contratual, mas sim como mera *invitatio ad offerendum*, de modo análogo à exposição de mercadorias em vitrines e à publicidade em jornais. (CARVALHO, 2010, p. 1256)

Enquanto a doutrina alemã ainda está indecisa sobre a natureza jurídica da exposição de produtos e serviços na internet, nossa doutrina pátria define um outro estado do direito do universo digital. Segundo Flávio Tartuce:

Na realidade da sociedade da informação, podem ser apresentadas como características do Direito Digital ou Eletrônico: a celeridade, o dinamismo, a autorregulamentação, a existência de poucas leis, uma **base legal na prática costumeira**, o uso da analogia e a busca da solução por meio da arbitragem. (TARTUCE, 2012b, p. 148, grifo nosso)

O cenário desenhado por Tartuce, com quem concordamos, do grau de evolução do Direito Digital atual, aponta um amplo espaço para pesquisa e construção de doutrina, e também reforça a importância da interpretação de

contratos eletrônicos segundo a boa-fé objetiva e os usos e costumes, que melhor podem suprir o vácuo legislativo.

Tão citado e importante como é o recurso aos usos e costumes na interpretação de contratos, pouco é trabalhado nas publicações mais recentes. Sílvia de Salvo Venosa, em sua obra *Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos*, de sua coleção *Direito Civil*, abre seção própria para tratar da interpretação integrativa dos contratos. Em nosso ver, tema particularmente beneficiado pela análise dos usos e costumes. No entanto, Venosa se limita a lecionar:

No campo da integração, não podemos descuidar dos usos e costumes, referidos, aliás pelo Código Comercial, como vimos. (VENOSA, 2010, p. 470)

Sinteticamente, nossa justificativa consiste na conjugação do valor social da interpretação de contratos de consumo celebrados via internet (tanto pelo volume de contratos como pelo valor econômico envolvido) com a carência de subsídios jurídicos (doutrinários e normativos) que auxiliem o trabalho do intérprete.

O referencial teórico começa com algumas definições preliminares. Verificamos na doutrina uma diversidade de termos que se referem ao tema “contratos celebrados por meios eletrônicos”. Ana Maria Cantal apresenta bem a situação:

Existem diversas nomenclaturas para definir o nome dos contratos celebrados por intermédio de um computador. Dentre eles, pode-se citar os contratos informáticos, contratos digitais, contratos por meio de computador, contratos telemáticos, contratos virtuais, contratos cibernéticos, contratos de ciberespaço, mas a nomenclatura que vem se firmando como mais usual é contratos eletrônicos. (CANTAL, 2010, p. 123)

Acabamos optando pela forma completa “contratos celebrados por meios eletrônicos” em oposição à versão curta “contratos eletrônicos” por possuir maior precisão terminológica e guardar semelhança com o conceito que adotamos como referência, o de Fábio Ulhoa Coelho:

O contrato eletrônico é celebrado por meio de transmissão eletrônica de dados. A manifestação da vontade dos contratantes (oferta e aceitação) não se veicula nem oralmente, nem por documento escrito, mas pelo registro em meio virtual (isto é, despapelizado). (COELHO, 2005, p. 37).

Importante frisar que não é o contrato em si que é eletrônico, mas a forma de sua celebração é que se apoia em meios eletrônicos de comunicação. A forma reduzida “contrato eletrônico” possui a impropriedade técnica de confundir meios e natureza. Ao longo do texto, quando usarmos “contrato eletrônico”, estamos nos referindo, em verdade, ao termo completo “contrato celebrado por meio eletrônico”. A forma “contratos celebrados via internet” é usada neste mesmo sentido, com a vantagem de ser de interpretação mais intuitiva e acessível aos que não são especialistas na área.

É a partir destes contratos celebrados em meios eletrônicos que ocorre a interpretação. Nosso referencial teórico neste tema parte de Carlos Maximiliano Pereira dos Santos. Em sua renomada obra *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, o autor dedica diversos parágrafos exclusivamente aos “processos e regras de interpretação aplicáveis aos atos jurídicos”. (MAXIMILIANO, 2013, p 278-289).

O início do processo é na análise filológica. Segue com o processo lógico (“sempre aplicável”) e o processo sistemático. Entre as regras, cita-se a possibilidade, válida, de a declaração ser presumida, o uso do significado vulgar dos termos ao invés do científico, o fim econômico das partes, a interpretação mais

próxima da lei dentre duas plausíveis. São diversos processos e regras apresentados por Maximiliano, mas atentamos aqui para a previsão, expressa, do uso dos costumes e usos do País (§ 421, p. 282) e da lealdade e boa-fé (§423, p. 283).

A boa-fé objetiva, considerada verdadeiro princípio de direito privado, possui natureza e funções múltiplas. Subjacente ao ordenamento jurídico, aflora casuisticamente na construção do caso concreto, estabelece expectativa de condutas na ordem civil, tem facetas normativas e orienta a interpretação integrativa. Princípio que estabelece modelo de comportamento não rígido, que dá o critério da interpretação, não a solução prévia. Luís Renato Ferreira da Silva, em *Revisão dos Contratos: do Código Civil ao Código do Consumidor*, discorre especificamente sobre o papel da boa-fé objetiva na revisão de contratos, mas também faz algumas observações de cunho geral. Perfeitamente adequada ao nosso objeto de estudo, podemos trazer a citação de Luís Renato quando afirma que:

Ao falar-se em boa-fé objetiva pensa-se nela como um *standard* jurídico apreensível no contexto em que a conduta examinada se dá. Com isto, ao mesmo tempo que se possibilita uma mobilidade ao que lida com a cláusula, criam-se limites que submetem a atividade a um controle externo, fugindo-se do subjetivismo tanto do que age (o que muitas vezes é quase impossível de apreender-se) quanto do que julga o agir. (SILVA, 1999, p. 54).

Judith Martins-Costa considera que o princípio da boa-fé “visa a tutelar a confiança, considerada como cimento da convivência social, como base para qualquer convivência humana.”, funciona como “modelo de conduta (positiva e negativa) e como cânone hermenêutico e integrativo.”. Judith considera ainda que este princípio, no domínio obrigacional funciona como “modelo de comportamento, *standard* valorativo de concretos comportamentos humanos”. De todos os valores socialmente aceitos que a boa-fé considera modelar, o mais emblemático e geral, em nossa opinião, é o da “consideração aos legítimos interesses alheios”, pois

precisamente conceitua o norte valorativo de toda a função da boa-fé. (MARTINS-COSTA, 2004, p. 232-233)

São muitos os deveres decorrentes do princípio da boa-fé encontrados na doutrina, classificados inicialmente entre positivos e limitativos de direitos. Dentre os positivos, podemos citar, não exaustivamente: lealdade, probidade, cuidado, respeito, previdência e segurança, de aviso, de informação, de consideração com os legítimos interesses do outro contratante, de agir conforme a confiança depositada e de segredo. Dentre os limitativos de direitos: vedação do *venire contra factum proprium*, vedação da abusiva invocação da *exceptio non rite adimpleti contractus*, vedação da resolução unilateral nos casos de adimplemento substancial, a perda de um direito através da *supressio*, a vedação da contraditoriedade (*tu quoque*), evitar o agravamento do prejuízo (*duty to mitigate the loss*)

O Membro do MPRJ, professor da UFRJ e professor convidado do curso de Pós-Graduação em Direito do Consumidor da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Guilherme Magalhães Martins tem diversos artigos publicados na área do Direito Digital. Estritamente relacionado ao tema deste trabalho, podemos citar o “Boa-fé e contratos eletrônicos via internet”. Nele, o professor Martins começa por apresentar as funções da boa-fé (a saber: interpretativa, integrativa e de controle¹) e diferencia os contratos eletrônicos em duas principais modalidades: os de consumo imediato pelo meio digital e os de execução diferida ou retardada (ambos estão dentro do escopo deste trabalho). Sobre a boa-fé contratual:

A boa-fé contratual, compreendendo o principal campo de atuação da boa-fé objetiva, corresponde a uma expectativa legítima por parte do consumidor do produto ou do serviço, que deve ter motivos para confiar na contraparte, fugindo ao âmbito da boa-fé subjetiva, própria de quem ignora a real situação jurídica. (MARTINS, 2000, p. 140).

¹ Diversos autores trazem estas classes de funções. Sílvio de Salvo Venosa o faz associando cada função a um artigo do código civil: função interpretativa – art. 113; função de controle dos limites do exercício de um direito – art. 187; e função de integração do negócio jurídico – art. 422. (VENOSA, 2010, p. 388).

Esta passagem é muito importante, pois deixa explícito um entendimento que o intérprete deve ter sobre os contratos eletrônicos de consumo: o consumidor, quando contrata nos meios eletrônicos, o faz muitíssimo baseado na sua expectativa legítima e na confiança que tem na outra parte. As tratativas realizadas por meios eletrônicos, o pagamento antecipado, a execução diferida, todos são elementos que depositam maior peso à confiança exigida do consumidor pelo fornecedor.

Os chamados costumes, usos e costumes, usos sociais, entre outros, podem assumir nomenclatura ligeiramente diferente a depender do autor consultado e aparecem como fonte secundária de Direito Civil, conforme a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Em nossa percepção, o tema não tem recebido muita atenção dos doutrinadores modernos, mesmo quando tratam especificamente de interpretação integrativa, infelizmente.

Estas práticas e usos reiterados, de conteúdo lícito e aceitas socialmente, como fonte secundária de direito, são verdadeiras criadoras de normas jurídicas. Em sua obra Lei de Introdução e Parte Geral, da coleção Direito Civil, Flávio Tartuce trata das fontes de direito da LINDB constantes no art. 4º e leciona que:

Desde os primórdios do Direito, os costumes disfrutam de larga projeção jurídica. Como é notório, no passado havia certa escassez de leis escritas. [...] Com o passar dos tempos, o costume foi perdendo a sua importância, pois foi substituído pelas leis, mas ainda continua a brotar da consciência jurídica do povo, como inicial manifestação do direito. Por isso, é indeclinável a sua caracterização como fonte jurídica, pois dos costumes é que surgem as leis. (TARTUCE, 2012a, p. 27)

Como bem observa Tartuce, os costumes são tão mais importantes quanto maior é a escassez de leis escritas. Embora, de maneira geral, a disponibilidade de leis escritas vem aumentando, o mesmo não acontece com o Direito Digital, portando sua importância. E ainda que a disponibilidade de leis escritas aumente, a

volatilidade e dinamicidade inerente ao Direito Digital preservará a importância dos costumes na interpretação de contratos eletrônicos.

Outro ponto importante na lição de Tartuce é o de que o costume continua a brotar da sociedade, como originária manifestação do direito. Isso se traduz para o tema deste trabalho no sentido de que o intérprete deve ter sempre em mente que os consumidores celebrarão seus contratos tendo os costumes em mente, legislados ou não, e isso criará expectativas (provavelmente legítimas) a serem alcançadas pelo fornecedor.

Erich Danz, em *A interpretação dos negócios jurídicos*, trabalha bem a questão de como os costumes desenvolvem o direito e dão origem à legislação. Danz traz o exemplo do contrato de edição, e como ele foi se desenvolvendo como contrato costumeiro até ser, finalmente, legislado na Alemanha. Curiosamente, seu exemplo compreende mais de dois séculos de história, tempo extraordinariamente longo comparativamente à história da internet desde sua popularização como plataforma de celebração de contratos. Qualquer tentativa de aplicar os usos e costumes como critério de interpretação de contratos de consumo celebrados via internet requererá uma flexibilização dos critérios temporais de consolidação dos costumes.

A metodologia empregada neste trabalho será orientada à obtenção dos objetivos específicos apresentados na introdução.

Começaremos com uma etapa de pesquisa bibliográfica. Nela, usando publicações consagradas nos respectivos temas, conceituaremos as palavras-chave (contratos eletrônicos, consumo eletrônico, interpretação, boa-fé objetiva, usos e costumes), bem como seus subitens e ideias correlatas necessárias.

Em um segundo momento, a pesquisa bibliográfica passará a analisar artigos contemporâneos relevantes, onde procuraremos estabelecer o estado da arte e a direção da evolução do tratamento jurídico dispensado à interpretação de contratos de consumo eletrônicos e o papel dos costumes e da boa-fé.

Estabelecidas as bases bibliográficas, o segundo método de abordagem será o de estudo de casos. Procederemos a uma análise de casos com problemas na execução, onde a interpretação de contratos eletrônicos se fez necessária e chegou até as cortes superiores.

Munidos de teoria e prática, poderemos, por fim, avaliar se os desdobramentos e aplicabilidade dos costumes e da boa-fé objetiva na interpretação de contratos de consumo celebrados via internet validam as hipóteses levantadas.

2 CONTRATOS ELETRÔNICOS DE CONSUMO E SUAS PARTICULARIDADES

Conforme exposto na introdução, os contratos celebrados por meios eletrônicos, ou, sinteticamente, contratos eletrônicos, são conceituados como contratos onde a manifestação de vontade dos contratantes, oferta e aceitação, é veiculada por meio de transmissão eletrônica de dados, diferentemente dos meios tradicionais: documento escrito ou oralmente.

Quando esses contratos eletrônicos envolvem relações de consumo, são ditos contratos eletrônicos de consumo. Relação de consumo é aquela que envolve consumidores e fornecedores. Nos termos do Art. 2º da Lei nº 8.078/90, consumidor é “toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”. As partes contratantes responsáveis pelo fornecimento do produto ou serviço são ditas fornecedoras.

Munidos dos conceitos de contrato eletrônico e contrato de consumo, sua conjugação é de entendimento intuitivo. Não obstante, trazemos a explanação de Guilherme Magalhães Martins, em sua obra *Formação dos Contratos Eletrônicos e Consumo via Internet*:

Embora os contratos de consumo eletrônicos se ressintam da falta de uma definição, seja legal, seja jurisprudencial, suas características fundamentais se referem ao meio da oferta, formulada através de uma rede internacional de telecomunicações, de modo audiovisual – colocando à disposição do público sinais, escritos, imagens ou mensagens – e à interatividade entre profissional e cliente, cuja aceitação se expressa pelo mesmo meio, seja em tempo real, ou por intermédio do correio eletrônico (e-mail). (MARTINS, 2010, p. 5)

Para esmiuçarmos as particularidades dos contratos eletrônicos de consumo, analisaremos tais contratos através de seus elementos mais relevantes. Em particular: declaração de vontade, princípios de direito contratual eletrônico, local da formação do contrato, contratos de adesão, identificação das partes, confiança, oferta, revogação da oferta, arrependimento.

A declaração de vontade é requisito de existência do negócio jurídico. Expressa ou tácita, inequívoca, se opera no momento da formação dos contratos. Constitui, conjuntamente com a oferta e a aceitação, elemento fundamental da formação do contrato e de especial relevância à sua interpretação. Conforme expusemos na introdução, ao contrário dos contratos convencionais, nos contratos eletrônicos de consumo, a declaração de vontade pode ser tão reduzida ao ponto de se tornar apenas um clique de *mouse* (funcionalidade chamada de “compra com 1 clique”).

A Professora Cláudia Lima Marques, em sua obra *Confiança no Comércio Eletrônico e a Proteção do Consumidor*, discorre sobre os chamados contratos “desumanizados” e “em silêncio” na contratação à distância pela internet:

Os contratos concluídos por meio eletrônico seriam contratos “em silêncio” ou “sem diálogo”, conduzidos mais pela imagem, pela conduta de apertar um botão, do que pela linguagem. [...] A interatividade seria um “diálogo virtual” de *clicks* e imagens. A verdade é que o consumidor ficou desprovido da possibilidade de “dialogar” com o fornecedor ou seu vendedor sobre suas necessidades e desejos por esta nova forma de “negociação unilateral” em silêncio e visual. (MARQUES, 2004, p. 66-67)

Especificamente sobre a declaração de vontade, ela acrescenta:

Assim, entrando no mundo virtual dos *sites* (imagens)., o caminho é repleto de imagens (e linguagens) e um simples tocar no teclado significa aceitação; um simples continuar um caminho virtual repleto de imagens, sons e de mínimas palavras, significa uma **declaração de vontade tácita**; um simples continuar no site, em silêncio, abrindo *wraps* sem protestar ou cortar a conexão, pode significar um determinado tipo de contratação ou declaração negativa ou positiva. (MARQUES, 2004, p. 67, grifo nosso)

Disso, conclui-se que a interpretação da declaração de vontade deve ser realizada considerando-se o meio onde foi operada, qual seja, a internet. Sendo tácita a declaração de vontade, de acordo com a lição de Marques, a interpretação deve se basear no contexto da internet, nas informações disponíveis ao consumidor no momento da aceitação da oferta, no que razoavelmente poderia se esperar naquelas circunstâncias.

Convém retomar neste ponto os princípios particulares de Direito Contratual Eletrônico; de Luis Henrique Ventura: Identificação, Autenticação, Impedimento da Rejeição, Verificação e Privacidade. Cada um deles foi brevemente descrito e problematizado na introdução, à qual remetemos o leitor deseje rever a exposição.

Dessa leitura conclui-se que nenhum deles é absoluto, nenhum está imune a problemas decorrentes da tecnologia empregada, nenhum pode ser aplicado na interpretação dos contratos sem a devida relativização e adequação ao caso concreto.

O local da formação do contrato é importante na determinação do foro e da lei aplicável. No direito brasileiro, a regra geral é a de que a lei aplicável é a do local onde foi proposto o contrato. Isso é especialmente relevante para os contratos internacionais. Antes incomuns ao grande público, com as relações de consumo proporcionadas pela internet ficou fácil encontrar consumidores que já realizaram tais contratos. As complicações advindas dessas circunstâncias são tamanhas que efetivamente restringem o acesso à justiça dos consumidores brasileiros.

Para equilibrar as partes, tendo em vista que o consumidor é contratante hipossuficiente nesses contratos, uma outra solução jurídica se faz necessária. Cláudia Lima Marques afirma que:

Assim, concluo que, no caso brasileiro, a melhor conexão rígida seria a do domicílio, entendido como residência habitual, a exemplo do art. 3 do Protocolo de Santa Maria(Mercosul) ou da tradição das Cidips e suas normas materiais uniformes. Melhor ainda seria elaborar uma norma flexível, indicando **a lei do domicílio do consumidor (analogicamente ao art. 101 do CDC)** como aplicável, mas permitindo ao juiz aplicar a lei escolhida (limitadamente) pelas partes no contrato, caso esta seja mais favorável ao consumidor.. (MARQUES, 2004, p. 444 – 445, grifo nosso)

Os contratos de adesão são aqueles cujo conteúdo é elaborado previamente por apenas uma das partes contratantes, enquanto a outra parte precisa aceitar, em bloco, aqueles termos. Inexiste a possibilidade de negociação. O consentimento, aceitação da oferta e manifestação da vontade se restringem a aceitar ou rechaçar aquelas regras.

Esse tipo é definitivamente o mais comum nos contratos eletrônicos de consumo. A experiência habitual de um consumidor *via internet* é navegar em *sites*, selecionar produtos, colocar no “carrinho” e realizar o pagamento. Não são vistas etapas onde as condições do negócio possam ser discutidas. Paradoxalmente, o meio eletrônico é perfeitamente capaz de viabilizar tal discussão. Nas palavras de Guilherme Magalhães Martins:

Será sempre possível, no caso da contratação eletrônica do consumo via Internet, evitar a incidência de tal figura [adesão], dando ao cliente a oportunidade de propor um texto alternativo, ou a modificação de algumas cláusulas, o que poderia ocorrer até mesmo mediante a introdução de um outro botão junto àquele relativo à aceitação ou a simples das cláusulas, remetendo a um formulário específico para a proposta de um texto alternativo. Porém, a própria dinâmica da contratação eletrônica, [...], impede um processo de negociação em tais moldes. Logo, prevalecerá, como regra geral, a figura do contrato de adesão, [...]. (MARTINS, 2010, p. 112-113)

A identificação das partes, que ao mesmo tempo em que é essencial também não apresenta maiores problemas nos contratos convencionais, possui suas especificidades nos contratos eletrônicos de consumo. De acordo com Ventura e seu princípio da Identificação, proponente e aceitante devem ter plena certeza da identidade um do outro. Conforme já foi dito, essa certeza é praticamente impossível de ser obtida. Hackers podem alterar endereços de páginas, podem contornar a segurança de certificados digitais, podem criar identidades completamente falsas.

Agrega-se a isto o fato de que, mesmo nas relações destituídas de má-fé, a plena certeza da identidade não pode ser averiguada. Isso se deve ao fato de que senhas, assinaturas digitais, *tokens* criptográficos e *smart cards* podem ser transferidos a terceiros. De acordo com Guilherme Magalhães Martins:

Neste ponto, deve ser considerada a ausência de qualquer traço de cunho personalíssimo – como é a assinatura para o documento escrito – que possa ligar, sem sombra de dúvida o autor à obra. [...], mesmo com a identificação do terminal, através d um número de IP (*internet protocol*), não se resolve a questão da autoria, pois este pode ser de outra pessoa que não aquela que realmente efetuou a opração. Uma senha ou um código secreto servem para identificar o usuário credenciado junto ao

provedor, mas não a própria pessoa que tenha efetuado a operação. (MARTINS, 2010, p. 116-117).

A confiança se relaciona à boa-fé objetiva e às expectativas legítimas. A proteção da confiança é um dos objetivos e legitimadores do Direito. O tema, por si só complexo e rico em nuances e em produção doutrinária, contém ainda mais particularidades quando observado sob a ótica dos contratos eletrônicos de consumo. Como já foi comentado, o consumidor, quando contrata nos meios eletrônicos, o faz muitíssimo baseado na sua expectativa legítima e na confiança que tem na outra parte. As tratativas realizadas por meios eletrônicos, o pagamento antecipado, a execução diferida, todos são elementos que depositam maior peso à confiança exigida do consumidor pelo fornecedor.

Com algumas indagações importantes e propostas assertivas, Claudia Lima Marques escreve que:

Se há um espaço novo de comércio no mundo, que é a Internet, as redes eletrônicas e de telecomunicação de massa. A pergunta que nos anima é como conquistar a confiança dos consumidores neste instrumento novo de fazer comércio e proteger suas expectativas normativas e legítimas. [...] o Direito pode ajudar a estabelecer este novo paradigma, se conseguir estabelecer a necessária proteção qualificada do usuário-leigo, através de exigências de mais informação e transparência, mais cooperação quanto à possibilidade de arrependimento e reflexão, mais segurança nas formas de pagamento no meio eletrônico e mais cuidado com relação aos dados coletados neste meio. (MARQUES, 2004, p. 33-34).

A oferta é a ação do fornecedor em apresentar informações, anúncios e condições completas o suficiente para que um consumidor possa, legitimamente, esperar fechar um negócio tão somente com sua aceitação. Consiste em uma proposta de negócio com todos os seus elementos essenciais.

Nos contratos eletrônicos de consumo as ofertas podem ser de dois tipos. O primeiro consiste em ofertas públicas, veiculadas nos sites das próprias empresas ou através de anúncios em sites de terceiros ou outras formas públicas similares. A oferta é perfectibilizada quando se torna pública e o contrato se reputa formado no momento e no lugar onde o consumidor enviar sua declaração de aceitação.

O segundo tipo é quando o fornecedor faz uma proposta restrita a um consumidor determinado. Esta proposta comumente é feita através do envio de *e-mails*, mas também ocorre em áreas restritas de sites (usuários *logados*) ou até mesmo em sites de terceiros, através de convênios e afins.

Em ambos os casos, cumpre lembrar que, nos termos do Art. 30 do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), as informações, ainda que publicitárias, desde que suficientemente precisas, constituem propostas contratuais, vinculando o fornecedor e integrando o contrato. Como por exemplo as imagens de um produto e o prazo de entrega em um anúncio.

Embora esquematizados de maneira simples e clara, os contratos eletrônicos de consumo possuem algumas particularidades que requerem alguma atenção dos operadores do direito. Guilherme Magalhães Martins traz alguns comentários:

Dentre os inconvenientes próprios dos contratos à distância, podem ser destacados segundo Calais-Auloy e Steinmetz: a) o fato de os consumidores estarem sujeitos a solicitações repetidas por parte de certos fornecedores, mediante técnicas agressivas de contratação, de modo a constituir uma intromissão na sua vida privada; b) o adquirente, ao basear sua manifestação de vontade em simples imagens ou descrições, corre o risco de receber um objeto que não corresponda exatamente às suas expectativas; c) entre a perfeição do contrato e a entrega medeia necessariamente um intervalo, cuja lentidão pode ser incômoda; d) a possível dificuldade, para o adquirente do produto ou serviço, de fazer valer seus direitos em face de um vendedor à distância, em caso de defeito do objeto; [...]. (MARTINS, 2010, p. 121)

É o caso do *spam*, os *e-mails* insistentes e reiterados e as propagandas de produtos que “seguem” o internauta de uma página para outra. O risco é de “vencerem o consumidor no cansaço”, ou seja, quando o consumidor aceita a proposta em algum momento de maior vulnerabilidade, em condições que normalmente não aceitaria. As imagens e descrições também podem criar uma impressão errônea do produto no consumidor, levando-o a uma compra que não faria caso tivesse as informações precisas.

O intervalo entre a aceitação do negócio e o recebimento do produto pode ser não só incômodo, como causa legítima de desfazimento do contrato, pois um produto recebido intempestivamente pode ser inútil ao consumidor. É preciso reforçar a proteção ao consumidor especialmente neste ponto. Hoje, não é prática do mercado indenizar ou atenuar, de qualquer forma, atrasos nas entregas de produtos. Seja em caso de defeito, atraso, envio de produto errado, ou simples troca, a dificuldade do consumidor em fazer valer seus direitos é uma realidade. Os procedimentos tendem a ser burocráticos, cansativos e lentos. A satisfação da solicitação do consumidor, não raro, demora mais de 30 dias; como é o caso das devoluções de pagamentos feitos no cartão de crédito, que costumam levar pelo menos uma ou duas faturas para aparecerem.

Via de regra, o proponente do negócio jurídico tem direito a revogar sua oferta, variando o momento limite dessa revogação a depender o sistema jurídico vigente. Costuma variar entre até a aceitação da oferta ou partir da oferta mais um prazo para o consumidor manifestar sua aceitação. Porém nunca após a aceitação. Acontece que os sistemas de venda *online* com suas concessões de descontos e promoções constantes costumam apresentar algumas falhas nas quais o preço que o consumidor paga é muito inferior ao valor que o fornecedor estaria disposto, conscientemente, a vender.

Nestes casos, costuma acontecer de o fornecedor se recusar a adimplir o contrato. Alegada alguma falha técnica, o consumidor fica sem o produto no valor pelo qual concordou pagar. A distinção crucial a ser feita nesses casos, a nosso ver, é se seria viável ao consumidor de boa-fé acreditar que aquele preço é de fato uma promoção autêntica do fornecedor, ou se o preço está baixo demais e só pode ser fruto de alguma falha. O consumidor de boa-fé ter seu contrato adimplido nestes casos deve ser dos objetivos principais do Direito, haja vista que a falta de concordância do fornecedor economicamente forte ante a vulnerabilidade do simples consumidor é hodiernamente vencida por aquele.

Nos termos do Art. 49 do CDC, o consumidor pode desistir do contrato, no prazo de 7 dias a contar de sua assinatura ou do ato de recebimento do produto ou

serviço, sempre que a contratação de fornecimento de produtos e serviços ocorrer fora do estabelecimento comercial, especialmente por telefone ou a domicílio. Se o consumidor exercer o direito de arrependimento previsto neste artigo, os valores eventualmente pagos, a qualquer título, durante o prazo de reflexão, serão devolvidos, de imediato, monetariamente atualizados.

Este dispositivo é plenamente aplicável aos contratos eletrônicos de consumo. O chamado prazo de reflexão, de 7 dias, contado do recebimento do produto ou serviço. A devolução dos valores pagos deve ser integral e imediata, monetariamente corrigida. Primeiramente é preciso dizer que essa regra da devolução deve ser monetariamente corrigida é das mais descumpridas em todo o CDC. Este autor não tem conhecimento de qualquer fornecedor que tenha feito alguma devolução de valores corrigidos, ainda que o lapso temporal seja dilatado.

Estabelecido que o arrependimento é aplicável e que é um direito legítimo do consumidor, cabe aqui tecer uma ressalva derivada da análise econômica do direito. Suponha que um consumidor adquira um par de calçados e, ao receber em casa, se dê conta que já possui vários outros pares similares com pouco ou nenhum uso. Tomando ciência disso resolve exercer seu direito de arrependimento e solicitar a devolução. Neste caso o fornecedor deverá arcar com os custos operacionais para separar e preparar o produto para envio, custos de frete, custos operacionais para processar a devolução, frete de devolução, custos operacionais para analisar o produto devolvido e avaliar se está apto a ser revendido e eventualmente custos para reembalar o produto.

É sabido que não é a empresa quem arca com os custos oriundos dessa devolução. Os valores gastos serão repassados indiretamente aos consumidores, diluídos nos valores de venda do fornecedor. Será apropriado que o direito proteja os interesses de um consumidor desatento, impulsivo ou desleixado, onerando consumidores conscientes de suas compras? Entendemos que não. A solução que melhor atenderia aos interesses da coletividade de consumidores seria alguma que pudesse coibir esse tipo de conduta prejudicial.

Com isso, encerramos este tópico onde procuramos demonstrar que os contratos eletrônicos de consumo possuem diversas particularidades relevantes à sua correta interpretação conforme os usos e costumes e a boa-fé objetiva. Nas próximas páginas comentaremos sobre os usos, costumes e boa-fé objetiva na internet e também sobre como a interpretação de tais contratos difere da interpretação convencional.

3 USOS, COSTUMES E BOA-FÉ OBJETIVA NA INTERNET

Neste capítulo procuraremos conceituar os usos, costumes e a boa-fé objetiva na medida dos objetivos a que se propões este trabalho. Especial atenção será dada às particularidades destes temas com relação ao meio dos contratos eletrônicos de consumo, qual seja, a internet, e também seus detalhes no que se refere à interpretação de tais contratos. Começaremos abordando a boa-fé e depois chegaremos aos usos e costumes.

Ainda na introdução conceituamos a boa-fé objetiva, considerada como verdadeiro princípio de direito privado, possuindo natureza e funções múltiplas. Subjacente ao ordenamento jurídico, aflora casuisticamente na construção do caso concreto, estabelece expectativa de condutas na ordem civil, tem facetas normativas e orienta a interpretação integrativa. Princípio que estabelece modelo de comportamento não rígido, que dá o critério da interpretação, não a solução prévia.

Trouxemos ainda citações pertinentes de Luís Renato Ferreira da Silva, Judith Martins-Costa e Guilherme Magalhães Martins. Segundo Luís Renato uma vantagem de aplicação da boa-fé objetiva na interpretação de contratos seria a possibilidade de evitar-se o subjetivismo dos contratantes e dos julgadores, em razão de ser a boa-fé objetiva um modelo de comportamento, extrínseco aos agentes. Essa característica reveste-se de ainda maior importância dos contratos eletrônicos de consumo, pois, como vimos, esse meio não permite que sejam obtidos muitos dados sobre a intenção das partes.

Com Judith Martins-Costa vimos que a boa-fé procura modelar diversos valores socialmente aceitos, entre eles, um que, a nosso ver, bem resume os demais: a consideração com os legítimos interesses alheios. Na internet, ao contrário das compras em lojas físicas, os dados e imagens do produto anunciado possuem enorme relevância. Sua exata correspondência com o produto entregue é imperativa. Qualquer disparidade pode ser considerada uma quebra da boa-fé objetiva, pois é legítimo que o consumidor espere receber um produto nas mesmas condições do anúncio.

De Guilherme Magalhães Martins pudemos depreender a importância da expectativa legítima e da confiança que um contratante tem na outra parte. A falta de contato presencial, o pagamento antecipado, a execução diferida, todos são elementos que aumentam o risco para o consumidor. Uma boa interpretação desse tipo de contrato requer que o intérprete tenha sempre essas particularidades em mente.

O Art. 4º do CDC, que estabelece a Política Nacional das Relações de Consumo e seus princípios, traz citação expressa da boa-fé. Trata-se de norma objetivo, protetiva do consumidor. De acordo com seu inciso III, a boa-fé deve servir de base para a harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e da compatibilização entre proteção do consumidor e o desenvolvimento econômico e tecnológico. Ruy Rosado de Aguiar Júnior, em artigo intitulado A Boa-fé na Relação de Consumo, afirma que, neste artigo do CDC, “a boa-fé aparece aqui como princípio orientador da interpretação e não como cláusula geral para a definição das regras de conduta” (AGUIAR JÚNIOR, 2011, p. 379).

Adiante no mesmo artigo, Aguiar Júnior, no que tange o caráter protetivo do diploma consumerista, leciona que:

A boa-fé tem função integradora da obrigação, atuando como fonte de direitos e obrigações ao lado do acordo de vontades. Além de servir para a interpretação das cláusulas convencionadas. Os voluntaristas querem reduzir sua intervenção apenas para a integração do contrato de acordo com aquilo que fora pressuposto pelas partes; mas não é assim: **a utilização da cláusula de boa-fé implica a criação de uma norma para o caso de acordo com os dados objetivos que ele mesmo apresenta**, atendendo à realidade social e econômica em que o contrato opera, **ainda que isso o leve para fora do círculo da vontade**. (AGUIAR JÚNIOR, 2011, p. 384. Grifos nossos.)

Esta passagem encontra-se perfeitamente alinhada ao caráter protetivo do CDC, pois uma abordagem puramente voluntarista levaria a iniquidades, dada a enorme disparidade entre os contratantes típicos do direito do consumidor; isto é, consumidor, hipossuficiente, de um lado e fornecedor, *expert* em conhecimento técnico e detentor de poder econômico, de outro. O uso de um modelo objetivo de conduta baseado no respeito às expectativas legítimas do outro e na valorização da

confiança recíproca é uma poderosa ferramenta para inibir comportamentos abusivos.

Para retomar nossa segunda hipótese - que a boa-fé objetiva, em especial os deveres acessórios, impõe padrões de conduta objetivos valiosos para a tarefa da interpretação – considerando tudo o que foi exposto, os autores e argumentos que trouxemos até agora, nos permitem afirmar que a mesma se encontra verificada. Iremos agora abordar o tópico dos usos e costumes para então nos dedicarmos à tarefa da interpretação.

Conforme abordamos na introdução, os chamados costumes, usos e costumes, usos sociais, entre outros, podem assumir nomenclatura ligeiramente diferente a depender do autor consultado e aparecem como fonte secundária de Direito Civil, conforme a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. São práticas e usos reiterados, de conteúdo lícito e aceitas socialmente, verdadeiras criadoras de normas jurídicas.

Marcus Cláudio Acquaviva conceitua uso social reiterado como o “modo de agir reiterado e uniforme de uma comunidade, precedendo o costume” ”. (ACQUAVIVA, 2010, p 857). E o costume como:

O termo costume deriva do latim *consuetudine*, de *consuetumine*, hábito, uso. É a prática social reiterada e considerada obrigatória. O costume demonstra o princípio ou a regra não escrita que se introduziu pelo uso, com o consentimento tácito de todas as pessoas que admitiram sua força como norma a seguir na prática de determinados atos. [...] Enfim, o costume vem a ser a norma não escrita consagrada pelo uso e pela aceitação tácita das pessoas na prática de determinados atos. São seus requisitos básicos a constância e a harmonia com o direito escrito, pois um costume não pode operar *contra legem*, isto é, contra a lei, já que somente uma lei pode revogar outra. (ACQUAVIVA, 2010, p 248-249)

Já citamos Flávio Tartuce, que narra a importância histórica dos usos e costumes nos primórdios do Direito, em razão da escassez de leis. Segundo ele, os usos e costumes ainda mantêm sua importância, pois continuam a irradiar da consciência jurídica do povo.

Se, para Tartuce, os costumes são tão mais importantes quanto maior é a escassez de leis escritas, para o Direito Digital, essa importância se mantém em alta, pois este ramo do direito ainda é deficiente em regulamentação. Mesmo que a disponibilidade de leis escritas aumente, a volatilidade e dinamicidade inerente ao Direito Digital preservará a importância dos usos e costumes na interpretação de contratos eletrônicos de consumo.

Em um ambiente em constante mudança como é a internet, a todo momento surgem novos usos e costumes brotando da sociedade. Os consumidores que têm por hábito negociar nesse meio possuem essa capacidade de adaptação ligeira e lidam bem com as novidades. É imperativo reconhecer, aqui, que os usos e costumes do ambiente digital não podem ser comparados aos usos e costumes tradicionais.

Todos temos internalizados alguns costumes recebidos de nossos pais ou avós, como a venda “fiada” ou a modalidade de compra a contento, que acabou legislada. Erich Danz, em A interpretação dos negócios jurídicos, trabalha bem a questão de como os costumes desenvolvem o direito e dão origem à legislação. Danz traz o exemplo do contrato de edição, e como ele foi se desenvolvendo como contrato costumeiro até ser, finalmente, legislado na Alemanha. Seu exemplo compreende mais de dois séculos de história. No meio digital, usos e costumes surgem com velocidade muito mais acelerada: o intérprete deve ter sempre em mente que os consumidores celebrarão seus contratos tendo os esses usos e costumes em vista, legislados ou não, e isso criará expectativas legítimas ou, pelo menos, socialmente aceitas, a serem alcançadas pelo fornecedor.

Um exemplo uma prática muito recente no meio eletrônico relacionada aos contratos eletrônicos de consumo tem relação com os e-mails de propagandas e promoções. De alguns anos para cá, tornou-se comum encontrarmos, ao final de um e-mail desse tipo, uma opção para não recebermos mais e-mails daquele remetente. Ela costuma aparecer como uma frase semelhante a “caso não queira mais receber nossos e-mails, clique aqui.”. Basta que o usuário clique no link ou botão e confirme. Esse “descadastro” ou “*unsubscribe*”, em inglês, tornou-se verdadeiro *standard* entre

as marcas e lojas *online* de renome, ao ponto de ser difícil encontrar um e-mail autêntico de uma empresa séria que não possua tal opção.

Tratar-se-ia esse “descadastro” de um novo uso ou costume do meio digital? Acreditamos que sim. Enquanto uma legislação específica sobre o spam não é publicada², pensamos ser legítimo que um consumidor espere ter essa opção disponível. E, tendo essa opção disponível, de acordo com os ditames da boa-fé objetiva e do comportamento legitimamente esperado dos contratantes, deveria ela funcionar corretamente e rigorosamente prevenir que novas mensagens sejam enviadas? Por certo que sim. Aqui há uma intersecção entre usos e costumes e a boa-fé objetiva que tem por resultado a promoção da efetiva proteção do lado mais vulnerável nas relações de consumo, o consumidor.

Os usos e costumes aparecem expressamente em dois dos artigos do CDC. O primeiro, caput do Art. 7º, estabelece que os direitos previstos neste código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade.

Ou seja, está expressamente prevista no CDC a possibilidade dos usos e costumes servirem como geradores de direitos.

O segundo, inciso II do Art. 39, dispõe que é vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas, recusar atendimento às demandas dos consumidores, na exata medida de suas disponibilidades de estoque, e, ainda, desconformidade com os usos e costumes.

A primeira parte do inciso trata das situações onde o fornecedor possui disponibilidade em estoque das mercadorias pretendidas pelo consumidor, mas opta por não as negociar. Trata-se de situações como a que o fornecedor esteja

² Existe um projeto de lei tramitando no Congresso Nacional desde 2003 (PL 2186/2003) de ementa: “Dispõe sobre o envio de mensagem não solicitada por meio de redes de computadores destinadas ao uso do público.”

pretendendo especular com as mercadorias (aguardar o preço subir por razões externas) ou um motorista de taxi que prefira não fazer uma corrida curta, mesmo estando vago.

A segunda metade do inciso quer dizer que é vedado ao fornecedor, consistindo em prática abusiva, fornecer produtos ou serviços em desconformidade com os usos e costumes. Ou seja, usos e costumes não só são geradores de direitos, de expectativas legítimas, como também negociar em desacordo com ele consiste em prática abusiva.

Vimos até agora que os usos e costumes são geradores de direitos e que os fornecedores devem negociar em conformidade com eles. Vimos que, em geral, usos e costumes demandam muito tempo de reiteradas ocorrências para serem considerados como tais; no entanto, argumentamos que esse intervalo temporal deve ser reduzido para adaptar-se à dinamicidade da internet. Demos o exemplo do “*unsubscribe*”, que pode ser considerado um novo costume surgido em decurso curto de tempo. No próximo capítulo analisaremos a interpretação de contratos eletrônicos de consumo e qual a importância dos usos, costumes e da boa-fé nessa exegese.

4 INTERPRETAÇÃO DE CONTRATOS ELETRÔNICOS DE CONSUMO

A interpretação de um contrato objetiva chegar à vontade das partes. Quando não há vontade declarada, procura-se chegar à vontade que teriam os contratantes caso tivessem antevisto a situação que perturbou a execução do contrato. Conforme a citação de Antônio Junqueira de Azevedo que trouxemos na introdução, o ponto de partida é a declaração: *parte-se da declaração para descobrir a vontade*.

Como a declaração de vontade nos contratos eletrônicos de consumo é tão diferente dos contratos entre presentes e também é tão restrita, é preciso muita atenção para interpretar a declaração de vontade conforme leciona Antônio Junqueira. Os contratantes não se encontram pessoalmente, toda a comunicação verbal, postural, a expressão facial, são perdidas. Toda a declaração de vontade se consubstancia em alguns fragmentos de dados que trafegam pela internet e que ficam armazenados em alguns servidores. Às vezes, uma compra é realizada com um único clique (“compra com 1 clique”).

Seguindo as orientações de Antônio Junqueira, seria adequado analisar as circunstâncias e o contexto da declaração de vontade e levar em conta as impressões que uma pessoa normal teria, motivada pela boa-fé e pelos usos e costumes. Em suma, tentar “deduzir” o que os contratantes estariam pensando naquele momento. Ou o que eles teriam pensado caso tivessem previsto a complicação de deu azo à necessidade da interpretação. Aqui cabe lembrar a importância de que o intérprete conheça as particularidades do meio digital e também os usos e costumes desse tipo de contrato.

Conforme os trechos da obra de Theodoro Jr. que trouxemos na introdução, ficou demonstrado que ele possui posicionamento similar ao de Antônio Junqueira. Partimos da declaração de vontade para realizar a interpretação. Quando a situação problemática não foi prevista pelas partes, não há intenção a se procurar. Nesses casos, resta observar o disposto pela boa-fé objetiva e pelos usos e costumes. Theodoro Jr. Fala ainda em fim econômicos das partes. O que, nos contratos de consumo, tende a ser bastante simples e direto, sem muita margem para interpretação.

Em se tratando especificamente da doutrina no processo técnico de interpretação, nosso referencial teórico parte de Carlos Maximiliano Pereira dos Santos. Em sua renomada obra *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, o autor dedica diversos parágrafos exclusivamente aos “processos e regras de interpretação aplicáveis aos atos jurídicos”. (MAXIMILIANO, 2013, p 278-289).

Citamos, na introdução, diversas etapas e regras do processo de interpretação proposto do Maximiliano: análise filológica, processo lógico e processo sistemático, admissibilidade da declaração presumida, o uso do significado vulgar dos termos ao invés do científico, o fim econômico das partes, a interpretação mais próxima da lei dentre duas plausíveis. Atentamos aqui para a previsão, expressa, do emprego dos costumes e usos do País (§ 421, p. 282) e da lealdade e boa-fé (§423, p. 283).

O CDC traz norma específica no que tange a interpretação de contratos de consumo:

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

Esse dispositivo se justifica em razão da vulnerabilidade de consumidor e da disparidade entre os contratantes na disponibilidade de informação sobre o produto ou serviço e sobre o contrato. Sendo o fornecedor a parte mais robusta na relação, é razoável esperar que elabore um contrato com o mínimo de margem a duplas interpretações. Se assim não o fez, interpreta-se de acordo com a maneira mais favorável ao consumidor, ou seja, aquela que ele imaginou ao contratar.

Sobre a disparidade da informação disponível a cada uma das partes e sua importância na interpretação de contratos, cabe destacar o dever de informar. Claudia Lima Marques leciona:

O dever de informar é do fornecedor, e o aplicador da lei deve interpretar toda a relação contratual (publicidade, promessas, pré-contratos, prospectos, contrato, silêncios, adendos, práticas e cláusulas etc.) sempre a

favor do consumidor, para só após definir se houve abuso ou não. Indiretamente, cria aqui o CDC, *ex vi lege*, uma forte exceção à regra da bilateralidade dos deveres de boa-fé, pois impondo ao fornecedor o dever de informar, **desonera o leigo de informar e informar-se além dos costumes** normais e fixa o conteúdo do contrato no informado pelo fornecedor, sempre a favor do consumidor. (MARQUES, 2011, p. 925-926. Grifo nosso).

Atenção à menção expressa dos costumes como parâmetro do nível de informação que um consumidor leigo deve prestar e buscar em um contrato de consumo. É possível concluir daí que, na interpretação de um contrato de consumo, o consumidor informou-se e prestou informações na medida dos usos e costumes naquele tipo de negócio. Ou seja, não é legítimo esperar que um consumidor tenha e preste um nível de informação maior do que os usos e costumes sugerem.

Bruno Miragem, em seu Curso de Direito do Consumidor, no tópico da interpretação dos contratos de consumo, realça a importância da boa-fé objetiva:

Atualmente, na interpretação dos contratos em geral, e nos contratos de consumo em particular, de enorme importância é a função interpretativa e integrativa da boa-fé objetiva. [...] E, neste sentido, é de ser levada em conta, em virtude da aplicação da boa-fé objetiva aos contratos, a interpretação das declarações negociais (oferta, publicidade, cópia do contrato), em consideração às possibilidades de compreensão do seu destinatário. A falta de informação e esclarecimento adequados ao consumidor (informar deficientemente, não destacar a cláusula limitativa de direitos) implica violação do dever de informar, e conseqüentemente, dá causa aos efeitos previstos no CDC. [...] A boa-fé neste sentido, não é somente um cânone de interpretação. O intérprete ao mesmo tempo em que realiza a identificação do significado das disposições contratuais, promove a **concreção da cláusula geral de boa-fé, reconhecendo direitos e deveres implícitos** no contrato em exame. (MIRAGEM, 2014, p. 478-479. Grifo nosso).

Pois bem, se é prerrogativa do intérprete promover a concreção da cláusula geral de boa-fé, reconhecendo deveres e direitos implícitos, devem-se incluir ali os deveres e direitos específicos dos contratos eletrônicos de consumo, como a absoluta conformidade do produto com sua descrição e imagens no anúncio online e também o respeito ao prazo de entrega informado no site.

Ao interpretar um contrato eletrônico de consumo, com todas as suas particularidades já referidas, o que deve ter em mente o intérprete? Entre outras

circunstâncias, que o consumidor teve que confiar na precisão da descrição textual, na fidelidade das imagens, no cumprimento do prazo de entrega; que o consumidor não pôde discutir cláusulas contratuais, não pôde negociar prazo e forma de pagamento, não pôde tirar suas dúvidas em uma conversa presencial, que recebeu dezenas de emails com propagandas – ou as visualizou em outras páginas, que pode ter realizado o negócio em algum momento de desatenção ou sem a necessária reflexão da necessidade/utilidade do produto ou serviço, bem como da sua capacidade de pagamento.

O intérprete deve ter em mente também que o consumidor precisou depositar muita confiança no fornecedor, pois, via de regra o pagamento é feito antecipadamente e o produto/serviço é entregue posteriormente. Além disso, o consumidor não tem acesso a um estabelecimento físico para poder reclamar, devolver, questionar e etc., porque ou esse estabelecimento não existe, ou se situa geograficamente muito distante. Presume-se, também, que o consumidor não possui proficiência em lidar com o ambiente digital, no sentido não de saber operar apropriadamente o computador, navegar da melhor forma no site ou conseguir resolver facilmente problemas que podem advir. Ao contrário do fornecedor, que domina o conhecimento das plataformas digitais.

E de que forma essas reflexões trazidas acima devem influenciar no resultado da interpretação? Em nosso ver, tudo isso aponta para uma necessidade de diminuir o peso da declaração formal de vontade, em sua acepção clássica, compreendida aqui nos cliques de mouse que resultam na realização de uma compra; e dar um peso maior à boa-fé objetiva e aos usos e costumes, que criam expectativas legítimas entre os consumidores e conferem previsibilidade e segurança às relações de consumo.

A interpretação que privilegia a cláusula da boa-fé e seus deveres acessórios, por ex. a exatidão da descrição do produto, a informação idônea, a fidelidade das imagens, a tempestividade da entrega, a pronta devolução do pagamento em caso de arrependimento, em detrimento da interpretação literal da declaração de vontade, é a interpretação que melhor realiza o caráter protetivo do CDC. Desta forma, é razoável concluir pela validade da segunda hipótese levantada na introdução, que a

boa-fé objetiva, em especial os deveres acessórios, impõe padrões de conduta objetivos valiosos para a tarefa da interpretação.

A interpretação que privilegia os usos e costumes (por ex. o reconhecimento de direitos decorrentes de costumes reconhecidos, ainda que fora da manifestação de vontade, e o reconhecimento de abusividade em contratos celebrados em desconformidade com os usos e costumes), em detrimento da interpretação literal da declaração de vontade, é a interpretação que melhor realiza o caráter protetivo do CDC. Desta forma, é razoável concluir pela validade da quinta hipótese levantada na introdução, que os usos e costumes, por registrarem práticas reiteradas no tempo, comuns, conhecidas e aceitas socialmente, estabelecem padrões de conduta objetivos valiosos para a tarefa da interpretação.

5 ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA

O objetivo deste capítulo é trazer julgados das cortes superiores que demonstrem o tratamento dispensado por elas nos casos de ações envolvendo contratos de consumo celebrados via internet, bem como se é realizada alguma interpretação levando em consideração os usos, costumes e a boa-fé objetiva.

No STF, o Ministro Barroso, ao negar seguimento ao Recurso Extraordinário, confirmou o seguinte acórdão:

DECLARATÓRIA CC COMINATÓRIA. – CONSUMIDOR. – PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS EDUCACIONAIS. – (I) REAJUSTE ANUAL ACIMA DE 50% - VIOLAÇÃO AO ARTIGO 1º DA LEI Nº 9.870/99 – (II) DIFERENCIAÇÃO ENTRE ALUNOS DISCRIMINATÓRIA E ILEGAL – **(III) VALOR DA MENSALIDADE TOTALMENTE DIVERSO DA PREVISÃO DE VALORES EM SITE DA INTERNET.** – PROPAGANDA ENGANOSA – ABUSIVIDADE CONFIGURADA – **VIOLAÇÃO DE PRINCÍPIOS DA ETICIDADE E DA BOA-FÉ.** – RECURSO PROVIDO. (STF - ARE: 846235 SP - SÃO PAULO 0001882-56.2012.8.26.0008, Relator: Min. ROBERTO BARROSO, Data de Julgamento: 20/02/2015).

É interessante notar que um dos argumentos determinantes para a decisão foi justamente uma informação disponibilizada no site a universidade na internet com a previsão de valores de mensalidades. Ao não honrar com aquela previsão, reajustando em percentual muito maior, o tribunal reconheceu a violação ao princípio da boa-fé.

No STJ, a Ministra Nancy Andrighi, ao conhecer e dar provimento parcial ao Recurso Especial, considerou que:

DIREITO COMERCIAL E BANCÁRIO. CONTRATOS BANCÁRIOS SUJEITOS AO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. **PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA.** COMISSÃO DEPERMANÊNCIA. VALIDADE DA CLÁUSULA. VERBAS INTEGRANTES. DECORRENTES DOS EXCESSOS. PRINCÍPIO DA CONSERVAÇÃO DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS. ARTIGOS 139 E 140 DO CÓDIGO CIVIL ALEMÃO. ARTIGO 170 DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO.

1. O princípio da boa-fé objetiva se aplica a todos os partícipes da relação obrigacional, inclusive daquela originada de relação de consumo. No que diz respeito ao devedor, a expectativa é a de que cumpra, no vencimento, a sua prestação. (STJ - REsp: 1063343 RS 2008/0128904-9, Relatora: Ministra Nancy Andrighi, Data de Julgamento: 12/08/2009, S2 - Segunda Seção, Data de Publicação: DJe 16/11/2010)

Cumpra-se salientar a importância de ver reconhecida, pelo STJ, a plena aplicabilidade do instituto da boa-fé nas relações de consumo e também a afirmação de que há uma expectativa de que a prestação seja cumprida no vencimento. Esse adimplemento deve ser considerado esperado para ambos os polos da relação de consumo. Conclui-se daí que um fornecedor *on-line* que não entrega o produto vendido no prazo anunciado incorre em violação da boa-fé.

Em outro julgado do STJ, em sede de recurso especial, discutia-se a necessidade de um provedor de conteúdo na internet manter em seus registros dados que possibilitassem a identificação de um de seus usuários. A Min. Relatora Nancy Andrighi considerou que:

24. Muito oportuna, nesse ponto, a lição de Cláudia Lima Marques, no sentido de que **informar é mais do que cumprir com o dever anexo de informação: é cooperar e ter cuidado com o parceiro contratual, evitando os danos morais e agindo com lealdade** (pois é o fornecedor que detém a informação) **e boa-fé**” (Comentários ao código de defesa do consumidor, 2ª ed., São Paulo: RT, 2006, pp. 178-179). [...] 52. Em suma, pois, tem-se que os provedores de conteúdo devem manter um sistema minimamente eficaz de identificação de seus usuários, cuja efetividade será avaliada caso a caso. As informações pessoais devem ser armazenadas por um prazo mínimo de 03 anos, a contar do dia em que o usuário cancela o serviço. (STJ - REsp: 1398985 MG 2013/0273517-8, Relator: Ministra Nancy Andrighi, Data de Julgamento: 19/11/2013, T3 - Terceira Turma, Data de Publicação: DJe 26/11/2013)

É interessante reparar como os princípios do dever de informar e da boa-fé objetiva foram consubstanciados neste julgado envolvendo também o aspecto técnico dos servidores de dados e o registro e disponibilização de dados por estes. Conclui-se que é possível ao julgador analisar os argumentos trazidos pelas partes com relação à viabilidade técnica de uma demanda e, com isso, concretizar o direito dos consumidores a ser informado eficazmente.

Ainda no STJ, em agravo de instrumento de decisão que negou seguimento ao recurso especial, o Min. Relator Luis Felipe Salomão manteve o valor da condenação por danos morais envolvendo o dever de informar e a boa-fé:

[...] APELAÇÃO CÍVEL. INDENIZATÓRIA. APLICAÇÃO FINANCEIRA VIA INTERNET. DEFEITO NA INFORMAÇÃO. DANO MORAL CONFIGURADO. 1. Relação de consumo subordinada aos ditames do CPDC, o qual preconiza que a **informação é um direito básico do consumidor**. 2. **Ausência de boa-fé da instituição financeira que no site**

da internet não diferencia as espécies de valores mobiliários disponíveis para investimento, causando nos correntistas que o acessam a certeza de que aplicam seu capital em ações. 3. Consumidora que, inadvertidamente, se encontrou em situação temerosa e de enorme frustração, quando constatou que o capital aplicado fora perdido sumariamente em determinado prazo. Desconhecimento da natureza da aplicação. **Induzimento ao erro**. Configuração de *dolus velatus*. Dano material. 4. Dano moral in re ipsa e fixado adequadamente [...]. (STJ - Ag: 1291005, Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, Data de Publicação: DJ 30/09/2010).

Temos mais um exemplo de como um fornecedor na internet omitiu dados relevantes que acabaram causando prejuízo ao consumidor. A boa-fé que se espera no tocante à exatidão e completude das informações prestadas por um fornecedor, como visto, serve até mesmo de fundamentação para a indenização por danos materiais e morais.

Nesta reclamação ao STJ discutia-se a obrigação de adimplemento contratual de um fornecedor que registrou um preço incorreto em anúncio no site de vendas em favor de uma consumidora que realizou a compra:

CIVIL. DIREITO DO CONSUMIDOR. AÇÃO QUE VISA OBRIGAR A LOJA A VENDER E ENTREGAR AO CONSUMIDOR MERCADORIA PELO VALOR ANUNCIADO EM SITE. IMPROCEDÊNCIA. FATO QUE EVIDENCIA ERRO E NÃO DOLO DO COMERCIANTE, MÁXIME PELA DESPROPORÇÃO ENTRE O PREÇO REAL E O ANUNCIADO. SENTENÇA REFORMADA. I. O art. 30, do CDC consagra o princípio da boa-fé, que deve vigorar nas relações de consumo desde a fase pré-contratual e coibir os abusos praticados por intermédio do marketing a obrigar o fornecedor a cumprir o prometido em sua propagando. **II. Não se pode obrigar, no entanto, o comerciante a vender mercadoria pelo preço anunciado na internet, se não se observa a existência de dolo, mas sim de evidente erro na inserção, denunciado pela grande desproporção entre o preço real e o anunciado.** III. **A boa-fé, que a lei exige do fornecedor, também é exigida do consumidor.** "Assim, na hipótese de equívoco flagrante e disparate presente em informação ou publicidade, não se pode consentir na vinculação obrigacional do fornecedor almejada por consumidor animado pelo propósito do enriquecimento ilícito". (STJ - Rcl: 4043, Relator: Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador Convocado do TJ/RS), Data de Publicação: DJe 26/04/2010).

Cabe ressaltar a necessidade de ser observada a boa-fé também pelo consumidor nas suas relações de consumo. Ficou decidido que a evidente desproporção entre o preço real e o anunciado não obriga o fornecedor a entregar o produto ou serviço oferecido, por se tratar de erro e não de dolo.

Sobre o polêmico tema do envio de mensagens eletrônicas indesejadas (*spam*), temos um julgado onde o autor reclama danos morais em razão do recebimento continuado de mensagens indesejadas de propaganda de um fornecedor. O STJ, em recurso especial, considerou que houve violação do princípio da boa-fé:

INTERNET - ENVIO DE MENSAGENS ELETRÔNICAS - SPAM - POSSIBILIDADE DE RECUSA POR SIMPLES DELETAÇÃO - DANO MORAL NÃO CONFIGURADO - RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO. [...] Ademais, **verifica-se que a continuidade de remessa do spam, mesmo após o pedido para que fosse realizada a exclusão do autor da lista de correspondência eletrônica, configura comportamento violador do princípio da boa-fé**, da conduta leal entre as partes, pois, embora tenha confirmado que cessaria o envio das mensagens indesejadas, continuou a fazê-lo. (STJ - REsp: 844736 DF 2006/0094695-7, Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, Data de Julgamento: 27/10/2009, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 02/09/2010)

No entanto, apesar de ter reconhecido a violação da boa-fé, não julgou procedente a demanda por danos morais, ponderando a falta de gravidade suficiente do incômodo no recebimento dos emails, bem como a falta de previsão legal.

Em interessante julgado sobre empresa de telefonia que anunciou promoção, mas que não viabilizou meios adequados para que os clientes pudessem se cadastrar nela através de site na *internet*, o STJ, em sede de agravo de instrumento, dispôs que:

AÇÃO COLETIVA DE CONSUMO. SERVIÇO DE TELEFONIA MÓVEL. PROMOÇÃO "TARIFA ZERO". PRÁTICA ABUSIVA. CONFIGURAÇÃO. DANOS MORAIS. RECONHECIMENTO. [...] Ora, inegável a **prática abusiva** perpetrada pela empresa ré, já que em desconformidade com os padrões de conduta que dela se poderiam esperar, e que também **não estão de acordo com os deveres anexos à boa-fé objetiva**. Por tudo isso, não há falar que a condenação se pauta única e exclusivamente na **falta de campo específico na internet para fins de cadastramento na promoção** em tela, mas na dificuldade que encontraram os consumidores na adesão do plano Tarifa Zero, a demonstrar quebra de confiança e a deslealdade da empresa TIM em seu atuar no mercado de consumo. (STJ - Ag: 1304380, Relator: Ministro Sidnei Beneti, Data de Publicação: DJe 27/08/2010).

Ainda que não tenha sido o único fundamento da condenação, é importante destacar que a falta de disponibilização de um meio adequado na internet para que

o cliente possa realizar seus contratos conforme anunciados pelo fornecedor é causa de violação da boa-fé e geradora de responsabilidade civil.

Enquanto que no tocante à boa-fé pudemos encontrar diversas referências na jurisprudência, no campo dos usos e costumes envolvendo contratos eletrônicos de consumo a jurisprudência é bastante mais restrita.

Em caso que tratava de cliente de banco que recebeu um comprovante de depósito de terceiro, emitido pelo banco, no qual não constava expressamente que se tratava de depósito em cheque, acabou sendo fraudado pelo terceiro depositante (entregou o bem ao depositante, sendo que o cheque estava sem fundos), o STJ, em sede de agravo de instrumento considerou que:

APELAÇÃO CÍVEL. NEGÓCIOS JURÍDICOS BANCÁRIOS. AÇÃO INDENIZATÓRIA. GUIA DE DEPÓSITO. PREENCHIMENTO PELO BANCO DE FORMA ERRÔNEA. DEPÓSITO FEITO ATRAVÉS DE CHEQUE. DEVER DO BANCO INFORMAR E CONFERIR OS DADOS CORRETAMENTE. [...] Há que se ter em conta, ainda, que, na hipótese de depósitos em cheque, o correto seria – **embora tal prática não costume ser observada pelos funcionários do banco**, conforme admitido pelo preposto, ao prestar depoimento pessoal (fl. 65) - constar da guia o número do banco, da agência, do cheque e o respectivo valor – campos que, in casu, ficaram em branco, conforme se observa à fl. 60. (STJ - Ag: 1372527, Relator: Ministro Raul Araújo, Data de Publicação: DJ 25/02/2011).

Neste caso, ainda que o costume do banco fosse não preencher a guia com dos dados do cheque, o banco foi condenado a indenizar. Foi considerado que o dever de informar se sobrepunha ao costume de deixar tais dados em branco.

Ao contrário, em outro julgado, a Ministra Nancy Andrighi considerou que deveria ser aplicado o costume de se fixar os juros, quando não previstos no contrato, na média do mercado:

BANCÁRIO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO REVISIONAL DE CLÁUSULAS DE CONTRATO BANCÁRIO. INCIDENTE DE PROCESSO REPETITIVO. JUROS REMUNERATÓRIOS. CONTRATO QUE NÃO PREVÊ O PERCENTUAL DE JUROS REMUNERATÓRIOS A SER OBSERVADO. [...] Dessarte, nos contratos de mútuo em que a disponibilização do capital é imediata, deve ser consignado no respectivo instrumento o montante dos juros remuneratórios praticados. Ausente a fixação da taxa no contrato, deve o juiz **limitar os juros à média de mercado** nas operações da espécie, divulgada pelo Bacen. **Esses são os usos e costumes, e é essa a solução que recomenda a boa-fé.** (STJ -

REsp: 1112879 PR 2009/0015831-8, Relatora: Ministra Nancy Andrichi, Data de Julgamento: 12/05/2010, Data de Publicação: DJe 19/05/2010).

Ocorreu, no caso, verdadeira interpretação integrativa baseada nos costumes a fim de se estipular um valor para os juros cobrados, quando o contrato omitiu tal dado.

Em interessante julgado do STJ acerca da responsabilidade civil da companhia de transporte aéreo que extraviou bagagem da passageira, questionava-se a necessidade da mesma ter guardado as notas fiscais de todos os bens contidos na mala. Decidiu-se pela desnecessidade:

RESPONSABILIDADE CIVIL. TRANSPORTE AÉREO. VÔO INTERNACIONAL. EXTRAVIO DE BAGAGEM. INCIDÊNCIA DO CDC. DANOS MORAL E MATERIAL. **Igualmente, não era imprescindível a juntada de notas fiscais, pois não é de costume que os passageiros guardem notas de tudo:** roupas, sapatos, presentes, pequenas compras etc. (STJ - Ag: 1262870, Relator: Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador Convocado Do TJ/RS), Data de Publicação: DJ 18/11/2010).

Note-se que foi reconhecido ao consumidor o direito à indenização ainda que sem cumprimento das exigências solicitadas pelo fornecedor, pois entendeu aquela Corte que não seria exigível que o consumidor apresentasse um comportamento contrário ao costume.

Por fim, anotamos que foi constatado, durante a análise da jurisprudência dos tribunais superiores, a referência, comum, a dispositivos do CC, CPC, LINDB e até mesmo do BGB contendo disposições sobre a aplicação os usos e costumes. Infelizmente tais citações não foram seguidas de argumentação concernente à aplicação de tais disposições nos casos concretos.

6 CONCLUSÃO

Ao longo deste trabalho analisamos os aspectos teóricos e práticos dos contratos eletrônicos de consumo, bem como a aplicação dos usos, costumes e da boa-fé objetiva na sua interpretação. Procuramos, ao longo do texto, esclarecer os pontos mais relevantes pelos quais os contratos eletrônicos de consumo se destacam dos contratos comuns, e também discutimos os institutos da boa-fé e dos usos e costumes, e a forma como se relacionam com a interpretação de tais contratos.

Nossa primeira hipótese, que o contrato eletrônico de consumo possui especificidades que dificultam sua interpretação, foi tratada especificamente no segundo capítulo, ao longo do qual procuramos trazer diversos argumentos, citações e outras informações que validassem essa hipótese. É o nosso entendimento que tal hipótese restou confirmada.

Nossa segunda hipótese - que a boa-fé objetiva, em especial os deveres acessórios, impõe padrões de conduta objetivos valiosos para a tarefa da interpretação – apareceu como dedução dos tópicos abordados no quarto capítulo, quando vimos que o uso de um modelo objetivo de conduta baseado no respeito às expectativas legítimas do outro e na valorização da confiança recíproca seria uma poderosa ferramenta para inibir comportamentos abusivos.

Nossa terceira hipótese, que as características únicas da internet podem provocar desdobramentos específicos dos deveres da boa-fé objetiva, restou verificada quando pudemos listar, após estudos, algumas sugestões de deveres acessórios, tais como: a exatidão da descrição do produto, a informação precisa e correta, a fidelidade das imagens, a tempestividade da entrega, a pronta devolução do pagamento em caso de arrependimento, entre outros.

Nossa quarta hipótese, que os usos e costumes, embora lapidados através de longo período nos demais campos do direito, são estabelecidos mais precocemente no Direito Digital, restou parcialmente validada, quando trouxemos ao menos um novo costume, conhecido como “descadastro” ou “*unsubscribe*”, tratado no terceiro

capítulo. Acreditamos que vários outros possam ser registrados em pesquisa específica.

Nossa quinta hipótese - que os usos e costumes, por registrarem práticas reiteradas no tempo, comuns, conhecidas e aceitas socialmente, estabelecem padrões de conduta objetivos valiosos para a tarefa da interpretação – foi constatada no quarto capítulo. Notadamente quando a interpretação traz o reconhecimento de direitos decorrentes de costumes reconhecidos, ainda que fora da manifestação de vontade, e o reconhecimento de abusividade em contratos celebrados em desconformidade com os usos e costumes, por se tratar da interpretação que melhor realiza o caráter protetivo do CDC.

Ao analisar a jurisprudência dos tribunais superiores, dividimos a pesquisa entre a ocorrência da referência à boa-fé na interpretação de contratos de consumo celebrados por meios eletrônicos e a referência aos usos e costumes. Com relação à boa-fé, pudemos constatar diversos julgados fazendo uso de argumentos referentes à boa-fé como determinantes para a definição do mérito, em particular o dever de informar. Há diversos julgados reconhecendo a procedência de pedidos de consumidores que foram lesados quando o fornecedor ou omitiu informações, ou informou erroneamente.

Com relação ao emprego dos usos e costumes como argumentos definidores das decisões de mérito, a situação foi diferente. Não só existem muito menos julgados fazendo referência aos usos e costumes do que existem os da boa-fé, como os julgadores se limitaram a citar no corpo dos julgados os dispositivos legais, muitas vezes transcrevendo o texto da lei, sem, no entanto, aplicar tais dispositivos na argumentação e na definição do mérito das pretensões.

Nesse sentido, seria positivo ver uma maior aplicação dos usos e costumes nos julgamentos e também a ampliação do rol de deveres acessórios da boa-fé objetiva considerados na motivação das decisões.

Por fim, observamos que ter a validação das hipóteses levantadas foi muito gratificante do ponto de vista acadêmico, enquanto cidadão e também como

consumidor. Esperamos que os tribunais apliquem em seus julgados a interpretação conforme os usos, costumes e boa-fé objetiva, pois é o nosso entendimento que trará repercussões positivas na concretização dos direitos dos consumidores e também redundará em relações de consumo mais justas para ambos os lados, pois, como é sabido, os deveres da boa-fé e o atendimento aos usos e costumes vale para todos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. **Dicionário Jurídico Acquaviva**. 4. ed. São Paulo: Rideel, 2010.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. A boa-fé da relação de consumo. In: MARQUES, Cláudia; MIRAGEM, Bruno (Org.). **Direito do consumidor**: fundamentos do direito do consumidor: princípios do direito do consumidor, microsistema de defesa do consumidor e sua aplicação, ... São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. V. 1. (Doutrinas Essenciais). P. 377-387.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. A boa-fé na formação dos contratos. In: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade (org.). **Doutrinas essenciais**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2010. v. 2, p.415-423

_____. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. 172 p. ISBN 8502038028

BRASIL. Projeto de Lei n. 2186/2003. **Planalto**.

_____. **Código de proteção e defesa do consumidor**: lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. São Paulo: Lex, 1991. 33 p.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Ag: 1291005. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Data de Publicação: **DJe** 30/09/2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Ag: 1304380. Relator: Ministro Sidnei Beneti. Data de Publicação: **DJe** 27/08/2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Rcl: 4043. Relator: Min. Vasco Della Giustina. Data de Publicação: **DJe** 26/04/2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp: 1063343 RS. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Data de Julgamento: 12/08/2009. Data de Publicação: **DJe** 16/11/2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp: 1112879. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Data de Julgamento: 12/05/2010. Data de Publicação: **DJe** 19/05/2010).

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp: 1398985 MG. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Data de Julgamento: 19/11/2013. Data de Publicação: **DJe** 26/11/2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp: 844736. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Data de Julgamento: 27/10/2009. Data de Publicação: **DJe** 02/09/2010.

CANTAL, Ana Maria Borges Fontão. Contratos eletrônicos: breves considerações. In: FERRAZ, Carolina Valença; Ginotti, Wagner (org.). **Estudos sobre o direito brasileiro contemporâneo**. Porto Alegre : Verbo Jurídico, 2010. p. 123-148

COELHO, Fábio Ulhôa. **Curso de Direito Comercial**, vol. 3, 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

DANZ, Erich. **A interpretação dos negócios jurídicos**: (contratos, testamentos, etc.): estudo sobre a questão de direito e a questão de facto. São Paulo: Saraiva, 1941. 347 p.

GARCIA, Leonardo Medeiros. **Direito do Consumidor**: código comentado e jurisprudência. 11. ed. Salvador: Jus Podium, 2015.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, vol. 3: Contratos e Atos Unilaterais. 9. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MARTINS, Guilherme Magalhães. Boa-fé e contratos eletrônicos via internet. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). **Problemas de direito civil-constitucional**, Rio de Janeiro : Renovar, 2000. 137-161.

_____. **Formação dos Contratos Eletrônicos de Consumo Via Internet**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MARQUES, Cláudia Lima. **Confiança no Comércio Eletrônico e a Proteção do Consumidor**: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. **Contratos no código de defesa do consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé objetiva e o adimplemento das obrigações. **Revista Brasileira de Direito Comparado**, Rio de Janeiro , v. 13, n. 25, p. 229-282, jul./dez. 2003.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MIRAGEM, Bruno Nubens. **Curso de direito do consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

NUNES, Luis Antônio Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

SILVA, Luís Renato Ferreira da. **Revisão dos contratos**: do código civil ao código do consumidor. Rio de Janeiro: Forense, 1999. 165 p. ISBN 8530906926.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil**: Teoria Geral dos Contratos e Contratos em Espécie. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012a.

_____. **Direito civil**: Lei de Introdução e Parte Geral. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012b.

THEODORO JUNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. Contrato - interpretação - princípio da boa-fé - teoria do ato próprio ou da vedação do comportamento contraditório. **Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre , v.9, n.54, p. 33-54, jul./ago. 2008.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010. 7 v.

VENTURA, Luis Henrique. **Comércio e contratos eletrônicos: aspectos jurídicos**. 2. ed. São Paulo: EDIPRO, 2010. 160 p. ISBN 9788572836913.

VON IHERING, Rudolf. **A Luta pelo Direito**. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.