

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA MARIA
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E HUMANAS
CURSO DE DIREITO

Diego Nunes Lopes

**CLÁUSULAS ABUSIVAS NOS CONTRATOS VIRTUAIS: AS
VIOLAÇÕES DO DIREITO DO CONSUMIDOR NA
ACEITAÇÃO DOS TERMOS DE USO DE SERVIÇOS ONLINE**

Santa Maria, RS
2016

Diego Nunes Lopes

**CLÁUSULAS ABUSIVAS NOS CONTRATOS VIRTUAIS: AS VIOLAÇÕES DO
DIREITO DO CONSUMIDOR NA ACEITAÇÃO DOS TERMOS DE SERVIÇOS
ONLINE**

Monografia do Curso de Direito da
Universidade Federal de Santa Maria
(UFSM), como requisito parcial para
obtenção do grau de **Bacharel em Direito**.

Orientadora: Prof^ª. Ma. Francieli Puntel Raminelli

Santa Maria, RS, Brasil
2016

Diego Nunes Lopes

**CLÁUSULAS ABUSIVAS NOS CONTRATOS VIRTUAIS: AS VIOLAÇÕES DO
DIREITO DO CONSUMIDOR NA ACEITAÇÃO DOS TERMOS DE SERVIÇOS
ONLINE**

Monografia do Curso de Direito da
Universidade Federal de Santa Maria
(UFSM), como requisito parcial para
obtenção do grau de **Bacharel em Direito**.

Aprovado em 20 de dezembro de 2016:

Francieli Puntel Raminelli, Ma. (UFSM)
(Presidente/Orientadora)

Rafael Santos de Oliveira, Dr. (UFSM)

Janaína Soares Schorr, Ma. (UFSM)

Santa Maria, RS, Brasil
2016

SUMÁRIO

RESUMO	5
ABSTRACT	6
INTRODUÇÃO	3
1. CONCEITUAÇÃO HISTÓRICA DOS CONTRATOS	6
1.1 O CONTRATO TRADICIONAL	6
1.2 O CONTRATO ELETRÔNICO	13
2. CLÁUSULAS ABUSIVAS NOS CONTRATOS DE ADESÃO NO BRASIL. 22	
2.1 AS CLÁUSULAS VIRTUAIS ABUSIVAS E A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA..	22
2.2 A VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR NO CONTRATO VIRTUAL	35
CONCLUSÃO	43
REFERÊNCIAS	45

RESUMO

CLÁUSULAS ABUSIVAS NOS CONTRATOS VIRTUAIS: AS VIOLAÇÕES DO DIREITO DO CONSUMIDOR NA ACEITAÇÃO DOS TERMOS DE SERVIÇOS ONLINE

AUTOR: Diego Nunes Lopes

ORIENTADORA: Francieli Puntel Raminelli

A internet tem se tornado cada vez mais disseminada a nível brasileiro e global, trazendo consigo a massificação dos contratos de adesão a um nível sem precedentes na história mundial, pois nunca antes se comprou tanto ou se contratou tantos serviços. Nesse contexto, dada a natureza desse tipo de contrato e o fato de que os internautas na maioria das vezes não os leem, também cresce exponencialmente a presença de cláusulas abusivas na vida dos consumidores, que podem levar a lides judiciais que demoram muitos anos para ser resolvidas. Este trabalho de conclusão de curso analisa o histórico dos contratos, estudando então dados estatísticos que corroborem o fato de que a maioria dos usuários não leem aquilo com que estão concordando, e em seguida traz dados dos tribunais do país com relação a abusividades contratuais. A pergunta que busca responder é: tendo em vista a complexidade dos contratos de adesão online, existem alternativas extrajudiciais para o consumidor se proteger de cláusulas abusivas, visto que não há a possibilidade prática de leitura de todos os contratos celebrados? Na parte seguinte, são apresentadas possíveis soluções para o problema, concluindo-se que a alternativa mais viável é fazer o uso de uma ferramenta colaborativa virtual para que os usuários saibam as cláusulas mais problemáticas dos contratos apresentados, para assim decidirem de inteira consciência se concordam com aquilo ou não.

Palavras-chave: Contrato eletrônico. Contrato virtual. Cláusulas abusivas.

ABSTRACT

ABUSIVE CLAUSES IN VIRTUAL CONTRACTS: VIOLATIONS OF CONSUMER LAW ON THE ACCEPTANCE OF ONLINE SERVICES TERMS

AUTHOR: Diego Nunes Lopes

ADVISOR: Francieli Puntel Raminelli

The internet has become increasingly widespread in Brazil and globally, bringing with it the massification of membership contracts to an unprecedented level in world history, since it has never been so much bought or contracted before. In this context, given the nature of this type of contract and the fact that Internet users most often do not read them, there is also an exponential increase in the presence of abusive clauses in consumers' lives, which can lead to a judicial action that takes many years to be resolved. This Course Conclusion Paper examines contract history, then studies statistical data that corroborates the fact that most users do not read what they are agreeing to, and then brings data from the country's courts regarding contractual abusiveness. The question it seeks to answer is: in view of the complexity of online membership contracts, are there extra-judicial alternatives for consumers to protect themselves from abusive clauses, since there is no practical possibility of reading all the contracts concluded? In the next part, possible solutions to the problem are presented, concluding that electronic contracts could be simplified by the contractor, contrary to what has been done. Another possibility is that contractual clauses are inserted during the use of the service, showing users what they are agreeing to use. In the next part, possible solutions to the problem are presented, and it is concluded that the most viable alternative is to use a virtual collaborative tool so that users know the most problematic clauses of the contracts presented, so that they can decide whether they agree with that or not.

Keywords: Eletronic contract. Virtual contract. Unfair terms.

INTRODUÇÃO

Os contratos eletrônicos ou virtuais são aqueles realizados através de um meio virtual, como computadores ligados por uma rede, tendo surgido e evoluído em um lapso temporal muito curto ao longo das últimas décadas. Este trabalho tem como objetivo fazer uma análise do quão presentes estão os contratos virtuais em nossas vidas e, por consequência disso, estudar a impossibilidade que os internautas têm de ler todos os contratos de adesão e termos de uso de serviço aos quais se prontificam a concordar, o que pode resultar em cláusulas claramente abusivas sendo aceitas sem a ciência do usuário da rede.

Dessa forma, a escolha deste tema tem sua justificativa na enorme quantidade de contratos virtuais com os quais as pessoas se deparam diariamente e que, em sua maioria, não são lidos com a devida atenção ou sequer são lidos, o que pode resultar em eventuais pleitos judiciais quando o aderente, tomando ciência de algo irregular, aciona o proponente em juízo para buscar seus direitos.

Levando em conta a já conhecida saturação do Poder Judiciário e a demora em se obter respostas em um pleito judicial, o usuário que se vê sofrendo o abuso de uma cláusula contratual abusiva muitas vezes só é capaz de vê-la anulada muitos anos após o começo do processo, como vai ser mostrado ao longo deste trabalho, através dos dados e informações que buscou-se reunir para trazer respostas a este problema: tendo em vista a complexidade dos contratos de adesão online, existem alternativas extrajudiciais para o consumidor se proteger de cláusulas abusivas, visto que não há a possibilidade prática de leitura de todos os contratos celebrados?

A motivação que levou à adoção massiva dos contratos eletrônicos de adesão em meio virtual é sua facilidade e padronização, mas isso também pode gerar abusos por meio de contratantes de má-fé, e é a partir desse momento que algo criado para facilitar se torna a fonte de muitos incômodos para o internauta. O objetivo deste trabalho é apresentar soluções, tanto por parte dos contratantes quanto dos contratados, ou mesmo soluções colaborativas, para que a proteção ao internauta comece antes mesmo dele aceitar o contrato.

Diante de uma internet cada vez mais densa e complexa, com mais usuários e em especial o crescimento do varejo eletrônico, é natural que cada vez mais contratos sejam celebrados por meio virtual e esses, em sua maioria, são contratos de adesão, em que pode ser feita uma clara identificação do polo vulnerável da relação. Por outro lado, como

o Direito evolui a um ritmo menos acelerado que as novas tecnologias, o consumidor pode muitas vezes se ver desamparado ao ter que buscar o Poder Judiciário por conta de um contrato abusivo que celebrou, e isso gera frustrações que poderiam ser prevenidas de outras maneiras.

Foram utilizadas pesquisas bibliográficas no desenvolvimento deste trabalho, de autores que trazem o conceito clássico de contratos a outros que trazem abordagens mais recentes, explorando o campo do Direito do Consumidor. Além disso, também foram trazidos dados de pesquisas de instituições nacionais e internacionais, além de ser feita a análise de casos concretos, na forma de jurisprudências ou estudando alguns termos de uso de serviços famosos e as cláusulas abusivas contidas neles.

Este trabalho de conclusão de curso tem sua estrutura dividida em dois capítulos. No primeiro é apresentada a conceituação histórica de contratos, analisando desde a época romana, passando pelas Idades Média e Moderna, até chegar aos dias atuais. É feita a análise de sua acepção clássica de pacto entre duas ou mais pessoas, com requisitos que devem ser cumpridos para lhe conferir existência, validade e eficácia.

Em seguida, é apresentada especificamente a conceituação de contratos eletrônicos, ou seja, contratos celebrados em ambiente virtual, dando-se destaque às suas peculiaridades com relação aos contratos comuns que eram celebrados anteriormente ao longo da história da humanidade, que foram apresentados em momento anterior.

No segundo capítulo, trata-se da abusividade presente em muitos dos contratos eletrônicos de adesão, que são geralmente de compra e venda ou prestação de serviço, ou então termos de uso de *softwares*. É feita uma análise de tal abusividade sob a ótica da legislação brasileira, mostrando as consequências que podem trazer se tiver início um pleito judicial, e então são estudadas algumas dessas cláusulas problemáticas que podem ser encontradas em serviços populares que todos usam. Além disso, também são apresentadas jurisprudências para mostrar a posição firme do judiciário com relação a elas e, particularmente, a relativa demora para dar uma resposta aos pleitos.

Por fim, é apresentada a impossibilidade dos internautas de lerem cada contrato firmado em ambiente virtual, os quais podem chegar às centenas todos os dias, com dados de pesquisas que corroboram tal informação, e são apresentadas também algumas possibilidades para a solução do problema, oriundas dos contratantes e outras do próprio contratado vulnerável, dando-se destaque para aquela que parece ser a mais próxima de alcançar o objetivo de proteger preventivamente o internauta, fazendo com que ele tenha

ciência do que está aceitando e, com isso, possa assumir o risco ao decidir celebrar aquele contrato.

1. CONCEITUAÇÃO HISTÓRICA DOS CONTRATOS

Neste capítulo será apresentada uma conceituação clássica de contrato e, em seguida, a conceituação de contrato eletrônico à luz de doutrinadores contemporâneos.

1.1 O CONTRATO TRADICIONAL

Os contratos são tão antigos quanto a própria sociedade, podendo ser definidos como vínculos jurídicos cujas cláusulas criam lei entre as partes, observadas as regras do Direito Positivo. Nas palavras do doutrinador Flávio Tartuce¹, a doutrina aponta que o conceito de contrato é tão antigo quanto o do próprio ser humano, pois ele surge a partir do momento em que as pessoas começam a se relacionar e viver em sociedade. Segundo o autor, a própria palavra sociedade está imbuída com a ideia de contrato.

É importante perceber que a existência dos contratos é inerente à humanidade, sendo uma necessidade advinda do relacionamento social que nos acompanha desde o início da civilização. O contrato como o conhecemos tem suas origens na época romana, e veio evoluindo ao longo do tempo com base na realidade social que estava sendo vivenciada.

No Direito Romano Clássico, era dotado de rigor formalista e não era visto como meio regulador para qualquer atividade econômica. Cada operação tinha uma fórmula predeterminada que deveria ser seguida para que a operação fosse protegida pelo Estado Romano, e o mero acordo de vontades não era suficiente para criar as obrigações.² Isso tem reflexos até hoje no Direito Contratual pátrio, pois existem contratos que obrigatoriamente devem seguir uma fórmula pré-determinada e inafastável.

Por outro lado, ainda nessa época romana, havia contratos denominados *pacta* que, mesmo sem seguirem as fórmulas, eram aceitos, mas as prestações não podiam ser exigidas em juízo.

[...] podemos perceber a utilização de três vocábulos para designar fenômenos semelhantes: convenção, contrato e pacto. A convenção era gênero e as espécies eram o contrato e o pacto. Contratos eram convenções normatizadas

¹ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Volume 3 – Contratos**. São Paulo: Editora Método, 2014. 18 p.

² NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Notas sobre a Função do Contrato na História*, 2007. Disponível em: < <http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/notas.pdf>>. Acesso em: 10 de novembro de 2016.

e por isso protegidas pela via da *actio*. Três eram as espécies contratuais: a) *litteris*, que exigia inscrição no livro do credor (denominado de *codex*); b) *re*, que se fazia pela tradição efetiva da coisa; e c) *verbis*, que se celebrava pela troca de expressões orais, como em um ritual religioso. Esses contratos tinham proteção judicial prevista pelo *ius civile*, podendo reclamar via *actio* sua execução. [...] o pacto era um acordo não previsto em lei. Não exigia forma especial, nem era protegido pela *actio*³

Nota-se que, no Direito Romano, os contratos eram categorizados em três espécies de acordo com sua forma, mais uma vez evidenciando o quanto ela era importante para aquela sociedade.

É importante ressaltar o contexto social que levava à impossibilidade de um *pacta* ser submetido à tutela jurídica, o que se devia à pouca utilização da escrita e pela religião, que era uma das bases jurídico-sociais da Roma Antiga. Segundo o pensamento da época, os contratos eram protegidos pelos deuses, mas tão somente se observassem a forma prescrita.⁴

Algum tempo depois, no Direito Romano Pós-clássico, alguns *pacta* outrora não protegidos via *actio* foram revestidos de tal proteção, dentre eles os contratos de compra e venda, locação, mandato e sociedade, que passaram a ser denominados *contratos solo consensu*. Em suma, não requeriam formalidades, bastando a declaração de vontade das partes para que estivesse firmado.⁵

Com a chegada da Idade Média, as mudanças sociais também causaram mutações no conceito de contrato, visto que o feudalismo trouxe a ideia de que todas as pessoas – em especial suseranos e vassalos – deviam estar interligadas umas às outras por meio de contratos. Além disso, o desenvolvimento de uma economia mercantilista fez o formalismo contratual da época romana prejudicar as contratações, que deveriam ser cada vez mais rápidas.⁶

Isso trouxe grandes mudanças, geradas por dois fatores: primeiro, os escribas passaram a fazer constar no instrumento escrito das convenções que todas as formalidades tinham sido cumpridas. Isso era feito a pedido dos contratantes, ainda que tais formalidades não tivessem sido cumpridas de fato. Isso significa que a sacramentalidade

³ Ibid.

⁴ Ibid.

⁵ Ibid.

⁶ ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Coimbra: Almedina, 2009. 25 p. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes.

tinha sido abolida do mundo dos contratos e, a partir disso, a observância da forma se tornou um elemento mais importante que seu cumprimento efetivo.⁷

O segundo fator é que as necessidades de uma sociedade cada vez mais mercantil cresceram se comparadas à época do Império Romano, e a consequência disso foi a maior utilização de documentos escritos com as especificações contratuais, o que tornou quase possível o abandono do formalismo. O contrato passou a ser um instrumento abstrato, pois às manifestações de vontade passou a ser conferida força obrigatória, sem toda a formalidade do Direito Romano.⁸

Também é importante ressaltar a forte influência do Direito Canônico e suas consequências na evolução contratual: na doutrina cristã, a mentira era considerada pecado e, por consequência, o descumprimento contratual era quase sempre equiparado a ela. Inclusive, ao se celebrar um contrato, era feito um juramento com motivos religiosos para dar força a ele. Havia a crença de que, se uma obrigação fosse assumida de forma livre e consciente, não haveria motivos para se descumprir o contrato. O inadimplemento era quase sempre condenável.⁹

Vale lembrar que, mesmo naquela época, já havia ideias diferentes sendo espalhadas, e pode ser tomado como exemplo o teólogo e filósofo Agostinho de Hipona, que trouxe a ideia de que o não-cumprimento de um contrato não significa necessariamente que o contratante inadimpliu propositalmente, dando início às primeiras revisões contratuais. Foi o surgimento da teoria da imprevisão: “Quando ocorre alguma coisa de maior importância que impeça a execução fiel de minha promessa, eu não quis mentir, mas apenas não pude cumprir o que prometi” (informação verbal).¹⁰

Na Idade Moderna surge um conceito de contrato mais próximo do atual, fruto do jusnaturalismo e do capitalismo. Nos períodos históricos anteriores, o indivíduo era determinado por sua posição social no grupo em que vivia; por outro lado, com o nascimento do capitalismo, o indivíduo passa a ser determinado por sua vontade, a qual se faz valer por meio dos contratos.

As grandes revoluções da idade moderna trouxeram incontáveis filósofos e juristas que agregaram seus pensamentos à teoria dos contratos, dentre os quais se destacam

⁷ FIUZA, César. **Direito Civil**: Curso Completo. 9. ed. São Paulo: Del Rey, 2006. 127 p.

⁸ Ibid.

⁹ ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Coimbra: Almedina, 2009. 25 p. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes.

¹⁰ Declaração do filósofo medieval Agostinho de Hipona, mais conhecido como Santo Agostinho, que consagra o *rebu sic stantibus*. Disponível em: <<http://www.odireito.com/impressao.asp?c1=326&s1=2&s2=1&s3=1>>. Acesso em: 10 dez 2016.

principalmente Hugo Grotius e Samuel Pufendorf, jusnaturalistas natos, John Locke e Thomas Hobbes, até chegarmos no expoente máximo da teoria contratual de governo: o iluminista Jean-Jacques Rousseau e sua obra “O Contrato Social”.

Com isso, é trazida a conceituação contemporânea de contrato, que é apresentada pelo doutrinador Carlos Roberto Gonçalves. Segundo ele, o contrato é uma das muitas espécies de negócio jurídico e depende, para sua formação, da participação de pelo menos duas partes. Por causa disso, é classificado como negócio jurídico bilateral ou plurilateral. Podem ser distinguidos, na teoria dos negócios jurídicos, os unilaterais, que se aperfeiçoam por uma manifestação de vontade de uma única parte, e os bilaterais, que dependem de uma composição de interesses. Os bilaterais, em que é necessário o mútuo consenso, constituem contratos. Portanto, são espécies do gênero negócio jurídico.¹¹

É importante ressaltar que a amplitude dos acordos que podem ser apresentados como contratos cresceu muito na Idade Moderna, e o conceito de contrato que gera direitos e deveres se tornou apenas uma entre muitas outras espécies, como mostra o professor Flávio Tartuce ao afirmar que o contrato é um ato jurídico bilateral, que depende de no mínimo duas declarações de vontade que formam um vínculo entre as partes. Seu objetivo é criar, alterar ou extinguir direitos e deveres de conteúdo patrimonial. Segundo o autor, em suma, são contratos todo tipo de convenções ou estipulações que possam ser criadas pelo acordo de vontades e por outros fatores acessórios.¹²

Alguns doutrinadores ainda trazem um conceito pós-moderno ou contemporâneo de contrato, que vai além dos clássicos do século passado, e dentre eles está o doutrinador Paulo Nalin. Segundo ele, contrato é uma relação jurídica subjetiva que está nucleada na solidariedade constitucional. Seu objetivo é a produção de efeitos jurídicos existenciais e patrimoniais, não apenas entre os titulares subjetivos da relação, como também perante terceiros.¹³

É importante ressaltar que, apesar das mudanças e da evolução inerente à grande maioria dos institutos jurídicos, a essência dos contratos continua a mesma, como destaca o doutrinador Carlos Roberto Gonçalves.¹⁴ O autor cita o doutrinador Caio Mário¹⁵ e

¹¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: Vol. 3 – Contratos e Atos Unilaterais. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 22 p.

¹² TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**: Volume 3 – Contratos. São Paulo: Editora Método, 2014. 34 p.

¹³ NALIN, Paulo. **Do Contrato**. Curitiba: Juruá, 2005. 255 p.

¹⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: Vol. 3 – Contratos e Atos Unilaterais. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 24 p.

¹⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**: Volume III. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. 2 p.

informa que o fundamento ético do contrato é a vontade humana, desde que atue em acordo com a ordem jurídica. Seu habitat é descrito como a ordem legal, enquanto seu efeito é criar direitos e obrigações. O contrato, para ele, é um acordo de vontades na conformidade da lei, que adquire, transmite, resguarda, transfere, conserva, modifica ou extingue direitos. Em suma, desde Beviláqua¹⁶, o contrato é conceituado de forma sucinta, como um acordo de vontades para o fim de adquirir, resguardar, modificar ou extinguir direitos.¹⁷

Sempre que um determinado negócio jurídico resultar de um mútuo consenso, do encontro entre duas vontades, estaremos diante de um contrato. É válido notar que tal constatação não se limita ao direito das obrigações, como também alcança outros ramos do direito privado: o casamento pode ser citado como um contrato especial, um contrato do direito de família. Quando a Administração Pública celebra contratos com características próprias, estamos diante de um contrato que alcançou a esfera do Direito Público. Todas as espécies de convenções podem ser consideradas contratos. Contudo, em um sentido mais estrito, o conceito de contrato se restringe aos pactos que criem, modifiquem ou extingam relações patrimoniais, como está expresso no art. 1.321 do Código Civil italiano¹⁸: “O contrato é o acordo de duas ou mais partes para estabelecer, regular ou extinguir uma relação jurídica patrimonial.”¹⁹

O doutrinador Carlos Roberto Gonçalves também mostra como, diferente do que ocorria no período romano, hoje contrato e pacto podem ser considerados sinônimos: segundo ele, hoje, as expressões convenção, contrato e pacto são empregadas como sinônimas, apesar de os contratos acessórios serem chamados de pactos (como pacto comissório, pacto antenupcial, etc.). Segundo o jurista italiano Roberto de Ruggiero (1934, apud GONÇALVES, 2012, p. 25), tudo se modificou no direito moderno, pois qualquer acordo entre duas ou mais pessoas, que tenha por objeto uma relação jurídica, pode ser chamado de contrato ou convenção e às vezes pacto. É afirmado que o termo perdeu o significado técnico e rigoroso que era atribuído à linguagem jurídica romana

¹⁶ BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil Anotado**: vol. 4. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1916. 245 p.

¹⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Cível nº 00003956720088190014. **Jusbrasil**. Rio de Janeiro, 2012. Disponível em: <<http://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/386318889/apelacao-apl-3956720088190014-rio-de-janeiro-campos-dos-goytacazes-1-vara-civel/inteiro-teor-386318900>>. Acesso em: 20 nov. 2016.

¹⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: Vol. 3 – Contratos e Atos Unilaterais. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 25 p.

¹⁹ ITÁLIA. **II Codice Civile Italiano**: Libro Quarto: Delle Obligazioni. Roma, Disponível em: <http://www.jus.unitn.it/cardozo/obiter_dictum/codciv/Lib4.htm>. Acesso em: 01 dez. 2016. Tradução livre.

mostrado anteriormente. Mais que isso, o jurista italiano versa que a convenção, isso é, o acordo das vontades, torna-se sinônimo de contrato e o próprio contrato se identifica dessa forma com o consenso.²⁰

Mesmo atualmente, os contratos continuam a evoluir de acordo com os anseios e as inovações da sociedade, algo que pode ser exemplificado no conceito de economia de massa ou, usando outra definição, sociedade de consumo, que trouxe a necessidade de contratos entre partes que não mais discutem uma com a outra antes de firmá-lo, como mostra o doutrinador Gonçalves ao afirmar que a economia de massa traz a necessidade de contratos impessoais e padronizados.

Referidos como contratos-tipo ou contratos de massa, eles não mais se coadunam com o princípio da autonomia da vontade. O Estado faz intervenções frequentes na relação contratual privada, visando assegurar sempre a supremacia da ordem pública, e o individualismo é colocado em um plano secundário. Isso sugere a existência de uma espécie de dirigismo contratual, em determinados setores que são de interesse de toda a coletividade. A força obrigatória dos contratos, outrora aferidas sob a ótica do dever moral de manutenção da palavra empenhada, passa a visar a realização do bem comum.

A evolução das relações sociais e o surgimento do consumo em massa, assim como o nascimento dos conglomerados econômicos, leva a um desfalque que os princípios tradicionais de nossa legislação privada não podiam mais suprir. Diante dessa lacuna, da impossibilidade de reger sob determinados aspectos as novidades das relações humanas, surge o Código de Defesa do Consumidor, que vista primariamente atender a princípio constitucional relacionado à ordem econômica.²¹

Em virtude dessa massificação dos contratos, tornou-se comum a figura do contrato de adesão, ao qual é dedicado um capítulo inteiro do Código de Defesa do Consumidor, e está previsto em seu artigo 54:

Art. 54. Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo.

§ 1º A inserção de cláusula no formulário não desfigura a natureza de adesão do contrato.

§ 2º Nos contratos de adesão admite-se cláusula resolutória, desde que a alternativa, cabendo a escolha ao consumidor, ressalvando-se o disposto no § 2º do artigo anterior.

²⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Vol. 3 – Contratos e Atos Unilaterais**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 25 p.

²¹ *Ibid.* 23 p.

§ 3º Os contratos de adesão escritos serão redigidos em termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis, cujo tamanho da fonte não será inferior ao corpo doze, de modo a facilitar sua compreensão pelo consumidor.

§ 4º As cláusulas que implicarem limitação de direito do consumidor deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão.

§ 5º (Vetado)²²

Observa-se a preocupação do legislador em proteger o consumidor na hora de concretizar o contrato, como pode ser visto no § 3º, que proíbe as chamadas “letras miúdas”, e o § 4º, que torna obrigatório o destaque de cláusulas que limitem o direito do contratante.

Esse tipo de contrato foi conceituado primeiramente pelo jurista francês Raymond Saleilles. Sobre isso, a doutrinadora Maria Helena Diniz traz um conceito atual e pertinente ao afirmar que, nesse tipo de contrato, a manifestação da vontade de uma das partes se limita a tão somente aceitar a proposta de outra, usando o conceito de R. Limongi França. Tal ideia é diversa à de contrato paritário, pois não existe liberdade de convenção, ou seja, exclui-se a possibilidade de debate e transigência entre as partes para chegarem a um acordo. Um dos contratantes se limita a aceitar as cláusulas e condições estabelecidas pelo outro, e adere a uma situação contratual plenamente definida em todos os seus termos.²³

Já para o doutrinador Cézár Fiuza, não há de se falar em uma separação do contrato de adesão dos demais tipos contratuais, pois, para ele, o contrato de adesão sequer é um tipo contratual, tampouco uma categoria autônoma, e sim uma técnica de formação de contrato diferenciada que pode ser aplicada a inúmeras categorias contratuais.²⁴

Em contrapartida, Carlos Roberto Gonçalves constata que a diferença entre o contrato tradicional e o contrato de adesão é a limitação da autonomia da vontade inerente ao último:

...uma restrição mais extensa ao tradicional princípio da autonomia da vontade. [...] Em razão dessa característica, alguns autores chegaram a lhe negar natureza contratual, sob o fundamento de que lhe falta a vontade de uma das partes – o que evidencia o seu caráter institucional.²⁵

²² BRASIL. Lei nº 8078, de 11 de setembro de 1990. **Código de Defesa do Consumidor**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em 13 out. 2016.

²³ DINIZ, Maria Helena. **Código Civil anotado**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. 367 p.

²⁴ FIUZA, Cézár. **Direito Civil**: curso completo. 11. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. 470 p.

²⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: Vol. 3 – Contratos e Atos Unilaterais. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 101 p.

O autor supracitado ressalta, porém, que a limitação da autonomia da vontade não significa a inexistência de tal princípio ao serem firmados contratos de adesão. Para o referido autor, a aceitação das cláusulas por si só, ainda que preestabelecidas, mantém assegurado o caráter daquele princípio.²⁶

Um dos desafios a serem superados pelo CDC foi o posicionamento de civilistas clássicos que rejeitavam qualquer possibilidade de relativização do princípio do *pacta sunt servanda*, enraizado na nossa sociedade desde o direito romano, e como exemplo pode ser citado o autor Caio Mário da Silva Pereira:

O princípio da força obrigatória no contrato contém ínsita uma ideia que reflete o máximo de subjetivismo que a ordem legal oferece: a palavra individual, enunciada em conformidade com a lei, encerra uma centelha de criação, tão forte e tão profunda, que não comporta retratação, é tão imperiosa que, depois de adquirir vida, nem o Estado mesmo, a não ser excepcionalmente, pode intervir, com o propósito de mudar o curso de seus efeitos.²⁷

Por fim, com o advento da internet no fim do século passado, seguida por sua evolução e subsequente popularização a nível global, ocorreu uma revolução em muitos aspectos da vida humana, sendo um deles a massificação das relações contratuais, que cresceram exponencialmente ao longo das últimas décadas. Surge, então, a figura do contrato eletrônico, também chamado por alguns autores de contrato virtual, que na maioria das vezes tem a característica de ser um contrato de adesão e pode ser classificado em três grandes modalidades, que vão ser apresentadas em maiores detalhes no capítulo seguinte deste trabalho.

1.2 O CONTRATO ELETRÔNICO

Já defendia o renomado jurista alemão Rudolf von Ihering que o Direito não é uma pura teoria, mas uma força viva²⁸, o que é corroborado pelo autor contemporâneo Paulo Lopo Saraiva ao afirmar que o Direito evolui com a sociedade.²⁹

Se o Direito fosse uma força estática, ainda estaríamos presos no Direito Romano ou Canônico-Medieval apresentados no capítulo anterior, mas felizmente uma de suas

²⁶ Ibid. 100 p.

²⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**: Vol. III. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. 11 p.

²⁸ IHERING, Rudolf von. **A Luta pelo Direito**. Disponível em: <https://portalconservador.com/livros/Rudolf-Ihering-A-Luta-pelo-Direito.pdf>. Acesso em: 15 out. 2016.

²⁹ SARAIVA, Paulo Lopo. A tetradimensionalidade do direito: esboço inicial. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 39, n. 153, p.67-77, jan. 2002.

principais características é a mutabilidade para se adaptar às evoluções sociais, como versa a juíza federal Ana Cristina Monteiro de Andrade Silva ao afirmar que a sociedade transforma o direito e o direito transforma a sociedade.³⁰

O autor Miguel Reale também apresenta um pensamento interessante ao afirmar que, além dos continentes geográficos, formados de terra e mar, ainda há aqueles de outra natureza, como história ou cultura, os do conhecimento e do operar do homem.³¹ A internet por si só pode ser considerada um desses continentes, visto que desde seu surgimento alterou não apenas o Direito, como toda a sociedade em que vivemos.

A história da internet data do período subsequente à Segunda Guerra Mundial e não está tão distante do surgimento de ENIAC, o primeiro computador digital eletrônico da história, que pesava 30 toneladas e precisava de uma sala destinada a contê-lo. Seu uso inicial era resolver complicadas operações aritméticas a uma velocidade muito superior à das calculadoras da época, e isso passou a ser usado para realizar cálculos balísticos.³²

A internet em si surgiu no ano de 1969, no auge da Guerra Fria, quando as rivalidades entre os Estados Unidos e a União Soviética atingiam níveis alarmantes. Suas raízes tiveram início em uma organização americana conhecida como Advanced Research Projects Agency³³ e, por isso, seu embrião recebeu o nome de ARPANET³⁴.

O objetivo principal da ARPANET era a descentralização das informações, pois, no caso de um eventual ataque soviético, o governo americano não queria que todas suas informações confidenciais estivessem armazenadas em um único local para serem destruídas ou roubadas por seus inimigos.³⁵

Segundo a obra do autor norte-americano Paul Edwards, enquanto os anos da Segunda Guerra Mundial levaram ao surgimento da computação para fazer cálculos balísticos e tentar decifrar códigos criptografados, o período da Guerra Fria levou ao passo seguinte dessa evolução tecnológica, e passou a ser estudada a possibilidade de

³⁰ SILVA, Ana Cristina Monteiro de Andrade. **Sociedade que transforma o direito e direito que transforma a sociedade**. Disponível em <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/26047-26049-1-PB.pdf>> . Acesso em 20 nov. 2016.

³¹ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. Ed. São Paulo: Saraiva, 2002. 21 p.

³² PENN ENGINEERING. **ENIAC: Celebrating Penn Engineering History**. Disponível em: <<http://www.seas.upenn.edu/about-seas/eniac/operation.php>>. Acesso em: 27 set. 2016.

³³ “ARPA – Agência de Projetos de Pesquisa Avançada”, em tradução livre.

³⁴ SANDRONI, Gabriela Araujo. **BREVE HISTORIA Y ORIGEN DEL INTERNET**. Disponível em: <https://www.academia.edu/5489717/BREVE_HISTORIA_Y_ORIGEN_DEL_INTERNET_Errata_El_proyecto_de_ley_SOPA_no_fue_aprobado_-_página_10_>. Acesso em: 20 nov. 2016.

³⁵ LEINER, Barry M. [et al.] **Brief History of the Internet**. Disponível em: <<http://www.internetsociety.org/internet/what-internet/history-internet/brief-history-internet>>. Acesso em: 21 nov. 2016.

computadores serem ferramentas de comunicação e controle de informações. Uma exemplificação clara da importância que era dada a isso é o fato de que, no início da Guerra Fria, as verbas destinadas a pesquisas tecnológicas militares eram trinta vezes maior que no período anterior à Segunda Guerra Mundial, representando mais de 90% (noventa por cento) da verba federal destinada a pesquisa e desenvolvimento.³⁶

Com o passar dos anos e o fim da Guerra Fria, a ARPANET passou a ser vista como algo além de um sistema militar de transmissão de dados: evoluía então no que viria a ser conhecida como internet, uma rede mundial que conectava os computadores pessoais, que começavam a se popularizar pela queda dos preços e pela diminuição do espaço físico que ocupavam.

A partir desse momento, o número de usuários da internet passou a crescer exponencialmente, causando uma revolução em todas as esferas da vida humana: segundo recente pesquisa da ONU, quase 3 bilhões de usuários do mundo têm acesso à internet, o equivalente a cerca de 40% (quarenta por cento) da população mundial.³⁷ Segundo esse estudo, cerca de 60% (sessenta por cento) da população brasileira está conectada. Além disso, um programa anunciado por uma agência da ONU pretende tornar internautas mais de 1,5 (um virgula cinco) bilhão de pessoas até o final da década.³⁸

Em sua obra, o autor Flávio Cardinelle Oliveira Garcia traz uma breve análise sobre o crescimento da rede mundial de computadores na sociedade brasileira e o fator que o impulsionou, corroborando os dados apresentados pela pesquisa supracitada da ONU:

O barateamento dos equipamentos de informática e a constante melhora de qualidade nos serviços de telecomunicações têm atraído milhares de brasileiros à rede mundial de computadores que, com o passar do tempo, vem se tornando economicamente mais acessível a todos.³⁹

Nesse cenário de evolução rápida e intensa, surgem novos horizontes para os quais o direito tem o dever de olhar, sob pena de ficar ultrapassado e ser engolido pelo fluxo de

³⁶ EDWARDS, Paul N. **The Closed World**. Cambridge: MIT Press, 1996. 52 p.

³⁷ International Telecommunication Union. **Measuring the Information Society Report**. 2014.

Disponível em: <[http://www.itu.int/en/ITU-](http://www.itu.int/en/ITU-D/Statistics/Documents/publications/mis2014/MIS2014_without_Annex_4.pdf)

[D/Statistics/Documents/publications/mis2014/MIS2014_without_Annex_4.pdf](http://www.itu.int/en/ITU-D/Statistics/Documents/publications/mis2014/MIS2014_without_Annex_4.pdf)>. Acesso em: 26 out. 2016.

³⁸ International Telecommunication Union. **CONNECT 2020: SETTING A GLOBAL AGENDA FOR THE ICT SECTOR**. Disponível em:

<<http://www.itu.int/en/ Plenipotentiary/2014/newsroom/Documents/backgrounders/pp14-backgrounder-connect-2020.pdf>>. Acesso em: 27 out. 2016.

³⁹ GARCIA, Flávio Cardinelle Oliveira. **Da validade jurídica dos contratos eletrônicos**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/6024-6016-1-PB.pdf>>. Acesso em: 30 out. 2016.

mudanças trazidas pelas últimas décadas. Um desses horizontes é o surgimento de um contrato feito através da rede mundial de computadores, ao qual se deu o nome de contrato eletrônico.

Como versa a autora Sheila Leal, um contrato eletrônico é aquele em que o computador é usado como meio de as partes manifestarem e instrumentalizarem suas vontades na forma de um negócio jurídico.⁴⁰ Segundo a referida autora, a natureza do objeto contratual não tem importância para a categorização de um contrato como eletrônico: para ela, a manifestação da vontade através da veiculação de mensagens eletrônicas é o requisito essencial.

O autor Flávio Tartuce, por sua vez, cita as dificuldades que os estudiosos do Direito têm em relação a temas mais recentes e inovadores, e por isso dedica um capítulo inteiro de sua obra à formação de contratos pela via eletrônica.⁴¹

Tartuce categoriza a internet como um assunto novo no âmbito jurídico, e um assunto que não pode ser ignorado, dado o caráter revolucionário de sua existência. Segundo ele, surge pela primeira vez um aspecto do direito que não pode ser classificado como material, e sim virtual-imaterial. Mesmo os contratos feitos entre não-presentes via carta, os chamados contratos epistolares, não possuíam esse caráter, visto que os documentos existiam no plano material e palpável.⁴²

Cabe trazer também a forte opinião dos autores Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (apud 2003, p. 100), referidos por Tartuce, os quais julgam como inconcebível que, em pleno século XXI, nosso Código Civil de 2002 traga nenhuma regra a respeito da formação do contrato pela via eletrônica, o que pode servir para exemplificar a afirmação feita anteriormente de que estudiosos, juristas e operadores do Direito costumam ter uma certa dificuldade ou relutância em se adaptar à revolução tecnológica.⁴³

Tartuce diz concordar com a crítica dos autores supracitados, mas entende que, por ora, a pendência legislativa pode ser suprimida com a aplicação de regras do Código Civil ou do Código de Defesa do Consumidor.⁴⁴ Cabe citar que a legislação já visou suprir essa lacuna através de legislação esparsa, das quais cabe citar o decreto nº 7.962/13, o

⁴⁰ LEAL, Sheila do Rocio Cercal Santos. **Contratos eletrônicos**: validade jurídica dos contratos via internet. São Paulo: Atlas, 2007. 79 p.

⁴¹ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**: Volume 3 – Contratos. São Paulo: Editora Método, 2014. 132 p.

⁴² Ibid.

⁴³ Apud TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**: Volume 3 – Contratos. São Paulo: Editora Método, 2014. 132 p.

⁴⁴ Ibid.

qual traz regras sobre a contratação no comércio eletrônico. Três aspectos principais são abordados nele, os quais podem ser vistos no primeiro artigo do referido decreto:

Art. 1º Este Decreto regulamenta a Lei no 8.078, de 11 de setembro de 1990, para dispor sobre a contratação no comércio eletrônico, abrangendo os seguintes aspectos:

I - informações claras a respeito do produto, serviço e do fornecedor;

II - atendimento facilitado ao consumidor; e

III - respeito ao direito de arrependimento.⁴⁵

Em relação aos contratos formados pela internet, há uma divergência doutrinária quanto à sua classificação: segundo Fernanda Tartuce, advogada e doutora em Direito Processual Civil pela USP, contratos formados pela internet são, em regra, entre ausentes, pois ela acredita que são equiparáveis aos contratos epistolares. Segundo a doutora, a comunicação entre as partes não é instantânea, visto que o envio de informações pode demorar e também a resposta do destinatário, o qual tem a possibilidade de refletir sobre a proposta.⁴⁶

O autor Flávio Tartuce rebateu a referida doutora ao negar sua comparação dos contratos via internet com os contratos epistolares, pois, segundo ele, a internet é mais equiparável aos telefones do que às cartas, e contratos celebrados via telefone são considerados entre presentes.⁴⁷

Um terceiro posicionamento vem dos autores Jones Figueirêdo Alves e Mário Luiz Delgado. Em sua obra, eles defendem que dois tipos de contratos eletrônicos podem ser visualizados: o primeiro tipo seria os contratos via e-mail, que seriam considerados entre ausentes, visto a semelhança natural entre os e-mails e as cartas. O segundo tipo seria os contratos de partes conectadas em tempo real, como aqueles que acontecem nos chats de bate-papo ou em sites de comércio eletrônico, pois neles a resposta é imediata e estamos diante de um contrato entre presentes.⁴⁸

No presente, com o fim da internet discada e o advento da internet banda larga de rápida conexão, assim como a popularização do comércio eletrônico em websites destinados a isso, tornou-se extremamente raro que pessoas negociem através do e-mail ou por conexões que enviem pacotes de dados lentamente, o que praticamente sepultou

⁴⁵ BRASIL. Decreto nº N° 7962, de 11 de outubro de 1990. **Decreto Para A Contratação no Comércio Eletrônico.**

⁴⁶ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil:** Volume 3 – Contratos. São Paulo: Editora Método, 2014. 133 p.

⁴⁷ Ibid.

⁴⁸ ALVES, Jones Figueirêdo; DELGADO, Mário Luiz. **Código Civil anotado. Inovações comentadas.** São Paulo: Método, 2005.

as possibilidades de um contrato eletrônico ser categorizado como entre ausentes. Mesmo no último caso, de uma pessoa com internet discada comprando em um site de comércio eletrônico, o simples ato de clicar no botão de aceitar a compra já perfectibiliza o negócio jurídico que está sendo feito, e por isso é considerado um contrato entre presentes. Excepcionais são os casos de contratos eletrônicos feitos entre ausentes.⁴⁹

Outra classificação pertinente é a divisão dos contratos eletrônicos em três tipos: interpessoais, intersistêmicos e interativos. Essa classificação, apresentada pela autora Erica Brandini Barbagalo, divide os contratos de acordo com as características das partes no momento de sua perfectibilização.⁵⁰

Contratos eletrônicos interpessoais são aqueles em que o computador conectado à internet é utilizado para elaborar e celebrar o contrato, e não apenas formar o vínculo contratual previamente estabelecido. Eles se subdividem em contratos eletrônicos interpessoais simultâneos, nos quais as partes são consideradas presentes e ocorrem principalmente em chats ou videoconferências, e contratos eletrônicos interpessoais não-simultâneos, nos quais ocorre um lapso temporal a cada tentativa de conversação das partes, como no caso de e-mails. Nesse último caso, são contratos entre ausentes e, como dito anteriormente, têm se tornado bastante raros.⁵¹

Contratos eletrônicos intersistêmicos são aqueles em que o conteúdo do contrato é previamente estabelecido, e as partes apenas se utilizam do meio virtual (computador) para confirmar a união de suas vontades no negócio jurídico. Em outras palavras, o acordo entre as partes já existia e elas simplesmente decidem estabelecer a relação contratual através de meio eletrônico; o computador em si não protagonista um papel nas discussões sobre o acordo, apenas os recebe prontos.⁵²

Por fim, os contratos eletrônicos interativos são aqueles em que uma das partes disponibiliza um sistema eletrônico de informações ao qual a outra parte manifesta sua vontade de criar uma relação jurídica, sem que a parte dona do sistema tenha ciência imediata do negócio jurídico recém-firmado. Neste caso, mais que em qualquer uma das classificações anteriores, o computador é um protagonista no surgimento do negócio

⁴⁹ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Volume 3 – Contratos**. São Paulo: Editora Método, 2014. 134.

⁵⁰ BARBAGALO, Erica Brandini. **Contratos eletrônicos: contratos formados por meio de redes de computadores: peculiaridades jurídicas da formação do vínculo**. São Paulo: Saraiva, 2001. 48 p.

⁵¹ SOUZA, Vinicius Roberto Prioli de. **Formação, pressupostos e a classificação dos contratos eletrônicos**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6395>. Acesso em: 12 nov. 2016.

⁵² Ibid.

jurídico, visto que ele próprio age como uma das partes. Dada sua natureza de não ter uma das partes presente, esse tipo de contrato presumivelmente é de adesão, visto que a parte presente não é capaz de modificar as condições programadas no sistema pela parte ausente.⁵³

É, possivelmente, o contrato mais utilizado na atualidade, pois é o meio principal de se obter produtos e serviços via web nos incontáveis sites de compra que existem na internet, cujo volume de negociações é tão grande que há alguns anos os fez superar o comércio varejista tradicional.⁵⁴

Sendo o objetivo principal deste trabalho fazer uma análise sobre as cláusulas abusivas presentes em contratos virtuais de consumo (e derivados que também sejam de adesão, como contratos de prestação de serviço e termos de uso de serviços ou programas), os contratos eletrônicos interativos vão receber grande enfoque nos próximos capítulos. Diante da facilidade de consumação desse tipo de contrato, é frequente que muitas vezes os compradores não atentem aos contratos e cláusulas de compra e venda apresentados pelo sistema do site, o que pode eventualmente causar incômodos que resultam em disputas jurídicas.⁵⁵

Dada a inexistência de legislação específica sobre contratos eletrônicos até recentemente, em todo o mundo buscou-se conferir aos contratos eletrônicos as mesmas características e efeitos de um contrato comum, como pode ser observado no artigo 5º da Lei Modelo sobre Comércio Eletrônico da UNCITRAL⁵⁶, que afirma que não serão negados a quaisquer dados (e contratos eletrônicos, conseqüentemente) quaisquer efeitos jurídicos ou que afetem o plano da validade pelo simples fato de serem eletrônicos.⁵⁷

Cabe citar também o Projeto de Lei 1.589/99 como exemplo de que a preocupação com o comércio eletrônico já vem de longa data, visando especialmente proteger o consumidor vulnerável na, à época, recém popularizada internet. O art. 4º do referido projeto exemplifica isso:

⁵³ Ibid.

⁵⁴ PIMENTEL, Fabiana. **Consumo: compras no comércio eletrônico superam as do varejo convencional**. Disponível em: <<http://www.infomoney.com.br/minhas-financas/noticia/2304850/consumo-compras-comercio-eletronico-superam-varejo-convencional>>. Acesso em: 14 nov. 2016.

⁵⁵ ROMERO, Luiz. **Não li e concordo**. Disponível em: <<http://super.abril.com.br/tecnologia/nao-li-e-concordo/>>. Acesso em: 14 nov. 2016.

⁵⁶ Comissão das Nações Unidas para as Leis de Comércio Internacional.

⁵⁷ UNCITRAL. **Model Law on Electronic Commerce with Guide to Enactment 1996**: with additional article 5 bis as adopted in 1998. Disponível em: <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/electcom/05-89450_Ebook.pdf>. Acesso em: 22 nov. 2016.

Art. 4º - A oferta de contratação eletrônica deve conter claras e inequívocas informações sobre:

- a) nome do ofertante e o número de sua inscrição no cadastro geral do Ministério da Fazenda, e ainda, em se tratando de serviço sujeito a regime de profissão regulamentada, o número de inscrição no órgão fiscalizador ou regulamentador;
- b) endereço físico do estabelecimento;
- c) identificação e endereço físico do armazenador;
- d) meio pelo qual é possível contratar o ofertante, inclusive correio eletrônico;
- e) o arquivamento do contrato eletrônico, pelo ofertante;
- f) instruções para arquivamento do contrato eletrônico, pelo aceitante, bem como para sua recuperação, em caso de necessidade; e
- g) os sistemas de segurança empregados na operação.⁵⁸

Esse artigo mostram uma série de requisitos para que alguém pudesse comercializar seus produtos em ambiente virtual, como um meio de proteger o consumidor que desejasse adquirir tais produtos ou serviços e pudesse acionar judicialmente a pessoa caso se sentisse prejudicado.

É importante observar o posicionamento do professor Jorge Lawand, o qual defende que, por princípio, devem ser observadas e conservadas as normas jurídicas existentes nos contratos eletrônicos. Para o referido autor, os contratos eletrônicos devem observar os requisitos materiais e os requisitos formais de sua espécie contratual, visto que ambos não costumam sofrer grandes alterações quando o negócio jurídico é feito eletronicamente.⁵⁹

Diz ainda o autor que a internet não é um espaço alheio ao Direito, devendo respeitar a legislação pátria tanto no campo civil quanto em outras áreas do Direito, como o Direito do Consumidor, nos casos de contratos de consumo.⁶⁰

Apresentada a conceituação histórica dos contratos, passando pela Antiguidade Romana e pelo Direito Canônico da Idade Média, até chegarmos ao advento da internet e dos contratos eletrônicos, foram apresentadas algumas classificações ou subdivisões destes, e no capítulo seguinte será focado especificamente o contrato eletrônico em sua modalidade interativa que, por serem sumariamente contratos de adesão, têm maiores chances de conterem cláusulas abusivas que os outros tipos. Outros tipos de contrato, dado o fato de que ambas as partes participam de sua criação, não sendo uma parte

⁵⁸ BRASIL. Projeto de Lei 1.589 de 31 de Agosto de 1999. **Comércio Eletrônico**. Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD24SET1999.pdf#page=266>> Acesso em 13 out. 2016

⁵⁹ Nas palavras de Lawand apud LEAL, 2007, 92 p.

⁶⁰ Ibid.

limitada à mera aceitação dos termos propostos, têm o número de cláusulas problemáticas bastante reduzido.

2. CLÁUSULAS ABUSIVAS NOS CONTRATOS DE ADESÃO NO BRASIL

Neste capítulo será apresentada a conceituação das cláusulas abusivas em nossa legislação pátria, a conceituação doutrinária e, por fim, o cenário em que nos vemos impossibilitados de estudar todos os contratos eletrônicos firmados para nos certificarmos de que não contém nenhuma.

2.1 AS CLÁUSULAS VIRTUAIS ABUSIVAS E A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Como vimos no capítulo anterior, a massificação dos contratos após a revolução industrial levou a uma utilização em larga escala dos contratos de adesão, nos quais apenas um dos lados estipula todas as cláusulas contratuais, e a manifestação de vontade da outra parte se limita à mera anuência.

Dada a impossibilidade de o contratante alterar as cláusulas que compõem o pacto, e em certos casos até mesmo a impossibilidade de conhecê-las, a evolução do direito acabou por trazer a conceituação de contratos de consumo, que passaram a integrar o que foi chamado de Direito do Consumidor. O consumidor, o qual geralmente está preso a um contrato de adesão, passou a ser reconhecido como parte vulnerável da relação; em outras palavras, é a parte mais vulnerável a abusos, dado o caráter inalterável dos contratos de adesão que ele possa vir a firmar.

O Código de Defesa do Consumidor da nossa legislação pátria surge com a Lei Nº 8.078/90, e traz como um de seus objetivos principais conceituar o que é consumidor e, especialmente, proteger esse consumidor de eventuais abusos que possam vir a ser cometidos pela outra parte do contrato. A conceituação está consagrada no art. 2º do referido código:

Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza serviço ou produto como destinatário final.⁶¹

É interessante observar que o conceito de consumidor não se limita mais às pessoas físicas, passando a incluir também as jurídicas. A personalidade jurídica deixa de ser o requisito para a pessoa ser classificada como consumidor, e o seu papel no contrato

⁶¹ BRASIL. Lei nº N° 8078, de 11 de setembro de 1990. **Código de Defesa do Consumidor**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em 13 out. 2016.

passa a definir isso: se adquiriu um produto ou serviço como destinatário final, é consumidor.

Além disso, no artigo 4º, é reconhecida expressamente a vulnerabilidade desse polo da relação contratual em relação à outra parte, que traz os princípios que devem ser observados com relação ao Direito do Consumidor:

Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;

II - ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor:

a) por iniciativa direta;

b) por incentivos à criação e desenvolvimento de associações representativas;

c) pela presença do Estado no mercado de consumo;

d) pela garantia dos produtos e serviços com padrões adequados de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho.

III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores;

IV - educação e informação de fornecedores e consumidores, quanto aos seus direitos e deveres, com vistas à melhoria do mercado de consumo;

V - incentivo à criação pelos fornecedores de meios eficientes de controle de qualidade e segurança de produtos e serviços, assim como de mecanismos alternativos de solução de conflitos de consumo;

VI - coibição e repressão eficientes de todos os abusos praticados no mercado de consumo, inclusive a concorrência desleal e utilização indevida de inventos e criações industriais das marcas e nomes comerciais e signos distintivos, que possam causar prejuízos aos consumidores;

VII - racionalização e melhoria dos serviços públicos;

VIII - estudo constante das modificações do mercado de consumo.⁶²

Isso evidencia a preocupação do legislador em garantir os direitos e proteger o polo vulnerável da relação contratual. A outra parte do contrato, por sua vez, passa a ser chamada de fornecedor, que é aquele que fornece produtos ou serviços ao consumidor. Note-se que a conceituação apresentada pelo CDC é bastante cuidadosa ao expor que mesmo pessoas jurídicas de direito público, estrangeiras ou mesmo entes despersonalizados ainda são classificados como fornecedores:

⁶² Ibid.

Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

§ 1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.

§ 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.⁶³

Reconhecida a vulnerabilidade do consumidor, que está particularmente estampada em contratos de adesão, resta saber de que maneira o poder público há de proteger esse consumidor vulnerável, restaurando o necessário equilíbrio entre os polos contratuais. A resposta para isso vem no sexto artigo da legislação do CDC, que positiva um rol exemplificativo de direitos básicos que os consumidores têm nas relações de consumo:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

I - a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos;

II - a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações;

III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem;

IV - a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços;

V - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas;

VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;

VII - o acesso aos órgãos judiciários e administrativos com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção Jurídica, administrativa e técnica aos necessitados;

VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;

IX - (Vetado);

X - a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral.

Parágrafo único. A informação de que trata o inciso III do caput deste artigo deve ser acessível à pessoa com deficiência, observado o disposto em regulamento.⁶⁴

⁶³ Ibid.

⁶⁴ Ibid.

Destaca-se o inciso IV do artigo supracitado: pela primeira vez no CDC, é apresentada a expressão “cláusulas abusivas”, em meio a outras situações também consideradas ilegais por nossa legislação pátria. O inciso V também faz referência a cláusulas que não são admitidas por lei, garantindo que elas podem ser modificadas ou revisadas, a depender do caso concreto. Por fim, o inciso VIII reforça a proteção da hipossuficiência do consumidor, trazendo a possibilidade de inversão do ônus da prova para facilitação da defesa de seus direitos.

Cláusulas abusivas são, como versa o doutrinador Nelson Nery Junior, aquelas que são notoriamente desfavoráveis à prática mais fraca na relação contratual de consumo. São cláusulas opressivas, onerosas, vexatórias ou, ainda, excessivas.⁶⁵

Nas palavras do autor Hélio Zaghetto Gama, as cláusulas abusivas são aquelas que, uma vez inseridas em um contrato, o contaminam gravemente, ou então causam uma lesão contratual à parte desfavorecida.⁶⁶

Em suma, são cláusulas tão flagrantemente ilegais que sequer podem ser reformadas, sendo declaradas nulas de pleno direito nos termos do artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor:

Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

I - impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos. Nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis;

II - subtraíam ao consumidor a opção de reembolso da quantia já paga, nos casos previstos neste código;

III - transfiram responsabilidades a terceiros;

IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;

V - (Vetado);

VI - estabeleçam inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor;

VII - determinem a utilização compulsória de arbitragem;

VIII - imponham representante para concluir ou realizar outro negócio jurídico pelo consumidor;

IX - deixem ao fornecedor a opção de concluir ou não o contrato, embora obrigando o consumidor;

X - permitam ao fornecedor, direta ou indiretamente, variação do preço de maneira unilateral;

XI - autorizem o fornecedor a cancelar o contrato unilateralmente, sem que igual direito seja conferido ao consumidor;

XII - obriguem o consumidor a ressarcir os custos de cobrança de sua obrigação, sem que igual direito lhe seja conferido contra o fornecedor;

⁶⁵ NERY JUNIOR, Nelson. [et al] **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

⁶⁶ GAMA, Helio Zaghetto. **Curso de Direito do Consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. 108 p.

XIII - autorizem o fornecedor a modificar unilateralmente o conteúdo ou a qualidade do contrato, após sua celebração;

XIV - infrinjam ou possibilitem a violação de normas ambientais;

XV - estejam em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor;

XVI - possibilitem a renúncia do direito de indenização por benfeitorias necessárias.

§ 1º Presume-se exagerada, entre outros casos, a vantagem que:

I - ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence;

II - restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou equilíbrio contratual;

III - se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso.

§ 2º A nulidade de uma cláusula contratual abusiva não invalida o contrato, exceto quando de sua ausência, apesar dos esforços de integração, decorrer ônus excessivo a qualquer das partes.

§ 3º (Vetado).

§ 4º É facultado a qualquer consumidor ou entidade que o represente requerer ao Ministério Público que ajuíze a competente ação para ser declarada a nulidade de cláusula contratual que contrarie o disposto neste código ou de qualquer forma não assegure o justo equilíbrio entre direitos e obrigações das partes.⁶⁷

Vale notar que alguns dos incisos, notadamente o inciso IV, deixam uma margem interpretativa bastante generosa em sua conceituação, cabendo ao Poder Judiciário analisar o caso concreto na hora de definir se uma cláusula pode ser considerada abusiva para aquela relação de consumo ou não.

Também é importante observar o §2º do referido artigo, que nos mostra que, embora tais cláusulas sejam nulas de pleno direito, via de regra elas não invalidam o contrato por completo, dada a existência do Princípio da Conservação do Contrato. Versa a doutrinadora Cláudia Lima Marques:

[...] a sanção, portanto, é negar efeito unicamente para a cláusula abusiva, preservando-se, em princípio, o contrato, salvo se a ausência da cláusula desestruturar a relação contratual, gerando ônus excessivo a qualquer das partes. Cuida-se do princípio da conservação do contrato. O magistrado, portanto, após excluir o efeito da cláusula abusiva, deve verificar se o contrato mantém condições – sem a cláusula abusiva – de cumprir sua função socioeconômica ou, ao contrário, se a nulidade da cláusula irá contaminar o invalidar todo o negócio jurídico.⁶⁸

Não raro, o Princípio da Conservação do Contrato é referenciado em acórdãos dos tribunais superiores, os quais o consagram ainda mais, como pode ser observado no acórdão subsequente:

⁶⁷ BRASIL. Lei nº 8078, de 11 de setembro de 1990. **Código de Defesa do Consumidor**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em 13 out. 2016.

⁶⁸ MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 294 p.

“Não obstante a literalidade do art. 478 do CC/02 - que indica apenas a possibilidade de rescisão contratual - é possível reconhecer onerosidade excessiva também para revisar a avença, como determina o CDC, desde que respeitados, obviamente, os requisitos específicos estipulados na Lei civil. Há que se dar valor ao princípio da conservação dos negócios jurídicos que foi expressamente adotado em diversos outros dispositivos do CC/02, como no parágrafo único do art. 157 e no art. 170.”⁶⁹

Pode-se observar no voto do relator, o ilustre Ministro Humberto Gomes de Barros, a observância dos princípios supracitados e inerentes aos contratos que formam relações de consumo:

A rejeição dos embargos declaratórios não ofendeu a Lei. O Tribunal goiano examinou, motivadamente, todas as questões postas ao seu crivo e pertinentes ao desfecho da lide.

Não enxergo ofensa aos Arts. 458 e 535 do CPC.

Discute-se se a variação do valor da soja, em razão da ocorrência das pragas na lavoura, é fato imprevisível ou extraordinário capaz de levar à resolução do contrato por lesão, desequilíbrio econômico e onerosidade excessiva contra os produtores e em favor dos compradores.

Delimitada a controvérsia, o dispositivo do Código Civil atual, tido por ofendido pelo acórdão recorrido, assim dispõe:

Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.

A velha máxima *pacta sunt servanda* foi mitigada pelo Art. 478 do novo Código Civil.

No caso, as partes celebraram compra e venda, a preço fixo, para entrega futura. Tal acerto cabe no conceito de "execução diferida". Resta saber se a oscilação do preço de mercado da soja, em razão da "ferrugem asiática", justifica a resolução do contrato.

O contrato celebrado é comutativo, onde as partes tinham condições de antever as vantagens e desvantagens decorrentes de sua celebração.

Para o Código Civil (Art. 482), o contrato de compra e venda aperfeiçoa-se quando se ajustam objeto e preço. Embora a entrega das sacas de soja (coisa certa) estivesse prevista para aproximadamente um ano após a celebração do contrato, o preço foi fixado quando da celebração do acordo.

Não houve vício de consentimento: os recorridos não foram compelidos a contratar nas condições pactuadas. Tampouco se afirma que o produtor

⁶⁹ BRASIL. 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça. Acórdão nº REsp nº 977.007/GO. Relator: Ministra Nancy Andrighi. **Diário Oficial da União**. Brasília, 2009. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19135934/recurso-especial-resp-858785-go-2006-0106587-4/inteiro-teor-19135935>>. Acesso em: 08 nov. 2016.

é inexperiente nesse tipo de negócio, ou que contratou sob premente necessidade.

Fosse elevado o risco do negócio elevado, o recorrido poderia vender a soja a outrem ou invocar o disposto no Art. 486 do novo Código Civil, que autoriza a fixação do preço à taxa de mercado ou de bolsa, em certo e determinado lugar.

Como se sabe, o que a Lei veda é a realização de contrato de compra e venda se o preço não for determinado ou determinável.

A obrigação assumida pelo recorrido era de execução diferida, ou seja, para ser cumprida em momento futuro (*emptio rei sperata*).

A saca de soja, de acordo com as condições do mercado, poderia estar além ou aquém do preço estimado na época a tradição da mercadoria. Não há imprevisão se o risco é inerente ao negócio jurídico. Para obviar desajustes dessa natureza existe o contrato de seguro agrícola.

Ao contratarem, as partes assumiram riscos calculados: a oscilação do preço de mercado da soja e a queda da produtividade. Tais elementos foram considerados na fixação do preço do negócio. Para obviar desajustes dessa natureza existe o contrato de seguro agrícola.

Em situação idêntica, esse entendimento já foi acolhido pela 3ª Turma, no julgamento do REsp 722.130/PARGENDLER. Confira-se da ementa:

" COMERCIAL. 1. COMPRA E VENDA DE SAFRA FUTURA A PREÇO CERTO. A compra e venda de safra futura, a preço certo, obriga as partes se o fato que alterou o valor do produto agrícola (sua cotação no mercado internacional) não era imprevisível. 2. CEDULA DE PRODUTO RURAL. A emissão de cedula de produto rural, desviada de sua finalidade típica (a de servir como instrumento de crédito para o produtor), é nula. Recurso especial conhecido e provido em parte."

Só é possível a intervenção do Judiciário para mitigar os ônus contratuais, quando houver flagrante desequilíbrio entre as partes contratantes, que, no caso, não ocorreu.

Não houve ofensa à boa-fé. Na celebração do contrato as partes eram capazes e experientes, o objeto lícito e o preço combinado compatível com o mercado à época da contratação.

O superveniente aumento do valor da saca de soja, além de envolver risco inerente à natureza do contrato, não pode ser atribuído ao recorrente. O fato de que não houve adiantamento de valor, no momento do contrato, é imputável à orarecorrente. Não houve desigualdade entre as partes. Tampouco, qualquer elemento concreto que afaste a boa-fé da recorrente, na celebração do contrato.

Dou provimento ao recurso especial, para julgar improcedentes os pedidos formulados pelo recorrido.⁷⁰

⁷⁰ BRASIL. 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça. Acórdão nº REsp nº 977.007/GO. Relator: Ministra Nancy Andrighi. **Diário Oficial da União**. Brasília, 2009. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19135934/recurso-especial-resp-858785-go-2006-0106587-4-stj/relatorio-e-voto-19135936?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 08 nov. 2016.

A exceção ocorre quando a nulidade da cláusula leva ao ônus excessivo de qualquer uma das partes, caso em que mais uma vez o equilíbrio contratual deixaria de existir e, por isso, é declarada a anulação total do contrato. Observa-se que o legislador, ao longo da seção do CDC destinada às cláusulas abusivas, buscou não apenas a proteção do consumidor, como também do fornecedor, ao prever que o contrato não poderia ser integralmente rescindido por uma cláusula que possa vir a ser ajustada.

Por fim, é importante também observar o §4º do artigo 51, que permite ao consumidor ou qualquer entidade que o represente, desde que legalmente constituída há mais de um ano, requerer ao Ministério Público que ajuíze ação para declarar a nulidade da cláusula que contrarie o disposto no artigo ou não permita o justo equilíbrio entre as partes. O respaldo constitucional para isso é o artigo 5º, inciso XXXII, da Constituição Federal pátria de 1988:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;⁷¹

É interessante notar que até mesmo o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias mostra, em seu artigo 48, a preocupação ao consumidor na recém-criada ordem constituição que substituiu a anterior:

Art. 48. O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor.

Feita a conceituação, cabe exemplificar os tipos mais comuns de cláusulas abusivas. Um dos abusos mais frequentes ocorre quando, dentro do contrato, é estipulado que quaisquer disputas judiciais devem ser direcionadas para um foro pré-determinado pela parte que estipulou o contrato. Segundo entendimento consolidado do STJ, tal cláusula pode ser declarada nula *ex officio* em contrato de adesão se a parte, no momento da celebração do contrato, não dispôr de inteligência suficiente para compreender o sentido e consequências daquela cláusula.

⁷¹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 11 nov. 2016.

A segunda possibilidade é se tal estipulação inviabilizar ou dificultar o acesso ao judiciário, contrariando inclusive princípios constitucionais. A terceira possibilidade permite a nulidade de ofício em caso de contrato de obrigatoria adesão, como no caso de um contrato que tem por objeto um produto ou serviço que é oferecido exclusivamente por aquela empresa.⁷²

Outro exemplo de cláusula abusiva está presente em contratos com companhias aéreas, que muitas vezes cobram multas exorbitantes para cancelar uma passagem adquirida pela internet dentro do prazo do direito ao arrependimento, previsto legalmente no artigo 49 do CDC:

Art. 49. O consumidor pode desistir do contrato, no prazo de 7 dias a contar de sua assinatura ou do ato de recebimento do produto ou serviço, sempre que a contratação de fornecimento de produtos e serviços ocorrer fora do estabelecimento comercial, especialmente por telefone ou a domicílio.⁷³

Está pacificado na jurisprudência o entendimento de que a desistência dentro do período de arrependimento não sujeita o consumidor à aplicação de multa, pois seria uma ilegal contrariedade ao artigo supracitado. Tal entendimento pode ser observado em jurisprudências recentes, como na ementa de um recurso inominado julgado pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal:

Recurso da ré. Compra por internet. Desistência. A faculdade de desistir das compras fora do estabelecimento do fornecedor, prevista no art. 49 do CDC, aplica-se aos contratos de transporte aéreo, concluídos por meio da internet. Ademais, o exercício do direito de arrependimento, por constituir faculdade do consumidor não o sujeita a aplicação de multa. Precedentes na 1ª. Turma (Acórdão n.398269, 20080111250468ACJ, Relator: WILDE MARIA SILVA JUSTINIANO RIBEIRO, 1ª Turma Recursal dos Juizados Especiais do Distrito Federal, Publicado no DJE: 12/01/2010. Pág.: 151). Devido, pois, o reembolso do valor integral das passagens adquiridas pelo autor.⁷⁴

Pode-se observar no referido caso que desde o julgamento em primeira instância foi observada a proteção do consumidor ao final da lide judicial:

⁷² BRASIL. 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça. Acórdão nº REsp nº 58.138/SP. Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo. **Diário Oficial da União**. Brasília, 1995.

⁷³ BRASIL. Lei nº 8078, de 11 de setembro de 1990. **Código de Defesa do Consumidor**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em 13 out. 2016.

⁷⁴ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Acórdão nº RI 07184821320158070016. Relator: Desembargador Aiston Henrique de Sousa. **Diário de Justiça do Estado**. Brasília, 18 dez. 2015. Disponível em: <<http://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/310900741/recurso-inominado-ri-7184821320158070016>>. Acesso em: 30 out. 2016.

Dispensado o relatório, nos termos do artigo 38, da Lei 9099/95. Decido.

Cuidam os autos de ação de rescisão de contrato e indenização por dano moral, ajuizada por ROMULO ALVES NERES DE BARROS em desfavor de B2W VIAGENS E TURISMO LTDA.

Pois bem, as partes reconhecem a realização do negócio jurídico afirmado pelo autor, qual seja a compra e venda de passagens aéreas.

A controvérsia está assentada na obrigação de restituir o valor do produto sem aplicação da pena pela desistência da compra.

Pois bem, a relação jurídica estabelecida entre as partes é de consumo, cabendo a aplicação das normas previstas no Código de Defesa do Consumidor, inclusive a inversão do ônus da prova.

Analisando os autos, verifico que os fatos alegados pelo autor restaram suficientemente demonstrados, uma vez que trouxe aos autos a prova da aquisição das passagens e solicitação do cancelamento. Ainda, que mesmo após o pedido de cancelamento a requerida realizou a cobrança do valor integral das passagens.

Noutro lado, a Ré não comprovou ter fornecido ao autor todas as informações necessárias em caso de desistência da compra.

Em sendo invertido o ônus da prova, cabe ao fornecedor do produto ou serviço, demonstrar a culpa exclusiva do consumidor, mas desse ônus ao se desincumbiu.⁷⁵

Como exemplo final, é interessante se observar os casos de estacionamentos que não assumem a responsabilidade por danos causados a veículos ou objetos deixados em seu interior. Essa cláusula é abusiva, pois abertamente contraria o previsto no inciso I do art. 51 do CDC e também o art. 14, caput e § 1 do CDC, o qual prevê:

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

§ 1º O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:

I - o modo de seu fornecimento;

II - o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam;

⁷⁵ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Acórdão nº RI 07184821320158070016. Relator: Desembargador Aiston Henrique de Sousa. **Diário de Justiça do Estado**. Brasília, 18 dez. 2015. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20130219-01.pdf>. Acesso em: 30 out. 2016

III - a época em que foi fornecido.⁷⁶

Tal entendimento foi consagrado pela súmula nº130 no STJ, que afirma: “*A empresa responde, perante o cliente, pela reparação de dano ou furto de veículo ocorridos em seu estacionamento.*”.⁷⁷

Buscando no site do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJ-RS) são encontrados 348 (trezentos e quarenta e oito) processos até dezembro do presente ano (2016) que faziam referências a cláusulas abusivas e, em sua maioria, eram ações revisionais de contratos. Das jurisprudências estudadas, pode-se destacar o processo de número 70067920058, cujo acórdão data de 10 de março deste ano (2016), apesar de a data de propositura do processo em primeira instância ter ocorrido em 10/11/2011.⁷⁸

É interessante observar o voto do relator desse caso, o ilustre desembargador João Moreno Polar, acompanhado pelos demais julgadores, pois traz à tona muitas das questões já apresentadas neste trabalho:

DES. JOÃO MORENO POMAR (RELATOR)

Eminentes Colegas!

O recurso atende aos pressupostos de admissibilidade e merece conhecimento. Assim, analiso-o.

LEGITIMIDADE PASSIVA. RELAÇÃO DE CONSUMO. FORNECEDOR.

O art. 3º do Código de Processo Civil dispõe que para propor ou contestar a ação é necessário ter interesse e legitimidade, que correspondem, respectivamente, à utilidade do provimento jurisdicional pretendido, sempre sob o pressuposto da possibilidade jurídica do pedido e à titularidade da relação jurídica deduzida. Assim, somente os titulares da relação jurídica de direito material deduzida em juízo é que podem demandar.

Por sua vez, o Código de Defesa do Consumidor dispõe acerca da responsabilidade do fornecedor de produtos e serviços:

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

⁷⁶ BRASIL. Lei nº N° 8078, de 11 de setembro de 1990. **Código de Defesa do Consumidor**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em 13 out. 2016.

⁷⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 130. **Diário Oficial da União**. Brasília, 04 abr. 1995.

⁷⁸ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Acórdão nº 70067920058. **Diário Oficial do Estado**. Porto Alegre, 2016. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento.php?numero_processo=70067920058&ano=2016&codigo=298368>. Acesso em: 08 nov. 2016.

Art. 18. Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com a indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas.

Destarte, o fornecedor de produtos de consumo responde solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade do produto.

Com efeito, a legitimidade de parte e o interesse agir são condições da ação e matéria de ordem pública que pode ser apreciada a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição.

No caso dos autos, alega a recorrente sua ilegitimidade passiva para a demanda, sob fundamento de que não fabrica e sim revende os produtos, não tendo quaisquer responsabilidades. No entanto, agindo como fornecedora direta do produto e por pertencer à cadeia de consumo, é parte legítima para responder à ação.

Circunstância dos autos em que se trata de relação de consumo e o fornecedor de produtos é parte legítima.

Portanto, a preliminar é insubsistente.⁷⁹

Nota-se o afastamento da preliminar ao ser afirmada sua responsabilidade no caso em pauta, pois o simples fato de pertencer à cadeia de consumo e ser a fornecedora ao consumidor já gera responsabilidade solidária.

COMPRA E VENDA. RELAÇÃO DE CONSUMO.

O conceito de consumidor adotado pelo Código de Defesa do Consumidor foi de caráter econômico levando em conta o personagem que no mercado de consumo adquire bens ou contrata serviços como destinatário final. Define o art. 2º do CDC:

Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

Assim, aquele que figura no final da cadeia produtiva e apresenta condição de vulnerabilidade técnica, jurídica ou fática é destinatário final e se enquadra no conceito de consumidor. Orientam precedentes do e. STJ:

[...]

⁷⁹ Ibid.

Com efeito, o CDC protege a pessoa natural ou jurídica que adquira bens ou contrate serviços para consumo final.

No caso dos autos, a parte autora adquiriu da ré um computador notebook marca Philco, postulando na inicial a rescisão do contrato e requerendo a devolução do valor pagos e indenização por danos morais, asseverando para tanto que o produto apresentou problemas nos primeiros vinte dias de uso, sendo enviado à assistência que informou que o mesmo já havia apresentado problemas anteriores à sua aquisição pelo requerente.

Em contestação, a ré não negou a existência dos problemas, mas se restringiu em afirmar que não possuía quaisquer responsabilidades, eis que oriundos aqueles quando da fabricação do computador.

A ré recorre postulando a reforma da decisão, alegando que não é responsável e que não houve a prova pelo autor do alegado na inicial.

No entanto, a sentença analisou detidamente os fatos ocorridos, nos seguintes termos: [...] ⁸⁰

Na sentença de primeiro grau, é confirmado que houve prova por parte do autor dos fatos alegados na inicial, o que afasta a alegação da ré de que não houve prova fática por parte do consumidor. Por conta disso, o Des. João Moreno Polar impôs a resolução do contrato e a devolução dos valores pagos.

Em seguida, foi feita a análise do dano moral, pois em primeira instância a ré tinha sido condenada a pagar a generosa quantia de R\$ 10.170,00 e recorreu postulando seu afastamento:

[...]Os fundamentos que especializam a reparação por dano moral são mais complexos do que aqueles necessários à indenização por dano material ou à repetição em dobro que já tem caráter indenizatório, exemplar e inibitório da conduta ilícita. A caracterização do dano moral tem por pressuposto conduta ilícita que ocasione dano interior que extrapole o mero dissabor, sentimento de frustração que não é suficiente para desencadear o desequilíbrio psicológico da pessoa normal e justificar reparação pecuniária. Afinal, é a educação, a necessidade da convivência social e o dever recíproco de lealdade e boa-fé que exige preparo do indivíduo para o enfrentamento de situações adversas do cotidiano e que não justificam litigiosidade. [...]

Por outro lado, o dano moral *in re ipsa*, aquele que está ínsito na própria coisa causando vexame ou mácula pública à imagem e abalo psíquico e intelectual

⁸⁰ Ibid.

que se exteriorizam, independe de prova da lesão, mas apenas que seja demonstrado o nexo causal. [...] ⁸¹

Assim, o reconhecimento à indenização por dano moral exige a prova de ato ilícito, a demonstração do nexo causal e o dano indenizável. E, por consequência, tratando-se de conduta ilícita cuja consequência não seja o abalo psíquico não há que se falar em dano que enseje reparação. [...] ⁸²

Com efeito, o reconhecimento à compensação por dano moral exige a prova de ato ilícito, a demonstração do nexo causal e o dano indenizável que se caracteriza por gravame ao direito personalíssimo, situação vexatória ou abalo psíquico duradouro que não se justifica diante de meros transtornos ou dissabores. A ocorrência de defeito no produto não é por si só causa à caracterização de dano moral indenizável. [...] ⁸³

Neste ponto, foi provido o recurso, visto que não foram comprovados os requisitos para o ensejo de dano moral. O recurso foi parcialmente provido e, à exceção dos danos morais que não cabiam no caso em pauta, é interessante observar a proteção do consumidor por parte do Poder Judiciário.

Analisado esse caso concreto do TJ-RS, uma pesquisa feita no TJ-SP, por sua vez, resultou em mais de 72 (setenta e dois) mil acórdãos julgados até dezembro de 2016 que versavam sobre cláusulas abusivas, contando desde o início do referido ano. Apresentados esses dados, pode ser ainda inferido que o número de processos sobre o tema em primeira instância é consideravelmente maior.

Isso mostra como há uma razoável demora do Poder Judiciário em dar respostas aos consumidores que o buscam, porque a quantidade de processos é muito superior à sua capacidade de julgá-los, em todas as esferas do referido poder da república. Isto posto, e diante dos cada vez mais presentes contratos eletrônicos, como pode ser protegido preventivamente o consumidor em meio online para evitar que ele precise buscar o saturado Poder Judiciário?

2.2 A VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR NO CONTRATO VIRTUAL

No ano de 2010, o pesquisador Rainer Böhme, da universidade norte-americana de Berkeley, Califórnia, em coautoria com a pesquisadora Stefan Köpsell, da

⁸¹ Ibid.

⁸² Ibid.

⁸³ Ibid.

Universidade Técnica de Dresden, Alemanha, publicou um estudo científico em que foi feita uma pesquisa com mais de oitenta mil usuários da rede. Para efetuar a pesquisa, fizeram surgir na tela dos computadores das pessoas um pequeno texto, em inglês e alemão, contendo cerca de 200 (duzentas) palavras, tão curto que sequer seria necessário o rolamento da página para lê-lo na íntegra. Cerca de metade dos usuários fecharam a janela em menos de oito segundos, o que nos leva a pressupor que, de fato, eles não leram o texto na íntegra.⁸⁴

A pesquisa também concluiu que os botões “Aceito” e “Recuso” instigam o usuário a aceitar sem ler, visto que a alteração para botões como “Desejo Participar” e “Recuso Participar” fizeram o nível de aceitação diminuir e as pessoas se demoraram mais na página do texto. Ainda segundo os pesquisadores, a taxa de aceitação diminuía na proporção do tempo dispendido pelos usuários para a leitura.⁸⁵

Já segundo Jeff Sauro, fundador de uma empresa de pesquisas e estatísticas referentes à usabilidade de softwares e *sites*, apenas seis segundos são gastos pelos usuários na tela com o contrato de licença. Ainda segundo ele, se a leitura do contrato precisar de mais que 2 (dois) minutos para ser efetuada, apenas cerca de 5% (cinco por cento) das pessoas o leem antes de clicar em aceitar.⁸⁶

Pode-se dizer que isso não é apenas culpa exclusiva dos usuários. O primeiro ponto que deve ser notado é que a não aceitação muitas vezes resulta na impossibilidade de utilização do serviço, no cancelamento da compra e, por fim, na não-contratação, um preço que o usuário muitas vezes não está disposto a pagar.

O segundo ponto a ser notado é que, muitas vezes, o contrato é escrito justamente para ser longo e maçante, instigando assim sua aceitação sem a leitura e tornando mais fácil que cláusulas abusivas sejam escondidas. Como exemplo, vale citar uma cláusula presente nos termos de uso da PlayStation Network, serviço da Sony:

⁸⁴ BOHME, Rainer; KOPSELL, Stefan. **Trained to Accept? A Field Experiment on Consent Dialogs**. Disponível em: <https://www.is.uni-muenster.de/security/publications/Trained_to_Accept_A_Field_Experiment_on_Consent_Dialogs.pdf>. Acesso em: 03 nov. 2016.

⁸⁵ Ibid.

⁸⁶ ARRUDA, Felipe. **Contrato de licença: concordou e não leu, sua alma você vendeu**. Disponível em: <<https://www.tecmundo.com.br/consumidor/10206-contrato-de-licenca-concordou-e-nao-leu-sua-alma-voce-vendeu.htm>>. Acesso em: 02 set. 2016.

“Quaisquer processos judiciais de resolução de disputa, seja em arbitragem ou tribunal, serão conduzidos somente de forma individual e não em uma ação coletiva ou representativa.”⁸⁷

Tal cláusula é flagrantemente ilegal, uma vez que viola até mesmo a possibilidade de o Ministério Público ajuizar ação coletiva para proteger os consumidores; portanto, é uma cláusula nula de pleno direito.

Finalmente, chegamos ao grande motivo de tantos contratos eletrônicos terem sua leitura sumariamente ignorada e mesmo assim serem aceitos: dada a infinidade de serviços utilizados e negociações feitas online e, por consequência, o número de contratos de adesão firmados no dia-a-dia, é extremamente difícil que o internauta possa fazer a devida leitura de cada um deles, visto que muitos chegariam a ocupar quase uma hora com uma leitura rápida. Podem ser citados como exemplos alguns dos contratos de uso de grandes serviços, exemplificados na tabela abaixo⁸⁸:

Serviço(s)	Páginas	Palavras	Tempo aproximado para leitura
SONY	19	10895	36 minutos
APP STORE	16	8091	27 minutos
TUMBLR	11	5128	17 minutos
FACEBOOK	9	4056	13 minutos
WINDOWS STORE	8	3898	13 minutos
KINDLE	6	2609	9 minutos
GOOGLE	5	1826	6 minutos

Tabela 1: Dados de Superinteressante

Observando isoladamente, uma parte dos termos de uso parece ter um tamanho aceitável, mas é a sua quantidade que torna inviável a leitura. Um artigo⁸⁹ publicado no ano de 2008 pelos autores norte-americanos Aleecia M. McDonald e Lorrie Faith Cranor,

⁸⁷ ROMERO, Luiz. **Não li e concordo**. Disponível em: <<http://super.abril.com.br/tecnologia/nao-li-e-concordo/>>. Acesso em: 04 set. 2016.

⁸⁸ Ibid.

⁸⁹ MCDONALD, Aleecia M.; CRANOR, Lorrie Faith. **The Cost of Reading Privacy Policies**. Disponível em: <<http://lorrie.cranor.org/pubs/readingPolicyCost-authorDraft.pdf>>. Acesso em: 31 out. 2016.

da Carnegie Mellon University, traz dados preocupantes: usando a média de 2500 (duas mil e quinhentas) palavras por termos de uso e considerando que um usuário frequente da internet chega a aceitar 4000 (quatro mil) contratos por ano, chega-se à conclusão de que quase um mês inteiro seria necessário para ler tudo aquilo que concordamos.

Apresentado o problema, surge o questionamento de como ele pode ser resolvido ou ao menos amenizado. Segundo Paulo Sá Elias⁹⁰, especialista em direito da informática, os contratos têm se tornado cada vez mais detalhados por influência cultural dos norte-americanos e britânicos, no que parece ser um sutil retorno aos contratos romanos outrora superados.

Uma das possíveis soluções apresentadas é a adoção de contratos menores e mais simples, tomando como base os termos de uso do *Google*, que podem ser lidos em pouco tempo e são facilmente entendíveis. Outra possibilidade, defendida por Rebecca Jeschke da fundação EFF, seria inserir pedaços da política de uso na interface social dos serviços, esclarecendo caso a caso as regras que deveriam ser observadas pelo contratante naquele momento em particular.⁹¹

A opção que parece ser a mais promissora é fazer uso do caráter colaborativo inerente à internet, que já pode ser observado em serviços como *Wikipedia*, *Waze*, *Uber*, *Kickstarter*, entre outras esferas do dia-a-dia. Recentemente, foi criado um site chamado *Terms of Service; Didn't Read*.⁹² Seu slogan explica resumidamente o objetivo do site⁹³: “*I have read and agree to the Terms*” is the biggest lie on the web. We aim to fix that.⁹⁴

O referido site colaborativo apresenta versões simplificadas e didáticas dos contratos dos sites mais famosos, destacando as principais cláusulas e permitindo aos seus usuários que classifiquem cada parte relevante como positiva, negativa, neutra ou abusiva. De acordo com a média de votos, os contratos são classificados em cinco classes (A – E) para que conscientizar o usuário de que está concordando com algo que pode lhe trazer futuros problemas.

Pegando como exemplo os termos de uso do *YouTube*, ele é classificado como classe D, que é descrita como “Os termos de serviço são muito desiguais ou há algumas questões importantes que precisam de sua atenção”. Há ainda a funcionalidade de entrar

⁹⁰ ROMERO, Luiz. **Não li e concordo**. Disponível em: <<http://super.abril.com.br/tecnologia/nao-li-e-concordo/>>. Acesso em: 04 set. 2016.

⁹¹ Ibid.

⁹² “Termos de Serviço; Não Li”, em tradução livre.

⁹³ Disponível em: <<https://tosdr.org/#>>. Acesso em: 03/12/2016.

⁹⁴ “Eu li e aceito os termos” é a maior mentira da internet. Nós queremos corrigir isso. (em tradução livre)

em contato com a empresa que mantém o serviço, e logo abaixo transcrições das cláusulas mais importantes.⁹⁵ Duas cláusulas foram citadas como abusivas, na ótica dos usuários do site, e podem ser enquadradas como autoritárias e abusivas para o aderente, parte vulnerável da relação contratual eletrônica:

É reservado ao YouTube o direito de decidir se um vídeo viola os termos de serviço, não apenas se o usuário infringir copyright, como também (mas não limitado a): se seu conteúdo traz pornografia, obscenidade, tamanho de vídeo excessivo. O conteúdo pode ser removido e a conta do usuário encerrada sem aviso prévio e a critério exclusivo do YouTube.⁹⁶

O YouTube pode manter, mas não exibir, distribuir ou executar, cópias do conteúdo que foi removido ou deletado.⁹⁷

As cláusulas supracitadas mostram flagrantes abusos, visto que reservam ao YouTube o direito de decidir arbitrariamente se um vídeo deve ou não ser removido e se a conta do usuário deve ser suspensa sem aviso. A segunda cláusula afirma que o YouTube pode manter em seus servidores o conteúdo removido ou deletado pelo usuário. Voltando ao contrato, apenas uma cláusula é considerada positiva:

Se você é alvo de um procedimento por violação de copyright, o YouTube lhe dá a chance de se defender em frente à jurisdição da Califórnia. Ver seção “Contra-notificação”.⁹⁸

A cláusula acima afirma que o usuário tem o direito de se defender se for acusado de infringir direitos autorais. Outras três cláusulas são consideradas negativas:

Eles podem mudar os termos de serviço a qualquer momento que acharem conveniente, mesmo sem notificação ao usuário. Seu uso do serviço supostamente constitui aceitação das mudanças nos termos.⁹⁹

O usuário garante ao YouTube uma licença mundial, não-exclusiva, livre de royalties, que é sublicenciável e transferível, e que pode ser usada sem limitações para a promoção do serviço, em qualquer formato de mídia e através

⁹⁵ Terms of Service; Didn't Read. **YouTube**. Disponível em: <<https://tosdr.org/#youtube>>. Acesso em: 31 out. 2016.

⁹⁶ Terms of Service; Didn't Read. **YouTube**. Disponível em: <<https://tosdr.org/#youtube>>. Acesso em: 31 out. 2016. *Youtube reserves the right to decide if a video violates the terms of service, not only if the user is a copyright infringer, but also not limited to: if the content is about pornography, obscenity, excessive length. The content may be removed and the user's account terminated without prior notice and in the sole discretion of Youtube.* Livre tradução.

⁹⁷ *Ibid. Youtube may retain, but not display, distribute or perform, services copies of your content that you have removed or deleted.* Livre tradução.

⁹⁸ *Ibid. if you are the target of a copyright holder's take down notice, Youtube gives you a chance to defend your right in front of the jurisdiction of California. See section “Counter-Notice.”.* Livre tradução.

⁹⁹ *Ibid. They can change the terms of service any time they see fit, even without notification to the user. Your use of the service supposedly constitutes acceptance of the changes in the terms.* Livre tradução.

de qualquer canal de mídia, desde que esteja em conexão com o YouTube, seus sucessores e afiliados.¹⁰⁰

Qualquer ação contra o YouTube deve começar dentro de um ano após a causa que levou a ela. Caso contrário, a causa da ação é considerada permanentemente excluída. Livre tradução.¹⁰¹

A primeira cláusula afirma que os termos de serviço podem ser alterados a qualquer momento, mesmo sem notificação do usuário, e se ele continuar utilizando presume-se que tais mudanças foram aceitas.

A segunda cláusula versa sobre a concessão forçada ao *YouTube* da licença de uso dos conteúdos disponibilizados pelo usuário, para promoção da plataforma, sem qualquer possibilidade de cobrança de royalties.

Já a terceira cláusula afirma que qualquer ação legal contra o *Youtube* deve ter início em no máximo um ano após a ocorrência do fato, o que mostra a pretensão de ignorar sumariamente as leis de prescrição e decadência de cada país.

Outras cláusulas são consideradas neutras pelos usuários, como aquela que foi transcrita a seguir:

O Tribunal de Santa Barbara, na Califórnia, é o único competente para litígios decorrentes dos termos de serviço do YouTube. A lei aplicável para esses termos é aquela do Estado da Califórnia.¹⁰²

Essa parte dos termos de uso afirma que a corte de Santa Barbara, na Califórnia, é a única competente para disputas judiciais decorrentes do contrato aceito, e as leis aplicáveis são aquelas do estado norte-americano da Califórnia.

Todas essas cláusulas podem ser consideradas abusivas e seriam anuladas de pleno direito em pleito judicial no território nacional. Não por menos, os termos de uso em questão estão classificados com uma nota relativamente baixa no site, mesmo sendo este um dos serviços mais utilizados da internet. Pode-se pressupor que, se todos os usuários tivessem conhecimento dele, se recusariam a aceitar ou ao menos pressionariam o *YouTube* a fazer alterações e flexibilizações em prol dos usuários.

¹⁰⁰ Ibid. *The user grants Youtube a worldwide, non-exclusive, royalty-free license that is sublicenseable and transferable, and that can be used without limitation for the promotion of the service, in any media format and through any media channel, provided it is in connection with Youtube, its successors' and affiliates'*. Livre tradução.

¹⁰¹ Ibid. *Any action against Youtube must begin within one year after the cause of action accrues. If not, the cause of the action is considered as permanently barred.* Livre tradução.

¹⁰² Ibid. *The Court of Santa Barbara in California is the only one competent for disputes arising from the terms of service of Youtube. The applicable law to these terms of service is the one of the State of California.* Livre tradução.

Como pode ser observado, em instantes foi feita uma breve análise dos pontos mais relevantes do contrato de uso de serviços do site *YouTube*, provavelmente ignorado pela maioria dos usuários, cuja leitura na íntegra levaria vários minutos. Mesmo sendo utilizado um tempo reduzido de estudo, puderam ser observadas suas principais cláusulas positivas e, principalmente, as negativas e abusivas, incluindo aqui algumas flagrantemente ilegais de acordo com a legislação brasileira, como aquela que leva as disputas judiciais para o território norte-americano, mesmo que a empresa responsável pelo serviço (Google) tenha um escritório no Brasil.¹⁰³

Isso exemplifica o porquê de esse serviço colaborativo, nos moldes da *Wikipédia* ou *Waze*, ser a melhor solução apresentada para os incontáveis contratos eletrônicos que surgem no dia-a-dia, que podem conter cláusulas abusivas que viriam a gerar disputas judiciais que se arrastariam por anos nos tribunais do país, visto que há cada vez mais processos para serem julgados.

No geral, pode ser dito que os serviços colaborativos têm uma eficiência maior que aqueles geridos unicamente pelo governo ou por uma empresa, visto que, dada a sua natureza de evoluir através dos usuários, a quantidade de pessoas trabalhando para aprimorá-los é muito maior que nos serviços comuns. Supondo que um determinado serviço tenha mil usuários trabalhando para torna-lo melhor, a lógica diz que ele tem grandes chances de ser melhor que um serviço equivalente oferecido por uma empresa ou órgão governamental que emprega apenas dez pessoas. A ascensão do Uber como um competitivo serviço de transportes corrobora isso, bem como a ascensão da *Wikipédia*, que se tornou um bom site para pesquisas rápidas e informais e o *Waze*, que se tornou um dos aplicativos de mapas mais utilizados do mundo. Com isso, pode-se pressupor que a qualidade do serviço vai ser maior de acordo com seu número de usuários, ao menos na maioria dos casos.

A internet nos trouxe essa massificação contratual que nos força a aceitar os contratos sem ler, dada a real impossibilidade de leitura dos termos na íntegra, mas agora acredito que é a própria internet que vai nos trazer uma solução para que o problema não persista. Como o poder público sequer tem se mostrado capaz de julgar todas as lides oriundas dos contratos de adesão a uma velocidade satisfatória, cabe aos internautas

¹⁰³ ABRANTES, Talita. **Veja fotos do novo escritório do Google no Brasil**. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/negocios/veja-fotos-do-novo-escritorio-do-google-no-brasil/>>. Acesso em: 12 nov. 2016.

colaborar entre si para evitar ao máximo os serviços com cláusulas abusivas que poderiam resultar em disputas judiciais.

CONCLUSÃO

A massificação dos contratos nos últimos anos, em especial sua modalidade eletrônica, leva a uma multiplicação dos contratos de adesão, adotados especialmente no ambiente virtual da internet, na forma de contratos de compra e venda e termos de uso de serviços e *softwares*.

A consequência do aumento de uso dos contratos com essa característica resulta em um crescimento dos abusos a que o consumidor se sujeita online, o que se torna ainda mais grave diante da impossibilidade de leitura de todos os contratos com os quais o usuário diz concordar.

O objetivo deste trabalho foi estudar o cenário jurídico-contratual da internet no mundo globalizado, em especial a quantidade de contratos que são celebrados e o tempo que seria dispendido para lê-los, estudando também o tempo de resposta do judiciário para lidar com um tema relativamente simples, a anulação de cláusulas contratuais consideradas abusivas.

A análise foi feita com base no número de processos envolvendo abusividades presentes no TJ, e foi utilizada a amostra de um processo para mostrar que, embora sejam um conflito particularmente fácil de resolver, pode ocorrer demora dos tribunais em dar uma resposta às ações de anulação de cláusula abusiva, dada a superlotação do Poder Judiciário brasileiro.

Também foram estudadas pesquisas de entidades internacionais, como órgãos da Organização das Nações Unidas, para se ter uma noção maior da dimensão problemática, que extrapola as fronteiras nacionais da nossa pátria, visto que a internet é um instrumento de globalização que a cada ano se espalha mais pelo mundo.

Os resultados mostram que é extremamente difícil, se não impossível, para o internauta contemporâneo, fazer a leitura de todos os contratos que vem a firmar em ambiente virtual, visto que seria gasto quase um mês por ano com a leitura de todos os documentos. São apresentadas soluções para o problema, com destaque especial para a possibilidade de usar um serviço colaborativo, nos moldes da Wikipédia ou Waze, para facilitar ao usuário ter conhecimento das cláusulas que está aceitando ao ingressar em determinado serviço.

Serviços colaborativos como Uber, Wikipédia e Waze se popularizaram nos últimos anos porque, ao invés de haver um governo ou empresa por trás deles, cujo

número de funcionários seria limitado, a força motriz desses serviços são os próprios usuários; por consequência, quanto mais pessoas os utilizarem, maior será sua qualidade.

É por esse motivo, e pelo sucesso dos serviços acima apresentados, que o site colaborativo *Terms of Service; Didn't Read* se mostra como a opção mais viável para proteger preventivamente o usuário ao celebrar contratos online, visto que já ficou clara a impossibilidade prática de ser feita a leitura de todos os termos de serviço utilizados em ambiente virtual.

Embora a tendência aponte para contratos maiores e mais complexos, de acordo com o costume britânico e norte-americano, existem soluções que podem ser colocadas em prática para proteger preventivamente o consumidor em ambiente virtual, fazendo assim com que ele tenha plena consciência do que está aceitando antes de clicar no botão de “concordo”.

REFERÊNCIAS

ABRANTES, Talita. **Veja fotos do novo escritório do Google no Brasil**. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/negocios/veja-fotos-do-novo-escritorio-do-google-no-brasil/>>. Acesso em: 12 nov. 2016.

ALVES, Jones Figueirêdo; DELGADO, Mário Luiz. **Código Civil anotado. Inovações comentadas**. São Paulo: Método, 2005.

ARRUDA, Felipe. **Contrato de licença: concordou e não leu, sua alma você vendeu**. Disponível em: <<https://www.tecmundo.com.br/consumidor/10206-contrato-de-licenca-concordou-e-nao-leu-sua-alma-voce-vendeu.htm>>. Acesso em: 02 set. 2016.

BARBAGALO, Erica Brandini. **Contratos eletrônicos: contratos formados por meio de redes de computadores: peculiaridades jurídicas da formação do vínculo**. São Paulo: Saraiva, 2001. 48 p.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil Anotado**: vol. 4. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1916. 245 p.

BOHME, Rainer; KOPSELL, Stefan. **Trained to Accept? A Field Experiment on Consent Dialogs**. Disponível em: <https://www.is.uni-muenster.de/security/publications/Trained_to_Accept_A_Field_Experiment_on_Consent_Dialogs.pdf>. Acesso em: 03 nov. 2016.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Cível nº 00003956720088190014. **Jusbrasil**. Rio de Janeiro, 2012. Disponível em: <<http://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/386318889/apelacao-apl-3956720088190014-rio-de-janeiro-campos-dos-goytacazes-1-vara-civel/inteiro-teor-386318900>>. Acesso em: 20 nov. 2016.

BRASIL. Lei nº N° 8078, de 11 de setembro de 1990. **Código de Defesa do Consumidor**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em 13 out. 2016.

BRASIL. Projeto de Lei 1.589 de 31 de Agosto de 1999. **Comércio Eletrônico**. Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD24SET1999.pdf#page=266>> Acesso em 13 out. 2016

BRASIL. Decreto nº N° 7962, de 11 de outubro de 1990. **Decreto Para A Contratação no Comércio Eletrônico**.

BRASIL. 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça. Acórdão nº REsp nº 977.007/GO. Relator: Ministra Nancy Andrighi. **Diário Oficial da União**. Brasília, 2009. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19135934/recurso-especial-resp-858785-go-2006-0106587-4/inteiro-teor-19135935>>. Acesso em: 08 nov. 2016.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, Disponível em:

<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>.

Acesso em: 11 nov. 2016.

BRASIL. 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça. Acórdão nº REsp nº 58.138/SP.

Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo. **Diário Oficial da União**. Brasília, 1995.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 130. **Diário Oficial da União**.

Brasília, 04 abr. 1995.

Declaração do filósofo medieval Agostinho de Hipona, mais conhecido como Santo Agostinho, que consagra o *rebu sic stantibus*.

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil anotado**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. 367 p.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Acórdão nº RI 07184821320158070016. Relator: Desembargador Aiston Henrique de Sousa. **Diário de Justiça do Estado**. Brasília, 18 dez. 2015. Disponível em: <<http://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/310900741/recurso-inominado-ri-7184821320158070016>>.

Acesso em: 30 out. 2016.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Acórdão nº RI 07184821320158070016. Relator: Desembargador Aiston Henrique de Sousa. **Diário de Justiça do Estado**. Brasília, 18 dez. 2015. Disponível em:

<http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20130219-01.pdf>. Acesso em: 30 out. 2016

EDWARDS, Paul N. **The Closed World**. Cambridge: MIT Press, 1996. 52 p.

FIUZA, César. **Direito Civil: Curso Completo**. 9. ed. São Paulo: Del Rey, 2006. 127, 470 pgs.

GAMA, Helio Zagheto. **Curso de Direito do Consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. 108 p.

GARCIA, Flávio Cardinelle Oliveira. **Da validade jurídica dos contratos eletrônicos**. Disponível em:

<<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/6024-6016-1-PB.pdf>>.

Acesso em: 30 out. 2016.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Vol. 3 – Contratos e Atos Unilaterais**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 22, 24, 25, 101 pgs.

IHERING, Rudolf von. **A Luta pelo Direito**. Disponível em:

<https://portalconservador.com/livros/Rudolf-Ihering-A-Luta-pelo-Direito.pdf>. Acesso em: 15 out. 2016.

International Telecommunication Union. **Measuring the Information Society Report**. 2014. Disponível em: <<http://www.itu.int/en/ITU->

D/Statistics/Documents/publications/mis2014/MIS2014_without_Annex_4.pdf>.
Acesso em: 26 out. 2016.

International Telecommunication Union. **CONNECT 2020: SETTING A GLOBAL AGENDA FOR THE ICT SECTOR**. Disponível em:
<<http://www.itu.int/en plenipotentiary/2014/newsroom/Documents/backgrounders/pp14-backgrounder-connect-2020.pdf>>. Acesso em: 27 out. 2016.

ITÁLIA. **Il Codice Civile Italiano**: Libro Quarto: Delle Obligazioni. Roma, Disponível em: <http://www.jus.unitn.it/cardozo/obiter_dictum/codciv/Lib4.htm>.
Acesso em: 01 dez. 2016. Tradução livre.

LEINER, Barry M. [et al.] **Brief History of the Internet**. Disponível em:
<<http://www.internetsociety.org/internet/what-internet/history-internet/brief-history-internet>>. Acesso em: 21 nov. 2016.

LEAL, Sheila do Rocio Cercal Santos. **Contratos eletrônicos**: validade jurídica dos contratos via internet. São Paulo: Atlas, 2007. 79 p.

MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 294 p.

MCDONALD, Aleecia M.; CRANOR, Lorrie Faith. **The Cost of Reading Privacy Policies**. Disponível em: <<http://lorrie.cranor.org/pubs/readingPolicyCost-authorDraft.pdf>>. Acesso em: 31 out. 2016.

NALIN, Paulo. **Do Contrato**. Curitiba: Juruá, 2005. 255 p.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. Notas sobre a Função do Contrato na História, 2007. Disponível em: <<http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/notas.pdf>>. Acesso em: 10 de novembro de 2016.

NERY JUNIOR, Nelson. [et al] **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

PENN ENGINEERING. **ENIAC: Celebrating Penn Engineering History**. Disponível em: <<http://www.seas.upenn.edu/about-seas/eniac/operation.php>>. Acesso em: 27 set. 2016.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**: Vol. III. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. 2, 11 p.

PIMENTEL, Fabiana. **Consumo: compras no comércio eletrônico superam as do varejo convencional**. Disponível em: <<http://www.infomoney.com.br/minhas-financas/noticia/2304850/consumo-compras-comercio-eletronico-superam-varejo-convencional>>. Acesso em: 14 nov. 2016.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. Ed. São Paulo: Saraiva, 2002. 21 p.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Acórdão nº 70067920058. **Diário Oficial do Estado**. Porto Alegre, 2016. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento.php?numero_processo=70067920058&ano=2016&codigo=298368>. Acesso em: 08 nov. 2016.

ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Coimbra: Almedina, 2009. 25 p. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes.

ROMERO, Luiz. **Não li e concordo**. Disponível em: <<http://super.abril.com.br/tecnologia/nao-li-e-concordo/>>. Acesso em: 04 set. 2016.

ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Coimbra: Almedina, 2009. 25 p. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes.

SANDRONI, Gabriela Araujo. **BREVE HISTORIA Y ORIGEN DEL INTERNET**. Disponível em: <https://www.academia.edu/5489717/BREVE_HISTORIA_Y_ORIGEN_DEL_INTERNET_Errata_El_proyecto_de_ley_SOPA_no_fue_aprobado_-_pagina_10_>. Acesso em: 20 nov. 2016.

SARAIVA, Paulo Lopo. A tetradimensionalidade do direito: esboço inicial. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 39, n. 153, p.67-77, jan. 2002.

SILVA, Ana Cristina Monteiro de Andrade. **Sociedade que transforma o direito e direito que transforma a sociedade**. Disponível em <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/26047-26049-1-PB.pdf>> . Acesso em 20 nov. 2016.

SOUZA, Vinicius Roberto Prioli de. **Formação, pressupostos e a classificação dos contratos eletrônicos**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6395>. Acesso em: 12 nov. 2016.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Volume 3 – Contratos**. São Paulo: Editora Método, 2014. 18, 34, 132, 133, 134 p.

Terms of Service; Didn't Read. **YouTube**. Disponível em: <<https://tosdr.org/#youtube>>. Acesso em: 31 out. 2016.

UNCITRAL. **Model Law on Electronic Commerce with Guide to Enactment 1996**: with additional article 5 bis as adopted in 1998. Disponível em: <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/electcom/05-89450_Ebook.pdf>. Acesso em: 22 nov. 2016.