

A evolução do direito do consumidor e o comércio eletrônico: abordagem pelo direito internacional

Floriano Benevides de Magalhães Neto

Advogado da CAIXA no Ceará

Bacharel em Ciências Econômicas

Pós-graduação em Direito Constitucional

Pós-graduação em Direito Empresarial

Lilise Barroso Benevides de Magalhães

Estagiária da CAIXA no Ceará

Universitária de Direito

RESUMO

As grandes transformações ocorridas na sociedade em face da Revolução Industrial, tais como a urbanização e a concentração capitalista, acarretaram uma transformação na sociedade, com o incentivo e o incremento ao consumo, posto que se tinha mais produtos disponíveis buscando um mercado que propiciasse lucro. Entretanto, os ordenamentos jurídicos não refletiram adequadamente a posição do consumidor no mercado, que, baseado nas noções tradicionais do direito privado de liberdade de contratar e autonomia da vontade das partes, continuava dando tratamento igualitário a produtores e consumidores. Na segunda metade do século XX, contudo, ficou mais explícita a vulnerabilidade dos consumidores, sua fragilidade e a necessidade de proteção no campo da política de consumo. No Brasil, a partir da Constituição de 1988, passa-se a definir concretamente os princípios e regras do direito consumerista, que culminaria com a promulgação do Código de Defesa do Consumidor em 1990. Também se desenvolve a internet e, com esta, o comércio eletrônico. Ocorre, assim, a necessidade de proteção ao consumidor também nas operações via *on-line*, que têm grandes riscos de fraudes, o que necessita o desenvolvimento de legislação protetiva em cada país e no âmbito internacional, objeto de abordagem deste artigo.

Palavras-chave: Direito do consumidor. Comércio eletrônico. Proteção do consumidor. Direito internacional.

RESUMEN

Las grandes transformaciones en la sociedad en la Revolución Industrial, como la urbanización y la concentración

capitalista, llevaron a una transformación en la sociedad, para fomentar el consumo. La legislación no refleja adecuadamente la posición del consumidor en el mercado, basado en nociones tradicionales del derecho general de libertad de contratación y la libertad de elección de las partes, continuó dando igualdad de trato a los productores y consumidores. En la segunda mitad del siglo XX, sin embargo, comenzó a surgir la vulnerabilidad de los consumidores, su fragilidad y la necesidad de protección en el ámbito de la política de los consumidores. En Brasil, a partir de la Constitución de 1988 se va a definir concretamente los principios y normas del derecho consumista, que culminó con la promulgación del Código de Protección al Consumidor en 1990. También desarrolla el Internet y el comercio electrónico. Es, pues, la necesidad de protección de los consumidores también en transacciones a través de Internet, que tienen un alto riesgo de fraude, lo que requiere el desarrollo de una legislación protectora en cada país y a nivel internacional.

Palabras clave: Derecho del consumidor. Comercio electrónico. Protección del consumidor. Derecho internacional.

1 Os direitos humanos, os direitos fundamentais e o direito do consumidor

De início, na Revolução Industrial, não houve o reconhecimento de vulnerabilidade do consumidor frente ao poder econômico dos produtores. Estes, por seu lado, mais e mais foram dominando o mercado, formando oligopólios e monopólios, passando a ditar regras de preço e oferta.

A Revolução Francesa traz à luz os direitos humanos, que já eram discutidos desde a Grécia Antiga, como os inerentes à pessoa humana. A codificação de tais direitos tem sua origem no antigo Egito e na Mesopotâmia, por volta de três mil anos a.C., como mecanismo de proteção dos indivíduos em relação ao Estado. Como dispõe Moreira Neto (2005, p. 449):

O Código de Hamurábi (1690 a.C.) é apontado como a primeira codificação a consagrar direitos comuns a todos os homens, tais como a vida, a propriedade, a honra, a dignidade, e a colocar a supremacia das leis em relação aos governantes. No Direito Romano, a Lei das Doze Tábuas representou a origem textual da consagração da liberdade, a propriedade e a proteção aos direitos do cidadão [...] No entanto, a Carta Magna, outorgada pelo rei inglês João Sem-Terra, em 15 de junho de 1215, representa um dos mais importantes antecedentes históricos das declarações dos direitos humanos fundamentais.

E o genocídio ocorrido na Segunda Guerra Mundial impulsionou uma codificação supranacional dos direitos humanos, através da Organização das Nações Unidas, então recém-criada, consagrados numa Declaração Universal.

Vale ressaltar que direitos humanos não são sinônimos de direitos fundamentais. Os direitos fundamentais são as normas positivadas nos ordenamentos jurídicos dos Estados, tais como direitos civis, sociais e políticos; enquanto aqueles são supranacionais, pertinentes a todos os indivíduos, como o direito à vida, podendo ser efetivados em documentos como tratados e convenções internacionais. Como dispõe Canotilho (1997, p. 54):

Direitos humanos são os direitos válidos para todos os povos em todos os tempos, são inerentes à própria natureza humana; e direitos fundamentais são dos direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaço-territorialmente. Seriam os direitos objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta.

Inicialmente, baseados nos princípios da Liberdade, Igualdade e Fraternidade, despontaram os direitos fundamentais de primeira geração, os relativos às liberdades individuais, antes tolhidas pelo Absolutismo, caracterizando-se obrigação do Estado de não fazer (CAVALCANTE FILHO, 2010).

Com a crise econômica no início do século XX, chamada de Grande Depressão, o Estado passou a intervir mais na economia, com o modelo de Estado Social, por repercussão havendo um indício de busca de equilíbrio entre as partes e a proteção aos setores economicamente menos favorecidos da sociedade.

Com a versão de Estado Social (*welfare state*), desenvolveram-se o que considera Norberto Bobbio os direitos fundamentais de segunda geração, baseados no Direito de Igualdade, considerados os direitos que buscam uma intervenção positiva do Estado para sua concretização, como os direitos sociais, culturais e econômicos, a busca do bem-estar social. É a obrigação do Estado de fazer (MORAES, 2013).

Posteriormente são reconhecidos os direitos fundamentais de terceira geração, baseados na Fraternidade, dotados de alto teor de universalidade e relativos ao desenvolvimento, meio ambiente, comunicação e patrimônio comum da humanidade, não só a proteção dos indivíduos, mas para todos, os direitos difusos e coletivos.

Embora ocorra discussão doutrinária sobre o conteúdo, é quase pacífica a existência de uma quarta geração, em face do avançado grau de desenvolvimento tecnológico. Conforme Ca-

valcante Filho (2010), pode abranger os direitos da engenharia genética e outros decorrentes da bioética, da globalização, de forma a torná-los universais no campo institucional.

Em um quadro-resumo, Penteado (2008, p. 18) sintetiza: “direitos humanos de primeira geração são as liberdades públicas; os de segunda geração, os direitos sociais e econômicos; terceira geração, os direitos metaindividuais; e os de quarta geração, os direitos dos povos”.

Bonavides (2008) apresenta os direitos fundamentais de quinta geração, como o mais relevante de todos para a humanidade: o direito à paz, este extraído da terceira para compor uma geração específica.

Após a Segunda Guerra Mundial, tem-se o incremento do industrialismo e a passagem do modo de desenvolvimento industrial para o informacional/digital.

Do lado do consumo, tem-se uma nova cultura de produção em massa, através da mídia e do incentivo ao consumismo, para alavancar a economia, aumentar as vendas e, de outro lado, gerar mais renda e mais empregos.

O avanço dos direitos fundamentais, entre eles os direitos civis, possibilitou o desenvolvimento do direito do consumidor, inclusive como uma reestruturação do sistema de direito positivo e posteriormente também como direito coletivo, haja vista sua abrangência na sociedade.

Os direitos do consumidor foram reconhecidos em 1973, pela Organização das Nações Unidas, como fundamentais e universais. Posteriormente, através da Resolução nº 39/248 de 1985, a entidade abordou diretamente o tema e incentivou os países a desenvolverem, internamente, a proteção aos consumidores, o que se refletiu na Constituição brasileira de 1988 e no Código de Defesa do Consumidor.

2 A revolução tecnológica e o comércio eletrônico

Nos anos 70, vai surgindo um novo modelo, constituído pela “globalização, reestruturação do capitalismo, redes organizacionais, cultura da virtualidade real e primazia da tecnologia”. O ciberespaço, como novo espaço de comunicação, passa a ser uma das marcas do novo paradigma, em que a informação tornam-se o patrimônio de maior importância, passando a humanidade a viver em um “espaço de fluxos” e em um “tempo intemporal” e o conhecimento (CASTELLS, 1999a, p. 398-421).

Conforme Lévy (2003, p. 24), sobre esse paradigma:

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

A atividade mais incentivada nessa nova era de comunicação é o comércio eletrônico, realizado por meios tecnológicos como a internet, principalmente o comércio eletrônico entre consumidor e produtor/fabricante.

Tal comércio possibilita que ofertas, informações e produtos estejam disponíveis em qualquer lugar instantaneamente 24 horas por dia, durante todos os dias do ano, sem necessidade nem mesmo de uma loja física.

Contudo, é necessário analisar os desafios ao direito do consumidor tradicional diante desse novo comércio eletrônico.

Essa área aproxima-se do direito comercial, do direito internacional, do direito penal, do direito civil e do direito do consumidor.

Segundo Brien (2004), *e-commerce* é a compra e venda por meios digitais, engloba a realização de negócios pela internet, não só de produtos e serviços físicos, entregues *off-line*, por meios tradicionais, mas também de produtos como *softwares*, que podem ser digitalizados e entregues *on-line*, através da internet. Destacamos abaixo as principais relações jurídico-contratuais entre os estabelecimentos eletrônicos:

- a. B2B (*business to business*) – os usuários compradores são também empresários, a relação dá-se através de contrato de consumo ou aquisição entre duas empresas, por exemplo, no caso de compra de material de expediente;
- b. B2C (*business to consumer*) – os internautas são consumidores que adquirem os produtos das empresas por meios digitais ou *home pages*. É o chamado varejo eletrônico.
- c. C2C (*consumer to consumer*) – negócios feitos entre os próprios consumidores, cabendo ao empresário apenas intermediar tais contratos disponibilizando o espaço virtual como sites de leilões virtuais.

A atuação dos provedores, de um lado, e dos usuários, de outro, caracteriza uma relação de consumo, posto que os prove-

dores de acesso obrigam-se a prestar serviços de conexão e transmissão de informações, disponibilizando acesso a sites e *home pages*.

3 A proteção aos consumidores na era digital

Nos termos do CDC, toda informação ou publicidade deve ser precisa, com informações claras, corretas e em língua portuguesa. Assim, o site destinado ao comércio eletrônico deve atender aos preceitos do Código de Defesa do Consumidor. Conforme os artigos 18 e 20 do CDC, consideram-se viciados os produtos ou serviços que apresentarem disparidade com as indicações constantes da oferta ou mensagem publicitária, podendo ser exigida a substituição do produto, a restituição imediata da quantia paga ou o abatimento proporcional do preço.

Finkelstein (2003) ressalta que o novo Código Civil unificou o direito privado, porém seus organizadores optaram por traçar normas gerais, haja vista que as técnicas do comércio eletrônico extrapolam o campo do direito civil ou do direito comercial. E as normas gerais não se desatualizam ante inovações tecnológicas.

Embora o Código Civil não tenha parte específica sobre o comércio eletrônico, alguns dispositivos são aplicáveis às questões, tais como o princípio da boa-fé, o princípio da probidade ou lealdade, a transparência e confiança.

A diferença entre um contrato tradicional e um contrato eletrônico está em sua forma, como também a problemática da manutenção de sua integridade, livre de adulterações, e a questão da assinatura digital, visando à prevenção de fraudes, cujas ocorrências multiplicam-se, inclusive com apropriação indevida de dados, compras e saques em contas de terceiros através de invasões de *hackers*. Busca-se segurança e confiabilidade, como também a integridade da mensagem, a segurança da informação e a proteção dos dados pessoais no meio eletrônico, tendo em vista que a vulnerabilidade do consumidor agrava-se no ambiente virtual.

A página inicial do fornecedor deve indicar seu endereço físico e eletrônico e CNPJ, a descrição detalhada do produto, a existência de custos adicionais de transação, condições de entrega, detalhes sobre troca e reembolso. O processo de confirmação da compra deve assegurar o acesso a informações referentes à transação e também mecanismos de cancelamento, buscando-se a segurança jurídica nas compras virtuais (BARRETO, 2010).

Como o contrato é firmado a distância e o adquirente não tem condições de avaliar vários aspectos do produto, diferentemente da compra presencial, é assegurado o direito de arrependimento. Como princípios dos contratos eletrônicos podemos citar Lawand (2003, p. 55):

- Princípio da equivalência funcional: veda diferenciações entre os contratos tradicionais e os contratos eletrônicos, especialmente firmados via internet;
- Princípio da neutralidade tecnológica: as normas disciplinadoras do comércio eletrônico devem abarcar não somente a tecnologia do momento da promulgação da lei, mas também as tecnologias futuras sem necessidade de modificação, não se tornando a legislação obstáculo à evolução das tecnologias.
- Princípio da inalterabilidade do direito sobre obrigações e contratos: as normas jurídicas que disciplinam o comércio eletrônico não devem modificar o direito vigente das obrigações e contratos, tanto do âmbito nacional ou internacional. Portanto os contratos celebrados via internet sujeitam-se a todos os preceitos do Código Civil e do CDC.

Com esse novo tipo de transação eletrônica, foi alterado o perfil do comércio internacional, para incluir, por grau de importância e destaque, o consumidor internacional.

Ademais, a característica do comércio eletrônico de transpor fronteiras desafia os direitos internacionais em vigor, pois fundamentados em territorialidade, soberania e outros, já ultrapassados na era digital. É considerado um dos temas que mais têm desafiado o direito do consumidor.

4 O Direito Internacional e o Direito do Consumidor

O consumidor encontra-se sujeito a várias incertezas sobre sua proteção, como as questões de foro competente e direito aplicável.

Marques (2004, p. 460) sugere a criação de normas de direito internacional privado nacionais, com a modificação da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro ou a inclusão de um artigo de norma de direito internacional privado no próprio Código de Defesa do Consumidor. A autora propõe também a elaboração de uma convenção interamericana de Direito Internacional Privado sobre contratos e transações com consumidores, como a questão do contrato a distância e a contratação eletrônica.

Mas uma solução viável para garantir a proteção dos consumidores seria possível se alcançasse o mesmo âmbito de

abrangência global, como defende Canut (2016), não bastando resolver questões de foro e direito aplicável no âmbito interno, quando o impacto deve ocorrer no âmbito internacional em que ocorre o comércio eletrônico.

Santos e Rossi (2000, p. 129) acreditam que “há uma tendência a se criar um novo direito internacional” e que boa parte dos problemas legais existentes será objeto de novas convenções e acordos internacionais.

Ribeiro (2003, p. 160), diante da dificuldade de se garantir a proteção de cada país, sugere a aplicação da lei do país de origem do consumidor como elemento de conexão do direito internacional privado.

Assim, a solução exigiria a elaboração de convenções ou tratados internacionais ou regionais, que teriam por base os Estados, no sistema de regras clássicas de direito internacional.

Os novos desafios fazem com que as regras tradicionais do direito internacional privado e processual busquem tornar-se adequadas para solucionar as controvérsias do comércio eletrônico. Por outro lado, esses mecanismos de solução de conflitos podem não ter o retorno necessário em face dos pequenos valores unitários dos negócios realizados no segmento de vendas ao consumidor. Porém, mesmo os pequenos consumidores devem ter proteção, principalmente em face de sua hipossuficiência.

A era digital que levou a que as regras internacionais tradicionais não atendam às necessidades impostas pelo consumo eletrônico internacional não deixa, porém, ileso o direito nacional. O direito interno torna-se vulnerável diante das internacionalidades das relações de consumo eletrônicas.

O direito interno deve adaptar-se ao que ocorre ao nível internacional, porque “se a norma esgota em si apenas a possibilidade de proteger relações dentro de uma perspectiva legal-territorial, nacional, estatal, ela não terá efeito regulatório, pois a eficácia não é decidida no âmbito do território nacional, mas no ciberespaço” (CANCELLIER DE OLIVO, 2004, p. 121).

Indicações de determinar a competência e a aplicação da lei do país de residência habitual do consumidor, apesar de defendidas como o futuro do Direito Internacional Privado, são bastante criticadas por outros autores. Finkelstein (2003, p. 243) diz que a solução “de aplicar a lei do país em que está o consumidor ou contratante é descartada hoje por não ser possível ao fornecedor conhecer todas as particularidades de todas as leis de todas as partes do mundo”. Além disso, não é possível a construção de uma página de internet que “esteja de acordo com

todas as legislações do globo sobre proteção ao consumidor” (MACHADO, 2002, p. 50).

Há de se ressaltar que

nos casos de conflitos oriundos de contratos de consumo internacionais [...] que envolvam consumidores passivos no Brasil e fornecedores estrangeiros com a empresa matriz, filial ou subsidiária ou empresas de importação no Brasil, podem os consumidores escolher se acionam o varejista, o comerciante, o importador, isolada ou conjuntamente, conforme os arts. 18 e 100 do CDC (MARQUES, 2001, p. 77).

E, mesmo quando fixados o foro competente e a lei a ser aplicada, ainda haverá a questão do reconhecimento e da homologação da sentença.

Sobre o assunto, transcreve-se Canut (2016, p. 12):

A perda de parcela da legitimidade do Estado-Nação em função da dinâmica dos fluxos globais e das redes de riqueza, informação e poder transorganizacionais não significa a perda total de sua soberania. Ocorre é que o Estado vê-se obrigado a administrar ‘parcerias com as demais fontes de poder’, devendo atuar num cenário de ‘soberania compartilhada’, na qual o Estado é um ‘nó’, privilegiado, desta complexa rede de relações e instituições, humanas e virtuais. Assim, o poder passa a ser “compartimentalizado, horizontalizado, regulamentado” por normas consensuais formuladas pelos participantes da sociedade. Em decorrência deste compartilhamento de poder torna-se impossível para o Estado uma intervenção mais direta nas relações sociais e econômicas. Desta forma, torna-se difícil uma intervenção mais forte em favor dos sujeitos mais vulneráveis da sociedade, destacando-se, dentre estes sujeitos, os consumidores.

Pode-se verificar que, do ponto de vista do direito do consumidor no comércio eletrônico, os direitos constantes nos regulamentos de proteção ao consumidor servem de base para as negociações via internet, devendo ser analisados em paralelo com outras regras não estatais, inclusive quando se tratar de comércio eletrônico internacional.

5 O direito internacional e o comércio eletrônico

Cada vez mais os Estados, para garantir a proteção dos consumidores no comércio eletrônico, deverão admitir a relativização de seu poder diante da atuação das demais instituições e organizações.

O direito de fonte negocial, mais ágil e mais flexível que o de fonte estatal, que pode ser aplicado além das fronteiras e que pode influenciar o direito estatal, já se tem adaptado ao novo quadro apresentado pelo paradigma digital, e mais especificamente ao comércio eletrônico. Ele já tem conseguido “resolver algumas dificuldades apresentadas para a proteção do consumidor na era digital, emergindo assim como uma nova alternativa para a proteção do consumidor no comércio eletrônico” (CANUT, 2016, p. 12).

Esse ramo do direito já vem dando resposta a algumas problemáticas que envolvem a questão da proteção do consumidor no comércio eletrônico, com um novo tipo de regulamentação, de fonte não estatal, que passamos a expor.

Assim, o direito do consumidor está cada vez mais internacional, pois as relações de consumo estão, principalmente via internet, devassando fronteiras. Houve uma globalização das relações de mercado, o que expõe a vulnerabilidade do consumidor. Transcrevendo Marques (2011):

Em verdade, o direito do consumidor tem uma vocação internacional, e em nenhum outro setor do direito privado os modelos e as inspirações estrangeiras e supranacionais estiveram tão presentes. Em teoria, o consumidor não deve ser prejudicado, seja sob o plano da segurança, da qualidade, da garantia ou do acesso à justiça, somente porque adquire produto ou utiliza serviço proveniente de um outro país ou fornecido por empresa com sede no exterior. Em teoria, o consumidor turista, o viajante, aquele que adquire produtos e serviços em outro país deve poder contar com uma proteção mínima aos seus interesses, assim como aquele que, assistindo publicidade de fabricante localizado em outro país, resolve contratar a distância ou por meios eletrônicos. Houve enfim uma substancial mudança na estrutura do mercado, uma globalização também das relações privadas de consumo, que põe à luz as falhas do mercado e os limites da noção de “soberania” do consumidor no mercado atual. A sua posição é cada vez mais fraca ou vulnerável e o desequilíbrio das relações de consumo é intrínseco, necessitando efetiva tutela e positiva intervenção dos Estados e dos Organismos Internacionais legitimados para tal.

A proteção do consumidor, geralmente pessoa física não profissional que negocia sem fronteiras, há muito tempo vem despertando interesse ao Direito Internacional.

Poucos países têm-se detido a elaborar uma legislação específica sobre comércio eletrônico. No nível internacional, te-

mos a Resolução nº 51/162 da Assembleia Geral das Nações Unidas de 1996, denominada Lei Modelo do Comércio Eletrônico, publicada por um órgão da ONU, a UNCITRAL (*United Nations Commission on International Trade Law*), Comissão das Nações Unidas para o Comércio Internacional, que é uma das principais bases para as legislações sobre a matéria, inclusive sobre os direitos do consumidor.

A Lei Modelo, que busca a criação de um meio eletrônico seguro, é dividida em duas partes: comércio eletrônico em geral e comércio eletrônico em áreas específicas. Na primeira parte estão definidos requisitos legais das mensagens eletrônicas, tais como seu reconhecimento legal, identificação da pessoa, garantia de originalidade da proposta; formação e validade contratual; reconhecimento das partes e confirmação de recebimento; tempo e lugar de envio das mensagens eletrônicas.

São normas que sugerem parâmetros para que os países elaborem uma regulamentação que possa levar a um direito comum, com maior segurança para os consumidores (VIDONHO JR.; SILVA; CAJUEIRO, 2010).

A Organização Mundial do Comércio, em 1996, em Cingapura, por sua Declaração Ministerial sobre Comércio de Tecnologia da Informação, previa para o ano de 2000 a liberação do comércio eletrônico para alguns países. Em 1998, por sua Declaração Ministerial sobre comércio eletrônico, na Suíça, ficou estabelecido um programa de trabalho para examinar questões sobre o comércio eletrônico.

A questão do comércio eletrônico é analisada pela OMC através de seus órgãos: Conselho de Comércio de Serviços, Conselho do Comércio de Bens e Conselho da Proteção à Propriedade Intelectual.

O Conselho de Comércio de Serviços busca principalmente estudar a transparência das relações, a regulação interna e padronização na prestação dos serviços, a prevenção à fraude e acesso à rede. O Conselho do Comércio de Bens acompanha o acesso ao mercado e aos produtos oferecidos via comércio eletrônico e padronização nas vendas de bens. O Conselho de Proteção à Propriedade Intelectual está afeto à proteção dos direitos autorais, às marcas e às novas tecnologias.

A Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) é uma organização intragovernamental sobre políticas econômicas e sociais. Em 1998, a OCDE emitiu uma diretriz relativa ao comércio eletrônico, visando proteger os consumidores que adquirissem bens ou serviços utilizando a internet.

Desde então, a entidade vem expedindo diretrizes referentes ao comércio eletrônico, que são difundidas em vários países, buscando influenciar suas futuras leis internas, se possível, de forma homogênea.

Em 1996, a Câmara de Comércio Internacional publicou documento sobre uniformização internacional de autenticação e certificação e em 1997 um documento que regulamenta o uso da criptografia como assinatura digital. A entidade defende a mínima regulamentação governamental no comércio eletrônico (FINKELSTEIN, 2003).

A Comunidade Europeia tem defendido, inclusive em suas diretrizes, a utilização efetiva dos contratos eletrônicos. Da mesma forma, vem atuando de forma a abordar a questão dos direitos do consumidor no comércio eletrônico.

Em 1997, foi adotada a Diretiva de Proteção aos Consumidores em Contratos de Longa Distância, estabelecendo o direito de arrependimento em sete dias e regulamentos sobre oferta nos sites. No mesmo ano, foram divulgados procedimentos referentes à confidencialidade, integridade e autenticação via criptografia.

No ano seguinte, foi abordada a questão das assinaturas digitais, a necessidade de conceder a mesma proteção existente no comércio tradicional aos consumidores do comércio eletrônico, sendo esta uma preocupação fundamental da Comunidade Europeia, e a remoção de obstáculos jurídicos acerca de local de estabelecimento dos prestadores de serviços, a comunicação comercial, celebração de contratos via eletrônica, responsabilidade dos prestadores de serviço no que se refere à transmissão e armazenagem de informações de terceiros.

Conforme entendimento da Comunidade Europeia, para possibilitar o desenvolvimento do comércio eletrônico são necessários:

a) Consenso mundial em termos jurídicos, através de tratados e convenções; b) desenvolvimento de infraestrutura de telecomunicações; c) garantia de ambiente da livre concorrência, evitando fraudes e monopólios; d) presença da boa-fé comercial; e) confiança e segurança; f) evitar legislações ineptas, baseando a legislação em usos e costumes comerciais (MARQUES, 2002).

A Convenção de Haia sobre a lei aplicável aos contratos de compra e venda internacional de 1986 (Art. 2, lit. c e 5, lit. d) ou a Convenção da ONU sobre Compra e Venda de mercadorias de 1980, conhecida como Convenção de Viena de 1980 (Art. 2, a e

Art. 5) não trataram adequadamente o assunto, talvez para evitar conflitos com leis nacionais consideradas de ordem pública internacional ou porque as diferenças na proteção dos consumidores sempre pesaram a favor dos países industrializados e exportadores do primeiro mundo.

6 A abordagem do Direito Internacional Privado

O consumo internacional tem algumas especificidades, segundo Marques (2011), que passamos a abordar.

A primeira das especificidades do consumo internacional é o desequilíbrio informativo e de especialização entre os parceiros contratuais internacionais em face do *status* leigo e vulnerável do parceiro-consumidor. Diferentemente, as regras do comércio internacional são baseadas no profissionalismo e especialidade dos parceiros envolvidos.

A segunda especificidade é a descontinuidade, pois o consumidor internacional basicamente adquirirá um produto isoladamente numa viagem de turismo, diferente dos atos de comércio, que se caracterizam pela repetição e os contratos internacionais que firmam relações cooperativas e duradouras.

Continua sendo tendência a elaboração de regras nacionais, muitas consideradas de ordem pública internacional, com a harmonização das regras nacionais, para assegurar a proteção do consumidor nos organismos internacionais dedicados à integração econômica, como a União Europeia (UE) e o Mercosul.

Na Europa, desde a década de 1970, os doutrinadores propugnam a necessidade de o Direito Internacional Privado atentar para a proteção dos consumidores, através da inclusão de novos elementos de conexão adaptados à tutela do vulnerável nessas situações privadas internacionais, em face das conexões neutras e rígidas previstas para o relacionamento entre profissionais comerciantes, como podemos comprovar pela Convenção Europeia de Roma de 1980.

Em matéria de direito do consumidor, os esforços regionais europeus são considerados os mais exitosos, com convenções sobre lei aplicável aos contratos (Convenção de Roma de 1980) e jurisdição (Convenção de Bruxelas de 1968), com normas e conexões especiais para os consumidores, que acabaram superando os estreitos limites dos Estados-Membros da UE e hoje vinculam, através das convenções paralelas, praticamente toda a região.

No Paraguai, um dos países-membros do Mercosul, a lei de defesa do consumidor é de 1998, já o Código Civil, de 1985, nada

menciona sobre consumidores e, em matéria contratual, indica aplicável a lei do lugar da execução da obrigação (art. 17).

No Uruguai, sua lei de defesa do consumidor é de 1999, seu Código Civil, de 1868, modificado em 1994, indica aplicável para relações obrigacionais a lei do lugar da execução (art. 2399) e os Tratados de Montevideu de 1889.

A doutrina argentina sempre propôs normas especiais mais protetivas para as relações de consumo, especialmente para os contratos de adesão. Quanto ao âmbito contratual, não há normas especiais para a proteção dos consumidores.

As normas brasileiras de Direito Internacional Privado são rígidas e antigas, também nada mencionam sobre consumidor e preveem apenas uma ampla regra sobre ordem pública (art. 17 da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro, LICC/42). Em matéria contratual, apesar dos esforços da doutrina, as normas atuais praticamente impossibilitam a autonomia de vontade em matéria de contratos. Aplicável nesse caso é a *lex loci celebrationis* (art. 9 *caput* da LICC/42).

A norma do art. 9 § 1 da LICC/42 impõe uma aplicação cumulativa de lei brasileira quanto à forma, em caso de execução no Brasil. A norma do art. 9 § 2 da LICC/42 é usada para identificar o lugar da proposta em contratos entre ausentes ou a distância, como a maioria dos contratos internacionais nos dias de hoje, determinando assim a aplicação da lei do lugar de residência do fornecedor para reger os contratos entre ausentes, mesmo os de consumo, como os contratos concluídos por computador e no comércio eletrônico de consumo.

A regra do *favor offerentis*, quanto à forma, e a conexão na residência do ofertante em contratos entre ausentes, conhecida no direito brasileiro, também são inadequadas para os desafios do comércio com consumidores e sua proteção nos dias de hoje. Conforme Marques (2011):

É necessário superar esta regra e escolher, para os contratos de consumo, diferentemente dos contratos internacionais comerciais uma conexão mais favorável ao consumidor, como a do Art. 5º da Convenção de Roma de 1980, que dá preferência à lei do país onde o consumidor tem sua residência habitual como conexão rígida (Conv. de Roma de 1980), se não há expressa manifestação da vontade. O artigo 5º da Convenção de Roma de 1980 determina que a eleição de uma lei para reger o contrato de consumo, isto é, a conexão na autonomia da vontade, não poderá excluir a aplicação das normas e leis imperativas de proteção do país de residência habitual do consumidor, se a) a oferta, pu-

blicidade ou algum ato de conclusão do contrato aconteceu neste país; b) se o fornecedor ou um seu representante receber a reserva ou realizar a contratação no país de residência habitual do consumidor; c) quando se tratar de venda de produtos e o consumidor viajar para adquirir estes produtos, mas a viagem for organizada pelo fornecedor com esta finalidade de contratação como esclarece o Art. 5º da Convenção de Roma de 1980 sobre a lei aplicável às relações obrigacionais oriundas de contratos.

Assim, no caso interamericano, conforme a autora supracitada, a melhor conexão rígida seria a do domicílio, entendido como residência habitual, a exemplo do art. 3º do Protocolo de Santa Maria (Mercosul), firmado em 1998.

Trata-se de norma específica de direito internacional privado unificado visando à defesa do consumidor, ao determinar, indiretamente, qual a lei aplicável em caso de conflitos de consumo e ao impor a regra do país de destino: os produtos e serviços que circulam livremente no Mercosul devem respeitar a lei do país onde serão comercializados, lei do mercado de destino, quanto à defesa do consumidor.

Tal regra fixa assim um campo de aplicação espacial e territorial das normas nacionais de direito do consumidor, ao contrário da regra europeia de aplicação das leis do país de origem do produto ou serviço.

Entretanto, em matéria de proteção especial através do Direito Internacional Privado, o consumidor acaba ficando desprotegido em seu país, pois teria como pressuposto a extraterritorialidade dessas leis, cuja característica é justamente a territorialidade.

A maioria dos elementos de conexão hoje existentes nos países interamericanos é da *autonomia da vontade* em contratos internacionais ou do *lugar da execução* ou do *lugar de residência do proponente*. Porém, a autonomia de vontades é regra não oportuna se uma das partes é mais fraca, como no caso de contratos concluídos com consumidores.

Em Direito Internacional Privado, nenhuma região fez esforços tão amplos de codificação como as Américas, com os Tratados de Montevideu (1889), o Código Bustamante de 1928, as Conferências Interamericanas de Direito Internacional Privado desde 1975 (CIDIPs).

Assim, quando se pactua uma relação de comércio internacional, via internet, devemos ter em mente que há toda uma legislação nacional e regras de caráter internacional a nortear essa atividade, de modo que devemos fazer serem respeitados

nossos direitos, em busca de ser finalizada adequadamente essa relação comercial, à luz do direito nacional e das regras de direito internacional, seja público, seja privado.

7 O Marco Civil da Internet no Brasil

Vale destacar, com a internet, o vasto desenvolvimento do comércio eletrônico, em suas várias vertentes, que, por sua evolução, passou a demandar uma legislação sobre o assunto, nos pontos não previstos especialmente no Código de Defesa do Consumidor, visando à proteção dos mesmos em tais relações.

No segundo semestre de 2013, a denúncia de espionagem americana sobre o governo e empresas brasileiras desencadeou o Projeto de Lei 2.126/2011, que deu origem à Lei nº 12.965/2014, conhecida como Marco Civil da Internet.

Segundo o artigo 5º, inciso VII do Marco Civil, aplicações de internet são o “conjunto de funcionalidades que podem ser acessadas por meio de um terminal conectado à internet”. Destarte, a funcionalidade de se possibilitar a qualquer pessoa no mundo adquirir um produto ou contratar um serviço via internet, com suas especificidades, visando às garantias do consumidor (OLIVEIRA, 2014, p. 01):

Obrigatoriedade do fornecedor constituído na forma de pessoa jurídica de manter os respectivos registros de acesso ao seu site, sob sigilo, em ambiente controlado e de segurança, pelo prazo de seis meses, nos termos que constarão em regulamento próprio; revisão dos termos de uso do site e políticas de privacidade, a fim de se adequar ao Marco Civil, especialmente no que toca a privacidade do usuário; implementação de nova política de utilização de *cookies* e outras ferramentas de monitoramento de navegação; readequação das ações de marketing, especialmente no que toca ao marketing virtual, entre outros.

Diversas ferramentas comumente utilizadas no *e-commerce*, como o *remarketing*, fazem uso de dados pessoais e de navegação dos usuários sem, na grande maioria das vezes, a anuência expressa dos mesmos, o que passa a ser vedado pela Lei nº 12.965/14.

Vale destacar que existem elevadas tentativas de fraude no comércio eletrônico. Conforme matéria no jornal *Diário do Nordeste*, de 20.10.15, caderno Negócios, p. 1:

O Brasil registrou 4,1% de tentativas de fraude no primeiro semestre de 2015, ante 3,6% no mesmo pe-

riodo de 2014. Já no Nordeste, 5,9% das compras on line feitas são referentes a transações duvidosas. A região se torna a menos confiável para compras na internet, atrás apenas do Norte, com 7% [...] Quanto aos segmentos mais atingidos pelos fraudadores, a telefonia celular está em primeiro lugar, com 13,9% das tentativas, seguido de aparelhos e jogos de videogame, com 13%.

O comércio eletrônico teve sua regulamentação específica através do Decreto nº 7.962/2013, que passaremos a analisar.

8 Regulamentação do *e-commerce*

Apesar de já prever a aplicação fora dos estabelecimentos comerciais, o CDC não conseguiu acompanhar o desenvolvimento das relações jurídicas. Com isso, o comércio eletrônico acabou por se encontrar quase que desamparado na legislação, pautando-se muitas vezes no próprio mercado ou ainda em jurisprudências.

Atualmente, a legislação do *e-commerce* é composta, principalmente, pelo Código de Defesa do Consumidor (CDC), de 1990, quando o comércio eletrônico era praticamente inexistente, assim, sem instrumentos capazes de regular qualquer relação jurídica daí decorrente, pelo Marco Civil da Internet e pelo Decreto nº 7.962/2013 Este preencheu algumas importantes lacunas e passou a vigorar em paralelo ao CDC, tornando-se o principal regulamento do *e-commerce* no Brasil.

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;

III - respeito ao direito de arrependimento.

(Grifos nossos)

O Código de Defesa do Consumidor nunca possuiu, em seus artigos, algo que pudesse regular o comércio eletrônico de forma direta e objetiva, dificultando a compreensão dos direitos do consumidor e dos deveres quando o assunto se tratasse de compras em lojas virtuais, assim como um direcionamento quanto ao julgamento e às punições para descumprimento de condições.

Todavia, com o desenvolvimento dos meios de comunicação e o aumento considerável do comércio eletrônico, que pos-

sui uma dinâmica tão característica que em nada se assemelha ao comércio físico, senão conceitualmente, foi natural que os problemas encontrados na relação entre comprador e vendedor se diferenciasssem dos problemas oriundos de uma relação comercial física e direta.

Assim, fez-se necessária uma norma que pudesse, pelo menos em parte, encontrar um norte para os conflitos derivados de tal relação.

Vale destacar que no projeto de novo código comercial há grande destaque para o comércio eletrônico, visando regular tal atividade, que é uma realidade na sociedade brasileira.

Conclusão

Neste artigo foi abordado o incremento do comércio, principalmente a partir da Revolução Industrial, culminando com o desenvolvimento da internet, no comércio eletrônico, que atinge inclusive vendedores e consumidores no âmbito internacional.

A Organização das Nações Unidas passou a regular as operações, através da Organização Mundial do Comércio e da UNCITRAL. O Direito Internacional Privado procura mais e mais regular as operações entre vendedores e consumidores de países distintos, com características bem distintas do comércio entre países, este fundamentado em tratados e convenções internacionais. Há também o comércio eletrônico realizado por consumidores com regras protetivas no âmbito de seu país de origem, mas que ficam desprotegidos quando a negociação ocorre na seara internacional.

Fez-se necessário, assim, o incremento da proteção ao consumidor, devido a sua maior vulnerabilidade, em face da ocorrência de negociações não só no mercado interno, mas também no mercado internacional, como na Comunidade Europeia e no Mercosul, para fins de dirimir controvérsias no mais e mais crescente comércio internacional eletrônico.

E no âmbito interno temos o desenvolvimento de regras acerca do comércio eletrônico, fazendo parte inclusive do projeto de novo código comercial.

Referências

- BARRETO, Ana Paula Menna. **Comércio eletrônico na mira do ministério da Justiça**. 2010. Disponível em: <<http://oab/-rj.jusbrasil.com.br/2340814/artigo>>. Acesso em: 20 out. 2015.
- BONAVIDES, Paulo. **A quinta geração de direitos fundamentais**. 2008. Disponível em: <http://www.ufjf.br/siddharta_legale/files/2014/07/Paulo-Bonavides-A-quinta-gera%C3%A7%C3%A3o-de-direitos-fundamentais.pdf>. Acesso em: 04 ago. 2017.
- BRIEN, James. **Sistemas de informação e as decisões gerenciais na era da internet**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- CANCELLIER DE OLIVO, Luis Carlos. **A reglobalização do Estado e da sociedade em rede na era do acesso**. Florianópolis: Fundação Boitex, 2004.
- CANUT, Leticia. **Proteção do consumidor na era digital: desafios ao direito do consumidor tradicional**. 2016. Disponível em: <www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/XIVCon-gresso/011.pdf>. Acesso em: 20 out. 2015.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 1997.
- CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. São Paulo: Paz e Terra, 1999.
- CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 2010. Disponível em: <www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalTvJusticaNoticia/anexo/Teoria_Geral_dos_direitos_fundamentais.pdf>. Acesso em: jan. 2016.
- DIÁRIO DO NORDESTE. Fortaleza, 20 out. 2015. Caderno Negócios, p. 1.
- FINKELSTEIN, Maria Eugenia. **Aspectos Jurídicos do comércio eletrônico**. Tese (Doutorado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2003.
- LAWAND, Jorge José. **Teoria geral dos contratos eletrônicos**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.
- LÉVY, Pierre. **A conexão planetária**. O mercado, o ciberespaço, a consciência. 1ª reimpressão. Tradução de Maria Lucia Homem e Ronaldo Entler. São Paulo: Ed. 34, 2003.
- MACHADO, Jorge Alberto S. O ciberespaço como Arquitetura da Liberdade - tentativas de Territorialização e Controle na Rede. In: ALVES, Giovanni; MARTINEZ, Vinício. (Org.). **A dialética do ciberespaço**. Trabalho, tecnologia e política no capitalismo global. Bauru: Document Arminda, 2002.
- MARQUES, Claudia Lima. **A insuficiente proteção do consumidor nas normas de Direito Internacional Privado** - Da necessidade de uma Convenção Interamericana (CIDIP) sobre a lei aplicável a alguns contratos e relações de consumo. 2011. Disponível em: <http://oas.org/dil/esp/CIDIPVII_hoe_temas_cidipvii_proteccionalconsumi>. Acesso em: 26 out. 2015.

MARQUES, Claudia Lima. A proteção do consumidor de produtos e serviços estrangeiros no Brasil: primeiras observações sobre contratos a distância no comércio eletrônico. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, Ano 11, nº 41, p. 39-80, 2001.

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

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. (Org). Os direitos fundamentais no paradigma do Estado Democrático de Direito. **Revista de Direito da UFMG**, 2005. Disponível em <<https://www2.direito.ufmg.br/revistadoaap/index.php/revista/article/download/94/93>>. Acesso em 20 out 2015.

OLIVEIRA, Ricardo. **O marco civil da internet e o e-commerce**. 27 ago. 2014. Disponível em: <www.ecommercenews.com.br>. Acesso em: 19 out. 2015.

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

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

VIDONHO JÚNIOR, Amadeu A.; SILVA, C.N.; CAJUEIRO, J.N. O conceito jurídico de comércio eletrônico e os contratos no Estado do Pará. **Revista Fibra e Ciência**, Belém, n. 3, ano 2, jun. 2010. Disponível em: <http://www.fibrapara.edu.br/seer/ojs/index.php/fibra_e_ciencia/article/view/9/pdf>. Acesso em: 25 fev. 2016.