

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO

**A DECLARAÇÃO DE VONTADE NOS CONTRATOS ELETRÔNICOS
CONSUMERISTAS DE ADESÃO**

MARIANA SCOFANO MARTINS

Rio de Janeiro

2023

MARIANA SCOFANO MARTINS

A DECLARAÇÃO DE VONTADE NOS CONTRATOS ELETRÔNICOS
CONSUMERISTAS DE ADESÃO

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Dr. Guilherme Martins

RIO DE JANEIRO

2023

FICHA CATALOGRÁFICA

CIP - Catalogação na Publicação

M386 Martins, Mariana Scofano
A DECLARAÇÃO DE VONTADE NOS CONTRATOS
ELETRÔNICOS CONSUMERISTAS DE ADESÃO / Mariana
Scofano Martins. -- Rio de Janeiro, 2023.
62 f.
Orientador: Guilherme Magalhães Martins.
Coorientador: Andréia Fernandes de Almeida
Rangel.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
Nacional de Direito, Bacharel em Direito, 2023.
1. Direito Civil. I. Martins, Guilherme
Magalhães , orient. II. Rangel, Andréia Fernandes
de Almeida, coorient. III. Título.

MARIANA SCOFANO MARTINS
A DECLARAÇÃO DE VONTADE NOS CONTRATOS ELETRÔNICOS
CONSUMERISTAS DE ADESÃO

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Dr. Guilherme Martins

Data da Aprovação: __ / __ / ____.

Banca Examinadora:

Orientador

Co-orientador

Co-orientador

Membro da Banca

Membro da Banca

Rio de Janeiro

2023

AGRADECIMENTOS

Com a finalização desta monografia, tenho o dever improrrogável de agradecer àqueles que fizeram da minha graduação possível. Em especial, agradeço:

Aos meus pais, Marilene e Carlos, por sempre fazerem me sentir amada e acolhida. Meu amor por vocês é incondicional e devo este diploma a tudo que me proporcionaram durante 23 invernos.

À professora Andréia, pela sutileza e pelo magnetismo com os quais lecionou direito civil, em meus primeiros períodos de faculdade, e, ali, me tornou uma apaixonada pela disciplina. Sua orientação se iniciou dentro de sala, continuou junto ao grupo de pesquisa e se seguiu até o final da minha graduação, culminando neste ato, pelo qual agradeço a confiança, os ensinamentos, o respeito e a parceria.

Ao professor Filipe, pela transformação total da minha visão sobre direito, bem como pelo voto de confiança na monitoria e na pesquisa e, é claro, pelas conversas sobre a vida.

Ao professor Guilherme, pela orientação do trabalho, sua disponibilidade e gentileza.

À minha doce avó, Ida, pela *pastineja* que acolhe ao jantar e pelo carinho que afaga minhas mãos.

Ao meu saudoso avô, Ítalo, cujo sonho era me ver formada. Já o meu sempre foi saber imitar o Pato Donald tão bem como ele fazia.

Aos meus tios, Tia Ana, Luiz Antônio, Ricardo e Vivi, pelo exemplos e ensinamentos de vida e pelos priminhos (e alguns já primões) que amo de maneira imutável.

À Bela, pois o amor atravessa a forma humana.

À Adriana, pelos 6 e belos anos (e contando) de parceria e elucubrações. E pela sala mais aconchegante e cheirosa que há.

Às meninas bonitas da FND, Ester, Hilanna e Karine, pela companhia irrevogável durante 5 anos de curso, em especial, pelo elo mantido durante os anos em que a faculdade ficou fechada. Nossa amizade transcende aos cadernos intercambiados e aos áudios-desabafo de mais de minutos: somos invencíveis, assim, juntas, como na foto da frente do espelho da faculdade.

Aos amigos mais “gostosos”, Luísa, Clara e Carlos, pela cumplicidade, afeto e gentileza com que planejamos todos os queijos & vinhos, shows e piqueniques.

A Matheus Maro, quem todo dia agradeço por ter escolhido Direito também e assim nunca mais sair da minha rotina. Meu primeiro e eterno vizinho.

À Fernanda, com quem troco carnavais, brownies, vôleis e abraços.

A Daniel Pequeno, cuja presença foi essencial ao nascimento, desenvolvimento e feitura deste trabalho. Agradeço especialmente o ombro amigo que nunca me negou e as revisões matutinas de rascunhos inseguros.

Às minhas colegas de trabalho, Thays, Júlia, Gabriela, Veronica, Thifani, Karine e Vitória. Vocês são a Van da Tia Mari e iluminam minha volta para a casa.

Aos meus queridos amigos de arbitragem:

No FDI, meu primeiro, sorridente e paciente co-counsel Guilherme, minha gêmea de mérito Júlia e meus coaches roqueiros Libório e Julio, motivos essenciais para meu deslumbre com a competição.

Já no Vis Moot, meu imbatível co-counsel de 27 painéis oficiais e meu eterno contraponto, Daniel, e meus queridos amigos mooties, Luiza, Thays, Vitoria, Gabriel, Maria Clara, Luiz e Thiaguinho. Também a meus coaches, Marcelo, Liz, Lucas, Manu, Thiago, Gorla e Bê, que todos - sem exceção - me viram chorar e surtar e nem por um minuto deixaram de acreditar em mim.

Ao meu querido Julio, por sanar todas as angústias com o calor do seu abraço. É por você que eu *power-through*. Amo-te intensamente.

*“Take me to the lakes where all the poets went to die
I don't belong, and my beloved, neither do you
Those Windermere peaks look like a perfect place to cry
I'm setting off, but not without my muse
I want auroras and sad prose
I want to watch wisteria grow right over my bare feet
'Cause I haven't moved in years
And I want you right here”*

Taylor Swift, the lakes

RESUMO

Diante do inegável crescimento do comércio eletrônico e surgimento de lojas inteiramente online, o trabalho se propõe a investigar a formação da vontade nos contratos eletrônicos. A hipótese do trabalho se debruça sobre a possibilidade da existência de vícios na manifestação de vontade declarada por consumidores ao aderirem contratos eletrônicos e sua consequência jurídica, especialmente levando em consideração as normas mais protetivas do Código de Defesa do Consumidor. A metodologia empenhada é a de pesquisa documental e bibliográfica apoiada da revisão de literatura nacional e internacional sobre o tema. Além disso, dado o ineditismo da matéria, apoia-se em decisões jurisprudenciais sobre o tema para auxiliar a investigação proposta.

Palavras-chave: contratos eletrônicos; declaração de vontade; contratos de adesão; contratos *clickwrap*; Código de Defesa do Consumidor

ABSTRACT

Given the undeniable growth of e-commerce and the emergence of solely online-based stores, this paper proposes to investigate the formation of will in electronic contracts. The hypothesis focuses on the possibility of the existing defects in the manifestation of will declared by consumers when adhering to electronic contracts, as well as its legal consequences, especially taking into consideration the most protective rules of the Consumer Protection Code. The methodology employed can be described as documentary and bibliographical research supported by a review of national and international legal doctrine on the subject. In addition, given the pioneering nature of the subject, some case law on the issue were analyzed to assist the proposed investigation.

Keywords: electronic contracts; declaration of will; standard contracts; clickwrap contracts; consumer protection code

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
I. A FORMAÇÃO DA VONTADE.....	12
I.1 CONTRATOS CIVIS-COMERCIAIS.....	12
I.2 CONTRATOS CONSUMERISTAS DE ADESÃO	20
II. CONTRATOS ELETRÔNICOS CONSUMERISTAS DE ADESÃO	25
II.1 COMÉRCIO ELETRÔNICO.....	25
II.2 CONTRATOS ELETRÔNICOS.....	29
II.3 CONTRATOS ELETRÔNICOS CONSUMERISTAS DE ADESÃO.....	37
II.3.1 CONTRATOS <i>CLICKWRAP</i>	41
III. CONTRATOS ELETRÔNICOS CONSUMERISTAS DE ADESÃO E A DECLARAÇÃO DE VONTADE	45
III.1 DECLARAÇÃO DE VONTADE POR CLIQUES	45
III.2 DECLARAÇÃO DE VONTADE POR BIOMETRIA FACIAL	49
III.3 DECLARAÇÃO DE VONTADE VICIADA	53
CONCLUSÃO.....	56
REFERÊNCIAS	58

INTRODUÇÃO

Hodiernamente é possível constatar a Sociedade da Informação¹, fenômeno decorrente da difusão da *Internet*, a qual surge em 1969 como um veículo e armazém de informações militares e acadêmicas e segredos de Estado durante a Guerra Fria².

Como entoa Ricardo Lorenzetti³, das características da *Web* que mais revolucionaram o mundo globalizado e puderam fazer nascer a Sociedade da Informação, destacam-se sua autonomia, em funcionalidade autorreferente; o anonimato e a ausência de fronteiras físicas, que encurta conexões, a torna transnacional e atemporal. é seu aspecto autônomo.

Em poucos minutos, pode-se baixar múltiplos *GB* em arquivos, conectar-se ao outro lado do globo, realizar transações milionárias e afins, tornando da *Internet* um enorme e acessível banco de dados à população comum, uma verdadeira *super-rodovia da informação*⁴.

Conseqüentemente, a *Internet* teve um papel central nas novas formas de relações pessoais, incidindo diretamente na forma como contratos contemporâneos são celebrados. Diante dessa nova forma de se relacionar e intercambiar bens, se concebeu o ciberespaço do comércio eletrônico, em que são muito presentes os contratos eletrônicos.

Após o frenesi inicial que uma grande descoberta sempre acomete, alguns autores destacaram que os contratos eletrônicos em realidade não são um novo tipo de contrato, mas sim uma nova modalidade de contratar. Segundo eles, o que se transmuta é na verdade a forma do contrato: antes físico, percebido no meio fenomenológico pelas longas laudas de papel ou acordos tácitos verbais, agora é possível contratar através de um simples clique.

Por certo que é possível aplicar as normas já positivadas aos contratos eletrônicos, principalmente naquilo que o contrato eletrônico se assemelha ao contrato físico. No entanto, problemática se engrossa quando a analogia ao contrato tradicional corriqueiro se torna imprópria. Quer dizer, quando surgem perguntas que o legislador não foi capaz de prever à elaboração da legislação civil-consumerista.

¹ SANTOS, Manoel. J. Pereira dos. **Aspectos legais do comércio eletrônico: contratos de adesão**. In: Revista de Direito do Consumidor, vol. 36/2000, out-dez 2000, pp. 105-129, out-dez 2000, pp. 105-129, pp. 1-2

² MARTINS, Guilherme Magalhães. **Contratos eletrônicos de consumo**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2016, pp. 24-27

³ LORENZETTI, Ricardo L. **Comércio eletrônico**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, pp. 29-31

⁴ MARTINS, Guilherme Magalhães. **Contratos eletrônicos de consumo**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 27

Em especial, indaga-se sobre a formação da vontade nos contratos eletrônicos e é sobre essa pergunta que se formula o problema de pesquisa: diante do cenário ainda não desvendado dos contratos eletrônicos consumeristas, particularmente os contratos de adesão eletrônicos, quais são os (possíveis) vícios da vontade perpetrados na sua celebração?

Nesse sentido, cumpre estabelecer uma dupla de perguntas norteadoras da pesquisa: **(i)** nos contratos eletrônicos consumeristas de adesão, o consumidor emite declaração de vontade?; e **(ii)** é possível que a vontade do consumidor seja viciada?

Isto posto, delimita-se como objeto da pesquisa investigar como se dá a manifestação de vontade por consumidores ao aderirem contratos eletrônicos, e estudar a consequência jurídica que dela se desenrola.

A metodologia empenhada é a pesquisa documental e bibliográfica apoiada da revisão de literatura nacional e internacional sobre o tema, no afã de abarcar textos clássicos de doutrinadores tradicionais da teoria da vontade, ao lado de autores especializados na temática de contratos eletrônicos consumeristas.

Soma-se ao arcabouço teórico decisões judiciais sobre o tema, bem como notícias jornalísticas e/ou projetos de lei que tangenciam à matéria, de modo a demonstrar como esse problema está sendo recepcionado pela população e autoridades do país e do mundo.

Destarte, inicia-se o estudo com a formação da vontade nos contratos civis-comerciais, abordando desde as diferentes teorias volitivas, analisando o processo de construção do ânimo até sua exteriorização, para, em seguida, dissecar a formação da vontade manifestada em contratos de adesão consumeristas. Nesse capítulo, buscar-se-á consagrar o marco teórico tradicional da vontade para então prosseguir à análise do contrato-objeto da pesquisa.

O capítulo segundo centraliza contextualizar o surgimento do comércio eletrônico e da popularização dos *e-contracts* para então aterrissar na figura central do estudo: os contratos eletrônicos consumeristas de adesão. Aqui, abarcar-se-ão também os contratos *clickwrap*, modalidade mais popular de contrato eletrônico de adesão.

Por fim, no terceiro capítulo, apresentar-se-á a síntese da pesquisa, na qual será possível entender como se dá a vontade nesses contratos. Investiga-se, aqui, se as normas já existentes do Código Civil e do Código de Defesa do Consumidor podem atribuir uma resposta à manifestação de vontade eletrônica.

I. A FORMAÇÃO DA VONTADE

Ubi societas, ibi ius

I.1 CONTRATOS CIVIS-COMERCIAIS

Conforme a dogmática civilista clássica, o contrato é um negócio jurídico bilateral comumente tido como signo da autonomia privada⁵⁻⁶. Isso porque, como explica Junqueira de Azevedo⁷, o contrato é o instrumento pelo qual as partes emitem a manifestação de vontade através da qual conjugam interesses e celebram o negócio jurídico com os efeitos desejados.

Não é por menos que a figura do contrato – desde seu advento no direito romano, quando as quatro primeiras figuras contratuais empenhavam vínculos obrigacionais⁸, até os dias de hoje – exerceu papel importante nas trocas comerciais, sendo a argamassa entre a propriedade privada e o desenvolvimento do capitalismo moderno⁹. Como demonstra Caio Mário¹⁰:

Com o passar do tempo, entretanto, e com o desenvolvimento as atividades sociais, a função do contrato ampliou-se. Generalizou-se. Qualquer indivíduo – sem distinção de classe, de padrão econômico, de grau de instrução – contrata. O mundo moderno é o mundo do contrato. E a vida moderna o é também, e em tão alta escala que, se se fizesse abstração por um momento do fenômeno contratual na civilização de nosso tempo, a consequência seria a estagnação da vida social.

⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil. Contratos**. vol. 3. 24ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 6-9; GOMES, Orlando. **Contratos**. 27ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, pp. 4-6; DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. Teoria geral do direito civil. vol. 1. 29ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, 476

⁶ Aqui emprega-se autonomia privada como o valor atualizado da autonomia da vontade, aquela que preserva a liberdade negocial em comunhão com os valores constitucionais.

⁷ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico: existência, validade e eficácia**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 18

⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil. Contratos**. vol. 3. 24ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 7; LAWAND, Jorge José. **Teoria geral dos contratos eletrônicos**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, p. 13

⁹ A esse respeito, Konder Comparato: “*Eis por que, na visão de mundo capitalista, é preciso separar definitivamente o Estado da sociedade civil, com a subordinação daquela a esta. A vida social deve ser organizada à semelhança das sociedades mercantis*”. In: COMPARATO, Fábio Konder. **A civilização capitalista: para compreender o mundo em que vivemos**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 60. Em sentido semelhante, Orlando Gomes infere que: *O liberalismo econômico, a idéia basilar de que todos são iguais perante a lei e devem ser igualmente tratados, e a concepção de que o mercado de capitais e o mercado de trabalho devem funcionar livremente em condições, todavia, que favorecem a dominação de uma classe sobre a econômica considerada em seu conjunto permitiram fazer-se do contrato o instrumento jurídico por excelência da vida econômica.*” (g. n.) In: GOMES, Orlando. **Contratos**. 27ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p.6. Em mesma linha, Jorge José Lawand: *“O contrato ao longo dos tempos teve o papel preponderante de ser o instrumento técnico-jurídico ideal para a realização das operações econômicas*, e têm evoluído em função da dinamização das relações comerciais no mundo, constituindo-se no veículo através do qual circulam as riquezas, por meio da venda e compra, financiamento, transporte, seguro, depósito e muitas outras formas, onde se aperfeiçoará uma transferência de bens entre comprador e vendedor; sendo uma afirmação do próprio direito de propriedade como reflexo da personalidade. Os contratos evoluem, seguindo a tendência da própria ciência jurídica, sempre dentro de uma transformação pautada pelo tempo e espaço.*” In: LAWAND, Jorge José. **Teoria geral dos contratos eletrônicos**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, p. 12

¹⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil. Contratos**. vol. 3. 24ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 9

É certo que a figura contratual sofreu alterações com o próprio desenvolvimento social, o que se explorará ainda mais no tópico seguinte [*supra* I.2]. No entanto, o que cumpre destacar, por ora, é que, até mesmo na dogmática contratualista civil-comercial, a principiologia contratual teve de se adaptar. Aqui, fala-se do enxugamento da autonomia da vontade que, diante do surgimento do dever do contrato de performar função social, viu reduzir a preponderância até então inabalável do individualismo para dar lugar à relativização das relações comerciais e à figura da autonomia privada¹¹.

Nessa seara, a autonomia privada é conceito que mantém o âmago da liberdade negocial e da liberdade de contratar. Apenas conjuga, em sua comunhão, valores extracontratuais que devem ser observados pelos contratantes¹². Isto é, o império da autonomia da vontade encontra resistência nos valores sociais e transmuta-se para o conceito de autonomia privada.

Dessa forma, para estudar o valor vontade negocial na contratualista civil, deve-se dar um passo atrás e inquirir sobre a formação do próprio negócio jurídico, afinal, como preceitua Orlando Gomes, “o conceito de contrato sobe ao negócio jurídico”¹³.

Sob a perspectiva da teoria dos fatos jurídicos, temos que os atos jurídicos são aqueles fatos voluntários, resultantes da conduta humana e que importam à ordem jurídica. E o negócio jurídico, subespécie dos atos jurídicos em sentido lato, exprime a aquisição, modificação ou extinção de um direito através da declaração da vontade dos agentes, do consenso¹⁴.

Apesar de bastante atrelado à concepção volitiva, os negócios jurídicos – e aqui abarcados os contratos – não se esgotam com a simples declaração de vontade. Pelo contrário, como antecipado, o negócio jurídico precisa respeitar pressupostos elementares que ditarão, em primeiro lugar, sua existência, para então, atrair a aplicação do ordenamento jurídico¹⁵.

¹¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil. Contratos**. vol. 3. 24ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, pp. 11-12; 24

¹² PRATA, Ana. **A Tutela constitucional da autonomia privada**. Coimbra: Almedina, 2017, pp. 23-26

¹³ GOMES, Orlando. **Contratos**. 27ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 4

¹⁴ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado. [livro eletrônico]: Tomo III**. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, e-book baseada na ed. de 2012. Acesso em 19.05.2022; AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico: existência, validade e eficácia**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, pp. 16-17; PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil. Introdução ao direito civil. Teoria geral de direito civil**. vol. 1. 31ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, pp. 384-385; PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil. Introdução ao direito civil. Teoria geral de direito civil**. vol. 1. 31ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 399; NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 32ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 331

¹⁵ Para Pontes de Miranda, são os chamados *essentialia negotii*. In: MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado. [livro eletrônico]: Tomo III**. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, e-book baseada na ed. de 2012. Acesso em 19.05.2023, s.n.

Para tanto, conforme o artigo 104 da Lei nº 10.406 de 2002 (“Código Civil” ou “CC”) – dispositivo esse central ao presente estudo –, é preciso que a declaração de vontade exista. Isto é, seja emitida por um agente, a respeito de um objeto, através de uma forma, para então assumir validade com a adjetivação desses mesmos pressupostos de existência, que passam a ser denominados requisitos de validade¹⁶. Como se extrai do texto legal:

Art. 104, CC. A validade do negócio jurídico requer:
I - agente capaz;
II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável;
III - forma prescrita ou não defesa em lei.

Assim, o agente deve ser capaz, o objeto lícito, possível e determinado (ou determinável), a forma prescrita ou não defesa em lei, e a vontade deve ser manifestada de forma livre e consoante à boa-fé. Somente assim, via de regra, pode produzir efeitos aquele negócio jurídico, observados os elementos acidentais eventualmente acordados pelas partes. Como ensina com clareza Junqueira de Azevedo¹⁷:

In concreto, negócio jurídico é todo fato jurídico consistente em declaração de vontade, a que o ordenamento jurídico atribui os efeitos designados como queridos, respeitados os pressupostos de existência, validade e eficácia impostos pela norma jurídica que sobre ele incide.

É justamente pelo uso plural e usual do negócio jurídico que, de acordo com Levi, “[o negócio jurídico é o] centro vital de todo o sistema do direito privado”¹⁸. Mais do que isto, o negócio jurídico consagra a visão jurídico-normativa da declaração de vontade das partes: isto é, como a vontade privada influenciará a ordem legal. É “uma manifestação de vontade qualificada”, nas palavras de Junqueira de Azevedo¹⁹.

Mas, antes de embarcar na discussão entre teorias volitivas – tão relevantes para a formação do tipo estudado –, cumpre uniformizar os termos empregados, em comunhão da objetividade e do primor técnico do presente estudo.

Destarte, reconhece-se a diferenciação apontada por determinados autores entre os termos declaração e manifestação da vontade. Enquanto a primeira se referiria à exteriorização da

¹⁶ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. Teoria geral do direito civil. vol. 1. 29ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 484

¹⁷ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico: existência, validade e eficácia**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 16

¹⁸ Tradução livre da célebre frase do autor, no original: “[o negócio jurídico é o] centro vitale di tutto il sistema del diritto privato”. Alessandro Levi. Teoria Generale Del Diritto. 2ª e. CEDAM: Padova, 1967, p. 330 *apud* NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 32ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 331

¹⁹ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico: existência, validade e eficácia**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 17

vontade dirigida a outro sujeito, a segunda seria sua expressão genérica e não-receptícia, não dirigida a ninguém em específico²⁰. No entanto, a finesse que distingue ambos termos não apresenta efeitos práticos para o estudo que se propõe fazer aqui, qual seja do estudo da vontade em contrato eletrônicos consumeristas de adesão, motivo pelo qual se empregará ambos os termos indistintamente.

De igual maneira, reconhece-se, ainda, a dupla acepção do termo consentimento: seja usada de maneira ampla para designar a comunhão, o acordo das vontades; seja restrita, para expressar a declaração individual de vontade de um sujeito²¹. No presente trabalho, será oferecido enfoque a ambas as acepções, também, indistintamente.

Ressalvado o uso dos termos técnicos, cumpre então adentrar a varredura das teorias volitivas do negócio jurídico.

A vontade é constituída por dois elementos: um interno e um externo. Enquanto o elemento interno diz respeito ao impulso volitivo do agente, ainda guardado em pensamento, o externo se traduz na manifestação de vontade, no comportamento desse agente que expurga e publiciza a vontade. Assim, é possível distinguir três espécies de vontade: (1) a vontade da ação; (2) a vontade da declaração; e (3) a vontade negocial.

A primeira das vontades – a vontade da ação – diz respeito à consciência e voluntariedade, o querer que determinada ação seja produzida. Aqui, Caio Mário divide o campo psíquico em três momentos para proferimento da vontade da ação: o da solicitação, deliberação e finalmente o da ação. A solicitação se traduz na influência do meio exterior na formação do estímulo cerebral do indivíduo, que em seguida, processa e sopesa circunstâncias – momento de deliberação –, para, por fim, devolver o resultado da sua ponderação ao meio exterior²².

²⁰ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado. [livro eletrônico]: Tomo III**. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, e-book baseada na ed. de 2012. Acesso em 19.05.2022; RÃO, Vicente. **Ato jurídico. Noção, pressupostos, elementos essenciais e acidentais**. O problema do conflito entre os elementos volitivos e a declaração. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 119; VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: parte geral**. 18ª ed. São Paulo, Atlas, 2018, p. 318; BONINI, Paulo Rogério. *Apontamentos sobre o tratamento legal da manifestação da vontade nos negócios jurídicos*. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello (Coord.) **Estudos em homenagem a Clóvis Beviláqua por ocasião do centenário do Direito Civil codificado no Brasil**. São Paulo: Escola Paulista de Magistratura, 2018, pp. 145-167, p. 155

²¹ GOMES, Orlando. **Contrato de adesão: condições gerais dos contratos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972, pp. 46-47; PEREIRA, Caio Mario da Silva, **Instituições de direito civil. Contratos**. vol. 3. 24ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, pp. 29-30

²² Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil. Introdução ao direito civil. Teoria geral de direito civil**. vol. 1. 31ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, pp 403-404

A segunda vontade – a vontade de declaração – esbanja não só o desejo consciente e voluntário do agente, mas sua vontade direcionada à prática de um negócio jurídico. Isto é, o querer que determinada ação seja produzida para celebrar uma avença.

Em terceiro lugar, a vontade negocial é tida como sinônimo de intenção de resultado: consciente e voluntariamente se declara a vontade com um objetivo específico. É justamente a sobreposição sucessiva dessas três vontades que leva ao cerne do negócio jurídico: uma ou mais pessoas em comunhão de interesses firmam uma avença com vistas a produzir efeitos jurídicos²³.

No entanto, a conclusão não é óbvia e algumas dúvidas persistem. Independentemente do momento de formação da vontade, quando incidiria o ordenamento jurídico? Nesse particular, muito se teorizou a respeito da formação da vontade para os negócios jurídicos e, conseqüentemente, para aplicação legal.

Em linhas gerais, o embate foi centralizado entre a teoria da vontade e a teoria da declaração. A primeira francesa e a segunda alemã²⁴, ambas as teorias se propuseram a estudar o termo *a quo* em que a vontade surgia para o ordenamento jurídico, no afã de resolver potenciais conflitos entre vontades de um mesmo indivíduo.

De um lado, capitaneado por Savigny e Windschied²⁵, há a teoria subjetiva ou teoria da vontade (no original, *Willenstheorie*), por meio da qual se valoriza a vontade real do sujeito e se entende que deve prevalecer àquela declarada, em caso de discrepância entre elas²⁶. Isso porque, se o negócio jurídico é um ato-resultado da autonomia da vontade, tal elemento – o ânimo, esse fato interno e psíquico – deve ser alçado ao primeiro lugar em razão da sua

²³ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: parte geral**. 18ª ed. São Paulo, Atlas, 2018, p. 320

²⁴ Sobre o nascedouro das teorias aqui expostas, veja a recapitulação trazida por Junqueira de Azevedo: “*Roger Perrot acrescenta que é tradicional sublinhar as diferenças profundas que há entre o direito francês e o direito alemão, sobre o papel da vontade nos atos jurídicos. Em geral, diz o mesmo autor; apresenta-se o direito francês como um direito essencialmente psicológico, que dá, às menores nuances do foro íntimo, uma importância decisiva, enquanto que o BGB teria por preocupação maior a segurança das relações contratuais, ainda que pagando o preço de uma cristalização mais ou menos forçada das vontades individuais. Ou, por outras palavras, o direito francês é apresentado, em geral, como partidário da teoria de vontade e o alemão, como da teoria da declaração*” In: AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico: existência, validade e eficácia**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 75

²⁵ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico: existência, validade e eficácia**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 78; SCHMIDT NETO, André Perin. **Contratos na sociedade de consumo [livro eletrônico]: vontade e confiança**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, 1,69 MB, PDF, e-book baseada na 1ª ed. impressa. Acesso em 20.05.2023, s.n.

²⁶ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico: existência, validade e eficácia**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p.74; PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil. Introdução ao direito civil. Teoria geral de direito civil**. vol. 1. 31ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 404

fundamentalidade quando do surgimento de qualquer conflito²⁷. Por óbvio, esses teóricos reconhecem a existência da declaração: afinal, para atrair aplicação do ordenamento jurídico é necessário que se tenha conhecimento do que se passou no foro íntimo do sujeito. O que propõem os subjetivistas é que a vontade e a declaração se unem por uma relação natural, na qual sempre haverá prevalência da vontade real à declarada, sob justificativa de evitar que a vontade declarada expressasse apenas a “mera aparência de vontade”²⁸.

Já do outro lado, a teoria objetiva ou da declaração (no original, *Erklärungstheorie*) prioriza a vontade declarada e atestada, como forma de garantir e privilegiar a segurança jurídica em detrimento da intenção do sujeito²⁹. Isto é, a vontade se extrai da sua expressão, do que é dito ao mundo fenomênico. Baluartes como Liebe, Rover e Köhler defendiam que não haveria uma dualidade de elementos: vontade e declaração, mas sim um fenômeno uno, qual seja a declaração como expressão da “própria vontade em ação”³⁰.

Do duelo acima, nasceram tantas outras teorias que – cedendo frações, aglutinando outras – tentaram solucionar as falhas metodológicas das teses francesa e alemã. Dentre elas, destacam-se, a exemplos, a teoria da responsabilidade e da confiança.

A teoria da responsabilidade deriva da teoria da vontade subjetiva, por meio da qual a vontade íntima do declarante deve prevalecer sobre sua exteriorização. No entanto, a distinção se encontra numa exceção proposta: prevalece a vontade interna sobre a declarada, salvo a

²⁷ RÁO, Vicente. **Ato jurídico. Noção, pressupostos, elementos essenciais e acidentais**. O problema do conflito entre os elementos volitivos e a declaração. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, pp. 164-165

²⁸ RÁO, Vicente. **Ato jurídico. Noção, pressupostos, elementos essenciais e acidentais**. O problema do conflito entre os elementos volitivos e a declaração. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, pp. 164-165; BONINI, Paulo Rogério. *Apontamentos sobre o tratamento legal da manifestação da vontade nos negócios jurídicos*. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello (Coord.) **Estudos em homenagem a Clóvis Beviláqua por ocasião do centenário do Direito Civil codificado no Brasil**. São Paulo: Escola Paulista de Magistratura, 2018, pp. 145-167, p. 157

²⁹ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico: existência, validade e eficácia**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, pp. 79-80; RÁO, Vicente. **Ato jurídico. Noção, pressupostos, elementos essenciais e acidentais**. O problema do conflito entre os elementos volitivos e a declaração. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, pp. 169-170; PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil. Introdução ao direito civil. Teoria geral de direito civil**. vol. 1. 31ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 404; SCHMIDT NETO, André Perin. **Contratos na sociedade de consumo [livro eletrônico]: vontade e confiança**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, 1,69 MB, PDF, e-book baseada na 1ª ed. impressa. Acesso em 20.05.202, s.n.

³⁰ RÁO, Vicente. **Ato jurídico. Noção, pressupostos, elementos essenciais e acidentais**. O problema do conflito entre os elementos volitivos e a declaração. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 172

vontade manifestada de maneira irregular ou com máculas houver sido assim proferida por culpa do declarante, situação a qual o negócio jurídico se convalida³¹.

Já a teoria da confiança, em sentido diametralmente oposto preconiza a prevalência da vontade declarada sobre a vontade real, considerando o grau de confiança que foi imputado pela declaração sobre o destinatário. Dessa forma, apenas na situação em que o destinatário confiou indevidamente na vontade declarada, deve-se proceder à averiguação da vontade interna do contratante³².

Mas qual teoria prevaleceu? Parece importante responder a pergunta se o que se deseja é interpretar os negócios jurídicos, aferir potenciais vícios de consentimento³³ e até mesmo distinguir contratos de outras subespécies anômalas – como o contrato de adesão, que se verá mais adiante.

Ao que parece, o legislador de 2002 adotou a teoria objetiva, da declaração. Dessa forma, não basta a vontade existir no foro íntimo do contratante, ela precisa ser exteriorizada, como ensina Caio Mário³⁴:

Assentado, pois, que é a vontade o pressuposto do negócio jurídico, é imprescindível que ela se *exteriorize* e se divulgue por uma *emissão*, de forma a levar a deliberação interior ao mundo exterior. A vontade interna ou real é que traz a força jurígena, mas é a sua exteriorização pela declaração que a torna conhecida, o que permite dizer que a produção de efeitos é um resultado da vontade, mas que esta não basta sem a manifestação exterior.

O legislador foi além e, nesse cenário, fez prevalecer a liberdade de formas na hora da manifestação da vontade, como dita o artigo 107 do Código Civil: “A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir”. Isto, é, em princípio, a vontade pode ser declarada por qualquer canal possível, desde que não haja algum requisito formal a ser observado, conforme determinação legal.

³¹ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico: existência, validade e eficácia**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 87; RÁO, Vicente. **Ato jurídico. Noção, pressupostos, elementos essenciais e acidentais**. O problema do conflito entre os elementos volitivos e a declaração. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, pp. 172-173

³² AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico: existência, validade e eficácia**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 87; RÁO, Vicente. **Ato jurídico. Noção, pressupostos, elementos essenciais e acidentais**. O problema do conflito entre os elementos volitivos e a declaração. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, pp. 172-173

³³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil. Introdução ao direito civil. Teoria geral de direito civil**. vol. 1. 31ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 404

³⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil. Introdução ao direito civil. Teoria geral de direito civil**. vol. 1. 31ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 404

Quanto ao meio empregado, a declaração de vontade pode ser escrita, verbal ou simbólica. Na doutrina de Orlando Gomes, a declaração escrita – bastante comum – é aquela que é reduzida ao instrumento contratual ou documento, seja ele manuscrito, datilografado, impresso ou reproduzido eletronicamente. Já a declaração verbal é aquela que o manifestante exterioriza por meio da palavra falada chegando ao destinatário seja por estarem presencialmente no mesmo lugar e à distância possível para a escuta, seja por outros meios de transmissão da voz. Por fim, a declaração de vontade simbólica é aquela realizada pelo meio gestual, por meio de signos e sinais, como um aperto de mão ou um aceno de cabeça³⁵.

Quanto à modalidade de tradução da vontade, Caio Mário esclarece que a vontade pode ser manifestada de maneira expressa ou tácita. Expressa se for verbal, escrita ou semafórica. Tácita se puder ser traduzida por meio de um comportamento do indivíduo³⁶.

Desse modo, a vontade interna do indivíduo é absorvida por inteiro no momento da declaração. O que não significa, no entanto, que a teoria subjetiva da vontade em nada possa ser aproveitada. O brilhante Junqueira de Azevedo explica que “por onde se vê que a relevância jurídica da vontade não ocorre no plano da existência”³⁷. Isto é, a vontade não é elemento constitutivo da existência do negócio jurídico, vindo a incidir tão somente nos planos da validade e da eficácia.

Eventual dissonância entre a vontade real e a vontade declarada, o negócio jurídico existe, mas estará maculado por um vício do consentimento, o que resulta em sua anulabilidade, como se vê do Capítulo IV, Título I, Livro III do Código Civil³⁸. Tomando emprestado alguns dos exemplos de Junqueira de Azevedo³⁹ para a didática: se a vontade exteriorizada tiver sido formulada por engano próprio ou induzido, erro ou dolo serão aferidos. Se influenciada por grave temor, configurada a coação moral. Ou ainda, se a vontade exteriorizada houver sido

³⁵ GOMES, Orlando. **Contratos**. 27ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 48; RÁO, Vicente. **Ato jurídico. Noção, pressupostos, elementos essenciais e acidentais**. O problema do conflito entre os elementos volitivos e a declaração. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 120

³⁶ Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil. Introdução ao direito civil. Teoria geral de direito civil**. vol. 1. 31ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 405

³⁷ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico: existência, validade e eficácia**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 85. Vai além do doutrinador e explica: “A vontade poderá, depois, influenciar a validade do negócio e às vezes também a eficácia, mas, tomada como iter do querer, ela não faz parte, existencialmente, do negócio jurídico; ela fica inteiramente absorvida pela declaração, que é o seu resultado.” (Junqueira, p. 82)

³⁸ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. Teoria geral do direito civil. vol. 1. 29ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, pp. 491-492

³⁹ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico: existência, validade e eficácia**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 85

inteiramente fabricada por outrem, haverá a *vis absoluta*, capaz de nulificar o negócio de plano, não só fazer surgir o direito de anulá-lo.

Todas essas hipóteses – diga-se de passagem – foram positivadas pelo legislador de 2002. Isto é, a teoria da vontade importa para a classificação funcional dos negócios jurídicos e até mesmo sua interpretação. Como se extrai do artigo 112 do diploma legal civil e é explicado por Maria Helena Diniz⁴⁰, a vontade real do agente importa para construir a interpretação que melhor conserva a intenção e os efeitos do negócio jurídico:

Art. 112. Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem.

A digressão é relevante, senão fundamental ao estudo que se propõe fazer.

O conceito de contrato apresentado, e conseqüentemente o estudo da formação da vontade do negócio jurídico, pode sofrer alterações quanto ao tratamento jurídico atraído. Isso porque há contratos que não se sujeitam ao mesmo exame da vontade, como os contratos consumeristas, tipicamente realizados por termos de adesão. Tem-se, então, que a doutrina aqui exposta encontra aplicação prática restrita àqueles contratos civis-comerciais.

E justamente pelo ineditismo dos contratos eletrônicos, os quais não se tem certeza em qual categoria jurídica irão se acobertar, que é necessário estudar a formação da vontade no seu dogma tradicional – de acordo com a contratualista civilista –, mas também avançar e destrinchá-la nos contratos cuja natureza atraem a incidência da Lei nº 8.078/1990 (“Código de Defesa do Consumidor” ou “CDC). É o que se passa a fazer.

I.2 CONTRATOS CONSUMERISTAS DE ADESÃO

Entendido que a vontade é aspecto fundamental à celebração dos contratos, senão sua verdadeira condição *sine qua non*, a tarefa de analisar a expressão da vontade se torna mais que desafiadora naqueles contratos em que ela se apresenta de maneira anômala.

A formação do consentimento e a declaração de vontade não se dão de forma homogênea na disciplina dos contratos⁴¹. Há tipos contratuais em que a chamada vontade negocial é reduzida em detrimento da massificação do instrumento contratual por meio de condições

⁴⁰ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. Teoria geral do direito civil. vol. 1. 29ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 480

⁴¹ GOMES, Orlando. **Contratos**. 27ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, pp. 8; 107

ditadas e postas por um contratante e aceitas, sem ressalvas, por outro⁴². É o que se denomina de contratos de adesão.

Contratos de adesão são aqueles em que uma das partes – o aderente – não tem a acrescentar na elaboração das cláusulas do contrato, apenas optando aceitá-lo ou não por inteiro⁴³. O que à primeira vista parecer ser uma aniquilação do conceito de contrato como o signo da autonomia privada é na verdade importante revolução técnica advinda das mutantes necessidades sociais.

Como antecipado [*supra I.I*], os contratos sempre exerceram papel relevante nas trocas comerciais e no fomento econômico-social. Quanto mais se industrializava a civilização, mais eles eram necessários⁴⁴. Todos podiam celebrar contratos e o faziam de maneira corriqueira. Síntese do liberalismo, a autonomia da vontade reinou incontestemente. Pelo menos, até encontrar resistência.

Como afirma Enzo Roppo⁴⁵, o contrato é reflexo da realidade social e uma vez ela alterada, o instrumento contratual também se adapta. Foi precisamente isso que ocorreu, quando, vagarosamente, a sociedade acordava para as discrepâncias sociais e aperfeiçoava o conceito de liberdade e igualdade. É didático André Perin Schmidt Neto⁴⁶:

Só recentemente se passou a perceber que não bastava que as partes fossem livres para serem consideradas iguais e que a garantia da liberdade não trazia consigo a garantia de todos os demais direitos. Isso porque a parte mais fraca estaria desprotegida perante a mais forte, assim não bastaria algo que tivesse sido querido de forma livre e

⁴² MAMEDE, Gladston. **Direito empresarial brasileiro. Teoria geral dos contratos.** vol. 5. São Paulo: Atlas, 2010, pp. 98-99

⁴³ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor** [livro eletrônico]: o novo regime das relações contratuais. 3ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. Acesso em 20.06.2022; RIZZATTO NUNES, Luiz Antonio. **Os contratos de adesão nas relações de consumo.** Rev. do Advogado, São Paulo, jul. 2012. v. 116, p. 193-203, p. 196

⁴⁴ Mamede explica que a transição do mundo rural e artesanal ao urbano e industrial corroborou a perda da identidade negocial dos contratantes. Nas palavras do autor: “*Ora, no modelo anterior, artesanal, não apenas experimentava-se uma produção personalizada de bens e serviços, voltada às necessidades específicas de cada contratante, mas também experimentava-se uma negociação personalizada, com características específicas em cada caso (...). É um estágio econômico da identificação dos contratantes, que se veem, se identificam, dialogam e efetivamente negociam, compondo o contrato a partir de um amplo espectro de possibilidades. (...) A produção em escala torna esse reconhecimento mútuo, essa identificação e, mais, esse diálogo, impossível.*”. In: MAMEDE, Gladston. **Direito empresarial brasileiro. Teoria geral dos contratos.** vol. 5. São Paulo: Atlas, 2010, p 93

⁴⁵ O tradicional autor dispôs: “*o contrato muda sua disciplina, as suas funções, a sua própria estrutura segundo o contexto econômico-social em que está inserido*”. In: ROPPO, Enzo. O contrato. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009. p. 24; *apud* SCHMIDT NETO, André Perin. **Contratos na sociedade de consumo [livro eletrônico]: vontade e confiança.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, 1,69 MB, PDF, e-book baseada na 1ª ed. impressa. Acesso em 20.05.2023, s.n.

⁴⁶ SCHMIDT NETO, André Perin. **Contratos na sociedade de consumo [livro eletrônico]: vontade e confiança.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, 1,69 MB, PDF, e-book baseada na 1ª ed. impressa. Acesso em 20.05.2023, s.n.

consciente para que fosse justa. No Estado Social superam-se o voluntarismo e o formalismo e se passa a perceber que a antiga visão de contrato não o faz um instrumento para o exercício pleno da autonomia privada, mas sim uma forma de congelar e escravizar a vontade (...)

Em sentido semelhante, Orlando Gomes⁴⁷:

A nova concepção atenta para o dado novo de que, em virtude da política interventiva do Estado hodierno, o contrato, quando instrumenta relações entre pessoas pertencentes a categorias sociais antagônicas, ajusta-se a parâmetros que levam em conta a dimensão coletiva dos conflitos sociais subjacentes.

Sem cair no engano de que a figura do contrato de adesão surgiu somente por um engessamento da autonomia da vontade e da intervenção estatal, elucida pensar que a figura era útil (e lucrativa) para acompanhar as próprias mudanças sociais. Ou seja, não se esgotava na tentativa de equalizar indivíduos assimétricos. Ao revés, exercia adaptação necessária ao modo de vida mais frenético e acelerado que a sociedade passava como um todo. Para manter viva, quente e funcionando a máquina contratual, foram criados os *standards contracts*, que padronizaram e estandardizavam contratos comuns⁴⁸. Era uma maneira – bastante eficaz – de otimizar negociações recorrentes.

Não demorou muito para que se tornasse figura comum no meio consumerista⁴⁹. Afinal, basta pensar na prestação de serviços públicos, como o fornecimento de água ou energia elétrica⁵⁰, essenciais para a vida cotidiana e destinados a uma grande coletividade. E, assim como os produtos repetidos nas esteiras das indústrias, os contratos de adesão se popularizaram.

Essa figura até então inédita – e para alguns anômala do conceito de contrato – atraiu a atenção dos juristas. Muito se discutiu acerca da própria natureza jurídica do contrato de adesão e qual terminologia deveria ser aplicada. Há autores que defendem que essa espécie não pode ser considerada um tipo de contrato, são eles os chamados anticontratualistas ou normativistas. Essa corrente, liderada por Saleilles, em sua obra tradicional *De la déclaration de volonté*, acreditava que justamente pelo aderente não possuir voz negocial na elaboração das cláusulas,

⁴⁷ GOMES, Orlando. **Contratos**. 27ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 15

⁴⁸ MAMEDE, Gladston. **Direito empresarial brasileiro. Teoria geral dos contratos**. vol. 5. São Paulo: Atlas, 2010, pp. 93-95; RIZZATTO NUNES, Luiz Antonio. **Os contratos de adesão nas relações de consumo**. Rev. do Advogado, São Paulo, jul. 2012. v. 116, p. 193-203, p. 196

⁴⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil. Contratos**. vol. 3. 24ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 68; RIZZATTO NUNES, Luiz Antonio. **Os contratos de adesão nas relações de consumo**. Rev. do Advogado, São Paulo, jul. 2012. v. 116, p. 193-203, pp. 195-196

⁵⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil. Contratos**. vol. 3. 24ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 66; MAMEDE, Gladston. **Direito empresarial brasileiro. Teoria geral dos contratos**. vol. 5. São Paulo: Atlas, 2010, p. 95

o contrato de adesão seria um ato unilateral ou então uma norma jurídica⁵¹. Essa perspectiva jurídica diferenciava os conceitos de consentimento e de adesão de tal forma que a consequência dogmática da teoria era que todo contrato de adesão nasceria maculado por um vício de consentimento.

Essa conclusão quiçá absurda – de que todo aderente seria coagido a contratar – levou ao surgimento de outra corrente doutrinária com o mesmo propósito de investigar a natureza jurídica dos contratos de adesão. São os chamados contratualistas.

Liderados por Ripert e Dereux, entendiam que não era possível determinar uma condição distintiva forte o suficiente para deslocar o contrato de adesão a nova e própria categoria jurídica⁵². Concluíram que o contrato de adesão continuava contrato, e o consentimento, tão caro à disciplina, se manifestaria de maneira diferente: pela adesão. Não é porque o consentimento é reduzido à aceitação que a adesão deixaria de ser uma “*expressão da vontade negociada*”⁵³. Essa foi a visão vencedora⁵⁴. A conclusão pela natureza jurídica contratual dos contratos de adesão tem consequência imediata no tratamento jurídico que recebem.

Outro embate que muito se travou em matéria dos contratos de adesão é quanto sua terminologia. Alguns optavam por chamar de condições gerais do contrato (do alemão, *Allgemeine Geschäftsbedingungen*⁵⁵), outros por contratos de adesão, enquanto uma parcela tratava indistintamente os termos como sinônimos⁵⁶.

No entanto, os termos não se confundem. Na opinião de Orlando Gomes, o aglomerado de cláusulas pré-definidas, abstratas e ainda sem destinatário é chamado de “condições gerais do contrato” e só recebe o nome de “contrato de adesão” quando tem seus efeitos percebidos

⁵¹ GOMES, Orlando. **Contratos**. 27ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 108; PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil. Contratos**. vol. 3. 24ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 67-68; MAMEDE, Gladston. **Direito empresarial brasileiro. Teoria geral dos contratos**. vol. 5. São Paulo: Atlas, 2010, pp. 95-96

⁵² GOMES, Orlando. **Contrato de adesão: condições gerais dos contratos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972; pp. 43-45; GOMES, Orlando. **Contratos**. 27ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 112;

⁵³ Nas palavras de Orlando Gomes: “*Configurar-se-ia, realmente, como contrato, distinguindo-se, tão-somente, pelo modo por que o consentimento é manifestado. A adesão seria, em resumo, expressão de vontade negociada, que não nega, nem mesmo desvirtua, a natureza contratual do vínculo jurídico assim formado.*” In: GOMES, Orlando. **Contrato de adesão: condições gerais dos contratos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972, p. 44

⁵⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil. Contratos**. vol. 3. 24ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 68; GOMES, Orlando. **Contratos**. 27ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 120; LORENZETTI, Ricardo L. **Comércio eletrônico**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 335; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. **Contratos de adesão eletrônicos (shrink-wrap e click-wrap) e os termos de condições de uso (browse-wrap)**. In: LIMA, Cíntia Rosa Pereira de.; NUNES, Lydia Neves Bastos Telles (coord.). **Estudos avançados de direito digital**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 111

⁵⁵ Termo cunhado por Ludwig Raiser

⁵⁶ GOMES, Orlando. **Contratos**. 27ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 108

no mundo jurídico e se forma a relação negocial entre as partes. Isso porque, até que adquiram relevância contratual são, de acordo com o mesmo autor, meros “pedaços de papel” (no original alemão, *Stückpapier*)⁵⁷. Nas palavras de Rizzatto Nunes⁵⁸:

Tais cláusulas ou condições são aquelas firmadas pelo fornecedor antes do fechamento do contrato de adesão ou as que são determinadas por lei. No caso brasileiro, algumas leis esparsas já fixavam condições ou cláusulas gerais, bem como controlam cláusulas tachadas de nulas.

Segundo Cláudia Lima Marques⁵⁹, por definição, contratos de adesão são aqueles cujas cláusulas já vêm pré-definidas por uma das partes, isto é, um dos contratantes redige a peça contratual para tão somente submetê-la à leitura e concordância expressa da outra. Não há, portanto, espaço para o dilema negocial dos contratos, as condições impostas pelo proponente deverão ser aceitas integralmente pelo aderente. E quando o contrato de adesão é celebrado com consumidor, a ele vão incidir as regras do CDC⁶⁰.

Nesse particular, a lei consumerista oferece definição própria dos contratos de adesão, conforme redação do artigo 54 do CDC:

Art. 54, *caput*, CDC. 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.

Pela sua própria característica, os contratos de adesão não se adequam aos mesmos conceitos jurídicos que outros contratos. Essa adaptação é ainda mais crítica quando toca em pontos em que a diferença entre os contratos comuns e os de adesão é nevrálgica: a formação da vontade⁶¹. Como explica Orlando Gomes⁶²:

⁵⁷ GOMES, Orlando. *Contratos de adesão: condições gerais dos contratos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972, pp. 4-5

⁵⁸ RIZZATTO NUNES, Luiz Antonio. **Os contratos de adesão nas relações de consumo**. Rev. do Advogado, São Paulo, jul. 2012. v. 116, p. 193-203, p. 194

⁵⁹ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor** [livro eletrônico]: o novo regime das relações contratuais. 3ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. Acesso em 20.06.2022

⁶⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil. Contratos**. vol. 3. 24ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, pp. 68-69

⁶¹ Especificamente quanto à matéria da vontade, veja em Orlando Gomes: “*A mais importante consequência dessas transformações é a mudança nas preocupações do legislador quanto à rigidez do contrato. Em relação ao contrato nos moldes clássicos, empresta maior significação às normas sobre o acordo de vontades, detendo-se na disciplina cuidadosa da declaração de vontade e dos vícios que podem anulá-la, e limitando-se a proteção legal aos que não têm condições de emití-la, livre e conscientemente (menores, enfermos). Em relação aos contratos nos moldes contemporâneos, que se realizam em série, a preocupação é a defesa dos aderentes (contratos de adesão), mediante normas legais que proíbam cláusulas iníquas, até porque as regras sobre declaração da vontade e os vícios do consentimento quase não se lhe aplicam.*” (g.n) In: GOMES, Orlando. **Contratos**. 27ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 8

⁶² GOMES, Orlando. **Contratos**. 27ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 107

Grande esforço tem a doutrina empregado para explicá-la (a figura do contrato de adesão) à luz dos conceitos tradicionais, mas sérias dificuldades se apresentam porque, como se tem observado, sua estrutura não se ajusta bem no esquema clássico de contrato

Não é por menos que diante das múltiplas mudanças do mundo comercial, que importam em inovações constantes da forma de contratar, desde sua criação, contratos de adesão foram motivo de cautela e proteção especial aos contratantes – consumidores –, principalmente quanto aos possíveis vícios e máculas na vontade daqueles que, no silêncio das cláusulas pré-definidas, apenas as concordam e as subscrevem. Se o consumidor aderente não tem voz negocial, sua vontade deve ser interpretada ou até mesmo presumida conforme determinados princípios.

No entanto, como se destacou acima, a teoria prevalente é a teoria contratualista. Dessa forma, seria possível conceber o contrato de adesão como outra figura que não um contrato. Difere da maneira tradicional de manifestar a vontade, mas ela ali existe. Tanto é que quem se arrepende pela compra de um produto, só pode ter um dia ter concordado em comprá-lo⁶³. Essa conclusão tem consequência imediata no tratamento jurídico do instituto para o ordenamento: contratos de adesão são contratos e a eles pode se aplicar a teoria geral contratualista.

Isso importa dizer que, independentemente da aplicação do CDC, os contratos de adesão consumeristas podem sim sofrer vícios do consentimento que levariam à sua anulabilidade, de acordo com as normas do Capítulo IV, Título I, Livro III do Código Civil.

A conclusão é relevante para responder ao problema do estudo.

II. CONTRATOS ELETRÔNICOS CONSUMERISTAS DE ADESÃO

Anywhere, anytime, anyhow

II.1 COMÉRCIO ELETRÔNICO

O comércio eletrônico é um campo em desenvolvimento desde meados da década de 1990. Apesar de a grande rede de computadores (do original, “*World Wide Web*”) ter sido inventada décadas antes, no contexto militar da guerra fria, para proteção nacional de segredos

⁶³ O professor Diogo Leonardo Machado de Melo aponta para o artigo 49 do CDC como um indício de que o contrato de adesão é sim um contrato onde há uma declaração de vontade. Nas palavras do autor: “*O contrato de adesão não é um ato unilateral, eis que não há vontade única. Aliás, tanto é verdade que existe manifestação de vontade do aderente que, nos termos do art. 49 do Código de Defesa do Consumidor, é possível que este exerça o direito de arrependimento, no prazo de (7) sete dias. Só se arrepende quem manifesta e exercita uma dada vontade. Uma vez que é incontestável a participação do aderente, o ato, sob esse aspecto, há de ser considerado bilateral.*” In: MELO, Diogo L. Machado de. **Cláusulas contratuais gerais, cláusulas abusivas e o código civil de 2002**. Dissertação (mestrado em Direito Civil). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2006, p. 223

de Estado⁶⁴, foi às vésperas da mudança de século que a *Internet* se consagrou como uma “*super-rodovia da informação*”⁶⁵. E deste momento em diante, o crescimento foi desenfreado⁶⁶.

As gigantes de tecnologia, como Microsoft, Apple, Amazon e tantas outras, ainda em suas precípua descobertas, foram responsáveis por uma verdadeira revolução no mercado. Conforme já atentava Miriam Junqueira⁶⁷, para tanto, diversas multinacionais se valiam do chamado intercâmbio eletrônico de dados (do inglês, “*Electronic Data Interchange*” ou “*EDI*”), que consiste na quase automática troca de informações e dados computadorizados. Como a própria Lei Modelo da UNCITRAL para comércio eletrônico define, em seu artigo 2º, alínea b, EDI é “*a transferência eletrônica de computador para computador de informações estruturadas de acordo com um padrão estabelecido para tal fim*”⁶⁸. Essa lógica técnico-informacional viabilizou o rápido crescimento do comércio eletrônico (“*e-commerce*”) e desenvolvimento dos contratos eletrônicos de consumo⁶⁹.

Ocorre que o *EDI* se trata de um sistema fechado de comunicação. Nascido nos idos de 1980, propulsionou o comércio eletrônico em seu princípio, mas a tecnologia, eventualmente, foi superada pelo que hoje se conhece amplamente como *Internet*⁷⁰. A *Internet* é a rede aberta,

⁶⁴ MARTINS, Guilherme Magalhães. **Contratos eletrônicos de consumo**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 23; LAWAND, Jorge José. **Teoria geral dos contratos eletrônicos**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, p. 5

⁶⁵ MARTINS, Guilherme Magalhães. **Contratos eletrônicos de consumo**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 26

⁶⁶ MARTINS, Guilherme Magalhães. **Contratos eletrônicos de consumo**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 28

⁶⁷ JUNQUEIRA, Miriam. **Contratos eletrônicos**. Rio de Janeiro: Mauad, 1997, pp. 61-62

⁶⁸ Do original: “*Electronic data interchange (EDI)*” means the electronic transfer from computer to computer of information using an agreed standard to structure the information”. Aqui, Guilherme Martins cita outra importante norma regulatória no contexto do EDI: “*Outra referência importante é a Recomendação nº 94/820/CE, de 19.10.1994, da Comissão Europeia, que traz o acordo-tipo relativo aos aspectos jurídicos da transferência eletrônica de dados e define o EDI como “transferência eletrônica, de computador para computador, de dados comerciais e administrativos utilizando uma norma acordada para estruturar uma mensagem EDI”*” In: MARTINS, Guilherme Magalhães. **Contratos eletrônicos de consumo**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2016, pp. 30; 66

⁶⁹ A autora Miriam Junqueira descreve: “ *Talvez a maior vantagem que tem o EDI é em relação à facilitação mercantil, pois os benefícios que esse sistema de informações proporciona com a sua aplicação traz uma série de vantagens*” In: JUNQUEIRA, Miriam. **Contratos eletrônicos**. Rio de Janeiro: Mauad, 1997, p. 63. Já Cíntia Rosa Pereira de Lima esclarece: “*Destarte, este meio de comunicação interssistêmico (entre empresas) possibilita o desenvolvimento de um sistema automatizado responsável pelo gerenciamento da produção e distribuição dos bens.*” In: LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. **Validade e obrigatoriedade dos contratos de adesão eletrônicos (shrink-wrap e click-wrap) e dos termos e condições de uso (browse-wrap): um estudo comparado entre Brasil e Canadá**. 2009. Tese (Doutorado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. doi:10.11606/T.2.2009.tde-03062011-090910. Acesso em: 2023-05-23. Nesse mesmo sentido: PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito digital**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 120; MARTINS, Guilherme Magalhães. **Contratos eletrônicos de consumo**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 28; JUNQUEIRA, Miriam. **Contratos eletrônicos**. Rio de Janeiro: Mauad, 1997, p. 63; SANTOS, Manoel. J. Pereira dos. **Aspectos legais do comércio eletrônico: contratos de adesão**. In: Revista de Direito do Consumidor, vol. 36/2000, out-dez 2000, pp. 105-129. Disponível em Revista dos Tribunais Online: <<https://www.revistadostribunais.com.br>>, acesso em 23.05.2023, pp. 2-3

⁷⁰ LAWAND, Jorge José. **Teoria geral dos contratos eletrônicos**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, pp. 101-103; MARTINS, Guilherme Magalhães. **Contratos eletrônicos de consumo**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 30

um sistema integrado de informações, acessíveis a todos em qualquer lugar, a qualquer tempo, de qualquer modo⁷¹. Como explica Guilherme Martins⁷²:

Os contratos eletrônicos celebrados via EDI exigem normalmente uma longa fase de negociação entre as partes envolvidas, de modo a estabelecer os protocolos técnicos e administrativos e os acordos aplicáveis, o que resulta em relações duradouras, a longo prazo, mediante um certo volume de operações, sendo os interessados, via de regra, empresas reciprocamente conhecidas e dignas de confiança, de modo a justificar os altos custos do funcionamento de tal sistema.

Já a Internet, por sua vez, justamente por consistir numa rede aberta, prescinde, normalmente, da necessidade de um contato anterior ou de uma maior negociação prévia, bem como dispensa a estabilidade das relações entre os contratantes, facilitando, ao contrário do EDI, a celebração de negócios ocasionais e a curto prazo.

Não é por outra razão que o *e-commerce* foi modelo de mercado que cresceu vertiginosamente na última década, assumindo protagonismo da relações econômicas de milhões de consumidores. No Brasil, principalmente, a receita movimentada pelo varejo eletrônico, somente no ano de 2019, extrapolou a quantia de cinquenta bilhões de reais. Até 2022, a receita acumulada dos últimos três anos alcançou exorbitantes quatrocentos e cinquenta bilhões⁷³.

Há vinte anos, Lawand já apontava dois motivos para o crescimento vertiginoso desse mercado, quais sejam (i) a ampliação de acesso à internet a nível comercial para grande parcela da população mundial; e (ii) a própria expansão do uso dos computadores⁷⁴. Aliás, esse último ganha robustez pela exponencial velocidade com que se diversificam as tecnologias, possibilitando o acesso digital à palma da mão, com os *smartphones*.

Importante discriminar que, com comércio eletrônico, quer-se dizer aquele celebrado na *Internet*, através da troca eletrônica de dados e informações⁷⁵. Apesar de alguns autores

⁷¹ LAWAND, Jorge José. **Teoria geral dos contratos eletrônicos**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, p. 101; MARTINS, Guilherme Magalhães. **Contratos eletrônicos de consumo**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 30; SANTOS, Manoel. J. Pereira dos. **Aspectos legais do comércio eletrônico: contratos de adesão**. In: Revista de Direito do Consumidor, vol. 36/2000, out-dez 2000, pp. 105-129, out-dez 2000, pp. 105-129. Disponível em Revista dos Tribunais Online: <<https://www.revistadotribunais.com.br>>, acesso em 23.05.2023, p. 2

⁷² MARTINS, Guilherme Magalhães. **Contratos eletrônicos de consumo**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 30

⁷³ Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/noticia/2023/05/11/com-pandemia-comercio-eletronico-cresce-e-movimenta-r-450-bilhoes-em-tres-anos-no-pais.ghtml>> , acesso em 31.05.2023

⁷⁴ LAWAND, Jorge José. **Teoria geral dos contratos eletrônicos**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, p. 30

⁷⁵ MODENESI, Pedro. *Contratos eletrônicos de consumo: aspectos doutrinário, legislativo e jurisprudencial*. In: MARTINS, Guilherme Magalhães; LONGHI, João Victor Rozatti (Co-ords.). **Direito digital: direito privado e Internet**. 4. ed. Indaiatuba: Foco, 2021, p. 563; LAWAND, Jorge José. **Teoria geral dos contratos eletrônicos**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, pp. 7; 29; 34; NEVES, Thiago Ferreira Cardoso. *Contratos eletrônicos*. In: SOUZA, Sylvio Capanema de.; WENER, J. G. Vasi; NEVES, Thiago F. Cardoso. **Direito do Consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 462; SANTOS, Manoel. J. Pereira dos. **Aspectos legais do comércio eletrônico: contratos de adesão**. In: Revista de Direito do Consumidor, vol. 36/2000, out-dez 2000, pp. 105-129, out-dez 2000, pp. 105-129. Disponível em Revista dos Tribunais Online: <<https://www.revistadotribunais.com.br>> ,

esclarecerem que o comércio eletrônico existia antes mesmo da *Internet*, vez que o adjetivo pode designar qualquer outro meio eletrônico⁷⁶ – o que inclui contratos por meio de *fax*, controles remotos, televendas, *CD-ROMs*, por exemplo –, a finesse novamente não se mostra relevante e, aqui, atém-se à relação do comércio eletrônico com a *Internet*, desconsiderando as vagarosas tecnologias pretéritas.

Pelas palavras de Fabio Ulhoa Coelho:

comércio eletrônico é a venda de produtos ou prestação de serviços, realizadas em estabelecimento virtual. Por exemplo, a aplicação financeira feita através de *homebanking*, a compra do supermercado realizada no site da rede, a de flores no da floricultura etc⁷⁷

O comércio eletrônico pode ser dividido em três com relação aos seus personagens. Em primeiro lugar, há o *business-to-business*, ou *B2B*, que se define como as operações comerciais eletrônicas entre fornecedores. Por outro lado, há o *business-to-consumer*, ou *B2C*, que pode ser descrito como o varejo eletrônico. Essa é a forma mais corriqueira de comércio eletrônico e aquela presente na realidade de grande parcela da população mundial. Por fim, há o *consumer-to-consumer*, ou o *C2C*, parte do mercado que centraliza as trocas comerciais realizadas entre duas partes privadas, sem caráter consumerista, mas sim de natureza civil⁷⁸.

Nas palavras de Thiago Ferreira Cardoso Neves:

Não obstante poder ser celebrada entre quaisquer pessoas, as relações comerciais eletrônicas têm se destacado naquelas entre um fornecedor e um consumidor, mais

acesso em 23.05.2023, p. 4; PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito digital**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, pp. 116-117

⁷⁶ PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito digital**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, pp. 116-117; NEVES, Thiago Ferreira Cardoso. Contratos eletrônicos. In: SOUZA, Sylvio Capanema de.; WENER, J. G. Vasi; NEVES, Thiago F. Cardoso. **Direito do Consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 462; MODENESI, Pedro. *Contratos eletrônicos de consumo: aspectos doutrinário, legislativo e jurisprudencial*. In: MARTINS, Guilherme Magalhães; LONGHI, João Victor Rozatti (Co-ords.). **Direito digital: direito privado e Internet**. 4. ed. Indaiatuba: Foco, 2021, pp. 563-564; PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito digital**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, pp. 116-117

⁷⁷ COELHO, Fábio Ulhoa. **A Internet e o comércio eletrônico**. Tribuna do Direito. Setembro de 1999, p. 8; *apud* LAWAND, Jorge José. **Teoria geral dos contratos eletrônicos**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, p. 32

⁷⁸ SCHREIBER, Anderson. Contratos eletrônicos e consumo. **Revista Brasileira de Direito Civil**, [S. l.], v. 1, n. 01, 2017, p. 89; BARROS, João Pedro Leite. *Os Contratos de Consumo Celebrados pela Internet. Um Estudo de Direito Comparado Luso-Brasileiro*. In: ATAÍDE, Rui Paulo C. de M.; BARATA, Carlos Lacerda (coords). **Estudos de direito do consumo**. vol. v. Lisboa: AAFDL, 201, p. 502; PERRONI, Otávio Augusto Buzar. **O contrato eletrônico no Código Civil Brasileiro**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2007, p. 67

precisamente a compra e venda de produtos ou da prestação de serviços, no âmbito de um estabelecimento empresarial virtual dentro do ambiente da internet.^{79_80}

Nessa seara, o presente estudo se localiza no campo do *B2C*.

Diante dessa nova forma de se relacionar e intercambiar bens, esse novo mercado atraiu a atenção de diversos civilistas para um ponto em específico: os contratos eletrônicos. É por meio desses instrumentos que o comércio eletrônico se propaga e se desenvolve.

II.2 CONTRATOS ELETRÔNICOS

Entendido o comércio eletrônico, a definição de contratos eletrônicos lhe é correlata e segue o mesmo raciocínio lógico. Assim, os contratos eletrônicos são negócios jurídicos bilaterais celebrados na *Internet*, ou em outro meio eletrônico-virtual, em que não há presença física das partes – simultaneamente, no mesmo espaço – na hora da celebração⁸¹. Nas palavras de Marcilio José da Cunha Neto:

Temos então que os Contratos Virtuais são uma espécie de negócio jurídico, de natureza bilateral ou plurilateral, dependente, para sua formação, do encontro de vontade das partes, criando vínculos obrigacionais que valerão de lei entre as partes, realizado no ambiente virtual da “*Internet*” ou em outro meio eletrônico capaz de criar uma realidade virtual.⁸²

Quanto à terminologia, esclarece-se que o presente estudo adota a nomenclatura de contratos eletrônicos ao que a doutrina também se refere como contratos virtuais, cibernéticos,

⁷⁹ SCHREIBER, Anderson. Contratos eletrônicos e consumo. *Revista Brasileira de Direito Civil*, [S. l.], v. 1, n. 01, 2017, p. 91; NEVES, Thiago Ferreira Cardoso. Contratos eletrônicos. In: SOUZA, Sylvio Capanema de.; WENER, J. G. Vasi; NEVES, Thiago F. Cardoso. **Direito do Consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p.462

⁸⁰ Em igual sentido, Regis Magalhães Soares de Queiroz apontava anos antes: “*divide-se em três grandes categorias: o fornecimento de produtos ou a prestação de serviços na própria Internet, como por exemplo, os serviços de notícias, de corretagem, de venda de programas etc; o fornecimento de produtos ou serviços a serem entregues ou prestados fora da Rede e, por fim, as transferências de valores*”. In: QUEIROZ, Regis Magalhães Soares de. Assinatura digital e o tabelião virtual, p. 374. In: LUCCA, Newton de; SIMAO FILHO, Adalberto (coords.). *Direito e Internet - aspectos jurídicos relevantes*. 1ª ed., São Paulo-Bauru: Edipro, 2000, p. 371-418; *apud* LAWAND, Jorge José. **Teoria geral dos contratos eletrônicos**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, p. 30

⁸¹ BARROS, João Pedro Leite. *Os Contratos de Consumo Celebrados pela Internet. Um Estudo de Direito Comparado Luso-Brasileiro*. In: ATAÍDE, Rui Paulo C. de M.; BARATA, Carlos Lacerda (coords). **Estudos de direito do consumo**. vol. v. Lisboa: AAFDL, 2017, p. 502; SANTOS, Manoel. J. Pereira dos. **Aspectos legais do comércio eletrônico: contratos de adesão**. In: *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 36/2000, out-dez 2000, pp. 105-129, out-dez 2000, pp. 105-129. Disponível em *Revista dos Tribunais Online*: <<https://www.revistadostribunais.com.br>>, acesso em 23.05.2023, p. 3

⁸² NETO, Marcilio José da Cunha. **Manual de Informática**. Rio de Janeiro: Destaque, 2002, p. 195

informáticos, telemáticos, *on-line*, contratos por meio da *Internet*, *e-contracts*, contratos da Rede, entre outros, termos esses ora empregados como sinônimos⁸³, ora individualizados⁸⁴.

Dado ao ineditismo desse novo instrumento contratual, quando se engatinhava o comércio eletrônico, muito se indagou se estaria sendo criada nova categoria jurídica, para qual seria necessária nova legislação ou se até mesmo estaria completamente desfigurado o contrato como se conhecia⁸⁵. Afinal, toda revolução tecnológica incide sobre o direito e provoca dúvidas. Não foi diferente em outro tempo, como analisa Fábio Ulhoa Coelho:

(...) estamos tão acostumados com o uso do papel para suportar informações que não ficamos seguros diante do novo suporte. O Código de Hamurabi foi escrito numa pedra e talvez seus contemporâneos desconfiassem da perenidade das regras, se lhes fossem apresentadas escritas num papiro⁸⁶

Inobstante as inquietações dos juristas, a natureza jurídica dos contratos eletrônicos não é controversa. Pelo contrário, está bem estabelecido que os contratos eletrônicos preservam sua

⁸³ PERRONI, Otávio Augusto Buzar. **O contrato eletrônico no Código Civil Brasileiro**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2007, LAWAND, Jorge José. **Teoria geral dos contratos eletrônicos**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, p. 34; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. *Contratos de adesão eletrônicos (shrink-wrap e click-wrap) e os termos de condições de uso (browse-wrap)*. In: LIMA, Cíntia Rosa Pereira de.; NUNES, Lydía Neves Bastos Telles (coord.). **Estudos avançados de direito digital**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 107

⁸⁴ LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. **Validade e obrigatoriedade dos contratos de adesão eletrônicos (shrink-wrap e click-wrap) e dos termos e condições de uso (browse-wrap): um estudo comparado entre Brasil e Canadá**. 2009. Tese (Doutorado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. doi:10.11606/T.2.2009.tde-03062011-090910. Acesso em: 2023-05-23, pp. 445-454

⁸⁵ Anderson Schreiber descreve a preocupação de alguns juristas quanto à novidade dos contratos eletrônicos: “*Nos manuais de direito civil e empresarial publicados no Brasil nos últimos anos, tornou-se comum encontrar referências aos “contratos eletrônicos”, como um “novo” gênero de contratos que se afastaria das regras do direito contratual pátrio, constituindo uma espécie de setor de exceção ou de capítulo à parte dentro do direito privado, a exigir uma legislação própria*” In: SCHREIBER, Anderson. **Contratos eletrônicos e consumo**. **Revista Brasileira de Direito Civil**, [S. l.], v. 1, n. 01, 2017, p. 90. Já Pinheiro relata: “*Há ainda doutrinadores contemporâneos que defendem inclusive que já vivemos a “morte” dos contratos como os conhecemos, a exemplo da obra clássica de Grant Gilmore*” In: PINHEIRO, Patrícia Peck. **Contratos digitais ou eletrônicos: apenas um meio ou uma nova modalidade contratual?** In: *Revista dos Tribunais*, vol. 966/2016, abr. 2016, p. 21 – 40. Disponível em *Revista dos Tribunais Online*: < <https://www.revistadostribunais.com.br> >, acesso em 23.05.2023, p. 2

⁸⁶ COELHO, Fábio Ulhoa. **Contratos eletrônicos: conceito e prova**. *Tribuna do direito*, São Paulo, 2000, p. 8; *apud* LAWAND, Jorge José. **Teoria geral dos contratos eletrônicos**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, p. 21

natureza figura contratual, modificando apenas a forma pela qual a avença é celebrada⁸⁷⁻⁸⁸.
Como explica Lawand:

É importante ressaltar que a natureza jurídica dos contratos não sofre alterações profundas quanto a sua estrutura, pois apenas alguns elementos como a oferta, aceitação, prova, lugar da celebração sofrerão influências do meio informático.⁸⁹

Como foi facultado pelo legislador – senão, elevado a título axiológico – vigora no ordenamento jurídico o princípio da liberdade contratual, como estabelece o artigo 421, *caput*, do CC: “A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato”.

De igual maneira, reconhecendo a pluralidade imaginativa que é intrínseca ao instrumento da autonomia privada, o legislador estipulou a possibilidade de estabelecer contratos atípicos, isto é, é possível contratar para além do que previsto em 2002. O permissivo encontra guarida no artigo 425 do CC, que determina: “É lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código”. Esses dispositivos oferecem maior flexibilidade e perenidade à lei civil, que não precisa se reinventar no seu texto a cada inovação tecnológica bate à porta⁹⁰.

Ainda que a legislação vigente não bastasse – que se contesta, desde já e será melhor abordado adiante [*infra III*], o Direito não está desprovido de soluções; há mecanismos já existentes que são capazes de nortear a compreensão de um novo instituto ou conceito jurídico. Como explica Miriam Junqueira especificamente sobre os contratos eletrônicos:

O tema é novo e vasto, e em sua maioria ainda não foi objeto de regulamentação. Aplica-se a legislação existente de modo sistemático, com apoio dos Princípios Gerais

⁸⁷ Nessa seara, Anderson Schreiber destrincha a opinião de Carlos Gustavo Vianna Direito e Erica Aoki: “É a posição de Carlos Gustavo Vianna Direito, para quem “muitas vezes o contrato que está sendo feito por intermédio de uma nova forma de comunicação não traz nenhuma novidade, sendo, pois, um contrato já regulado. A verdadeira questão dos contratos eletrônicos será a forma de prova destes perante o Poder Judiciário.” (Do Contrato – Teoria Geral, Rio de Janeiro: Renovar, 2007, pp. 119-120). Ver, em sentido semelhante, Erica Aoki, para quem “contrato cibernético nada mais é do que aquele contrato firmado no espaço cibernético, e não difere de qualquer outro contrato. Ele apenas é firmado em um meio que não foi previsto quando a legislação contratual tradicional se desenvolveu.” (Comércio Eletrônico – Modalidades Contratuais, Anais do 10º Seminário Internacional de Direito de Informática e Telecomunicações, Associação Brasileira de Direito de Informática e Telecomunicações, 1996, p. 4).” In: SCHREIBER, Anderson. Contratos eletrônicos e consumo. **Revista Brasileira de Direito Civil**, [S. l.], v. 1, n. 01, 2017, p. 91

⁸⁸ LAWAND, Jorge José. **Teoria geral dos contratos eletrônicos**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, pp. 88; 95; SCHREIBER, Anderson. Contratos eletrônicos e consumo. **Revista Brasileira de Direito Civil**, [S. l.], v. 1, n. 01, 2017, p. 91

⁸⁹ LAWAND, Jorge José. **Teoria geral dos contratos eletrônicos**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, p. 88

⁹⁰ LAWAND, Jorge José. **Teoria geral dos contratos eletrônicos**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, p. 18; PERRONI, Otávio Augusto Buzar. **O contrato eletrônico no Código Civil Brasileiro**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2007, p. 71; PINHEIRO, Patrícia Peck. **Contratos digitais ou eletrônicos: apenas um meio ou uma nova modalidade contratual?** In: Revista dos Tribunais, vol. 966/2016, abr. 2016, p. 21 – 40. Disponível em Revista dos Tribunais Online: < <https://www.revistadostribunais.com.br> >, acesso em 23.05.2023, pp. 4-6

do Direito e da Equidade, da Doutrina, da Jurisprudência, interna e externa. Em suma, o Direito cria sua própria “rede” para a solução dos conflitos de interesse.⁹¹

Diante disso, é bem verdade que os princípios contratuais consagrados também se aplicam aos contratos eletrônicos⁹². Nesse particular, a cautela redobra para aferir a sua correta observância⁹³. Nas palavras de Silvio Venosa:

Por aí vemos como estão distantes os princípios clássicos de direito contratual. No entanto, tal não afasta os princípios fundamentais até aqui estudados. A automatização do contrato não inibe nem dilui os princípios de boa-fé, relatividade das convenções e obrigatoriedade e intangibilidade das cláusulas. As regras de investigação interpretativa é que devem ser diversas. O elemento objetivo do contrato, em se tratando de contratos de massa, ganha proeminência sobre o elemento subjetivo. O exame do contrato, nessa hipótese, aproxima-se do inconsciente coletivo. Parece correto dizer que nesses contratos existe uma abstração das atitudes psíquicas de seus autores⁹⁴

Avançando em um campo de nuances relevantes, Sheila Leal elenca três tipos de contratos eletrônicos quanto ao meio de informatização que estão inseridos. Para a autora, há os contratos intersistêmicos, aqueles celebrados em rede computadorizada fechada como o *EDI*. Há, ainda, os contratos interpessoais, aqueles que se valem do ambiente virtual como instrumento para a celebração contratual, como se dá troca de mensagens por *chats* ou *e-mails*. Por fim, há os contratos interativos, aqueles mais modernos celebrados por internautas durante sua navegação online⁹⁵. Aqui, cumpre esclarecer que alguns autores incluem as contratações

⁹¹ JUNQUEIRA, Miriam. **Contratos eletrônicos**. Rio de Janeiro: Mauad, 1997. 132, p. 12

⁹² LAWAND, Jorge José. **Teoria geral dos contratos eletrônicos**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, pp. 57-61; PINHEIRO, Patrícia Peck. **Contratos digitais ou eletrônicos: apenas um meio ou uma nova modalidade contratual?** In: Revista dos Tribunais, vol. 966/2016, abr. 2016, p. 21 – 40. Disponível em Revista dos Tribunais Online: < <https://www.revistadotribunais.com.br> >, acesso em 23.05.2023, p. 5

⁹³ SCHREIBER, Anderson. Contratos eletrônicos e consumo. **Revista Brasileira de Direito Civil, [S. l.]**, v. 1, n. 01, 2017, p. 90; MODENESI, Pedro. *Contratos eletrônicos de consumo: aspectos doutrinário, legislativo e jurisprudencial*. In: MARTINS, Guilherme Magalhães; LONGHI, João Victor Rozatti (Co-ords.). **Direito digital: direito privado e Internet**. 4. ed. Indaiatuba: Foco, 2021, p. 582

⁹⁴ VENOSA, Silvio de Salvo Venosa. *Direito Civil: Contratos em espécie e responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2001, vol. 3, pp. 341-342, *apud* LAWAND, Jorge José. **Teoria geral dos contratos eletrônicos**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, p. 40

⁹⁵ LEAL Sheila do Rocio Cercal Santos. *Contratos eletrônicos: validade jurídica via internet*. São Paulo: Atlas, 2009, pp. 82 e ss; *apud* NEVES, p. 473. Teoria também abordada em BARROS, João Pedro Leite. *Os Contratos de Consumo Celebrados pela Internet. Um Estudo de Direito Comparado Luso-Brasileiro*. In: ATAÍDE, Rui Paulo C. de M.; BARATA, Carlos Lacerda (coords). **Estudos de direito do consumo**. vol. v. Lisboa: AAFDL, 2017, p. 503; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. **Validade e obrigatoriedade dos contratos de adesão eletrônicos (shrink-wrap e click-wrap) e dos termos e condições de uso (browse-wrap): um estudo comparado entre Brasil e Canadá**. 2009. Tese (Doutorado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. doi:10.11606/T.2.2009.tde-03062011-090910. Acesso em: 2023-05-23, p. 444; SANTOS, Manoel. J. Pereira dos. **Aspectos legais do comércio eletrônico: contratos de adesão**. In: Revista de Direito do Consumidor, vol. 36/2000, out-dez 2000, pp. 105-129, out-dez 2000, pp. 105-129. Disponível em Revista dos Tribunais Online: <<https://www.revistadotribunais.com.br>>, acesso em 23.05.2023, pp. 5-6; BARROS, João Pedro Leite. *Os Contratos de Consumo Celebrados pela Internet. Um Estudo de Direito Comparado Luso-Brasileiro*. In: ATAÍDE, Rui Paulo C. de M.; BARATA, Carlos Lacerda (coords). **Estudos de direito do consumo**. vol. v. Lisboa: AAFDL, 2017, p. 503; e NEVES, Thiago Ferreira Cardoso. *Contratos eletrônicos*. In: SOUZA, Sylvio

realizadas por plataformas como *WhatsApp* e *Facebook* sob a modalidade interativa e não interpessoal⁹⁶. No entanto, o presente trabalho se afilia à tese proposta por Sheila Leal e que entende que esses canais são apenas uma plataforma para uma relação simultânea e interpessoal, não interativa.

Em classificação semelhante, mas que a ela não se confunde, Perroni toma emprestado do autor italiano Francesco Parisi as quatro fases do uso específico do computador para celebrar contratos. Na primeira, a máquina assume função meramente informativa, restringindo-se a ser um banco de dados indireto à disposição do contratante. Na segunda, o computador assume papel de instrumento de comunicação de uma vontade aperfeiçoada, cenário esse que se assemelha aos contratos interpessoais apontados por Sheila Leal. Já na terceira, o computador efetivamente tem papel no processo de formação da vontade, que vem tomando força com a automatização algorítmica das empresas. Por fim, o computador assume posição de “lugar de encontro” entre as vontades, cenário esse em que se concentram as *homepages* de empresas que colocam seus produtos ao mercado eletrônico⁹⁷.

Ainda no campo classificatório, há os contratos eletrônicos que são celebrados dentro do *e-commerce* direto ou indireto. Sua classificação se alicerça no objeto contratado. Se o bem é corpóreo ou tangível, tem-se que o comércio eletrônico é indireto. É o caso da compra e venda de produtos por lojas de varejo *on-line* como Amazon, Magalu, Submarino, Americanas entre outras, em que há uma etapa que efetiva distribuição dos bens ao domínio físico do comprador. Por outro lado, se o produto comercializado é incorpóreo e intangível, não podendo ser perceptível fisicamente, tem-se que o comércio eletrônico é direto. É o caso da compra de *e-books*, *softwares* e do aluguel de filmes online, em que a transação é automática⁹⁸.

É certo que o objeto do contrato eletrônico continua devendo ser lícito, possível, determinado ou determinável, conforme artigo 104, II, CC. Aliás, todos os pressupostos de existência e requisitos de validade devem ser devidamente observados no contrato eletrônico.

Capanema de.; WENER, J. G. Vasi; NEVES, Thiago F. Cardoso. **Direito do Consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 473.

⁹⁶ NEVES, Thiago Ferreira Cardoso. Contratos eletrônicos. In: SOUZA, Sylvio Capanema de.; WENER, J. G. Vasi; NEVES, Thiago F. Cardoso. **Direito do Consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 476

⁹⁷ PERRONI, Otávio Augusto Buzar. **O contrato eletrônico no Código Civil Brasileiro**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2007, pp. 62-64

⁹⁸ LAWAND, Jorge José. **Teoria geral dos contratos eletrônicos**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, pp. 111-113; BARROS, João Pedro Leite. *Os Contratos de Consumo Celebrados pela Internet. Um Estudo de Direito Comparado Luso-Brasileiro*. In: ATAÍDE, Rui Paulo C. de M.; BARATA, Carlos Lacerda (coords). **Estudos de direito do consumo**. vol. v. Lisboa: AAFDL, 2017, p. 501.

Essa regra geral se aplica a todos os contratos, incluindo contratos atípicos, como são muitos contratos eletrônicos. Nas palavras de Lawand:

Todos os requisitos previstos no Código Civil devem ser respeitados, mantendo-se o elemento nuclear, qual seja, o consenso entre as partes, ou melhor, a relação jurídica contratual fundada na manifestação de vontade. No mais existirá apenas um veículo diferente, através do qual se tornará perfectível o vínculo jurídico.⁹⁹

Outro ponto de análise dos contratos eletrônicos são as características peculiares que esbanjam em comparação a outros contratos. Nesse particular, algumas delas se confundem com características da própria *Internet* e aportam nelas sua relevância jurídica. Conforme ditado pela obra de John Dickie, a *Internet* desafia as fronteiras geográficas, é efêmera e amplamente extensa. Em minúcias, a *Internet* proporciona um meio integrado internacional, volátil e transitório pela alta capacidade de criar e extinguir acessos e alcança milhões de pessoas¹⁰⁰. É o que o autor chama de *borderless* e *transcience*.

Por esse traço distintivo, os contratos lá celebrados desafiam alguns aspectos consolidados da teoria geral dos contratos. Com base nessas peculiaridades, Anderson Schreiber provocou perguntas acerca dos elementos dos contratos eletrônicos, dentre elas: quem contrata, onde contrata e quando contrata¹⁰¹.

Nesse particular, da tese proposta pelo autor, cumpre extrair algumas noções:

A uma, os fornecedores do varejo eletrônico podem ser de difícil identificação, dado o uso de nomes fantasia e a internacionalidade dos provedores, o que provoca normas reguladoras da identificação de homepages no mercado consumerista¹⁰².

A duas, pela característica *borderless* da *Internet*, há uma miríade de possibilidades para compras internacionais, o que atrai a aplicação do direito internacional privado e dos mecanismos de resolução de conflito de normas. Esse aspecto faz por criar nova ficção jurídica:

⁹⁹ LAWAND, Jorge José. **Teoria geral dos contratos eletrônicos**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, p. 87

¹⁰⁰ DICKIE, John. Producers and consumers in EU e-commerce law. Portland: Hart Publishing, 2005, p. 7; *apud* MODENESI, Pedro. *Contratos eletrônicos de consumo: aspectos doutrinário, legislativo e jurisprudencial*. In: MARTINS, Guilherme Magalhães; LONGHI, João Victor Rozatti (Co-ords.). **Direito digital: direito privado e Internet**. 4ª. ed. Indaiatuba: Foco, 2021, pp. 562-563

¹⁰¹ SCHREIBER, Anderson. Contratos eletrônicos e consumo. **Revista Brasileira de Direito Civil**, [S. l.], v. 1, n. 01, 2017.

¹⁰² SCHREIBER, Anderson. Contratos eletrônicos e consumo. **Revista Brasileira de Direito Civil**, [S. l.], v. 1, n. 01, 2017, pp. 92-93

o lugar da contratação eletrônica é uma abstração, fixada artificialmente para trazer praticidade à matéria¹⁰³.

A três, quando se contrata¹⁰⁴. É aqui que cabe entender como se dá a manifestação de vontade nos contratos eletrônicos. Esse tópico será abordado em maior profundidade adiante [*infra III*], mas, por ora, cumpre destacar a classificação da oferta e do aceite dos contratos eletrônicos à luz da teoria geral contratualista.

Sob essa perspectiva, Lawand elenca duas características dos contratos eletrônicos: (1) que as partes não estejam juntas fisicamente; (2) que a transação seja simultânea ou não. A depender da simultaneidade da transação, o autor determina que as regras da oferta e do aceite se darão conforme a relação contratual entre presentes ou ausentes¹⁰⁵.

Nos contratos interpessoais e realizados em tempo real, por meio de *chats* ao vivo, por exemplo, assemelha-se a relação de presentes, pois, mesmo que os contratantes não estejam fisicamente no mesmo espaço, a celebração se dá como se fosse aperfeiçoada por uma ligação telefônica. É o que preconiza o artigo 428, I do Código Civil:

Art. 428, I, CC. Deixa de ser obrigatória a proposta:

I - se, feita sem prazo a pessoa presente, não foi imediatamente aceita. Considera-se também presente a pessoa que contrata por telefone ou por meio de comunicação semelhante;

Cumpre lembrar que dentro dos contratos interpessoais está a contratação por *e-mail*, método não simultâneo de comunicação. Dessa forma, a contratação via *e-mail* se excetua do regramento da contratação entre presentes e a ele se aplica a modalidade entre ausentes¹⁰⁶. Como explica Caio Mário¹⁰⁷:

O Código estende o mesmo tratamento jurídico para proposta efetivadas por meio de comunicação semelhante ao telefônico. Aqui, o legislador está certamente se referindo, v.g., à comunicação por via da Internet, quando ambos os usuários estão

¹⁰³ SCHREIBER, Anderson. Contratos eletrônicos e consumo. **Revista Brasileira de Direito Civil**, [S. l.], v. 1, n. 01, 2017, pp. 93-94

¹⁰⁴ SCHREIBER, Anderson. Contratos eletrônicos e consumo. **Revista Brasileira de Direito Civil**, [S. l.], v. 1, n. 01, 2017, p. 98

¹⁰⁵ A tese é também abordada por BARROS, João Pedro Leite. *Os Contratos de Consumo Celebrados pela Internet. Um Estudo de Direito Comparado Luso-Brasileiro*. In: ATAÍDE, Rui Paulo C. de M.; BARATA, Carlos Lacerda (coords). **Estudos de direito do consumo**. vol. v. Lisboa: AAFDL, 2017, p. 505; e NEVES, Thiago Ferreira Cardoso. Contratos eletrônicos. In: SOUZA, Sylvio Capanema de.; WENER, J. G. Vasi; NEVES, Thiago F. Cardoso. **Direito do Consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 2018, pp. 474-478

¹⁰⁶ NEVES, Thiago Ferreira Cardoso. Contratos eletrônicos. In: SOUZA, Sylvio Capanema de.; WENER, J. G. Vasi; NEVES, Thiago F. Cardoso. **Direito do Consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 2018, pp. 475-476

¹⁰⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil. Contratos**. vol. 3. 24ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 39

em contacto simultâneo. Nessa hipótese, a proposta formulada por um deles deve ser imediatamente aceita, sob pena de deixar de ser obrigatória, diferentemente do que ocorre com a proposta via e-mail, na qual ambos os usuários da rede não estão ao mesmo tempo conectados.

Por outro lado, nos contratos interativos, os mais comuns e que estão ao alcance do consumidor internauta – não por acaso objeto do estudo –, o diploma legal a reger a manifestação de vontade é aquele disposto no artigo 434 do CC, entre ausentes, como se vê pelo diploma legal:

Art. 434, CC. Os contratos entre ausentes tornam-se perfeitos desde que a aceitação é expedida, exceto:
 I - no caso do artigo antecedente;
 II - se o proponente se houver comprometido a esperar resposta;
 III - se ela não chegar no prazo convencionado.

Nas exceções deste dispositivo, aplica-se a teoria da recepção, que preconiza que a oferta é aceita no momento em que o proponente recebe a aceitação do oblato¹⁰⁸.

Essa teoria aplicada à luz da contratação eletrônica pode ser sintetizada na proposta do Enunciado nº 173, aprovado pela III Jornada de Direito Civil, segundo o qual: “[a] formação dos contratos realizados entre pessoas ausentes, por meio eletrônico, completa-se com a recepção da aceitação pelo proponente”.

Essa noção é relevante, visto que nas contratações interativas podem acontecer erros de conexão, evitando que o clique de aceite do consumidor chegue aos servidores eletrônicos do fornecedor. Nessa situação, por força da teoria da recepção, o contrato não se perfectibiliza¹⁰⁹.

Em síntese da propositura de Lawand:

Neste diapasão, o critério a ser adotado, quanto à natureza jurídica dos contratos eletrônicos, e no sentido de que se duas pessoas distintas que mantêm comunicação por telefone, emitem declarações instantâneas, devendo considerarmos que há um vínculo entre presentes. Mas, se essas pessoas estão situadas em países diversos, aplicam-se as regras do direito internacional privado, o que implica considerar a existência de um vínculo jurídico entre ausentes. Adequando-se estes critérios para a contratação eletrônica, observa-se que quando há um diálogo interativo que importa atos instantâneos, a celebração é considerada entre presentes. Com efeito, exemplificando com uma hipótese onde a proposta é feita entre presentes, na Internet, podemos citar o caso dos chats (que são salas de bate-papo virtuais em que se trocam

¹⁰⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil. Contratos**. vol. 3. 24ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 43

¹⁰⁹ Nas palavras de Lawand: “Logo, deverá existir a certeza de que a mensagem enviada pelo oblato foi recebida pelo ofertante, e vice-versa, não importando somente a manifestação de concordância do aceitante. E, isto somente ocorrerá a partir do instante em que for constatada a entrada da informação, contendo a intenção de contratar, no computador da parte interessada.” In: LAWAND, Jorge José. **Teoria geral dos contratos eletrônicos**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, p. 136

informações em tempo real), ou quanto ao uso de uma webcam (câmera virtual em que se mantém, igualmente em tempo real, contato auditivo e visual)¹¹⁰

Como demonstrado, há diferentes formas de celebrar um contrato eletrônico. Nessa seara, cumpre adentrar o objeto da pesquisa: os contratos eletrônicos consumeristas de adesão.

II.3 CONTRATOS ELETRÔNICOS CONSUMERISTAS DE ADESÃO

Entendidos os contratos eletrônicos como nova forma contratual, cumpre adentrar o objeto de estudo: os contratos eletrônicos consumeristas de adesão. Esses contratos são frutos da massificação do comércio eletrônico e dessa nova forma de padronização contratual: são os chamados *many-to-many*¹¹¹.

Nessa seara, dentre os três tipos de contratação eletrônica apontada por Sheila Leal [*supra* II.2], tem-se que o objeto de estudo se localiza na modalidade dos contratos interativos, aqueles celebrados quando o internauta, ao navegar pela *Web*, decide contratar pelo meio eletrônico, por meio da interface com uma *homepage*. Os contratos interativos florescem no mercado *B2C*, sendo principalmente vistos na figura de contratos eletrônicos consumeristas de adesão. Como ressalta Rebouças¹¹²:

Tal como nas demais formas de declaração de vontade, no caso da contratação interativa, normalmente, estaremos frente a uma contratação por adesão, de forma que há um intercâmbio uma interatividade entre os interesses envolvidos, há uma conjugação de fatores de interesses econômicos que resultam na justa expectativa criada entre os polos da relação contratual, os quais devem ser considerados e validados para a confirmação da vontade de contratar.

Isso porque, apesar de nem todo contrato interativo ser celebrado no contexto consumerista, a standardização das cláusulas contratuais o aproxima da figura do contrato de adesão¹¹³. Ainda que o contratante possa escolher determinados aspectos do produto ou serviço contratado, há uma oferta pública com condições pré-definidas que deverão ser avaliadas pelo consumidor e não podem ser negociadas. Nas palavras de Rebouças, mais uma vez:

¹¹⁰ LAWAND, Jorge José. **Teoria geral dos contratos eletrônicos**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, pp. 91-92

¹¹¹ LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. *Contratos de adesão eletrônicos (shrink-wrap e click-wrap) e os termos de condições de uso (browse-wrap)*. In: LIMA, Cíntia Rosa Pereira de.; NUNES, Lydia Neves Bastos Telles (coord.). **Estudos avançados de direito digital**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 107

¹¹² REBOUÇAS, Rodrigo Fernandes. **Contratos eletrônicos: formação e validade - aplicações práticas**. 2ª ed. São Paulo: Almedina, 2018, p. 126

¹¹³ LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. **Validade e obrigatoriedade dos contratos de adesão eletrônicos (shrink-wrap e click-wrap) e dos termos e condições de uso (browse-wrap): um estudo comparado entre Brasil e Canadá**. 2009. Tese (Doutorado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. doi:10.11606/T.2.2009.tde-03062011-090910. Acesso em: 2023-05-23, p. 627

A contratação interativa ocorre por exemplo quando um consumidor acessa uma loja virtual (site ou aplicativo de comércio eletrônico) para a aquisição de determinado bem móvel, v.g. um móvel para decorar a sua residência ou, ainda, serviços e/ou assinaturas de serviços ou bens. Ao consumidor é facultado escolher pela marca, modelo, cor, dimensão, design, preços e formas de pagamento. Uma vez feita a opção do produto ou do serviço, preço, forma de pagamento, condições e prazo de entrega, o consumidor simplesmente adere às condições de contratação pré-definidas com uma confirmação do pedido, usualmente por um “clique no mouse” do consumidor. (...) Pelas suas características, independente de se tratarem de uma relação empresarial, civil ou de consumo, podemos considerar que as contratações interativas partem de uma oferta pública, da qual o interlocutor irá aderir (contrato por adesão) às condições pré-estabelecidas, podendo apenas optar por contratar ou não.¹¹⁴

Já nas palavras de Anderson Schreiber, em igual sentido¹¹⁵:

Por essas e outras razões, a jurisprudência brasileira tem caminhado no sentido de afirmar que o Código de Defesa do Consumidor se aplica às relações de consumo estabelecidas entre fornecedores eletrônicos estrangeiros e o consumidor brasileiro. Diferentes fundamentos têm sido utilizados para tanto. Invoca-se, de modo geral, a imperatividade do respeito às normas de ordem pública, ao lado de argumentos ligados à transnacionalidade das marcas comerciais em uma economia globalizada ou a uma importação algo abrangente da teoria do stream of commerce, segundo a qual quem direciona seu comércio aos consumidores de certos países assume o ônus de ter sua atividade disciplinada pelas respectivas leis nacionais

Um comum exemplo de contrato eletrônico consumerista de adesão pode ser visualizado nas páginas das grandes empresas de telefonia do País. Se o internauta desejar contratar um plano de banda larga, basta acessar a *homepage* do fornecedor, e a oferta, com preços estipulados e demais pormenores contratuais já estarão definidos à espera de um clique do consumidor.

E não precisa se navegar tão distante para encontrar outros exemplos: a Internet está rodeada de anúncios que levam ao varejo eletrônico, por meio do qual é possível comprar um bem em poucos minutos. É o caso das conhecidas lojas virtuais como *Amazon*, *Magalu*, *Americanas* e afins.

Assim, apesar de inovadores, os contratos eletrônicos de adesão não precisam de regulação legislativa inédita, sendo perfeitamente cabível – conclusão essa que não é motivo de grande controvérsia entre os autores – a eles a Teoria Geral dos Contratos do Código Civil¹¹⁶.

¹¹⁴ REBOUÇAS, Rodrigo Fernandes. **Contratos eletrônicos: formação e validade - aplicações práticas**. 2ª ed. São Paulo: Almedina, 2018, pp. 47-48

¹¹⁵ SCHREIBER, Anderson. Contratos eletrônicos e consumo. **Revista Brasileira de Direito Civil**, [S. l.], v. 1, n. 01, 2017, p. 95

¹¹⁶ REBOUÇAS, Rodrigo Fernandes. Contratos eletrônicos: formação e validade - aplicações práticas. 2ª ed. São Paulo: Almedina, 2018, p. 124; PINHEIRO, Patrícia Peck. **Contratos digitais ou eletrônicos: apenas um meio ou uma nova modalidade contratual?** In: Revista dos Tribunais, vol. 966/2016, abr. 2016, p. 21 – 40. Disponível em Revista dos Tribunais Online: < <https://www.revistadostribunais.com.br> >, acesso em 23.05.2023, p. 7; TOIGO, Daille Costa. **Contratos eletrônicos: validade, formação, segurança e regulação**. In: Revista de

Quer dizer, portanto, que os contratos eletrônicos de adesão cultivam e preservam a natureza jurídica contratual, incidindo sobre eles as mesmas regras de validade do negócio jurídico¹¹⁷, como bem sintetiza Gramstrup¹¹⁸:

Engana-se quem imagina os contratos eletrônicos como entidades que se situam em um vazio de Direito. Nada mais longe da realidade. A teoria tradicional dos negócios jurídicos; as regras relativas à oferta e à aceitação; o princípio da liberdade das formas (sobretudo!); os princípios contemporâneos da boa-fé, função social e equilíbrio; e, por evidente, a obrigatoriedade aplicam-se aos contratos eletrônicos tal e qual sucede com seus equivalentes mais ortodoxos¹⁵. Seria ingênuo – para não dizer francamente equivocado – supor que não se lhes aplicasse, notadamente na ausência de disposições especiais a respeito, a tradicional doutrina da policitação e da oblação, concedemos, com todas as adaptações que se fizerem necessárias.

Isso porque os contratos eletrônicos são um novo *meio* de contratação e não uma nova *espécie* contratual¹¹⁹. Como bem sugere Anderson Schreiber¹²⁰:

(...) o que se tem chamado de “contratos eletrônicos” nada mais são que contratos formados por meios eletrônicos de comunicação à distância, especialmente a internet, de tal modo que o mais correto talvez fosse se referir a contratação eletrônica ou contratação via internet, sem sugerir o surgimento de um novo gênero contratual.

Direito e as Novas Tecnologias., vol. 19/2023, abr.- jun., 2023. Disponível em Revista dos Tribunais Online: <<https://www.revistadotribunais.com.br>>, acesso em 07.06.2023, pp. 2-3

¹¹⁷ LAWAND, Jorge José. **Teoria geral dos contratos eletrônicos**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, p. 87; TOIGO, Daiille Costa. **Contratos eletrônicos: validade, formação, segurança e regulação**. In: Revista de Direito e as Novas Tecnologias., vol. 19/2023, abr.- jun., 2023. Disponível em Revista dos Tribunais Online: <<https://www.revistadotribunais.com.br>>, acesso em 07.06.202, p. 3

¹¹⁸ GRAMSTRUP, Erik Frederico. **Contratos eletrônicos: formação, consentimento, lei e jurisdição aplicável**. In: Revista de Direito Recuperacional e Empresa, vol. 8, 2018, abr. – jun., 2018. Disponível em Revista dos Tribunais Online: <<https://www.revistadotribunais.com.br>>, acesso em 07.06.2023, p. 4

¹¹⁹ Nesse sentido, Neves descreve que: “*O hoje chamado contrato eletrônico não é uma nova espécie contratual, ao lado de outros contratos como, por exemplo, o contrato de compra e venda, o contrato de doação, o contrato de prestação de serviços, dentre outros. Em verdade, o contrato eletrônico consiste em uma nova forma de contratar, uma nova modalidade de contratação, ao lado, por exemplo, da escrita e da verbal.*” In: NEVES, Thiago Ferreira Cardoso. **Contratos eletrônicos**. In: SOUZA, Sylvio Capanema de.; WENER, J. G. Vasi; NEVES, Thiago F. Cardoso. **Direito do Consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 466. Em igual sentido: MODENESI, Pedro. **Contratos eletrônicos de consumo: aspectos doutrinário, legislativo e jurisprudencial**. In: MARTINS, Guilherme Magalhães; LONGHI, João Victor Rozatti (Co-ords.). **Direito digital: direito privado e Internet**. 4. ed. Indaiatuba: Foco, 2021, pp. 564-565; BARRETO, Ricardo Menna. **Contrato eletrônico como cibercomunicação jurídica**. In: Revista Direito GV, São Paulo 5(2), jul. – dez, 2009, pp. 443-458, p. 454

¹²⁰ SCHREIBER, Anderson. **Contratos eletrônicos e consumo**. **Revista Brasileira de Direito Civil**, [S. l.], v. 1, n. 01, 2017, p. 91

E mais, quando diante de um consumidor por força dos artigos 2º, 3º ou 17 do Código de Defesa do Consumidor, a aplicação deste diploma legal também é unânime nos contratos eletrônicos¹²¹. Como explica Carolina Dias Tavares Guerreiro¹²²:

Entendemos que as normas do Código de Defesa do Consumidor encontram-se perfeitamente aptas para reger as relações contratuais de consumo travadas na internet. A edição de normas especiais do assunto, todavia, poderá, sem dúvida nenhuma, contribuir para o crescimento e desenvolvimento das relações jurídicas celebradas por meio da rede mundial de computadores; mas, pelo menos no âmbito do direito das relações de consumo, não se pode dizer que a ausência de tais normas possa gerar insegurança jurídica, tal como ocorre em outras áreas do direito. É importante, entretanto, ter em mente que o Código de Defesa do Consumidor é verdadeiramente uma lei de predominante função social, lei de ordem público-econômica, e de origem claramente constitucional, sendo, portanto, considerada, “lei geral de proteção dos consumidores”. Por estes motivos, uma lei especial nova, que regule uma determinada espécie ou forma de celebração de contratos de consumo, não poderá afastar a incidência dos princípios gerais previstos no Código de Defesa do Consumidor.

É evidente que uma legislação mais específica, destinada a regular o comércio eletrônico, pode trazer inovações acerca do tratamento jurídico desses contratos¹²³. No entanto, considerando que os contratos eletrônicos conservam sua natureza jurídica contratual, e, quando celebrados em contexto consumerista, atraem a aplicação do CDC, pode-se afirmar que as normas existentes já fornecem o arcabouço legislativo mínimo suficiente para evitar que o contratante internauta navegue desprotegido e a esmo na *Web*. As palavras de Bruno Miragem sintetizam o raciocínio¹²⁴:

¹²¹ LAWAND, Jorge José. **Teoria geral dos contratos eletrônicos**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, pp. 104; 119; SCHREIBER, Anderson. Contratos eletrônicos e consumo. **Revista Brasileira de Direito Civil**, [S. l.], v. 1, n. 01, 2017, p. 95; SANTOS, Manoel. J. Pereira dos. **Aspectos legais do comércio eletrônico: contratos de adesão**. In: Revista de Direito do Consumidor, vol. 36/2000, out-dez 2000, pp. 105-129, out-dez 2000, pp. 105-129. Disponível em Revista dos Tribunais Online: <<https://www.revistadostribunais.com.br>>, acesso em 23.05.2023, p. 5; MIRAGEM, Bruno. *Novo paradigma tecnológico, mercado de consumo e o direito do consumidor*. In: MARTINS, Guilherme Magalhães; LONGHI, João Victor Rozatti (Co-ords.). **Direito digital: direito privado e Internet**. 4. ed. Indaiatuba: Foco, 2021, p. p. 426; MODENESI, Pedro. *Contratos eletrônicos de consumo: aspectos doutrinário, legislativo e jurisprudencial*. In: MARTINS, Guilherme Magalhães; LONGHI, João Victor Rozatti (Co-ords.). **Direito digital: direito privado e Internet**. 4. ed. Indaiatuba: Foco, 2021, p. 582

¹²² GUERREIRO, Carolina Dias Tavares. Contratos Eletrônicos e a Aplicação do Código de Defesa do Consumidor. In: Valdir de Oliveira Rocha Filho; Ana Carolina Horta Barreto [et al] (coord). **O direito e a internet**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002, p. 92

¹²³ BARRETO, Ricardo Menna. *Contrato eletrônico como cibercomunicação jurídica*. In: Revista Direito GV, São Paulo 5(2), jul. – dez, 2009, p. 454; MODENESI, Pedro. *Contratos eletrônicos de consumo: aspectos doutrinário, legislativo e jurisprudencial*. In: MARTINS, Guilherme Magalhães; LONGHI, João Victor Rozatti (Co-ords.). **Direito digital: direito privado e Internet**. 4. ed. Indaiatuba: Foco, 2021, pp. 579-582; LEÃO, Luana da Costa. As relações negociais eletrônicas. In: Revista de Direito Empresarial, vol. 6, 2014, nov. -dez., 2014, pp. 59 - 70 Disponível em Revista dos Tribunais Online: < <https://www.revistadostribunais.com.br> >, acesso em 07.06.2023, p. 4

¹²⁴ MIRAGEM, Bruno. *Novo paradigma tecnológico, mercado de consumo e o direito do consumidor*. In: MARTINS, Guilherme Magalhães; LONGHI, João Victor Rozatti (Co-ords.). **Direito digital: direito privado e Internet**. 4. ed. Indaiatuba: Foco, 2021, p. 426

O fato de a contratação de consumo se dar por intermédio da internet, caracterizando o denominado comércio eletrônico, não afasta a incidência das normas do CDC, tampouco prejudicam sua aplicação. A alteração do meio não implica desnaturar a definição jurídica da relação entre consumidor e fornecedor – contrato de consumo – que se submete às mesmas normas. Pode ocorrer que certas situações características da celebração do contrato de consumo pela internet possam ser exclusivas, em razão do meio da contratação, como é no caso das obrigações inerentes à identificação do fornecedor, do meio de pagamento, ou inerentes à entrega do produto sem que o consumidor tenha tido contato com o mesmo. Essas situações, quando relevantes em relação ao interesse útil do consumidor do contrato, podem ser objeto de normas específicas (...) que apenas especializam e adaptam as normas do CDC, permitindo sua aplicação.

Confunde-se com a figura do contrato eletrônico consumerista de adesão outro tipo de contrato eletrônico: os chamados *clickwrap*.

II.3.1 CONTRATOS *CLICKWRAP*

Espécie dos contratos eletrônicos consumeristas de adesão são os contratos *clickwrap*. Os contratos *clickwrap* surgiram como um desenvolvimento de outros contratos também de adesão: as chamadas licenças *shrinkwrap*¹²⁵. Esses contratos eram recorrentemente utilizados na venda de licença de *softwares*, em que, de início, o comprador só acessava um resumo das cláusulas contratuais (do inglês, “*shrink*”, significa encolher, diminuir). Dessa forma, comercializava-se a versão enxuta do contrato e só se tinha acesso à sua integralidade após a compra e inicialização do software. Importante lembrar que essas licenças não eram celebradas unicamente de maneira eletrônica, visto que era possível comprar fisicamente um *CD-ROM* aderindo às cláusulas resumidas¹²⁶.

Apesar de corolário dos *shrinkwrap*, os *clickwrap* a eles não se confundem e são figuras contratuais distintas. Sendo a primeira de suas diferenças que os contratos *clickwrap* são indubitavelmente eletrônicos: só são celebrados exclusivamente na *Internet*¹²⁷. Outra diferença é que os *clickwrap* contém as cláusulas integrais na página de disposição¹²⁸. Dessa forma, o aderente tem de fato acesso à totalidade do instrumento contratual para exercer seu poder de liberdade de contratar ou não. Tanto é assim que a inviabilização das cláusulas em contratos

¹²⁵ Cíntia Rosa Pereira de Lima explica que também se refere a eles como *box-top*, *tear-open*, *tear-me-open* e *blister-pack*

¹²⁶ LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. *Contratos de adesão eletrônicos (shrink-wrap e click-wrap) e os termos de condições de uso (browse-wrap)*. In: LIMA, Cíntia Rosa Pereira de.; NUNES, Lydía Neves Bastos Telles (coord.). **Estudos avançados de direito digital**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 114

¹²⁷ LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. *Contratos de adesão eletrônicos (shrink-wrap e click-wrap) e os termos de condições de uso (browse-wrap)*. In: LIMA, Cíntia Rosa Pereira de.; NUNES, Lydía Neves Bastos Telles (coord.). **Estudos avançados de direito digital**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, pp. 118-119

¹²⁸ LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. *Contratos de adesão eletrônicos (shrink-wrap e click-wrap) e os termos de condições de uso (browse-wrap)*. In: LIMA, Cíntia Rosa Pereira de.; NUNES, Lydía Neves Bastos Telles (coord.). **Estudos avançados de direito digital**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, pp. 118-119

clickwrap foram motivo de invalidade do contrato, conforme julgado pela Suprema Corte norte-americana em 2002 no caso *Comb v. PayPal*¹²⁹. De outro modo, o comprador tem o dever de leitura das cláusulas, o que significa que, uma vez estampadas à disposição do contratante antes da adesão, essa modalidade contratual é válida, conforme ratificado pelos casos *Caspi v. Microsoft Network* e *Groff v. America Online Inc.*

Em síntese da distinção dos contratos *clickwrap* dos contratos *shrinkwrap*, preconiza Guilherme Martins:

Como modalidade particular de contratos de adesão, no campo da contratação eletrônica, impende destacar as chamadas licenças *clickwrap* (“*clickwrap agreements*” ou “*point-and-click agreements*”), usualmente submetidas à concordância do usuário do produto ou serviço, contendo cláusulas acerca da sua prestação, sendo assim denominadas, pois sua validade se baseia no ato de apertar o botão de aceitação (frequentemente por intermédio do *mouse*), guardando grande similitude para com as licenças *shrinkwrap* utilizadas na comercialização de *software*, nas quais a aceitação ocorre no ato da abertura da embalagem que contém os suportes físicos onde se encontra o programa.¹³⁰

Diferencia-se o *clickwrap*, ainda, dos *browsewrap*. Esses últimos são bastante utilizados para o aceite de termos de uso de sites. No entanto, diferentemente dos *clickwrap*, os *browsewrap* não expõem em tela as cláusulas contratuais. Ao revés, resguardam-nas para o acesso por meio de hiperlink, de modo que para acessá-las o internauta deve necessariamente abrir o pop-up para lê-las por inteiro. Justamente por essa particularidade, a validade de termos *browsewrap* foi contestada em diferentes jurisdições e aqui se destaca a vanguarda dos tribunais norte-americana na matéria¹³¹.

¹²⁹ Cíntia Rosa Pereira de Lima relata o caso em minúcias: “Em 15 de fevereiro de 2002, Craig Comb, doravante denominado Comb, sem ter conhecimento, consentimento ou autorização, a empresa ré retirou, de sua conta, a quantia de \$110 (cento e dez) dólares e \$450 (quatrocentos e cinquenta) dólares de sua conta bancária. Todas estas retiradas constituem erros da empresa ré. No entanto, o usuário tentou por diversas vezes notificar a PayPal. Diante desta situação, a empresa ré reembolsou o autor na quantia de \$560 (quinhentos e sessenta) dólares em 25 de fevereiro de 2002. Todavia sua conta bancária com insuficiência de fundos, sendo lhe cobrada a taxa valor de \$208.50 (duzentos e oito dólares e cinquenta centavos). Mas a empresa ré não reembolsou esta quantia. O autor sustentava a invalidade deste contrato, fundamentando seu pedido na desigualdade real entre as partes e pelo fato de desconhecer o conteúdo do contrato, que, devido ao formato empregado pela PayPal, não se notificava de forma clara, o usuário sobre os termos contratuais. Em 30 de agosto de 2002, o tribunal decidiu que este contrato é inválido tendo em vista os moldes empregados pelo fornecedor; que impossibilita o conhecimento prévio das cláusulas contratuais.” In: LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. *Contratos de adesão eletrônicos (shrink-wrap e click-wrap) e os termos de condições de uso (browse-wrap)*. In: LIMA, Cíntia Rosa Pereira de.; NUNES, Lydia Neves Bastos Telles (coord.). **Estudos avançados de direito digital**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, pp. 121-122

¹³⁰ MARTINS, Guilherme Magalhães. **Contratos eletrônicos de consumo**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 130

¹³¹ LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. *Contratos de adesão eletrônicos (shrink-wrap e click-wrap) e os termos de condições de uso (browse-wrap)*. In: LIMA, Cíntia Rosa Pereira de.; NUNES, Lydia Neves Bastos Telles (coord.). **Estudos avançados de direito digital**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, pp. 122-124

Além disso, não há manifestação expressa do consentimento do consumidor que visita a homepage de um provedor ou celebra uma cessão de uso de um software. É o que, mais uma vez, diferencia essa figura dos *clickwrap*. Nesta última, o clique é a adesão e a expressão do consentimento, ao passo que no *browsewrap* nem isso há: o hiperlink com a integralidade das cláusulas contratuais está reservado a título de informação do usuário, não de consideração pretérita à celebração de um acordo¹³². Por isso mesmo que se entende que a natureza jurídica dos *browsewrap* é de condições gerais do contrato e não de contrato de adesão propriamente dito¹³³.

Dessa forma, tem-se que os contratos *clickwrap* são plurais, podem ser usados em diferentes contratações eletrônicas. Como características principal, descrevem-se como contratos de adesão, de natureza comumente consumerista, celebrados através de poucos cliques e rápido preenchimento de dados pessoais.

Sobre a natureza do *clickwrap* como contrato de adesão, Lawand explica¹³⁴:

Na esfera da contratação no ambiente do comércio eletrônico os negócios jurídicos por clique são amplamente utilizados e são conhecidos no direito comparado como *click-through* agreements. São assim designados, haja vista seus termos serem aceitos através da confirmação digital na tela do monitor do computador, no mais das vezes utilizando o *mouse*. Em muitos casos o operador do *web* site oferece as mercadorias ou serviços para venda, e o consumidor adquire completando e transmitindo uma ordem de compra disposta na tela do computador. A partir do momento em que se configura a aceitação, o contrato considera-se formado. Os produtos e serviços podem ser entregues fisicamente, ou melhor, *off-line*. Estes contratos equiparam-se aos contratos por adesão, pois se o contratante não concorda com as cláusulas impostas, não há como refazê-las no sentido de serem adequadas às suas necessidades.

Tem-se que muitos *clickwrap* são de fatos destinados ao aceite de termos de uso ou políticas de privacidade de plataformas, bastante comuns em redes sociais e *homepages* da *Web*. Afinal, foi assim que surgiram no cenário do comércio eletrônico. No entanto, os *clickwrap* não se resumem a eles, e alguns autores defendem que eles podem objetivar outros bens ou serviços.

¹³² LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. *Contratos de adesão eletrônicos (shrink-wrap e click-wrap) e os termos de condições de uso (browse-wrap)*. In: LIMA, Cíntia Rosa Pereira de.; NUNES, Lydia Neves Bastos Telles (coord.). **Estudos avançados de direito digital**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 125

¹³³ LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. *Contratos de adesão eletrônicos (shrink-wrap e click-wrap) e os termos de condições de uso (browse-wrap)*. In: LIMA, Cíntia Rosa Pereira de.; NUNES, Lydia Neves Bastos Telles (coord.). **Estudos avançados de direito digital**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, pp. 125-126

¹³⁴ LAWAND, Jorge José. **Teoria geral dos contratos eletrônicos**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, p. 103

É sua versatilidade – e inegavelmente sua característica massificada “*many-to-many*” – que fazem com que os *clickwrap* sejam uma das figuras mais corriqueiras no mercado *B2C*¹³⁵.

Assim, é possível que no futuro a denominação *clickwrap* seja empenhada como sinônimo de todo e qualquer contrato eletrônico consumerista de adesão, como similares já são utilizados para defini-los¹³⁶. No entanto, dado o ineditismo da matéria e a produção acadêmica nacional e internacional sobre o tema, os *clickwrap* ainda são bastante associados à ideia de aceite de termos de uso, políticas de privacidade ou licença para uso de *softwares*. Dessa forma, tem-se que o termo *clickwrap* tem duas acepções: a estrito senso, designa os contratos em que as cláusulas são expostas na página de navegação da Web e o internauta deve clicar em cada aceite; a lato senso, os *clickwrap* são genericamente termo atribuído a uma contratação interativa de adesão eletrônica por meio da qual se contrata com cliques do *mouse*.

A este passo, tem-se que todo *clickwrap* é um contrato eletrônico de adesão, mas a recíproca não necessariamente é verdadeira, pelo menos por enquanto. Afinal, assim como o *clickwrap* se desenvolveu das licenças *shrinkwrap*, é possível que surja outra figura, mais específica, para designar outros tipos – também mais específicos – de contratos de adesão celebrados na *Internet*.

¹³⁵ LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. **Validade e obrigatoriedade dos contratos de adesão eletrônicos (*shrink-wrap* e *click-wrap*) e dos termos e condições de uso (*browse-wrap*): um estudo comparado entre Brasil e Canadá**. 2009. Tese (Doutorado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. doi:10.11606/T.2.2009.tde-03062011-090910. Acesso em: 2023-05-23, pp. 627-628; LAWAND, Jorge José. **Teoria geral dos contratos eletrônicos**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, pp. 103; 135; BARROS, João Pedro Leite. *Os Contratos de Consumo Celebrados pela Internet. Um Estudo de Direito Comparado Luso-Brasileiro*. In: ATAÍDE, Rui Paulo C. de M.; BARATA, Carlos Lacerda (coords). **Estudos de direito do consumo**. vol. v. Lisboa: AAFDL, 2017, pp. 503-504; MODENESI, Pedro. *Contratos eletrônicos de consumo: aspectos doutrinário, legislativo e jurisprudencial*. In: MARTINS, Guilherme Magalhães; LONGHI, João Victor Rozatti (Co-ords.). **Direito digital: direito privado e Internet**. 4. ed. Indaiatuba: Foco, 2021, p. 565; LORENZETTI, Ricardo L. **Comércio eletrônico**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 290

¹³⁶ Nesse particular, termos como *one-click*, *mouse-click*, *click-through* ou simplesmente *click agreements* também são vistos. Esses termos podem ser encontrados nas seguintes obras [e tantas outras]: LORENZETTI, Ricardo L. **Comércio eletrônico**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 290; LAWAND, Jorge José. **Teoria geral dos contratos eletrônicos**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, p. 103; BARROS, João Pedro Leite. *Os Contratos de Consumo Celebrados pela Internet. Um Estudo de Direito Comparado Luso-Brasileiro*. In: ATAÍDE, Rui Paulo C. de M.; BARATA, Carlos Lacerda (coords). **Estudos de direito do consumo**. vol. v. Lisboa: AAFDL, 2017, pp. 503-504; MODENESI, Pedro. *Contratos eletrônicos de consumo: aspectos doutrinário, legislativo e jurisprudencial*. In: MARTINS, Guilherme Magalhães; LONGHI, João Victor Rozatti (Co-ords.). **Direito digital: direito privado e Internet**. 4. ed. Indaiatuba: Foco, 2021, p. 565, AMORIM, Fernando Sérgio Tenório. *Autonomia da Vontade nos Contratos Eletrônico Internacionais de Consumo*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 211 *apud* COUTO, José Henrique de Oliveira. *Liberdade contratual e vida privada do consumidor: o problema do click-wrap agreements no contrato eletrônico*. In: *Revista de Direito e as Novas Tecnologias*, vol. 19/2023, abr – jun, 2023. Disponível em Revista dos Tribunais Online: <<https://www.revistadostribunais.com.br>>, acesso em 07.06.2023, p. 11

Dessa forma, a ressalva é oportuna para explicar a escolha dos termos empregados no presente trabalho. Isto é, preferiu-se a nomenclatura genérica dos “contratos eletrônicos consumeristas de adesão”.

III. CONTRATOS ELETRÔNICOS CONSUMERISTAS DE ADESÃO E A DECLARAÇÃO DE VONTADE

Prior atque potentior est, quam vox, mens dicentis

III.1 DECLARAÇÃO DE VONTADE POR CLIQUES

Estruturado o arcabouço teórico que compreende a doutrina clássica da vontade e a nova tendência da disciplina dos contratos eletrônicos, cumpre, aqui, fazer a ponte entre as duas propostas e investigar a declaração da vontade nos contratos eletrônicos consumeristas de adesão.

Como se aferiu [*supra* II.3], os contratos eletrônicos conservam a natureza jurídica contratual e, quando celebrados no contexto de consumo, atrairão a aplicação do CDC. De igual maneira, se a modalidade contratual performada é a de adesão, os contratos eletrônicos também conservam essa característica.

Também como visto [*supra* I.2], nos contratos de adesão, há declaração de vontade, ainda que a liberdade negocial desse contrato seja reduzida ao aceite integral das condições gerais do contrato pelo aderente, visto que, do embate doutrinário acerca da categoria jurídica do contrato de adesão, saiu vitoriosa a teoria contratualista francesa. Assim, nessa figura contratual, o consentimento é a adesão e, em igual forma, o é nos contratos eletrônicos. Como destaca Modenesi¹³⁷:

A categoria em análise é largamente reconhecida pela doutrina nacional, sendo considerada um contrato eletrônico por adesão, no qual os consumidores, por intermédio de um simples “clique”, manifestam a vontade de contratar. O fato de os contratos por clique serem uma espécie de contrato por adesão é de fundamental relevância, uma vez que essa característica é responsável por alguns dos principais desafios no que concerne à proteção do ciberconsumidor.

Por sua vez, nas palavras de Manoel Santos¹³⁸:

¹³⁷ MODENESI, Pedro. *Contratos eletrônicos de consumo: aspectos doutrinário, legislativo e jurisprudencial*. In: MARTINS, Guilherme Magalhães; LONGHI, João Victor Rozatti (Co-ords.). **Direito digital: direito privado e Internet**. 4. ed. Indaiatuba: Foco, 2021, p. 565

¹³⁸ SANTOS, Manoel. J. Pereira dos. **Aspectos legais do comércio eletrônico: contratos de adesão**. In: Revista de Direito do Consumidor, vol. 36/2000, out-dez 2000, pp. 105-129, out-dez 2000, pp. 105-129. Disponível em Revista dos Tribunais Online: <<https://www.revistadostribunais.com.br>>, acesso em 23.05.2023, p. 12

O processo de formação do vínculo contratual se inicia com a oferta ao público pelo fornecedor e se aperfeiçoa com a aceitação dessa oferta mediante adesão do consumidor. Na verdade, a técnica de negociação contratual presente no comércio eletrônico reflete não só os métodos de contratação de massa como também as condições do ambiente digital, em que a transação tem que ser concluída instantaneamente, mediante documento eletrônico e sem complicações burocráticas.

Consequentemente, se o contrato eletrônico consumerista de adesão conserva os mesmos aspectos estruturais de contratos de adesão tradicional, nada mais lógico que concluir, portanto, que há declaração de vontade. Nesse particular, é seguro afirmar há consentimento nos contratos eletrônicos. Essa conclusão está longe de ser controvertida e, em verdade, é senão uma unanimidade entre os autores¹³⁹, como se vê pelas palavras de Lawand e Ana Paula Gambogi¹⁴⁰:

Mas, não se pode olvidar que existe uma declaração de vontade, nos negócios jurídicos efetuados através da Web. Percebendo a impossibilidade de desconsiderarmos o aspecto volitivo, Ana Paula Gambogi Carvalho afirma que: "Essa tese já se encontra, contudo, superada e a doutrina dominante sustenta hoje o entendimento de que a declaração automatizada nada mais é que uma declaração de vontade comum, uma vez que, por detrás do computador que a produziu, está sempre presente um comando humano, que é o seu verdadeiro gerador".

Enfim respondida a primeira indagação – que há de fato uma declaração de vontade nos contratos eletrônicos – passa-se a destrinchar como ela pode ser manifestada.

Entende-se que, pelo princípio da liberdade das formas, consagrado no artigo 107 do Código Civil, a declaração de vontade pode assumir qualquer meio lícito e não exigido formalmente por lei [*supra I.1*]. Esse raciocínio de igual modo se aplica à disciplina dos

¹³⁹ SANTOS, Manoel. J. Pereira dos. **Aspectos legais do comércio eletrônico: contratos de adesão**. In: Revista de Direito do Consumidor, vol. 36/2000, out-dez 2000, pp. 105-129, out-dez 2000, pp. 105-129. Disponível em Revista dos Tribunais Online: <<https://www.revistadostribunais.com.br>>, acesso em 23.05.2023, p. 5; MODENESI, Pedro. *Contratos eletrônicos de consumo: aspectos doutrinário, legislativo e jurisprudencial*. In: MARTINS, Guilherme Magalhães; LONGHI, João Victor Rozatti (Co-ords.). **Direito digital: direito privado e Internet**. 4. ed. Indaiatuba: Foco, 2021, pp. 565-566; REBOUÇAS, Rodrigo Fernandes. **Contratos eletrônicos: formação e validade - aplicações práticas**. 2ª ed. São Paulo: Almedina, 2018, p. 125; NEVES, Thiago Ferreira Cardoso. *Contratos eletrônicos*. In: SOUZA, Sylvio Capanema de.; WENER, J. G. Vasi; NEVES, Thiago F. Cardoso. **Direito do Consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 474; AMORIM, Fernando Sérgio Tenório. *Autonomia da Vontade nos Contratos Eletrônico Internacionais de Consumo*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 211 *apud* COUTO, José Henrique de Oliveira. **Liberdade contratual e vida privada do consumidor: o problema do click-wrap agreements no contrato eletrônico**. In: Revista de Direito e as Novas Tecnologias, vol. 19/2023, abr – jun, 2023. Disponível em Revista dos Tribunais Online: <<https://www.revistadostribunais.com.br>>, acesso em 07.06.2023, p. 11; TOIGO, Daiille Costa. **Contratos eletrônicos: validade, formação, segurança e regulação**. In: Revista de Direito e as Novas Tecnologias., vol. 19/2023, abr.- jun., 2023. Disponível em Revista dos Tribunais Online: <<https://www.revistadostribunais.com.br>>, acesso em 07.06.2023, p. 2. Este último expressamente determina: “Apesar das inúmeras definições doutrinárias acerca dos contratos eletrônicos, deve-se enfatizar que é unânime o posicionamento doutrinário segundo o qual a sua celebração e consentimento se operam pelo meio virtual, sem o documento escrito para sua eficácia e validade, ou seja, a contratação eletrônica se baseia em documentos eletrônicos, todavia, são aptos, como dito anteriormente, a criar direitos e obrigações independentemente de serem efetuados pelo ambiente digital.”

¹⁴⁰ LAWAND, Jorge José. **Teoria geral dos contratos eletrônicos**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, p. 107

contratos eletrônicos¹⁴¹. A doutrina especializada entende que o consentimento eletrônico deve ser sempre expresso, não sendo admitida a contratação cuja perfectibilização se dá através da declaração tácita de vontade.

Tome-se, por exemplo, uma *homepage* que faz uma oferta ao internauta consumidor e abaixo dela coloca um cronômetro em contagem regressiva. Ao final da contagem, o contrato não poderia ser reputado celebrado, salvo se o consumidor houvesse expressamente clicado nos termos de aceite. Isso porque não se admite que o simples navegar das páginas da *Web* possa ser comportamento suficiente para exprimir a vontade negocial de um contratante. Apesar de centralizado no meio eletrônico, essa não é uma conclusão nova, já que da mesma forma, um transeunte não poderia ser obrigado contratualmente a realizar uma compra e venda de um bem que somente admirava da vitrine.

Nas palavras de Lawand, mais uma vez¹⁴²:

No tocante aos contratos eletrônicos, temos que as regras previstas no Código Civil brasileiro se aplicam integralmente à formação do contrato virtual, excetuando-se ao que se refere à aceitação tácita. Com efeito, tratando-se de oferta propalada em site de determinada empresa, ou melhor, em um estabelecimento virtual, não se pode permitir que a aceitação se dê sem manifestação expressa da parte, não pode ser assim considerado como realizada a aceitação por simples visita ao site, ou mesmo pelo simples clicar em determinados botões, sem que haja, de modo expresso, claro e objetivo, uma explicação a respeito da concretização dos negócios (...) No âmbito das relações jurídicas operadas na *Web*, temos que o consentimento contratual expresso consiste necessariamente em uma declaração de vontade telemática teclada pelo cliente em seu terminal de computador; é suficiente o ato (gesto) de expressão da vontade externada através da ordem *enter* de aceitação do contrato. A declaração de vontade negocial através da Rede se traduz numa ordem - o pedido eletrônico, eficaz em si mesmo. Tanto que o art. 48 do Código de Defesa do Consumidor expressa que qualquer manifestação de vontade do fornecedor é considerada documento válido e passível de execução.

No entanto, cabe atenção ao que alerta Pedro Modenesi: não se confunde a declaração tácita, vedada no comércio eletrônico, com o comportamento concludente que expressa, de maneira válida, a declaração de vontade do internauta¹⁴³. Dessa forma, o clique é e deve ser

¹⁴¹ REBOUÇAS, Rodrigo Fernandes. **Contratos eletrônicos: formação e validade - aplicações práticas**. 2ª ed. São Paulo: Almedina, 2018, p. 125

¹⁴² LAWAND, Jorge José. **Teoria geral dos contratos eletrônicos**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, pp. 135-137

¹⁴³ Nas palavras do autor: “*Negar que um comportamento concludente – como o de clicar de um mouse em um ícone virtual que autoriza o pagamento do preço de um produto e serviço, após a devida leitura dos termos e condições contratuais, possa formar um contrato seria dizer, por via indireta, que a contratação eletrônica de consumo não é possível, ou seja, é defeituosa, por faltar-lhe elemento essencial à formação do contrato.*” In: MODENESI, Pedro. *Contratos eletrônicos de consumo: aspectos doutrinário, legislativo e jurisprudencial*. In: MARTINS, Guilherme Magalhães; LONGHI, João Victor Rozatti (Co-ords.). **Direito digital: direito privado e Internet**. 4. ed. Indaiatuba: Foco, 2021, pp. 567-568

interpretado como uma válida manifestação de vontade do consumidor no e-commerce, como é de praxe desse mercado¹⁴⁴:

Poderá o simples clicar o mouse em um ícone na tela caracterizar uma manifestação de vontade? A resposta deve ser afirmativa. Não existe no ordenamento jurídico brasileiro óbice para que se considere o clique do mouse uma declaração de vontade do internauta.

Não obstante seja inadmissível a declaração tácita nesse tipo de contratação, não quer dizer que a declaração expressa se dá sem vigílias. Justamente pela natureza consumerista do contrato eletrônico de adesão, a declaração precisa do que chamamos de consentimento informado. Essa não é só uma interpretação extraída dos deveres de informar do CDC, mas também empenhada pela comunidade internacional ao se debruçar sobre a fragilidade do consentimento do internauta consumidor. Essa preocupação se traduz, por exemplo, no artigo 10 da Diretiva 2000/31 da Comissão Europeia:

Artigo 10. Informações a prestar.

1. Além de outros requisitos de informação constantes da legislação comunitária, os Estados-Membros assegurarão, salvo acordo em contrário das partes que não sejam consumidores, e antes de ser dada a ordem de encomenda pelo destinatário do serviço, que, no mínimo, o prestador de serviços preste em termos exactos, compreensíveis e inequívocos, a seguinte informação:

- a) As diferentes etapas técnicas da celebração do contrato;
 - b) Se o contrato celebrado será ou não arquivado pelo prestador do serviço e se será acessível;
 - c) Os meios técnicos que permitem identificar e corrigir os erros de introdução anteriores à ordem de encomenda;
 - d) As línguas em que o contrato pode ser celebrado.
2. Os Estados-Membros assegurarão, salvo acordo em contrário das partes que não sejam consumidores, que o prestador indique os eventuais códigos de conduta de que é subscritor e a forma de consultar eletronicamente esses códigos.
3. Os termos contratuais e as condições gerais fornecidos ao destinatário têm de sê-lo numa forma que lhe permita armazená-los e reproduzi-los.
4. Os n.ºs 1 e 2 não são aplicáveis aos contratos celebrados exclusivamente por correio eletrônico ou outro meio de comunicação individual equivalente.

Dessa forma, o consentimento eletrônico de adesão faz surgir, por um lado, o dever ao consumidor de leitura das cláusulas e, por outro, o dever de informar com clareza por parte do fornecedor¹⁴⁵. Ambos os deveres instituídos com vistas à formação desse consentimento informado.

¹⁴⁴ AMORIM, Fernando Sérgio Tenório. **Autonomia da Vontade nos Contratos Eletrônico Internacionais de Consumo**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 211 *apud* COUTO, José Henrique de Oliveira. **Liberdade contratual e vida privada do consumidor: o problema do click-wrap agreements no contrato eletrônico**. In: Revista de Direito e as Novas Tecnologias, vol. 19/2023, abr – jun, 2023. Disponível em Revista dos Tribunais Online: <<https://www.revistadotribunais.com.br>>, acesso em 07.06.2023, p. 11

¹⁴⁵ PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito digital**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 137; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. **Validade e obrigatoriedade dos contratos de adesão eletrônicos (shrink-wrap e click-wrap) e dos termos e condições de uso (browse-wrap)**: um estudo comparado entre Brasil e Canadá. 2009. Tese (Doutorado em

Nessa seara, é, a princípio, inócua a alegação do consumidor que aderiu por cliques sem ler atentamente as cláusulas contratuais. Foi o que decidiu a Corte norte americana no caso *Caspi v Microsoft Network* e *Groff v America Online Inc.* Como narra Cíntia Rosa Lima Pereira, neste caso, o consumidor identificado como Caspi fez o download do sistema de *MSN* da Microsoft, o qual, exemplo clássico de contrato *clickwrap*, exigia o aceite do consumidor em cada página disposta com os termos contratuais. Dessa forma, não pode Caspi alegar o desconhecimento das cláusulas contratuais que previamente teve a oportunidade de investigar antes de assentir, reputando-se válido o contrato celebrado¹⁴⁶.

Ao mesmo tempo, há um esforço internacional para atenuar o dever de leitura do consumidor de maneira a encurtar o texto necessário, torná-lo claro e objetivo, além de promover uma linguagem mais acessível e menos técnica¹⁴⁷. É a vedação do que se chama de *boilerplate language*¹⁴⁸, o uso excessivo da padronizada linguagem jurídica contratual, comum aos advogados, mas desconhecida por completo pelos consumidores médios.

Por óbvio, há uma miríade de problemáticas emergentes do dever de leitura e do dever de informar do fornecedor. No entanto, não é necessário estudá-las mais a fundo para enfrentar o que se propõe no estudo: a formação da vontade do consumidor.

Além da declaração de vontade por cliques, cumpre destrinchar outra forma de manifestação de vontade, menos usual, mas também válida, em contratos eletrônicos de adesão: o uso da biometria facial para consentir.

III.2 DECLARAÇÃO DE VONTADE POR BIOMETRIA FACIAL

A contratação eletrônica se limita ao clique de um mouse. Justamente pela liberdade das formas do artigo 107 do CC, e em razão da própria característica inovadora e em perene

Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. doi:10.11606/T.2.2009.tde-03062011-090910. Acesso em: 2023-05-23, p. 509.

¹⁴⁶ LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. **Validade e obrigatoriedade dos contratos de adesão eletrônicos (shrink-wrap e click-wrap) e dos termos e condições de uso (browse-wrap):** um estudo comparado entre Brasil e Canadá. 2009. Tese (Doutorado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. doi:10.11606/T.2.2009.tde-03062011-090910. Acesso em: 2023-05-23, pp. 536-537

¹⁴⁷ PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito digital.** 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 137

¹⁴⁸ LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. **Validade e obrigatoriedade dos contratos de adesão eletrônicos (shrink-wrap e click-wrap) e dos termos e condições de uso (browse-wrap):** um estudo comparado entre Brasil e Canadá. 2009. Tese (Doutorado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. doi:10.11606/T.2.2009.tde-03062011-090910. Acesso em: 2023-05-23, pp. 508-509

transformação dos contratos eletrônicos, são admissíveis outras formas de consentir no meio eletrônico e, portanto, contratar.

O reconhecimento de biometria facial surgiu, como fórmula algorítmica na década de 1960, e consiste na identificação de marcas faciais distintivas e individualizadoras do rosto de uma pessoa, de modo a compará-la com as demais faces albergadas no banco de dados da empresa e, assim, detectar a identidade de quem submete seu rosto ao reconhecimento¹⁴⁹. Nesse contexto, não é incomum que vejamos o uso da biometria facial, especialmente por bancos e demais fornecedores de serviços financeiros, especialmente na era atual de corriqueiras fraudes e invasões a senhas pessoais de contas bancárias.

Sob esse prisma, a jurisprudência já se debruçou sobre a validade da biometria facial como consentimento para contratos de mútuo bancário realizados no meio eletrônico. Assim, o primeiro acórdão que se traz à baila está assim ementado¹⁵⁰:

DECLARATÓRIA – r. sentença de improcedência – recurso da autora – contrato de empréstimo consignado não reconhecido - relação de consumo - ônus do banco réu em demonstrar a regularidade da operação impugnada pela autora – conjunto probatório dos autos que demonstra a origem da relação jurídica entre as partes - art. 373, II, do CPC - finalização do contrato por biometria facial – possibilidade – **art. 107, CC** – impossibilidade de que terceiro tenha falsificado o rosto do autor - liberdade das formas de contratação que implica a liberdade de formas para provar a contratação, desde que os meios sejam idôneos – boa-fé objetiva - validade do contrato – "pacta sunt servanda" – precedentes - fixação de honorários recursais – sentença mantida – recurso não provido.

O acórdão reconhece e decide com base nas mesmas premissas expostas no trabalho [*supra III.1*], quais sejam: (i) o reconhecimento de que o contrato eletrônico de adesão tem natureza contratual e idêntica aos contratos de adesão; (ii) há aplicação do Código de Defesa do Consumidor; e (iii) há consentimento, que pode ser expresso de maneira livre pelo artigo 107 do Código Civil. Fundamenta-se sobre essas premissas para concluir que o uso de selfies para contratar é manifestação válida de vontade do consumidor, isso porque essa tecnologia realiza o reconhecimento facial do contratante e atesta sua identidade. Como se vê dos trechos do acórdão:

Trata-se de uma relação de consumo e, como tal, necessário estar atento à principiologia preconizada pelo CDC, especialmente no que tange à vulnerabilidade do consumidor. (...)

¹⁴⁹ ALENCAR, Ana Catarina de. **Inteligência Artificial, Ética e Direito: Guia prático para entender o novo mundo**. São Paulo: Expressa, 2022, p. 28

¹⁵⁰ TJSP; Apelação Cível nº 1003909-57.2021.8.26.0047, Rel. Des. Achile Alesina, 15ª Câmara de Direito Privado, julgado em 22/11/20211

Fls. 51/59: proposta do contrato com todos os dados pessoais e mediante juntada de biometria da autora. Considerando o conjunto de elementos existentes nos autos, o réu demonstrou como o contrato é validado por biometria facial, não havendo qualquer óbice à admissão desse tipo de formalização, já que o art. 107 do CC dispõe sobre a liberdade de formas para contratar. Ora, se a lei autoriza a forma livre, a prova também pode ser feita por qualquer meio idôneo

O segundo acórdão que se traz à luz do estudo também decide pela validade do uso da biometria facial como forma de consentir e adiciona a análise da, em um claro sopesamento entre a obrigatoriedade dos contratos e a vulnerabilidade técnica do consumidor. Na recente decisão da 23ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo¹⁵¹

APELAÇÃO CÍVEL. DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE CONTRATO. Cartão de crédito consignado. Sentença de improcedência. Insurgência do autor. Descabimento. Alegação de que não pretendia contratar tal modalidade de empréstimo. Contratação eletrônica regular. Informação clara e ostensiva no instrumento contratual. Dever de informação cumprido. Inexistência de demonstração de vício de vontade pela parte autora. Alegação inverossímil de desconhecimento da modalidade de contratação. Inexistência de abusividade. Precedentes. Sentença mantida. Recurso desprovido. (...)

In casu, o instrumento contratual é claro e legível, facilitando a leitura pelo consumidor aderente. Nessa esteira, ainda que se considere a vulnerabilidade ínsita ao consumidor, observa-se que a contratação adotou as cautelas devidas, não sendo verossímil a alegação do autor-apelante de que desconhecia a natureza do acordo a que aderiu.

Com efeito, a modalidade contratada está clara e ostensiva no instrumento carreado aos autos, inclusive destacada em letra maiúscula e negrito logo no cabeçalho, o que comprova a observância ao dever de informação (art. 6º, III, do CDC) e a expressa autorização do contratante, de forma irrevogável e irretroatável, à realização de desconto mensal em folha de pagamento até a integral satisfação do saldo devedor

No entanto, a jurisprudência nacional não é uníssona quanto à validade dessa declaração de vontade, principalmente quando o uso da biometria facial encontra resistência nos direitos fundamentais do consumidor. Como visto também [*supra III.1*], a vontade tecnológico do consumidor não pode fugir à regra do consentimento informado e deve ser considerada a vulnerabilidade técnica e qualquer elemento subjetivo do consumidor que possa influir na sua tomada de decisão, avaliação essa que depende do caso concreto.

Em sentido diametralmente contrário aos dois primeiros julgados, traz-se ao estudo o acórdão abaixo, o qual, considerando a avançada idade do consumidor idoso que celebrou o contrato de mútuo eletrônico, o uso de biometria fácil não poderia ter sido empenhado, vez que o consumidor não era capaz de compreender por completo as circunstâncias e termos contratuais os quais estava se obrigando ao tirar uma selfie.

¹⁵¹ TJSP; Apelação Cível nº 1000371-55.2022.8.26.0428, Rel. Des. Heloísa Mimesi, 23ª Câmara de Direito Privado, julgado em 30/05/2023

O acórdão caminha em consonância ao entendimento da professora Claudia Lima Marques, que explica que a vulnerabilidade do consumidor frente a serviços bancários digitais se assoberba em razão justamente do meio eletrônico que são realizados, que alimenta e expande o déficit informacional do consumidor em relação ao fornecedor¹⁵². Como se vê pela ementa do acórdão¹⁵³:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - SUSPENSÃO DESCONTOS SOBRE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO - EMPRÉSTIMO BANCÁRIO - NEGATIVA DE CONTRATAÇÃO - FORMAÇÃO DO CONTRATO EM AMBIENTE VIRTUAL E POR MEIO DE BIOMETRIA FACIAL - CONSUMIDORA IDOSA - HIPERVULNERABILIDADE - NECESSIDADE DE PRESTAÇÃO DE INFORMAÇÕES CLARAS, VERDADEIRAS E OSTENSIVAS - INDÍCIOS DE QUE O FORNECEDOR NÃO FORNECEU À CONSUMIDORA ELEMENTOS DE INFORMAÇÃO SUFICIENTES SOBRE O TEOR E MODO DA CONTRATAÇÃO - INDÍCIOS DE IRREGULARIDADE DA CONTRATAÇÃO - MANUTENÇÃO DA SUSPENSÃO DOS DESCONTOS - MULTA DIÁRIA - CONVERSÃO EM MULTA POR DESCONTO EFETIVADO - PROPORCIONALIDADE - RECURSO AO QUAL SE DÁ PARCIAL PROVIMENTO.

- Ao fornecedor de serviços e/ou produtos incumbe um zelo ainda maior no momento da contratação com consumidor idoso, sobretudo no que diz respeito à prestação de informações claras, ostensivas e verdadeiras, pois que, conforme reconhecido pela doutrina consumerista, em tais casos estar-se-á diante de consumidor hipervulnerável, devendo a causa reger-se pelo diálogo entre o Estatuto do Idoso e o CDC. - In casu, a plataforma em que se deu a operação financeira contestada, dada a singularidade e complexidade do ambiente virtual (manifestação de vontade por meio de biometria facial), mormente para consumidores que têm uma vulnerabilidade informacional agravada (e.g. idosos), leva a crer, em princípio, que não houve por parte da autora um consentimento informado, isto é, uma vontade qualificada e devidamente instruída sobre o teor da contratação, máxime diante da ausência do instrumento essencial sobre a vontade manifestada no negócio jurídico (termo de política de biometria facial).

- Diante disso, impõe-se a manutenção da suspensão dos descontos sobre os proventos de pensão previdenciária da agravada até o julgamento da demanda de origem.

- Tendo em vista que as astreintes foram fixadas em valor proporcional e compatível com a expressão econômica da obrigação principal, impõe-se a manutenção do valor arbitrado.

- Considerando que a tutela de urgência determinou a suspensão dos descontos realizados na conta bancária da autora/agravada, o que ocorre uma vez por mês, não se justifica a imposição da multa diária, mas para cada desconto indevidamente realizado.

- Recurso ao qual se dá parcial provimento.

Percebe-se que não há a invalidação do contrato por simplesmente ter sido celebrado pela biometria facial, mas sim porque a adesão não traduziu a verdadeira vontade do

¹⁵² 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, p. 72; *apud* MODENESI, Pedro. *Contratos eletrônicos de consumo: aspectos doutrinário, legislativo e jurisprudencial*. In: MARTINS, Guilherme Magalhães; LONGHI, João Victor Rozatti (Co-ords.). **Direito digital: direito privado e Internet**. 4. ed. Indaiatuba: Foco, 2021, p. 571.

¹⁵³ TJMG, Agravo de Instrumento nº 1.0000.22.070412-6/001, Rel. Des. Lílian Maciel, 20ª Câmara Cível, julgado em 22/06/2022

consumidor. É justamente nesse contexto que se passa a analisar o próximo e último tópico do estudo: a declaração de vontade viciada nos contratos eletrônicos de adesão.

III.3 DECLARAÇÃO DE VONTADE VICIADA

Incidente a teoria geral dos contratos sobre os contratos eletrônicos, incide também a doutrina dos vícios do consentimento. Quer dizer, portanto, que um contrato eletrônico consumerista de adesão pode ser maculado por erro, dolo, coação e afins, conforme preceitos do Capítulo IV, Título I, Livro III do Código Civil. Em especial, na disciplina, dá-se mais atenção ao vício do erro que pode acometer o contratante, principalmente quando navega sites internacionais do varejo eletrônico¹⁵⁴. Nas palavras de Cíntia Rosa Pereira Lima¹⁵⁵:

No entanto, no comércio eletrônico, o desconhecimento da lei aplicável é uma realidade, tendo em vista o alto nível de globalização. Portanto, é necessário repensar o Direito sobre este ponto específico no intuito de considerar o erro de direito anulável nestas hipóteses, quando ele interfere no motivo determinante que levou as partes a concluírem o contrato

Um dos fatores que pode atrair o erro na contratação eletrônica é a velocidade de processamento das informações no meio digital, como acentua Cláudia Lima Marques, pelas palavras de Cíntia Rosa Pereira de Lima¹⁵⁶:

O impacto deste vício do consentimento no comércio eletrônico é muito maior, confirmado nos ensinamentos de Cláudia Lima Marques,¹²⁶ que ressalta a velocidade dos cliques e a utilização da linguagem digital como fatores que aumentam a incidência em erro, evidenciado o “[...] ‘clique’ e contratar sem ‘vontade’, ou querendo outro objeto, outra data de pagamento ou outras condições de transporte

Justamente pela característica *borderless* da *Internet*, não é incomum que o consumidor se depare com homepages de fornecedores estrangeiros e venha a celebrar um contrato cuja língua em que está redigido não lhe é a língua-mãe ou não domina completamente. É o que a doutrina denomina de risco linguístico (no original alemão, *Sprachrisiko*)¹⁵⁷.

¹⁵⁴ LORENZETTI, Ricardo L. **Comércio eletrônico**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, pp. 302-303

¹⁵⁵ LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. **Validade e obrigatoriedade dos contratos de adesão eletrônicos (shrink-wrap e click-wrap) e dos termos e condições de uso (browse-wrap)**: um estudo comparado entre Brasil e Canadá. 2009. Tese (Doutorado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. doi:10.11606/T.2.2009.tde-03062011-090910. Acesso em: 2023-05-23, p. 470

¹⁵⁶ MARQUES, Cláudia Lima. **Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 123 *apud* LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. **Validade e obrigatoriedade dos contratos de adesão eletrônicos (shrink-wrap e click-wrap) e dos termos e condições de uso (browse-wrap)**: um estudo comparado entre Brasil e Canadá. 2009. Tese (Doutorado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. doi:10.11606/T.2.2009.tde-03062011-090910. Acesso em: 2023-05-23, p. 469

¹⁵⁷ LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. **Validade e obrigatoriedade dos contratos de adesão eletrônicos (shrink-wrap e click-wrap) e dos termos e condições de uso (browse-wrap)**: um estudo comparado entre Brasil e

É possível que ocorra, também, o dolo. Nesse particular, na Apelação Cível nº 1000899-02.2021.8.26.0145¹⁵⁸, foi levantada, por parte da defesa da consumidora, a hipótese de anulação do negócio jurídico por ter sido “levada a erro” na contratação – o que na linguagem popular se usualmente se refere como “levar ao erro”, por definição do artigo 145 do Código Civil se denomina dolo¹⁵⁹. O caso em comento também se debruça sobre contrato eletrônico de adesão, com aplicação do CDC, por meio do qual se celebrou empréstimo consignado por meio de biometria facial. Extrai-se do relatório¹⁶⁰:

Apela a autora com vistas à inversão do julgado, argumentando invalidade da contratação eletrônica realizada por meio de biometria facial, vez que foi induzida a erro no momento da captura do “selfie” e jamais autorizou terceiros a efetuar as operações aqui questionadas.

No entanto, o pleito autoral pela invalidação foi improcedente, não logrando sucesso em comprovar a alegação de que a consumidora teria sido levada ao erro a contratar pelo aplicativo do banco.

Por se tratar do foro íntimo, interno e subjetivo do agente, demonstrar que a vontade declarada é dissonante ao que se verdadeiramente se pretendia encontra dificuldades nos elementos probatórios, como ensina Lorenzetti¹⁶¹:

Na contratação eletrônica podem ocorrer inúmeras situações, já que as partes se relacionam sem saber o lugar onde a outra atua, e podem desconhecer até mesmo o direito aplicável ou a existência de determinada norma, ou, com maior frequência, a interpretação que é feita pelos juízes do local. Nestas hipóteses, aplica-se a doutrina que considera que o erro de direito é anulável quando afeta o motivo principal da contratação.

O erro de fato invalidante é aquele que recai sobre um elemento essencial do ato e é escusável. Este tipo de erro pode ser frequente nas operações eletrônicas, como ocorre com o erro de tipo. O problema não é tanto relativo à admissibilidade da alegação do erro, mas sim o de sua prova.

(...)

A nulidade do ato em virtude do dolo é uma ação cabível. Na prática negocial ela tem sido pouco manejada na economia real, e provavelmente menos ainda na economia virtual, principalmente em virtude da dificuldade da ação e também porque existem

Canadá. 2009. Tese (Doutorado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. doi:10.11606/T.2.2009.tde-03062011-090910. Acesso em: 2023-05-23, p. 469

¹⁵⁸ O acórdão foi assim ementado: “*Apelação. Contratação eletrônica de empréstimo e cartão de crédito consignado por meio de biometria facial. Improcedência. Inconformismo da autora. Idoso. Aplicabilidade do CDC. Ausência de comprovação da efetiva manifestação da vontade e ciência inequívoca da contratação. Consumidor hipervulnerável. Validade da contratação não demonstrada. Fraude evidenciada. Precedentes da Corte. Cabimento de reparação por danos materiais e danos morais. Ação ora julgada parcialmente procedente. Recurso provido.*”

¹⁵⁹ Artigo 105, CC: “São os negócios jurídicos anuláveis por dolo, quando este for a sua causa”

¹⁶⁰ TJSP; Apelação Cível nº 1000899-02.2021.8.26.0145, Rel. Des. Luis Fernando Camargo de Barros Vidal, 14ª Câmara de Direito Privado, julgado em 24/06/2022

¹⁶¹ LORENZETTI, Ricardo L. **Comércio eletrônico**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, pp. 302-303

outros meios, como os de proteção do consumidor e a sanção em razão da publicidade enganosa etc.¹⁶²

Além disso, eventual dolo advindo do marketing do bem ou serviço comercializado na *Internet* pode violar disposições do Código de Defesa do Consumidor, como o dever de transparência que capitaneia a Política Nacional das Relações de Consumo, presente no artigo 4º, *caput*, ou o dever de informação, alçado à categoria de direito fundamental do consumidor pelo artigo 6º, III, do mesmo diploma legal¹⁶³.

De igual maneira incidem as outras regras aplicáveis aos contratos de adesão consumeristas e que podem oferecer maior arcabouço protetivo aos interesses do consumidor *on-line*. Quer dizer, então, que as mesmas regras que norteiam práticas comerciais abusivas, arroladas no artigo 39 do CDC, serão avaliadas e poderão ser aplicadas na potencial judicialização de uma contratação eletrônica de adesão frustrada. Ao mesmo passo, processualmente, há a possibilidade de inversão do ônus da prova, nos termos do artigo 6º, VIII do CDC, entre outros estipulados pelo mesmo diploma legal.

A maior viabilidade do manto protetor do CDC em detrimento das regras de vício de consentimento civilistas se justifica, ainda, tendo em vista o artigo 51, *caput*, do diploma legal. Nesse dispositivo, tem-se que as cláusulas abusivas são nulas de pleno direito e, portanto, podem ser declaradas como tal de ofício pelo juízo. Dessa forma, não se precisaria adentrar nas circunstâncias subjetivas do consumidor para a formação da vontade, bastaria atestar a abusividade e ilegalidade da cláusula para declará-la nula. Evidente ressalva, no entanto, há de ser feita considerando o artigo 51, §2º do CDC, em que resta estipulado que a nulidade de uma cláusula específica, via de regra, não nulifica o restante do instrumento contratual.

Em um exemplo prático: em um contrato de compra e venda realizado por meio de adesão em uma plataforma de varejo eletrônico, o consumidor pretendia comprar uma bolsa,

¹⁶² Percebe-se que, aqui, o autor defende que a consequência jurídica do negócio jurídico maculado por dolo é nulidade do ato. No entanto, cumpre lembrar que o autor é de nacionalidade estrangeira, se debruçando, portanto, sobre outro ordenamento jurídico que não o nacional. Dessa forma, conforme a redação do artigo 145 do Código Civil, o negócio jurídico maculado por dolo é passível de anulação e nulificação.

¹⁶³ Nas palavras de Claudia Lima Marques, especificamente sobre contratos de serviço: “*No plano da validade, praticamente inalterado, aparece a tendência de tratar estes atos de consumo, criadores de direitos para “consumidores-terceiros”, de acordo com a confiança despertada, superando a teoria do vício da vontade, uma vez que o fornecedor já não mais pode alegar erro e menos ainda dolus bonus, uma vez que o dever de informar, dever de segurança e dever de introdução no mercado apenas de serviços sem defeito foi imputado a ele imperativamente ex vi lege, sem possibilidade de disposição*”. In: MARQUES, Claudia Lima [et al.] **Contratos de serviços em tempos digitais [livro eletrônico]: contribuição para uma nova teoria geral dos serviços e princípios de proteção dos consumidores**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, 6 MB, e-PUB, 1ª ed, s.n.

acreditando possuir ter a sua cor preferida e o tamanho ideal para portá-la ao trabalho. No entanto, quando recebe o produto em sua casa, percebe que comprou na realidade uma bolsa em miniatura de coloração distinta daquela apresentada na imagem da oferta. Seria juridicamente possível alegar erro sobre elementos essenciais do produto e, portanto, anular o negócio jurídico, com base no artigo 139, I, CC. Tal tese necessitaria do arcabouço probatório destinado a demonstrar que a vontade interna do indivíduo foi formulada em cima de características irreais do produto e que, sem elas, não teria celebrado a avença.

Ao mesmo tempo, se verificado que o fornecedor não especificou as corretas características do produto em seu *site*, estaria constatada a violação do dever de informar, incorrendo potencialmente em publicidade enganosa por omissão, nos termos do artigo 36, §3º, CDC. Dessa maneira, a demonstração dessa circunstância jurídica parece mais viável e próxima ao consumidor do que a primeira, de modo a potencializar a tutela dos seus interesses e tornar facilitado o alcance à reparação.

Perceba-se que, em certa medida, as duas aplicações legislativas tentam por preservar a real vontade do consumidor, de modo a salvaguardar sua liberdade comercial nas contratações. Dessa forma, tem-se que, apesar de juridicamente possível sustentar uma tese de vício de consentimento em um contrato eletrônico consumerista de adesão, alegar abusividade das cláusulas contratadas ou da prática comercial pode ser tese argumentativa mais frutífera ao consumidor lesado na contratação eletrônica.

CONCLUSÃO

Ante o exposto, tem-se que é possível concluir pela natureza civil-consumerista dos contratos de adesão eletrônicos, atraindo para si tanto a aplicação das regras gerais sobre vícios do consentimento como o manto protetor do Código de Defesa do Consumidor.

Através da pesquisa, foi possível concluir que os contratos eletrônicos nada mais são que uma nova forma de contratar, celebrando as mesmas avenças que se perfectibilizavam no mundo físico, na Rede. Quer dizer então que os contratos eletrônicos não são um novo tipo contratual que desafia a natureza jurídica do instituto, mas sim uma nova roupagem à figura tradicional do direito civil e consumerista.

Apesar de existirem múltiplas formas de contratação eletrônica, o trabalho se debruçou sobre os contratos eletrônicos interativos, figuras mais corriqueiras ao consumidor internauta.

E, assim como a grande maioria dos contratos consumeristas, esses contratos são quase que exclusivamente celebrados em forma de contratos de adesão.

Para investigar a declaração de vontade nos novos contratos eletrônicos, portanto, o trabalho voltou até as teorias da formação da vontade contratualista e das diferentes hipóteses sobre a natureza jurídica da adesão ao direito civil. Nesse particular, foi constatada a prevalência da teoria objetiva da vontade, aquela que valoriza a declaração da vontade, sua forma exteriorizada, bem como constatado que a adesão é consagrada como forma válida de consentimento e, portanto, pode ser viciada.

Aplicando os conceitos tradicionais da vontade ao estudo sobre a contratação eletrônica, averiguou-se que a adesão eletrônica é forma válida de vontade, corolário da liberdade de formas do artigo 107 do Código Civil. Consequentemente, sob o ponto de vista prático, a contratação por cliques e por biometria facial são exemplos de manifestação da vontade em meio eletrônico.

De igual forma, olhando-se sob um prisma mais teórico, seja por cliques, seja por biometria facial, a vontade manifestada em meio eletrônico pode também ser maculada por vício de consentimento. No entanto, o que se aferiu foi uma potencial dificuldade probatória por parte do consumidor de demonstrar que o clique – ou o autorretrato reconhecido por aplicativo – não condiz com a vontade interna real do contratante.

Felizmente, essa conclusão não significa deixar o consumidor internauta condenado à árdua tarefa de provar a (má)formação da vontade no seu foro íntimo, vez que, em sendo inegável a natureza consumerista desse tipo de contratação, são aplicáveis as normas de proteção ao consumidor do diploma legal.

REFERÊNCIAS

ALENCAR, Ana Catarina de. **Inteligência Artificial, Ética e Direito: Guia prático para entender o novo mundo.** São Paulo: Expressa, 2022

AMORIM, Fernando Sérgio Tenório. **Autonomia da Vontade nos Contratos Eletrônico Internacionais de Consumo.** Curitiba: Juruá, 2012

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico: existência, validade e eficácia.** 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002

BARRETO, Ricardo Menna. **Contrato eletrônico como cibercomunicação jurídica.** In: Revista Direito GV, São Paulo 5(2), jul. – dez, 2009, pp. 443-458

BARROS, João Pedro Leite. *Os Contratos de Consumo Celebrados pela Internet. Um Estudo de Direito Comparado Luso-Brasileiro.* In: ATAÍDE, Rui Paulo C. de M.; BARATA, Carlos Lacerda (coords). **Estudos de direito do consumo.** vol. v. Lisboa: AAFDL, 2017

BONINI, Paulo Rogério. *Apontamentos sobre o tratamento legal da manifestação da vontade nos negócios jurídicos.* In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello (Coord.) **Estudos em homenagem a Clóvis Beviláqua por ocasião do centenário do Direito Civil codificado no Brasil.** São Paulo: Escola Paulista de Magistratura, 2018, pp. 145-167

COELHO, Fábio Ulhoa. **A Internet e o comércio eletrônico.** Tribuna do Direito. Setembro de 1999

_____. **Contratos eletrônicos: conceito e prova.** Tribuna do direito, São Paulo, 2000

COMPARATO, Fábio Konder. **A civilização capitalista: para compreender o mundo em que vivemos.** 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014

COUTO, José Henrique de Oliveira. **Liberdade contratual e vida privada do consumidor: o problema do click-wrap agreements no contrato eletrônico.** In: Revista de Direito e as Novas Tecnologias, vol. 19/2023, abr – jun, 2023, Disponível em Revista dos Tribunais Online: <<https://www.revistadostribunais.com.br>>, acesso em 07.06.2023

DICKIE, John. **Producers and consumers in EU e-commerce law.** Portland: Hart Publishing, 2005

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro.** Teoria geral do direito civil. vol. 1. 29ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012

GOMES, Orlando. **Contrato de adesão: condições gerais dos contratos.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972

_____. **Contratos.** 27ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019

GRAMSTRUP, Erik Frederico. **Contratos eletrônicos: formação, consentimento, lei e jurisdição aplicável.** In: Revista de Direito Recuperacional e Empresa, vol. 8, 2018, abr. – jun., 2018. Disponível em Revista dos Tribunais Online: <<https://www.revistadostribunais.com.br>>, acesso em 07.06.2023

GUERREIRO, Carolina Dias Tavares. *Contratos Eletrônicos e a Aplicação do Código de Defesa do Consumidor*. In: Valdir de Oliveira Rocha Filho; Ana Carolina Horta Barreto [et al] (coord). **O direito e a internet**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002

JUNQUEIRA, Miriam. **Contratos eletrônicos**. Rio de Janeiro: Mauad, 1997

LAWAND, Jorge José. **Teoria geral dos contratos eletrônicos**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003

LEAL Sheila do Rocio Cercal Santos. **Contratos eletrônicos: validade jurídica via internet**. São Paulo: Atlas, 2009

LEÃO, Luana da Costa. **As relações negociais eletrônicas**. In: Revista de Direito Empresarial, vol. 6, 2014, nov. -dez., 2014, pp. 59 - 70 Disponível em Revista dos Tribunais Online: < <https://www.revistadostribunais.com.br> >, acesso em 07.06.2023

LEVI, Alessandro. **Teoria Generale Del Diritto**. 2ª ed, CEDAM: Padova, 1967

LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. *Contratos de adesão eletrônicos (shrink-wrap e click-wrap) e os termos de condições de uso (browse-wrap)*. In: LIMA, Cíntia Rosa Pereira de.; NUNES, Lydia Neves Bastos Telles (coord.). **Estudos avançados de direito digital**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014

_____. **Validade e obrigatoriedade dos contratos de adesão eletrônicos (shrink-wrap e click-wrap) e dos termos e condições de uso (browse-wrap): um estudo comparado entre Brasil e Canadá**. 2009. Tese (Doutorado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. doi:10.11606/T.2.2009.tde-03062011-090910. Acesso em: 2023-05-23

LORENZETTI, Ricardo L. **Comércio eletrônico**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004

MAMEDE, Gladston. **Direito empresarial brasileiro. Teoria geral dos contratos**. vol. 5. São Paulo: Atlas, 2010

MARQUES, Claudia Lima [et al.] **Contratos de serviços em tempos digitais** [livro eletrônico]: contribuição para uma nova teoria geral dos serviços e princípios de proteção dos consumidores. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, 6 MB, e-PUB, 1ª ed.

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

_____. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor [livro eletrônico]: o novo regime das relações contratuais**. 3ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, 6 MB, e-PUB, 3ª ed baseada na 9ª ed impressa

MARTINS, Guilherme Magalhães. **Contratos eletrônicos de consumo**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2016

MELO, Diogo L. Machado de. **Cláusulas contratuais gerais, cláusulas abusivas e o código civil de 2002**. Dissertação (mestrado em Direito Civil). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2006

MIRAGEM, Bruno. *Novo paradigma tecnológico, mercado de consumo e o direito do consumidor*. In: MARTINS, Guilherme Magalhães; LONGHI, João Victor Rozatti (Co-ords.). **Direito digital: direito privado e Internet**. 4. ed. Indaiatuba: Foco, 2021

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado. [livro eletrônico]: Tomo III**. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, e-book baseada na ed. de 2012

MODENESI, Pedro. *Contratos eletrônicos de consumo: aspectos doutrinário, legislativo e jurisprudencial*. In: MARTINS, Guilherme Magalhães; LONGHI, João Victor Rozatti (Co-ords.). **Direito digital: direito privado e Internet**. 4. ed. Indaiatuba: Foco, 2021

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 32ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010

NETO, Marcilio José da Cunha. **Manual de Informática**. Rio de Janeiro: Destaque, 2002

NEVES, Thiago Ferreira Cardoso. *Contratos eletrônicos*. In: SOUZA, Sylvio Capanema de.; WENER, J. G. Vasi; NEVES, Thiago F. Cardoso. **Direito do Consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 2018

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil. Contratos**. vol. 3. 24ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020

_____. **Instituições de direito civil. Introdução ao direito civil. Teoria geral de direito civil**. vol. 1. 31ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018

PERRONI, Otávio Augusto Buzar. **O contrato eletrônico no Código Civil Brasileiro**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2007

PINHEIRO, Patrícia Peck. **Contratos digitais ou eletrônicos: apenas um meio ou uma nova modalidade contratual?** In: Revista dos Tribunais, vol. 966/2016, abr. 2016, p. 21 – 40. Disponível em Revista dos Tribunais Online: < <https://www.revistadostribunais.com.br> >, acesso em 23.05.2023

_____. **Direito digital**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013

PRATA, Ana. **A Tutela constitucional da autonomia privada**. Coimbra: Almedina, 2017,

QUEIROZ, Regis Magalhães Soares de. *Assinatura digital e o tabelião virtual*. In: LUCCA, Newton de; SIMAO FILHO, Adalberto (coords.). **Direito e Internet - aspectos jurídicos relevantes**. 1ª ed., São Paulo-Bauru: Edipro, 2000, p. 371-418

RÁO, Vicente. **Ato jurídico. Noção, pressupostos, elementos essenciais e acidentais**. O problema do conflito entre os elementos volitivos e a declaração. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997

REBOUÇAS, Rodrigo Fernandes. **Contratos eletrônicos: formação e validade - aplicações práticas**. 2ª ed. São Paulo: Almedina, 2018

RIZZATTO NUNES, Luiz Antonio. **Os contratos de adesão nas relações de consumo.** Rev. do Advogado, São Paulo, jul. 2012. v. 116, p. 193-203

SANTOS, Manoel. J. Pereira dos. **Aspectos legais do comércio eletrônico: contratos de adesão.** In: Revista de Direito do Consumidor, vol. 36/2000, out-dez 2000, pp. 105-129, out-dez 2000, pp. 105-129. Disponível em Revista dos Tribunais Online: <<https://www.revistadostribunais.com.br>>, acesso em 23.05.2023

SCHMIDT NETO, André Perin. **Contratos na sociedade de consumo [livro eletrônico]: vontade e confiança.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, 1,69 MB, PDF, e-book baseada na 1ª ed. impressa

SCHREIBER, Anderson. Contratos eletrônicos e consumo. **Revista Brasileira de Direito Civil, [S. l.]**, v. 1, n. 01, 2017

TJMG, Agravo de Instrumento nº 1.0000.22.070412-6/001, Rel. Des. Lílian Maciel, 20ª Câmara Cível, julgado em 22/06/2022

TJSP; Apelação Cível nº 1000371-55.2022.8.26.0428, Rel. Des. Heloísa Mimessi, 23ª Câmara de Direito Privado, julgado em 30/05/2023

TJSP; Apelação Cível nº 1000899-02.2021.8.26.0145, Rel. Des. Luis Fernando Camargo de Barros Vidal, 14ª Câmara de Direito Privado, julgado em 24/06/2022

TJSP; Apelação Cível nº 1003909-57.2021.8.26.0047, Rel. Des. Achile Alesina, 15ª Câmara de Direito Privado, julgado em 22/11/2021

TOIGO, Daiille Costa. **Contratos eletrônicos: validade, formação, segurança e regulação.** In: Revista de Direito e as Novas Tecnologias., vol. 19/2023, abr.- jun., 2023. Disponível em Revista dos Tribunais Online: <<https://www.revistadostribunais.com.br>>, acesso em 07.06.2023

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: parte geral.** 18ª ed. São Paulo, Atlas, 2018