



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO
GRADUAÇÃO EM DIREITO

**O DIREITO CONSUMERISTA DESAFIADO PELAS NOVAS DINÂMICAS DO
COMÉRCIO ELETRÔNICO:**
UMA ANÁLISE DA RESPONSABILIDADE DOS SITES INTERMEDIADORES

Kessya Milena Viana Pereira

Orientador: Thiago Luís Santos Sombra

Brasília-DF

2017



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO
GRADUAÇÃO EM DIREITO

**O DIREITO CONSUMERISTA DESAFIADO PELAS NOVAS DINÂMICAS DO
COMÉRCIO ELETRÔNICO:**
UMA ANÁLISE DA RESPONSABILIDADE DOS SITES INTERMEDIADORES

Autor: Kessya Milena Viana Pereira

Orientador: Thiago Luís Santos Sombra

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Brasília como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Brasília-DF

2017

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO
GRADUAÇÃO EM DIREITO

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Brasília como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

**O DIREITO CONSUMERISTA DESAFIADO PELAS NOVAS DINÂMICAS DO
COMÉRCIO ELETRÔNICO:**
UMA ANÁLISE DA RESPONSABILIDADE DOS SITES INTERMEDIADORES

KESSYA MILENA VIANA PEREIRA

Aprovada por:

BANCA EXAMINADORA

Prof. Thiago Luís Santos Sombra
Orientador

Prof. Paulo Burnier da Silveira

Prof. Bruno Rangel Avelino da Silva

Brasília-DF

2017

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, agradeço a Deus que é gracioso e soberano em todos os seus propósitos. Por meio do Seu sustento, amparo e consolo pude concluir esse trabalho, que apresento com muita gratidão. Meu maior desejo é que eu possa honrar e glorificar o nome do SENHOR a cada dia do meu viver, nas coisas pequenas e grandes, onde quer que Ele queira.

Agradeço à minha mãe Katia Silva Viana e ao meu pai Ivan Marques Pereira, por tantos anos dedicados ao meu crescimento e educação, em especial minha mãe que de maneira amável, firme e perspicaz me incentivou a correr atrás dos meus sonhos. Agradeço à minha irmã Keyna Milena Viana Pereira por estar sempre presente.

Agradeço à Universidade de Brasília por permitir que eu conhecesse pessoas verdadeiramente inteligentes, críticas e articuladas para o conhecimento jurídico. Agradeço pelo empenho do corpo docente, direção e funcionários. Todos foram fundamentais para a minha formação acadêmica.

Agradeço ao meu orientador Thiago Luís Santos Sombra pelo irretocável trabalho como mestre. Sua dedicação, incentivo e correções, não só nesses últimos meses, mas sim ao longo de todos esses anos de graduação, foram essenciais na minha forma de ver o Direito.

Agradeço ao meu melhor amigo e companheiro Luís Felipe Heringer pelo constante cuidado, pelo carinho e pela habilidade em tornar tudo mais leve e me fazer sorrir mesmo nos momentos mais desafiadores.

Agradeço aos amigos Emilio Garófalo, Flávio Heringer, Bianca Heringer, Andréia Heringer, Henrique Amorim, Letícia Heringer, Giovanna Vilela, Luíza Malheiro, Tchainyse Mussi, e outros tantos que oraram por mim e estiveram ao meu lado me orientando, alegrando e motivando a progredir nas minhas responsabilidades.

Agradeço aos demais que de alguma forma fizeram parte da minha formação como pessoa e contribuíram para esse momento de conclusão de curso. Certamente eu gostaria de citar muitos nomes, mas seria impossível em tão pouco espaço. Sou grata pela vida de cada um e por tê-los conhecido.

RESUMO

O presente estudo perfaz uma abordagem analítica quanto às relações virtuais de consumo em decorrência do surgimento da *Internet* e da massificação das novas tecnologias. Para tanto, observa-se como a legislação brasileira tem sido aplicada ao comércio eletrônico, um novo meio de interação comercial que tem crescido expressivamente no Brasil. Nesse sentido, o Código de Defesa do Consumidor revela-se como texto normativo prospectivo e protetivo dos interesses dos consumidores virtuais, dotado de fortes bases principiológicas aplicáveis à essa relação jurídica. Também se ressalta a necessidade de regulação específica sobre o tema, que tem se respaldado no Código de Defesa do Consumidor e no Decreto 7.962, de 2013, vez que os contratos eletrônicos apresentam novos desafios às noções clássicas de quem contrata, onde contrata, quando contrata, como contrata e o quê contrata. Trata-se ainda da vulnerabilidade do consumidor no que diz respeito ao ambiente virtual de intensa publicidade e oferta online. Por fim, faz-se uma análise quanto a responsabilidade civil dos *sites* que se apresentam como intermediadores do comércio eletrônico à luz do Código de Defesa do Consumidor e da orientação jurisprudencial atual, utilizando-se como paradigma as condenações do *site* Mercado Livre.

PALAVRAS-CHAVE: Internet; Comércio eletrônico; Legislação brasileira; Código de Defesa do Consumidor; Princípios; Relação virtual de consumo; Contrato eletrônico; Publicidade e oferta online; Sites intermediadores; Responsabilidade Civil; MercadoLivre.com.br; Jurisprudência;

ABSTRACT

The current study performs an analytical approach concerning virtual consumer relations which arose after the advent of Internet and the mainstreaming of new technologies. For this purpose, the Brazilian legal framework is described from the point of view of its applicability in the electronic market, as a new mechanism of commercial interaction, which have considerably grown in Brazil. In this regard, the Consumer Protection Code reveals itself as a prospective normative text that also protects the interests of virtual consumers and is equipped with firm baseline of principles applied to this juridical relation. It is important to be highlighted the necessity of a specific regulation about the theme, which has been depending on the Consumer Protection Code and the 7.962/2013 decree. This need is stemming from the new challenges that electronic contracts present, beyond the classical contractual notions of who, where, when, how and what is part of the contract and by what means they mutually relate. Those new challenges affect the consumer vulnerability as well, foremost when it comes to the virtual environment of massive advertisement and online offers. Lastly, the study presents an analysis of the civil liability of websites which display themselves as intermediators inside the e-commerce. This analysis was guided by the hermeneutical understandings of the Consumer Protection Code and the most recent precedents inclinations, focusing on the condemnations of Mercado Livre.

KEYWORDS: Internet. E-commerce. Brazilian legal framework. Consumer Protection Code. Principles. Virtual consumer relations. Electronical contracts. Online Offers. Intermediators websites. Precedents.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
CAPÍTULO 1: A APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR EM PLATAFORMAS DIGITAIS	10
1.1 O <i>e-commerce</i> e a legislação brasileira.....	10
1.2 As premissas teóricas e as delimitações do comércio eletrônico no Brasil.....	13
1.3 A aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor em plataformas digitais: uma análise também principiológica.....	19
1.3.1 Projeto de Lei sobre a atualização do Código de Defesa do Consumidor e a regulamentação do comércio eletrônico	25
CAPÍTULO 2: A RESPONSABILIDADE CIVIL DO INTERMEDIADOR FRENTE AO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.....	27
2.1 Contratos eletrônicos.....	27
2.2 Os desafios da contratação via <i>Internet</i> : quem contrata, onde contrata, quando contrata, como contrata e o quê contrata.....	28
2.3 Publicidade e oferta na <i>Internet</i>	37
2.4 A responsabilidade civil dos <i>sites</i> de intermediação no âmbito do comércio eletrônico à luz do Código de Defesa do Consumidor.....	42
CAPÍTULO 3: ANÁLISE DE CASO DO <i>SITE</i> MERCADO LIVRE.....	47
3.1 As condenações da empresa Mercado Livre como intermediadora de relações de consumo.....	47
3.1.1 Entendimento dos Tribunais de Justiça.....	51
3.1.2 Entendimento do Superior Tribunal de Justiça: a diferença entre Provedor e Intermediador.....	55
3.2 A teoria do risco aplicada aos <i>sites</i> de intermediação de comércio eletrônico.....	59
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	61
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	63

INTRODUÇÃO

A *Internet* revolucionou o conhecimento, a geração de pesquisa, a comunicação e a forma de interação social na sociedade moderna. Com base no mundo virtual, surge um novo tipo de comércio e relação de consumo, que mais tarde receberá o nome de comércio eletrônico.

Vive-se hoje a chamada Era da Informação Digital que, de um lado, trouxe inúmeros benefícios e facilidades ao consumidor por aumentar sua liberdade de escolha e ampliar seu acesso a um grande número de informações sobre produtos e fornecedores em um curto espaço de tempo.

Porém, de outro lado, acredita-se que o consumidor estaria mais vulnerável e submisso às práticas comerciais difundidas no ambiente virtual. As dificuldades decorrentes da falta de familiaridade com o acesso também contribuíram para o desenvolvimento de vulnerabilidades relacionadas com a tecnologia. Isso porque na relação comercial digital o fornecedor é o detentor de amplo poder informacional, técnico e de linguagem.

Dessa forma, reconhecendo a vulnerabilidade do consumidor e buscando estabelecer uma política nacional das relações de consumo, em setembro de 1990, surgiu no Brasil o Código de Defesa do Consumidor.

A proteção dos direitos do consumidor está calcada na Constituição Federal e no Código Civil. A Constituição Federal de 1988 elevou à categoria de direito fundamental a defesa do consumidor (artigo 5º, XXXII), que tornou-se um princípio de ordem econômica (artigo 170, V).

Com a promulgação do Código de Defesa do Consumidor o cenário de desigualdade entre o fornecedor e o consumidor pôde ser transformado. Agora a sociedade de consumo passou a ser detentora de uma série de direitos e proteções garantidas na legislação especializada.

Contudo, ainda que o Código de Defesa do Consumidor seja uma norma prospectiva, isto é, com texto normativo abstrato e apto para ser aplicado à novas formas de consumo, não pôde prever o surgimento do comércio eletrônico e nem os desafios introduzidos por ele.

Nesse sentido, em um primeiro momento serão abordadas as interações do *e-commerce* com o ordenamento brasileiro em vigência, bem como a especialidade do Decreto 7.962/2013 que regulamentou o Código de Defesa do Consumidor para dispor sobre a contratação no comércio eletrônico, abrangendo, por exemplo, o direito de informação, atendimento facilitado e o direito de arrependimento nas contratações eletrônicas.

Para a delimitação do estudo, será analisado o conceito de comércio eletrônico e os impressionantes números de crescimento dessa forma de consumo no Brasil, que tem conquistado um número cada vez maior de consumidores.

Como o Código de Defesa do Consumidor se funda também em alicerces principiológicos, é fundamental perceber que a boa-fé e a confiabilidade são princípios com aplicação cogente às relações de consumo, seja no mundo real ou virtual.

Tais princípios possuem uma importância fundamental no equilíbrio contratual das relações de consumo, além de fomentar a segurança jurídica, algo caro nas trocas em meios virtuais. Assim, em diversos momentos será trazido ao debate a força que esses princípios têm na relação de consumo e como a modernidade virtual tem feito para garanti-los.

Ainda será estudado como o Código de Defesa do Consumidor vem lidando com as novas problemáticas decorrentes do comércio eletrônico e as peculiaridades que estão tornando necessárias atualizações nessa legislação, bem como regulamentações mais particulares para esse tipo de relação consumerista.

Será traçado um panorama do Projeto de Lei nº 281/2012, que atualiza o Código de Defesa do Consumidor, trazendo deveres e penalidades para os fornecedores do comércio eletrônico, sendo uma proposta de alteração dentro do próprio Código Consumerista.

Em um segundo momento serão estudados aspectos formais cogentes para a validade dos contratos eletrônicos e como estes se diferenciam dos contratos clássicos, vez que fazem emergir novos deveres, direitos e paradigmas na relação de consumo. Ainda será abordada de que maneira se configura a responsabilidade civil dos sites intermediadores do comércio eletrônico.

Já no terceiro capítulo será feita a análise de casos em que o *site* Mercado Livre tem figurado no polo passivo de ações decorrentes de problemas nas relações de consumo na *Internet*, e, por fim, como a teoria do risco aplica-se a esses intermediadores.

Desse modo, o presente trabalho tem o singelo objetivo de fomentar o debate jurídico em torno do fenômeno do comércio eletrônico nas relações jurídicas privadas, além de analisar como tem ocorrido a aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos contratos de consumo eletrônico, sem pretensões de conceber respostas definitivas para todas as questões polêmicas.

CAPÍTULO 1: A APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR EM PLATAFORMAS DIGITAIS

1.1 O e-commerce e a legislação brasileira

O surgimento da *Internet* e a intensificação, nas últimas três décadas, das relações negociais de massa fizeram parecer que o meio mais eficiente de realizar convivência e contratações seria a própria rede mundial de computadores. Sophia Martini Vial destaca que essa nova forma de contratação tem trazido ao debate acadêmico diversas discussões, dentre as quais destaca-se a lei aplicável¹.

No Brasil, a legislação que protege o direito do consumidor está ancorada na Constituição Federal de 1988. Isso porque no artigo 48 das suas Disposições Transitórias, houve a determinação taxativa de elaboração em 120 dias de um Código de Defesa do Consumidor. Assim, a Constituição deu diretrizes para que o consumidor pudesse ser protegido por um diploma normativo específico, sólido e seguro.

Ainda na Constituição encontra-se o artigo 5º, XXXII, que elevou a proteção do consumidor à categoria de direito fundamental do cidadão. Além disso, no artigo 170, V está consolidado que a ordem econômica deverá observar os princípios da defesa do consumidor.

No âmbito infraconstitucional, e muito depois do prazo fixado pelo legislador constituinte (conforme ADCT 48), foi promulgada a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Trata-se do Código de Defesa do Consumidor, um conjunto de normas e diretrizes orientados para garantir direitos e deveres dos consumidores, mas também dos fornecedores de produtos e serviços.

O legislador do Código de Defesa do Consumidor, após estabelecer em seus três primeiros artigos a classificação da norma como de ordem pública e interesse social, traçou as diretrizes de uma Política Nacional de Consumo, dentre os quais cumpre ressaltar o respeito à dignidade dos consumidores, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a transparência e a harmonia das relações de consumo.²

O artigo 4º do referido Código elenca alguns princípios como: reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor, efetivas ações do Estado no sentido de proteger o consumidor, harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo, a adequação da proteção dada ao consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, sempre com base na boa fé e equilíbrio entre as partes, a

¹ VIAL, Sophia Martini. **Contratos de comércio eletrônico de consumo: desafios e tendências**. Revista de Direito do Consumidor vol. 80/2011 p. 334.

² Artigos 1º a 4º do Código de Defesa do Consumidor.

informação do consumidor quanto aos direitos e deveres, a coibição de abusos praticados no mercado de consumo e o estudo constante das modificações no mercado de consumo.

Já o artigo 6º estabelece os direitos básicos do consumidor, entre os quais se destacam a liberdade de escolha, a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos coercitivos ou desleais, modificação de cláusulas contratuais, etc.

Portanto, os artigos 4º e 6º do Código de Defesa do Consumidor dão subsídios normativos para o entendimento dos princípios basilares que devem reger as relações de consumo, que são essencialmente relações obrigacionais. Destaca-se os princípios da harmonia, comportamento das partes com base na boa-fé e a transparência das relações de consumo³.

Mais recente do que o Código de Defesa do Consumidor, é o Código Civil de 2002, diploma brasileiro que rege relações privadas de forma ampla. O Código Civil traz ao direito brasileiro os mesmos princípios já presentes no Código de Defesa do Consumidor, como a função social dos contratos, boa-fé objetiva, etc.

Cláudia Lima Marques explica que não haveria entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil um conflito de princípios, somente um conflito de normas quando o campo de aplicação de ambos os diplomas fosse o mesmo no caso concreto. Quando há a convergência de princípios afirma-se que há um diálogo entre fontes⁴.

O diálogo de fontes⁵ propõe que o Código Civil seja lido e interpretado em conjunto com o Código de Defesa do Consumidor, pois o diálogo dessas normas

³ Nelson Nery afirma que “um dos pilares fundamentais das relações de consumo é o princípio da boa-fé, equidade e equilíbrio, que deve prescindir toda e qualquer relação de consumo” (NERY JUNIOR, Nelson. **Os princípios gerais do Código brasileiro de Defesa do Consumidor**, RDC, n.3, São Paulo: RT, p.44).

⁴ Cláudia Lima Marques afirma que “A convergência de campos de aplicação pode levar ao ‘conflito’, já a convergência de princípios é o caminho para o ‘diálogo’ entre fontes. Mesmo considerando que princípios são ‘normas’, aqui a eficácia maior é sua teleologia ou função no sistema visto como um todo.” (MARQUES, Claudia Lima. **Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o Novo Código Civil: do “diálogo das fontes” no combate às cláusulas abusivas**. Revista de Direito do Consumidor, v. 45, 2003, p.71).

⁵ Claudia Lima Marques traz a seguinte explicação sobre o diálogo das fontes: “Em seu curso de Haia, de 1995, o mestre de Heidelberg, Erik Jayme, ensinava que, diante do pluralismo pós-moderno de um direito com fontes legislativas plúrimas, ressurgiu a necessidade de coordenação entre as leis do mesmo ordenamento, como exigência para um sistema jurídico eficiente e justo. Efetivamente cada vez mais se legisla, nacional e internacionalmente, sobre temas convergentes. A pluralidade de leis é o primeiro desafio do aplicador da lei contemporâneo. A expressão usada comumente era ‘conflito de leis no tempo’, a significar que haveria uma ‘colisão’ ou conflito entre os campos de aplicação destas leis. Assim, por exemplo, uma lei anterior, como o Código de Defesa do Consumidor de 1990, e uma lei posterior, como o Código Civil brasileiro de 2002, estariam em ‘conflito’, daí a necessária ‘solução do conflito’ através da prevalência de uma lei sobre a outra e a consequente exclusão da outra do sistema (ab-rogação, derrogação e revogação). (...) O grande mestre de Heidelberg propõe então a convivência de uma segunda solução ao lado da tradicional: a coordenação destas fontes. Propõe uma coordenação flexível e útil (*effet utile*) das normas em conflito no sistema, a fim de restabelecer a sua coerência, isto é, uma mudança de paradigma: da retirada simples (revogação) de uma das normas de conflito no sistema jurídico (ou do ‘monólogo’ de uma só norma possível a ‘comunicar’ a solução justa) à convivência destas normas, ao diálogo das normas para alcançar sua *ratio* à finalidade ‘narrada’ ou ‘comunicada’ em ambas. Na belíssima expressão de Erik Jayme, é o atual e necessário ‘diálogo das fontes’ (*dialogue des sources*)”. (BENJAMIN,

promoveria uma melhor prestação jurídica sob a ótica da tutela normativa nas relações privadas tanto virtuais quanto reais.

Quando as relações de consumo virtuais são analisadas sob a ótica do Código Civil e Código do Consumidor, deve haver um diálogo de fontes, porque o princípio da boa-fé objetiva orienta dois diplomas, sendo a aplicação conjunta dessas normas uma tutela mais eficaz e completa dos interesses do consumidor.

A título de direito comparado, cumpre mencionar que em 1996, a Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional (Uncitral), promoveu a edição da lei considerada modelo para o comércio eletrônico. Com a medida visou-se a uniformização de regras sobre o tema, propondo as principais normas a serem adotadas no âmbito das legislações nacionais⁶.

No Brasil está em vigor o Decreto 7.962, de 15 de março de 2013, que regulamentou o Código de Defesa do Consumidor para dispor sobre a contratação no comércio eletrônico, abrangendo o direito de informação, atendimento facilitado e o direito de arrependimento nas contratações eletrônicas.

O artigo 2º do referido Decreto traz um imperativo aos fornecedores do comércio eletrônico, vez que determina a disponibilização de uma série de informações em sítios eletrônicos. Pode-se afirmar que esse artigo é um incentivo claro ao direito de informação na relação de consumo virtual. Além disso, a disposição visa trazer transparência na relação de consumo virtual, exigindo que os vendedores virtuais organizem as informações sobre os dados do fornecedor, características do produto, preço, condições da oferta e quaisquer restrições à fruição da oferta.

O artigo 3º do Decreto 7.962/2013 dispõe sobre os sítios eletrônicos destinados às ofertas de compras coletivas que deverão fornecer, além das disposições do artigo 2º, quantidade mínima de consumidores para a efetivação do contrato, prazo para utilização da oferta, identificação do fornecedor.

O artigo 3º vem para regulamentar algo que há muito carecia de normatização: as compras coletivas. Nessa modalidade de consumo eletrônico *sites* lançam ofertas

Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 30-32).

⁶ "A Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional (Uncitral) é um órgão subsidiário da Assembleia Geral. Desempenha uma função de relevo no desenvolvimento do enquadramento jurídico do comércio internacional, através da preparação de textos legislativos sobre a modernização do direito comercial internacional, para uso dos Estados e através da elaboração de textos não legislativos sobre transações comerciais, para uso das partes. Os textos legislativos da Uncitral visam a venda internacional de bens, a resolução de disputas comerciais internacionais, incluindo a arbitragem e a conciliação, o comércio eletrônico; a insolvência, incluindo a insolvência transfronteiriça, o transporte internacional de bens; os pagamentos internacionais, a aquisição e o desenvolvimento de infraestruturas; e os títulos de crédito. Os textos de carácter não legislativo incluem as regras de conduta nos processos de arbitragem e de conciliação; notas sobre a organização e condução de processos arbitrais; e guias jurídicos sobre contratos de construção industrial e de trocas comerciais." Disponível em: <http://www.dgpj.mj.pt/sections/politica-legislativa/anexos/lei-modelo-uncitral/downloadFile/file/Lei-modelo_uncitral.pdf?nocache=1305106921.57>. Último acesso em 05/06/2017.

que exigem um número mínimo de participantes em um tempo determinado. A atividade é amplamente explorada por *sites* como Groupon e Peixe Urbano.

É interessante notar também a disposição do artigo 4º do Decreto 7.962/2013. Nele, percebe-se uma clara articulação do princípio da boa-fé objetiva⁷. Isso porque a norma enumera obrigações aos fornecedores com o objetivo de facilitar o atendimento do consumidor, como: apresentar sumário do contrato antes da contratação, possibilidade de identificação de erro nas etapas do processo de compra, disponibilização do contrato eletrônico, confirmação de contratação e outros.

Também está em vigor, desde 23 de junho de 2014, o Marco Civil da Internet, chamado de Constituição da Internet. A Lei nº 12.965 de 2014 estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil de forma ampla.

Vale o destaque, também, do Decreto 7.963, de 15 de março de 2013, que instituiu o Plano Nacional de Consumo e Cidadania e criou a Câmara Nacional das Relações de Consumo. Em seu artigo 2º, VII o legislador trouxe uma preocupação com a proteção dos dados dos consumidores virtuais, *in verbis*:

Art. 2º São diretrizes do Plano Nacional de Consumo e Cidadania:
(...) VII - autodeterminação, privacidade, confidencialidade e segurança das informações e dados pessoais prestados ou coletados, inclusive por meio eletrônico.

Finalmente, cumpre a referência a diversos Projetos de Lei (PL) que tramitam no Congresso Nacional e pretendem regulamentar pontos específicos do comércio eletrônico. São exemplos: o PL 1.483/1999, o PL 1.589/1999, o PL 4.906-A/2001, o PL 6.965/2002, o PL 7.093/2002, o PL 104/2011, o PL 2.367/2011, o PL 3.200/2012, o PL 3.607/2012, o PL 4.189/2012 e o PL 281/2012. Nesse estudo, veremos especialmente as disposições do PL 281/2012 que pretende alterar o próprio Código de Defesa do Consumidor e oferecer regulamentação mais efetiva ao comércio eletrônico.

Dessa maneira, muito embora não exista legislação específica que regule o comércio eletrônico, cabe aos aplicadores do direito visualizar nos contratos firmados nas plataformas digitais a natureza típica dos contratos de consumo, aplicando por analogia os princípios, deveres e direitos decorrentes de outras espécies contratuais.

O imperativo constitucional para a proteção do direito do consumidor é claro, logo, aplica-se majoritariamente o Código de Defesa do Consumidor, o Código Civil e as legislações esparsas às controvérsias que tem como origem o comércio eletrônico.

⁷ EMERIM, Camila Candido. **Contratos eletrônicos de consumo: panorama doutrinário, legislativo e jurisprudencial atual**. Revista de Direito do Consumidor: RDC, v. 23, n. 91, p. 367-393, jan./fev. 2014. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/77198>>. Último acesso em 05/07/2017.

1.2 As premissas teóricas e as delimitações do comércio eletrônico no Brasil

Para o presente estudo, é importante traçar premissas teóricas a respeito do conceito de comércio eletrônico. Muitos doutrinadores classificam o comércio eletrônico como a transação comercial feita através da *Internet*⁸, que vem se consolidando nos últimos anos por apresentar consideráveis incentivos econômicos⁹.

Cláudia Lima Marques destaca que desde a década de 90, surgiu um espaço novo na seara do comércio com os consumidores, que é a própria *Internet*. O comércio eletrônico seria a troca comercial realizada entre fornecedores e consumidores que acontece através de contratações à distância, conduzidos em meios eletrônicos¹⁰.

Assim, o comércio eletrônico é aquele que gera contratos eletrônicos. É possível afirmar que o comércio eletrônico é o gênero, do qual contrato eletrônico é espécie¹¹. Caso o contrato eletrônico firmado seja de consumo, será um contrato eletrônico de consumo, uma subespécie de contrato eletrônico.

Ricardo Luís Lorenzetti explica que a definição de comércio eletrônico é muito ampla, o que poderia gerar certa confusão. Ele destaca que “A comissão da União Europeia, numa comunicação denominada ‘uma iniciativa europeia em matéria de direito eletrônico’ (COM. 97.157), define-o como o ‘desenvolvimento da atividade comercial e de transação por via eletrônica, e compreende atividades diversas: a comercialização de bens e serviços por via eletrônica, a distribuição online de conteúdo digital, a realização por via eletrônica de operações financeiras e de bolsa, a obra pública por via eletrônica e todo procedimento deste tipo celebrado pela administração pública’.”¹²

Portanto, ao contrário do que a maioria dos usuários pensa, o comércio eletrônico não está restrito às relações privadas, podendo envolver o setor público também. Ele abrange transações comerciais que acontecem via eletrônica, operações financeiras via meios eletrônicos no mercado de capitais e outros.

⁸ O conceito é dado pelo site <https://www.e-commerce.org.br/o-que-e-e-commerce/> (Último acesso em 09/06/2017).

⁹ Camila Candido Emerim destaca em seu artigo que as razões para a consolidação do comércio eletrônico são diversas, como: “a redução de custos e do processo de distribuição e de intermediação, a possibilidade de operar ininterruptamente, a superação das barreiras nacionais e o aumento da velocidade nas transações.” (EMERIM, Camila Candido. **Contratos eletrônicos de consumo: panorama doutrinário, legislativo e jurisprudencial atual**. Revista de Direito do Consumidor: RDC, v. 23, n. 91, p.367-393, jan./fev. 2014. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/77198>>. Último acesso em 05/07/2017).

¹⁰ MARQUER, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

¹¹ SANTOLIM, Cesar Viterbo. **Os princípios de proteção do consumidor e o comércio eletrônico no direito brasileiro**. Revista de Direito do Consumidor, vol. 14, n. 55, p. 59, jul.-set. 2005

¹² LORENZETTI, Ricardo Luis. **Comércio eletrônico**. Trad. Fabiano Menke. Notas Cláudia Lima Marques. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 91-92.

Outra diferenciação extremamente importante para a delimitação do conceito de comércio eletrônico é a nomenclatura utilizada para as partes envolvidas na relação jurídica. Isso porque o comércio eletrônico pode tratar da relação jurídica entre comerciantes e empresários, e nesse caso será chamado de “B2B” (*business to business*), mas pode também se referir a relação entre consumidor e fornecedor, chamada de “B2C” (*business to consumer*).¹³

Maria Eugênia Finkelstein¹⁴ consolidou que as relações do tipo “B2B” “envolvem relações comerciais entre empresas quanto à comercialização de produtos e prestação de serviços entre produtores, fabricantes, fornecedores e importadores, sem a participação direta do consumidor final” e as do tipo “B2C” “são as relações de consumo do tipo fornecedor-consumidor”.

O objeto desse trabalho será a relação jurídica classificada como “B2C”, pois será analisada a contratação à distância no comércio eletrônico com consumidores.

Portanto, o conceito de comércio eletrônico envolve dois critérios: a referência do meio empregado, que pode ser de “redes abertas ou fechadas de computadores”¹⁵ e a averiguação das partes que integram a relação jurídica “com ou sem a presença de consumidores.”¹⁶

Sobre o meio empregado na relação jurídica, cabe destacar que o comércio eletrônico abrange, não somente as relações comerciais ocorridas na *Internet*, mas sim à modalidade de contratação celebrada à distância, em que oferta e aceitação ocorrem exclusivamente por meios eletrônicos¹⁷.

A especificação de que o comércio eletrônico ocorre na *Internet* retira do conceito uma série de relações de consumo que são tratadas à distância e se aperfeiçoam por meios eletrônicos.

Dessa maneira, é correto afirmar que o meio eletrônico não é somente a rede mundial de computadores, podendo abranger também todos os meios de comunicação telemática, tais como fax, telefone, *e-mail*, celulares, *Internet*, etc¹⁸.

¹³ SANTOLIM, Cesar Viterbo. **Os princípios de proteção do consumidor e o comércio eletrônico no direito brasileiro**. Revista de Direito do Consumidor, vol. 14, n. 55, jul.-set. 2005.

¹⁴ FINKELSTEIN, Maria Eugênia. **Direito do Comércio Eletrônico**. 2.ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

¹⁵ A maioria das relações de consumo eletrônicas acontecem em redes abertas. Segundo Cesar Viterbo Santolim, “os dois modos mais conhecidos de comércio eletrônico são: (1) o intercâmbio eletrônico de dados (EDI [Eletronic Data Interchange]), entre sistemas fechados de computadores e (2) os negócios através da Internet, em redes abertas de computador.” (SANTOLIM, Cesar Viterbo. **Os princípios de proteção do consumidor e o comércio eletrônico no direito brasileiro**. Revista de Direito do Consumidor, vol. 14, n. 55, p.60-61, jul.-set. 2005).

¹⁶ SANTOLIM, Cesar Viterbo. **Os princípios de proteção do consumidor e o comércio eletrônico no direito brasileiro**. Revista de Direito do Consumidor, vol. 14, n. 55, p.62, jul.-set. 2005.

¹⁷ GARCIA JÚNIOR, Armando Alvares. **Contratos via internet**. São Paulo: Aduaneiras, 2007, p.275.

¹⁸ MULHOLLAND, Caitilin. **Internet e contratação: Panorama das relações contratuais eletrônicas de consumo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 86-87.

Sabe-se, por exemplo, que uma compra online que se utiliza da informática pode ser feita pelo *Instagram*, *Facebook*, *Whatsapp*, em lojas virtuais ou até mesmo nos chamados *marketplaces*, como a *Amazon*, Mercado Livre e outros.

A premissa teoria do comércio eletrônico é que a relação jurídica entre as partes se aperfeiçoa à distância e em meios eletrônicos, sendo diversos os meios eletrônicos em que o consumo pode ocorrer.

Essa nova forma de comércio é um desdobramento nítido da expansão da *Internet*, que embora seja intrinsecamente relacionado ao comércio eletrônico, não é o único meio em que ocorre, mas sem dúvida foi o meio que mais propagou essa forma de consumo.

O comércio eletrônico é um fenômeno atual e complexo. Tem características plúrimas e multifacetadas, é marcado pela transnacionalidade, permeia-se da desumanização do contrato e da impessoalidade. É um acontecimento novo, “por sua fluidez, complexidade, distância, simultaneidade ou atemporalidade, desterritorialidade e objetividade ou autonomia”.¹⁹

Superada essa diferença conceitual, é impressionante analisar o *boom* social e econômico gerado pelo comércio eletrônico. No Brasil, o *e-commerce* está crescendo até 30% por ano a sua participação no mercado de vendas e as projeções estimam o dobro do crescimento em menos de cinco anos²⁰. De fato, as expectativas para o setor são muito positivas, sobretudo em razão das novas gerações já nascerem ambientadas com a *Internet*.

O crescimento contínuo do comércio eletrônico é impulsionado por diversos fatores, dentre os quais se destacam a maior utilização da *Internet* e o acesso popular a smartphones. O acesso ao *World Wide Web* no Brasil já passou da metade da população, atingindo aproximadamente 52% dos cidadãos em julho de 2015, segundo dados do IBOPE²¹.

Além disso, o aumento das vendas de *smartphones* cresceu absurdamente nos últimos anos. A pesquisa do IBOPE Inteligência para a Qualcomm mostra que passou

¹⁹ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 121

²⁰ Os dados foram coletados pelo site: <<https://www.e-commerce.org.br/qual-o-impacto-social-que-o-e-commerce-esta-fazendo-na-Atualidade/>>. (Último acesso em 10/06/2017).

²¹ A empresa B2W Digital é uma das maiores empresas de comércio eletrônico no Brasil e faz uma pequena abordagem sobre o crescimento do comércio eletrônico no Brasil em seu site: <https://www.b2wdigital.com/institucional/comercio-eletronico-no-brasil> (último acesso em 10/06/2017). Para a empresa, o crescimento do *e-commerce* é impulsionado por quatro fatores: a maior utilização da *Internet*, o aumento do hábito de compras *online* entre os usuários de *Internet*, crescimento de banda larga total (fixa e móvel) e o sortimento ilimitado de produtos em lojas virtuais, que não possuem a deficiência de limitação de espaço de prateleira e não necessitam replicar estoques em várias lojas.

de 19% em 2014 para 40% em 2016 a quantidade de brasileiros que possuem smartphone²².

Desde 2000 a empresa Ebit acompanha a evolução do varejo digital e desde 2001 produz o *Webshoppers*, que atualmente é o estudo de maior credibilidade sobre o comércio virtual brasileiro. Ele visa traçar o rumo do mercado de compras *online* por meio da coleta de dados em mais de 21 mil lojas virtuais conveniadas. Como um dos destaques do *e-commerce* no ano de 2016 a empresa afirma que o faturamento foi de R\$ 44,4 bilhões, com crescimento nominal de 7,4% em relação a 2015, quando registrou-se R\$ 41,3 bilhões²³. Veja:

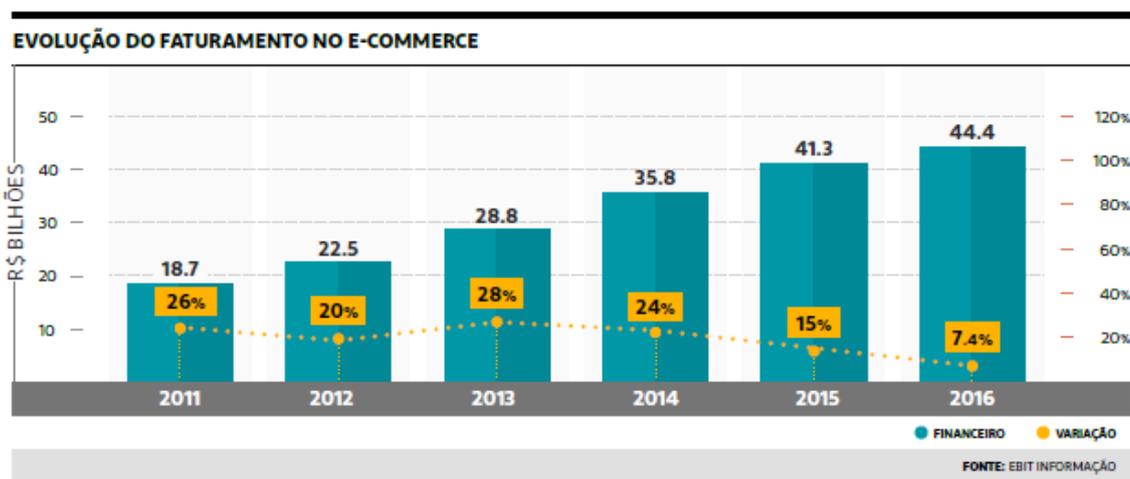


Figura 1: Evolução do faturamento no comércio eletrônico no Brasil (em bilhões)

Em sua pesquisa a Ebit aponta também que no ano de 2016, cerca de 21,5% das transações foram realizadas por meio de dispositivos móveis, como *smartphones* ou *tablets* e 78,5% por meio de computador ou *notebook*.

Outro fator interessante que o relatório *Webshoppers* traz é que o comércio eletrônico tem caminhado na contramão do decréscimo da economia, conforme lê-se no relatório:

O ano de 2016 foi fortemente marcado pelo crescimento do desemprego no Brasil, atingindo quase 12% da população economicamente ativa no país, de acordo com a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio (PNAD) do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). (...) Em meio a este conturbado cenário nacional, o comércio eletrônico permaneceu caminhando na contramão do restante do mercado, apresentando novamente crescimento em 2016, porém para atingir resultados positivos, os varejistas on-line precisaram investir em tecnologia e inovação e, principalmente, na

²² Em notícia publicada pelo IBOPE em agosto de 2016, é feito um panorama do crescimento de vendas de *smartphone* no Brasil, que praticamente dobrou em apenas dois anos. O acesso é possível em: <http://www.ibopeinteligencia.com/noticias-e-pesquisas/usuarios-de-smartphones-no-brasil-duplicam-em-dois-anos/> (último acesso em 10/06/2017).

²³ A empresa Ebit disponibiliza anualmente um relatório sobre os índices no comércio eletrônico. É possível ter acesso ao relatório por meio da inscrição no site www.ebit.com.br (último acesso em 11/06/2017).

melhora dos processos operacionais, na busca por maior rentabilidade e sobrevivência.²⁴

Além disso, o relatório traz uma evolução incrível a respeito da quantidade de consumidores virtuais. Segundo o relatório, 48 milhões de consumidores brasileiros fizeram pelo menos uma compra virtual em 2016, representando, assim, um aumento de 22% se comparado ao ano de 2015.

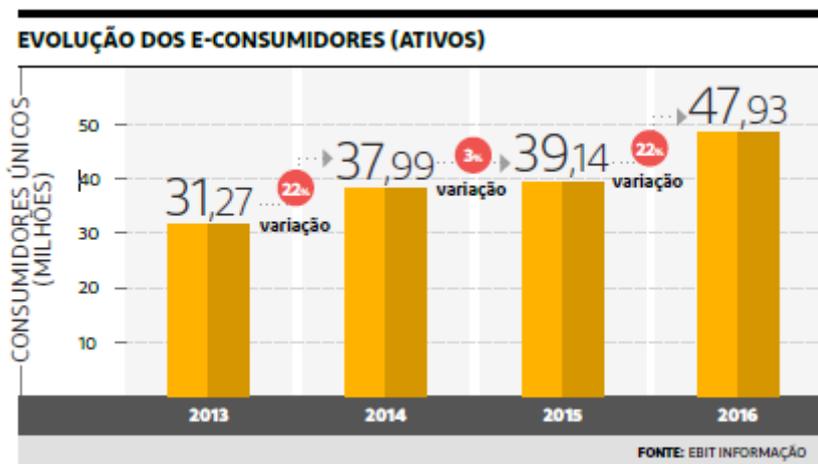


Figura 2: Evolução do número de e-consumidores (em milhões)

O comércio eletrônico tem transformado o hábito das pessoas também. Não há mais a necessidade de se deslocar até o centro comercial da cidade para fazer compras, nem tampouco é necessário ir a outro país para obter um produto específico, porque por meio da *Internet* é possível fazer tudo em casa, com comodidade.

Segundo o relatório *Webshoppers* em termos de volume de pedidos, a categoria moda e acessórios é a campeã de compras *online*, com 13,6%. Em seguida, com 13,1% vem eletrodomésticos e com 12,2% livros, assinaturas e apostilas²⁵.

Outro fator que chama a atenção dos consumidores é que os preços no comércio *online* são muitas vezes mais baixos do que os praticados em estabelecimentos físicos, em razão da linha direta traçada entre consumidor e fornecedor, o que acaba tornando os preços melhores e mais baratos do que os ofertados no varejo e lojas físicas²⁶.

Contudo, há que se destacar um paradigma no desenvolvimento do comércio virtual: a falta de confiança do consumidor em relação ao fornecedor²⁷. Outro fator

²⁴ A informação foi coletada da avaliação 360° do *e-commerce* em 2016, disponível no Relatório *Webshoppers* da empresa EBit, disponível em www.ebitempresa.com.br (último acesso em 11/06/2017).

²⁵ Relatório *Webshoppers* disponível em www.ebitempresa.com.br (último acesso em 11/06/2017).

²⁶ FINKELSTEIN, Maria Eugênia. **Direito do Comércio Eletrônico**. 2.ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p.38.

²⁷ MARQUES. Cláudia Lima. Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor: **um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p 52-53.

atrelado a esse paradigma é a dificuldade de rastreamento da entrega dos produtos, porque o sistema de entrega de mercadorias no Brasil ainda é deficiente²⁸.

A desconfiança generalizada dos consumidores é um dos obstáculos às contratações e tem afetado as vendas *online*. Os navegantes da Internet estão cada vez mais preocupados com sua privacidade na rede, segundo pesquisa realizada pelas empresas Ipsos e pelo *Centre for International Governance Innovation* em 24 países. No Brasil, 42% dos usuários que responderam à pesquisa dizem que a falta de confiança é o principal motivo para não comprarem na web²⁹.

Ainda no Brasil, a pesquisa pôde compilar que 66% dos usuários atribuem as causas de sua preocupação com a privacidade *online* ao governo. Este é um fato, no mínimo, alarmante. Cada dia mais se fala sobre a vulnerabilidade dos usuários e na necessária proteção de dados na rede, sem que nenhuma medida efetiva seja tomada pelo governo.

Acontece que a *Internet* tem formado gigantes com acesso a dados privados da população. O *Google* pode ver o que as pessoas pesquisam, o *Facebook* o que elas compartilham e a *Amazon* o que elas compram. Esse maior compartilhamento de dados pode estar tomando rumos perigosos e ameaçando a privacidade³⁰.

A desconfiança e a proteção de dados são os maiores desafios da chamada Era da Informação. A autora Cláudia Lima Marques afirma que é necessário que se redescubra o princípio da confiança, para que, da mesma forma que o princípio da boa-fé serviu de guia para o direito privado no século XX, a confiança possa representar a eficácia nas novas dinâmicas apresentadas ao direito privado.³¹

1.3 A aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor em plataformas digitais: uma análise também principiológica

A defesa do direito do consumidor só ganhou efetividade após o reconhecimento da existência de relações negociais em massa. Percebeu-se que a suposta igualdade dos homens, tão defendida nos séculos XVIII e XIX, era completamente desprovida de

²⁸ FINKELSTEIN, Maria Eugênia. **Direito do Comércio Eletrônico**. 2.ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p.42.

²⁹ Os dados foram divulgados em notícia do dia 25/04/2017 no site Valor Econômico, que pode ser acessada em: http://www.valor.com.br/empresas/4947526/falta-de-confianca-na-internet-afeta-vendas?utm_source=newsletter_tectel (último acesso em 11/06/2017).

³⁰ A matéria do jornal *The Economist*, do dia 06/05/2017, traz um paralelo interessante afirmando que há 1 século o recurso em questão era o petróleo, mas que o petróleo da Era Digital possui outro nome: dados. O acesso pode ser feito através do link: <http://www.economist.com/news/leaders/21721656-data-economy-demands-new-approach-antitrust-rules-worlds-most-valuable-resource> (último acesso em 11/06/2017).

³¹ MARQUES, Cláudia Lima. **Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p 52-53.

correspondência com a realidade prática e, por isso, o Estado precisava atuar para garantir a defesa dos direitos da parte mais fraca.³²

O ideal de igualdade não tardou em se revelar quebrado diante da realidade e da ganância humana, sobretudo nas relações contratuais, em que o negociante dispunha de condições econômicas e sociais, além de persuasão e poder decisório quanto aos termos contratuais. As relações contratuais tinham cada vez mais ligação com a realidade econômica, o que exigiu do Estado o dever de tutelar o contratante mais vulnerável na relação jurídica.

Como já mencionado em tópico anterior, no Brasil a proteção do consumidor foi primeiramente prevista no artigo 5^a, XXXII da Constituição Federal de 1988, com o objetivo de oferecer equilíbrio e proteção na relação consumerista. Em seguida, os direitos dos consumidores passaram a ter fulcro mais específico na letra do Código de Defesa do Consumidor e em diversas legislações esparsas.

Vários são os princípios inseridos nos artigos do Código de Defesa do Consumidor, mas serão abordados aqui apenas os mais importantes para o desenvolvimento desse trabalho.

Como dito, o Estado, reconhecendo a falibilidade dos ideais de liberdade e igualdade dos contratantes, precisou intervir nas relações de consumo a fim de proteger a parte mais vulnerável. Para isso, ele criou imperativos normativos que limitaram a autonomia da vontade e relativizaram o princípio da obrigatoriedade dos pactos³³.

Cláudia Lima Marques ensina que a visão clássica do contrato foi aos poucos dando lugar a uma restrição na liberdade de contratar. Isso porque os sistemas de produção, distribuição e contratação em massa, fizeram surgir os contratos previamente elaborados por uma das partes, em que o consumidor somente adere às cláusulas contratuais escritas³⁴. Esse é o surgimento dos contratos de adesão, tão presentes nas contratações eletrônicas.

Se a concepção clássica do contrato continha a combinação das vontades de duas partes, agora os contratos passam a ter fins sociais, ou seja, passam a ser um

³² O autor David Schnaid, citando Alf Ross, destaca que “essa batalha contra os princípios sociais progressistas alcançou culminação dramática quando, depois da grande depressão de 1929, o presidente Roosevelt iniciou sua *New Deal* na década de 1939-1940. A Suprema Corte declarou a inconstitucionalidade de diversas leis dirigidas a uma restauração construtiva da vida econômica do país (...). Só depois de 1937 a Suprema Corte dos EEUU aceitou o intervencionismo do governo na economia, da nova ideologia econômica, mudando sua interpretação em face da Constituição” (SCHNAID, David. **A interpretação jurídica constitucional**, v.733, São Paulo: Revista dos Tribunais, p.31).

³³ ESSER, Josef. **Principio y norma em la elaboración jurisprudencial del derecho privado**. Barcelona: Bosch, 1961, p.102.

³⁴ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 52.

meio de cooperação com o objetivo de atingir resultados conforme os propósitos do contrato³⁵.

Dessa maneira, o princípio da harmonização nas relações de consumo é um dos mais relevantes princípios nas novas interações contratuais de consumo. Isso porque os contratos de consumo assumem a nova função de equilibrar as duas partes contratantes, com relação a visão social do contrato, da segurança jurídica e da boa-fé.

Por outro lado, o princípio da boa-fé é o pano de fundo nas relações contratuais. Desde o direito canônico a boa-fé estava ligada a inexistência de pecado, com fundo na atuação ética e não lesiva³⁶. Mais tarde surgirá a distinção entre boa-fé objetiva e subjetiva.

A boa-fé objetiva seria a obrigação de cumprir os deveres emergentes do contrato – lealdade – e a necessidade jurídica de levar em conta os interesses da outra parte – confiança³⁷. O direito alemão sintetiza a boa-fé objetiva como *Treu und Glauben*.

Ruy Rosado de Aguiar Jr. observa que “a utilização da cláusula da boa-fé implica a criação de uma norma para o caso de acordo com os dados objetivos que ele mesmo apresenta, atendendo à realidade social e econômica em que o contrato opera, ainda que isso o leve para fora do círculo de vontade”³⁸.

Logo, a boa-fé objetiva opera como uma consciência dentro do próprio caso em que as partes estão envolvidas. A consciência funciona conforme as características próprias que o caso apresenta e em conformidade com os ditames da realidade social e econômica em que o contrato opera. A boa-fé objetiva serve como um balizador justo de boa conduta contratual.

Maria Pezzella afirma que:

A fim de facilitar a atividade jurisdicional, muitos dos deveres decorrentes da boa-fé objetiva mereceram, no Código de Defesa do Consumidor, previsão legal específica, permitindo que a fundamentação das decisões judiciais se baseiem diretamente na lei³⁹.

Existem duas cláusulas no Código de Defesa do Consumidor que falam sobre a boa-fé de forma expressa: o artigo 4º, III e o artigo 51, IV. O artigo 4º, III do Código de Defesa do Consumidor impõe uma obrigação ampla às partes, consistente no comportamento correto em todas as fases contratuais. O referido artigo possui a seguinte redação:

³⁵ WILHELMSSON, Thomas. **Regulação de cláusulas contratuais**. Revista de Direito do Consumidor, vol. 18. p. 9

³⁶ ROCHA, António Manuel da; MENEZES, Cordeiro. **Da boa fé no direito civil**. Porto: Almedina, 2001.

³⁷ Idem

³⁸ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **A Boa-fé na relação de consumo**. Revista de Direito do Consumidor, n. 14, p.24-25, abr./jun. 1995. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/411>>. Acesso em: 05 julho 2017.

³⁹ PEZZELLA, Maria Cristina Cereser. **O princípio da boa-fé objetiva no direito privado alemão e brasileiro**. Revista de Direito do Consumidor n. ° 23, v. 24, 1997, p.211.

Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: ([Redação dada pela Lei nº 9.008, de 21.3.1995](#)) (...). III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica ([art. 170, da Constituição Federal](#)), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores

Já o artigo 51, IV do mencionado Código determina a função interpretativa da boa-fé nos contratos, dando como válidas ou inválidas as cláusulas contratuais existentes⁴⁰. *In verbis*:

Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:
(...)
IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;

A inclusão de princípios tem exatamente o papel de transcender as possibilidades previstas no tempo da atividade legislativa, permitindo maior eficácia e prospecção na aplicação da norma. Atualmente o texto de defesa do consumidor encontra novos obstáculos em razão das transformações dinâmicas da vida em sociedade. Certamente, a promulgação da lei, por mais habilidosa que fosse, não poderia prever cada complexidade que viria no futuro.

As problemáticas trazidas pela vida moderna acabaram evidenciando lacunas no Código Consumerista. Tais lacunas precisam ser sanadas para que haja eficácia na prestação da tutela jurisdicional e isso só se dará através de uma atualização normativa.

Um dos grandes exemplos das transformações imprevisíveis é justamente a contratação de produtos e serviços por meios eletrônicos. Contudo, é necessário falar que ainda que surjam novos meios de aperfeiçoamento e contratação nas relações consumeristas, as regras do Código de Defesa do Consumidor são autoaplicáveis, uma vez que discorre-se sobre o direito do consumidor. Além do mais, no Brasil, a proteção do consumidor possui *status* de direito fundamental em razão da previsão constitucional e da legislação especial, não podendo ser afastada.

O novo cenário de relações virtuais de consumo colocou perante o Código de Defesa do Consumidor problemas como a despersonalização e a desmaterialização, a

⁴⁰ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p.110.

desterritorialização, a atemporalidade e a desconfiança dos consumidores⁴¹. A esse respeito, a doutrinária Cláudia Lima Marques expõe que:

(...) a nova linguagem visual, fluida, rápida, agressiva, pseudo-individual e massificada dos negócios jurídicos de consumo à distância pela internet propõe desafios sérios para o direito privado, em especial para o Direito do Consumidor e o seu paradigma moderno da "boa-fé" nas relações contratuais. Em outras palavras, o uso de um meio virtual, ou a entrada em uma cultura visual leva a uma perda de significado ou de eficiência do princípio da boa-fé, que guiou o direito privado e, em especial, o consumidor no século XX. Para alcançar a mesma eficácia em tempos virtuais pós-modernos, parece-me necessário evoluir para o uso de um paradigma mais "visual" (de "aparência"), de menos fidelidade e personalização (*fides*), de menos eticidade (valoração - bona) e sim de mais socialidade (qualquer forma de "declaração" vincula o profissional organizador da cadeia de fornecimento) e de coletiva repersonalização (realizar as expectativas legítimas de todo um grupo difuso de consumidores virtuais), a confiança, o modelo-mãe da boa-fé! O direito privado do século XXI deve evoluir para redescobrir o princípio da confiança." ⁴²

Dessa forma, percebe-se que a confiança tem se tornado um paradigma nas relações de consumo virtuais, sendo a sua redescoberta proposta como o avanço conquistado pela boa-fé nas relações contratuais que permearam o consumo no século XX. De fato, a confiança do consumidor é um problema na contratação eletrônica, talvez pela falta de familiaridade, ausência de domínio técnico por parte do consumidor ou ainda a falta de leis que efetivamente trabalhem para a proteção do consumidor virtual.

Sob a ótica do paradigma da confiança, é preciso destacar a preocupação com a proteção de dados dos usuários. A veiculação e a transferência de informações obtidas por fornecedores ou terceiros e armazenadas em arquivos de consumo são um problema sério. Muitas vezes os dados de transações ficam salvos nos servidores dos fornecedores, se transformando em mercadoria entre empresas do *e-commerce*.

Embora a Constituição Federal, por exemplo, disponha em seu artigo 5º, inciso X que são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, ainda não há na legislação brasileira normas que tratem de forma específica sobre o direito à privacidade do usuário da *Internet*. Enquanto isso, tem se aplicado os princípios e regras existentes no ordenamento jurídico. Esta é a importância de se esclarecer os princípios presentes no Código Consumerista e aplicáveis às relações de consumo eletrônicas.

⁴¹ MARQUES, Cláudia Lima. **Proteção do consumidor no comércio eletrônico e a chamada nova crise do contrato: por um direito do consumidor aprofundado**. Revista de Direito do Consumidor: RDC, v. 15, n. 57, p.12-13, jan./mar. 2005. Disponível em: < <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/87953>>. Último acesso em: 05 julho 2017.

⁴² Idem.

A doutrina majoritária e a jurisprudência têm feito o possível para enquadrar as práticas abusivas nas relações de consumo como afronta aos princípios da boa fé objetiva e do direito básico à informação, com amparo legal no artigo 6º, III do Código de Defesa do Consumidor, *in verbis*:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

(...)

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

É importante pontuar que a relação de consumo possui intrínseca a necessidade de confiança entre as partes. Como dito, essa ideia remonta da própria *Treu und Glauben* do direito alemão, legislação que influenciou fortemente a organização do ordenamento jurídico brasileiro.

O princípio da boa-fé objetiva, ou seja, a legítima expectativa criada para a parte contratante, alcançando todas as fases contratuais, se desdobra no princípio da transparência, que tem como premissa a informação clara e precisa sobre o produto ou serviço que está sendo comercializado, bem como sobre o contrato de compra a ser firmado pelo usuário.

A Constituição Federal previu no seu artigo 5º, XIV, que é assegurado a todos o acesso à informação. Sendo assim, incumbe ao fornecedor a responsabilidade pelas informações que veicula, assim como o dever de apresentar informações corretas, claras, precisas e ostensivas sobre as características, qualidades, origem, dados e possíveis riscos que o produto possa causar à saúde e segurança dos consumidores, nos termos do artigo 31 do Código de Defesa do Consumidor.

Com isso, o Código de Defesa do Consumidor atribuiu ao princípio da transparência uma importância especial, exemplo disso é o disposto no artigo 49 do referido Código: “O consumidor pode desistir do contrato, no prazo de sete dias a contar de sua assinatura ou do ato de recebimento do produto ou serviço, sempre que a contratação de fornecimento de produtos ou serviços ocorrer fora do estabelecimento comercial, especialmente por telefone ou domicílio”. Esse direito será estudado mais à frente.

Na contratação eletrônica, o princípio da confiança é fundamental. Por meio dele as partes contratantes criam a legítima expectativa de que a outra parte honrará com o contrato. De um lado, consumidor espera receber o produto ou serviço que adquiriu, por outro lado, o fornecedor espera receber a quantia ajustada no contrato.

Nesse sentido, é imperioso que os legisladores e aplicadores do direito partam da premissa de que o Código de Defesa do Consumidor é totalmente aplicável às relações jurídicas desenvolvidas no *e-commerce*, devendo buscar a aplicação dos princípios nele contidos para garantir o mesmo grau de proteção que é despendido aos contratantes no mundo real.

1.3.1 Projeto de Lei sobre a atualização do Código de Defesa do Consumidor e a regulamentação do comércio eletrônico

Como defendido, o comércio eletrônico possui sim um aparato legislativo aplicável que, mesmo desatualizado e cheio de lacunas, tem sido usado para a proteção do consumidor virtual. Contudo, com o objetivo de proteger este consumidor de forma mais específica contra as problemáticas decorrentes do desenvolvimento do comércio eletrônico, surgiu o Projeto de Lei nº 281/2012. O projeto propõe a criação de uma nova seção no Código do Consumidor para tratar de comércio eletrônico.

É por esse motivo que estudaremos mais a fundo o referido Projeto de Lei, que dentre tantos, busca oferecer texto normativo específico e inserido dentro do Código para o consumidor que realiza contratações por meio eletrônico.

O projeto é o resultado do árduo trabalho da Comissão de Juristas do Senado, presidida pelo Ministro Antônio Herman Benjamin, com o apoio de nomes como Cláudia Lima Marques, Ada Pellegrini Grinover, Leonardo Roscoe Bessa, Roberto Pfeiffer e Kazuo Watanabe.

Em declaração para o Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor (BRASILCON) o Ministro Antônio Herman Benjamin afirmou que

O CDC é uma grande conquista da cidadania brasileira, mas como toda lei, sofre os efeitos do tempo. Daí a necessidade de atualizar esta magnífica obra do legislador brasileiro, em especial no que concerne ao comércio eletrônico - que nem existia na época - as ações coletivas e a prevenção do superendividamento do consumidor. Estes temas são estratégicos para que o CDC continue efetivo e central na regulação do pujante mercado de consumo brasileiro (...)⁴³.

Sobre a criação de uma nova seção destinada à tutela dos consumidores do comércio eletrônico, o projeto traz em sua justificação que:

A crescente complexidade das relações de consumo demanda a previsão de princípios que reforcem a proteção do consumidor frente a novos desafios, principalmente os relacionados com o diálogo com outras fontes normativas, a segurança nas transações, bem como a proteção da autodeterminação e privacidade de seus dados. É igualmente imprescindível a introdução de uma seção específica sobre

⁴³ Para maiores informações, visitar o sítio disponível em: <<http://brasilcon.org.br/atualizacao-do-cdc>>. Último acesso em: 05/07/2017.

a proteção dos consumidores no âmbito do comércio eletrônico, em razão da sua expressiva utilização. Se, à época da promulgação do Código de Defesa do Consumidor, o comércio eletrônico nem sequer existia, atualmente é o meio de fornecimento a distância mais utilizado, alcançando sucessivos recordes de faturamento. Porém, ao mesmo tempo ocorre o aumento exponencial do número de demandas dos consumidores. As normas projetadas atualizam a lei de proteção do consumidor a esta nova realidade, reforçando, a exemplo do que já foi feito na Europa e nos Estados Unidos, os direitos de informação, transparência, lealdade, autodeterminação, cooperação e segurança nas relações de consumo estabelecidas através do comércio eletrônico. Busca-se ainda a proteção do consumidor em relação a mensagens eletrônicas não solicitadas (spams), além de disciplinar o exercício do direito de arrependimento⁴⁴.

Com o texto de justificação fica claro que o Projeto busca solucionar as novas demandas dos consumidores que se utilizam do comércio eletrônico para comprar. As normas propostas atualizam a lei de proteção do consumidor a uma nova realidade, com base nos direitos de informação, transparência, lealdade, autodeterminação, cooperação e segurança nas relações de consumo virtuais.

Em termos gerais, as novas regras previstas no texto do projeto tratam da divulgação dos dados do fornecedor, da proibição expressa de recebimento de *spams*, do direito de arrependimento da compra, delimitação de penas para práticas abusivas contra o consumidor, menção expressa à teoria do diálogo das fontes e outros.

Outras inovações que o projeto promete é a vedação da veiculação, hospedagem, exibição, utilização, compartilhamento, doação ou qualquer outra forma de ceder ou transferir dados, informações ou identificadores pessoais, sem a expressa autorização e consentimento informado do seu titular, conforme o artigo 5º, II do Projeto.

Além disso, o projeto legisla sobre o direito de arrependimento nas contratações eletrônicas, equiparando a contratação à distância aquela que, mesmo realizada dentro do estabelecimento do fornecedor, não for capaz de possibilitar ao consumidor o contato direto com o produto ou serviço.

O direito de arrependimento na contratação eletrônica está expresso no artigo 49 do Projeto:

Art. 49. O consumidor pode desistir da contratação a distância, no prazo de sete dias a contar da aceitação da oferta ou do recebimento ou disponibilidade do produto ou serviço, o que ocorrer por último. § 3º Equipara-se à modalidade de contratação prevista no § 2º deste artigo aquela em que, embora realizada no estabelecimento, o consumidor não teve a prévia oportunidade de conhecer o produto ou serviço, por não se encontrar em exposição ou pela impossibilidade ou dificuldade de acesso a seu conteúdo

⁴⁴ Para maiores informações, visitar o sítio disponível no seguinte link: <http://www.senado.gov.br/senado/codconsumidor/pdf/Anteprojetos_finais_14_mar.pdf>. Último acesso em: 05/07/2017.

De fato, o projeto é muito bem redigido e se apresenta como uma solução às lacunas normativas do comércio eletrônico, cuja proposta é oferecer uma nova redação dentro do Código destinado à proteção dos interesses do consumidor.

Contudo, a última movimentação do Projeto, datada no dia 04/11/2015, é a remessa à Câmara dos Deputados para revisão, nos termos do artigo 65 da Constituição Federal, onde foi determinado o encerramento da tramitação⁴⁵. Alguns dias antes, no dia 28/10/2015, a tramitação destaca a aprovação do substitutivo do Projeto de Lei do Senado nº 281, de 2012. A discussão foi encerrada, sem apresentação de emendas, em turno suplementar, porque a matéria foi dada como definitivamente adotada.

Em que pese os avanços proporcionados pelo Decreto nº 7.962/2013 é imprescindível que haja a aprovação do PL 281/2012, com o ideal de garantir maior segurança do consumidor virtual com normas que efetivamente tratem da evolução tecnológica e alcance objetivos, além dos constitucionais, que todos anseiam: como o desenvolvimento socioeconômico e o aperfeiçoamento das relações de consumo e prevenção de litígios.

CAPÍTULO 2: A RESPONSABILIDADE CIVIL DO INTERMEDIADOR FRENTE AO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

2.1 Contratos eletrônicos

Muitos livros doutrinários e manuais de direito civil e empresarial publicados no Brasil tem tratado os contratos eletrônicos como um novo gênero de contrato que afastaria a noção de direito civil pátrio e exigiria uma legislação própria em razão dos diversos desafios extemporâneos às normas aplicáveis.

Como exemplo desse entendimento, Gustavo Testa Corrêa afirma:

A economia está mudando. As transações de bens materiais continuam importantes, mas as transações de bens intangíveis, em um meio dessa mesma natureza, são os elementos centrais da dinâmica comercial contemporânea, do comércio eletrônico. A legislação deverá abraçar um novo entendimento: o de que as mudanças fundamentais resultantes de um novo tipo de transação requererão regras comerciais compatíveis com o comércio de bens via computadores e similares.⁴⁶

⁴⁵ A tramitação do Projeto de Lei do Senado nº 281, de 2012, apelidado de “Agenda Brasil 2015”, pode ser acompanhado no site do Senado Federal: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106768>>. Último acesso em 12/06/2017.

⁴⁶ CORRÊA, Gustavo Testa. **Aspectos jurídicos da internet**. São Paulo: Saraiva, 2000, p.38.

Outros autores afirmam que os contratos eletrônicos devem ser tratados como qualquer outro tipo de contrato, vez que sua problemática pode ser reduzida à validade do documento como meio de prova judicial.

Contudo, a interpretação mais correta seria a referência à contratação eletrônica sem sugerir um novo tipo de gênero contratual. Isso porque os contratos eletrônicos nada mais são do que contratos que são celebrados à distância, especialmente na *Internet*.

Maria Eugênia Finkelstein leciona que nos contratos eletrônicos os requisitos são os mesmo dos necessários para a celebração dos contratos físicos, diferindo apenas na forma. Isso porque nos contratos eletrônicos a declaração de vontade das partes é realizada por meios eletrônicos⁴⁷.

Garcia Júnior delimita o contrato eletrônico como “a modalidade de contratação celebrada à distância, em que oferta e aceitação ocorrem exclusivamente por meios eletrônicos”⁴⁸.

Para Erica Aoki o contrato cibernético “não difere de qualquer outro contrato. Ele apenas é firmado em um meio que não foi previsto quando a legislação contratual tradicional se desenvolveu”⁴⁹.

Portanto, entende-se que a grande celeuma em torno dos contratos eletrônicos não é a validade de prova destes perante a justiça e sim as diversas dinâmicas que o direito tem encarado em razão do modo de celebração dos contratos, bem como do desenvolvimento da relação jurídica entre os contratantes⁵⁰.

Por isso, defende-se o entendimento de que aos contratos eletrônicos deve ser aplicada a mesma legislação cabível aos contratos tradicionais, cabendo também a subsunção da legislação de direito privado às relações jurídicas que ocorrem no meio virtual. É exatamente essa a razão pela qual a legislação aplicável e as eventuais penalidades e responsabilizações nas interações virtuais seguem a mesma lógica dos contratos firmados entre particulares no mundo físico.

Superada a premissa teórica de delimitação do conceito de contratos eletrônicos, a partir desse momento serão abordadas as principais problemáticas nos contratos eletrônicos de consumo entre fornecedor e consumidor na *Internet*.

⁴⁷ FINKELSTEIN, Maria Eugênia. **Direito do Comércio Eletrônico**. 2.ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, pp. 174-175.

⁴⁸ GARCIA JÚNIOR, Armando Alvares. **Contratos via internet**. São Paulo: Aduaneiras, 2007, p. 275.

⁴⁹ AOKI, Erica. **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.

⁵⁰ SCHREIBER, Anderson. **Contratos eletrônicos e consumo**. Revista Brasileira de Direito Civil. Volume 01 – Jul/Set 2014, p. 98.

2.2 Os desafios da contratação via *Internet*: quem contrata, onde contrata, quando contrata, como contrata e o quê contrata.

Como mencionado, os contratos eletrônicos nada mais são do que contratos jurídicos tradicionais que se aperfeiçoam em meios eletrônicos. A legislação aplicável a eles também é a mesma dos contratos tradicionais, contudo, as novas dinâmicas contratuais geradas nessa forma de consumo têm trazido dificuldades aos operadores do direito e aos tribunais. Cite-se, por exemplo, a dificuldade de identificação do fornecedor eletrônico, a transnacionalidade e, conseqüentemente, a legislação aplicável, o momento da formação do contrato, a informalidade no modo de contratação e a insuficiência de informações quanto ao quê se contrata.

Em primeiro lugar, é importante destacar que na maior parte das contratações presenciais a identidade dos sujeitos contratantes é clara – e quando não é, o direito se utiliza de construções doutrinárias e jurisprudenciais para identificá-lo. Entretanto, no comércio eletrônico o problema da identificação do contratante é mais complexo e isso é perceptível em uma simples navegação.

Dentre os numerosos sites de fornecedores de produtos e serviços que promovem o comércio eletrônico, são raros os que fornecem a razão social ou nome empresarial da pessoa jurídica responsável pelo fornecimento. O que acontece é a apresentação de um nome fantasia da marca, com o qual as pessoas passam a ter afinidade e confiança. Muitos sites também não oferecem informações acerca do endereço físico do fornecedor ou mesmo um número para contato por telefone.

Essa ausência de identificação com quem se estabelece uma relação jurídica contratual compromete a efetividade das normas protetivas do consumidor. Isso porque a tríade processual é formada por sujeito ativo, sujeito passivo e jurisdição. A ausência de um sujeito passivo identificável acaba minando os procedimentos formais de citação e intimação, por exemplo, o que impede a adoção de medidas judiciais por parte do consumidor.

Foi esse pensamento que orientou o legislador a escrever o artigo 2º do Decreto 7.962/2013:

Art. 2º Os sítios eletrônicos ou demais meios eletrônicos utilizados para oferta ou conclusão de contrato de consumo devem disponibilizar, em local de destaque e de fácil visualização, as seguintes informações:
I - nome empresarial e número de inscrição do fornecedor, quando houver, no Cadastro Nacional de Pessoas Físicas ou no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas do Ministério da Fazenda;
II - endereço físico e eletrônico, e demais informações necessárias para sua localização e contato; (...)

Como mencionado, o artigo 2º do Decreto 7.962 determina a disponibilização de uma série de informações em sítios eletrônicos utilizados para oferta ou conclusão de contrato de consumo, dentre as quais destaca-se a apresentação de nome empresarial, endereço físico e eletrônico e demais informações úteis para a localização e contato com o fornecedor de produtos e serviços.

Essa disposição visa trazer transparência na relação de consumo virtual e facilitar a identificação do fornecedor para eventuais medidas judiciais. Todavia, embora a referida norma já esteja em vigor, muitos fornecedores continuam descumprindo o preceito legal, na medida em que se mantêm em um semianonimato eletrônico.

A respeito da falta de efetividade das normas brasileiras relacionadas à proteção do consumidor virtual Anderson Schreiber escreve que:

Referido esforço não pode prescindir, contudo, de acordos e convênios internacionais que permitam e imponham a identificação fácil e precisa das sociedades empresárias por trás dos sites de vendas. Mesmo nos países que não contam com normas cogentes nesse sentido, é preciso que se desenvolvam “selos” de qualidade para que os sites que cumpram padrões mínimos internacionalmente aceitos, facilitando o acesso do consumidor à pessoa jurídica estrangeira com quem contrata.⁵¹

De fato, o problema com o anonimato nas contratações eletrônicas exige medidas que centralizem as informações a respeito dos sujeitos que se dispõem a fornecer bens ou serviços no mundo virtual. Como o próprio autor sugere, a criação de selos ou até mesmo sites especializados que obedecessem a parâmetros internacionais seria um bom começo para nivelar e tornar conhecidos os melhores sujeitos para se comprar ou vender na *Internet*.

Percebe-se que muitos sites têm elaborado sistemas de avaliação da reputação de vendedores que, embora seja uma medida desejável, não supre o problema de forma global e nem centraliza as informações a respeito de um vendedor, que pode atuar em vários sites intermediadores, por exemplo.

Sobre o problema com a identificação dos contratantes Cláudia Lima Marques explica que:

(...) Efetivamente, a dogmática contratual reagiu bem a esta primeira crise da era do consumo e impôs um novo paradigma repersonalizador, a boa-fé. Como afirmamos, boa-fé é a conduta que leva em consideração o outro, a pensar e respeitar lealmente as expectativas legítimas do outro, o fim que se visa na contratação. Boa-fé é informação, cuidado e cooperação, deveres hoje considerados anexos aos contratos de consumo.⁵²

⁵¹ SCHREIBER, Anderson. **Contratos eletrônicos e consumo**. Revista Brasileira de Direito Civil. Volume 01 – Jul/Set 2014, pp. 100-101.

⁵² MARQUES, Cláudia Lima. **Proteção do consumidor no comércio eletrônico e a chamada nova crise do contrato: por um direito do consumidor aprofundado**. Revista de Direito do Consumidor: RDC, v.

O comentário da autora é extremamente relevante para o debate em comento, vez que mais uma vez percebe-se que o princípio da boa-fé vem atuando como balizador na garantia da proteção do consumidor eletrônico. É por meio da boa-fé que o anonimato virtual pode ser superado em prol dos direitos de informação, cuidado e proteção.

Outro porém enfrentando nas contratações eletrônicas é a chamada transnacionalidade, bem como as repercussões desta na definição da lei aplicável. Como se sabe, a *Internet* é uma rede sem fronteiras físicas ou geográficas, o que dificulta a definição do lugar da contratação, tão necessária à lógica de conformação do direito civil e do direito internacional privado.

Os contratos firmados na rede mundial de computadores não são meramente internacionais, mas verdadeiramente transnacionais, já que transcendem qualquer nacionalidade, que passa a ser uma espécie de abstração artificial⁵³.

Cabe mencionar um dos clássicos exemplos da complexidade que envolve um contrato virtual: um consumidor brasileiro, visitando os Estados Unidos decide comprar, por meio de um site cujo provedor está localizado na China, um livro de um escritor francês, que será expedido por um distribuidor na Argentina.

Desde a formação dos Estados Nacionais o território nacional é o espaço destinado para a soberania estatal, mas a *Internet* causa profundas mudanças nesse entendimento. O meio eletrônico teria quebrado o paradigma estatal. É o que expõe Claudia Lima Marques:

O meio eletrônico teria quebrado o paradigma estatal, pois as leis dos Estados (especialmente o seu Direito Internacional privado) estariam conectadas com determinados territórios (com o domicílio ou residência habitual), ou com um status político-estatal das pessoas (com a nacionalidade, a identidade cultural), ou com o lugar físico dos atos (com o lugar em que foi cometido o delito ou o lugar em que surtiu seus efeitos na *lex loci delicti*, com o lugar de celebração de um contrato na *lex loci celebrationes* e na sua forma, na *locus regit actum*) ou com lugar de localização física das coisas (com o lugar do bem, na *lex rei sitae*). Se o meio eletrônico não conhece mais território (*no-place, from geography to cyberspace*), se transforma o consumidor em um *netcytizen*, se há uma nova ubiqüidade ou falta de localização dos atos que ocorrem simultaneamente no écran do consumidor e do fornecedor, no computador do provedor e em todos os fornecedores ligados à internet globalmente, se os bens digitais são imateriais e não

15, n. 57, p.12-13, jan./mar. 2005. Disponível em: < <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/87953>>. Último acesso em: 05 julho 2017.

⁵³ SCHREIBER, Anderson. **Contratos eletrônicos e consumo**. Revista Brasileira de Direito Civil. Volume 01 – Jul/Set 2014, p. 101.

conhecem mais localização física, as conexões clássicas do Direito Internacional privado sofrem um grande desafio⁵⁴.

Como exposto pela doutrinadora, o comércio eletrônico trouxe um impasse ao ordenamento jurídico porque as conexões se dão em ambiente virtual, onde não se pode definir uma localização.

A Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (Decreto-lei nº 4.957, de 4 de setembro de 1942) determina em seu artigo 9º, que as obrigações entre as partes são regidas pela “lei do país em que se constituírem”⁵⁵. Contudo, esse é um critério inaplicável à contratação eletrônica pois discorre-se sobre uma obrigação firmada entre ausentes. Nesse caso, legislador trouxe no §2º do referido artigo que “A obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente.”

Acontece que a aplicação desse entendimento na contratação virtual sempre atrairia a competência da lei do país do fornecedor, uma vez que é ele o sujeito que faz propostas e ofertas no comércio eletrônico.

O Autor Anderson Schreiber escreve que a aplicação do §2º do artigo 9º da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro aos contratos eletrônicos geraria dois problemas relevantes:

Primeiro, em um cenário em que, conforme já destacado, os sites muitas vezes omitem a própria identidade do fornecedor e também o seu endereço físico, o consumidor brasileiro acabaria por se sujeito à legislação de um país que, no ato da contratação, sequer sabe precisamente qual é, gerando uma situação de inequívoco desequilíbrio em seu desfavor. Segundo, haveria forte estímulo para que fornecedores de produtos ou serviços online transferissem suas sedes para países com baixo grau de proteção normativa ao consumidor, replicando uma espécie de “manipulação” já adotada pelo mercado global em relação à legislação trabalhista, o que geraria prejuízos evidentes à economia brasileira⁵⁶.

Os imbrólios relatados pelo referido escritor são relevantes alertas à aplicação do Decreto 4.957/1942 na resolução da transnacionalidade dos contratos eletrônicos. Caso fosse aplicado o texto normativo, haveria um constante reenvio da controvérsia consumerista à lei do país do fornecedor, que poderia se especializar em abrir sedes em países com legislações consumeristas frágeis. Não seria justo que as conveniências do mercado decidissem a medida de tutela do consumidor eletrônico.

⁵⁴ MARQUES, Claudia Lima. **Proteção do consumidor no comércio eletrônico e a chamada nova crise do contrato: por um direito do consumidor aprofundado**. Revista de Direito do Consumidor: RDC, v. 15, n. 57, p.21, jan./mar. 2005. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/87953>>. Último acesso em: 05 julho 2017.

⁵⁵ O artigo 9º inteiro diz: “Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem.”

⁵⁶ SCHREIBER, Anderson. **Contratos eletrônicos e consumo**. Revista Brasileira de Direito Civil. Volume 01 – Jul/Set 2014, pp.101-102.

Vive-se hoje uma nova realidade imposta pela economia globalizada, além de um novo quadro jurídico decorrente do comércio eletrônico. Cabe então, uma maior exegese na busca do equilíbrio das relações jurídicas consumeristas.

O Brasil tem adotado a aplicação do Código de Defesa do Consumidor para dirimir as controvérsias resultantes dos contratos eletrônicos. Nesse sentido, utiliza-se o argumento que é necessário obedecer ao ordenamento vigente em relação à proteção do consumidor, além de importar a ideia 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 nacionais⁵⁷”.

A proteção baseada na ideia do *stream of commerce* parece estar expressa no artigo 11 do Marco Civil da Internet, segundo o qual “a legislação brasileira terá de ser obrigatoriamente respeitada por qualquer empresa estrangeira que, mesmo não tendo filial no Brasil, oferte serviço ao público brasileiro (art.11, §2º).”⁵⁸. Sobre esse ponto, é necessário destacar o entendimento de Carlos Eduardo Elias de Oliveira:

(...) o Marco Civil não cuida de definir a legislação que disciplinará o contrato celebrado por um brasileiro que adquire um produto em um *site* estrangeiro, salvo no tocante à coleta, guarda, armazenamento ou tratamento de registros, dados pessoais ou de comunicações. Para isso, seguem vigentes os elementos de conexão previstos na LINDB e na jurisprudência do STJ. Em outras palavras, para definir qual a legislação disciplinará os contratos celebrados pelos brasileiros em compras a distância, não se invocará o Marco Civil, que nada diz a respeito, e sim a LINDB e a jurisprudência. (...) o art. 11 do Marco Civil cuida de elemento de conexão específico e exclusivo para aplicação da legislação brasileira relativa à coleta, guarda, armazenamento ou tratamento de registros, dados pessoais ou de comunicações.⁵⁹

Contudo, o mencionado artigo do Marco Civil da Internet não estava se referindo à definição da legislação aplicável nos casos de debate sobre a transnacionalidade do negócio jurídico. Em verdade, o legislador apenas fez referência ao fato que a legislação brasileira deverá ser aplicada na proteção dos consumidores quanto à coleta, guarda, armazenamento ou tratamento de registros, dados pessoais ou de comunicações.

O que se percebe é o uso de novas formas de identificação da legislação aplicável às relações contratuais, que não mais estão associadas à clássica ideia do local da celebração do negócio jurídico, mas passa a exprimir critérios *ratione personae*,

⁵⁷ SCHREIBER, Anderson. **Contratos eletrônicos e consumo**. Revista Brasileira de Direito Civil. Volume 01 – Jul/Set 2014, p. 103.

⁵⁸ Artigo 11, §2º do Marco Civil da Internet.

⁵⁹ OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias de. **Aspectos Principais da Lei nº 12.965, de 2014, o Marco Civil da Internet: subsídios à comunidade jurídica**. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/ Senado, abr./2014 (Texto para Discussão nº 148). Disponível em: www.senado.leg.br/estudos (último acesso em 05/06/2017).

fundados na pessoa do contratante, no caso o consumidor brasileiro⁶⁰. Com isso, busca-se a aplicação do Código de Defesa do Consumidor às contratações eletrônicas.

Além das problemáticas sobre quem contrata e onde contrata, o comércio eletrônico também causa confusão quanto à determinação do momento de formação do contrato eletrônico.

Não existe no ordenamento brasileiro uma regra específica quanto ao momento da formação dos contratos celebrados eletronicamente. Contudo, deve-se tomar como base as normas que regem os contratos tradicionais. Dessa forma, o artigo 434 do Código Civil define o seguinte:

Art. 434. 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.

Como já dito, o contrato eletrônico é formado entre ausentes, vez que consumidor e fornecedor somente se comunicam via meios eletrônicos. Quando as partes não estão presentes, o Código Civil dispõe que o contrato se forma no momento em que a aceitação é expedida. Trata-se nesse caso da teoria da expedição mitigada⁶¹.

O artigo 1086 do Código Civil, e seus incisos, ao afirmar que “os contratos por correspondência epistolar, ou telegráfica, tornam-se perfeitos desde que a aceitação é expedida”, permite deduzir que o Brasil adotou o sistema da teoria da expedição mitigada. Segundo ela, o vínculo contratual se torna obrigatório no momento da expedição da aceitação⁶².

É possível afirmar, portanto, que o vínculo contratual eletrônico está aperfeiçoado desde o momento em que a aceitação é expedida. Nesse caso, o aceitante da proposta tem a segurança de que no momento em que envia o aceite já foi formado o vínculo contratual, destaque-se não é necessária uma nova manifestação do proponente.

Em contratos tradicionais o envio da aceitação de uma proposta contratual deixa vestígios, por exemplo o registro de encaminhamento por correio. Acontece que o comprador eletrônico realiza sua aceitação por meio de um clique, que muitas vezes não deixa nenhum tipo de prova ou indício de que a operação foi realizada.

⁶⁰ SCHREIBER, Anderson. **Contratos eletrônicos e consumo**. Revista Brasileira de Direito Civil. Volume 01 – Jul/Set 2014, p. 103.

⁶¹ SCHREIBER, Anderson. **Contratos eletrônicos e consumo**. Revista Brasileira de Direito Civil. Volume 01 – Jul/Set 2014, p. 104.

⁶² ELIAS, Paulo Sá. **Breves considerações sobre a formação do vínculo contratual e a Internet**. Revista de Direito Privado, v. 6, 2000, p. 194.

Muitos sites têm desenvolvido *pop-ups* ou outros sistemas similares de alerta que aparecem na tela no momento posterior ao primeiro clique de aceite, geralmente pedindo uma confirmação de solicitação de compra. Contudo, nem mesmo esses sistemas deixam rastros de que a aceitação da proposta foi enviada ao proponente.

No comércio eletrônico a aplicação da teoria da expedição mitigada apresenta o impasse de uma possível atitude de má-fé por parte do fornecedor. Isso porque ao enviar a aceitação, por meio de um clique, o consumidor ficaria no aguardo do momento em que o fornecedor cumpriria ou não a ordem de compra expedida.

Por essa razão muitos autores defendem que esse entendimento deve ser revisitado para contratações entre ausentes por meio eletrônico. Exemplo disso é o Enunciado 173 da Jornada de Direito Civil, organizada pelo Conselho de Justiça, que afirma o seguinte: “A formação dos contratos realizados entre pessoas ausentes, por meio eletrônico, completa-se com a recepção da aceitação pelo proponente.”

Para Anderson Schreiber o referido Enunciado merece reforma. Diz o autor que:

A uma, porque contraria frontalmente a letra do art. 434, transcendendo o escopo interpretativo dos enunciados para instituir uma orientação antagônica ao texto legal. A duas, porque a adoção da teoria da recepção não resolve o problema da formação dos contratos eletrônicos, na medida em que o consumidor eletrônico continua sem saber se o seu pedido de compra foi recebido, questão que permanece inteiramente na esfera de poder do fornecedor. Em outras palavras, condicionar a formação do contrato ao recebimento da aceitação não diminui em nada a insegurança negocial no ambiente eletrônico. Melhor rumo seguiu o Decreto 7.962, de 15 de março de 2013, que, em seu art. 4º, inciso I, instituiu o dever de confirmação para garantir o atendimento facilitado ao consumidor no comércio eletrônico. Não se trata, a rigor, de uma mudança no momento de formação do contrato, já que o contrato continua se formando independentemente da confirmação, mas sim de um dever legal: passa a incorrer em infração o fornecedor que deixa, nos termos do Decreto, de confirmar “imediatamente o recebimento da aceitação da oferta”.⁶³

De fato, a redação do Enunciado 173 não soluciona o problema da formação dos contratos eletrônicos, porque a mera aceitação pelo proponente não garante ao consumidor o direito de saber se seu pedido de compra foi recebido. O problema na falta de comunicação entre os ausente continua persistindo com o texto do Enunciado.

É interessante destacar também, como dito pelo citado autor, que o Decreto 7.962/2013, já em vigência, oferece uma saída mais efetiva para esse impasse. O artigo 4º, I determina de forma clara que o fornecedor confirme imediatamente o recebimento da aceitação da oferta. Já o artigo 7º atesta que a inobservância das determinações,

⁶³ SCHREIBER, Anderson. **Contratos eletrônicos e consumo**. Revista Brasileira de Direito Civil. Volume 01 – Jul/Set 2014, p. 105.

por parte do fornecedor, dará ensejo a aplicação das sanções previstas no artigo 56 do Código de Defesa do Consumidor.

Assim, o momento de celebração do contrato eletrônico não está limitado ao entendimento do artigo 434 do Código Civil, sendo necessária a revisitação da premissa proposta e aceitação para a efetividade do princípio da transparência.

Outro desafio trazido pelo comércio eletrônico diz respeito a sua forma. Isso porque nos contratos eletrônicos a contratação é completamente informal, sem nenhuma via física, o que leva a outro impasse: sua comprovação para fins judiciais. Cláudia Lima Marques chama essa informalidade de imaterialidade, “típica do meio virtual, já que não é semelhante aos contratos não-formais e orais (...)”⁶⁴

Muitas vezes o contrato firmado em meios eletrônicos resume-se à exibição de telas ou páginas que o consumidor segue até o momento de finalização da compra. Na maioria das vezes o consumidor não fica com nenhum tipo de documento, mas existem aqueles sites que enviam o contrato eletrônico via e-mail, por exemplo. Quando o consumidor é cuidadoso ele pode copiar as telas do procedimento de compra.

As referidas cópias podem servir de meio de prova para eventuais medidas judiciais. O próprio Código Civil brasileiro permite isso em seu artigo 225:

Art. 225. As reproduções fotográficas, cinematográficas, os registros fonográficos e, em geral, quaisquer outras reproduções mecânicas ou eletrônicas de fatos ou de coisas fazem prova plena destes, se a parte, contra quem forem exibidos, não lhes impugnar a exatidão.

Não existem nenhuma dificuldade na aceitação dessas cópias como meio de prova, uma vez que elas reproduzem fatos ou coisas que essencialmente demonstram a relação jurídica entre comprador e fornecedor. Nesse mesmo sentido, o Enunciado 398 da IV Jornada de Direito Civil de 2006 assegurou que “os arquivos eletrônicos incluem-se no conceito de reproduções eletrônicas de fatos ou de coisas, do artigo 225 do Código Civil, aos quais deve ser aplicado o regime jurídico da prova documental.”

Por fim, a última dificuldade a ser destacada é a falta de informações quanto ao quê se contrata. Inicialmente cumpre trazer ao debate que o Direito do Consumidor exige que os fornecedores prestem informações claras, precisas e prévias à conclusão do contrato. Esse é o entendimento contido nos artigos 30, 31, 46 e 54 do Código de Defesa do Consumidor⁶⁵.

⁶⁴ MARQUES, Cláudia Lima. **Proteção do consumidor no comércio eletrônico e a chamada nova crise do contrato: por um direito do consumidor aprofundado**. Revista de Direito do Consumidor: RDC, v. 15, n. 57, p.17, jan./mar. 2005. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/87953>>. Último acesso em: 05 julho 2017.

⁶⁵ MARQUES, Cláudia Lima. **Proteção do consumidor no comércio eletrônico e a chamada nova crise do contrato: por um direito do consumidor aprofundado**. Revista de Direito do Consumidor: RDC, v. 15, n. 57, p.18, jan./mar. 2005. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/87953>>. Último acesso em: 05 julho 2017.

Quanto ao dever de informação, Lorenzetti afirma que há um dever de boa-fé na utilização da tecnologia pelo profissional em relação aos consumidores.⁶⁶

Portanto, percebe-se que é um dever do fornecedor agir com boa-fé na elaboração das informações virtuais e também na forma que irá apresentar as características do produto ou serviço. A informação é essencial no momento decisório de consumidor.

Na contratação eletrônica o consumidor não tem acesso ao produto de forma física e não pode, por exemplo, experimentar, testar, tocar ou algo similar. Nessa forma de consumo as informações são pré-dispostas e o produto é descrito por meio de imagens ou linguagens técnicas padronizadas⁶⁷, de forma que o consumidor dispõe de pouca informação sobre o objeto que está comprando.

Além disso, são raras as vezes em que condições contratuais são apresentadas de forma clara e em formatos que estimulem a leitura. O que a maioria dos sites faz é apresentar o contrato em telas pequenas e com letras pequenas. Seria melhor se, utilizando-se da boa-fé para instrumentalizar o dever de informação, os fornecedores criassem métodos interativos para explicar os termos do contrato, como slides, pequenos passo-a-passo explicando os principais pontos, cláusulas resumidas, etc. É possível afirmar que a tecnologia permite a superação desse problema de informação.

Outro aspecto vinculado ao dever de informação dos fornecedores, e extremamente importante na contratação eletrônica, diz respeito a publicidade online. Esse tema será abordado em seguida no nosso estudo.

Por todo o exposto, depreende-se que os contratos eletrônicos não são formas contratuais completamente estranhas aos contratos individuais. As novas dinâmicas trazidas pelo comércio eletrônico ao direito privado devem receber tratamento sistemático dos contratos já existentes no ordenamento jurídico brasileiro. Inclusive, os contratos eletrônicos apresentam oportunidades para rever dogmas rígidos e instituir novos mecanismos de proteção contra riscos⁶⁸.

Cláudia Lima Marques vai além e conclui que o contrato de consumo “é hoje o instrumento maior dos consumidores para atingir a esperada e necessária nova transparência, informação e segurança nas relações de consumo”⁶⁹.

⁶⁶ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Comércio eletrônico**. Trad. Fabiano Menke. Notas Cláudia Lima Marques. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

⁶⁷ SCHREIBER, Anderson. **Contratos eletrônicos e consumo**. Revista Brasileira de Direito Civil. Volume 01 – Jul/Set 2014, p. 117-118.

⁶⁸ Idem.

⁶⁹ MARQUES, Claudia Lima. **Proteção do consumidor no comércio eletrônico e a chamada nova crise do contrato: por um direito do consumidor aprofundado**. Revista de Direito do Consumidor: RDC, v. 15, n. 57, p.25, jan./mar. 2005. Disponível em:<<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/87953>>. Último acesso em: 05 julho 2017.

É necessário refletir sobre as novas possibilidades de diálogo que o comércio eletrônico tem ofertado ao direito dos contratos, vez que os desafios enfrentados hoje pelos juristas podem ser um convite para uma atuação interpretativa mais moderna e arraigada no preceito constitucional de proteção do consumidor, bem como no princípio da interpretação mais favorável ao consumidor⁷⁰.

2.3 Publicidade e oferta na *Internet*

Não há na Constituição Federal ou na legislação brasileira um texto normativo destinado ao tema da publicidade, mas existem diversos dispositivos ligados direta ou indiretamente ao tema, sobretudo dentro do Código de Defesa do Consumidor.

Cláudia Lima Marques ensina que a publicidade, na sociedade de massa, possui uma dupla função: informar e estimular o consumo de bens e serviços. Ela passou a ser encarada como mais um instrumento mediante o qual seriam dadas informações aos consumidores sobre produtos ou serviços postos no mercado. Entretanto, a concorrência entre fornecedores e o surgimento da sociedade de massa, fez com que a publicidade assumisse outro papel nesse cenário, qual seja, o de persuadir os consumidores quanto à necessidade de aquisição desses bens e serviços⁷¹.

A publicidade assume o papel de intercomunicação entre o fornecedor, disposto a vender e persuadir, e o consumidor, interessado em comprar. Talvez a grande problemática da publicidade seja exatamente o limite da persuasão, sobretudo no meio eletrônico.

Contudo, dando um passo anterior, cabe conceituar publicidade e contrapor a ideia de propaganda, muitas vezes equivocadamente utilizada como sinônimo de publicidade. A publicidade tem sempre o objetivo comercial da veiculação de informações. Ela é utilizada para anunciar ao público produtos passíveis de negociação. Já a propaganda visa a divulgação de um fim ideológico, religioso, filosófico, político, econômico ou social. Além disso, a publicidade é paga e tem o seu patrocinador identificado, o que não ocorre na propaganda⁷².

⁷⁰ A interpretação do contrato de consumo está normatizada nos artigos 46 e 47 do Código de Defesa do Consumidor, sobretudo no artigo 47, que diz: "Art.47. As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneiras mais favorável ao consumidor".

⁷¹ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p..327-328.

⁷² BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, v. 200, 2001, p.253. No mesmo sentido discorre Cláudia Lima Marques (MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.345).

Para Walter Ceneviva “é um dado da experiência que o consumo está cada vez mais intensamente relacionado a formas diretas e indiretas de comunicação, a interferirem nas condições gerais do mercado”⁷³.

Não há dúvidas a respeito do poder e influência que a publicidade gera sobre o consumidor, fazendo com que surja o interesse em adquirir produtos e serviços que nem mesmo eram necessários. A publicidade, mesmo despercebida, gera influências na forma de consumo moderna e exerce grande poder no inconsciente do consumidor⁷⁴.

No meio eletrônico, a publicidade é utilizada de forma mais agressiva em razão das tecnologias que conferem ao fornecedor a possibilidade de “personalizar” e direcionar a oferta de maneira a atingir diretamente o consumidor.

A utilização de mecanismos tecnológicos que descobrem os interesses e afinidades pessoais dos consumidores tem se revelado como um meio eficaz de propagação do consumo. Isso é possível em virtude de alguns aparatos tecnológicos, como os *cookies*, capazes de identificar o perfil de consumo do usuário na Internet. Eles são pequenos programas que são instalados sem o consentimento ou sequer conhecimento do usuário e ficam armazenados no próprio computador durante a sua navegação na *Internet*. Existe também o *spam*, que é a mensagem eletrônica não solicitada, que geralmente tem caráter apelativo e é inconveniente. Ambos mecanismos podem significar uma invasão de dados dos usuários e o cruzamento destes em benefício dos interesses de comércio⁷⁵.

No entanto, não importa qual seja a forma que o coletor de dados usa para levantar as informações pessoais do usuário, essa prática não é consensual ou ética. De fato, o usuário se apresenta como sujeito passível de proteção, porque não possui conhecimento técnico para fugir de todas as armadilhas da publicidade online.

Embora não exista na legislação normas que tratam de forma específica sobre a privacidade do usuário da *Internet* ou regulamentam a criação e a utilização de bancos de dados eletrônicos, aplicam-se os princípios e regras existentes com o intuito de tutelar os interesses do consumidor.

A Constituição Federal protege o direito à privacidade de forma ampla. O artigo 5º, inciso X determina que são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas. Já o Código de Defesa do Consumidor traz em seu artigo 6º, IV que é um direito básico do consumidor a proteção contra a publicidade enganosa e

⁷³ CENEVIVA, Walter. **Publicidade e direito do consumidor**. Revista dos Tribunais, 1991, p.19.

⁷⁴ GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezini. **Publicidade ilícita e a responsabilidade civil das celebridades que dela participam**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p.101.

⁷⁵ DRUMMOND, Victor. **Internet, privacidade e dados pessoais**. *Lumen Juris*, 2003, p.97.

abusiva, além de dispor de uma seção inteira (Seção III) para determinar regras sobre a publicidade, vejamos:

Art. 36. A publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal.

Parágrafo único. O fornecedor, na publicidade de seus produtos ou serviços, manterá, em seu poder, para informação dos legítimos interessados, os dados fáticos, técnicos e científicos que dão sustentação à mensagem.

Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva.

§ 1º É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços.

§ 2º É abusiva, dentre outras a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeite valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.

§ 3º Para os efeitos deste código, a publicidade é enganosa por omissão quando deixar de informar sobre dado essencial do produto ou serviço.

§ 4º (Vetado).

Art. 38. O ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina.

O Código Consumerista delimita parâmetros para a prática da publicidade. Em seus artigos é possível encontrar princípios norteadores da publicidade. A doutrina destaca diversos princípios. Paulo Jorge Scartezini Guimarães apresenta quatro principais: liberdade, vinculação, identificação e lealdade⁷⁶.

O princípio da liberdade na publicidade está embasado na própria ideia de livre concorrência. Isso porque a publicidade é uma forma de expressão da atividade comercial, utilizada para negociar produtos passíveis de negociação. Nela, o vendedor pode usar livremente a criatividade e o *marketing* para atrair clientes e persuadir sobre a necessidade do bem ou serviço, desde que respeitados os limites legais.

Em segundo lugar, o autor fala da vinculação da oferta, que é um princípio caro ao direito do consumidor. Ele está exposto no artigo 30⁷⁷ e tem como cerne o caráter vinculante e obrigatório da oferta. “Pretendeu-se com essa norma evitar os abusos

⁷⁶ GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezini. **Publicidade ilícita e a responsabilidade civil das celebridades que dela participam**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p.103.

⁷⁷ Artigo 30 do Código de Defesa do Consumidor: “Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado.”

praticados por intermédio do *marketing*, obrigando o fornecedor a cumprir o prometido, uma vez que essa promessa passou a ser parte do contrato a ser firmado.”⁷⁸

O princípio da vinculação da oferta está presente na fase pré-contratual, pois antes mesmo de existir um contrato de consumo o fornecedor que fez a oferta vincula-se aos termos inseridos no anúncio. Com esse princípio visa-se a responsabilização do fornecedor quanto às informações prestadas na oferta. Tudo o que estiver presente nela, poderá ser exigido do fornecedor, isto é, preço do produto, características, prazo de entrega e outros. Como dito, a oferta integra o contrato que vier a ser celebrado com o consumidor.

Inclusive, é importante destacar que o artigo 35 do Código de Defesa do Consumidor já dispõe que no caso de descumprimento da oferta é direito do consumidor exigir o cumprimento forçado da obrigação, aceitar outro produto ou prestação de serviço equivalente ou, então, rescindir o contrato, com direito à restituição da quantia eventualmente antecipada. Além disso, o agente que veicular a publicidade pode ser responsabilizado pelas informações, assim como toda a cadeia de fornecedores, consoante o entendimento do artigo 18, 34 e 48 do Código Consumerista.

Surge uma importante questão quando se fala do princípio da vinculação: os casos em que há erro na oferta. Nessas situações, a jurisprudência tem seguido analisando caso a caso com base na boa-fé objetiva. Vejamos:

3ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis-RJ. Processo 0219039/2006: Compra e venda de equipamentos de informática. Preço vil. Invalidez do negócio jurídico. CDC. Código Civil. Autor que adquire através da Internet equipamentos de informática por preço vil e nitidamente inferior ao preço de mercado em decorrência de erro no preço do produto. Erro substancial passível de percepção por pessoa de diligência normal, e que *in casu* seria facilmente constatável pelo autor, um analista de sistemas. A vinculação à oferta prevista no art. 30 do CDC deve ser interpretada considerando o princípio da boa-fé objetiva que deve nortear as relações de consumo, inerente a ambas as partes, constante do art. 4º, inciso III do mesmo Diploma. Negócio jurídico viciado com incidência dos artigos 138 e seguintes do Código Civil, inviabilizando a sua concretização, como tenta o autor. Indenização por danos morais que se afigura descabida sob pena de banalização do instituto. Sentença que se reforma. Recurso conhecido e provido para julgar improcedente o pedido.

Nessa jurisprudência, o negócio jurídico foi considerado viciado, nos termos do artigo 138 do Código Civil. Isso porque o autor da demanda, consumidor na relação jurídica, se deparou com oferta de equipamentos de informática a preço extremamente ínfimo, um caso claro de erro na oferta. O julgado considerou que o erro era substancial

⁷⁸ GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezzini. **Publicidade ilícita e a responsabilidade civil das celebridades que dela participam**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p.103.

e passível de percepção por pessoa de diligência normal, sobretudo o autor da lide que era um analista de sistemas. Muito embora tenha ocorrido um erro na oferta, o princípio da vinculação foi interpretado em consonância com a boa-fé objetiva, não incumbindo a empresa de arcar com o prejuízo.

Percebe-se, portanto, que o princípio da vinculação da oferta faz com que a oferta integre o contrato de consumo, entretanto, o entendimento jurisprudencial nos casos de erro na oferta tem seguido no sentido de balizar a responsabilização da empresa com o princípio da boa-fé objetiva, tornando a relação de consumo mais equilibrada e racional.

Nos contratos eletrônicos, o princípio da vinculação da oferta também está associado com o princípio da confiança. As atitudes pré-contratuais do fornecedor, como a publicidade, o fornecimento de informações claras e concisas sobre os produtos e os atos negociais constituem a própria aparência da oferta. Essa aparência é a responsável pela aceitação, que se constituem com base na confiança, típica dos sistemas complexos tecnológicos.

Um bom exemplo de como os fornecedores tem se protegido da amplitude desse princípio, sem deixar de lado a preocupação com a atratividade da oferta, é a estipulação de alertas ao consumidor, por exemplo: “as imagens do produto são meramente ilustrativas” e “os preços, condições de pagamento e frete são válidos somente para compras efetuadas no site da empresa, não valendo necessariamente para as lojas físicas da marca”.

Já o princípio da identificação está inserido no artigo 36 do Código de Defesa do Consumidor, onde consta que a “a publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente a identifique como tal”. Esse princípio visa instruir o consumidor que aquilo que está sendo exposto tem como objetivo persuadi-lo a achar que necessita do produto ou serviço, não sendo uma informação parcial ou meramente informativa.

Por meio da identificação da publicidade o consumidor pode efetivamente atuar como participante da relação e consumo e não como um refém de mensagens subliminares especializadas e manipuladoras.

Por fim, o princípio da lealdade pode ser entendido como “o respeito que a publicidade deve ter em relação ao consumidor e à concorrência.”⁷⁹ Nesse sentido, a lealdade pode ser entendida como a boa conduta do fornecedor com o consumidor e com o mercado de negócios que o cerca. Essa boa conduta envolve transparência, veracidade, a própria inversão do ônus da prova, não enganosidade e outros.

⁷⁹ GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezzini. **Publicidade ilícita e a responsabilidade civil das celebridades que dela participam**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p.114.

Os referidos princípios são aplicados aos contratos tradicionais, mas também aos contratos eletrônicos, em que o consumidor está extremamente suscetível às práticas de publicidade abusiva ou agressiva.

2.4 A responsabilidade civil dos sites de intermediação no âmbito do comércio eletrônico à luz do Código de Defesa do Consumidor

O comércio eletrônico tem se desenvolvido em larga escala, por meio da utilização de *sites* especializados em promover a aproximação de vendedores e compradores. Esses *sites* têm como atividade comercial a intermediação dos negócios entre as partes. Embora existam diversos empreendedores que ofertam produtos e serviços na *Internet* em nome próprio, merece especial atenção os *sites* que se apresentam como um mero local de encontro.

A facilidade que os interessados em oferecer bens ou serviços na *Internet* encontram em fazer negócios por meios desses sites intermediadores diz respeito a reputação e a credibilidade que o nome desses intermediadores têm⁸⁰. Dessa maneira, os empresários não precisam se empenhar para conquistar um nome no mercado virtual através de seus próprios *sites*, podendo se utilizar de plataformas já desenvolvidas e consolidadas. Para os intermediadores do comércio eletrônico o principal ativo financeiro de sua empresa é seu nome perante a sociedade de consumo.

A ideia de um *site* especializado que reúne vendedores e compradores lembra a ideia das feiras, em que os mercadores potencializavam seus negócios através da aglomeração de pessoas⁸¹. Os *sites* de intermediação acabaram ganhando espaço como centralizadores de informações, conquistando a identidade de um ponto comercial nessa nova economia.

De fato, a expansão do comércio eletrônico vem imbuída de outro fenômeno: a diversificação de produtos, serviços, vendedores e compradores. Essa nova rede de encontro e distribuição está cada dia maior e mais complexa, exigindo uma regulação jurídica. Um dos pontos identificáveis nessa rede é justamente a figura do intermediador, que geralmente é acionado quando a relação virtual necessita da tutela jurisdicional para solucionar litígios.

Por essa razão, cabe aprofundar o estudo sobre a forma que ocorre a responsabilização desses agentes e como a doutrina e jurisprudência tem enquadrado

⁸⁰ ROCHA, Roberto Silva da. **Natureza jurídica dos contratos celebrados com sites de intermediação**. Revista de Direito do Consumidor, n. 61/2017, p.7.

⁸¹ Idem.

sua atuação para conseguir envolvê-los no dever de reparar por eventuais danos causados aos consumidores.

Primeiramente cumpre ressaltar que os empreendedores de *sites* de comércio eletrônico se utilizam das mais variadas formas de *marketing* para estimular a adesão aos contratos com os promitentes vendedores. Isso porque sua remuneração advém tanto da publicidade veiculada em seu sítio eletrônico, quanto nas percentagens das vendas realizadas. Isso porque eles lucram sob a forma de comissão sobre as operações que se concretizam.

Ao estipularem a utilização da Internet para a celebração de negócios jurídicos, através de fortes apelos publicitários, os intermediadores claramente induzem os consumidores a confiarem no sistema comercial, muito embora estipulem cláusulas gerais de irresponsabilidade⁸² sobre qualquer conflito no processo de compra⁸³.

No contrato de consumo, a obrigação de segurança em relação a todos os produtos colocados no mercado tem como base a responsabilidade civil dos sujeitos dispostos a fornecê-los. Como lemos em Cláudia Lima Marques⁸⁴:

Como ensina Larenz, quando uma pessoa toma uma decisão responsável deve poder razoavelmente determinar seu resultado, mas, em última análise, deve poder confiar na atuação de outros e nas condições e relações criadas por outros para também poder atuar. Proteger esta confiança (motor da atuação do indivíduo na sociedade) tem direta ligação com o princípio da responsabilidade (Verantwortungsprinzip), uma vez que há clara interdependência e reflexos na atuação de todos na sociedade. Em outras palavras, as condutas na sociedade e no mercado de consumo, sejam atos, fatos ou omissões, devem fazer nascer expectativas legítimas naqueles em que despertamos a confiança, os receptores de nossas informações.

Nesse sentido, o desenvolvimento e a proteção da confiança dos consumidores tem direta relação com o princípio da responsabilidade, necessário para ordenar as condutas no mercado de consumo e fazer nascer expectativas legítimas nos usuários dos *sites* de intermediação. Por meio desse processo, o consumidor espera diminuir os

⁸² A exemplo dessa cláusula de irresponsabilidade, o MercadoLivre ressalva que "não outorga garantia por vícios ocultos ou aparentes nas negociações entre os Usuários", recaindo sobre cada vendedor conhecer "ser o único responsável pelos produtos que anuncia ou pelas ofertas que realiza". Com isso, a empresa pretende não ser responsabilizada "pelo efetivo cumprimento das obrigações assumidas pelos Usuários", impondo ao vendedor reconhecer e aceitar que "ao realizar negociações com outros Usuários ou terceiros faz por sua conta e risco", pois em nenhum caso é assumida a responsabilidade por "lucro cessante ou por qualquer outro dano e/ou prejuízo que o Usuário possa sofrer devido às negociações realizadas ou não realizadas através do MercadoLivre." Assim, não se responsabiliza pelas "transações entre os usuários, mesmo as firmadas com base na confiança depositada no sistema ou nos serviços prestados pelo MercadoLivre". MERCADOLIVRE. Termos e Condições Gerais de Uso do MercadoLivre. Disponível em: http://www.mercadolivre.com.br/seguro_terminos.html (último acesso em: 07/06/2017).

⁸³ ROCHA, Roberto Silva da. **Natureza jurídica dos contratos celebrados com sites de intermediação**. Revista de Direito do Consumidor, n. 61/2017, p.12.

⁸⁴ MARQUÊS, Cláudia Lima. **Proteção do consumidor no comércio eletrônico e a chamada nova crise do contrato: por um direito do consumidor aprofundado**. Revista de Direito do Consumidor, v. 15, n. 57, jan./mar. 2005. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/87953>>. Último acesso em: 05 julho 2017.

riscos próprios dos negócios na *Internet*, em razão da suposta especialização do fornecedor em organizar e administrar a comunidade.

O consumidor passa a ser sujeito com legítimas expectativas geradas pela comunidade organizada pelo intermediador do negócio jurídico. Não se pode deixar de afirmar, então, que para o *site* de comércio eletrônico nascem os deveres de proteção e cooperação, que tem como base a boa-fé objetiva e a legítima expectativa de segurança do meio oferecido para a negociação eletrônica⁸⁵.

No exemplo dos *sites* intermediadores do comércio eletrônico, ao atuar na organização da oferta, prestar informações ao consumidor e, sobretudo, participar das negociações disponibilizando o meio tecnológico, o explorador desse serviço assume a posição de fornecedor de serviços, disposto no artigo 3º do Código de Defesa do Consumidor, ainda que a relação jurídica travada entre consumidor e vendedor seja de direito civil⁸⁶.

Para Carvalho Neto⁸⁷, a atividade sujeita-se ao regime do Código de Defesa do Consumidor, porque, nos termos do artigo 3º, §2º, “o serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista”.

Com base nesse entendimento, a doutrina busca fazer uma analogia entre o serviço prestado pelo intermediador com qualquer outra atividade de cunho comercial e que gera repercussões na esfera do consumidor, porque, de fato, o intermediador e o vendedor prestam serviços no mercado de consumo, percebendo até mesmo remuneração e angariando lucros sobre as vendas que ocorrem.

No mesmo sentido flui o entendimento de Cláudia Lima Marques, que entende que o serviço seria:

(...) o negócio jurídico que propiciar ao titular ou que envolver a prestação de um fazer economicamente relevante, de um ato ou de uma omissão útil e interessante no mercado de consumo, de uma atividade remunerada direta ou indiretamente, um fazer imaterial e principal, que pode ou não vir acompanhado ou complementado por um dar ou pela criação ou entrega de bem material acessório a este fazer principal, fazer que é em verdade, a causa de contratar e a expectativa legítima do consumidor frente ao fornecedor.⁸⁸

⁸⁵ ROCHA, Roberto Silva da. **Natureza jurídica dos contratos celebrados com sites de intermediação**. Revista de Direito do Consumidor, n. 61/2017, p.12

⁸⁶ ROCHA, Roberto Silva da. **Natureza jurídica dos contratos celebrados com sites de intermediação**. Revista de Direito do Consumidor, n. 61/2017, p.16

⁸⁷ CARVALHO NETO. **Contrato de mediação**. 3. ed. São Paulo: Jalovi, 1991

⁸⁸ MARQUES, Cláudia Lima. **Proposta de uma teoria geral dos serviços com base no Código de Defesa do Consumidor**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, v. 33, 2000, p. 86.

A definição da referida autora é um pouco mais ampla, a fim de configurar o intermediador como prestador de serviços no mercado de consumo. Por sua vez, o serviço deixa de ser entendido como aquilo que envolve a obrigação de dar, por meio da prestação e contraprestação pecuniária clássica, para abranger também a atividade remunerada que envolve atos negociais economicamente relevantes no mercado.

A partir da configuração do *site* intermediador como fornecedor de serviços, é preciso mencionar o que o artigo 18 do Código de Defesa do Consumidor fala sobre a responsabilidade desses sujeitos:

Art. 18. Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade (...), assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com a indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária.

Assim, o intermediador de contratos eletrônicos, enquadrado como fornecedor de serviços, deve responder solidariamente com o vendedor do produto ou serviço por qualquer vício de qualidade ou quantidade no produto, bem como pelas indicações contraditórias constantes no recipiente, embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária.

A noção de responsabilidade do intermediador passa a envolver, não somente as informações prestadas no âmbito virtual, mas também a efetiva condição do produto apresentado em seu *site*.

Por outro foco, buscou-se analisar a responsabilidade dos intermediadores por meio da lógica de distribuição do ônus dos riscos sociais. Para tanto, entendeu-se pela imputação da responsabilidade objetiva entre os fornecedores que lucram, direta ou indiretamente, com a atividade danosa⁸⁹. Dessa maneira, a modalidade objetiva de responsabilidade civil retirou o caráter subjetivo – demonstração eficaz da culpa -, passando a imputar o risco da atividade exercida aos agentes que dela se beneficiam, independentemente da comprovação de culpa no dano.

De forma muito didática, Cláudia Lima Marques ensina que:

Frente a todos estes desafios, mister afirmar que o CDC foi visionário ao responsabilizar de forma objetiva e solidária toda a cadeia de fornecimento, ao criar o vício e o defeito da informação, a aumentar o standard de boa-fé e de destaque na elaboração das cláusulas contratuais e, principalmente, ao jurisdicizar (vinculando os

⁸⁹ A distribuição dos riscos sociais é abordada por Bruno Miragem como o direito de danos. Ele escreve que: “A expressão direito de danos, em grande medida indica a mudança do paradigma de exames de questão relativas à responsabilidade civil, assim como seus fundamentos. A diretriz básica do direito de danos é a reparação destes danos, relativizando ou esmaecendo as diferenças entre as fontes do dever violado (contratual ou extracontratual). O direito de danos, assim, tem sua unidade assegurada pelo atingimento dos objetivos de reparação dos danos causados e da proteção da vítima, aproximando as duas principais fontes das obrigações, quais sejam, contrato e delito. (MIRAGEM Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 2ª ed. revisada, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p.353).

fornecedores a) todas as atividades negociais prévias ao contrato, inclusive a publicidade, valorizando para uma interpretação pró-consumidor, do conjunto ou totalidade contratual e no tempo, todos os avisos, pré-contratos, promessas inclusive de representantes autônomos, publicidades, prospectos, e-mails e informações que despertam a confiança do consumidor. Visionária também foi sua positividade, clara e forte, do princípio da boa-fé e a flexibilidade que assegurou ao trazer a figura do consumidor equiparado, preparando a proteção (material) da coletividade, dos interesses metaindividuais (arts. 2.º, caput, e parágrafo único, 17 e 29 do CDC). Preparou assim o Brasil para a crise da pós-modernidade⁹⁰.

Por meio da análise da responsabilidade dos intermediadores, buscou-se retratar como o Código de Defesa do Consumidor foi elaborado de maneira visionária, nas palavras da referida autora. A norma consumerista se revela eficaz na garantia da tutela dos interesses dos consumidores virtuais, vez que se adequa às novas definições cibernéticas de serviço, remuneração, atividades negociais prévias ao contrato e etc., atribuindo responsabilidade aos *sítes* intermediadores.

CAPÍTULO 3: ANÁLISE DE CASO DO SITE MERCADO LIVRE

3.1. As condenações da empresa Mercado Livre como intermediadora de relações de consumo

Para a efetiva investigação sobre uma das mais proeminentes formas de comércio eletrônico, consistente em um *site* como ponto de encontro para a realização de negócios, é conveniente realizar a análise de um caso concreto. Para tanto, será utilizado o *site* www.mercadolivre.com.br.

O Mercado Livre presta um serviço consistente na oferta de uma plataforma na *Internet* que fornece espaços para que usuários anunciantes/potenciais vendedores anunciem, oferecendo à venda os seus próprios produtos e serviços para que eventuais interessados na compra dos itens, os usuários /potenciais compradores, possam negociar direta e exclusivamente entre si⁹¹.

O Mercado Livre apresenta marcas de crescimento impressionantes. Criada em 1999, a empresa encerrou o ano de 2016 com receita líquida anual de US\$ 844,4 milhões, sendo que só no Brasil – maior mercado da companhia – a receita líquida

⁹⁰ MARQUES, Cláudia Lima. **Proteção do consumidor no comércio eletrônico e a chamada nova crise do contrato: por um direito do consumidor aprofundado**. Revista de Direito do Consumidor: RDC, v. 15, n. 57, p.24, jan./mar. 2005. Disponível em: < <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/87953>>. Último acesso em: 05 julho 2017.

⁹¹ Essa é a forma que o Mercado Livre se apresenta no “Termos e condições gerais de uso do site”. Disponível em: http://contato.mercadolivre.com.br/ajuda/Termos-e-condicoes-gerais-de-uso_1409 (último acesso em 08/06/2017).

atingiu US\$ 455 milhões.⁹² De fato, a empresa representa um dos maiores exemplos de plataforma *e-commerce* atuante no Brasil.

Além disso, a empresa será usada como paradigma por estar sendo requerida em diversas demandas judiciais nas quais consumidores virtuais insatisfeitos sustentam o dever da intermediadora de indenizar em caso de insucesso nas negociações. Em contrapartida, a empresa vem atuando preventivamente para evitar o ajuizamento de novas demandas judiciais, buscando conciliar os interesses dos consumidores e vendedores antes do início da lide processual.

Inclusive, no início de 2017 o Mercado Livre conquistou o prêmio “Conciliar É Legal” promovido pelo Conselho Nacional de Justiça. Segundo o órgão, o Mercado Livre “conseguiu encerrar, focando na mediação, mais de mil processos na Justiça, com, pelo menos, duas mil pessoas envolvidas, somente em 2016. A empresa não revela em quantas ações está envolvida, mas o diretor jurídico da empresa no Brasil, Ricardo Lagreca, conta que o número cresce ano após ano. (...) A maior parte dos casos é a divergência de produtos, ou seja, o cliente pede vermelho e chega azul, por exemplo. ”

93

Em sua plataforma, os usuários do Mercado Livre se cadastram como usuários, independentemente de serem vendedores ou compradores, e, para tanto, declaram que aceitam as “Políticas de privacidade”, os “Termos e condições do Mercado Livre” e “Mercado Pago”. Em síntese, esses são documentos em que o Mercado Livre explica seu papel de intermediador de relações de consumo, atestando que apenas “presta um serviço consistente na oferta de uma plataforma na internet que fornece espaços (...)”⁹⁴

Dessa forma, a empresa tenta delimitar a prestação de um serviço que consiste no oferecimento de um mero estabelecimento comercial virtual, sem a sua interferência direta.

No contrato com o Mercado Livre há a delimitação do objeto, exercício do direito de arrependimento, obrigações dos usuários, sanções, responsabilidades e diversas outras questões pormenorizadas.

No objeto do contrato⁹⁵, lê-se que os serviços presentes nos Termos e condições gerais consistem em:

⁹² O Mercado Livre, empresa de tecnologia para comércio eletrônico, reporta seus resultados financeiros anualmente. Os dados estão disponíveis em: <https://ecommercenews.com.br/noticias/balancos/mercado-livre-cresce-30-em-receita-liquida-em-2016-brasil-se-destaca-com-aumento-de-60-em-reais> (último acesso em 08/06/2017).

⁹³ A notícia da premiação da empresa Mercado Livre pode ser acessada em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84490-cnj-premia-mercado-livre-por-conciliar-conflitos-antes-do-processo-judicial>. (Último acesso em: 09/06/2017).

⁹⁴ Sumário do contrato do Mercado Livre disponível em: http://contato.mercadolivre.com.br/ajuda/sumario-do-contrato_1542. (Último acesso em: 09/06/2017).

⁹⁵ Idem.

(...) (i) ofertar e hospedar espaços nos Sites para que os usuários anunciem à venda seus próprios produtos/serviços e (ii) viabilizar o contato direto entre Usuários vendedores e Usuários interessados em adquirir os produtos e serviços anunciados, por meio da divulgação dos dados de contato de uma parte à outra. O Mercado Livre, portanto, possibilita aos Usuários se contatarem e negociarem entre si diretamente, sem qualquer intervenção do Mercado Livre, na negociação ou na concretização dos negócios. Desta forma, ressalta-se que o Mercado Livre não fornece quaisquer produtos ou serviços anunciados pelos Usuários nos Sites.

Nessa cláusula o Mercado Livre se esforça para afirmar que não fornece nenhum produto ou serviço anunciado pelos Usuários nos *sites*, contudo como já tratado no tópico anterior, os serviços de que trata o Código de Defesa do Consumidor ganham uma interpretação ampla no comércio eletrônico para incluir na cadeia de fornecedores aqueles que direta ou indiretamente percebem remuneração pela relação de consumo.

Dessa maneira, muito embora o Mercado Livre se apresente como um mero fornecedor de espaço em seu *site* a fim de viabilizar o contato entre usuários vendedores e compradores, os serviços prestados pela empresa vão muito além dos citados, de forma que ele integra a cadeia de fornecedores e não se exime dos problemas de cunho consumerista.

Outro ponto que chama a atenção no contrato do Mercado Livre é a regulação do direito de arrependimento. Segundo a empresa, o usuário comprador pode se arrepender da compra em até 7 dias contados do recebimento do produto. A opção de se arrepender é simples, bastando que o usuário entre na lista de compras de sua conta e clique em “Eu me arrependi desta compra”⁹⁶.

Além disso, o contrato diz que os usuários vendedores devem fornecer meios para que os Usuários compradores exerçam seus direitos de arrependimento em relação aos produtos oferecidos nos anúncios do vendedor. Caso um vendedor receba um pedido de devolução ou manifestação de direito de arrependimento no prazo de 7 dias, o Mercado Livre afirma que o vendedor deverá aceitar o referido pedido de devolução e arcar com todos os custos envolvidos. É também assegurado que o Mercado Livre poderá cobrar os valores dos produtos devolvidos na conta do vendedor⁹⁷.

Cabe um parêntese sobre o direito de arrependimento, também chamado de direito de reflexão, que foi instituído pelo artigo 49 do Código de Defesa do Consumidor, que determina o seguinte:

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

⁹⁶ Idem.

⁹⁷ Idem.

telefone ou a domicílio. Parágrafo único. Se o consumidor exercer o direito de arrependimento previsto neste artigo, os valores eventualmente pagos, a qualquer título, durante o prazo de reflexão, serão devolvidos, de imediato, monetariamente atualizados.

Mais uma vez o texto normativo do Código Consumerista se apresenta prospectivo, sendo claro que o direito de arrependimento se mostra perfeitamente aplicável às contratações eletrônicas⁹⁸, realizadas “fora do estabelecimento comercial”, nos termos da Lei.

Para não deixar dúvidas a respeito do tema, o artigo 5º do Decreto 7.962/2013 falou expressamente do direito de arrependimento no comércio eletrônico:

Art. 5º O fornecedor deve informar, de forma clara e ostensiva, os meios adequados e eficazes para o exercício do direito de arrependimento pelo consumidor.

§ 1º O consumidor poderá exercer seu direito de arrependimento pela mesma ferramenta utilizada para a contratação, sem prejuízo de outros meios disponibilizados.

§ 2º O exercício do direito de arrependimento implica a rescisão dos contratos acessórios, sem qualquer ônus para o consumidor.

§ 3º O exercício do direito de arrependimento será comunicado imediatamente pelo fornecedor à instituição financeira ou à administradora do cartão de crédito ou similar, para que:

I – a transação não seja lançada na fatura do consumidor; ou

II – seja efetivado o estorno do valor, caso o lançamento na fatura já tenha sido realizado.

§ 4º O fornecedor deve enviar ao consumidor confirmação imediata do recebimento da manifestação de arrependimento.

Portanto, o direito de arrependimento é assegurado tanto pelo Código de Defesa do Consumidor quanto pelo Decreto que regula o comércio eletrônico, não restando dúvidas sobre esse importante exercício na relação consumerista. Contudo, é preciso pontuar que a unilateralidade desse direito não representa um abuso ou assimetria nas relações de consumo. Em verdade, é um direito necessário para a satisfação da aquisição do produto ou serviço nos termos em que ofertado.

Continuando na análise dos Termos e condições do contrato do Mercado Livre, a empresa delimita responsabilidades para os Usuários de seu espaço eletrônico. Dessa forma, o *site* se responsabiliza por:

(...) eventuais danos causados aos seus Usuários por defeitos ou vícios relativos exclusivamente à prestação do seu serviço de hospedagem e veiculação de anúncios nos sites www.mercadolivre.com.br e www.arremate.com.br, desde que o Mercado Livre tenha dado causa aos referidos defeitos ou vícios.

⁹⁸ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Ministro do STJ alerta para a fragilidade jurídica dos Contratos pela Internet**. Suplemento ADCOAS, São Paulo: Esplanada, ano I, n.20, 2ª quinzena, out/2000, p.247-248.

A empresa passa, então, a dispor de uma série de atos pelos quais não se responsabiliza:

O Mercado Livre não se responsabiliza por vícios ou defeitos técnicos e/ou operacionais oriundos do sistema do Usuário ou de terceiros.

O Mercado Livre não é o proprietário dos produtos ou prestador dos serviços anunciados pelos Usuários nos Sites, não guarda a posse desses itens e não realiza as ofertas de venda, tampouco intervém na entrega dos produtos, salvo mediante a contratação dos serviços dos Mercado Envios ou na prestação dos serviços anunciados pelos Usuários nos Sites.

O Mercado Livre não se responsabiliza, por conseguinte, pela existência, quantidade, qualidade, estado, integridade ou legitimidade dos produtos oferecidos, adquiridos ou alienados pelos Usuários, assim como pela capacidade para contratar dos Usuários ou pela veracidade dos dados pessoais por eles inseridos em seus cadastros. O Mercado Livre não outorga garantia por vícios ocultos ou aparentes nas negociações entre os Usuários. Cada Usuário conhece e aceita ser o único responsável pelos produtos que anuncia ou pelas ofertas que realiza.

O Mercado Livre não será responsável pelo efetivo cumprimento das obrigações assumidas pelos Usuários. O Usuário reconhece e aceita ao realizar negociações com outros Usuários ou terceiros o faz por sua conta e risco, reconhecendo o Mercado Livre como mero fornecedor de serviços de disponibilização de espaço virtual para anúncios de produtos e serviços ofertados por terceiros. Em nenhum caso o Mercado Livre será responsável pelo lucro cessante ou por qualquer outro dano e/ou prejuízo que possa sofrer devido às negociações realizadas ou não realizadas por meio dos sites decorrentes da conduta de outros usuários.

O Mercado Livre recomenda que toda negociação seja realizada com cautela e bom senso. O Usuário deverá sopesar os riscos da negociação, levando em consideração que pode estar, eventualmente, lidando com pessoas valendo-se de identidade falsa⁹⁹.

Alguns pontos do contrato são contraditórios com o serviço ofertado pelo Mercado Livre, por exemplo, ao afirmar que o Usuário deve sopesar os riscos da negociação, sabendo que pode estar diante de pessoas com identidade falsa. Acontece que é o intermediador quem realiza todo o sistema de cadastro e conhecimento dos vendedores e compradores, coletando informações sobre quem negocia em sua rede. Nesse sentido, deveria a empresa responder por qualquer falsidade ideológica nesse processo, sobretudo pelos aspectos de fragilidade e confiança do consumidor.

Inclusive, o Mercado Livre dispõe que pode a qualquer momento solicitar o envio de documentação pessoal ou exigir que um Usuário se torne certificado. O fato reforça a ideia que o Mercado tem poder de gestão sobre a identidade das pessoas que comercializam em seu sítio eletrônico, devendo responder por qualquer problema de identidade falsa dos vendedores ou compradores.

⁹⁹ Sumário do contrato do Mercado Livre disponível em: http://contato.mercadolivre.com.br/ajuda/sumario-do-contrato_1542 (último acesso em: 09/06/2017).

3.1.1 Entendimento dos Tribunais de Justiça

É preciso avaliar então de que forma a jurisprudência tem se posicionado quanto à responsabilização de sites intermediadores de comércio eletrônico.

Inicia-se com um julgado de agosto de 2011, do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, disponível na Revista dos Tribunais e no Diário de Justiça de Pernambuco, cuja ementa foi a seguinte:

Direito processual civil e relação de consumo. Preliminar de ilegitimidade passiva rejeitada. Compra pela Internet. Produto não entregue. Pagamento à vista. Fraude. Danos material e moral configurados. Direito à reparação. Responsabilidade da empresa intermediadora. Valor adequado. Sentença mantida. Recurso improvido. Decisão unânime.

1. A empresa que oferece serviço de intermediação através de site na Internet, auferindo lucro dessa atividade, ostenta legitimidade para responder por prejuízos sofridos pelos respectivos usuários. Preliminar rejeitada.

2. Em se tratando de típica relação de consumo, o fornecedor responde independentemente de culpa, pelos danos causados ao consumidor por falha na prestação do serviço.

3. "O MercadoLivre.com não se confunde com mero classificado. Ao revés, participa ativamente das transações como autêntico intermediador entre o comprador e o anunciante, daí auferindo lucros. Além disso, disponibiliza o espaço virtual para quem pretenda algo vender, cadastrando vendedor e comprador e estabelecendo mecanismos de segurança para que os envolvidos nas negociações recebam aquilo pelo que pagaram ou entregaram. Portanto, responde civilmente por eventuais prejuízos decorrentes de fraudes que seu sistema de segurança não consiga impedir, porque neste caso coloca no mercado um serviço pouco confiável e que facilita a ação de fraudadores, estes que conseguem se cadastrar no site sem maiores dificuldades e, ainda, ousam aplicar golpes em escala, alcançando inúmeros consumidores (.)" (TJDF - ApCiv no Juizado Especial Cível 20070111353975, 1.^a T. Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do DF, j. 30.08.2010, rel. João Batista Gonçalves da Silva, DJ 06.09.2010, p. 329). "(.) ainda que se aceite a posição da ré de mera intermediária, é imperioso reconhecer que a sua atividade criou ambiente e condições ao dano sofrido pela autora, aproximando o vendedor desonesto do consumidor. Não fosse a atividade da ré a autora não teria estabelecido relações com o vendedor do bem. O risco é da ré porque ela teria proveito desse negócio" (TJSP, Ap 1221137-0/1, 26.^a Câm. de Direito Privado, rel. Carlos Alberto Garbi, j. 04.02.2002).

4. Para o jurista Fernando Simão, é clara "a coligação contratual entre o contrato de fornecimento de um serviço no qual o site hospeda o produto oferecido pelo particular e para tanto é remunerado (contrato entre o site e o dono do produto) e o contrato de compra e venda (por preço fixo ou por leilão) estabelecido entre o dono do produto e o adquirente". Desse modo, diz ele, "há uma vinculação econômica evidente, pois apesar de os contratos não perderem sua autonomia, não havendo entre eles fusão, há uma unidade econômica que visa a aumentar a eficiência dos contratos".

5. Dano moral caracterizado. No ponto, frustrada a expectativa de o consumidor receber o bem adquirido, por fraude eletrônica, resulta, mais que mero incômodo do cotidiano, o manifesto transtorno emocional de quem se sente vitimizado.

6. Recurso improvido. Decisão unânime.¹⁰⁰

No precedente colacionado acima, houve um recurso de apelação interposto contra sentença proferida em Ação de Indenização por Danos Morais. O apelante era a empresa “MercadoLivre.com Atividades de Internet Ltda.” e o apelado o consumidor Thiago Gomes de Figueiredo Gondim. Conforme exposto no relatório, o autor, atraído por oferta na *Internet*, negociou, por meio do *site* da empresa apelante, a compra de câmara filmadora, mas não recebeu o produto.

Ao tentar entender o motivo do atraso na entrega, o consumidor percebeu uma série de reclamações de outros clientes, levando-o a concluir que houve uma fraude na negociação. O consumidor tentou resolver o problema através da plataforma *online* da intermediadora e por meio de tentativas de contato com o anunciante, mas não logrou êxito.

O juiz *a quo* julgou procedente o pedido inicial para condenar a empresa apelante a indenizar os danos materiais e morais sofridos pelo consumidor em virtude da frustração na transação comercial, fixando o dano material em R\$ 2.039,00 e o dano moral em R\$ 3.000,00, valores passíveis da incidência da correção monetária e juros de mora.

Em sede de recurso de apelação, a empresa alegou, preliminarmente, ilegitimidade passiva, ao argumento de que a negociação se deu entre o apelado e terceiro, sem qualquer ingerência da apelante. Também informou que atua somente como classificados *online*, isto é, não comercializa, não estoca e não entrega os produtos anunciados em seu *site*, sendo mera intermediadora da relação entre seus usuários, os quais negociam diretamente entre si. Alega ainda que eventual reparação deve ser buscada contra o anunciante.

Já no mérito, o Mercado livre afirmou não haver prova do nexo causal entre a conduta da empresa apelante e o alegado dano. Aduzindo também que o evento danoso decorreu de culpa exclusiva do recorrido que atuou de forma negligente e imprudente, não adotando as medidas de segurança recomendadas pelo *site*, o que, afastaria a responsabilidade civil da empresa.

Também alega que a atividade comercial do intermediador não se enquadra no conceito de fornecedor previsto no Código de Defesa do Consumidor, não se aplicando ao presente caso a legislação consumerista.

Em aspectos processuais afirma que não houve prova efetiva do dano material, nem elementos que pudessem caracterizar o dano moral, sendo indevida a condenação

¹⁰⁰ TJPE - Ap 6233-05.2008.8.17.0480 - 4.ª Câmara Cível - j. 2/6/2011 - v.u. - julgado por Jones Figueiredo Alves - DJPE 17/6/2011 - Área do Direito: Civil; Processual; Consumidor.

em ambos os aspectos. Nos termos dos argumentos expostos, busca o acolhimento do recurso e a reforma da sentença para reconhecer a alegada ilegitimidade, ou no mérito afastar a responsabilidade da empresa apelante.

Inicialmente, analisando a preliminar de ilegitimidade passiva arguida pela empresa, o voto do relator destaca que a empresa apelante mantém *site* na Internet, por meio do qual disponibiliza espaço para o anúncio de produtos, de forma que atua intermediando negócios entre anunciantes e consumidores, sendo, assim, parte legítima para figurar no polo passivo da demanda.

O relator ampara seu argumento em 3 precedentes: um do TJRS¹⁰¹ e dois do TJDF¹⁰². Em suma, os precedentes falam que os intermediadores devem ser equiparados a fornecedores e assim responder solidariamente pelos danos causados, nos termos do artigo 7º, parágrafo único do Código de Defesa do Consumidor. Isso porque esses *sites* recebem comissão sobre as vendas concretizadas, obtendo lucro pelas relações de consumo que se concretizam em seu espaço.

De fato, a empresa Mercado Livre destaca nos Termos e condições gerais de uso do site que deverá receber uma parte do preço anunciado quando a negociação se concretizar, *in verbis*:

Quando uma negociação se concretizar, o Usuário vendedor deverá, sempre que e conforme previsto, pagar ao Mercado Livre, em contrapartida aos serviços descritos na cláusula 1, o valor correspondente a um percentual do preço anunciado. Tal valor deverá ser pago também nos casos em que o vendedor não fizer a qualificação no prazo estipulado.¹⁰³

No mérito, o relator entendeu que embora a empresa intermediadora não participe diretamente da negociação, disponibiliza espaço virtual e cadastra os

¹⁰¹ "Reparação de danos. Compra e venda pela Internet. "Mercado Livre". Fraude. Preliminares afastadas. (...) Ao oferecer serviço de intermediação de negócios, através de seu site virtual, o demandado torna-se pessoa legítima para figurar no polo passivo da demanda. (...) (TJRS, Recurso Cível 71002235315, 2.ª T. Recursal Cível, Turmas Recursais, j. 23.06.2010, rel. Carlos Eduardo Richinitt).

¹⁰² Os dois julgados são: "Juizado Especial. Ação de indenização por danos morais e materiais. MercadoLivre.com. (...) 4. A empresa que se dedica à intermediação de vendas eletrônicas, realizadas em espaço virtual por ela mantido e donde obtém lucro, ostenta legitimidade para responder por prejuízos sofridos por usuários que utilizam de seu sistema. Inteligência do parágrafo único do art. 7.º do CDC" (TJDF, 20070111353975ACJ, 1.ª T. Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do Distrito Federal, j. 30.08.2010, rel. João Batista Gonçalves da Silva, DJ 06.09.2010, p. 329) e "(...) Não merece prosperar a preliminar de ilegitimidade passiva, pois o réu na qualidade de mantenedor do ambiente cibernético em que se consumou o contrato de compra e venda, deve responder pelos termos da avença. Mormente, no presente caso, em que recebe comissão sobre as vendas concretizadas. O art. 7.º, parágrafo único, do CDC dispõe que tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo. É importante destacar que a recorrente não figura como mera fonte de classificados, e sim, participa da compra e venda como intermediadora, havendo, assim, solidariedade passiva entre o recorrente e a anunciante. (...) (TJDF, 20050110668534ACJ, 1.ª T. Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do Distrito Federal, j. 02.05.2006, rel. Esdras Neves, DJ 20.06.2006, p. 133).

¹⁰³ Sumário do contrato do Mercado Livre disponível em: <http://contato.mercadolivre.com.br/ajuda/sumario-do-contrato> 1542. (Último acesso em: 10/06/2017)

anunciantes dos produtos, sendo a sua atuação decisiva para a conclusão dos negócios, inclusive auferindo lucros dessas transações comerciais.

Nesse sentido, o controle que a intermediadora exerce sobre quem vai anunciar neste espaço é de sua inteira responsabilidade, cabendo também a ela zelar para que as informações divulgadas sejam confiáveis.

Ademais, foi considerado que no caso em análise o consumidor negociou a aquisição de produto através do *site* mantido pelo Mercado Livre. Pagou à vista o preço, mas não recebeu o produto, o que, segundo o relator, configura descumprimento contratual e, conseqüentemente, falha na prestação do serviço.

Portanto, foi caracteriza a relação de consumo e atestado que o fornecedor deve responder de forma objetiva por eventuais prejuízos causados ao consumidor, nos termos do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor.

O relator também entendeu que o descumprimento contratual frustrou a expectativa do consumidor em relação ao bem, de forma que a angústia por ser vítima de fraude ultrapassou o mero aborrecimento, sendo devida a indenização por dano moral, mantendo o mesmo valor arbitrado na sentença.

Portanto, percebe-se que muitas cláusulas que eximem o Mercado Livre da responsabilidade de arcar com qualquer prejuízo ou falha na prestação do serviço ou entrega do produto são consideradas nulas pelo Judiciário, que tem entendido que a intermediadora deve responder objetiva e solidariamente pelos danos causados aos consumidores.

3.1.2 Entendimento do Superior Tribunal de Justiça: a diferença entre Provedor e Intermediador

É interessante notar também como o Superior Tribunal de Justiça tem se posicionado a respeito das demandas de consumo originadas na rede mundial de computadores.

Como paradigma adotaremos o julgamento ocorrido em dezembro de 2011 no Recurso Especial nº 1.107.024-DF, sob a relatoria da Ministra Maria Isabel Gallotti. A ementa foi organizada da seguinte forma:

DIREITO DO CONSUMIDOR. RECURSO ESPECIAL. SISTEMA ELETRÔNICO DE MEDIAÇÃO DE NEGÓCIOS. MERCADO LIVRE. OMISSÃO INEXISTENTE. FRAUDE. FALHA DO SERVIÇO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO PRESTADOR DO SERVIÇO.
1. Tendo o acórdão recorrido analisado todas as questões necessárias ao deslinde da controvérsia não se configura violação ao art. 535, II do CPC.

2. O prestador de serviços responde objetivamente pela falha de segurança do serviço de intermediação de negócios e pagamentos oferecido ao consumidor.
3. O descumprimento, pelo consumidor (pessoa física vendedora do produto), de providência não constante do contrato de adesão, mas mencionada no site, no sentido de conferir a autenticidade de mensagem supostamente gerada pelo sistema eletrônico antes do envio do produto ao comprador, não é suficiente para eximir o prestador do serviço de intermediação da responsabilidade pela segurança do serviço por ele implementado, sob pena de transferência ilegal de um ônus próprio da atividade empresarial explorada.
4. A estipulação pelo fornecedor de cláusula exoneratória ou atenuante de sua responsabilidade é vedada pelo art. 25 do Código de Defesa do Consumidor.
5. Recurso provido.

Primeiramente, o precedente em análise é um recurso especial interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, cuja ementa foi lavrada nos seguintes termos:

PROCESSO CIVIL E CONSUMIDOR - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - FRAUDE EM SISTEMA DE PAGAMENTOS REALIZADOS EM MEIOS ELETRÔNICOS - INTERNET - RESPONSABILIDADE CIVIL DO PRESTADOR DE SERVIÇOS - CONTRATO DE GESTÃO DE PAGAMENTOS - INTERMEDIAÇÃO DE TRANSAÇÕES - ILEGITIMIDADE PASSIVA - REJEIÇÃO - PRESENÇA DE EXCLUDENTE DE RESPONSABILIDADE - CULPA EXCLUSIVA DO CONSUMIDOR - RECURSO PROVIDO.

1. A divulgação de produtos em sítios eletrônicos mediante remuneração implica na figuração destes sítios como verdadeiros prestadores de serviços àqueles que ali divulgam seus produtos.
2. O contrato de gestão de pagamentos, onde o sítio eletrônico responsável pela divulgação de produtos visa garantir o adimplemento das obrigações criadas em possível contrato de compra e venda, caracteriza real intervenção no mencionado contrato e determina, portanto, a legitimidade passiva da empresa interventora para eventuais discussões acerca de vícios na garantia contratada.
3. Verifica-se a culpa exclusiva do consumidor, quando este, após ter acesso aos meios de ilidir seus próprios prejuízos não o faz, ainda que por mero desleixo.
4. O não atendimento, por parte do consumidor, dos procedimentos de execução do contrato exaustivamente apresentados e explicados pelo fornecedor implicam na exoneração da responsabilidade do fornecedor por culpa exclusiva do consumidor (CDC, artigo 14, §3º, ii).
5. APELO CONHECIDO. PRELIMINAR REJEITADA. PROVIDO O RECURSO.

O recorrente, Sr. Antônio de Carvalho Zemuner, aponta violação dos artigos 535 do Código de Processo Civil, artigo 6º, inciso III, 14, *caput* e §1º, incisos I, II e III e 25 do Código de Defesa do Consumidor, assim como divergência jurisprudencial entre o acórdão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, colacionado acima, e o acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que apreciou questão semelhante.

Para o presente estudo, somente ganhará destaque a parte do julgado relativa ao papel de intermediador do Mercado Livre, as demais questões processuais serão deixadas de lado.

O argumento do recorrente é que o acórdão é omissivo no que toca à questão da “impossibilidade de se exonerar a indenização por parte do causador do prejuízo”, afirmando que “ao afastar a regra contida no artigo 25 do Código de Defesa do Consumidor, o Tribunal *a quo* acaba por afastar a cogência da referida norma”¹⁰⁴. Alega, ainda, que “a própria ré ao tentar se eximir da responsabilidade sobre a fraude (...) não prova, contudo, que o produto posto à disposição dos vendedores não é suscetível a fraudes. Ao contrário, o que se depreende é que o sistema é um ambiente propício para que as fraudes aconteçam”¹⁰⁵.

O cerne do problema apresentado nesse caso é uma fraude em transação feita por intermédio do Mercado Livre, mediante envio de *e-mail* falso ao vendedor, induzindo-o a enviar a mercadoria. O recorrente é justamente o vendedor que comercializa seus produtos no espaço do Mercado Livre, o recorrido.

Em seu voto, a Ministra Maria Isabel Gallotti destaca que no acórdão recorrido houve o entendimento de que

“no caso em apreço ocorreu uma fraude em tal sistema de pagamentos. O fraudador mencionou interesse em adquirir o produto e, pouco após, fazendo-se passar pela instituição intermediadora, o próprio fraudador, utilizando-se de correio eletrônico da instituição intermediadora, enviou correio eletrônico ao vendedor informando falsamente que o valor referente à compra do bem já se encontrava à disposição, e que o bem já poderia ser enviado ao comprador”¹⁰⁶.

A relatora entende que a fraude foi originada pela livre entrada do invasor no sistema de pagamento do Mercado Livre, o que significou uma grave falha de segurança no sistema de pagamentos da empresa e que não deve ser imputada ou suportada pelo consumidor, mas sim pela empresa que assume o risco da atividade econômica.

Ademais, a Ministra destaca que o Mercado Livre poderia ter ao menos identificado o suposto fraudador ou mesmo chamá-lo ao processo, vez que é o único detentor do cadastro e, portanto, dos dados utilizados pelo criminoso.

O interessante nesse caso é que a empresa foi responsabilizada por fraude ocorrida dentro do seu sistema de pagamento. Muito embora a empresa tenha alegado que foi culpa exclusiva do consumidor, nesse caso o usuário vendedor, que supostamente não teria conferido a lisura e autenticidade da mensagem recebida, o

¹⁰⁴ Trecho retirado do relatório do RESp nº 1.107.024-DF, em que há a referência das fls. 352-e/STJ.

¹⁰⁵ Trecho retirado do relatório do RESp nº 1.107.024-DF, em que há a referência das fls. 356-e/STJ.

¹⁰⁶ Trecho retirado do relatório do RESp nº 1.107.024-DF, em que há a referência das fls. 319-e/STJ.

argumento não foi suficiente para eximir o recorrido da responsabilidade pela segurança do sistema.

Inclusive, pontuou-se que a estipulação de cláusulas exoneratórias ou atenuadoras de responsabilidade, são vedadas pelo artigo 25 do Código de Defesa do Consumidor, que dispõe: “É vedada a estipulação contratual de cláusula que impossibilite, exonere ou atenua a obrigação de indenizar prevista nesta e nas seções anteriores”.

Como vimos, muitas cláusulas presentes no contrato exigido pelo Mercado Livre são exoneratórias e contrariam o disposto no artigo 25 do Código de Defesa do Consumidor, o que, na prática, significa a nulidade dessas estipulações contratuais.

Por fim, é preciso também chamar a atenção para um detalhe na forma que as interações de consumo no mercado virtual acontecem.

Sabe-se que existe uma multiplicidade de atores oferecendo diferentes tipos de serviços e utilidades para os usuários. Existem *sites* que são intermediadores das relações de consumo, a exemplo do MercadoLivre.com.br, Amazon.com, Booking.com. Contudo, existem *sites* que são meros provedores de serviço de *Internet*, como o Buscapé.com.br e o Shopping.uol.com.br. Os provedores não realizam nenhum tipo de intermediação entre os consumidores e vendedores, sendo apenas uma ferramenta virtual de buscas e comparação de preços.

Em outubro de 2016 houve o julgamento no Recurso Especial nº 1.444.008 da 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, cuja relatoria foi da Ilustre Ministra Nancy Andrighi. Segue abaixo a ementa do precedente:

CIVIL E CONSUMIDOR. INTERNET. RELAÇÃO DE CONSUMO. INCIDÊNCIA DO CDC. GRATUIDADE DO SERVIÇO. INDIFERENÇA. PROVEDOR DE PESQUISA VOLTADO AO COMÉRCIO ELETRÔNICO. INTERMEDIÇÃO. AUSÊNCIA. FORNECEDOR. NÃO CONFIGURADO.

1. Ação ajuizada em 17/09/2007. Recurso especial interposto em 28/10/2013 e distribuído a este Gabinete em 26/08/2016.
2. A exploração comercial da Internet sujeita as relações de consumo daí advindas à Lei nº 8.078/90.
3. O fato de o serviço prestado pelo provedor de serviço de Internet ser gratuito não desvirtua a relação de consumo.
4. Existência de múltiplas formas de atuação no comércio eletrônico.
5. O provedor de buscas de produtos que não realiza qualquer intermediação entre consumidor e vendedor não pode ser responsabilizado por qualquer vício da mercadoria ou inadimplemento contratual.
6. Recurso especial provido.

O serviço prestado pelos provedores de *Internet* são apenas mecanismos de busca orientado ao comércio eletrônico, em que é possível encontrar os produtos e serviços vendidos em ambiente virtual, de forma a promover a comparação de preços

entre eles. Esses *sites* não hospedam ou organizam as páginas virtuais indicadas nos resultados disponibilizados.

Além disso, os resultados que aparecem nas buscas feitas pelos provedores não são diferentes dos encontrados em outros *sites* ou recursos da *Internet*, o grande diferencial é a concentração de informações e a possibilidade de comparação dos preços ofertados na *Internet*.

Conforme o entendimento da relatora, o consumidor é direcionado ao site ou recurso do vendedor do produto, interagindo somente com o sistema eletrônico fornecido pelo provedor. Ademais, não há nenhuma forma de cobrança de comissões sobre as operações realizadas, vez que os rendimentos dos buscadores se originam da venda de espaço publicitário.

No entendimento da relatora, o provedor do serviço de busca de produtos não pode ser responsabilizado pela existência de lojas virtuais que não cumprem os contratos eletrônicos ou que cometem fraudes contra os consumidores, da mesma forma que os buscadores de conteúdo na Internet não podem ser responsabilizados por todo e qualquer conteúdo ilegal disponível na rede.

Os provedores, portanto, não integram a cadeia de fornecimento do produto, sequer como fornecedor equiparado, por não deter qualquer posição de poder ou influência sobre o consumidor no momento do aperfeiçoamento do contrato eletrônico.

Por certo o entendimento da relatora se coaduna com toda a lógica consumerista e ainda demonstra uma interpretação prospectiva da norma, que sequer previu a contratação por meios eletrônicos. Revela-se adequada a desconfiguração de responsabilidade dos provedores de Internet, que se propõem a serem meras ferramentas na mão do consumidor que quer comprar o produto mais barato.

Por fim, é preciso consolidar que a jurisprudência pacificou o entendimento de que as empresas que realizam a intermediação objetivando a compra e venda de mercadorias, através de ofertas publicadas na rede mundial de computadores, são solidariamente responsáveis pelos danos experimentados pelo consumidor que, em negociação com o vendedor encontrado no *site* do intermediador, se vê vítima na relação de consumo.

3.2 A teoria do risco aplicada aos sites de intermediação de comércio eletrônico

O Código de Defesa do Consumidor adotou a teoria do risco do empreendimento, que está insculpida nos artigos 12 e 14¹⁰⁷. Segundo essa teoria todo fornecedor que exerça atividade de risco e que em decorrência desta obtenha lucro ou vantagem, deverá arcar com os eventuais prejuízos que possa causar.

Sergio Cavalieri Filho explica que:

Pela teoria do risco do empreendimento, todo aquele que se disponha a exercer alguma atividade no mercado de consumo tem o dever de responder pelos eventuais vícios ou defeitos dos bens e serviços fornecidos, independentemente de culpa. Este dever é imanente ao dever de obediência às normas técnicas e de segurança, bem como os critérios de lealdade, quer perante os bens e serviços ofertados, quer perante os destinatários dessas ofertas. A responsabilidade decorre do simples fato de dispor-se alguém a realizar atividade de produzir, estocar, distribuir e comercializar produtos ou executar determinados serviços. O fornecedor passa a ser o garante dos produtos e serviços que oferece no mercado de consumo, respondendo pela qualidade e segurança dos mesmos.¹⁰⁸

Nesse sentido, a teoria do risco do empreendimento dá efetividade aos deveres de adimplemento dos termos contratuais, lealdade e confiança nas relações de consumo, vez que o sujeito disposto a explorar atividade de produzir, estocar, distribuir e comercializar produtos ou executar serviços deve garantir que oferece qualidade e segurança nessa prestação.

Sobre o tema, discorre Carlos Roberto Gonçalves:

Uma das teorias que procuram justificar a responsabilidade objetiva é a teoria do risco. Para esta teoria, toda pessoa que exerce alguma atividade cria um risco de dano para terceiros e deve ser obrigada a repará-lo, ainda que sua conduta seja isenta de culpa. A responsabilidade civil desloca-se da noção de culpa para a ideia de risco, ora encarada como 'risco-proveito', que se funda no princípio segundo o qual é reparável o dano causado a outrem em consequência de uma atividade realizada em benefício do responsável (*ubi emolumentum, ibi onus*).¹⁰⁹

Segundo essa teoria o exercício de atividades perigosas impõe a obrigação de indenizar os danos eventualmente causados sem que haja a necessidade de comprovação da culpa do agente que causou o dano. Essa é uma questão de utilidade

¹⁰⁷ “Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.” e “Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.”

¹⁰⁸ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p.497.

¹⁰⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2009. Vol. IV, p.29.

da norma. Isso porque haveria uma impossibilidade técnica de apurar a culpa a cada nova modalidade de consumo inserida no mercado.

É possível perceber a dificuldade que seria caso o Código Consumerista adotasse outra modalidade de responsabilidade quando analisamos o exemplo do comércio eletrônico. Nessa forma de comércio, o contrato entre as partes se aperfeiçoa em meios eletrônicos e tanto os aspectos formais do contrato, como as partes contratantes, o aperfeiçoamento e ainda o meio em que se dá a relação jurídica são mutáveis dependendo da forma de consumo.

Seria, de fato, uma tarefa árdua para os operadores do direito apurar a modalidade de culpa em cada novo surgimento de relação de consumo. Em outro sentido, é possível notar também que a teoria da culpa vem sendo abandonada na responsabilização do agente. Isso se dá em virtude da nova realidade contratual de massificação dos contratos e surgimento dos contratos de adesão, tão característicos do comércio eletrônico.

Ademais, foi construído jurisprudencialmente o entendimento de que os intermediadores das relações de consumo eletrônicas são responsabilizados de forma objetiva, sem a necessidade de comprovação de culpa nos eventuais danos gerados aos consumidores.

Nada teria mais sentido, vez que os intermediadores obtêm grande proveito aferindo percentuais sobre os produtos vendidos, de maneira que a responsabilidade é fundamentada como uma contrapartida ao risco-proveito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em razão de todos os desafios apresentados, o Código de Defesa do Consumidor mostrou-se visionário ao responsabilizar de forma objetiva e solidária todos os sujeitos envolvidos na cadeia de fornecimento, entre os quais se destaca o *site* intermediador de relações de consumo virtuais.

Como vimos, apesar dos intermediadores estipularem cláusulas de não responsabilidade pelos vícios ou defeitos, o conceito de fornecedor presente no Código de Defesa do Consumidor abarca eles em razão da remuneração que auferem nas transações comerciais que se concretizam no seu espaço virtual.

Além disso, a norma consumerista é prospectiva e possui estrutura para a ampliação da proteção do consumidor com base na boa-fé objetiva. Destaque-se a importância desse princípio na contratação eletrônica. Ele é necessário na estipulação das cláusulas contratuais, na vinculação do fornecedor a todos os atos pré contratuais,

inclusive a oferta e publicidade, na interpretação da norma mais favorável ao consumidor e em tantas outras situações.

Hoje vive-se uma crise da confiança nas contratações virtuais, que exige do aplicador uma visão renovada do contexto contratual submetido ao Código de Defesa do Consumidor.

Sem dúvidas o Código Consumerista apresenta saídas para a maioria dos problemas surgidos na contratação eletrônica, contudo não é uma norma que, de fato, regulamenta essa nova modalidade contratual com perfeição e tampouco demonstra meios de consolidar a confiança contratual nas relações eletrônicas.

Assim, embora haja a aplicação da norma vigente, tentando-se sempre assegurar o princípio da confiança entre as partes, principalmente do mais vulnerável, a contratação eletrônica necessita de regulamentação específica.

As passagens pelos novos desafios de contratação, em contraposição às noções clássicas de contrato, permitiram concluir que o jurista de hoje enfrenta imbróglios maiores, em razão do surgimento de um contrato desmaterializado, fluído e rápido.

Embora a lógica legislativa exija que primeiro ocorra o fato e depois a norma, o tempo da norma no sistema brasileiro já passou. É de extrema relevância que haja a regulamentação da contratação eletrônica.

Concluindo, acredito que as normas vigentes não são suficientes para lidar com todos os problemas da contratação virtual e garantir a proteção do consumidor. Há um déficit informacional muito grande ao longo da contratação eletrônica. Penso que não seria necessária a criação de uma série de leis para a regulamentação, mas sim uma adequação do sistema de proteção do consumidor já existente.

É justamente nesse ambiente jurídico que a transparência, informação e segurança nas relações de consumo conseguirão se desenvolver e proporcionar novos níveis de interações jurídicas virtuais, em que os princípios da boa-fé e confiança poderão alcançar novos patamares para o engrandecimento da proteção dos direitos do consumidor brasileiro.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **A Boa-fé na relação de consumo**. Revista de Direito do Consumidor, n. 14, p.24-25, abr./jun. 1995. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/411>>. Acesso em: 05 julho 2017.
- AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Ministro do STJ alerta para a fragilidade jurídica dos Contratos pela Internet**. Suplemento ADCOAS, São Paulo: Esplanada, ano I, n.20, 2ª quinzena, out/2000, p.247-248.
- AOKI, Erica. **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.
- BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, v. 200, 2001.
- _____. MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 30-32.
- BRASILCON. **Atualização do CDC**. Disponível em: <<http://brasilcon.org.br/cdc>>. Acesso em: 03 maio 2017.
- CARVALHO NETO, Antônio. **Contrato de mediação**. São Paulo: Saraiva, 1991.
- CENEVIVA, Walter. **Publicidade e direito do consumidor**. Revista dos Tribunais, 1991.
- CORRÊA, Gustavo Testa. **Aspectos jurídicos da internet**. São Paulo: Saraiva, 2000, p.38.
- DA COSTA BRANDÃO, Caio Rogério. **O direito de arrependimento nos contratos eletrônicos**. Juris Plenum, ano III, n.13, 2007.
- DRUMMOND, Victor. **Internet, privacidade e dados pessoais**. Lumen Juris, 2003.
- ELIAS, Paulo Sá. **Breves considerações sobre a formação do vínculo contratual e a Internet**. Revista de Direito Privado, v. 6, p. 194, 2000.
- EMERIM, Camila Candido. **Contratos eletrônicos de consumo: panorama doutrinário, legislativo e jurisprudencial atual**. Revista de Direito do Consumidor: RDC, v. 23, n. 91, p. 367-393, jan./fev. 2014. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/77198>>. Acesso em: 05 julho 2017.
- ESSER, Josef. **Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado**. Barcelona: Bosch, 1961.
- FINKELSTEIN, Maria Eugênia. **Direito do Comércio Eletrônico**. 2.ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

GARCIA JÚNIOR, Armando Alvares. **Contratos via internet**. São Paulo: Aduaneiras, 2007.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2009. Vol. IV.

GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezzini. **Publicidade ilícita e a responsabilidade civil das celebridades que dela participam**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

JENSEN, Vinicius De Souza. **Comércio eletrônico: uma análise da contratação no e-commerce e a responsabilidade civil dos sites intermediadores da relação contratual virtual à luz do código de defesa do consumidor e da legislação vigente**. Trabalho de conclusão de especialização (monografia). Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Rio Grande do Sul, 2014. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10183/129565>>. Último acesso 05 julho 2017.

LOPES, Maria Elizabete Vilaça. **O consumidor e a publicidade**. Revista de Direito do Consumidor, n. 22, São Paulo.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Comércio eletrônico**. Trad. Fabiano Menke. Notas Cláudia Lima Marques. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

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**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. **Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o Novo Código Civil: do “diálogo das fontes” no combate às cláusulas abusivas**. Revista de Direito do Consumidor, v. 45, 2003.

_____. **Proposta de uma Teoria Geral dos serviços com Base no Código de Defesa do Consumidor**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, v. 33, 2000.

_____. **Proteção do consumidor no comércio eletrônico e a chamada nova crise do contrato: por um direito do consumidor aprofundado**. Revista de Direito do Consumidor: RDC, v. 15, n. 57, p. 9-59, jan./mar. 2005. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/87953>>. Último acesso em: 05 julho 2017.

_____. **Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

MIRAGEM Bruno. **Curso de direito do consumidor.** 2ª ed. revisada, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. **Internet e contratação: panorama das relações contratuais eletrônicas de consumo.** Rio de Janeiro, Renovar. 2006.

NERY JUNIOR, Nelson. **Os princípios gerais do Código brasileiro de Defesa do Consumidor.** RDC, n.3, São Paulo: RT

OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias de. **Aspectos Principais da Lei nº 12.965, de 2014, o Marco Civil da Internet: subsídios à comunidade jurídica.** Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/ Senado, abr./2014 (Texto para Discussão nº 148)

PASQUALOTTO, Adalberto. **Os efeitos obrigacionais da publicidade no Código de Defesa do Consumidor.** Editora Revista dos Tribunais, v.10, 1997.

PEZZELLA, Maria Cristina Cereser. **O princípio da boa-fé objetiva no direito privado alemão e brasileiro.** Revista de Direito do Consumidor n. ° 23, v. 24, 1997.

ROCHA, António Manuel da; MENEZES, Cordeiro. **Da boa fé no direito civil.** Porto: Almedina, 2001.

ROCHA, Roberto Silva da. **Natureza jurídica dos contratos celebrados com sites de intermediação.** Revista de Direito do Consumidor, n. 61/2017.

SANTOLIM, Cesar Viterbo. **Os princípios de proteção do consumidor e o comércio eletrônico no direito brasileiro.** Revista de Direito do Consumidor, vol. 14, n. 55, jul.-set. 2005.

SCHNAID, David. **A interpretação jurídica constitucional.** RT, V.733, São Paulo: RT.

SCHREIBER, Anderson. **Contratos eletrônicos e consumo.** Revista Brasileira de Direito Civil. Volume 01 – Jul/Set 2014.

SENADO FEDERAL. **Projeto de lei do senado nº 281, de 2012 - agenda brasil 2015.** Disponível em : <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-materia/106768>. Acesso em: 03 mai. 2017.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil.** 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

VIAL, Sophia Martini. **A sociedade da (des) informação e os contratos de comércio eletrônico: do Código Civil às atualizações do Código de Defesa do Consumidor, um necessário diálogo entre fontes.** *Revista de direito do Consumidor*, n. 88, p. 229-257, 2013.

_____. **Contratos de comércio eletrônico de consumo: desafios e tendências.** *Revista de Direito do Consumidor*. vol. 80. p. 277-334. São Paulo: ED. RT, out. 2011.

WILHELMSSON, Thomas. **Regulação de cláusulas contratuais.** *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 18. p. 9-22.