



UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO



MARCELO BARROS FALCÃO DA PAIXÃO

CONTRATOS ELETRÔNICOS DE CONSUMO:
Os novos paradigmas da teoria contratual e a proteção do consumidor

Dissertação de Mestrado

Recife

2019

MARCELO BARROS FALCÃO DA PAIXÃO

CONTRATOS ELETRÔNICOS DE CONSUMO:

Os novos paradigmas da teoria contratual e a proteção do consumidor

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas/Faculdade de Direito do Recife da Universidade Federal de Pernambuco como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito.

Área de Concentração: Transformações do Direito Privado.

Linha de Pesquisa: Transformações das Relações Jurídicas Privadas.

Orientador(a): Prof^ª. Dr.^a Larissa Maria de Moraes Leal.

Recife

2019

Catálogo na fonte
Bibliotecário Josias Machado CRB/4-1690

P149c Paixão, Marcelo Barros Falcão da
Contratos eletrônicos de consumo: os novos paradigmas da teoria contratual e a proteção do consumidor / Marcelo Barros Falcão da Paixão. – Recife, 2019. 225 f.

Orientador: Larissa Maria de Moraes Leal.
Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de Pernambuco. CCJ. Programa de Pós-Graduação em Direito, 2019.
Inclui referências.

1. Contratos eletrônicos. 2. Contratos de adesão. 3. Defesa do consumidor. 4. Comércio eletrônico. 5. Juízes - Decisões. 7. Direito Privado. I. Leal, Larissa Maria de Moraes (Orientador). II. Título.

346.8102 CDD (22. ed.) UFPE (BSCCJ2019-07)

MARCELO BARROS FALCÃO DA PAIXÃO

CONTRATOS ELETRÔNICOS DE CONSUMO:

Os novos paradigmas da teoria contratual e a proteção do consumidor

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas/Faculdade de Direito do Recife da Universidade Federal de Pernambuco como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito.

Aprovado em: 13/02/2019

BANCA EXAMINADORA

Julgamento: Aprovado Assinatura: _____

Prof. Dr.^a Larissa Maria de Moraes Leal (Orientadora)
Universidade Federal de Pernambuco

Julgamento: Aprovado Assinatura: _____

Prof. Dr. Alexandre Freire Pimentel (Examinador Externo)
Universidade Católica de Pernambuco

Julgamento: Aprovado Assinatura: _____

Prof. Dr. Mateus Costa Pereira (Examinador Externo)
Universidade Católica de Pernambuco

Julgamento: Aprovado Assinatura: _____

Prof. Dr. Roberto Paulino de Albuquerque Júnior (Examinador Interno)
Universidade Federal de Pernambuco

AGRADECIMENTOS

A Deus, nossa primeira razão de vida;

A meus pais e minha irmã, pelo apoio e amor incondicional;

Ao meu avô (*in memoriam*) pelo exemplo de uma vida dignificada pelo labor das mãos, a eternidade do trabalho e a ação do espírito, até o seu sopro final;

Aos amigos presentes e ausentes pela confiança incontida;

Aos professores, em especial Roberto Paulino e Venceslau Tavares, por serem lentes em um mundo onde as aparências são manipuladas por todos, distorcidas por alguns e apreciadas por bem poucos;

A Larissa Leal pelas lições que fogem às palavras e aos pensamentos;

A Maria, Virgem Santíssima, que roga por nós na hora final do desalento.

RESUMO

O advento da virtualização das relações interpessoais reflete diretamente nos contratos, sendo a *World Wide Web* um ambiente onde a experiência do consumo ganha novos contornos em virtude da publicidade e oferta personalizada e constante, da diminuição dos custos das transações e da facilitação do crédito, da manipulação de dados privados, dentre outros. Diante dessa realidade, as cláusulas gerais, os princípios e regras que orientam a dogmática contratual entram em um ponto de distensão ante a emergência de uma série de fenômenos específicos da contratação eletrônica, que não se submetem apenas a lógica dos contratos à distância. De fato, é necessário buscar novos paradigmas para conformar as relações contratuais eletrônicas no esquema normativo delineado para a higidez dogmática dos Contratos, em especial dos Contratos de Consumo, conciliando-os com a proteção dos interesses do consumidor enquanto objetivo da Política Nacional de Relações de Consumo. Para tanto, se procedeu a uma decomposição do fenômeno contratual, desde sua formação, perpassando seus elementos essenciais até sua extinção, buscando identificar-se em quais pontos a dogmática fornece subsídios normativos para resolver possíveis conflitos sociais e em quais outros se é necessário uma atualização normativa ou doutrinária de certos conceitos, princípios ou cláusulas. Vale ressaltar que no Brasil e no mundo há diversos estudos e propostas legislativas, como o Projeto de Lei do Senado nº 281 de 2012, para incorporar um tratamento especial ao contrato eletrônico de consumo. Ademais, se constatou que é necessário incorporar o escopo de proteção do consumidor na atividade regulamentar, pois dado a especialidade de certas categorias econômicas, os órgãos ou agências reguladoras do Estado podem proceder a uma melhor racionalização dessas normas através do dirigismo contratual.

Palavras-chave: Contratos Eletrônicos. Contratos de Adesão. Proteção do Consumidor. Dirigismo Contratual.

ABSTRACT

The emergence of virtualization of interpersonal relationship reflect directly in the contracts, with the World Wide Web being an ambience where the experience of consumption acquires new frames due to a constant and personalized advertising and offer, the decrease of transaction's costs and facilitation of credit, the manipulation of private data, among other. Faced with this reality, the general clauses, the principles and rules that guide the contractual law come to a point of disruption before the emergence of a series of specific events of the electronic agreement, that are not bound only to the logic of distance contracts. In fact, it is necessary to search new paradigms to conform the electronic contractual relations in the normative scheme outlined for a dogmatic healthiness of the Contracts, in particular the consumers contract, conciliating them with the protection of consumers interests as objective of National Policy of Relations for Consumption. For that, the contractual phenomenon has been decomposed since its formation, passing through its essential elements to its extinction, seeking to identify in which points the dogmatic provides the normative subsidies to resolve possible social conflicts and in which others is necessary an normative or doctrinal actualization of certain concepts, principles or clauses. It is worth mentioning that in Brazil and in the world there are several studies and legislative proposals, such as Senate Bill No. 281 of 2012, to incorporate a special treatment to the electronic consumer contract. Furthermore, it was found that is necessary to incorporate the scope of consumer protection in the regulatory activity, given the specialty of certain economic categories, the regulatory agencies of State can proceed to a better rationalization of these norms through the contractual dirigisme.

Keywords: Electronic Contracts. Standard Contracts. Consumer Protection. Contractual Dirigisme.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ANAC	Agência Nacional de Aviação Civil
ANATEL	Agência Nacional de Telecomunicações
B2B	<i>Business to Business</i>
B2C	<i>Business to Consumer</i>
CADE	Conselho Administrativo de Defesa Econômica
CCB	Código Civil Brasileiro (Lei Federal n.º 10.406/2002)
CDC	Código de Defesa do Consumidor (Lei Federal n.º 8.078/1990)
CF	Constituição Federal Brasileira de 1988
CONDGs	Condições Gerais de Contratação
CPC	Código de Processo Civil (Lei Federal n.º 13.105/2015)
DIPr	Direito Internacional Privado
EUA	Estados Unidos da América
FDD	Fundo de Defesa dos Direitos Difusos
fMRI	Ressonância Magnética Funcional
FTC	<i>Federal Trade Commission</i> /Comissão Federal de Comércio
IBGE	Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
LINDB	Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei 4.657/1942)
OCDE	Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico
P2P	<i>Peer to Peer</i>
PECL	<i>Principles of European Contract Law</i> /Princípios do Direito Contratual Europeu
PLS 281	Projeto de Lei do Senado Federal n.º 281 de 2012

PNAD	Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios
PNRC	Política Nacional das Relações de Consumo
REsp	Recurso Especial
SNDC	Sistema Nacional de Defesa do Consumidor
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TI	Tecnologia da Informação
UE/EU/CE	União Europeia/Comunidade Europeia
UIT/ITU	União Internacional de Telecomunicações
UNCITRAL	<i>United Nations Commission on International Trade Law</i>

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	11
2	A FORMAÇÃO DO CONTRATO ELETRÔNICO NO ÂMBITO CONSUMERISTA	16
2.1	Natureza jurídica dos contratos eletrônicos de consumo	16
2.1.1	<i>Delimitação conceitual do contrato eletrônico de consumo e o momento de sua formação.....</i>	16
2.1.2	<i>Classificação dos contratos eletrônicos de consumo</i>	24
2.1.3	<i>Os contratos eletrônicos e a sharing economy.....</i>	31
2.2	O fenômeno da adesão nos contratos eletrônicos de consumo	46
2.2.1	<i>Da oferta às condições gerais do contrato.....</i>	46
2.2.2	<i>Adesão como forma de aceitação baseada na confiança.....</i>	57
2.2.3	<i>Cláusulas abusivas</i>	68
2.3	O lugar da formação dos contratos eletrônicos	77
2.3.1	<i>O direito aplicável aos contratos e o conflito de leis no espaço.....</i>	77
2.3.2	<i>A questão do foro e os critérios para delimitação da competência</i>	82
2.4	Conclusão	86
3	OS ELEMENTOS ESSENCIAIS DO CONTRATO ELETRÔNICO À LUZ DOS NOVOS PARADIGMAS DA TEORIA CONTRATUAL	89
3.1	Os sujeitos contratuais	89
3.1.1	<i>O consumidor digital.....</i>	89
3.1.2	<i>A hipervulnerabilidade no e-commerce.....</i>	94
3.1.3	<i>O fornecedor e o estabelecimento virtual.....</i>	109
3.1.4	<i>A desumanização do contrato.....</i>	118
3.2	O objeto da relação jurídica virtual e os vícios do produto ou serviço	132
3.3	A liberdade e a fluidez das formas contratuais.....	145

3.3.1	<i>A desinstrumentalização do contrato, a desregulação dos conteúdos e o direito à informação.....</i>	145
3.3.2	<i>A força probante dos documentos eletrônicos.....</i>	156
3.4	Conclusão	164
4	DA REVISÃO À EXTINÇÃO DO CONTRATO ELETRÔNICO DE CONSUMO	167
4.1	O Intervencionismo Estatal no regime das relações contratuais	167
4.1.1	<i>O dirigismo contratual e a regulação estatal.....</i>	167
4.1.2	<i>A revisão judicial dos contratos</i>	177
4.1.3	<i>A interpretação jurídica dos contratos virtuais.....</i>	180
4.2	A extinção contratual e o direito de arrependimento.....	190
4.3	Conclusão	202
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	205
	REFERÊNCIAS.....	215

1 INTRODUÇÃO

O contrato é um fenômeno histórico, sociológico, econômico e cultural, que vem sedimentando-se enquanto instituto jurídico racionalmente compreendido e estruturado no século XIX em torno de uma teoria geral.

Após a II Guerra Mundial, surgiu uma agudização da chamada “crise contratual”, sobretudo em razão do fenômeno da massificação do consumo, que desagua diretamente na standardização dos contratos, no dirigismo contratual, na responsabilidade objetiva dos agentes profissionais contratantes, nos estatutos especiais, dentre outros fenômenos.

O surgimento do direito do consumidor e seu tratamento especial das contratações consumeristas é o remédio concebido para reestruturar todo esse plexo de acontecimentos em torno de um arcabouço teórico suficiente para conciliar a higidez sistêmica do Direito e a confluência de uma política nacional de proteção ao consumidor que reconhece como eixos fundantes a vulnerabilidade do consumidor e a intervenção estatal protetiva.

Todavia, com avançar das transformações sociais, não se esgotaram os problemas com a emergência desse novo regime das relações contratuais. De fato, os desafios se renovam e as incertezas comprimem os fundamentos teóricos a situações de verdadeira quebra de paradigmas, transformando a “crise contratual” em um estado de latência subjacente a qualquer empreitada de teorização.

A “crise contratual” na realidade não é uma crise do contrato, que permanece íntegro enquanto instrumento jurídico de trocas econômicas, mas um problema das construções doutrinárias que são incapazes de soerguer modelos teóricos rígidos e duráveis, pois as transformações sociais estão reduzidas a espaços de tempo cada vez mais exíguos, a comportamentos fugazes e a dinâmicas econômicas imprevisíveis.

Diante dessa realidade, antes mesmo que os fenômenos se tornem racionalmente delineáveis à ciência jurídica, muitas vezes já desapareceram, deixando um rastro de relações jurídicas constituídas ou extinguidas que reclamam do Direito soluções efetivas às obrigações pretendidas, à luz do princípio da segurança jurídica.

A internet incide como elemento potencializador desse conjunto de fenômenos, pois acentua os problemas da massificação e standardização contratual, da despersonalização dos sujeitos, da desmaterialização dos produtos e serviços, etc., ao passo em que traz também seu conjunto de desafios próprios, como a internacionalidade da contratação, a

desinstrumentalização do contrato, o consumo compartilhado, a vulnerabilidade e a segurança digital, dentre outros.

No Brasil, a questão circunda o Código de Defesa do Consumidor (CDC), Lei 8.078/1990, que estabelece o chamado microsistema de defesa do consumidor, através de suas regras de aplicação direta, bem como de seus princípios orientadores de um sem número de casos de decisões judiciais, regulações administrativas e projetos de leis.

Porém, o diploma legal não comporta mais uma tutela efetiva no que concerne aos contratos eletrônicos de consumo, a despeito de previsões bastante revolucionárias para sua época, como a esculpida no artigo 49 do Código,¹ que se aplica às vendas através de catálogos, ou vendas “*de porta em porta*”, ou através de *call centers*, todas em franco declínio.

A extensão de tal disposição aos contratos eletrônicos já é assente na jurisprudência, entretanto não elide outros tantos problemas subentendidos, como a quem compete os custos da devolução do produto, se pode ser cobrado algum valor relativo ao tempo em que o consumidor teve para si o bem ou serviço devolvido, bem como se cabe o arrependimento nas relações de consumo cativas de longa duração, como contratos de prestações periódicas onde, segundo alguns doutrinadores, o direito de arrependimento se renova a cada prestação.

Enfim, esse é apenas um exemplo de como a atual legislação é insuficiente para lidar com os dilemas que o comércio eletrônico cria corriqueiramente em sua permanente revolução dos processos de criação e circulação de riquezas.

A superação dessa “crise contratual”, concebida no século XXI, passa pela absorção do grau de incerteza e de indeterminação característicos dessa sociedade em rede, que é seu fundamento de virtudes e de desafios. Para tanto a chave está na proteção da confiança do consumidor, como propõe Claudia Lima Marques, aprofundando-se o direito do consumidor rumo a uma 2ª geração, “através de exigências de mais informação e transparência, mais cooperação quanto à possibilidade de arrependimento e reflexão, mais segurança nas formas de pagamento no meio eletrônico e mais cuidado com relação aos dados coletados neste meio”.²

¹ BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. Art. 49. O consumidor pode desistir do contrato, no prazo de 7 dias a contar de sua assinatura ou do ato de recebimento do produto ou serviço, sempre que a contratação de fornecimento de produtos e serviços ocorrer fora do estabelecimento comercial, especialmente por telefone ou a domicílio.

² MARQUES, Claudia Lima. **Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor**: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 34.

Com isso, a teoria contratual, no que diz respeito ao comércio eletrônico, deve ser tomada como uma teoria aplicada, que decomponha o contrato eletrônico desde sua formação até sua extinção, para investigar primeiramente a conformidade desse fenômeno a uma relação de tipo contratual e, posteriormente, os pontos de conexão e de disrupção entre a realidade observável desse fenômeno e os paradigmas da teoria contratual, sedimentados ao longo do tempo.

Dessa forma, pretende-se estabelecer os principais pontos nevrálgicos da problemática que circunda o contrato eletrônico e as relações de consumo virtualizadas em geral, sobretudo aquelas que exsurtem muito recentemente na *praxis* comercial, identificados a partir de uma perspectiva dissecante do contrato, e estabelecer tanto quanto possível os caminhos apontados para reestruturar a ação governamental protetiva, consubstanciada principalmente através do poder regulamentar do Estado, com vista ao atingimento dos objetivos e princípios da Política Nacional das Relações de Consumo.

É imprescindível ter em conta que o legislador não permanece inerte a essa problemática, visto que foi proposto em 2012, o Projeto de Lei do Senado nº 281, que visa atualizar o Código de Defesa do Consumidor com algumas disposições especiais sobre comércio eletrônico, resultante de um trabalho elaborado por uma comissão de juristas presidida pelo Min. Antônio Herman Benjamin, do STJ.

O PLS visa sobretudo atualizar a matriz principiológica do CDC, com base no binômio segurança/informação, estabelecendo também algumas regras específicas que visam dar densidade a esses princípios através de deveres objetivos, que serão efetivamente as balizas hermenêuticas para concretização da proteção do consumidor, ao estabelecer um patamar mínimo de obrigações aos agentes profissionais que operam nesse segmento.

Além disso, essa abordagem pós-positivista da hermenêutica jurídica, cuja gênese está no movimento neoconstitucionalista, apresenta um certo grau de esgotamento na *praxis* jurídica brasileira, uma vez que a formulação de uma legislação amparada em normas finalísticas, como os princípios e as cláusulas gerais, implicou em uma absorção da função reguladora pelas agências governamentais.

As agências reguladoras padecem da falta de mecanismos de legitimação e participação democrática da representação parlamentar, o que resulta na cooptação de sua atividade pelos agentes econômicos em virtude de sua especialidade ou de sua ascendência financeira ou

técnica sobre os atores políticos ou administrativos envolvidos em seu sistema de direção e gerenciamento.

Apesar das propostas de atualização do CDC, notadamente o PLS 281/2012, observa-se que em certas matérias os projetos de lei não vêm para conferir densidade suficiente ao regramento jurídico atinente a certos aspectos mais recentes ou polêmicos do comércio eletrônico, como se observa na *sharing economy*, nos vícios de produtos resultantes de obsolescência programada, na responsabilidade do fornecedor ante a invasão de *sites*, na defesa do consumidor em setores regulados, etc.

Para tanto, recorreremos ao direito comparado, investigando às melhores práticas adotadas a nível internacional, como ocorre na União Europeia, bem como as propostas formuladas pela OCDE, etc.

A presente dissertação se propõe a fazer uma dissecação do fenômeno contratual no comércio ciberespacial, desde a formação do contrato até sua extinção, estabelecendo os principais aspectos que desafiam a teoria contratual a uma mudança paradigmática, bem como até que ponto é necessário se falar em mudança de paradigmas, ou apenas reafirmar velhos paradigmas que se banalizaram com os séculos de sobreposições teóricas.

Nesse sentido, no primeiro capítulo abordamos a formação do contrato eletrônico de consumo. Tratamos da conceituação do contrato eletrônico, da classificação e do momento da formação do contrato eletrônico, com relevo à teoria da agnição na modalidade expedição, conforme propõe o CDC. Outrossim, explanamos especialmente os fenômenos da economia do compartilhamento (*sharing economy*) e da standardização contratual coligados com a contratação eletrônica. Findando o primeiro capítulo, desdobramos os efeitos da transnacionalidade das contratações telemáticas, no que concerne aos critérios que delimitam tanto o direito aplicável quanto a competência jurisdicional.

No segundo capítulo, investigamos os efeitos da virtualização sobre os elementos essenciais do contrato: sujeitos, objeto e formas contratuais. A abordagem dos sujeitos requer a distinção entre o consumidor e o fornecedor, o reconhecimento de uma hipervulnerabilidade do primeiro e de uma maior ascendência do segundo e a construção de respostas dogmáticas para uma melhor identificação e personalização das partes, notadamente o fornecedor, bem como de sua respectiva responsabilização pelos danos ocasionados ao consumidor.

Já a análise do objeto da relação contratual demanda uma percepção da sua desmaterialização, visto que o comércio eletrônico não se resume aos bens tangíveis, mas também a aplicações e tecnologias imateriais, ou mesmo a incorporação dessas aos *gadgets* e equipamentos “tecnologizados” da atualidade. Isso força a se repensar os fundamentos da ideia de vício do produto ou serviço, que também adquire uma imaterialidade, como se tem observado com a obsolescência programada.

As formas contratuais, por sua vez, padecem de uma maior fluidez, da perda de um sentido de contrato instrumentalizado, redigido e assinado. Ao passo em que o conteúdo contratual assiste a uma gradual desregulação, animada pela arquitetura aberta e livre da *web*.

Por fim, no terceiro capítulo esboçamos novas linhas para a intervenção estatal no regime contratual, quer pela via administrativa, através da regulação de certos setores econômicos, quer pela via judicial, através da revisão e da interpretação judicial dos contratos. Já no que concerne a extinção do contrato eletrônico, abordamos o direito de arrependimento, as propostas de atualização de seu fundamento normativo (art. 49 do CDC) e suas lacunas.

Por tudo isso, desejamos que o presente trabalho satisfaça os desígnios para que foi elaborado, contribuindo para uma análise atualizada dos contratos eletrônicos de consumo e das relações consumeristas virtualizadas, além da formulação de algumas linhas gerais para uma teoria aplicada desses negócios jurídicos virtuais. Sem mais delongas, desejamos uma leitura aprazível.

2 A FORMAÇÃO DO CONTRATO ELETRÔNICO NO ÂMBITO CONSUMERISTA

2.1 Natureza jurídica dos contratos eletrônicos de consumo

2.1.1 Delimitação conceitual do contrato eletrônico de consumo e o momento de sua formação

“As palavras em si não são nem verdadeiras nem falsas”¹, pois no ato da fala está a busca de um significado, antes mesmo de um juízo de veracidade. As palavras (escritas) são signos que em nossa linguagem latinizada e alfabética expressam sons (fonemas) que permitem a construção desse radical de significações, que possibilitam que articulemos pensamentos e comunicação, quer na internalidade do ser, quer na exterioridade do discurso com outrem.

Para Wittgenstein, “uma preposição pode apenas dizer *como* uma coisa é, mas não *o que* é”², e tal limitação é inerente a própria capacidade cognoscitiva do homem, decorrentes de seus sentidos naturais e de sua dupla contingência, tal qual a face de Janus, que ao mesmo tempo que nos mostra certos aspectos de um ente, nos encobre outros tantos.

Nesse mesmo sentido, ocorre com a ciência do direito, segundo Luís Alberto Warat:

[...] o acontecer signico do direito teria duas faces: o ato e a sua significação (dada pela norma). Ambos, em seu conjunto, seriam os momentos constituintes da fala jurídica, reconhecidos no interior do conjunto sistemático de normas jurídicas integrantes do objeto da ciência do direito (a língua normativa como ato de conhecimento).³

Por tudo isso, sabe-se que os conceitos (proposições) são problemáticos, incompletos e imprecisos, portanto a antítese do que um trabalho cientificamente orientado deveria buscar. Para lidar com isso, certas ciências reduziram sua linguagem aos números e operações matemáticas, pois o número é o símbolo, ou a linguagem, mais perfeita da comunicação, já que comunica na dimensão da matéria (ou do ser), não da aparência, como a linguagem vulgar, ou, em alguma medida, a linguagem jurídica.⁴

¹ ARENDT, Hannah. **A vida do espírito**. Tradução de Antônio Abranches *et al.* 4. ed. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2000, p. 76.

² WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tractatus logico-philosophicus**, Tradução de José Arthur Giannotti. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1968, p. 63.

³ WARAT, Luís Alberto. **O direito e sua linguagem**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, [1984], p. 24.

⁴ “É de ter em conta que a linguagem técnico-jurídica *não é uma linguagem científica*, uma vez que sua sintaxe e sua semântica não assentam em regras explícitas. No fundamental ela não é ainda uma linguagem técnica, mas antes uma linguagem da classe dos juristas, pois aqui os técnicos põem-se de acordo sobre um determinado uso linguístico – *Rudolf Wassermann* chama-lhe ‘linguagem técnica corrente’”. In: KAUFMANN, Arthur. **Filosofia do direito**. Tradução de António Ulisses Cortês. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2004, p. 171.

Dessa forma, “a incerteza na linha de fronteira é o preço que deve ser pago pelo uso de termos classificatórios gerais em qualquer forma de comunicação que respeite a questões de fato”, tal qual o Direito.⁵

Apesar de tudo, como é cediço, o Direito não opera com a matéria, tampouco opera no mundo do ser, mas do dever ser, já que sua natureza é deontológica ou normativa, pois é contrafactual, na medida em que não importa as tantas vezes em que é surpreendido por uma realidade (ser) dissonante de sua prescrição, permanece existindo como uma proposição que se funda numa validade conferida por um sistema de normas, ou de juridicidade. Por conseguinte, a norma jurídica não enfrenta o dilema hamletiano do ser, mas o dilema kelseniano do dever ser, da validade.

Dessa forma, segundo Hans Kelsen, se tem um sentido à ciência do direito, que “descreve as normas jurídicas produzidas através de atos de conduta humana e que hão de ser aplicadas e observadas também por atos de conduta e, conseqüentemente, descreve as relações constituídas, através dessas normas jurídicas, entre os fatos por elas determinados”.⁶

Portanto, enquanto um saber científico, o Direito é, na visão de Miguel Reale, também um conhecimento de tipo categorial, ou tipológico, já que sistematiza a observação de certos fenômenos que compartilham similitudes em modelos, tipos, classificações, etc.⁷

Esses redutores funcionam como núcleos de racionalização que conferem mesmo operabilidade as normas jurídicas e ao ordenamento,⁸ já que a função precípua do ordenamento é, em algum grau, mandamental, ordenar condutas, estabelecer competências, sancionar ilicitudes. Prescinde, dessa maneira, da função conceitual, lógico-estrutural, ou semântica, exercida sim pela ciência jurídica.

⁵ HART, Herbert L.A. **O conceito de direito**. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2007, p. 141.

⁶ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 51.

⁷ REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 56-58.

⁸ “Em suma, ao distinguir, definir, classificar, sistematizar, a ciência dogmática está às voltas com a identificação do direito, tendo em vista a decidibilidade dos conflitos. Estudar a ciência jurídica é aprender a elaborar esses sistemas, é dominar-lhe os princípios de construção, é saber distinguir para depois integrar de forma coerente. Para realizar essa construção é que o jurista elabora seus conceitos, que têm ostensiva função *operacional*. Eles servem para *operacionalizar* a tarefa de sistematização. São por isso conceitos operativos: com eles se operam definições, classificações, sistemas. “ *In*: FERRAZ JÚNIOR. Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 98.

Assim, “o Direito é uma das ciências que mais depende do elemento tipológico”,⁹ já que se funda, em última *ratio*, no princípio da legalidade, pelo qual ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo se não em virtude de uma lei, restando saber o que a lei efetivamente diz ou não diz.

Com isso em vista, se utiliza a concepção de conceito como menor unidade lógica significativa, embora muitas doutrinas da linguística transfiram esse papel ao próprio fonema.¹⁰

O conceito é um “esquema de natureza ideal no qual se fixam as características básicas de um objeto”.¹¹ Também, conforme João Maurício Adeodato, são dotados de compreensão e extensão, sempre de maneira inversamente proporcional, já que a compreensão é a conformação rigorosa dos elementos do conceito com o objeto conceituado, enquanto a extensão é o possível agrupamentos de fenômenos distintos sob um mesmo conceito.¹² De forma que quanto mais compreensivo um conceito, menor sua extensão, e vice-versa.

Destarte, o próprio mister de estabelecer um conceito é um passo cientificamente orientado, pois possibilita também a precisão do objeto da investigação antes do desenvolvimento da análise do mesmo. Para tanto, antes de se esboçar algum conceito autoral, é necessário apresentar e escrutinar alguns conceitos oferecidos por alguns doutrinadores que orientam essa pesquisa.

Primeiramente, para Santos e Rossi, os contratos eletrônicos são “os negócios jurídicos bilaterais que utilizam o computador como mecanismo responsável pela formação e instrumentalização do vínculo contratual”.¹³

A bilateralidade, por sua vez, é geralmente uma característica dos contratos que os particularizam em relação aos demais negócios jurídicos,¹⁴ pois é necessário a existência de duas partes distintas, para que ocorra a convergência de suas manifestações de vontade, através da proposta e aceitação de um regramento comum, e a consubstanciação da relação jurídica.

⁹ REALE, 2002, p. 56.

¹⁰ ADEODATO, João Maurício. *Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 109.

¹¹ *Ibidem*, p. 109.

¹² *Ibidem*, p. 110.

¹³ SANTOS, Manoel J. Pereira dos, ROSSI, Mariza Delapieve. Aspectos legais do comércio eletrônico: contrato de adesão. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: RT, n. 36: 105-129, out./dez. 2000, p. 108.

¹⁴ GOMES, Orlando. *Contratos*. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 4

Dito de outra forma, “o contrato forma-se precisamente quando essa *proposta* e essa aceitação se encontram, dando lugar aquilo que se chama o *consenso* contratual”.¹⁵

Outrossim, subsumem-se ao direito consumerista, na medida em que se adequa às conformações da relação de consumo, “assim entendida a relação jurídica existente entre fornecedor e consumidor tendo como objeto a aquisição de produtos ou utilização de serviços pelo consumidor”.¹⁶

De pronto, Santos e Rossi diferenciam os contratos eletrônicos dos demais documentos eletrônicos, na medida em que o contrato eletrônico pode ser também um documento eletrônico, mas a recíproca não é necessariamente verdadeira. “No conceito amplo de documento eletrônico se incluem todos os documentos gerados, transmitidos ou armazenados no ambiente digital”.¹⁷

Documento, por sua vez, é “toda representação material destinada a reproduzir determinada manifestação do pensamento”,¹⁸ conferindo forma material e jurídica a qualquer manifestação de vontade, declaração de fatos, ou meio de prova.

Dessa forma, o documento pode servir tanto para formar a relação jurídica, instrumentalizando-a, como no caso de um contrato, quanto simplesmente para materializar um ato jurídico qualquer (como um recibo que materializa um pagamento) ou executar um acordo de vontades, etc.¹⁹

Pelo próprio estado da técnica, tais documentos podem ser concebidos, transmitidos e armazenados por vias telemáticas, como a internet, como a nota fiscal eletrônica, as certidões eletrônicas emitidas por órgãos oficiais ou tabelionatos, duplicatas virtuais, etc.

Porém, o simples fato de ter sido produzido, transmitido ou armazenado pela internet não torna o conjunto de dados em documento eletrônico, pois é necessário imprimir-lhe segurança e certeza sobre o conteúdo virtualizado. “Se a técnica atual, mediante o uso da

¹⁵ ROPPO, Enzo. **O contrato**. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário Gomes. Coimbra: Almedina, 2009, p. 73.

¹⁶ LUCCA, Newton De. **Direito do consumidor**: teoria geral da relação jurídica de consumo. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 105.

¹⁷ SANTOS; ROSSI, 2000, p. 109.

¹⁸ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Tradução de Paolo Capitanio. 4. ed. Campinas: Bookseller, 2009, p. 1091.

¹⁹ SANTOS; ROSSI, ob. cit., p. 109.

criptografia assimétrica, permite registro inalterável de um fato em meio eletrônico, a isto também podemos chamar de documento”.²⁰

Por outro lado, Guilherme Magalhães Martins não estabelece um conceito autêntico, pois “a especificidade do contrato eletrônico provém da circunstância de ser concluído por meio de transmissão de dados através de computadores, não se constituindo um novo tipo contratual ou categoria autônoma, mas apenas uma nova técnica de formação contratual”.²¹ Então, para o autor, se trata apenas de uma técnica de aproximação dos contratantes, aplicável a qualquer contrato típico ou atípico, que se formalize por meio eletrônico, como uma compra e venda, uma locação, uma prestação de serviços, um seguro, etc.

Ademais, na mesma lógica de Guilherme Magalhães Martins, para alguns doutrinadores,²² pode-se aplicar analogicamente aos contratos eletrônicos de consumo o mesmo estatuto jurídico dos contratos entre ausentes,²³ ou contratos à distância, não diferindo desse modelo antigo de conceituação doutrinal, embora tal categorização não forneça mais a solução definitiva para os problemas que exurgem do comércio eletrônico, seja no direito comercial ou no direito do consumidor, interno ou transnacional.

Nesse sentido, Orlando Gomes há muito já justificava uma crítica pela insustentabilidade da terminologia: “os progressos da técnica dos meios de comunicação permitiram que pessoas separadas por longas distancia celebrem contratos como se estivessem frente a frente”.²⁴

A doutrina de uma forma geral, com bastante relutância, teve que aceitar que os contratos celebrados por telefone (dispositivo que data do final do século XIX, popularizado no século XX), não importasse a distância entre os contratantes, seria considerado como contrato entre presentes (Art. 428, I do CCB). Já se assinalava, dessa forma, que o fundamento da

²⁰ MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. **O documento eletrônico como meio de prova**. Disponível em: <<http://augustomarcacini.net/index.php/DireitoInformatica/DocumentoEletronico>>. Acesso: jan. 2018.

²¹ MARTINS, Guilherme Magalhães. **Contratos eletrônicos de consumo**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 2.

²² “Botana Garcia considera também que todos são contratos à distância, mas que esta é uma classificação insuficiente”. In: MARQUES, Cláudia Lima. **Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 199.

²³ “Também é importante destacar que alguns autores, quando abordam o tema dos contratos eletrônicos em seus escritos, parecem restringir suas conclusões aos *contratos realizados pela Internet*. Ora, é verdade que atualmente a Internet representa o meio de maior desenvolvimento e aplicação deste tipo de contrato (existindo por isso maior atenção da doutrina nos aspectos jurídicos relacionados aos contratos *entre ausentes*), no entanto é possível verificar, especialmente em razão do desenvolvimento das tecnologias sem fio (*wireless*) a existência da celebração de contratos por diversos meios, alguns sem qualquer trânsito pela Internet”. In: ELIAS, Paulo Sá. **Contratos eletrônicos e a formação do vínculo**. São Paulo: Lex editora, 2008, p. 155-156.

²⁴GOMES, 2009, p. 80.

distinção entre ausência e presença não se funda na “espacialidade” que separa os contratantes, mas na própria possibilidade da instantaneidade da negociação contratual, potencializada pela comunicação digital.

Por outro lado, compreende-se que a distinção essencial entre contratos entre ausentes ou presentes se sustenta hodiernamente no considerável interregno temporal em que ocorre a oferta e a aceitação,²⁵ de forma que as vontades emanadas pelo policitante e pelo oblato podem se transmutar, ou mesmo se desfazer, com esse decurso de tempo. É a chamada instantaneidade da comunicação²⁶. Quando do recebimento da oferta ou da aceitação podem já não corresponder aquilo que originalmente fora emanado e que a contraparte efetivamente tomou conhecimento.

Os contratos eletrônicos de consumo se beneficiam, nesse sentido, em regra, tanto da imediatidade da comunicação digital, quanto da própria operabilidade dos sistemas eletrônicos pré-programados, que permitem tanto uma comunicação instantânea (*on-line*) quanto a própria interação do consumidor/contratante com um sistema com padrões de fornecimento de bens ou serviços pré-estabelecidos pelos desígnios do fornecedor, de maneira que o sistema apresenta a vontade do próprio fornecedor.

Além disso, é preciso para caracterizar a formação do contrato como instantânea ou não, certos fatores como: a) o grau de instantaneidade com que os dados são transladados e processados, b) a qualidade dessa transmissão, c) a segurança intrínseca ao processo de comunicação eletrônica, d) os meios de prova decorrentes.²⁷

Dessa forma, para os contratos eletrônicos é necessário, além da instantaneidade da troca de comunicações, que essas ocorram dentro de algum sistema que se utilize de protocolos de segurança (como o HTTPS, IPsec, etc.) que garantam a identificação/autenticidade das partes, a continuidade e integridade da comunicação e a automática geração de dados que permitam, sobretudo ao consumidor, a conferência a qualquer momento (antes, durante ou após o término do contrato) dessas informações que consubstanciam a relação, bem como ferramentas que propiciem a acessibilidade à pessoa com deficiência. Informações como a identificação das partes (CNPJ, endereço comercial, etc.), preço acordado, forma de pagamento,

²⁵ “Em verdade o que importa, para distingui-las [entre presentes ou ausentes] , é a possibilidade ou não de resposta imediata.” *In*: GOMES, 2009, p. 80.

²⁶ Nesse sentido aduz Maristela Basso: “O que caracteriza a instantaneidade é a inexistência de intervalo considerável entre a oferta e a aceitação”, p. 77, “Os contratos se formam *ex intervallo* quando entre a oferta e a aceitação existe um intervalo considerável...”. *In*: **Contratos internacionais do comércio**: negociação, conclusão, prática. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 98.

²⁷ *Ibidem*, p. 84.

número do cartão de crédito eventualmente utilizado, detalhes do produto e da entrega, etc. Qualquer *delay* desarrazoado na geração desse sumário contratual, descaracteriza a natureza instantânea da contratação.

Nesse exato sentido, o projeto de lei que altera o CDC com disposições sobre o comércio eletrônico, o PLS 281, converge com tal orientação ao acrescentar ao código os seguintes dispositivos (sem grifos no original):

Art. 45-B. Sem prejuízo do disposto neste Código, **os sítios e demais meios eletrônicos, bem como as comunicações remetidas ao consumidor, utilizados para oferta ou conclusão de contrato de consumo devem disponibilizar, em local de destaque e de fácil visualização, entre outras, as seguintes informações:**

I – **nome empresarial e número de inscrição do fornecedor**, quando houver, no Cadastro de Pessoas Físicas ou no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica;

II – **endereços físico e eletrônico** e demais informações necessárias para sua localização e contato;

III – **discriminação, no preço, de quaisquer despesas adicionais** ou acessórias, tais como as de entrega;

IV – **condições integrais da oferta, incluindo modalidades de pagamento**, disponibilidade e forma e prazo da execução do serviço ou da entrega ou disponibilização do produto ou serviço;

V – **características essenciais do produto ou serviço**, incluídos os riscos à saúde e à segurança dos consumidores;

VI – **prazo de validade da oferta**, inclusive do preço;

VII – informações claras e ostensivas a respeito de quaisquer restrições à fruição da oferta.

[...]

Art. 45-D. É obrigação do fornecedor que utilizar meio eletrônico ou similar:

I – **apresentar sumário do contrato antes da contratação**, com as informações necessárias ao pleno exercício do direito de escolha do consumidor, destacadas as cláusulas que limitem direitos;

É importante destacar, na esteira da dicotomia contratos entre ausentes e presentes, a importância da identificabilidade das partes como pressuposto de existência à vontade negocial:

[...] o legislador pátrio adotou na imediatidade o critério norteador na definição do tema: sempre que possível a resposta imediata (temporalmente falando) à oferta, tem-se como entre presentes o contrato. Tal elemento, todavia, não pode ser computado isoladamente nos casos em que falta também a proximidade espacial. Ausente esta, imprescindível será, além da imediatidade temporal, a identificabilidade das partes, como pressuposto essencial à formação da vontade negocial.²⁸

Nesse ponto, ressalta-se que tal questão será melhor discutida no próximo capítulo.

Por fim, dentro da perspectiva clássica de contratos entre presentes e ausentes, apenas a imediatidade da comunicação referente à formação do contrato (oferta e aceitação) poderá defini-lo como entre presentes ou, em sentido contrário, entre ausentes. No primeiro caso, o momento da formação do contrato segue a lógica da teoria da cognição, pela qual o vínculo se

²⁸ SANTOLIM, Cesar Viterbo Matos. **Formação e eficácia probatória dos contratos por computador**. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 12.

aperfeiçoa com o conhecimento da aceitação pelo policitante; no segundo, segue a teoria da agnição, na modalidade expedição,²⁹ pela qual o contrato se aperfeiçoa com a expedição do aceite pelo oblato, sem a necessidade de sua efetiva recepção ou cognição pelo policitante.³⁰

Além disso, também o CDC acolhe a teoria da expedição já que se funda numa concepção de responsabilidade civil objetiva, inclusive a responsabilidade pré-contratual, pela qual os riscos dos sistemas de informação em que transitam as mensagens devem ser suportados pelo fornecedor, máxime nas hipóteses em que o próprio sistema eletrônico é concebido como parte de sua infraestrutura comercial, da mesma forma que suas lojas físicas, por exemplo.

Assim sendo, a expectativa do consumidor da conclusão do contrato ao expedir a sua aceitação é legítima, não podendo ser frustrada pela não recepção da mesma pelo fornecedor, pois estaria se invertendo a própria concepção do risco da atividade.

Porém, deve-se dizer que a adoção da teoria da expedição não significa que a recepção da aceitação não seja importante para conclusão do contrato, pois é mesmo uma condição de existência da avença, pois ninguém pode se dar por obrigado sem o conhecimento da materialização do vínculo.

A aceitação continua sendo uma declaração de vontade basicamente receptícia. Se ela não chega de modo algum ao proponente, então o contrato não se conclui. A teoria da expedição implica apenas a fixação retroativa do momento da conclusão contratual. Se o *e-mail* contendo a aceitação chega corretamente ao proponente, então considera-se o contrato celebrado no instante da sua expedição. Caso, porém, ocorra um erro ou qualquer outro problema na transmissão e o *e-mail* nunca alcance o destinatário, então o contrato não se torna jamais perfeito.³¹

Adotar a teoria da expedição, à guisa do Código Civil Brasileiro, significa facilitar ao consumidor a prova de sua aceitação e o reconhecimento retroativo da formação do vínculo no momento em que foi expedida. Tal artifício jurídico é bastante profícuo no comércio eletrônico onde muitas ofertas são concebidas por tempo limitado, as chamadas ofertas-relâmpago, comuns no comércio de passagens aéreas por exemplo, em que a demora na recepção da aceitação pelo fornecedor poderia implicar a perda da vantagem econômica e consequente prejuízo ao consumidor. De maneira geral:

²⁹BRASIL. **Código Civil**. 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.

³⁰ELIAS, 2008, p. 176 e ss.

³¹CARVALHO, Ana Paula Gambogi. A celebração de contratos via internet segundo os ordenamentos jurídicos alemão e brasileiro. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: RT, v. 10, n. 39: 85-113, jul./set. 2001, p. 111.

[...] a determinação do momento exato da conclusão do contrato tem importantes consequências para as partes contratantes, exercendo influência sobre o prazo para o cumprimento da obrigação pactuada, para o exercício do direito de arrependimento, para a prescrição de direitos envolvidos etc.³²

De volta as conceituações, Claudia Lima Marques, prefere a expressão “negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico”, pela qual pretende englobar os contratos informáticos (quando se tratar de um bem ou serviço informático ou digital), os contratos eletrônicos *stricto sensu*, as negociações e o *marketing* eletrônico, e a prestação de serviços por via eletrônica.³³

Com base na conceituação de Claudia Lima Marques, pode-se inferir que o objeto do presente trabalho circunscreve-se apenas ao seu conceito de contrato eletrônico *stricto sensu*, “quando o meio eletrônico é utilizado para ofertar ou concluir o contrato de consumo, mas o objeto e o tipo contratual é clássico”.³⁴

Dessa forma, podemos conceituar sumariamente os contratos eletrônicos de consumo como os negócios jurídicos bilaterais e consensuais, consistentes em declarações de vontade revestidas de circunstâncias destinadas a produzir efeitos jurídicos, que se utilizam de uma rede de comunicação autônoma para transmissão, formação ou armazenamento de dados que consubstanciam essas vontades, com vistas à formação de uma relação jurídica consumerista, estabelecida entre consumidor e fornecedor, nos moldes do CDC, para obtenção de produtos ou prestação de serviços.

Ademais, a virtualidade ou não do bem apropriado ou do serviço prestado não descaracteriza sua adequação conceitual, pois, para efeitos dessa pesquisa, o fato de um contrato eletrônico se destinar à obtenção de um *hardware*, de um bem tangível, etc. ou de um *software*, e.g., não descaracterizam o microsistema contratual sob análise salvo nas necessárias adequações que o próprio objeto contratual reclama, da mesma forma que a natureza perecível ou durável de um bem de consumo recebe tratamento circunstancialmente diferente pela teoria contratual consumerista no que concerne a garantia legal, por exemplo.

2.1.2 Classificação dos contratos eletrônicos de consumo

A investigação da natureza jurídica de um instituto é em algum grau uma ontologia, termo que “guarda também um sentido de uma ‘objetologia’, mas não única e exclusivamente;

³² CARVALHO, Ana Paula Gambogi, 2001, p. 99.

³³ MARQUES, 2004, p. 44.

³⁴ *Ibidem*, p. 44.

ele abriga tanto o significado de uma descrição estática da essência de objetos indiferentes ao sujeito cognoscende como também o sentido de uma procura pelo *logos*...”³⁵

Para João Maurício Adeodato: “ela [a ontologia] é o pressuposto descritivo dos fenômenos que subjazem a toda teorização e a toda argumentação a respeito do conteúdo que o direito (efetivo) *deve* ou *não deve ter*”.³⁶

Assim sendo, a análise da natureza jurídica dos contratos eletrônicos de consumo perpassa sua conceituação e o momento de sua formação, que é também uma indagação ontológica, para se avançar até uma classificação, enquanto operação de racionalização do conceito, por sua essência geral e abstrato, até sua discriminação em tipos-ideais que conferem especificidade aquilo que outrora era apenas um conceito geral.

Orlando Gomes, ao estabelecer os critérios elencados por si para classificação dos negócios jurídico, discorre sobre seu método:

A definição das várias espécies deve corresponder à diversidade de natureza e consequências jurídicas de uma em relação às outras. A distinção tem de fazer-se, realmente, mediante critérios jurídicos, devendo referir-se ao Direito Positivo, e conter o que é juridicamente igual. Convém evitar distinções desnecessárias, bastando enumerar as categorias que se distinguem por traços indicativos da existência de número ponderável de tipos concretos, agrupados pela sujeição ao mesmo conjunto de regras.³⁷

A primeira classificação se utiliza de um critério de incidência da virtualidade, ou seja, em qual momento da relação contratual se insere algum elemento virtual na interação entre as partes contratantes. Pode-se dividir, dessa forma, em contratos i) negociados via Internet, ii) concluídos via Internet, e iii) executados via Internet.³⁸

No primeiro tipo, os contratos negociados via internet, o computador age como um simples meio de comunicação, não diferindo de qualquer outro meio telemático, como o telefone ou o fax. Nesse tipo de contrato o que é mais relevante do ponto de vista jurídico é a precisão do conteúdo negociado, o armazenamento desses dados enquanto meio de prova e a identificabilidade das partes envolvidas.³⁹

³⁵ ADEODATO, João Maurício. **Filosofia do direito**: uma crítica à verdade na ética e na ciência. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 208-209.

³⁶ *Ibidem*, p. 210.

³⁷ GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 235.

³⁸ MARQUES, 2004, p, 196.

³⁹ SANTOLIM, 1995, p. 24.

Nesse modal há uma base contratual convencional, celebrada por meio escrito, restando a comunicação eletrônica apenas a tarefas acessórias. Por exemplo, um consumidor que negocia via *e-mail* a compra de certos bens de consumo, acordando preço, frete, condições especiais, etc., optando por concluir o contrato *in loco*, com a assinatura do instrumento.

Esse tipo é cada vez mais comum com tipos contratuais solenes, como os que envolvem transferência de propriedade imobiliária. Vale destacar, que o conteúdo dessa comunicação pode, eventualmente, integrar o contrato, desde que gere uma expectativa legítima do consumidor quanto à adequação do instrumento assinado com as negociações preliminares, em virtude dos deveres de lealdade e boa-fé.

Os contratos concluídos pela Internet trazem a virtualidade em um processo mais ativo, pois “o computador funciona como determinante na manifestação da parte”.⁴⁰ “ A partir da inserção, pelo usuário, de dados e algoritmos que deverão regular genericamente a atividade negocial, é o próprio equipamento quem elabora esses elementos e conduz à consequente decisão, transmitindo-a (externando-a) diretamente ao outro contratante...”⁴¹

É como ocorre, por exemplo, nos leilões *on-line*, onde a parte estipula um valor mínimo de venda e durante certo período de tempo o bem fica disponível para que ofertantes façam seus lances, vencendo aquele que atingir o maior lance. Nesse caso, tanto o adquirente quanto o cessionário enquadram-se, em regra, na categoria de consumidores, o que, *prima facie*, poderia descaracterizar a relação de consumo, restando apenas uma relação civil.

Em sentido contrário Claudia Lima Marques aduz que:

Particularmente, considero que a qualquer leilão *on-line* devemos aplicar o CDC, pois a presença do meio eletrônico aumenta a vulnerabilidade do cliente, ao mesmo tempo em que aumenta a função do profissional intermediário do organizador do *site* ou do leilão, o qual, por exemplo, é aquele que expede as senhas de identificação dos “consumidores” e do próprio “ganhador” do leilão.⁴²

Além disso, nesses contratos o intermediário, ou leiloeiro, que organiza e mantém o sistema eletrônico, no qual se processam as operações aludidas, é o profissional que assume os riscos do negócio e que é remunerado com uma taxa fixa ou um percentual do valor de venda, justificando-se sua responsabilização objetiva pela teoria do risco proveito. “Se destas atividades colhem os seus autores todos os proventos, ou pelo menos agem para consegui-los,

⁴⁰ SANTOLIM, 1995, p. 25-26.

⁴¹ *Ibidem*, p. 26.

⁴² MARQUES, 2004, p. 196-197.

é justo e racional que suportem os encargos, que carreguem com os ônus, que respondam pelos riscos disseminados”.⁴³

Por fim, os contratos executados pela internet constituem uma modalidade bastante especial de contrato, pois neles há a chamada desmaterialização do objeto contratual, tratada mais detidamente no próximo capítulo. Nesse tipo de contrato, algumas ou todas as prestações que compõem a relação obrigacional serão executadas pela via informática, seja o pagamento pelo consumidor, seja o próprio dar (bens de consumo) ou fazer (prestação de serviços) do fornecedor.

Vale ainda destacar uma designação bastante difundida dos contratos eletrônicos que leva em consideração as características das partes envolvidas. Nessa classificação, os contratos eletrônicos de consumo são os B2C (*Business to Consumer*), sempre que envolve um consumidor com um profissional exercendo sua atividade econômica. Têm-se ainda os tipos B2B (*Business to Business*) que são os típicos contratos interempresariais, praticados entre profissionais no exercício de sua atividade; os contratos B2G (*Business to Government*), celebrado entre empresas e entes da administração pública, sob regime especial de contratação; e os C2C (*Consumer to Consumer*), que são os típicos contratos civis com intermediação de um agente profissional.⁴⁴ Recentemente, vê-se o surgimento muito consistente dos contratos do tipo P2P (*Peer to Peer*), uma nova categoria de relação contratual característica da economia do compartilhamento, potencializada pela internet, que será analisada especificamente no próximo tópico.

Além da classificação exposta, Claudia Lima Marques propõe uma classificação específica para os contratos de venda de produtos materiais ou imateriais pela internet, dividindo-os em i) contratos sobre o fornecimento de produtos em geral, informações ou dados; ii) outros contratos especiais como: ii.1) leilões *on-line*, ii.2) fornecimento de lazer *on-line* (como jogos e cassinos), ii.3 serviços de educação ou turismo por meio virtual; ii.4) serviços bancários, creditícios, securitários e financeiros.

⁴³ LIMA, Alvino. **Culpa e risco**. 2. ed. São Paulo: RT, 1998, p. 119.

⁴⁴ MAIA, Álvaro Marcos Cordeiro. **Disciplina jurídica dos contratos eletrônicos no direito brasileiro**. Recife: Nossa Livraria, p. 82.

Santos e Rossi também propõem uma classificação tríade dos contratos eletrônicos,⁴⁵ derivada das formas de comunicação eletrônica e do grau de sua relevância para a contratação: i) interpessoais, ii) interativas e iii) intersistêmicas.

As de tipo interpessoais predominaram nos primórdios da internet, nelas todas as manifestações (proposta e aceitação) requerem uma ação humana. “Em outros termos, as duas manifestações volitivas essenciais ao preenchimento dos requisitos de existência da relação jurídica ocorrem, cada uma ao seu turno, no momento em que seus autores transmitem a mensagem eletrônica”.⁴⁶ É o típico caso da contratação mediante troca de *e-mails*, não diferindo, portanto, da contratação por correspondência, nesse sentido.

Já as contratações de tipo interativa, mais comuns no âmbito consumerista (B2C), ocorrem com a interação do consumidor com um sistema aplicativo, que funciona como uma espécie de estabelecimento virtual do fornecedor, ou uma vitrine virtual,⁴⁷ que manifesta sua vontade, enquanto proposição de uma oferta ao público, no momento em que o sistema é hospedado em um *website* aberto ao acesso geral.

A partir da programação inserida nesse sistema, ele irá interagir com um sem número de consumidores sucessiva ou simultaneamente, que poderão aderir aquelas ofertas, interagir com o sistema, obter as informações que lhes forem disponibilizadas, etc., firmando típicos contratos de adesão, com nenhuma, ou quase nenhuma, oportunidade de negociação preliminar fora dos padrões pré-estabelecidos pela programação, que permitem escolhas muito restritas (características dos produtos ou serviços, formas de pagamento, formas de entrega, uso de *vouchers*, garantia estendida, incremento de descontos pelo aumento da quantidade, etc.).

Por último e menos comum no direito do consumidor, tem-se a contratação intersistêmica, mais praticada nos contratos interempresariais (B2B) ou na corretagem de valores mobiliário. É tipicamente uma contratação que se aperfeiçoa com a correspondente troca de dados entre sistemas pré-programados, de forma que na transmissão da comunicação, os protocolos para oferta e aceitação se entrecruzem em um ponto de compatibilidade, perfectibilizando um contrato.

Para que isso se realize, ambas as partes contratantes devem antecipadamente praticar um conjunto de ações mais complexas, utilizando recursos de informática e de

⁴⁵ SANTOS; ROSSI, 2000, p. 111.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 111.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 112.

telecomunicação mais sofisticados, do que aqueles necessários para as contratações *interpessoais e interativas*.⁴⁸

Nas contratações intersistêmicas é comum o uso da EDI (*Electronic Data Interchange*), uma tecnologia utilizada como ferramenta estratégica para facilitar a comunicação entre cliente-fornecedor, possibilitando a troca de informações gerenciais que permitem a constante reposição de estoques. “O EDI é uma rede de acesso direto aos clientes do provedor, permitindo a conexão entre os sistemas eletrônicos de informação entre empresas, independentemente dos sistemas e procedimentos utilizados no interior de cada uma dessas empresas”.⁴⁹

Tais tipos de tecnologia, pelo alto valor agregado, historicamente só são utilizadas por empresas de grande porte, em contratos interempresariais. Contudo, com a expansão da internet comercial e da economia do compartilhamento, certas empresas passaram a oferecer acesso ao sistema de EDI através de servidores instalados em *sites*:

Com isso, pequenas empresas podem utilizá-lo sem necessidade de maiores investimentos em seus próprios sistemas aplicativos, isto é, os recursos específicos de *hardware* e de *software* requeridos para uma comunicação através de EDI são objeto de uso compartilhado no referido servidor, a custos significativamente menores.⁵⁰

Por tudo isso, se depreende que os contratos do tipo intersistêmicos são os menos comuns em direito do consumidor, mas não totalmente inexistentes. Na corretagem de valores mobiliários, por exemplo, onde um número expressivo de investidores é de pessoas físicas, é comum a utilização dos sistemas de *Home Broker*, que “estão interligados aos sistemas da Bovespa e permitem que o investidor envie, automaticamente, através da *internet*, ordens de compra e venda de ações”.⁵¹

Nesse tipo de relação, o investidor contrata uma corretora de valores, que franqueia seu acesso ao mercado de valores mobiliários, como a BM&FBovespa, através de um sistema próprio (*Home broker*) que irá interagir com o sistema eletrônico da bolsa de valores ou do mercado de balcão organizado (a Bovespa utiliza o PUMA Trading System) emitindo ordens de compra ou venda de títulos, solicitando informações gerais, etc. O investidor formulará ordens de compra e de venda de títulos que se efetuarão na medida em que as ofertas do pregão

⁴⁸ SANTOS; ROSSI, 2000, p. 112.

⁴⁹ PIZYSIEZNIG FILHO Apud PORTO, G; BRAZ, R; PLONSKI, G. O intercâmbio eletrônico de dados: EDI e seus impactos organizacionais. **Revista FAE**, Curitiba, v.3, n.3, p.13-29, set./dez. 2000, p. 14.

⁵⁰ SANTOS; ROSSI, ob. cit., p. 114.

⁵¹ NORONHA, Ilene Patrícia de. Aspectos jurídicos da negociação de valores mobiliários via internet. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto (org.) **Direito & internet**. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 211.

eletrônico (*book* de ofertas) atinjam os patamares estabelecidos (*start/stop*), sendo, portanto, uma comunicação e contratação de sistema a sistema.

A Comissão de Valores Mobiliários (CVM), através da Instrução Normativa n.º 380 de 23 de dezembro de 2002 regulamentou os procedimentos para negociação através da rede mundial de computadores (*www.*) de títulos mobiliários em bolsa de valores, bolsa de mercados futuros e entidades do mercado de balcão organizado, estabelecendo uma série de normas relativas à informação, educação e segurança do investidor na mesma óptica do CDC.

Com relação ao enquadramento desse tipo de contrato (corretagem de valores mobiliários) às normativas do CDC, o STJ já firmou posição sobre sua incidência.⁵² No julgamento paradigmático, a parte recorrida (a corretora de valores) alegou a não incidência da lei do consumidor em razão da extensa regulação legal e infra legal das atividades relativas a valores e títulos mobiliários e do alto valor agregado as operações *sub judice*, descaracterizando a vulnerabilidade técnica e econômica do recorrente, o investidor pessoa física.

A relatora, Min. Nancy Andrighi, consignou na ocasião que “apesar da alta incidência de regras reguladoras e uma longa lista de proibições, a natureza da atividade de corretagem de títulos e valores mobiliários não é substancialmente alterada: **ainda é uma prestação de serviço a um consumidor final**”.⁵³ Ademais “o valor da operação comercial envolvida em um determinado contrato é incapaz de retirar do cidadão a natureza de consumidor a ele conferida pela legislação consumerista”, de forma que “é incabível, aliás, retirar a condição de

⁵² SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. CONSUMIDOR E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. CORRETAGEM DE VALORES E TÍTULOS MOBILIÁRIOS. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE.

NÃO OCORRÊNCIA. RELAÇÃO DE CONSUMO. INCIDÊNCIA DO CDC.

- Recurso especial interposto em 16/12/2015 e distribuído a este gabinete em 25/08/2016.

- Cinge-se a controvérsia à incidência do CDC aos contratos de corretagem de valores e títulos mobiliários.

- Na ausência de contradição, omissão ou obscuridade, não existe violação ao art. 535, II, do CPC/73.

- O valor operação comercial envolvida em um determinado contrato é incapaz de retirar do cidadão a natureza de consumidor a ele conferida pela legislação consumerista.

- É incabível retirar a condição de consumidor de uma determinada pessoa em razão da presunção de seu nível de discernimento comparado ao da média dos consumidores. - Impõe-se reconhecer a relação de consumo existente entre o contratante que visa a atender necessidades próprias e as sociedades que prestam de forma habitual e profissional o serviço de corretagem de valores e títulos mobiliários.

- Recurso especial conhecido e provido.

(REsp 1599535/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 14/03/2017, DJe 21/03/2017)

⁵³Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=69019836&num_registro=201601246153&data=20170321&tipo=51&formato=PDF>. Acessado em: 14/01/2018.

consumidor de uma determinada pessoa em razão de seu nível de discernimento comparado ao da média dos consumidores”.

Por fim, com relação aos requisitos de validade do contrato intermediado por um sistema aplicativo nas contratações intersistêmicas, “a aferição dos requisitos subjetivos necessários a contratação (capacidade, vigência de poderes de apresentação e representação) deverá ser feita tomando-se por base, sempre, o momento em que o sistema foi preparado e inserido no computador, e não a data da celebração do pacto”.⁵⁴

2.1.3 Os contratos eletrônicos e a sharing economy⁵⁵

É comum se dizer que vivemos numa sociedade de consumidores, o que significa, segundo Hannah Arendt, que “quase conseguimos nivelar todas as atividades humanas, reduzindo-as ao denominador comum de assegurar as coisas necessárias à vida e de produzi-las em abundância”.⁵⁶

Dessa forma, para Arendt, já podemos falar em uma economia do desperdício, “na qual todas as coisas devem ser devoradas e abandonadas quase tão rapidamente quanto surgem no mundo”,⁵⁷ desafiando constantemente o próprio mercado a conceber as necessidades do futuro e satisfazê-las no presente. Conceber uma sociedade enquanto uma sociedade de consumidores significa reduzir todos os seus processos vitais a instrumentos de apropriação e destruição pelo consumo, desafiando a própria durabilidade do mundo.

Nessa visão, a *world wide web* acelerou os processos de revolução da produção e do consumo a períodos cada vez mais exíguos, de forma que antes mesmo que os fenômenos se tornem racionalmente cognoscíveis, muitas vezes já desapareceram. Assim ocorre com a chamada *sharing economy*, ou economia do compartilhamento, um fenômeno cuja conceituação precisa é praticamente impossível,⁵⁸ mas que de forma geral pode-se definir como “um comportamento social não-recíproco”,⁵⁹ consistente num “ato e processo de distribuição

⁵⁴ SANTOLIM, 1995, p. 27.

⁵⁵ Sharing economy é o termo em língua inglesa para “economia do compartilhamento”. Por ser um fenômeno cuja origem está no mercado americano, serão usados ambos os termos indistintamente.

⁵⁶ ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Tradução de Roberto Raposo. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 139.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 147.

⁵⁸ SCHOR, Juliet. **Debating the sharing economy**. Disponível em: <<http://www.msaudcolumbia.org/>>, p. 2. Acesso em: jan. 2018.

⁵⁹ BENKLER, Yochai Apud BELK, Russel. Sharing. **The Journal of Consumer Research**. Chicago, vol. 36, n. 5, fev. 2010, p. 717.

do que é nosso para outros para o seu uso e/ou o ato e processo de recebimento ou apropriação de algo de outrem para nosso uso” (tradução nossa).⁶⁰

Pode-se enquadrar o compartilhamento em quatro categorias amplas: recirculação de bens, utilização ampliada de ativos duráveis, troca de serviços e compartilhamento de ativos produtivos.⁶¹ Neste trabalho, focar-se-á apenas nas relações de compartilhamento que envolvam alguma transação que expresse, direta ou indiretamente, uma apropriação econômica por alguma empresa ou pessoa, de forma a configurar uma adequação à figura do fornecedor estipulada pela lei consumerista.

A própria economia do compartilhamento é um reflexo do tipo de consumação que satisfaz as precisões de nosso tempo. Uma consumação não mais baseada na propriedade ou na aquisição, mas no uso e gozo, na satisfação de uma necessidade temporária. A própria lógica do ecologismo e do preservacionismo dessa pós-modernidade reclamam um uso mais consciente dos recursos finitos do planeta.

Também se exige um maior valor agregado aos bens, seja uma tecnologia para um *gadget*, seja uma produção orgânica para um gênero alimentício, tudo isso a um custo mais acentuado. Ao mesmo tempo que a falta de tempo e espaço da vida nas grandes metrópoles limitam o consumo de modo indelével. A *sharing economy* franqueia o acesso a esses bens sem a onerosidade de adquiri-los ou mantê-los, ao mesmo tempo em que torna o patrimônio inservível em uma fonte ativa de renda.⁶²

Em outras palavras, mudamos de um regime de propriedade para um regime de acesso, caracterizado por pequenos lapsos de uso limitado de ativos controlados por redes de fornecedores.⁶³

A OCDE utiliza a designação desse mercado de “*Peer platform markets*” (mercado de plataformas de parceria numa tradução livre),⁶⁴ analisando apenas o segmento que envolve

⁶⁰ BENKLER; BELK, 2010, p. 717.

⁶¹ SCHOR, p. 2.

⁶² “Esta característica da *sharing economy* está ligada a constatação de que muitos bens têm uma utilização que fica aquém das suas potencialidades (*idling capacity*)” CARVALHO, Joana Campos. A proteção do consumidor na *sharing economy*. In: **Estudos de direito do consumo**: homenagem a Manuel Cabeçadas Ataíde Ferreira. Lisboa: DECO, 2016, p. 298.

⁶³ BARDHI, Fleura e ECKHARDT, Giana M. Access-based consumption: the case of car sharing. **The Journal of Consumer Research**. Chicago, v. 39, n.4, dez. 2012, p. 881-898, p. 883.

⁶⁴ “‘*Peer platform market*’ é usado para descrever uma variedade ampla de novos e emergentes modelos de produção e consumação que envolve troca comercial de bens e serviços entre parceiros através de plataformas da Internet”. (Tradução nossa). In: ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND

intercâmbios econômicos entre particulares, *peer to peer* (P2P). “Esses modelos de negócios tornam acessíveis oportunidades econômicas para indivíduos que fornecem os bens ou serviços (*peer provides*) e para as plataformas que fazem a conexão (*peer platform*)” (tradução nossa).⁶⁵ Para os consumidores (*peer consumers*), esse mercado oferece vantagens como menores custos, maior seletividade, conveniência, experiências sociais ou mesmo uma proposta de consumo mais sustentável.

Por sua vez, as pesquisas econômicas e estatísticas corroboram a importância do tema: o site de compartilhamento de acomodações *Airbnb* adquiriu mais de um milhão de inscrições em sete anos; o serviço *UBER* foi avaliado, em julho de 2015, em mais de 50 bilhões de dólares americanos; a *BlaBlaCar*, aplicativo para viagens de longa distância, foi colocada entre as 5 *start-ups* europeias mais valiosas.⁶⁶

Vale salientar que a análise da *sharing economy* não se limita aos contratos P2P, podendo existir contratos B2B ou o clássico B2C, como ocorre no compartilhamento de veículos, quando a própria empresa que opera a plataforma digital disponibiliza carros para aluguel por curtos períodos de tempo.

Observa-se da emergência da *sharing economy* uma banalização do fenômeno da conexão contratual, ou seja, quando da formação de um negócio jurídico de maior complexidade, realiza-se uma série de contratos relacionados entre si, para dar cobertura a um amplo leque de possibilidades.⁶⁷

A conexão é um fenômeno que potencializa o consumo, estabelecendo relações jurídica interdependentes entre si, mas com vínculos individuais, que se unificam para certos fins.⁶⁸

Os vínculos individuais podem ser associativos ou de troca; não existe uma causa jurídica associativa inicial que pela via contratual origine a integração. Há, em troca, uma causa econômica que faz com que uma série de vínculos individuais devam funcionar como um sistema. (Tradução nossa)⁶⁹

DEVELOPMENT. Protecting consumers in peer platform markets: exploring the issues. **OECD digital economy papers**, n. 253, disponível em: <<http://www.oecd-ilibrary.org/>>, p. 7. Acesso em jan. 2018.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 4.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 6.

⁶⁷ MARTINS, 2016, p. 141.

⁶⁸ LORENZETTI, Ricardo L. Redes contractuales: conceptualización jurídica, relaciones internas de colaboración, efectos frente a terceros. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**. Porto Alegre, v. 16, 1999, p. 161-202, p. 174.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 174.

Essa é a essência da economia do compartilhamento, um plexo de redes contratuais que devem funcionar como um sistema, onde num *click* o consumidor solicita um carro para uma corrida num aplicativo de transporte de passageiros e dá origem ao contrato com a plataforma eletrônica, com o motorista, com a empresa de cartão de crédito, do motorista com a plataforma eletrônica e da plataforma eletrônica com a empresa do cartão de crédito. O nexos funcional desse sistema é uma finalidade econômica supracontratual: “consumir” uma corrida de automóvel de um ponto a outro qualquer.

Para Claudia Lima Marques, “se a finalidade supracontratual comum é de consumo, todos os contratos são de consumo por conexidade ou acessoriedade”.⁷⁰ Não nos parece, porém, que na *sharing economy* tal proposição seja tão fácil ou tão firmemente adequada para se observar o fenômeno da conexidade. Isso faz com que seja necessário destrinchar essa rede contratual para se observar as múltiplas relações que esse consumo encobre, relações de tipo B2C, B2B, P2P, dentre outras possíveis.

No que diz respeito à relação P2P, objeto imediato desse tópico, tem-se que os desafios ao direito do consumidor são ímpares, pois alguns parceiros (*peer providers*), por exemplo, podem gerar uma atividade econômica suficiente a sugerir que eles devam suportar as responsabilidades da proteção ao consumidor (se inserindo na cadeia de fornecedores, na lógica dos arts. 7º, parágrafo único e 12 do CDC), ao mesmo tempo em que aparecem em uma relação de consumo, logo de vulnerabilidade, com a plataforma eletrônica.⁷¹

Outrossim, o papel desempenhado por um consumidor na relação P2P é significativamente mais ativo, não apenas como consumidor, mas também simultaneamente como produtor (*peer providers*), algumas vezes, ou como avaliador (*reviewer*), já que essas plataformas adotam sistemas de reputação e avaliação.

Já o papel desempenhado pela plataforma (*peer platform*) também é capital para entender-se o plexo de relações jurídicas decorrentes, bem como as responsabilidades de cada

⁷⁰ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 113.

⁷¹ “Se a relação jurídica entre adquirente e plataforma se encaixa com mais clareza nos conceitos legais de consumidor e fornecedor, respectivamente, há que se perquirir qual o papel efetivamente desempenhado por aquele que oferece seus próprios serviços ou o uso de seus bens pessoais por meio da plataforma. Enquanto alguns nele identificam mais um fornecedor, talvez solidariamente responsável perante o consumidor, outros identificam-no como mais um consumidor da plataforma. Da caracterização jurídica desse sujeito decorrerão responsabilidades aptas a estimular ou fomentar o exercício da atividade econômica, o que revela a gravidade do tema” *In*: OLIVEIRA, Amanda Flávio de. **Brasil precisa discutir a proteção do consumidor na economia colaborativa**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-fev-15/garantias-consumo-preciso-discutir-protecao-consumidor-economia-colaborativa>>. Acesso em jan. 2018.

parceiro (*peer*) e até que ponto o direito do consumidor pode oferecer algum tipo de segurança jurídica a essas relações.

A *peer platform* pode ser enquadrada como um tipo especial de fornecedor, daí justificando a modificação do art. 12 do CDC (o que não sucede com o atual PLS 281/2012 que atualiza o CDC com normas sobre e-commerce) para enquadrar essa nova modalidade, a que chamaremos de intermediador de risco.

Mais propriamente, as funções mais importantes desenvolvidas pela plataforma são oferecer facilidades de busca, relacionar parceiro com parceiro, configurar a reputação e outros mecanismos de confiança e avaliação, exercer diferentes graus de controle sobre a organização, mediar o compartilhamento e a interação entre parceiros (como as ferramentas de pagamento, mediação de conflitos ou serviços de envio de mensagem, etc.).⁷²

Também, deve-se ter em conta os termos de uso, as políticas de privacidade, as normas que orientam de forma geral a utilização daquela plataforma, na mesma lógica da valorização dos usos e costumes da internet enquanto arcabouço normativo (*self regulation*).⁷³

Nesse diapasão, deve-se levar em conta que os Estados, de uma maneira geral, contam com um número considerável de normas regulando diversas atividades econômicas, desde a lei do consumidor às normas especiais sobre transporte de passageiros, hospedagem, comercialização de gêneros alimentícios, proibições de comercialização de certos produtos (no Brasil, a comercialização de fumígenos pela Internet por exemplo⁷⁴), dentre outras. Essas normas podem comprometer a própria lógica de funcionamento de certas *peer platforms*, o que, do ponto de vista do consumidor, muitas vezes é ruim porque limita a concorrência.⁷⁵

⁷² OECD. Protecting consumers in peer platform markets, ob. cit., p. 10.

⁷³ KOOPMAN, Chistopher; MITCHELL, Matthew; THIERER, Adam. The Sharing economy and consumer protection regulation: the case for policy change. **The Journal of Business, Entrepreneurship & the Law, Malibu**, vol. 8, n. 2, mai. 2015, p. 542-543.

⁷⁴ BRASIL. Art. 3º-A, I e III da Lei 9.294/96.

⁷⁵ “Due to the capture problem discussed above, regulations often become formidable barriers to new innovation, entry, and entrepreneurship. For example, at the beginning of the 20th century many local governments began regulating the taxicab industry in an attempt to protect consumers from potential harms caused by market failures in the form of “information asymmetries.” As a result, entry into the taxicab market and taxicab fares, services, and quality were restricted in a substantial way in most cities around the country.³⁷ In 2006, there were only 12,799 licensed taxicabs in New York City, compared with 21,000 in 1931, when the city had about 1 million fewer inhabitants.³⁸ While many of the initial justifications have since faded away, these regulations remain, with the practical effect of protecting established incumbents from increased competition in the form of Uber and Lyft. This is also true of many of the regulatory efforts prohibiting or limiting Airbnb and other innovative firms within and outside the sharing economy” In: KOOPMAN; MITCHEL; THIERER, 2015, p. 537.

Dessa forma, os *peers* preferem as próprias regulações que criam em sua interação comunitária (regras sociais), ou as normas da plataforma digital (termos de uso), ou os sistemas de controle de confiança e reputação, do que as normas ditadas por entes públicos.⁷⁶

Nesse contexto, deve-se destacar também os riscos e danos enfrentados pelo consumidor que devem ser considerados na elaboração de qualquer política pública pois, além dos riscos inerentes e comuns ao próprio e-commerce e à contratação digital, há ainda uma série de riscos específicos desse tipo de relação.

Pode-se identificar duas grandes formas que esses riscos assumem, a de tipo estrutural e a pessoal, de onde emergem tipos diferentes de danos, os coletivos *lato sensu* e os individuais. Alguns desses danos podem não ter uma expressão financeira, ou mesmo ter uma mensuração bastante difícil de ser feita. Por exemplo, qual o impacto de um aplicativo de compartilhamento de moradias sobre o acervo de propriedades para alugar, um problema peculiar para cidades que tenham um pequeno número desse tipo de imóveis.⁷⁷

Além disso, no que concerne aos riscos pessoais, os consumidores encontram um grande leque de participantes, amadores, *freelancers*, semi-profissionais, o que factualmente retira, muitas vezes, a expertise na prestação do serviço ou confecção do bem, expondo o consumidor a um risco exacerbado em relação ao tipo de contrato B2C, onde se pressupõe que o fornecedor é um agente profissional.

Também tem se alertado para problemas como a inflação de preços (“custos dinâmicos”), que são formas de balancear oferta e demanda, quando essa última está mais alta, ou o preço por gotejamento (*drip pricing*) que consiste em ofertar o bem ou serviço a um preço inferior, criando atratividade, encobrindo tributos, tarifas e outros adicionais que serão efetivamente debitados à conta do consumidor no momento do pagamento. É comum emergir desse tipo de risco e dessas práticas danos individuais puros, como também o chamado dano individual homogêneo, espécie de dano coletivo.

Um risco que deve ser especialmente considerado pelo consumidor diz respeito à questão da proteção de dados. Embora seja um risco comum ao e-commerce em geral, cada vez mais suplantado pelo uso da criptografia assimétrica, das chaves públicas e outros mecanismos

⁷⁶ “Em um estudo, 64% dos respondentes disseram que na economia do compartilhamento, a regulação parceira seria mais importante para eles do que a regulação governamental.” In: OECD. Protecting consumers in peer platform markets, ob. cit., p. 11.

⁷⁷ *Ibidem*, p. 14.

de segurança da informação, as *peer platforms* trabalham com um sistema de interação de dados muito mais dinâmica, o que leva ao compartilhamento inevitável desses dados entre os *peer providers* e os *peer consumers*, que, no mais das vezes, são estranhos entre si.

Dessa maneira, “confiando nesses atores não-profissionais para tomar medidas apropriadas para evitar o comprometimento dos dados do consumidor, pode representar um risco ainda maior de dano ao consumidor” (tradução nossa).⁷⁸ Para não citar riscos muito mais sensíveis, que escapam ao escopo do direito do consumidor, pois envolvem bens jurídicos tutelados precipuamente pelo direito penal, como a vida, a dignidade sexual ou a incolumidade física e patrimonial,⁷⁹ potencializados pela criminalidade atroz da sociedade brasileira, claramente desnudada pelas estatísticas oficiais.⁸⁰

Na questão da proteção dos dados, uma sugestão feita pela OCDE, a título de *lege ferenda*, é a intermediação pela plataforma do pagamento, limitando o acesso de ambas as partes em relação a dados bancários, ou de cartão de crédito, por exemplo, evitando fraudes financeiras.⁸¹

O *peer provider*, que em alguma medida também pode ser considerado como consumidor,⁸² a seu turno, enfrenta certos riscos pessoais, sobretudo em relação às restrições impostas pela plataforma, que faz com que o mesmo opte por operar em apenas um sistema aplicativo, despendendo tempo e esforços para construir uma boa reputação, com boas avaliações ou mesmo investindo em diferenciais em relação aos seus concorrentes imediatos (por exemplo, optando por comprar um carro mais confortável, oferecendo mais comodidades no imóvel que aluga, optando por agregar produtos de maior valor nutricional na comida que

⁷⁸ OECD. Protecting consumers in peer platform markets, ob. cit., p. 15.

⁷⁹ “A escritora Clara Averbuck, 38, fez uma publicação nesta segunda-feira (28) em seu Facebook, em que relata o estupro que ela sofreu por parte de um motorista da Uber na noite de domingo (27)” *In: Folha de S. Paulo*. Escritora denuncia estupro por motorista; Uber bane profissional. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2017/08/1913676-escritora-clara-averbuck-denuncia-estupro-por-motorista-da-uber-em-sp.shtml>, acesso em jan. de 2018. “[...] A **Folha** analisou as 1.120 queixas nas quais aparece a palavra “Uber”, feitas entre janeiro de 2015 e fevereiro de 2017 e obtidas pela reportagem por meio da Lei de Acesso à Informação. Dessas, 684 tinham relação direta com o aplicativo, que domina cerca de 90% desse tipo de serviço na cidade. A maior quantidade de registros se refere a roubo, furtos e sequestros-relâmpago (319), conflitos com taxistas (153) ou acidentes de trânsito (135). Na maioria dos casos, o motorista do aplicativo foram vítimas de crimes. A prefeitura estima em cerca de 50 mil carros de aplicativos que rodam pela cidade.” *In: AMÂNCIO, Thiago; CASTRO, Daniel; GOMES, Paulo*. Passageiros da Uber relatam de roubo a assédio por motoristas de aplicativo. **Folha de S. Paulo**, 14/05/2017. Disponível em: http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2017/05/1883807-passageiros-da-uber-relatam-de-roubo-a-assedio-por-motoristas-de-aplicativo.shtml?loggedpaywall#_=>. Acesso em jan. de 2018.

⁸⁰ Em 2016 o Brasil registrou 61.619 mortes violentas, 2.666 dessas foram vítimas de latrocínio; 1.066.674 roubos ou furtos de veículos automotores entre 2015 e 2016; e 49.497 ocorrências de estupro. *In: LIMA, Renato Sérgio de e BUENO, Samira* (org). **Anuário brasileiro de segurança pública 2017**. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2017.

⁸¹ OECD. Protecting consumers in peer platform markets, ob. cit., p. 16.

⁸² OLIVEIRA, 2018.

vende, etc.), uma mais-valia que não poderá ser trespassada a outra plataforma caso opte, ou seja obrigado a mudar de sistema aplicativo. Portanto, como um ativo muitas vezes intangível, essa reputação positiva fica restrita à plataforma em que se desenvolve a atividade, o que, por si só, limita as possibilidades de escolha ou de troca do *peer provider*, limitando a concorrência entre as *peer platforms*.⁸³

Diante do exposto, frente aos desafios e riscos que são enfrentados nas relações P2P, faz sentido reafirmar a confiança como principal paradigma para resolução ou minoração desses riscos e danos. Nos dizeres de Claudia Lima Marques: “confiança na realização das expectativas legítimas do consumidor também nos negócios jurídicos do comércio eletrônico é a meta! ”.⁸⁴

Tal confiança, por sua vez pode ser consubstanciada em uma série de deveres acessórios, ou pela adoção de certas ferramentas e mecanismos, já reconhecidos pela própria prática das plataformas digitais, que listamos de forma sucinta:⁸⁵

- **Avaliação e sistema de reputação.** Essas ferramentas são essenciais para auxiliar os consumidores a fazerem escolhas informadas, além de auxiliar no controle dos comportamentos, através de monitoramento, sistemas de *feedback*, e o exercício da pressão entre os parceiros (*peers*). A efetividade dessas ferramentas depende primordialmente da interação entre plataforma e parceiros. Essas ferramentas são menos efetivas sem uma massa crítica de participantes. Dessa forma, o sistema dispositivo deve incentivar as checagens e avaliações dos usuários, por exemplo, condicionando a continuidade do uso do sistema após a avaliação *a posteriori* do serviço utilizado ou do bem adquirido.
- **Garantias ou seguros.** Esses mecanismos surgem como resposta a experiências negativas como acidentes, furtos, fraudes, roubos, etc. Já são adotados por muitas plataformas, geralmente protegendo ambas as partes da relação (*peer consumers* e *peer providers*) a depender do evento lesivo. O *Airbnb* por exemplo, conta com um seguro garantia para os anfitriões (locadores), com um valor de até US\$ 3.000.000,00.
- **Verificação de identidades.** Um dos problemas mais comuns no consumo pelo compartilhamento pode ser a impossibilidade de consumidor entrar em contato com os *peer providers* em algum caso de problema. O gerenciamento de identidades e dados para contato pode ser um meio importante para responder aos riscos associados à

⁸³ OECD. Protecting consumers in peer platform markets, ob. cit., p. 15.

⁸⁴ MARQUES, 2004, p. 47.

⁸⁵ OECD. Protecting consumers in peer platform markets, ob. cit., p. 18-19.

interação entre os *peers*, sobretudo naquelas plataformas em que a resolução de disputas se dá primeiramente mediante autocomposição dos envolvidos.

- **Triagem prévia.** Essa é uma prática de cautela que deve ser adotada pelos sistemas aplicativos, através da checagem externa de informações, como antecedentes criminais,⁸⁶ histórico de infrações no trânsito, condições do veículo, imóvel com todos as autorizações administrativas de funcionamento e/ou habitação (segundo regras das prefeituras, ou de Corpo de Bombeiros, etc.).
- **Sistemas de pagamento seguros.** Esses sistemas podem ser oferecidos pela plataforma ou por outro sistema aplicativo em parceria (*Paypal*), deve guardar com segurança as informações do usuário, disponibilizando as melhores tecnologias de criptografia e segurança digital, aliada com as mais diversas formas de pagamento, como o uso de várias bandeiras de cartões de crédito, possibilidades de pagamento via débito ou boletos, etc. É profícuo que esses sistemas retenham de alguma forma o pagamento até a avaliação do consumidor, já que tal prática facilita a devolução do valor em caso da ocorrência de danos ou vícios no produto ou serviço, ou mesmo no simples caso do exercício do direito de arrependimento.
- **Educação, listagens de verificação e formulários.** Os sistemas aplicativos devem investir em mecanismos de prevenção de riscos. A educação do usuário tem se mostrado bastante eficaz nesse mister, por exemplo, através do uso de pequenas mensagens ou vídeos instruindo usuários (*peer provider* ou *peer consumers*) nas situações mais corriqueiras. Essas informações devem ser veiculadas em uma linguagem rápida, fácil e dinâmica, como em seções de “perguntas frequentes”, ou “problemas comuns”, com uso de imagens e infográficos, etc. É importante também que os sistemas aplicativos

⁸⁶ A Lei Federal 13.640 de 2018, que altera a Lei Federal 12.597 de 2012, acresce o seguinte artigo:

Art. 11-B. O serviço de transporte remunerado privado individual de passageiros previsto no inciso X do art. 4º desta Lei, nos Municípios que optarem pela sua regulamentação, somente será autorizado ao motorista que cumprir as seguintes condições:

I - possuir Carteira Nacional de Habilitação na categoria B ou superior que contenha a informação de que exerce atividade remunerada;

II - conduzir veículo que atenda aos requisitos de idade máxima e às características exigidas pela autoridade de trânsito e pelo poder público municipal e do Distrito Federal;

III - emitir e manter o Certificado de Registro e Licenciamento de Veículo (CRLV);

IV - apresentar certidão negativa de antecedentes criminais.

Parágrafo único. A exploração dos serviços remunerados de transporte privado individual de passageiros sem o cumprimento dos requisitos previstos nesta Lei e na regulamentação do poder público municipal e do Distrito Federal caracterizará transporte ilegal de passageiros.

forneçam essas informações na língua do país em que está sendo acessado.⁸⁷ Apesar do inglês ser a língua comum da internet, é um ônus que incumbe ao empresário que pretenda atuar em algum país a adoção desse tipo de cautela linguística. No Brasil, a necessidade decorre do próprio CDC, ao estabelecer que é direito básico do consumidor o acesso a informação adequada e clara. Ademais, a *peer platform* deve facilitar a comunicação direta do consumidor com seus atendentes, para esclarecer dúvidas e formular reclamações.

A adoção desses mecanismos pode decorrer de uma imposição regulamentar, por exemplo, sempre que possível a própria natureza do negócio e do sistema aplicativo.

Com relação a resolução de problemas que surjam, há de se considerar um modelo de compartilhamento do risco e compartilhamento da recompensa. As plataformas necessitam de parceiros em que possam confiar, “essa mútua confiança entre as partes privadas e a plataforma de economia compartilhada pode ter parecido quase inimaginável uma década atrás, mas os padrões culturais mudaram tão radicalmente que agora o compartilhamento de casas é não inusitado, ao menos”.⁸⁸ Destarte, a confiança é um ativo que deve ser recompensado pelas plataformas, como incentivo a condutas benquistas. “*Airbnb* define os assim chamados ‘super anfitriões’, e os garantem muitas vantagens, como o ‘selo super anfitrião’, atendimento ao cliente mais rápido e *vouchers* de viagem” (tradução nossa).⁸⁹

Para findar o tratamento da questão relativa a economia do compartilhamento e seus impactos no regime das contratações eletrônicas, faz-se imperativo uma análise sobre a incidência das normas de proteção ao consumidor e seu alcance.

A consubstanciação de uma relação de consumo, como já foi dito, se dá com o reconhecimento de dois sujeitos especiais definidos pelo CDC, o consumidor e o fornecedor (B2C), portanto é uma relação jurídica especial em razão dos polos, não do objeto. O conceito de fornecedor, dado pela própria lei é “toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de

⁸⁷ “A cláusula que indica que apenas a versão inglesa dos Termos e Condições é relevante, quando ele contradiz a versão portuguesa, deve também, em nossa perspectiva, ser excluída do contrato em face da lei Portuguesa” *In*: CARVALHO, Jorge Morais. Uber in Portugal. **EuCML Reports**, n. 1-2, 2015, disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2668998>, acesso em jan. 2018, p. 65.

⁸⁸ MILLER, Stephen R. First principles for regulating the sharing economy. **Harvard Journal on Legislation**. Cambridge, vol. 53, n.1, 2016, p. 171.

⁸⁹ OECD. Protecting consumers in peer platform markets, ob. cit., p. 11.

produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços”. A questão é saber até que ponto uma pessoa que dirige um carro, ou aluga um apartamento, dentro da perspectiva P2P, pode ser enquadrada como fornecedora ou integrar a cadeia de fornecedores para fins de responsabilidade (art. 7º, parágrafo único do CDC).

O problema envolve a ideia de profissionalidade, que se correlaciona à ideia de habitualidade, ou seja, a não excepcionalidade, a continuidade da atividade. “No conceito de profissionalidade surge como elemento *natural*, porém não *essencial*, o fim de lucro (proveito) como motivo da atividade do empresário”.⁹⁰

Entretanto, a profissionalidade não pode ser tomada apenas em sua acepção temporal, como propõe Asquini em seu clássico “*Os perfis da empresa*”, pois se incorpora em sua concepção um elemento econômico que deve também ser levado em conta no momento da definição de fornecedor. “A atividade deve ser dirigida à produção ou à troca [...] Não ocorre por isso, [...], no cultivar para o próprio consumo, ou em quem fabrique para o próprio consumo”,⁹¹ mas subsistindo as duas finalidades, para consumo e para o “mercado”, estará materializado o elemento econômico.⁹²

Por fim, a atividade profissional requer também uma organização dos fatores produtivos, “ a organização pode existir ainda independentemente de um complexo de bens e, portanto, de um estabelecimento; pode ser, na verdade, de bens e do trabalho de outrem, [...], pode resultar da própria destinação de meios financeiros ao exercício da atividade”,⁹³ como um desempregado que utiliza seu FGTS (Fundo de Garantia por Tempo de Serviço) para adquirir um carro para emprega-lo na locomoção de pessoas através de um aplicativo.

A organização é outra nota diferencial do profissional para o amador, pois o profissional detém os equipamentos, os instrumentos, as técnicas necessárias e suficientes ao desempenho da atividade.

⁹⁰ ASQUINI, Alberto. Perfis da empresa. Tradução de Fábio Konder Comparato. **Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro**. São Paulo, v. 35, n. 104, out./dez. 1996, p. 116.

⁹¹ ASCARELLI, Tulio. A atividade do empresário. **Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro**. São Paulo, v. 42, n. 132, out./dez. de 2003, p. 205.

⁹² *Ibidem*, p. 206.

⁹³ *Ibidem*, p. 212.

Por tudo isso, conclui-se que a profissionalidade decorre da conjunção dos fatores habitualidade, desempenho de atividade econômica e organização. Dessa forma, no momento em que o *peer provider* incorpora esses três elementos na sua ação, pode-se enquadrá-lo como profissional e, na medida em que assume um risco relevante, que juridicamente é “o da necessidade de adimplemento, perante terceiros, das obrigações assumidas no exercício da atividade, assim como, por outro lado, a iniciativa se reduz à vontade juridicamente relevante na conclusão dos vários negócios”, está conformado o fundamento da sua responsabilidade solidária na cadeia de fornecimento, na esteira do art. 7º, parágrafo único do CDC.

Segundo Claudia Lima Marques e Bruno Miragem:

[...] para caracterizar-se o vício ou defeito do serviço, como é próprio ao sistema de responsabilidade do fornecedor, deverá ser determinado de antemão, quais os fins (artigo 20) ou a segurança (artigo 14) que legitimamente seriam esperados pelos consumidores em relação ao serviço oferecido por aquele que explora o site ou aplicativo que promove a intermediação entre as partes.

Portanto, deve-se buscar uma causalidade adequada para imputação de responsabilidades, o que dependerá da própria análise do caso concreto, do modelo de negócio organizado pelo sistema aplicativo, das ferramentas ou mecanismos de controle e *trust* disponíveis ao consumidor, do evento lesivo ou vício constatado, etc.

De fato, a própria OCDE entende as *peer platforms* como um tipo de intermediador no que diz respeito à relação P2P, e propõe a construção de uma responsabilidade adequada, ao mesmo tempo que reconhece o papel importante desempenhado pelos intermediadores em abordagens enganosas e práticas desleais, identificando uma série de fatores relevantes para alcançar uma aproximação equilibrada.⁹⁴

O papel do intermediador, bem como as limitações de sua responsabilidade, para a OCDE, foi crucial para o próprio desenvolvimento da internet e seus modelos negociais, como a isenção de responsabilidade a plataformas como *Facebook*, *Twitter* ou *Instagram* sobre os conteúdos postados por seus usuários (no Brasil, o fundamento é o art. 18 do MCI⁹⁵).

Por outro lado, “o papel dos intermediários é preponderante na decisão do utilizador de contratar, na medida em que a marca associada a determinada plataforma é habitualmente

⁹⁴ OECD. Protecting consumers in peer platform markets, ob. cit., p. 23.

⁹⁵ “Art. 18. O provedor de conexão à internet não será responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros.” *In*: BRASIL. **Marco Civil da Internet**.

um fator relevante para a confiança do consumidor”.⁹⁶ O intermediador, em alguns casos, confere profissionalidade a atividade em razão da marca que outorga uma certificação de que por trás daquele indivíduo, que presta um serviço ou aluga um bem, existe alguma forma de controle de qualidade, de verificação de suas competências ou da integridade dos bens que disponibiliza, etc. É o caso dos aplicativos de transporte, por exemplo, o “Uber aparece diante do usuário como contraparte no contrato, portanto dificultando para o usuário concluir que pelas circunstâncias que o Uber age como simples intermediário, sem responsabilidade pelo serviço”.⁹⁷

Por tudo isso, deve-se buscar uma responsabilidade adequada. Dessa forma, mesmo que a plataforma atue intermediando as relações P2P com todas as características que ensejam a profissionalidade, disso advindo um lucro, sua responsabilidade não pode ser integral em relação aos danos decorrentes da relação P2P, mas deve ser definida casuisticamente, tomando como base inclusive o tipo de atividade e o grau de controle que ela exerce sobre os usuários e sobre o negócio.⁹⁸

Aplicativos de transporte compartilhado, por exemplo, podem se sujeitar a uma responsabilidade maior sobre os danos oriundos exclusivamente do transporte de passageiros do que aplicativos de hospedagem em relação aos seus anfitriões e hóspedes, por exemplo. “O fato de que as duas transações usem plataformas virtuais como meio para permitir o comércio *peer-to-peer* não significa que as duas transações compartilhem outras similaridades, ou demande resposta regulatórias similares” (tradução nossa).⁹⁹

Na outra mão, plataformas que atuem como “classificados de jornais”, de forma gratuita, disponibilizando espaços para anúncios de bens e serviços, se remunerando apenas com a publicidade veiculada no *site*, terão uma responsabilidade menor do que aquelas que cobram alguma remuneração pelo mesmo serviço.

Da mesma forma, os sistemas que cobram por sua intermediação devem oferecer mecanismos e ferramentas de controle adequadas, e sua responsabilidade variará de acordo com a efetividade desse controle e do comportamento mediano que se espera de um consumidor ou provedor nesse ambiente.

⁹⁶ CARVALHO, Joana Campos, 2016, p. 306.

⁹⁷ CARVALHO, Jorge Morais, p. 64.

⁹⁸ MARQUES, 2016, p. 215.

⁹⁹ MILLER, 2016, p. 152.

Vale salientar que a *sharing economy* desponta como uma forma de mercado mais em conta justamente pelo menor índice de regulação que possui e pela menor responsabilidade que se opera, um risco que deve ser calculado pelo consumidor na hora de definir suas escolhas, pois a assunção de um modelo de responsabilidade integral implica em um custo que pode transmutar a própria inovação do mercado de plataforma de parceria (*peer platform market*) no clássico modelo de contratação do e-commerce (B2C).

Percebe-se, de fato, que a insegurança jurídica é sensível nesse novo contexto de relações. O enquadramento do provedor (*peer provider*) no conceito de fornecedor traz uma série de obrigações e responsabilidades para o qual ele deve se preparar, sobre um custo que pode inviabilizar sua atividade. Ao passo que o consumidor necessita saber se sua relação P2P será regida apenas pelas normas atinentes aos contratos civis, ou se incidentes as normas do CDC, e qual o alcance do direito do consumidor na conformação de suas relações (*peer providers* e *peer consumers*) com a plataforma aplicativa (*peer platform*). Nesse sentido, em julgamento bastante simbólico, a justiça do trabalho de São Paulo reconheceu a existência de relação de emprego entre um motorista (*peer provider*) e o Uber (*peer platform*), o que tem sido alvo de muitas discussões.¹⁰⁰

Algumas políticas públicas ou posturas municipais têm sido empregadas, a nível local, para estabelecer parâmetros a partir dos quais a atividade desenvolvida já se transmuta em uma atividade econômica profissional. A cidade de Amsterdam, por exemplo, limitou o aluguel de acomodações a 60 dias num ano, com um limite de hospedagem de até quatro pessoas por imóvel,¹⁰¹ para evitar que a atividade se transformasse em hospedagem profissional. Algumas proibições tem o fito de evitar a concorrência predatória, como na Arábia Saudita onde os aplicativos de transporte automotivo foram impedidos de pegar passageiros em aeroportos, um nicho imprescindível para a atividade de taxista.¹⁰²

¹⁰⁰ Também há alguns outros precedentes de TRTs por todo o país que negam a existência de relação de emprego, ante a ausência do elemento subordinação. Vide abaixo:

MOTORISTA CADASTRADO NO APLICATIVO UBER - AUSÊNCIA DE RELAÇÃO DE EMPREGO. -. A finalidade do aplicativo desenvolvido e utilizado pela reclamada é conectar quem necessita da condução com quem fornece o transporte, sem os pressupostos dos artigos 2o e 3o da CLT, em especial a pessoalidade e a subordinação jurídica, o que impede o reconhecimento da relação de emprego. (TRT-3 - RO: 00107950220175030183 0010795-02.2017.5.03.0183, Relator: Convocado Danilo Siqueira de C.Faria, Quinta Turma).

¹⁰¹ Disponível em: <<http://www.dutchnews.nl/news/archives/2016/12/amsterdam-airbnb-agree-new-deal-to-stop-illegal-rentals/>>. Acesso em: jan. 2018.

¹⁰² Disponível em: <<https://br.reuters.com/article/internetNews/idBRKBN1692IT>>. Acesso em: jan. 2018.

No Brasil, a Lei Federal 13.640 de 2018 previu a competência dos municípios para regulamentar e fiscalizar o serviço de transporte remunerado privado individual de passageiros, como o prestado pelo Uber, exigindo-se apenas que observe a efetiva cobrança dos tributos municipais de prestação de serviços, a contratação dos seguros APP (Acidentes Pessoais a Passageiros) e DPVAT (Danos Pessoais causados por Veículo Automotor de via Terrestre), inscrição do motorista como contribuinte individual do INSS (Instituto Nacional de Seguridade Social).

A prefeitura de São Paulo, a seu turno, passou a exigir dos motoristas de aplicativos de transporte que atuem com carros emplacados na cidade, passem por um curso de formação para obtenção do ConduApp (Cadastro Municipal de Condutores de Aplicativos) e o uso de adesivos de identificação do aplicativo que operam.¹⁰³

As regulações a nível local devem levar em consideração não acordos específicos com operadores específicos, mas deve focar na entrada (*entry*) das plataformas aplicativos no mercado existente, bem como regular novos mercados que surjam e seus impactos para diversos fatores macroeconômicos, como o impacto de um aplicativo de viagens locais na atividade de taxistas, ou no tráfego viário, na geração de empregos, e impactos sócio-ambientais, etc.¹⁰⁴

Como contra-argumento a regulação, se alega que a *sharing economy* surgiu justamente para evitar as falhas de mercado (sobretudo em relação à entrada de novos *players*) e da regulação (em virtude da captura regulatória, ou seja, o fato de que “operadores poderosos e politicamente bem conectados tem um incentivo para ‘capturar’ o sistema regulatório que supostamente deveria os constranger” – tradução nossa¹⁰⁵), “como resultado dos fatores acima, regulação geralmente mina competição, resultando em preços mais altos, menores escolhas, menor qualidade no serviço, ou alguma combinação desses” (tradução nossa).¹⁰⁶ Então, o empoderamento (*empowerment*) do consumidor através dos mecanismos de controle de reputações, avaliação e mesmo a competitividade, que possibilita a escolha, seriam mais efetivas no controle desse mercado, do que a atuação de entes estatais.¹⁰⁷

¹⁰³ Disponível na Resolução 16, de 07 de julho de 2017, do Comitê Municipal de Uso do Viário da cidade de São Paulo.

¹⁰⁴ MILLER, 2016, p. 153.

¹⁰⁵ KOOPMAN; MITCHELL; THIERER, 2015, p. 534.

¹⁰⁶ *Ibidem*, p. 538-539.

¹⁰⁷ “Economists generally agree that the presence of increased competition, innovation, and better information obviates the need for heavy-handed regulation. For example, in a recent poll, 93% of surveyed economists said they ‘agreed’ or ‘strongly agreed’” (and none disagreed) with the statement, ‘Letting car services such as Uber or Lyft compete with taxi firms on equal footing regarding genuine safety and insurance requirements, but without

Assim, conclui Koopman, Mitchell e Thierer, “mercados, concorrência, sistemas de reputação, e inovações contínuas geralmente resolvem os problemas melhor que a regulação, quando nós damos a chance de eles o fazerem” (tradução nossa).¹⁰⁸

Talvez, o grande desafio do direito do consumidor dessa década seja conciliar essas duas correntes, encontrando uma regulação que possibilite a existência e desenvolvimento da *sharing economy*, sem abrir mão da proteção do consumidor e da legitimidade estatal.

2.2 O fenômeno da adesão nos contratos eletrônicos de consumo

2.2.1 Da oferta às condições gerais do contrato

O contrato eletrônico de consumo, em sua gênese, pode sofrer os efeitos do fenômeno da adesão em sua formatação. Dessa maneira, é importante destrinchar as etapas de sua formação para identificar, à luz de novos paradigmas, como a conjugação da virtualização e da adesão conjuntamente impactam a teoria contratual e a proteção do consumidor.

Primeiramente, comecemos pela oferta, entendida como “uma declaração de vontade unilateral e receptícia, por si só já vinculatória, por intermédio da qual o proponente manifesta ao oblato a sua intenção de contratar, expondo desde logo os termos em que se dispõe a fazê-lo”.¹⁰⁹

A oferta difere em algum grau da proposta pela relação de tipo gênero-espécie, pois “o tipo por excelência de *proposta* ‘*ad incertam personam*’ é a *oferta ao público*”,¹¹⁰ portanto a oferta possui um elemento de generalidade mais acentuado, embora seu tratamento normativo seja equivalente (art. 429 do CCB). Tal distinção é bastante banalizada pela doutrina, conforme se observa na lição de Pontes de Miranda: “Também costuma se chamar *proposta* à oferta e no Código Civil foi esse nome o que se empregou”.¹¹¹ Portanto, pode-se empregar o termo proposta, oferta ou oblação com o mesmo sentido.

restrictions on prices or routes, raises consumer welfare’.”, In: KOOPMAN; MITCHELL; THIERER, 2015, p. 543.

¹⁰⁸ *Ibidem*, p. 545.

¹⁰⁹ CARVALHO, Ana Paula Gambogi de. **Contratos via internet**: segundo os ordenamentos jurídicos alemão e brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 64.

¹¹⁰ GOMES, 2009, p. 74.

¹¹¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**, Tomo XXXVIII, § 4.189, p. 32 (e-book).

Pela disposição do Código Civil Brasileiro, art. 427, a proposta obriga o proponente, se não resultar em contrário da natureza do negócio, das circunstâncias do caso, ou simplesmente dos termos em que foi estabelecida. O CDC, em sua seção sobre a oferta, a define como toda informação ou publicidade relativa a produtos ou serviços, desde que suficientemente precisa, que vincula o fornecedor.

Em termos gerais, ambos os dispositivos se equivalem da perspectiva da eficácia jurídica, todavia “no Código Civil, há negócio jurídico desde quando a proposta é feita. Atua a vontade. Já no Código do Consumidor, a oferta é comportamento típico, fato jurídico bastante, por si só, para gerar os mesmos efeitos dos atos negociais”.¹¹² Ademais, aponta Nelson Nery Junior, a proposta do CCB resolve-se em perdas e danos, já a oferta do CDC permite a execução forçada da obrigação, conforme dispõe o art. 35 da lei do consumidor.¹¹³

Percebe-se que no CDC, a publicidade, que integra o conceito amplo de oferta, desempenha uma função jurídica enquanto fonte obrigacional que jamais desempenhou em todo o direito civil.¹¹⁴ Porém, tal publicidade deve ser suficientemente precisa para ensejar uma vinculação. Assim sendo, deve cumprir três requisitos:¹¹⁵ i) sentido útil do conteúdo, já que afirmações de impacto (*puffing*) como: “o melhor carro da categoria”, “a melhor tecnologia japonesa”, “o mais belo design”, etc., em regra não são suficientes para gerar obrigação,¹¹⁶ pois não são suficientemente precisas e relevantes às circunstâncias negociais, embora possam constituir eventualmente publicidade enganosa ou abusiva; ii) a oportunidade temporal da publicidade, que deve anteceder a conclusão do contrato; iii) a conexão adequada entre a publicidade e os enunciados negociais, formando um só contexto contratual.

Nos parece que, enquanto fonte de obrigações no direito do consumidor, a publicidade pode ser enquadrada em um duplo aspecto, a depender do caso concreto e do grau de contato existente entre as partes.¹¹⁷ Tanto poderá ser definida como uma fonte quase-contratual ou

¹¹² PASQUALOTTO, Adalberto. **Os efeitos obrigacionais da publicidade no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 109-110.

¹¹³ *Ibidem*, p. 110.

¹¹⁴ MARQUES, 2016., p. 849.

¹¹⁵ ALMEIDA, Carlos Ferreira de Apud PASQUALOTTO, 1997, p. 109.

¹¹⁶ BENJAMIN, Antônio Herman V. Oferta e Publicidade. *In*: _____; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 6. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2014, p. 257.

¹¹⁷ “A proximidade máxima é, nos contatos sociais revestidos de dimensão jurídica, a ocasionada pelo negócio jurídico. Aí há um contato qualificado pela existência de um ato voluntário e por uma forma especial de fides, que é a promessa implícita a todo o contrato de que o pactuado será cumprido. Por sua vez, a proximidade mínima é aquela refletida no vínculo derivado da responsabilidade delitual ou aquiliana, derivada da infração culposa ou dolosa do dever de a ninguém lesar, pois esse vínculo será decorrente de um contato fortuito e em certa medida

como quase-delitual, embora como aponta Reinhard Zimmermann a distinção seja demasiado obscura.¹¹⁸

Entretanto, deve-se ressaltar que se trata de uma nova abordagem dessas duas categorias dogmáticas, diferentemente da sua concepção na origem no direito justiniano, na esteira do que aborda Zimmermann:

Interessantemente, entretanto, um renascimento das categorias dogmáticas de quase-contrato e quase-delito foram recentemente sugeridas. Essa sugestão específica forma parte de um forte movimento para superar, mais uma vez, a divisão bipartite bruta entre contrato/quase-contrato e delito/quase-delito na qual o esquema de Justiniano foi reduzido no curso do século XIX. Pois, de um lado, a responsabilidade estrita já não pode ser considerada como uma anomalia somente tratada em, um tanto casual, estatuto especial; ela tem que ser aceita como uma parte integral de um moderno direito de alocação de prejuízos, e isso é, como um segundo trajeto da responsabilidade além do delito. Por outro lado, a necessidade para uma responsabilidade quase-contratual baseada na confiança justificável se tornou cada vez mais aparente: uma nova e independente linha de responsabilidade que pode ser considerada nem como contratual (porque ela pressupõe nenhum contrato válido mas meramente uma relação especial baseada no contato negocial) ou como delitual (por causa da aumentada intensidade dos deveres devidos a outra parte, indo além do que é devido por qualquer um no curso da vida diária).¹¹⁹

Assim, uma informação divulgada ou sonegada, seriam suficientes para despertar uma expectativa legítima no consumidor, tornando a propaganda uma fonte quase-contratual da obrigação. Por exemplo, um comercial que veicula uma informação de que se “cobrirá o preço do concorrente”, sem qualquer ressalva, já configura uma publicidade suficiente a ensejar o cumprimento dessa obrigação. Dessa forma, o consumidor poderá, desde que provado, exigir

aleatório, derivado do mero fato da convivência social”. In: MARTINS-COSTA, Judith. **Um aspecto da obrigação de indenizar**: notas para uma sistematização dos deveres pré-negociais de proteção no direito civil brasileiro. Disponível em: <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/um_aspecto_da_obrigacao_de_indenizar_-_j.pdf>. Acesso em: jan. 2018, p. 3.

¹¹⁸ “A proteção do consumidor contra produtos defeituosos por meio de uma demanda contra o fabricante é uma questão para o direito delitual no direito inglês, enquanto as cortes francesas foram preparadas para garanti-la por meio de uma direta pretensão contratual. No caso de declarações negligentes, as cortes alemãs operam com responsabilidade contratual (apesar de, em alguns casos, a natureza ficcional da construção contratual dificilmente poder ser conciliada: o acusado pode ser responsável, não porque ele quis se obrigar, mas porque ele é – sob certas circunstâncias – presumido responsável); a casa dos lordes, em contraste, no célebre caso de *Hedley Byrne and Co. Ltd. v. Heller and Partners Ltd.*, baseou a ação num delito. Ademais, a famosa “descoberta” de Rudolf von Jhering da *culpa in contrahendo*, aplicada por ele a um bastante limitado número de situações, tem sido usada (ou abusada?) pelas cortes alemãs para fazer largas incursões no direito delitual; portanto, elas tem concedido uma ação contratual para danos onde um comprador potencial, enquanto inspecionando alguns tapetes numa loja, foi atingido por um tapete de linóleo que tinha sido negligentemente largado por um empregado da loja, ou mesmo quando a filha de um possível comprador escorregou em uma folha de alface enquanto entrava na loja com sua mãe. Como resultado, tem se dito que ‘a distinção entre contrato e delito é rapidamente abandonada’, e na Inglaterra bem como na América a “morte do contrato” foi proclamada”. (Tradução nossa) In: ZIMMERMANN, Reinhard. **The Law of obligations**: roman foundations of the civilian tradition. Oxford: Oxford University Press, 1999, p. 11-12.

¹¹⁹ *Ibidem*, p. 21-22.

que o preço do produto seja adequado ao do concorrente, obrigação a qual o declarante não poderá recusar, sob pena do cumprimento específico da obrigação pela via judicial, conforme o art. 35 do CDC, mesmo que não tenha concluído nenhum contrato nesse sentido.

A obrigação decorre apenas do que se chama contato negocial ou social.¹²⁰ Vale salientar que essa publicidade, *per si*, não representa nenhum ato danoso ao consumidor.

Por outro lado, se configurada a existência de um dano ao consumidor, em razão da veiculação de uma publicidade, mesmo que ausente o dolo específico da conduta, nasce a obrigação indenizatória pela natureza quase-delitual da ação.¹²¹

Assim, tomemos como exemplo um caso recente da propaganda televisiva brasileira. Uma famosa empresa de embutidos e frios divulgou nas mídias uma propaganda de presuntos em que o produto concorrente, nomeado de “Luiz Augusto”, era apresentado de forma depreciativa. Alguns consumidores, muitos com o referido prenome, dirigiram reclamações pois sentiam-se lesados pela propaganda, se tornando alvo de chacotas. A questão virou um processo no CONAR (Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária) que restou arquivado.

Sem se esmiuçar o mérito da propaganda, nos parece que não se está configurada a abusividade da propaganda, na lógica do art. 37, §2º do CDC, o que poderia configurar um delito (na ótica do art. 186 do CCB), todavia constatada a emergência de uma lesão, ainda que a direito da personalidade, a responsabilidade reparatória advém do dever geral de não causar dano, *neminem laedere*, maximizada pela adoção da teoria do risco-criado,¹²² caracterizando um tipo quase-delitual ante a ausência do dolo da conduta.

¹²⁰ “Em razão dessas negociações e na expectativa legítima de virem a concluir o negócio os intervenientes podem fazer despesas, deixar de aproveitar oportunidades de ganho com terceiros, revelar suas fragilidades econômicas, jurídicas ou técnicas, fiar-se em conselhos, recomendações ou informações dadas pelo parceiro, tudo porque confiam no bom andamento das negociações; muitas vezes está em questão a acessibilidade ao conteúdo do contrato que está para ser firmado, isto é, o acesso ao conhecimento informado acerca de suas condições econômicas, técnicas e jurídicas por parte daquele que está em situação de vulnerabilidade.” *In*: MARTINS-COSTA, Judith. Um aspecto da obrigação de indenizar, *ob. cit.*, p. 4.

¹²¹ “No moderno direito civil o termo ‘quase-delito’ é ainda mantido. [...] Quase-delitos, ou quase ofensas, são além disso mencionadas como incluindo erros cometidos pela negligência, imprudência ou falta de habilidade de alguém, ou, como tem se dito judicialmente, ‘quase ofensas são as quais causam injúria a outrem, mas seguida apenas de erro, negligência, ou imprudência’. ‘A diferença marcante entre um quase-contrato e uma ofensa ou quase-ofensa’, diz a suprema corte da Luisiana, ‘é que o ato que dá origem a um quase-contrato é um ato legítimo, e portanto é permitido; enquanto o ato que dá origem à uma ofensa ou quase ofensa é ilegítimo, e portanto é proibido’. (Tradução nossa) *In*: BURDICK, William L. **The principles of roman law and their relation to modern law**. Clark: The Lawbook exchange, 2007, p. 513-514.

¹²² MORAES, Maria Celina Bodin de. Risco, solidariedade e responsabilidade objetiva. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, a. 95, vol. 854, dez. 2006, p. 16.

Por conseguinte, se a publicidade dolosamente incorre em práticas que possam subsumi-la a alguma das hipóteses que configure abusividade ou enganosidade, obviamente estará configurada sua natureza delitual enquanto fonte de obrigações.

Além de tudo, a oferta deve prezar pela higidez da declaração emanada, sem importar qualquer reserva mental feita pelo ofertante, se desconhecida pelo declaratório. Assim está disposto no CCB, art. 110, bem como em seu congênere alemão (BGB) citado abaixo, com tradução:

Art. 116. Uma declaração de vontade não é nula pela circunstância de que o declarante se reserve em seu interior não querer o declarado. A declaração é nula se emitida frente a outro e esse conhece a reserva.¹²³

Dessa forma, rechaça grande parte da doutrina consumerista pátria a hipótese de escusabilidade da oferta sob alegação de erro.¹²⁴ Entretanto, tal afirmação deve ser sopesada com cuidado, uma vez que a dogmática privatista se assenta na explícita vedação ao enriquecimento ilícito.

O erro do sistema aplicativo, claramente perceptível pela diligência mediana, que resulta em oferta de bem ou serviço a preço irrisório, nos parece apto a justificar a anulabilidade da oferta por erro substancial (art. 139, I, do CCB), desde que pelas circunstâncias se faça presumir que não constitui a real vontade emanada pela parte declarante (art. 141 do CCB).¹²⁵ Nesse caso, só deve se admitir o erro se for crasso e relevante, pois no e-commerce é corriqueira a ocorrência de ofertas relâmpago, sem qualquer aviso prévio, que veiculam produtos ou serviços com grandes abatimentos e descontos, o que pode gerar no consumidor a expectativa

¹²³ *In*: BASSO, 2002, p. 26.

¹²⁴ Nesse sentido: “Nos negócios jurídicos de consumo, a teoria do erro tem aplicação maior (ou exclusiva) no polo do sujeito-comprador (o consumidor, que é a parte vulnerável): é ele quem desconhece o bem, é ele que o recebe em confiança, é ele o profano na relação jurídica. Diferentemente, o anunciante assume a posição de vendedor: conhece o bem, suas características (inclusive preço), os veículos e agências com quem contrata, as regras do mercado e o Direito aplicável à espécie; é o profissional na relação”. BENJAMIN, Antônio Herman V. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini. **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 291.

¹²⁵ Nesse sentido vide: DIREITO DO CONSUMIDOR E CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. OFERTA PELA INTERNET. INCONGRUÊNCIA NAS INFORMAÇÕES. EVIDENTE ERRO. DANOS MORAIS E MATERIAIS. AUSÊNCIA. 1. A informação adequada e clara sobre os produtos e serviços é direito básico do consumidor que, uma vez violado gera o ressarcimento a título dos danos materiais comprovados. 2. **Por outro lado, em caso de evidente erro nos sistemas, anunciando preço manifestamente irrisório, é de se afastar a tese de propaganda enganosa, sobretudo porque o equívoco foi posteriormente informado ao consumidor, em nome dos princípios da boa-fé objetiva e da honestidade, que devem permear os dois polos na relação de consumo e evitar o enriquecimento indevido.** 3. Apelo desprovido. (TJ-DF - APC: 20150110479698, Relator: MARIO-ZAM BELMIRO, Data de Julgamento: 24/02/2016, 2ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJe : 01/03/2016 . Pág.: 352)

legítima de se encontrar diante de uma desses tipos de oferta, em vez de simplesmente um erro no sistema aplicativo.¹²⁶

Se o fornecedor tiver condições de comprovar que houve adulteração indevida em sua página e que o anúncio foi veiculado incorretamente, não será obrigado a honrar a propaganda veiculada. Tal fato decorre da quebra do nexo de causalidade em função de conduta de terceiro[...].¹²⁷

Em um caso recente, uma companhia aérea, em virtude de um erro no sistema, ofertou passagens para voos com destino à Europa, ida e volta, ao custo total de R\$282,00. Muitos clientes efetuaram a compra e receberam a confirmação da mesma (via *e-mail*), inclusive com a devida cobrança dos valores em seus cartões de crédito. Entretanto a companhia só se prontificou a honrar as compras daqueles que tiveram o e-ticket das passagens emitidos, estornando os valores dos demais.¹²⁸ Nesse caso, porém, já houve uma contratação, não se trata mais de perquirir a força vinculatória da oferta ou da publicidade, mas a força vinculatória do contrato firmado.

Acerca do dever de informar, ínsito a prática da oferta, conforme dispõe o art. 31 do CDC, é uma decorrência direta da cláusula geral da boa-fé objetiva inscrita no direito privado, da qual decorre o dever de lealdade, que na fase pré-contratual se consubstancia “dando as informações necessárias, evitando criar expectativas que sabem destinadas ao fracasso, impedindo a revelação de dados obtidos em confiança, não realizando rupturas abruptas e inesperadas das conversações, etc”.¹²⁹

O dever de informar, na lição de Antônio Junqueira de Azevedo, comporta graus, a depender da situação fática em tela, desde um simples dever de esclarecer até, em maior grau, o de aconselhar ou advertir, de acordo com as capacidades profissionais do fornecedor e sua expertise, como ocorre com um médico acerca de um procedimento cirúrgico, implante de próteses e órteses, impactos de tratamentos e medicamentos, etc.¹³⁰

¹²⁶“O terceiro se vê induzido a crer erroneamente, incorrendo nele sem culpa, já que deve se tratar de um erro comum, coletivo, e não de uma só pessoa”. In: LORENZETTI, 2005, p. 45.

¹²⁷ MORAIS, Paulo Soares de. Principais aspectos do comércio eletrônico frente ao Código de Defesa do Consumidor. In: MARQUES, Jader; SILVA, Maurício Faria da (org). **O Direito na era digital**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 151.

¹²⁸ Disponível em: <<http://g1.globo.com/economia/seu-dinheiro/noticia/2014/12/apos-erro-de-tarifa-klm-diz-que-vai-honrar-passagens-emitidas.html>>. Acesso em: jan. 2018.

¹²⁹ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Responsabilidade pré-contratual no Código de Defesa do Consumidor: estudo comparativo com a responsabilidade pré-contratual no direito comum. **Revista da Faculdade de Direito da USP**. São Paulo, v. 90, 1995, p. 125.

¹³⁰ *Ibidem*, p. 128.

Todavia, especialmente na fase pré-contratual dos contratos de aquisição de bens, o dever de informar se limita, a nosso ver, ao conteúdo do contrato, especialmente às qualidades essenciais do objeto, e não, à oportunidade ou vantagem do contrato (isto é, se a mercadoria, dentro em pouco, vai ficar mais barata ou se há, no mercado, outra superior pelo mesmo preço); quanto a esses dois pontos, vale a velha máxima “*caveat emptor*” “cuide-se o comprador”. Admitir dever de informar também sobre a oportunidade ou a vantagem desses contratos é querer transformar o fornecedor em assistente social.¹³¹

Assim, não há que se reconhecer lesividade do fornecedor que exacerba as qualidades de seu produto ou serviço (*puffing*), desde que não incorra em inverdades (publicidade enganosa),¹³² que se utiliza de mecanismos emocionais para conquistar o cliente (como distribuição de brindes), que não disponha de seu melhor preço de imediato,¹³³ ou que se recuse a promover comparações de seus bens ou serviços com os do concorrente. Tais deveres cabem à diligência do consumidor, de pesquisar, colher informações, negociar, barganhar e fazer valer seu direito de escolha num mercado aberto à concorrência, como a maior parte do mercado de consumo nacional.

O anunciante ou quem quer que se utilize do anúncio é o devedor da obrigação que emerge da publicidade, enquanto o consumidor, efetivo ou potencial, é o seu credor.¹³⁴ Há muitos casos de anúncio cooperativo, como um varejista anunciando produtos de uma determinada fabricante, ou o comerciante que se utiliza de publicidade alheia, “então ambos são anunciantes e respondem solidariamente pela oferta”.¹³⁵

Problema interessante que se coloca no presente estudo das contratações de consumo no e-commerce é em relação aos buscadores de ofertas ou serviços de comparação de preços (*shopbot*). São sistemas aplicativos que procuram em grandes redes varejistas e em sites de lojas virtuais as melhores ofertas daquele produto ou serviço buscado. “Estes serviços de indicação e de procura são gratuitos para o consumidor, mas funcionam também a base de remuneração e publicidade entre os comerciantes”.¹³⁶ Essas empresas atuam como intermediadores da publicidade ou da oferta, já que, por si só, não elaboram ofertas para o consumidor, mas organizam, segundo os parâmetros definidos pelo consumidor em sua busca,

¹³¹ AZEVEDO, 1995, p. 128.

¹³² BENJAMIN, 2014, p. 285.

¹³³ “na publicidade enganosa por omissão, só a ausência de dados essenciais é reprimida”. In: *Ibidem*, p. 286.

¹³⁴ PASQUALOTTO, 1997, p. 111.

¹³⁵ *Ibidem*, p. 111.

¹³⁶ MARQUES, 2004, p. 178.

as melhores ofertas do seu “catálogo” de fornecedores. Esses últimos é que serão considerados, para os efeitos jurídicos, os anunciantes, na lógica do art. 34 do CDC.¹³⁷

Dessa forma, se há algum tipo de relação jurídica entre o buscador e o anunciante, toda oferta veiculada pelo buscador deve ser cumprida pelo anunciante e eventuais erros deverão ser objeto do direito de regresso do anunciante.¹³⁸ Porém, se a atuação do buscador é mais do que um simples catálogo digital de múltiplas ofertas, por exemplo, promovendo ofertas específicas de certos fornecedores, providenciando uma avaliação própria dos anunciantes (e.g., “anunciante cinco estrelas”, “vendedor diamante”, etc.), fornecendo cupons de descontos, dentre outras, poderá ser enquadrado na cadeia de fornecimento para responsabilização solidária (art. 7º, parágrafo único) no que se refere aos danos emergentes da oferta e da publicidade, que constituem sua atividade profissional, não em relação ao bem ou serviço propriamente dito.

Com relação a revogabilidade da oferta, segue a lógica geral do Código Civil Brasileiro, art. 428, com as devidas considerações já feitas em relação a ser considerado entre presentes ou ausentes os contratos eletrônicos.

Ademais, como ensina Guilherme Magalhães Martins, a retratação da oferta deve ser feita pelo mesmo meio ou meio equivalente (*site*, *e-mail*, *app*, etc.), todavia “não é necessário que a revogação se dê necessariamente através da internet, como pretende parte da doutrina”,¹³⁹ de forma que pode se optar por veicular uma mensagem pela TV informando a revogação de uma oferta da internet, ou num caso de um *app* de celular, pode-se enviar um SMS para os números cadastrados, etc.

Por fim, pode-se sintetizar a questão da seguinte forma:

A retratação da oferta é, assim como a oferta, uma declaração de vontade receptícia, que deve “realmente” chegar ao destinatário, mas não necessariamente ser lida por ele. Para retratar a oferta, basta que a declaração de vontade contendo a retratação

¹³⁷ “Sendo pública a oferta publicitária (opera no plano da comunicação em massa), maiores são seus benefícios para o anunciante, e, paralelamente, maiores são os seus riscos. O anunciante, ao optar por ela, explícita ou implicitamente, assume – ou deve assumir – os encargos que acompanham as facilidades. O argumento para tal entendimento, já enunciado pela teoria contratual tradicional, é de que quando um contratante, que bem poderia comunicar-se diretamente com a outra parte, ‘faz uso de um intermediário que pratica um erro na transmissão dos termos, estes, apesar disso, são vinculantes para aquele que empregou a intermediação’, sendo o peticitante tratado como tendo feito a oferta na forma em que foi recebida pelo destinatário”. *In*: BENJAMIN, 2007, p. 289.

¹³⁸ “Se a desconformidade no anúncio decorrer de falha da agência ou do veículo, só o anunciante, e não o consumidor, dispõe dos recursos – inclusive contratuais – para evita-los, controla-los e cobrá-los”. *In*: BENJAMIN, 2014, p. 262.

¹³⁹ MARTINS, 2016, p. 208.

*ingresse na esfera de domínio do destinatário antes da oferta ou simultaneamente com ela. A retratação da oferta após a sua “chegada” ao solicitante não produz, assim, qualquer efeito jurídico, ainda que o destinatário apenas leia a oferta mais tarde.*¹⁴⁰

Questão fundamental a teoria do contrato de adesão é de se determinar se a declaração das condições gerais do negócio (CONDGs) constitui uma proposta contratual ou oferta. A doutrina italiana (Barbero) analisa três hipóteses: a) o interessado predispõe as condições gerais, esperando que a proposta provenha do público (trata-se de um caso de *oferta ao público*); b) o interessado predispõe as condições gerais, divulgando-as pela imprensa; c) o interessado divulga esquema predisposto, levando-a ao público por meio de portadores (trata-se de um caso de *convite à oferta*).¹⁴¹

Maristela Basso sustenta que a oferta, para ser apta a gerar um contrato, deve conter todas as cláusulas essenciais,¹⁴² de forma que a aceitação (adesão) já seja apta a formar o contrato.¹⁴³ Os “elementos essenciais são aqueles sem os quais não há contrato, tais como a determinação do objeto, do preço, da qualidade, da quantidade, da data e do lugar da entrega, das modalidades de pagamento, bem como da documentação indispensável para formalizá-lo”.¹⁴⁴

Essas cláusulas essenciais podem formar o que, na fenomênica dos contratos de adesão, chama-se de condições gerais do contrato (CONDGs). “Constituem regulação contratual predisposta unilateralmente e destinadas a se integrar de modo uniforme, compulsório e inalterável a cada contrato de adesão que vier a ser concluído entre o predisponente e o respectivo aderente”.¹⁴⁵

Porém, adverte Paulo Lôbo, que as CONDGs não se confundem com a oferta ao público e formam-se independentemente desta:

As condições gerais delimitam, condicionam e regulam tanto a oferta ao público quanto o contrato de adesão, heteronomamente, externamente. [...] O contrato se conclui com a oferta e a aceitação e a condição geral a ele se integra no momento da conclusão, sem ter feito parte de uma (oferta) ou de outra (aceitação).¹⁴⁶

¹⁴⁰ CARVALHO, Ana Paula Gambogi. **Contratos via internet**: segundo os ordenamentos jurídicos alemão e brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 77.

¹⁴¹ MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. **Contrato de adesão**. São Paulo: Atlas, 2002, p. 65.

¹⁴² Herman Benjamin entende que tal requisito se encontra apenas na configuração original da oferta. *In*: BENJAMIN, 2014, p. 254.

¹⁴³ BASSO, 2002, p. 26.

¹⁴⁴ *Ibidem*, p. 27.

¹⁴⁵ LÔBO, Paulo Luiz Neto. **Condições gerais dos contratos e cláusulas abusivas**. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 24.

¹⁴⁶ *Ibidem*, p. 37.

Por conseguinte, diz-se que o consumidor adere à oferta, enquanto as CONDGs integram o contrato por mera predisposição do polícitante e conhecimento do oblato. “O fundamento de eficácia não reside em um fato volitivo das partes, mas em um *fato cognoscitivo* do aderente; é irrelevante a aceitação ou a aprovação”.¹⁴⁷

Diez-Picazo alerta para o fato de que se considera contrato de adesão não somente aquele em que o seu conteúdo é imposto pelo predisponente ao destinatário singular, “mas também o fato de que as condições gerais de contratação inseridas nos contratos foram predispostas para a contratação de uma pluralidade de relações”.¹⁴⁸

As CONDGs são um instrumento de facilitação da contratação típico do direito do consumidor, excluindo, portanto, de sua ontologia dogmática os negócios jurídicos inteiramente acordados, bem como as cláusulas que, dentro do contrato de adesão, foram negociadas entre as partes.¹⁴⁹

Na forma mais usual, as condições gerais se incorporam ao contrato de adesão como cláusulas previstas e incorporadas ao instrumento contratual.¹⁵⁰ Sua validade decorre da cognoscibilidade do seu conteúdo pelo destinatário além de não se enquadrarem em cláusula abusiva, que são nulas de pleno direito (art. 51 do CDC). No e-commerce em geral, as CONDGs vêm formuladas em caixas de texto que condicionam a conclusão da contratação ao clique no famoso hiperlink “Li e concordo com os termos e condições de uso/do contrato”.

Muitas vezes essas condições só são acessíveis ao consumidor no momento da contratação, geralmente antes do consumidor inserir os dados referentes ao pagamento e fechar a contratação através do clique. Ademais, não ficam disponíveis ou são enviadas por e-mail ao consumidor. Dessa forma, o dever de informar, nesses casos, resta insuficientemente atendido, o que possibilita o reconhecimento da não vinculação do consumidor, sobretudo em relação às cláusulas ou termos que importem em ônus, gravames ou penalidades à sua pessoa.¹⁵¹

¹⁴⁷ LÔBO, 1991, p. 38.

¹⁴⁸ MANDELBAUM, Renata. **Contratos de adesão e contratos de consumo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 111.

¹⁴⁹ LÔBO, 1991 p. 49.

¹⁵⁰ *Ibidem.*, p. 108.

¹⁵¹ RECURSO INOMINADO. AÇÃO ORDINÁRIA. CONTRATO DE ADESÃO. RESCISÃO. TERMOS E CONDIÇÕES GERAIS DO AJUSTE DISPOSTOS EM SITE NA INTERNET. IMPOSSIBILIDADE DE PRESUNÇÃO DE CIÊNCIA DO CONSUMIDOR ACERCA DE TODOS OS TERMOS DO NEGÓCIO. VIOLAÇÃO AO DEVER DE INFORMAÇÃO E AO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ. PROCEDÊNCIA DA AÇÃO. EMBARGOS DECLARATÓRIOS OPOSTOS CONTRA SENTENÇA. MERO INCONFORMISMO. CARÁTER PROTETÓRIO. SENTENÇA MANTIDA PELOS SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. 1. Conforme dispõe o artigo 31 do Código de Defesa do Consumidor, a oferta e apresentação de produtos ou serviços

Por outro lado, se demonstrado a divulgação ou possibilidade do consumidor em tomar conhecimento das CONDGs a qualquer momento antes, durante e após a conclusão do contrato, *prima facie*, está atendido o dever de informar.¹⁵²

Como consectário do dever de informar, é de boa monta a prática comercial do envio por e-mail, ou outro meio de comunicação idôneo, ou mesmo o envio postal, de uma cópia do contrato, incluindo os termos e condições gerais que regem a relação. O PLS 281/2012 insere tal disposição no art. 45-D, II:

Art. 45-D. Na contratação por meio eletrônico ou similar, o fornecedor deve enviar ao consumidor:

[...]

II – via do contrato em suporte duradouro, assim entendido qualquer instrumento, inclusive eletrônico, que ofereça as garantias de fidedignidade, inteligibilidade e conservação dos dados contratuais, permitindo ainda a facilidade de sua reprodução.

devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentem à saúde e segurança dos consumidores. A ré, ora recorrente, não demonstrou que o autor possuía total ciência acerca da cláusula referente à penalidade em caso de rescisão contratual, ônus que Face o exposto, decidem os Juízes integrantes da 1ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do Estado do Paraná, por unanimidade de votos, conhecer e negar provimento ao recurso, nos exatos termos deste vot (TJPR - 1ª Turma Recursal - 0003888-58.2014.8.16.0165/0 - Telêmaco Borba - Rel.: Fernanda Orsomarzo - - J. 17.08.2015)

(TJ-PR - RI: 000388858201481601650 PR 0003888-58.2014.8.16.0165/0 (Acórdão), Relator: Fernanda Orsomarzo, Data de Julgamento: 17/08/2015, 1ª Turma Recursal, Data de Publicação: 28/08/2015)

¹⁵² APELAÇÃO CÍVEL. CONTRATO DE CARTÃO DE CRÉDITO. AÇÃO CAUTELAR DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS. BANCO ITAÚ S/A. INTERESSE DE AGIR. RECONHECIMENTO. SENTENÇA DESCONSTITUÍDA. Na hipótese dos autos, o consumidor possui o direito de pleitear a exibição dos documentos referentes aos negócios jurídicos mantidos com a instituição financeira. Reconhece-se o interesse de agir, desconstituindo-se a sentença. APLICAÇÃO DO PARÁGRAFO 3º DO ARTIGO 515 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. Diante da permissão legislativa do artigo 515, § 3º, do CPC, cabível o prosseguimento no julgamento da demanda pelo Tribunal, versando a espécie sobre matéria predominantemente de **direito e apresentando-se o feito em condições de imediato julgamento. CONTRATO DE CARTÃO DE CRÉDITO. É contrato tipicamente de adesão e informal, não existindo instrumento físico, nem a assinatura do cliente, formalizando-se a avença por desbloqueio e utilização. Inexistindo contrato físico, não há o que se exhibir. CONTRATO DE ADESÃO. DISPONIBILIZADO NA INTERNET. Na hipótese de contrato de adesão disponibilizado em estabelecimento comercial e/ou na internet, ou com cláusulas gerais registrados em cartório, resta evidente a ampla publicidade e acessibilidade dos clientes**, tornando desnecessária a utilização da via judicial para obtenção do documento. A situação é vista como tendo o contrato sido exibido, pois disponível à parte, nos termos supra descritos. EXTRATO ANALÍTICO. O extrato analítico da evolução da dívida, por seu conteúdo, não... se constitui em documento comum às partes, nos termos do inciso III do art. 358 do CPC, na medida em que representaria simplesmente a atualização de débitos e créditos originados pelo usuário do cartão de crédito. Além do mais, o histórico da dívida encontra-se nas faturas mensalmente enviadas à residência do demandante, podendo, ainda, ser obtido na internet e em terminais de autoatendimento, mediante a inserção da senha do autor. Sentença desconstituída. Julgado improcedente o pedido, com base no art. 515, § 3º, do CPC. APELO DESPROVIDO. (Apelação Cível Nº 70061731030, Vigésima Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Maraschin dos Santos, Julgado em 29/10/2014). (TJ-RS - AC: 70061731030 RS, Relator: Jorge Maraschin dos Santos, Data de Julgamento: 29/10/2014, Vigésima Quarta Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 31/10/2014)

Cabe agora investigar o papel da Adesão na formação do contrato e suas peculiaridades em relação à contratação eletrônica.

2.2.2 *Adesão como forma de aceitação baseada na confiança*

Os acordos negociados e surgidos na esfera de autonomia da vontade marcam um contexto econômico típico da pequena sociedade primitiva e rudimentar nos tratos das relações de escambo. Neles há a paridade entre as partes, havendo bilateralidade, já que extensamente convencionado todas as normas da relação à que se obrigam as partes.

Os romanos chamavam de *pactum* a categoria de acordos de vontades que não geravam obrigação (*obligatio*), portanto eram desprovidos de *actio*, podendo apenas configurar alguma *expetio*. Apenas os *contractus*, assim definidos pelas leis ou editos, eram dotados de *actio*, por conseguinte podiam configurar obrigações. Essas decorriam não da pura e simples manifestação de vontades, mas de certas formas, gestos, palavras ou da tradição (*forma* ou *datio rei*) que materializava ante as partes e suas testemunhas o conteúdo daquela obrigação.¹⁵³

O direito romano justinianeu será responsável por flexibilizar a leitura rígida do instituto, recorrendo alguns doutrinadores que os pactos nus foram assemelhados à *stipulatio*,¹⁵⁴ ou apenas que os contratos típicos puderam sofrer alterações pelas partes, desde que mantido o cerne da sua lógica obrigacional. O fato é, “no direito justinianeu, ao invés da rede rígida de tipos contratuais que se encontra no período clássico, há uma rede mais elástica”.¹⁵⁵

A tradição canonista desafia completamente o formalismo romano, “nas decretais de Gregório IX, de 1234, o mesmo princípio será estabelecido pela lei canônica: [...] qualquer pacto, mesmo os nus, devem ser mantidos”.¹⁵⁶ Até a completa consolidação do primado da vontade, no Código Napoleônico de 1804, se passariam muitos séculos de avanços e recuos entre uma concepção formalista e outra consensualista do contrato. Nas palavras de Judith Martins-Costa:

¹⁵³ ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 470-471.

¹⁵⁴ “Os próprios romanos têm tendência a estendê-la a toda a espécie de contrato. A estipulação é para eles o tipo de contrato e a seu propósito é que eles esboçam uma teoria geral do contrato. É preciso dizer que eles cercam a regra de tantas exceções prática que ela tem poucos inconvenientes”. In: VILLEY, Michel. **Direito Romano**. Tradução de Fernando Couto. Porto: Res, 1991, p. 165.

¹⁵⁵ ALVES, ob. cit., p. 473.

¹⁵⁶ GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Tradução de Antonio Manuel Hespanha. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1995, p.736.

Embora advenha do direito romano a estrutura mais longínqua do nosso sistema jurídico, é na filosofia moderna que encontraremos o segredo de sua forma. Esta, todavia, como já afirmava Michel Villey, levou cinco séculos para incubar a civilística de modo que a idéia da vontade como expressão suprema e inderrogável da liberdade individual alcança o Código Napoleão na forma de sua síntese: se a lei e os contratos são as fontes das obrigações, “os efeitos jurídicos que não fluíssem da vontade seriam derivados da norma”, “elevando-se a vontade, “com esse procedimento, a categoria de lei”. Daí o contrato ser considerado fonte primordial das obrigações juridicamente vinculantes *como e enquanto manifestação da vontade individual*.¹⁵⁷

O contrato, nessa tradição filosófica do liberalismo, mais do que um instituto jurídico será um símbolo político de uma profunda transformação social, abrangendo em seu conteúdo normativo desde o casamento à compra e venda de um imóvel, da aquisição de ações à própria formação de uma sociedade comercial, e porque não da sociedade humana como propôs Rousseau. O contrato “*est tout*”.¹⁵⁸

O modelo contratual *standardizado* só surgiria no século XIX, com o auge da revolução industrial. O Código Civil Francês de 1804 e o BGB de 1900 já haviam assinalado a garantia dos efeitos jurídicos da autonomia privada, contribuindo para a legalização das práticas mercantis, fortalecendo a camada burguesa, responsável pela revolução industrial.¹⁵⁹

A economia industrial, fortalecida no século XIX, é um resultado direto de uma série de evoluções nas técnicas, nas ciências e nas tecnologias que desaguam num elemento capital dessa nova sociedade: a fábrica. Nesse contexto, há a massificação do consumo, proporcionada pela abundância, e surgimento de grandes complexos industriais, monopólios, oligopólios e cartéis¹⁶⁰. “Entretanto, o controle do mercado e a eliminação da concorrência constituíam

¹⁵⁷ MARTINS-COSTA, Judith. A noção de contrato na história dos pactos. **Organon**. Porto Alegre, v. 6, n. 19, 1992, p. 24.

¹⁵⁸ *Ibidem*, p. 27.

¹⁵⁹ “Na Alemanha, Otto Friedrich von Gierke também se ergueu contra o projeto do BGB, após a publicação do “primeiro esboço” (“Erster Entwurf”) em 1887.91 Para ele, o futuro Código Civil mais parecia com um Pandektenkompendium, o que produziria uma lei formalista, antissocial, abstrata e esquemática. A nova legislação seria um instrumento de opressão dos pobres e fracos. Sendo clássica sua frase de que a liberdade contratual converter-se-ia em uma arma nas mãos do forte e uma espada com lâmina cega nas mãos do fraco, servindo à opressão do primeiro sobre o segundo e ao abuso do poder econômico no âmbito dessas relações.” *In*: RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. **A influência do BGB e da doutrina alemã no direito civil brasileiro do século XX**. Disponível em: <<http://www.direitocontemporaneo.com>>. Acesso em: jan. 2018, p. 22.

¹⁶⁰ “Por um lado, houve a concentração de capital, o aumento da escala, que levou à distinção entre “empresa” e “grande empresa” (Grossindustrie, Grossbanken, grande industrie...), ao retraimento do mercado de livre concorrência e a todos os demais aspectos que, por volta de 1900, levaram os observadores a buscar em vão rótulos gerais que descrevessem o que parecia ser cabalmente uma nova fase de desenvolvimento econômico (ver próximo capítulo). Por outro lado, houve uma tentativa sistemática de racionalizar a produção e a direção das empresas aplicando “métodos científicos” não só à tecnologia, mas também à organização e aos cálculos. [...]A quinta característica foi uma transformação excepcional do mercado de bens de consumo: uma mudança tanto quantitativa como qualitativa. Com o aumento da população, da urbanização e da renda real, o mercado de massa, até então mais ou menos restrito à alimentação e ao vestuário, ou seja, às necessidades básicas, começou a dominar as indústrias produtoras de bens de consumo. A longo prazo, isto foi mais importante que o notável crescimento do consumo das classes ricas e favorecidas, cujo perfil de demanda não mudou de maneira acentuada. Foi o Ford

apenas um aspecto de um processo mais geral de concentração capitalista, e não eram nem universais, nem irreversíveis”.¹⁶¹ O contrato padronizado surge no setor de serviços, sendo exemplo os contratos de transporte, seguro e contratos bancários.¹⁶²

Raymond Saleilles, no início do século XX, em sua obra *De La declaration de la volonté*, se dedicou a esses novos tipos de contratos, que chamou de **contrato de adesão**.¹⁶³ Nesse fenômeno contratual, para Saleilles, “a predominância exclusiva de uma só vontade, atua como vontade unilateral, quem dita sua lei não mais à um indivíduo, mas a uma coletividade indeterminada, e que se compromete já, para avançar unilateralmente, com a adesão daqueles que irão aceitar a lei do contrato” (tradução nossa).¹⁶⁴ Dessa forma, conclui o jurista, o contrato de adesão irá se aproximar mais de uma lei, do que de um acordo de vontades.¹⁶⁵

Pela teoria clássica, “adesão não passa de um modo de aceitação; e seu efeito jurídico é determinado igualmente pelas duas vontades que colaboram” (tradução nossa).¹⁶⁶ “Os contratos de adesão não têm existência antes do momento em que ocorre a adesão, isto é, antes da aceitação em bloco de suas cláusulas pelo aderente; antes, numa palavra, que consinta”.¹⁶⁷

Em contrapartida, há a teoria anticontratual, ou teoria nova, pela qual “o alegado contrato de adesão é na realidade um ato unilateral, unicamente, ele não produz o efeito em favor ou em detrimento daqueles que irão aderir” (tradução nossa).¹⁶⁸ Nessa concepção, a adesão é apenas um ato unilateral acessório necessário a desencadear os efeitos do contrato:

Para que ele entre em vigor, deve ser objeto de uma adesão, livre e consciente como a promulgação de uma lei, mas desde que a validade da adesão não seja contestada, o jurista pode de qualquer sorte esquecer, ela foi necessária, no entanto

modelo T, e não o Rolls-Royce, que revolucionou a indústria automobilística. Ao mesmo tempo, uma tecnologia revolucionária e o imperialismo concorreram para a criação de uma série de produtos e serviços novos para o mercado de massa dos fogões a gás, que se multiplicaram nas cozinhas da classe operária britânica no decorrer desse período, à bicicleta, ao cinema e à modesta banana, cujo consumo era praticamente desconhecido antes de 1880. Uma de suas conseqüências mais óbvias foi a criação dos meios de comunicação de massa, que só agora merecem esse nome. Um jornal britânico atingiu pela primeira vez uma tiragem de um milhão de exemplares nos anos 1890, e um francês por volta de 1900. Tudo isso implicou uma transformação não apenas da produção, pelo que agora veio a ser chamado de “produção em massa”, mas também da distribuição, inclusive do crédito ao consumidor (sobretudo através das vendas a prazo).” *In*: HOBBSAWM, Eric J. **Era dos impérios: 1875-1914**. Tradução de Sieni Maria Campos e Yolanda Steidel de Toledo. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988, p. 52 (e-book).

¹⁶¹ *Ibidem*, p. 45.

¹⁶² MIRANDA, 2002, p. 25.

¹⁶³ *Ibidem*, p. 27.

¹⁶⁴ *In*: DEREUX, M. Georges. **De la nature juridique des contrats d’adhésión**. Paris: L. Larose & L. Tenin, 1910, p. 505.

¹⁶⁵ MIRANDA, ob. cit., p. 30.

¹⁶⁶ DEREUX, ob. cit., p. 507

¹⁶⁷ GOMES, Orlando. **Contrato de adesão: condições gerais dos contratos**. São Paulo: Revista dos tribunais, 1972, p. 46.

¹⁶⁸ DEREUX, ob. cit., p. 512.

permanece acessória, e os efeitos do ato serão determinados pela vontade e personalidade de seu único autor. (Tradução nossa)¹⁶⁹

Há ainda a doutrina que nega qualquer autonomia científica ao contrato de adesão, como em Ripert, para quem “a adesão seria, em resumo, expressão de vontade negocial, que não nega, nem mesmo desvirtua, a natureza contratual do vínculo jurídico assim formado”.¹⁷⁰ Portanto, não há que se diferenciar aceitação de adesão, segundo essa concepção, logo não se diferencia o contrato negociado do contrato de adesão.

Apesar de todas essas divergências, como anota Orlando Gomes, toda teoria francesa do contrato de adesão, mesmo as de cunho anticontratalista, não escapam a óptica da contratualidade, “uma vez que é incontestável a participação do aderente, o ato, sob esse aspecto, há de ser considerado bilateral”.¹⁷¹

Ante o exposto, podemos visualizar o fenômeno do contrato de adesão como o conjunto de:

[...] atos jurídicos onde uma das partes, sem se preocupar em saber com quem contratará, fixa antecipadamente as condições que ela tratará com qualquer pessoa, que, se ela decidir contratar, deverá as aceitar sem discussão, em aderência em bloco, sendo incapaz de dar um consentimento detalhado sobre cada cláusula. (Tradução nossa)¹⁷²

No direito brasileiro, se considera adesão como aceitação do contrato, desde que atendidos os requisitos dos arts. 46 e 54 do CDC.¹⁷³ Ou seja, que o aderente tenha prévio conhecimento de todo o conteúdo contratual, incluindo-se esclarecimentos idôneos de pontos obscuros, além de garantias referentes à organização e legibilidade dos caracteres que o

¹⁶⁹ DEREUX, 1910, p. 513

¹⁷⁰ GOMES, 1972, p. 44.

¹⁷¹ *Ibidem*, p. 45.

¹⁷² DOMERGUE, Max. **Étude d'ensemble sur le contrat d'adhésion**. Toulouse: impr. Parisienne, 1935, p.8.

¹⁷³ Art. 46. Os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance.

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

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

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

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

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

compõe. Para Paulo Lôbo, “adesão, em nosso léxico, significa assentimento, aprovação, concordância. Em direito indica, quase sempre, forma anômala de aceitação”.¹⁷⁴

No direito do consumidor pátrio, não se nega a natureza contratual ao contrato de adesão, mesmo existindo na prática um desigual poder de barganha,¹⁷⁵ também não se trata de um vício de consentimento intrínseco,¹⁷⁶ mas cuida-se em equalizar as assimetrias, até porque muitas vezes, à parte hipossuficiente, é mais benéfico a formação ou manutenção do vínculo contratual, como em contratos de plano de saúde, do que a sua anulação e respectiva indenização.¹⁷⁷

Tratar-se-á agora de investigar o ato de adesão à luz dos novos paradigmas do direito do consumidor, em especial relevo à tutela da confiança.

No e-commerce a questão se torna ainda mais delicada porque a adesão se manifesta frequentemente através de um clique, de um apertar de botões, do envio de um SMS, ou do envio de um fluxo de dados. Claudia Lima Marques chama genericamente de *click-wrap agreements* ou *point-and-click agreements*, “sua validade se baseia no ato de pressionar a tecla de aceitação por parte do usuário e sua dificuldade está no fato de não ficar registro algum desse ato que seja similar aos exigidos para os impressos em papel” (tradução nossa).¹⁷⁸

Some-se a isso o fato de os termos de adesão, ou as condições gerais do contrato, virem formuladas em caixas de texto de difícil leitura, com fonte reduzida e muitas disposições, sem maiores cuidados em relação a sistemática ou técnica em que são formuladas. Dessa forma, só resta ao consumidor clicar no botão “*accept/agree*” ou “*decline*”, sem qualquer possibilidade de negociação, elucidação ou repactuação daqueles termos.

Por isso, tanto a doutrina quanto a jurisprudência têm alargado o conteúdo normativo do contrato para incluir todo um écran de imagens, sons, marcas, *spans*, e-mails e mensagens publicitárias que despertem a confiança legítima do consumidor sobre o conteúdo da contratação. Por exemplo, “a jurisprudência brasileira considera vinculante e não simples *dolus bonus* ou *puffing* publicitário a promessa de ‘rapidez’”,¹⁷⁹ “da mesma forma, segundo o Superior Tribunal de Justiça, a utilização de jogos, promessa de prêmios ou brindes para

¹⁷⁴ LÔBO, Paulo. **Direito civil**: contratos. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 129.

¹⁷⁵ MARQUES, 2016, p. 81.

¹⁷⁶ GOMES, 1972, p. 44.

¹⁷⁷ MARQUES, ob. cit., p. 81-82.

¹⁷⁸ LORENZETTI, Ricardo L. Informática, Ciberlaw, E-Commerce. In: DE LUCCA; SIMÃO FILHO, 2005a, p. 487.

¹⁷⁹ MARQUES, 2004, p. 268.

comercializar com consumidores, vincula todos os fornecedores da cadeia e pode ter importantes reflexos no comércio eletrônico”.¹⁸⁰

Num interessante julgado, o STJ consignou a responsabilidade de uma fabricante de veículos pelo cumprimento do contrato ante a falência da concessionária, uma vez que veiculará propaganda e comercialização de veículos por sistema *on-line*, ao qual o consumidor recorrera para iniciar a compra de um automóvel:

Verifica-se, pois, que a oferta foi suficientemente precisa, sem qualquer exagero ou absurdidade, e chegou ao conhecimento do recorrente que, seguro da garantia de entrega do veículo pela própria recorrida [a fabricante], firmou contrato de compra e venda com uma de suas concessionárias.¹⁸¹

Nesse contexto, os *standards* de contratação medianos devem ser reformulados com base na conduta do indivíduo baseada na confiança, que se constrói a partir da aparência que o sistema profissional incute.¹⁸² Na teoria econômica, “a confiança é a expectativa que surge dentro de uma comunidade de comportamento normal, honesto e cooperativo, baseado em normas comuns, compartilhada por todos os membros de dita comunidade” (tradução nossa).¹⁸³ Destarte, a confiança é a base dos contratos, dos acordos associativos, das sociedades comerciais, é o próprio substrato das relações sociais.

A confiança é então um bem jurídico tutelado e tutelável. Por exemplo, a (des)confiança determina os custos de uma operação de crédito, através da determinação do risco, bem como estabelece uma série de normas de responsabilidade pré-contratual, na modalidade culpa *in contrahendo*,¹⁸⁴ é a *ratio essendi* de certos tipos contratuais, como o depósito, o mandato, a fiança, etc.

¹⁸⁰ MARQUES, 2004, p. 269.

¹⁸¹ Consumidor. Recurso especial. Publicidade. Oferta. Princípio da vinculação. Obrigação do fornecedor.

- O CDC dispõe que toda informação ou publicidade, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, desde que suficientemente precisa e efetivamente conhecida pelos consumidores a que é destinada obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar, bem como integra o contrato que vier a ser celebrado.

- Constatado pelo eg. Tribunal *a quo* que o fornecedor, através de publicidade amplamente divulgada, garantiu a entrega de veículo objeto de contrato de compra e venda firmado entre o consumidor e uma de suas concessionárias, submete-se ao cumprimento da obrigação nos exatos termos da oferta apresentada.

- Diante da declaração de falência da concessionária a responsabilidade pela informação ou publicidade divulgada recai integralmente sobre a empresa fornecedora.

(STJ, REsp n. 363.939/MG, Relatora Min. Nancy Andrighi, 04/06/2002, 3ª Turma, DJe 01/07/2002)

¹⁸² LORENZETTI, 2005, p. 43.

¹⁸³ *Ibidem*, p. 44.

¹⁸⁴ “Configura-se no fato de o agente, ao contratar, proceder de forma a que a outra parte fique lesada com o próprio fato de realizar as negociações contratuais, como no caso de um dos contratantes já ter conhecimento do perecimento do objeto e, não obstante sonegar a informação ao outro. A doutrina pacificamente aceita esta figura de culpa, mas controverte na sua caracterização, opinando uns que é culpa contratual e outros que é extracontratual. A razão está com a segunda corrente, porque na espécie não se trata de violação da convenção, mas do dever

No direito do consumidor, a confiança se materializa através de deveres acessórios, como transparência, informação e cooperação. Nas palavras de Alcides Tomasetti Jr., “a transparência é um resultado prático, que a lei substancialmente persegue mediante o que se pode denominar princípio da informação (...) a informação tem o sentido funcional de racionalizar as opções do consumidor”.¹⁸⁵ Por isso, uma vez dispostas ou veiculadas pelo sistema eletrônico, incorporam-se ao arcabouço de expectativas do consumidor mediano, gerando vinculação por parte do ofertante.

Para Ricardo Lorenzetti, nos sistemas de contratação especializados,¹⁸⁶ como o e-commerce, não se pode falar simplesmente em aceitação ou adesão, primeiro porque não se está diante de indivíduos que contratam negociando em paridade, dada a massividade da contratação; depois, mesmo havendo massividade e condições gerais típicas de adesão, há subjacentemente a complexidade do sistema.¹⁸⁷ Portanto se mostram como conceitos jurídicos insuficientes, porque existem atribuições de efeitos jurídicos que não decorrem de uma declaração de vontade direta, mas de comportamentos objetivos aos quais o ordenamento atribui certas consequências jurídicas.¹⁸⁸

Trataremos então como uma forma de aceitação especial, a adesão baseada na confiança, pois não se circunscreve apenas aos elementos informadores das condições gerais do contrato, mas de todo conteúdo escrito, ou de qualquer outra forma depreensível, que conflua para despertar a confiança do consumidor, através da aparência, por exemplo, de sua conformidade com a oferta, de sua adequação ao *layout* do sistema aplicativo ou do *site* da internet, de sua higidez, etc.

A própria marca, para tomarmos como exemplo, é o “símbolo que representa a empresa, sua reputação, a qualidade de seus produtos, sua tradição, a participação no mercado, a confiança gerada nos clientes e, por tudo isso, é um bem da empresa titular da mesma” (tradução nossa).¹⁸⁹ Portanto, a anteposição de uma marca em uma oferta, mesmo que não diretamente ligada ao empresário titular da marca, já pode ser suficiente a despertar a expectativa do

genérico de não prejudicar, que o agente transgride, conduzindo a outra parte ao dano, por uma violação da norma genérica e não do contrato.” In: PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**: volume II. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 314.

¹⁸⁵ In: MARQUES, 2004, p. 244.

¹⁸⁶ “Uma das partes é um sistema de feitos técnicos com experiência profissional, que geram confiança “especial”, não apenas genérica, através de seu funcionamento reiterado, das marcas que o representam simbolicamente, ou do respaldo do Estado”. (Tradução nossa) In: LORENZETTI, 2005, p. 59.

¹⁸⁷ *Ibidem*, p. 59.

¹⁸⁸ *Ibidem*, p. 56.

¹⁸⁹ *Ibidem*, p. 43.

consumidor quanto a sua inserção na cadeia de fornecimento, criando-lhe responsabilidade solidária, nos casos de parcerias, ou quando atua por prepostos, intermediários, etc.¹⁹⁰

Em um caso emblemático, um consumidor adquiriu uma máquina filmadora em outro país, com garantia de um ano do fabricante. Ao retornar ao Brasil, o referido equipamento apresentou um vício que o fez procurar a filial brasileira do fabricante multinacional e a mesma se negou a cumprir a garantia de consertar a máquina ou ressarcir o consumidor em virtude de não ter colocado tal equipamento no mercado e a garantia se limitar ao fabricante situado em outro país.

O STJ resolveu que a marca enseja a responsabilidade solidária em razão da atuação globalizada da empresa, conforme acórdão assim ementado:

DIREITO DO CONSUMIDOR. FILMADORA ADQUIRIDA NO EXTERIOR. DEFEITO DA MERCADORIA. **RESPONSABILIDADE DA EMPRESA NACIONAL DA MESMA MARCA ("PANASONIC")**. ECONOMIA GLOBALIZADA. PROPAGANDA. PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR. PECULIARIDADES DA ESPÉCIE. SITUAÇÕES A PONDERAR NOS CASOS CONCRETOS. NULIDADE DO ACÓRDÃO ESTADUAL REJEITADA, PORQUE SUFICIENTEMENTE FUNDAMENTADO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO NO MÉRITO, POR MAIORIA.

I - Se a economia globalizada não mais tem fronteiras rígidas e estimula e favorece a livre concorrência, imprescindível que as leis de proteção ao consumidor ganhem maior expressão em sua exegese, na busca do equilíbrio que deve reger as relações jurídicas, **dimensionando-se, inclusive, o fator risco, inerente à competitividade do comércio e dos negócios mercantis, sobretudo quando em escala internacional, em que presentes empresas poderosas, multinacionais, com**

¹⁹⁰ DIREITO DO CONSUMIDOR. RECURSO ESPECIAL. VÍCIO DO PRODUTO. AUTOMÓVEIS SEMINOVOS. PUBLICIDADE QUE GARANTIA A QUALIDADE DO PRODUTO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. USO DA MARCA. LEGÍTIMA EXPECTATIVA DO CONSUMIDOR. MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚM. 7/STJ. 1. O Código do Consumidor é norteado principalmente pelo reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor e pela necessidade de que o Estado atue no mercado para minimizar essa hipossuficiência, garantindo, assim, a igualdade material entre as partes. Sendo assim, no tocante à oferta, estabelece serem direitos básicos do consumidor o de ter a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços (CDC, art. 6º, III) e o de receber proteção contra a publicidade enganosa ou abusiva (CDC, art. 6º, IV). 2. É bem verdade que, paralelamente ao dever de informação, se tem a faculdade do fornecedor de anunciar seu produto ou serviço, sendo certo que, se o fizer, a publicidade deve refletir fielmente a realidade anunciada, em observância à principiologia do CDC. Realmente, o princípio da vinculação da oferta reflete a imposição da transparência e da boa-fé nos métodos comerciais, na publicidade e nos contratos, de forma que esta exsurge como princípio máximo orientador, nos termos do art. 30. 3. Na hipótese, inequívoco o caráter vinculativo da oferta, integrando o contrato, de modo que o fornecedor de produtos ou serviços se responsabiliza também pelas expectativas que a publicidade venha a despertar no consumidor, mormente quando veicula informação de produto ou serviço com a chancela de determinada marca, sendo a materialização do princípio da boa-fé objetiva, exigindo do anunciante os deveres anexos de lealdade, confiança, cooperação, proteção e informação, sob pena de responsabilidade. **4. A responsabilidade civil da fabricante decorre, no caso concreto, de pelo menos duas circunstâncias: a) da premissa fática incontornável adotada pelo acórdão de que os mencionados produtos e serviços ofertados eram avalizados pela montadora através da mensagem publicitária veiculada; b) e também, de um modo geral, da percepção de benefícios econômicos com as práticas comerciais da concessionária, sobretudo ao permitir a utilização consentida de sua marca na oferta de veículos usados e revisados com a excelência da GM. 5. Recurso especial não provido.** (Sem grifos no original) (STJ - REsp: 1365609 SP 2011/0105689-3, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 28/04/2015, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 25/05/2015)

filiais em vários países, sem falar nas vendas hoje efetuadas pelo processo tecnológico da informática e no forte mercado consumidor que representa o nosso País.

II - O mercado consumidor, não há como negar, vê-se hoje "bombardeado" diuturnamente por intensa e hábil propaganda, a induzir a aquisição de produtos, notadamente os sofisticados de procedência estrangeira, levando em linha de conta diversos fatores, dentre os quais, e com relevo, a respeitabilidade da marca.

III - Se empresas nacionais se beneficiam de marcas mundialmente conhecidas, incumbe-lhes responder também pelas deficiências dos produtos que anunciam e comercializam, não sendo razoável destinar-se ao consumidor as conseqüências negativas dos negócios envolvendo objetos defeituosos.

IV - Impõe-se, no entanto, nos casos concretos, ponderar as situações existentes.

V - Rejeita-se a nulidade argüida quando sem lastro na lei ou nos autos.

(STJ - REsp: 63981 SP 1995/0018349-8, Relator: Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, Data de Julgamento: 11/04/2000, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJ 20/11/2000 p. 296 JBCC vol. 186 p. 307 LEXSTJ vol. 139 p. 59 RSTJ vol. 137 p. 389) (grifos nossos)

Situação análoga poderia perfeitamente ser observada no e-commerce, ante as facilidades de compra e venda internacional através de cartões de crédito e os serviços de fretamento transnacional.

O contrato de Adesão, dada sua circunstância negocial atípica e célere, necessita um maior grau de responsabilidade do declarante, e uma maior tutela da confiança dispensada ao declaratório (oblato). Porém, a objetividade exigida na formulação do contrato protege também o declarante (policitante), já que se exige uma diligência média do aderente que, uma vez não atendida, não justifica a exacerbação da tutela de sua confiança para além das garantias jurídicas, já que, na lição de Custódio Ubaldino Miranda:

O que a lei pretende, para corrigir o desequilíbrio contratual, é precisamente, através de sua intervenção no domínio das relações contratuais, do tipo das que constituem objeto de nossa análise [o contrato de adesão], exigindo do estipulante um grau maior de responsabilidade, tornar claro e acessível à compreensão do declaratório o objeto da declaração, dispensando, deste modo e por este meio, uma maior tutela da confiança do aderente.¹⁹¹

A questão se torna mais emblemática ao tomarmos, a título de exemplo, a situação dos contratos de compras coletivas. Uma modalidade de consumo que, na esteira da *sharing economy*, também se popularizou bastante nas duas primeiras décadas do século XXI, embora não estabeleça o tipo de relação P2P já analisada.

Nas compras coletivas, um *site* intermediador veicula um tipo de oferta especial de venda de produtos ou prestação de serviços de um fornecedor autônomo, que não se confunde com si, sujeita a certas condições de prazo e número mínimo de aderentes.

¹⁹¹ MIRANDA, 2002, p. 86.

As características da compra coletiva podem ser descritas como oferta relâmpago (normalmente 24 horas) para um bem ou serviço a preços convidativos. Nesse período, caso o número dos consumidores internautas que realizam a compra atinja ou exceda a quantidade mínima especificada no *site*, o lote oferecido é concretizado de outra forma e o dinheiro é devolvido. Nesse modelo, os fornecedores originais dos produtos e serviços têm a garantia de venda de grandes quantidades de produtos para obter *mind share* e, em outros casos, a garantia de liquidação rápida de um estoque fora de linha.¹⁹²

Esse tipo de oferta, que conduz a um típico contrato de adesão, guarda riscos mais significativos ao consumidor, na medida em que suas condições nunca são claras, o direito de arrependimento é de difícil concreção, e a própria formulação da oferta é, muitas vezes, concebida para ludibriar o consumidor, através de técnicas agressivas de marketing, ou mesmo o uso de desinformação. Problemas incluem o uso de imagens falsas nos anúncios, a descrição errada dos produtos ou serviços ofertados, *drip pricing*, omissão de informações relevantes, etc.

Uma pesquisa do SPC Brasil aponta que 46% dos consumidores já tiveram algum tipo de problema com compras em *sites* de vendas coletivas, como má qualidade dos produtos e serviços (21%), atendimento ao consumidor precário (20%) e dificuldades para usufruir do bem ou serviço, por questões como restrição de dia e horário (14%).¹⁹³

Segundo a pesquisa, pouco mais de um terço não chega a usufruir totalmente os produtos e/ou serviços (34%). As razões alegadas para isso têm a ver com prazo do cupom expirado (58%); com o local para utilizar o produto ou serviço comprado que era muito distante (16%); com a falta de atenção ao regulamento da compra (15%); com as dificuldades no agendamento do serviço (15%); com o fato de o consumidor não ter gostado ou ter desconfiado do local de prestação do serviço (9%).¹⁹⁴

Como forma de equalizar essa assimetria, o Projeto de Lei 1.231/2011, do Dep. João Arruda, apresenta uma proposta de regramento especial para tutela do consumidor nesse segmento mercadológico, com atuação subsidiária do CDC. O projeto de lei traz disposições como:

Art. 4º - As ofertas deverão conter no mínimo, as seguintes informações em tamanho não inferior a vinte por cento da letra da chamada para a venda:

- I – Quantidade mínima de compradores para a liberação da oferta;
- II – Prazo para a utilização da oferta por parte do comprador, que deverá ser de, no mínimo, 06 (seis) meses;
- III – Endereço e telefone da empresa responsável pela oferta;
- IV – Em se tratando de alimentos, deverá constar da oferta informações acerca de eventuais complicações alérgicas e outras complicações que o produto pode causar;
- V – A informação acerca da quantidade de clientes que serão atendidos por dia e a forma de agendamento para a utilização da oferta por parte dos compradores;

¹⁹² KOO, Lawrence. Análise de novos modelos de consumo, ações coletivas e leilões: a nova significação dos cliques. **Revista pensamento & realidade**. São Paulo, v. 25, n.2, 2010, p. 105.

¹⁹³ Disponível em: <https://www.spcbrasil.org.br/uploads/st_imprensa/compras_coletivas_release1.pdf>. Acesso em fev. 2018.

¹⁹⁴ *Ibidem*.

VI – A quantidade máxima de cupons que poderão ser adquiridos por cliente, bem como os dias de semana e horários em que o cupom da oferta poderá ser utilizado;

Além de prazo para devolução do pagamento de 72 horas em caso de não concretização das condições e a responsabilidade solidária com relação as informações veiculadas do fornecedor ofertante e da empresa proprietária do sítio de vendas coletivas. Dessa forma, o projeto de lei, enquanto exemplo, dá um passo adiante com relação ao CDC, ao reconhecer que a adesão deve ser resguardada com base na confiança e na aparência, como uma relação bilateral, pois aquilo que sensivelmente aparece aos sentidos normais da percepção mediana do ser é o que se traduz em dados cognoscíveis por sua inteligência, o que permite a criação de expectativas que racionalmente (e juridicamente) espere que sejam cumpridas.¹⁹⁵ Isso é confiança, uma característica intrínseca a faculdade do juízo.

O Decreto nº 7.962 de 2013 que regulamenta o CDC dispendo sobre contratação no comércio eletrônico determina como dever específico de informação para os contratos de compras coletivas o seguinte:

Art. 3º Os sítios eletrônicos ou demais meios eletrônicos utilizados para ofertas de compras coletivas ou modalidades análogas de contratação deverão conter, além das informações previstas no art. 2º, as seguintes:

I - quantidade mínima de consumidores para a efetivação do contrato;

II - prazo para utilização da oferta pelo consumidor; e

III - identificação do fornecedor responsável pelo sítio eletrônico e do fornecedor do produto ou serviço ofertado, nos termos dos incisos I e II do art. 2º.

À guisa de uma conclusão, se um consumidor adquire um *voucher* para um resort em uma praia famosa, com fotos que mostrem essa praia, etc., e ao se dirigir ao local descobre que o referido estabelecimento está a vários quilômetros da praia, situado em outra praia menos “requisitada”,¹⁹⁶ embora no mesmo município, estará configurada a quebra de uma expectativa legítima, na medida em que a oferta não possibilitou ao consumidor a percepção dessa questão.

Assim, é lúdima a lição de Claudia Lima Marques:

Os motivos, quando razoáveis e amparados na boa-fé, passam a integrar a relação contratual, como se a ordem jurídica brasileira tivesse aceitado a teoria francesa da causa e a tivesse interpretado de maneira subjetiva e psicológica, protegendo as expectativas legítimas que o consumidor teria, mesmo que não se trate de qualidades essenciais do produto ou de qualidades expressamente garantidas no contrato.¹⁹⁷

Tal interpretação confere um tratamento mais isonômico ao consumidor, até como forma de protegê-lo da publicidade abusiva e enganosa. Ao final, a confiança é um desdobramento da cláusula geral da boa-fé objetiva, que exige solidariedade nas relações

¹⁹⁵ LUHMAN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 54.

¹⁹⁶ Exemplo extraído de uma reclamação feita por um consumidor no *site* www.reclameaqui.com.br.

¹⁹⁷ MARQUES, 2016, p. 284-285.

negociais corriqueiras, mesmo que entre o fornecedor/ofertante e o consumidor/aderente inexistia ainda um vínculo contratual. “Em suma: não obstante não se terem aproximado contratualmente, o contato social estabelecido foi mais intenso do que se verifica entre os que não têm outro vínculo senão o comandado pelo *neminem laedere*”.¹⁹⁸

2.2.3 Cláusulas abusivas

Além dos elementos essenciais do contrato, já referidos na lição de Maristela Basso, como objeto, preço, quantidade, qualidade, data e local da entrega, etc., o regulamento normalmente prevê e disciplina outros aspectos da relação que não lhe são essenciais, “que não lhes fornecem, por assim dizer, a substância e os fundamentos, mas respeitam, antes, a aspectos particulares – mas que, no entanto, atendendo à operação concreta, não são trasncuráveis”.¹⁹⁹ “As previsões e prescrições do contrato, dirigidas à finalidade indicada, chamam-se *convenções* ou *cláusulas*: o regulamento contratual é, neste aspecto, um conjunto de convenções ou cláusulas”.²⁰⁰

Pela teoria geral do direito privado, para que uma norma decorrente da autonomia privada se realize, as declarações de vontade emanadas pelas partes devem ser coincidentes, através da proposta e da aceitação, ou mesmo de uma negociação prévia. “Através deste fato é criado uma norma cujo conteúdo se determina através das declarações concordantes. Entre o contrato como um fato produtor de normas jurídicas e a norma criada através desse fato deve manter-se uma nítida distinção”.²⁰¹

Pontes de Miranda recorda que: “a ciência do direito teve de aludir a expressividade *stricto sensu*, porque havia de explicitar que atos e até fatos poderiam ser tidos como manifestações de vontade. Com isso, não se sugeriu que entrassem no mundo jurídico vontades não manifestadas”.²⁰² Dessa forma, a cláusula funciona como um enunciado, um item, um dispositivo de racionalização e enunciação das vontades manifestadas, de forma que se tornem materialmente cognoscíveis, estabelecidas e, portanto, comprovável. Tal faculdade decorre diretamente do que se chama autonomia privada, entendida como um:

¹⁹⁸ MARTINS-COSTA, Judith. A proteção da legítima confiança nas relações obrigacionais entre a Administração e os particulares. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**. Porto Alegre, n. 22, 2002, p. 248.

¹⁹⁹ ROPPO, 2009, p. 145-146.

²⁰⁰ *Ibidem*, p. 146.

²⁰¹ KELSEN, 1999, p. 181.

²⁰² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**: tomo XXXVIII, §4.187, p. 29 (e-book).

[...] processo de ordenação que faculta a livre constituição e modelação de relações judiciais pelos sujeitos que nela participam. É, em termos etimológicos, uma normação pelo próprio que vai ficar obrigado à observância dos efeitos vinculativos da regra por si criada.²⁰³

Na contratação eletrônica, a *praxis* não é diferente e confere aos atores envolvidos uma série de termos ou cláusulas especiais, muitas delas no corpo das condições gerais de contratação, que garantem operabilidade as relações econômicas intermediadas pelos sistemas telemáticos.

A autonomia privada é cada vez mais circunscrita a um estrito círculo de relações individuais, cujos efeitos não se propagam, direta ou mesmo indiretamente para terceiros. “Normas legais, decisões jurisdicionais e procedimentos das autoridades administrativas são, portanto, os agentes típicos das limitações impostas a liberdade contratual dos particulares”.²⁰⁴

É comum que nos contratos típicos, a lei traga um tratamento supletivo das condições contratuais, muito do que poderá ser afastado pela simples disposição em contrário. Isso depende dos interesses e das peculiaridades relacionadas ao tipo de relação econômica contratualizada.

Mas pode também depender – e muito frequentemente depende – do facto de uma das partes se aproveitar de sua superioridade econômica – e por isso do seu superior poder contratual – para impor unilateralmente à outra cláusulas que estabeleçam derrogações e desvios ao sistema legal típico, destinadas, exclusivamente, a assegurar ao contratante ‘forte’ vantagens e lucros e a atribuir ao contratante ‘débil’ encargos e riscos que a lei tendia a repartir de modo mais equitativo: derrogações e desvios que esse último é constringido a suportar, justamente por efeito da sua inferior posição econômico-social.²⁰⁵

Visando coibir as assimetrias que são frutos do poder econômico ou do domínio mercadológico (*market share*), a lei alemã de 1978 (*AGBGesetz*) estabeleceu que tipos de cláusulas serão consideradas proibidas no tráfico jurídico.²⁰⁶ Surge então a questão das cláusulas abusivas, que não se confundem com as cláusulas ilícitas, pois expressamente proibidas pelo ordenamento brasileiro, como uma cláusula que estipule o pagamento em ouro (Decreto-Lei 857/69).²⁰⁷

²⁰³ RIBEIRO, Joaquim de Souza. *Apud* RODRIGUES JÚNIOR., Otávio Luiz. A autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação: notas sobre a evolução de um conceito na modernidade e na pós-modernidade. **Revista de informação legislativa**. Brasília, a. 41, n. 163, jul./set. 2004, p. 126.

²⁰⁴ ROPPO, 2009., p. 140.

²⁰⁵ *Ibidem*, p. 149.

²⁰⁶ ASCENSÃO, Jose de Oliveira. Cláusulas contratuais gerais, cláusulas abusivas e o novo Código Civil. **Revista da EMERJ**. Rio de Janeiro, v. 7, n. 26, 2004, p. 75.

²⁰⁷ LÔBO, 1991, p. 159.

Portanto, a abusividade pressupõe o exercício de um direito que ultrapasse os limites do razoável, ou, em última *ratio*, sua abusividade decorre do art. 187 do CCB, ou seja, exceder manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Para Paulo Lôbo, a abusividade de uma cláusula decorre da conjunção de cinco fatores, à saber: a) predisposição unilateral; b) inserção nas condições gerais; c) atribuição de vantagem excessiva ao predisponente; d) atribuição de onerosidade ou desvantagem excessiva ao aderente; e e) incompatibilidade com o rol legal, com a boa-fé ou com a equidade.²⁰⁸

O Código Civil italiano, primeiro diploma a tratar das chamadas Condições Gerais de Contratação, estabeleceu no art. 1.469 o que chama de cláusulas vexatórias, cuja consequência é a ineficácia de sua normatividade, já que a sentença deverá ser meramente declaratória, operando-se a ineficácia da cláusula *ex lege*.

Dentre tais cláusulas há i) a que exclui ou limita responsabilidade do profissional frente ao consumidor, ii) a que prevê a rescisão unilateral do contrato pelo profissional bem como a retenção por valores desprendidos, iii) a obrigação do consumidor frente a cláusulas que não pode tomar conhecimento no momento da adesão, dentre tantas outras.

Esse entendimento já é presente no direito comunitário europeu, de demasiada desproporção (*desequilíbrio significativo*) entre os direitos e deveres assumidos pelas partes, como na Diretiva 93/13/CEE do Conselho das Comunidades Europeias, que em seu art. 3º, n. 3, traz um rol exemplificativo das cláusulas abusivas bastante similar ao contido no Código Civil Italiano, bem como em diversas outras leis nacionais europeias.

Aduz a referida diretiva que:

[...] a apreciação, segundo os critérios gerais estabelecidos, do carácter abusivo das cláusulas, nomeadamente nas actividades profissionais de carácter público que forneçam serviços colectivos que tenham em conta a solidariedade entre os utentes, necessita de ser completada por um instrumento de avaliação global dos diversos interesses implicados; que tal consiste na exigência de boa-fé; que, na apreciação da boa-fé, é necessário dar especial atenção à força das posições de negociação das partes, à questão de saber se o consumidor foi de alguma forma incentivado a manifestar o seu acordo com a cláusula e se os bens ou serviços foram vendidos ou fornecidos por especial encomenda do consumidor; que a exigência de boa fé pode ser satisfeita pelo profissional, tratando de forma leal e equitativa com a outra parte, cujos legítimos interesses deve ter em conta.²⁰⁹

²⁰⁸ LÔBO, 1991, p. 159.

²⁰⁹ Directiva 93/13/CEE de 5 de abril de 1993 relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores.

O critério que conduz à determinação do desequilíbrio aqui referido é, pois, a boa-fé objetiva, como método de equalização (juízo de equidade) entre as vontades contratantes,²¹⁰ “a boa-fé como *regra de conduta* fundada na honestidade, na retidão, na lealdade e, principalmente *na consideração para com os interesses do alter, visto como um membro do conjunto social que é juridicamente tutelado*”.²¹¹

Assim, o artigo 1.469 do Código Civil Italiano, bem como o art. 3º da Diretiva Europeia, existe como critério hermenêutico para que o julgador, sopesando a totalidade do contrato, determine a vexatoriedade de uma cláusula

[...] a vexatoriedade de uma cláusula é avaliada tendo em conta a natureza do bem ou do serviço objeto do contrato e referindo-se às circunstâncias existentes no momento de sua conclusão e às outras cláusulas do mesmo contrato ou de outro coligado do qual dependa.²¹²

Tal critério de abusividade não se estende à cláusula que descreve o objeto principal do contrato ou à relação qualidade/preço do fornecimento ou da prestação, mas esses poderão ser tomados para apreciação de outras cláusulas.²¹³

Portanto, não pretende o reconhecimento das cláusulas abusivas se imiscuir no preço pago pelo consumidor, na qualidade do produto ou serviço prestado, etc., pois, em regra, se esses dados foram fornecidos ao conhecimento do consumidor (dever de informar) não se submetem ao regime da abusividade/vexatoriedade. Um preço demasiado alto ou um produto/serviço aquém da expectativa do consumidor poderá receber a tutela efetiva de institutos como a onerosidade excessiva (art. 6º, V do CDC) e os vícios do produto ou serviço (arts. 18, 19 e 20 do CDC), para não citar outras.

No tratamento dispensando as cláusulas abusivas pelo CDC, conforme estatui o art. 51, nosso legislador preferiu o efeito da nulidade (ato ilícito nulificante), em detrimento da ineficácia, apesar da grande similitude das consequências fático-jurídicas, mas a nulidade traz em si um juízo de reprovabilidade ao agente que a deu causa, por, além de ser lesivo aos interesses individuais e coletivos, ser contrária à boa-fé objetiva, contratual e pré-contratual, contrária ao direito em geral, antijurídica.²¹⁴

²¹⁰ MIRANDA, 2002, p. 200.

²¹¹ MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um “sistema em construção”: as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro. **Revista de informação legislativa**. Brasília, a. 35, n. 139, jul./set. 1998, p. 14.

²¹² Art. 1.469-ter do Codice Civile Italiano.

²¹³ Directiva 93/13/CEE de 5 de abril de 1993 relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores.

²¹⁴ MIRANDA, ob. cit., p. 219.

Por outro lado, a ineficácia não traz tal juízo, como se percebe no negócio simulado inocente, ao menos no ordenamento jurídico brasileiro, pois não existe censura de natureza ético-jurídica.²¹⁵

Resta saber se o rol do art. 51 é taxativo ou exemplificativo. José de Oliveira Ascensão claramente o define como exemplificativo,²¹⁶ no mesmo sentido é a doutrina de Paulo Lôbo,²¹⁷ e Cláudia Lima Marques.²¹⁸ Custódio Ubaldino Miranda, por sua vez, entende que as hipóteses enumeradas no art. 51 do CDC trazem todas as possibilidades explícitas de uma cláusula (ou condição geral) abusar da boa-fé objetiva explicitamente. Qualquer outra possibilidade estaria intrínseca ao negócio jurídico praticado, não concretamente estabelecida em um único dispositivo clausular.

Ademais, Ubaldino Miranda se escora no direito penal, que veda expressamente a analogia dos tipos penais, além de não se sustentar uma interpretação extensiva,²¹⁹ que comporte o tolhimento da autonomia privada.²²⁰

Em um sentido ou em outro, todos os autores supracitados acordam que a abusividade poderá ser decretada com base nas disposições mais gerais esculpidas no art. 51, notadamente o inciso IV e o parágrafo 1º com seus incisos.²²¹ Portanto, “o inciso IV do art. 51 combinado

²¹⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**: volume I. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 532 e ss.

²¹⁶ ASCENSÃO, 2004, p.84.

²¹⁷ LÔBO, 1991, p. 164.

²¹⁸ MARQUES, 2016, p. 1067.

²¹⁹ “Mas qual a diferença propriamente dita entre analogia e interpretação extensiva? Foram elaborados vários critérios para justificar a distinção. Creio que o único critério aceitável seja aquele que busca colher a diferença com respeito aos diversos efeitos, respectivamente, da extensão analógica e da interpretação extensiva: o efeito da primeira é a criação de uma nova norma jurídica; o efeito da segunda é a extensão de uma norma para casos não previstos por esta”. In: BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 6. ed. Brasília: UnB, 1995, p. 155.

²²⁰ “Não vemos outra maneira de conciliar essas aparentes contradições, se não a de, afastando-se definitivamente a afirmação de que a enumeração é exemplificativa, concluir-se que a expressão *entre outras* [expressão contida no próprio *caput* do artigo] não é inconciliável com a de ser tal enumeração *taxativa*, desde que aquela expressão se refira aos casos em que o *juiz*, por disposição da própria lei, tem o encargo de determinar a abusividade da cláusula em cada caso concreto” In: MIRANDA, 2002, p. 215.

²²¹ BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. “Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

[...]

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

[...]

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

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

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

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

com o § 1.º deste mesmo artigo constitui, no sistema do CDC, a *cláusula geral* proibitória da utilização de cláusulas abusivas nos contratos de consumo”.²²²

Essa é a melhor interpretação que se coaduna com a óptica da máxima proteção do consumidor e com a cláusula geral da boa-fé objetiva, enquanto metanorma, “cujo objetivo é enviar o juiz para critérios aplicativos determináveis ou em outros espaços do sistema ou por meio de variáveis tipológicas sociais, dos usos e costumes objetivamente vigentes em ambiência social”.²²³

Para Karl Larenz, trata-se da aplicação do critério hermenêutico teleológico-objetivo, onde “a questão de saber qual é a interpretação ‘materialmente adequada’ só pode ser respondida se se tomar em consideração na sua especificidade e na sua estrutura especial a coisa de cuja regulação se trate na norma a interpretar”,²²⁴ “aí onde o jurista se orienta pela ‘natureza das coisas’, pensa numa regulação desenhada já pela natureza das coisas, se bem que susceptível de variação em concreto”.²²⁵

A partir das considerações esposadas, o tratamento da abusividade das cláusulas nos contratos eletrônicos de consumo é questão estritamente casuística,²²⁶ pois foge ao escopo delimitado desse trabalho a simples análise científica da técnica legislativa do rol do art. 51 do CDC, análise essa proficuamente empreendida em diversas obras já referenciadas. Trataremos então dos casos mais comuns.

Uma primeira questão que se coloca diz respeito à indenização do consumidor em caso de dano ou extravio de bens adquiridos por meios telemáticos durante o transporte, ou mesmo o atraso na entrega dos bens. Qualquer cláusula que importe isenção ou limitação de responsabilidade deve ser analisada casuisticamente.

Se o serviço de fretamento é oferecido pelo fornecedor, gratuito ou oneroso, em diversas modalidades (convencional, expresso, pago com a entrega, etc.) à escolha do consumidor, mesmo que por conta de outra empresa (transportadora), sua responsabilidade subsiste até a efetiva transferência da posse do bem ao consumidor.

²²² MARQUES, 2016, p. 1080.

²²³ MARTINS-COSTA, 1998, p. 8.

²²⁴ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução de José Lamego. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997, p. 470.

²²⁵ *Ibidem*, p. 471.

²²⁶ O Poder Judiciário de Portugal mantém uma extensa base dados com cláusulas abusivas julgadas pelos tribunais portugueses. Disponível em: www.dgsi.pt, acesso em: jan. 2018.

Por outro lado, se ao consumidor cabe a organização do transporte ou fretamento, escolhendo a pessoa que realizará o ato, a responsabilidade do fornecedor com relação à entrega termina no momento da disponibilização do bem ao transportador indicado pelo consumidor.²²⁷

É comum também o uso de cláusulas que flexibilizem os prazos para entrega. A princípio, tal disposição não é abusiva se for conferido um prazo adicional razoável, mediante comunicação ao consumidor, que poderá, desde já, exercer seu direito de desistência. Se, pela natureza da negociação, ou pelos termos da publicidade veiculada, se aduzir um prazo certo para entrega e este não for cumprido, o consumidor terá direito a rescindir imediatamente o contrato e requerer a reparação de suas perdas e danos.²²⁸

Com relação a operabilidade dos sistemas aplicativos, registra-se a ocorrência de cláusulas que limitam a responsabilidade do fornecedor em relação à segurança de seus *sites* e sistemas aplicativos.²²⁹ “A página que o fornecedor mantém na Internet integra o conjunto de bens mencionados no conceito legal de estabelecimento”,²³⁰ “o estabelecimento empresarial virtual ou digital está inserido no contexto de bens incorpóreos que constituem o estabelecimento empresarial clássico, sendo, de fato, a sua extensão no ambiente digital”.²³¹

²²⁷ Nesse sentido é a posição da Diretiva 2011/83/EU do Parlamento Europeu e do Conselho de 25 de outubro de 2011: “Quando os bens são expedidos pelo profissional ao consumidor, o momento da transferência do risco pode ser, em caso de perda ou dano, uma fonte de litígio. Por conseguinte, a presente directiva deverá prever a protecção do consumidor contra qualquer risco de perda ou dano dos bens que ocorra antes de ter adquirido a posse física dos mesmos. O consumidor deverá ser protegido durante um transporte organizado ou realizado pelo profissional, mesmo que o consumidor tenha escolhido um determinado método de entrega a partir de um leque de opções oferecidas pelo profissional. Todavia, essa disposição não deverá aplicar-se aos contratos em que cabe ao consumidor proceder ele próprio à entrega dos bens ou pedir a um transportador para proceder à entrega. Quanto ao momento da transferência do risco, o consumidor deverá ser considerado como tendo adquirido a posse física dos bens quando os recebe”.

²²⁸ Nesse sentido a Diretiva 2011/83/EU do Parlamento Europeu e do Conselho de 25 de outubro de 2011 estatui: “Art. 18. 2. Sempre que o profissional não tiver cumprido a sua obrigação de entrega dos bens na data acordada com o consumidor ou dentro do prazo-limite fixado no n.o 1 [30 dias], o consumidor solicita-lhe que efectue a entrega num prazo adicional adequado às circunstâncias. Se o profissional não proceder à entrega dos bens dentro desse prazo adicional, o consumidor tem o direito de rescindir o contrato.

O primeiro parágrafo não é aplicável aos contratos de compra e venda em que o profissional tenha recusado entregar os bens, ou em que a entrega dentro do prazo de entrega acordado seja essencial atendendo a todas as circunstâncias que rodearam a celebração do contrato, ou em que o consumidor tenha informado o profissional, antes da celebração do contrato, de que a entrega dentro de um determinado prazo ou em determinada data é essencial. Nesses casos, se o profissional não entregar os bens na data acordada com o consumidor ou dentro do prazo-limite fixado no n.o 1, o consumidor tem o direito de rescindir o contrato imediatamente.”

²²⁹ Para tanto, veja-se o exemplo português contido no Processo n.º 3714/16.0T8LRA, onde se reconheceu a abusividade da seguinte cláusula contratual: “Para todas as etapas de acesso ao Sítio, do processo da encomenda, até à entrega ou aos serviços posteriores, a sociedade La Redoute Portugal só possui uma obrigação de meios. A sociedade La Redoute Portugal exclui toda a garantia e qualquer responsabilidade pelos inconvenientes ou prejuízos inerentes à utilização da rede de internet, em particular, uma rutura de serviço, uma instrusão exterior ou a presença de virus informáticos, ou de qualquer caso de força maior assim classificado pela jurisprudência dos tribunais, até ao limite permitido pela lei aplicável”

²³⁰ MARTINS, 2016, p. 138.

²³¹ COELHO, Fábio Ulhoa *apud* MARTINS, 2016, p. 139.

Dessa forma, o fornecedor deve prezar pela higidez de sua plataforma, pela adoção das melhores técnicas de proteção de dados e uso de criptografia assimétrica na transmissão de informações e pela segurança do consumidor no ambiente virtual. É abusiva a cláusula que limite tal responsabilidade por violar a confiança.

Ademais, não cabe ao fornecedor se furtar da responsabilidade sob a alegação de caso fortuito ou força maior em casos de invasão de *hackers*, por exemplo, pois não se atende aos requisitos da inevitabilidade, imprevisibilidade e extraordinariedade, conforme aponta Adalberto Simão Filho:

Portanto, em questões de *Internet*, torna-se provável que não teria qualquer respaldo uma tese que venha a objetivar exclusão de responsabilidade alicerçada nas dificuldades de obtenção de equipamentos certos de segurança para proteção do consumidor em ambiente de *Internet* ou, ainda, no fato de que eventualmente esta tecnologia seja por demais onerosa.²³²

Com isso, se se configura o dever do fornecedor em garantir a segurança do consumidor em seu estabelecimento comercial físico, conforme reconhece a jurisprudência pátria,²³³ o mesmo vale para o estabelecimento virtual, sendo abusiva a cláusula que limite tal responsabilidade.

Outra cláusula correntemente empregada pelos sítios da internet e aplicativos móveis determina a possibilidade de alteração unilateral dos contratos ou termos de uso, sem prévio aviso ao consumidor, através de simples notificação lançada no respectivo meio eletrônico.²³⁴ Muitas vezes essa alteração implica até em alteração de preços ou condições de bens ou serviços adquiridos. Esse tipo de cláusula confronta diretamente com as disposições do art. 51, X e XIII do CDC, “inobstante seu caráter potestativo, a jurisprudência validou inúmeras condições gerais que o previam, fundando-se no princípio *pacta sunt servanda*”.²³⁵

²³² SIMÃO FILHO, Adalberto. Dano ao consumidor por invasão do Site ou da Rede: inaplicabilidade das excludentes de caso fortuito ou força maior. *In*: _____; DE LUCCA, 2005, p. 132

²³³ *Vide* Súmula 130 do STJ: “A empresa responde, perante o cliente, pela reparação de dano ou furto de veículo ocorridos em seu estacionamento”.

²³⁴ Para tanto, veja-se o exemplo português contido no Processo n.º 15953/15.6T8LSB, onde se reconheceu a abusividade da seguinte cláusula: “Cláusula 1. ‘Termos de Utilização e Aceitação’: 5º parágrafo – ‘A utilização do website da LetsBonus, implica a aceitação sem reservas, por parte do Utilizador, destes Termos e Condições, bem como de qualquer outro documento a que se faça referência pelo presente. A LetsBonus reserva o direito de alterar ou modificar unilateralmente os ‘Termos e Condições’, passando a nova redação a ser vinculativa logo que seja publicada no Website, ou a partir do momento em que seja dado conhecimento da mesma ao Utilizador, consoante o que ocorrer primeiro”.

²³⁵ LÔBO, 1991, p. 170. Em sentido contrário: CONSUMIDOR. TRANSPORTE AÉREO. AQUISIÇÃO DE PASSAGENS AÉREAS PELA INTERNET. ALTERAÇÃO UNILATERAL DOS HORÁRIOS DE IDA E VOLTA DOS VÔOS INTERNACIONAIS. REDUÇÃO DO TEMPO DE CONEXÃO. CONSUMIDORA QUE NÃO SE SENTIU SEGURA COM O NOVO TEMPO DISPONIBILIZADO. NÃO ACEITAÇÃO

Em sistemas eletrônicos destinados a vendas de bens de consumo é frequente o uso de anúncios e publicidades com emprego de fotografias, imagens e vídeos dos produtos, muitas vezes com o alerta de que: "a imagem é meramente ilustrativa", "a imagem não vincula o fornecedor", "a imagem pode não corresponder as características reais do produto", ou "todas as especificações e descrições aqui informadas podem ser diferentes das especificações e descrições atuais do produto", etc.²³⁶ Esses termos ou cláusulas são abusivos por estarem em desacordo com o sistema de proteção do consumidor (art. 51, XV do CDC), mais especificamente no que concerne a vedação à publicidade enganosa contida no § 1.º do art. 37 do CDC, de forma que "a infração a norma cogente torna a cláusula ilícita".²³⁷

Herman Benjamin, tratando de embalagens e rotulagens traz exemplos que, por analogia, podem-se estender ao caso em tela: "é enganoso sugerir, mediante forma especial (*design*), que o recipiente contém mais produto do que realmente tem. Do mesmo modo, há enganabilidade na rotulagem que induz o consumidor a crer que se trata de produto natural, quando, na verdade, é artificial", etc.²³⁸

Dessa forma, as cláusulas abusivas nos contratos eletrônicos devem gradualmente ser consolidadas pelos órgãos que compõem o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, bem como pelo Ministério Público e pelo poder Judiciário, com a finalidade de subsidiar o Ministério da Justiça na elaboração das portarias que complementam o art. 51 do CDC, na forma do art. 56 do Decreto nº 2.181 de 1997, para fins de aplicação de penalidades administrativas e orientação dos agentes públicos em geral, bem como para orientação geral dos consumidores.

DOS NOVOS HORÁRIOS PELA AUTORA. DESISTÊNCIA DA VIAGEM AOS ESTADOS UNIDOS. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. DIREITO À DEVOLUÇÃO DOS VALORES PAGOS. DANOS MORAIS AFASTADOS. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO A ATRIBUTO DA PERSONALIDADE. SITUAÇÃO FÁTICA QUE NÃO SE AFIGURA SUFICIENTE A ENSEJAR A INDENIZAÇÃO PLEITEADA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (Recurso Cível Nº 71005060496, Segunda Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Vivian Cristina Angonese Spengler, Julgado em 05/11/2014). (TJ-RS - Recurso Cível: 71005060496 RS, Relator: Vivian Cristina Angonese Spengler, Data de Julgamento: 05/11/2014, Segunda Turma Recursal Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 11/11/2014).

²³⁶ Exemplos retirados de *sites* da internet de grandes redes varejistas *on-line*.

²³⁷ LÔBO, 1991, p. 171.

²³⁸ BENJAMIN, 2014, p. 269.

2.3 O lugar da formação dos contratos eletrônicos

2.3.1 O direito aplicável aos contratos e o conflito de leis no espaço

Um dado especial para análise da teoria contratual à luz dos contratos eletrônicos de consumo diz respeito ao lugar de sua formação. Para essa questão, toda a normatividade se coaduna com os tipos contratuais entre ausentes, embora nem sempre se possa configurar o contrato eletrônico como tal, conforme já foi dito, pois prepondera na distinção o critério da imediatidade da comunicação, não da espacialidade entre os contratantes.

A disposição do CCB²³⁹ reputa firmado o contrato no lugar em que foi proposto. “A regra aplica-se tanto aos contratos que se formalizam através de correspondência epistolar ou telegráfica, considerada, segundo a terminologia clássica, *contratos entre ausentes*, como aos contratos por telefone, tidos, por ficção legal, como *contratos entre presentes*”,²⁴⁰ valendo a mesma lição para os demais contratos entre ausentes ou presentes concluídos por meio telemático, como a internet.

Quando o contrato é celebrado no Brasil, entre partes domiciliadas no país, com execução também no território nacional, a disposição do CCB não confere maiores problemas acerca do direito material aplicável,²⁴¹ haja vista que o CDC é uma lei nacional de ordem pública (art. 1.º).²⁴²

Todavia, ao se inserir algum elemento de estraneidade na relação jurídica já surgem antinomias sensíveis no ordenamento brasileiro. Tal hipótese não é de difícil visualização, pois a internet, sendo uma rede aberta através da qual “todas as pessoas que tenham acesso a uma rede local podem acessar conteúdos e dados disponíveis globalmente”,²⁴³ facilita sobremaneira o consumo transnacional de bens e serviços.

Em sentido similar ao CCB, a LINDB em seu artigo 9.º *caput* e § 2.º também reputa concluído o contrato no domicílio do proponente (*locus regit actum*), que no direito do consumidor é, em geral, o fornecedor. Resta pois a questão de sua compatibilização com o

²³⁹ Art. 435. Reputar-se-á celebrado o contrato no lugar em que foi proposto.

²⁴⁰ GOMES, 2009, p. 82.

²⁴¹ “Por certo, nos contratos internos dos países onde impera um único direito esta questão não se levanta, como também carece de importância nos internacionais, quando as partes estão frente a frente, pois reputa-se concluído o contrato no lugar onde se encontram proponente e aceitante, ainda que esses lugares não coincidam com os respectivos domicílios ou sedes das respectivas empresas”. In: BASSO, 2002., p. 79.

²⁴² LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Competência no comércio e no ato ilícito eletrônico. In: DE LUCCA; SIMÃO FILHO, 2005, p. 393.

²⁴³ MULLHOLLAND, Caitlin. **Internet e contratação**: panorama das relações contratuais eletrônicas de consumo. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 112.

CDC, que nesse ponto não traz nenhuma disposição específica. Embora, como adverte Claudia Lima Marques, se perceba uma vocação à internacionalidade da aplicação do CDC “aos casos de consumo internacional ocorridos no mercado brasileiro ou com consumidores que protege”,²⁴⁴ em virtude de termos inespecíficos adotados na lei, como seu caráter de ordem pública (art. 1.º), a amplitude do conceito de consumidor (equipara à consumidor **todas as pessoas determináveis ou não** expostas às práticas ali previstas – art. 29) e de fornecedor (“toda pessoa física ou jurídica, **nacional ou estrangeira...**” – art. 3.º), dentre outras.

Nota-se que o Direito Internacional Privado, com normas positivadas nos longínquos anos 40 do século XX, não traz uma lógica especial de tratamento ao consumidor, pois presume a paridade entre os contratantes e não uma tutela específica da vulnerabilidade do consumidor.²⁴⁵ Ademais, o Direito Internacional Privado brasileiro não reconhece a autonomia privada como elemento de conexão nos contratos internacionais.²⁴⁶

Na América Latina, de uma forma geral, se nota uma forte atitude territorialista na definição dos elementos de conexão, privilegiando-se o critério da *lex fori* em detrimento de qualquer outro.²⁴⁷ Assim se defende que “deve-se aplicar a lei do domicílio do consumidor, atendendo-se, desta maneira, aos ditames constitucionais da tutela do consumidor e do acesso efetivo à justiça”.²⁴⁸

A crítica de Claudia Lima Marques é pela insuficiência desse critério:

Esta solução territorialista não é suficiente, pois deixa sempre desamparado parte dos consumidores nacionais, pois nunca é suficiente para proteger o consumidor turista, nem protege eficazmente o consumidor atual, que contrata internacionalmente por telefone, cabo ou internet, sem precisa consciência de que lei se aplica a esta relação ou qual exatamente são seus direitos e garantias materiais, seus privilégios (ou não) de foro.²⁴⁹

²⁴⁴ MARQUES, 2004, p. 449.

²⁴⁵ “Com efeito, pode-se afirmar que os usos e costumes do comércio internacional, normalmente, admitem a inserção de uma cláusula de escolha expressa da lei aplicável, até mesmo nos contratos-tipo”. *In*: STRENGER, Irineu. **Contratos internacionais do comércio**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2003, p. 126-127.

²⁴⁶ BASSO, Maristela. A autonomia da vontade nos contratos internacionais do comércio. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, v. 12, 1996, p. 201.

²⁴⁷ MARQUES, Cláudia Lima. **A insuficiente proteção do consumidor nas normas de Direito Internacional Privado: da necessidade de uma convenção interamericana (CIDIP) sobre a lei aplicável a alguns contratos e relações de consumo**. Disponível em: <www.oas.org>. Acesso em fev. 2018, p. 13.

²⁴⁸ MULHOLLAND, 2006, p. 131.

²⁴⁹ MARQUES, ob. cit., p. 13-14.

A Jurisprudência brasileira, bastante escassa nessa questão, encara o CDC como uma lei de aplicação imediata, que ignora qualquer elemento de estraneidade para sua direta aplicação ao caso *sub judice*.²⁵⁰

Esse procedimento se baseia fundamentalmente no princípio do “exclusivismo da ordem jurídica”, e na mentalidade de que o direito do foro é o mais adequado, não só porque seus tribunais o conhecem melhor, como porque ele é o mais adequado que se pode utilizar.²⁵¹

A pergunta que fica é se todo o CDC deve ser considerado uma norma de aplicação imediata, de ordem pública internacional, se apenas parte dele, ou se somente o espírito de proteção ao consumidor seria obrigatório, permitindo a aplicação de uma lei estrangeira se atendesse tão bem quanto, ou até melhor, esse mister do que a lei brasileira.²⁵²

A comunidade europeia sempre buscou um tratamento especial para a questão, procurando retirar esses contratos da dicotomia lei aplicável e ordem pública.²⁵³ É o que propôs a Convenção de Roma de 1980, aplicável no âmbito da União Europeia (Comunidade Econômica Europeia),²⁵⁴ que em seu art. 5.º consagra a autonomia contratual na definição do

²⁵⁰ RECURSO INOMINADO. CONSUMIDOR. APARELHO CELULAR ADQUIRIDO NO EXTERIOR. VÍCIO DO PRODUTO APRESENTADO DENTRO DO PRAZO DE GARANTIA. CONSERTO NÃO REALIZADO. ASSISTÊNCIA TÉCNICA NÃO ASSEGURADA QUE SE IMPÕE. PRODUTO INTERNACIONALMENTE COMERCIALIZADO. RELAÇÃO DE CONFIANÇA DA MARCA. APLICAÇÃO DO ARTIGO 18, § 1º, DO CDC. SUBSTITUIÇÃO DO PRODUTO CABÍVEL. A par do conjunto probatório, tem-se como verossímil a versão trazida pela autora de que o iphone adquirido no exterior apresentou vício de qualidade. O Código de Defesa do Consumidor é plenamente aplicável no caso em tela, porquanto o fato de a compra ter sido realizada fora do país em nada compromete o direito da autora enquanto consumidora. A garantia internacional que enaltece e agrega preço à marca da empresa ré deve ser observada. Não pode, pois, haver diferenças em relação ao local em que os bens são comercializados, pois, as normas consumeristas se aplicam no local de domicílio do consumidor se no país deste, o produto fabricado pela ré é comercializado, onde deve, então, assegurar assistência técnica e garantia de seus produtos internacionais. Assim, restando comprovado o vício no telefone, o qual não foi sanado no prazo previsto no artigo 18, § 1º, do CDC (trinta dias), é de ser procedida a substituição do aparelho iphone 5S, nos termos do artigo 18, § 1º, inciso I, do CDC. Sendo facultado ao consumidor a substituição do produto ou a restituição de valores ou, ainda, o abatimento proporcional do preço (artigo 18, § 1º, ... incisos I, II e III, do CDC), não há como conceder também a devolução do valor do iphone e o conserto deste diante da substituição do produto. Por fim, o dano moral é incorrente em razão de o caso retratar situação de descumprimento contratual, a qual corresponde a mero dissabor. SENTENÇA REFORMADA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (Recurso Cível Nº 71005428552, Terceira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Glaucia Dipp Dreher, Julgado em 06/08/2015).

(TJ-RS - Recurso Cível: 71005428552 RS, Relator: Glaucia Dipp Dreher, Data de Julgamento: 06/08/2015, Terceira Turma Recursal Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 07/08/2015).

²⁵¹ BASSO, Maristela. A autonomia da vontade nos contratos internacionais do comércio, ob. cit., p. 206.

²⁵² MARQUES, Claudia Lima; JACQUES, Daniela Côrrea. Normas de aplicação imediata como um método para o direito internacional privado de proteção do consumidor no Brasil. **Revista Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS**. Porto Alegre, n.1, mar. 2004, p. 87.

²⁵³ ARAUJO, Nadia de. Contratos internacionais e consumidores nas Américas e no Mercosul: análise da proposta brasileira para uma convenção interamericana na CIDIP VII. **Revista Brasileira de Direito Internacional**. Curitiba, v.2, n.2, jul./dez. 2005, p. 8.

²⁵⁴ Atualmente a Convenção de 1980 foi substituída, na maior parte da União Europeia, pelo Regulamento n.º 593/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho de 17 de Junho de 2008, conhecido como Roma I. As disposições são bastante similares às contidas na Convenção de 1980.

direito aplicável, desde que não se prive o consumidor das proteções garantidas por disposições imperativas da lei de seu domicílio.²⁵⁵

Outrossim, vale salientar que o processo de uniformização das leis dentro da União Europeia²⁵⁶ já implica na internalização de muitas disposições normativas equivalentes, conferindo ao consumidor europeu um grau bastante satisfatório de proteção de seus direitos, sem prejuízo de outros direitos conferidos pelas leis nacionais. É o que ocorre, por exemplo, com a Diretiva 2011/83/UE do Parlamento Europeu de 25 de outubro de 2011, que possui caráter imperativo ante o disposto no art. 25º:

Artigo 25.º Carácter imperativo da directiva.

Se a lei aplicável ao contrato for a lei de um Estado-Membro, os consumidores não podem renunciar aos direitos que lhes são conferidos pela transposição da presente directiva para a legislação nacional.

As cláusulas contratuais que, directa ou indirectamente, excluam ou limitem os direitos resultantes da presente directiva não vinculam o consumidor

Nesse mesmo diapasão, o CDC parece fornecer padrões mínimos à defesa do chamado consumidor-passivo em todos os contratos à distância, quando é negociado no Brasil ou quando a publicidade e a oferta são dirigidas ao país, “inclusive nos contratos eletrônicos com fornecedores com sede no exterior”.²⁵⁷

Claudia Lima Marques, em convergência com os dispositivos da Convenção de Roma de 1980, propôs para a convenção da CIDIP VII (2003), algumas normas para uniformização dos elementos de conexão no Direito Internacional Privado em âmbito interamericano para os

²⁵⁵ Art. 5.º [...]

2. Não obstante o disposto no artigo 3o ., a escolha pelas partes da lei aplicável não pode ter como consequência privar o consumidor da protecção que lhe garantem as disposições imperativas da lei do país em que tenha a sua residência habitual: — se a celebração do contrato tiver sido precedida, nesse país, de uma proposta que lhe foi especialmente dirigida ou de anúncio publicitário e se o consumidor tiver executado nesse país todos os actos necessários à celebração do contrato ou — se a outra parte ou o respectivo representante tiver recebido o pedido do consumidor nesse país ou — se o contrato consistir numa venda de mercadorias e o consumidor se tiver deslocado desse país a um outro país e aí tiver feito o pedido, desde que a viagem tenha sido organizada pelo vendedor com o objectivo de incitar o consumidor a comprar.

²⁵⁶ “O processo de aproximação das normas no âmbito de um bloco econômico torna-se estrutural conforme o fenômeno da integração se desenvolve e acaba por necessitar de um substrato jurídico compatível, outorgando segurança jurídica aos nacionais diretamente afetados pelo referido fenômeno bem como às relações entre os Estados-partes partícipes de tal empreitada. Assim, parte-se da União Europeia como exemplo paradigmático de modelo integracionista, destacando a preocupação na aproximação de normas que possuem incidência direta e efetiva sobre o funcionamento e implementação do Mercado Comum. O ordenamento jurídico da União Europeia estabeleceu uma metodologia particular para tal mister, ou seja, disciplinou um mecanismo específico no qual, através de um ato jurídico denominado Diretiva, substancialmente se harmonizam determinadas matérias normativas. Tal sistemática procura evitar que surjam distorções no âmbito da integração e, por seu turno, tende a igualar o trato legislativo que possua relevância sobre o mercado comum.” *In*: MARQUESI, Wagner et al. A proteção do consumidor no contexto transnacional: a importância da uniformização integracional segundo uma análise dos blocos da união europeia e do mercosul. **Revista de Direito Público**. Londrina, v.10, n.2, mai./ago. 2015, p. 217-218.

²⁵⁷ MARQUES; JACQUES, 2004, p. 89.

contratos de consumo à distância. Ela propõe que estando o consumidor em seu domicílio, terá sua relação regida pelo seu direito nativo, ou por qualquer direito escolhido pelas partes, dentre o direito do local da celebração do contrato, do domicílio do fornecedor, do local da execução contratual ou da execução da prestação característica, desde que mais favorável do que o direito autóctone do domicílio do consumidor. Ou seja, vale a regra da autonomia privada (escolha do direito aplicável), mitigada por um critério de preferência (mais favorável ao consumidor), que poderá derogar a escolha das partes.

Por outro lado, tratando-se de consumação fora do domicílio do consumidor, poderá escolher-se entre o direito do domicílio do consumidor, do local da formação ou o da execução do contrato. Ademais, determina a aplicação das normas imperativas do foro na proteção do consumidor, desde que necessário para obtenção dos fins nelas previsto.

Além de todos esses critérios, se houve algum incentivo ao consumo dirigido diretamente ao consumidor (consumidor-passivo) em seu domicílio, como marketing, envio de correspondência, manutenção de filial ou de representação comercial, ou qualquer outra prática que estimule a atração de clientela, deverá se aplicar as leis imperativas de proteção ao consumidor de seu domicílio, sem prejuízo das leis imperativas do foro e do direito aplicável conforme o caso.²⁵⁸

²⁵⁸ “Art. 2 - Proteção contratual geral

1. Os contratos e as transações envolvendo consumidores, especialmente os contratados à distância, por meios eletrônicos, de telecomunicações ou por telefone, estando o consumidor em seu país de domicílio, serão regidos pela lei deste país ou pela lei mais favorável ao consumidor, escolhida entre as partes, se lei do lugar da celebração do contrato, lei do lugar da execução do contrato, da prestação característica ou lei do domicílio ou sede do fornecedor de produtos e serviços.

2. Aos contratos celebrados pelo consumidor estando fora de seu país de domicílio será aplicada a lei escolhida pelas partes, dentre a lei do lugar de celebração do contrato, a lei do lugar da execução e a lei do domicílio do consumidor.

Art. 3 Normas imperativas

1. Não obstante o previsto nos artigos anteriores, aplicar-se-á necessariamente as normas do país do foro que tenham caráter imperativo, na proteção do consumidor.

2. Tendo sido a contratação precedida de qualquer atividade negocial, de marketing, do fornecedor ou de seus representantes, em especial envio de publicidade, correspondências, e-mails, prêmios, convites, manutenção de filial ou representantes e demais atividades voltadas para o fornecimento de produtos e serviços e atração de clientela no país de domicílio do consumidor, aplicar-se-á necessariamente as normas imperativas deste país, na proteção do consumidor, cumulativamente àquelas do foro e à lei aplicável ao contrato ou relação de consumo.

Art. 4. Cláusula escapatória

1. A lei indicada como aplicável por esta Convenção pode não ser aplicável em casos excepcionais, se, tendo em vista todas as circunstâncias do caso, a conexão com a lei indicada aplicável mostrar-se superficial e o caso encontrar-se muito mais vinculado estreitamente a outra lei, mais favorável ao consumidor.” *In*: MARQUES, Claudia Lima. A insuficiente proteção do consumidor nas normas de Direito Internacional Privado: da necessidade de uma convenção Interamericana (CIDIP) sobre a lei aplicável a alguns contratos e relações de consumo, p. 41. Iguais propostas foram feitas pela autora para o PLS 243/2002, já arquivado, que previa a produção de uma Nova Lei de Introdução ao Código Civil, para tanto vide: MARQUES, Claudia Lima. Por um direito internacional de proteção dos consumidores: sugestões para a nova lei de introdução ao Código Civil brasileiro no que se refere a

Em sintonia bastante convergente, o PLS 281/2012, propõe a adição de um parágrafo único ao art. 101 do CDC com a seguinte redação: “Aos conflitos decorrentes do fornecimento à distância internacional, aplica-se a lei do domicílio do consumidor, ou a norma estatal escolhida pelas partes, desde que mais favorável ao consumidor, assegurando igualmente o seu acesso à Justiça”. Todavia, todas essas disposições de *lege ferenda* não possuem qualquer valor normativo em nosso ordenamento, o que ressalta a necessidade da atualização do CDC na esteira do PLS 281/2012.

Enquanto isso, tendo em vista os novos paradigmas do direito contratual consumerista na proteção do comércio virtual, o uso que se faz do CDC pela jurisprudência, como norma de aplicação imediata, é uma interpretação concretizadora da proteção do consumidor, devendo-se ser mantido como critério rígido de resolução de antinomias de leis no espaço até a superveniência das atualizações necessárias em nosso ordenamento.

2.3.2 A questão do foro e os critérios para delimitação da competência

Um dos problemas mais complexos e discutido no âmbito do e-commerce diz respeito a determinação de critérios de delimitação de jurisdição e competência num fenômeno que praticamente desconhece fronteiras, territorialidade e soberania. Por ser uma questão afetada a dogmática processual civil, apenas indicaremos algumas posições mais defendidas pela doutrina analisada.

Uma primeira corrente identifica no *stream of commerce*, ou o fluxo comercial, um critério para delimitação da jurisdição e da competência. Seria a disponibilidade proposital de produtos ou serviços, por parte de um fornecedor, num mercado específico, o critério para determinar o fluxo comercial da atividade empresarial e, por conseguinte, o foro competente. Nos Estados Unidos a questão é discutida a nível estadual e traz importantes parâmetros para sua aplicação:

A Suprema Corte de Illinois primeiro estabeleceu em *Gray v. American Radiator* que o fabricante que coloca um produto no *stream of commerce* [fluxo comercial], o qual é vendido num foro estadual por um terceiro, está sujeito a jurisdição do estado sob a base da disponibilidade proposital, na medida em que o vendedor do produto no foro estadual é previsível. (Tradução nossa)²⁵⁹

lei aplicável a alguns contratos e acidentes de consumo. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, n. 24, 2004, p. 136.

²⁵⁹ KELLER, Moritz. Lesons for the Hague: internet jurisdiction in contract and tort cases in the European community and United States. **Journal of Computer & Information Law**. Chicago, v. 23, 2004, p. 29.

A Suprema Corte Americana, por sua vez, foi além da previsibilidade e estabeleceu que deveria haver esforços do fabricante ou do distribuidor para servir mercados de outros estados com seus produtos para satisfazer a disponibilidade proposital mínima requerida para a prova do contato.²⁶⁰ O juiz Brennan, da Suprema Corte, consignou que: “o *stream of commerce* não se refere a correntes imprevisíveis ou redemoinhos, mas ao regular e antecipado fluxo de produtos do fabricante ao distribuidor varejista” (tradução nossa).²⁶¹ No direito do consumidor, “a forma de se atribuir o *stream-of-commerce* se daria através da configuração de contratação no país do consumidor por meio de ofertas ali realizadas e publicidade dirigida especificamente a este país”.²⁶²

Dessa forma, estaria atendido o critério para se reconhecer a competência do foro do domicílio do consumidor, na medida em que, ao assumir o risco de ofertar naquele mercado específico, o fornecedor deveria estar também preparado para deduzir suas lides naquele local.

Por outro lado, se o consumidor adquire o bem ou serviço fora da ambiência onde ocorre o fluxo comercial (*stream of commerce*) regular do fornecedor, ele que assumiria o risco (risco informático) da contratação, razão pela qual a competência seria a do foro do domicílio do fornecedor, ou do foro de eleição contratual. “Assim sendo, a direção do comércio, quando identificável, será o fator primordial para a definição do foro”,²⁶³ segundo essa teoria.

Apesar dos méritos da referida teoria, a mesma não parece se sustentar ante o ordenamento pátrio que, preocupado com o acesso à justiça, atribui mais faculdades ao consumidor para ingressar em juízo. De fato, os arts. 47, 51, IV, e 101, I, do CDC autorizam que as demandas de consumo sejam ajuizadas no domicílio do consumidor, mesmo quando este seja o autor da demanda, fugindo a regra geral de competência territorial (foro do domicílio do réu – art. 46 do CPC).²⁶⁴

Aqui independe se o domicílio do consumidor está ou não abrangido no fluxo do comércio habitual do fornecedor, uma vez que ele poderia limitar a consumação em áreas onde não houvesse interesse mercadológico. É o que ocorre com vários *sites* estrangeiros, por exemplo, que não enviam bens ou fornecem serviços no Brasil. Se não o fez, o fornecedor virtual assume os riscos da simples divulgação da oferta na rede aberta.

²⁶⁰ KELLER, 2004, p. 29.

²⁶¹ *Ibidem*, p. 30.

²⁶² MULHOLLAND, 2006, p. 132-133.

²⁶³ *Ibidem*, p. 133.

²⁶⁴ LUCON, 2005, p. 397.

No direito comunitário europeu, o Regulamento n.º 1215/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho de 12 de dezembro de 2012 estabelece as normas relativas a competência judiciária. A Seção 4, que trata da competência em contratos de consumo, dispõe sobre a faculdade do consumidor para intentar uma ação quer no seu domicílio, quer no domicílio do fornecedor, mesmo que situados em outro Estado-Membro (art. 18.º, 1), enquanto o fornecedor só poderá demandar no foro do domicílio do consumidor (art. 18.º, 2). Ademais, estende o conceito de domicílio do fornecedor para àqueles países onde haja sucursal, agência ou outro estabelecimento.²⁶⁵

O PLS 281/2012 caminha nesse mesmo sentido ao conferir nova redação ao art. 101 do CDC, assim esposada:

Art. 101. Nas ações de responsabilidade contratual e extracontratual do fornecedor de produtos e serviços, inclusive no fornecimento à distância nacional ou internacional, sem prejuízo do disposto nos Capítulos I e II deste título:
 I – será competente o foro do domicílio do consumidor, nas demandas em que o consumidor residente no Brasil seja réu e que versem sobre relação de consumo;
 II – o consumidor, nas demandas em que seja autor, poderá escolher, além do foro indicado no inciso I, o do domicílio do fornecedor de produtos ou serviços, o do lugar da celebração ou da execução do contrato ou outro conectado ao caso;
 [...]

De uma maneira geral, o ordenamento jurídico brasileiro favorece o consumidor com mecanismos para elidir qualquer dificuldade imposta, quer pelo fornecedor, através do contrato de adesão, quer pela própria lógica sistêmica das normas de distribuição de competência (externa e interna), ao seu acesso ao poder judiciário.

Nessa toada, o novo CPC previu diversas regras, como o art. 22, II, que estabelece a jurisdição brasileira para o julgamento das ações decorrentes de relação de consumo, quando no Brasil domiciliado ou residente o consumidor. A norma em tela é ainda mais prodiga ao consumidor que a prevista no regulamento europeu já que:

[...] não a restringe aos contratos internacionais de consumo dirigidos ao mercado brasileiro: basta a relação consumerista, não importando se o consumidor domiciliado ou residente no Brasil tenha aceito proposta dirigida ao nosso mercado ou procurou voluntariamente celebrar o contrato no exterior (consumidor turista, por exemplo).²⁶⁶

²⁶⁵ Artigo 17º. 2. Caso o consumidor celebre um contrato com uma contraparte que, não tendo domicílio no território de um Estado-Membro, possua uma sucursal, agência ou outro estabelecimento num Estado-Membro, essa contraparte é considerada, quanto aos litígios relativos à exploração de tal sucursal, agência ou estabelecimento, como tendo domicílio no território desse Estado-Membro. *In*: Regulamento 1215/2012 da União Europeia.

²⁶⁶ RAMOS, André de Carvalho *apud* MIRAGEM, Bruno. **Reflexos do novo Código de Processo Civil no Direito do Consumidor**. Disponível em: <www.conjur.com.br>. Acesso em fev. 2018.

“No caso de concorrência de ações no Brasil e em país estrangeiro, incide a regra do artigo 24 do novo CPC. Se formar coisa julgada a ação no Brasil, poder-se-á proceder ao juízo de deliberação, deixando-se de homologar a decisão estrangeira”.²⁶⁷ Como o CPC de uma forma geral reconhece a autonomia privada como hipótese de modificação de competência territorial (arts. 25 e 63 do CPC), a cláusula de eleição de foro, se abusiva, pode ser reputada ineficaz pelo juiz, antes da citação do réu, enviando a causa para o foro de seu domicílio (art. 63, § 3.º do CPC).

Vale ressaltar que a jurisprudência do STJ não reputa abusiva a cláusula de eleição de foro simplesmente por vir disposta em um contrato de adesão. É necessário a confluência da hipossuficiência, demonstrada no caso concreto, ou que a cláusula dificulte ou obste o acesso à Justiça pelo consumidor.

²⁶⁸ O PLS 281/2012, no proposto inciso III do art. 101 determina que é nula de pleno direito a cláusula de eleição de foro e de arbitragem. Nesse caso, o PLS intenta retirar a discussão da ocorrência de abusividade ou não dessas cláusulas, formulada pela jurisprudência,²⁶⁹ para declará-las nulas de pleno direito, pois a abusividade passa a ser uma presunção *juris et de jure*.

²⁶⁷ MIRAGEM, Reflexos do novo Código de Processo Civil no Direito do Consumidor.

²⁶⁸ PROCESSO CIVIL E DIREITO DO CONSUMIDOR. AÇÃO DE RESCISÃO DE CONTRATO DE COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL E INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS. EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA. CLÁUSULA DE ELEIÇÃO DE FORO. COMPETÊNCIA TERRITORIAL. RELATIVA. ALTERAÇÃO POR CONVENÇÃO DAS PARTES. ABUSIVIDADE NÃO CONFIGURADA. POSSIBILIDADE. 1. Ação de rescisão de contrato de compromisso de compra e venda de imóvel e indenização por danos materiais e compensação por danos morais ajuizada em 25.01.2015. Exceção de Incompetência arguida em 26.03.2015. Agravo em Recurso especial distribuído ao gabinete em 24.04.2017. Julgamento: CPC/1973. 2. O propósito recursal é o reconhecimento da validade da cláusula de eleição de foro em contrato de adesão de compra e venda de imóvel. 3. A alteração da competência territorial por contrato de adesão, por si só, não permite inferir pela nulidade da cláusula, devendo, para tanto, concorrer a abusividade ou a ilegalidade. 4. Apesar da proteção contratual do consumidor estabelecida pelo CDC, o benefício do foro privilegiado estampado no art. 101, I, do CPC não resulta, per se, em nulidade absoluta das cláusulas de eleição de foro estabelecidas contratualmente. 5. O STJ possui entendimento no sentido de que a cláusula que estipula a eleição de foro em contrato de adesão, só poderá ser considerada inválida quando demonstrada a hipossuficiência ou a dificuldade de acesso da parte ao Poder Judiciário. 6. Nesta perspectiva, a situação de hipossuficiência de uma das partes, por sua manifesta excepcionalidade, deve ser demonstrada com dados concretos em que se verifique o prejuízo processual para alguma delas. 7. A condição de consumidor, considerada isoladamente, não gera presunção de hipossuficiência a fim de repelir a aplicação da cláusula de derrogação da competência territorial quando convencionada, ainda que em contrato de adesão. 8. Recurso especial conhecido e provido, para determinar que a ação seja processada e julgada no foro estipulado contratualmente. (STJ - REsp: 1.675.012 SP 2017/0076861-1, Relatora: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 08/08/2017, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 14/08/2017)

²⁶⁹ Vide: Resp 1.072.911/SC, EResp 579.324/SC, REsp 143.889/SP.

2.4 Conclusão

Por tudo isso, observamos a formação do contrato eletrônico de consumo, suas classificações e peculiaridades com relação a tipos específicos, a incidência do fenômeno da standardização e o local de formação dos contratos, através da qual podemos estabelecer as seguintes conclusões:

1. Os contratos eletrônicos de consumo não podem ser simplesmente categorizados e submetidos à lógica classificatória dos contratos entre ausentes ou entre presentes, pois a razão de ser dessa distinção conceitual não é a mera espacialidade que separa o polícitante e o oblato, mas a imediatidade da comunicação entre os contratantes, a identificabilidade das partes e a qualidade da comunicação empregada, de modo que um contrato eletrônico pode ser tanto considerado celebrado entre presentes como entre ausentes, não sendo um critério suficiente para esgotar plenamente o estudo dos contratos eletrônicos;

2. As classificações dos contratos eletrônicos de consumo são diversas e podem seguir diferentes critérios, mas devem priorizar aqueles que decomponham o papel da virtualização nas diferentes etapas da relação e da responsabilidade contratual (pré-contratual, contratual e pós-contratual) de forma a possibilitar a formulação de mecanismos jurídicos de proteção ao consumidor que tem sua vulnerabilidade ampliada justamente quando incide essa virtualização;

3. Na *sharing economy* a principal questão que se impõe ao direito é estabelecer qual o papel desempenhado por cada parte contratual (plataforma, provedor e consumidor), bem como o alcance da regulação estatal, de forma a conciliar valores como a própria livre iniciativa (bastante característica nesse segmento) e a proteção do consumidor (imperativo constitucional da ordem econômica).

As *peer platforms* devem ser enquadradas como um tipo especial de fornecedor, enquanto intermediador do risco do negócio, reconhecendo-lhes uma série de deveres acessórios com a finalidade de proteger a confiança depositada pelos consumidores, através da proteção de dados (sobretudo financeiros), intermediação de mensagens e pagamentos, configuração de sistemas de reputação e avaliação, verificação de identidades e licenças, triagem prévia, garantias e seguros, educação constante dos usuários;

Os *peer providers*, por sua vez, podem desempenhar uma atividade econômica intensa o suficiente para defini-los como agentes profissionais, de maneira a integrá-los na cadeia de fornecimento para fins de responsabilidade solidária (art. 7º, parágrafo único, do CDC), desde

que a profissionalidade decorra da conjugação dos elementos habitualidade, desempenho de atividade econômica e organização, cujo alcance pode ser definido por parâmetros estabelecidos por regulações locais, considerando as características do município em que aquela atividade é desenvolvida (transporte local de passageiros, aluguel de imóveis, prestação de serviços, etc.);

4. A Responsabilidade civil das plataformas deve ser adequada em relação ao tipo de atividade intermediada desenvolvida, ao grau de controle exercido pela plataforma em relação aos parceiros, a forma ou valor da remuneração que advém daquela intermediação. Qualquer forma de regulação estatal na *sharing economy* deve favorecer a entrada de novos *players*, a autorregulação específica de cada aplicativo bem como a compensação de impactos macroeconômicos (concorrenciais, sócio-ambientais e políticos);

5. A teoria do erro substancial em sistemas eletrônicos pré-programados, apto a ensejar a escusa ao cumprimento de uma oferta (publicidade) ou anulação de um contrato, nos termos dos arts. 138, 139 e 141 do Código Civil, não é inconciliável com o direito do consumidor, já que a vedação ao enriquecimento sem causa é princípio geral do direito privado, porém deve ser sopesado levando-se em consideração tratar-se de erro crasso e relevante à diligência mediana do consumidor;

6. As CONDGs aderem ao contrato por mera disposição unilateral do ofertante, desde que garantido o dever de informar o aderente, que no e-commerce se consubstancia com a efetiva disposição por meio idôneo e que permita o armazenamento daqueles dados para sua conferência a qualquer instante;

7. No e-commerce, a adesão ocorre por meio de cliques (*click-wrap agreements*) que somados a formulação de CONDGs de difícil disponibilidade e legibilidade, implicam em uma necessária tutela específica da confiança do consumidor, através de deveres acessórios específicos de transparência e informação. A adesão, baseada na confiança como paradigma, não apenas no conhecimento das CONDGs, “não se circunscreve apenas aos elementos informadores das condições gerais do contrato, mas de todo conteúdo escrito, ou de qualquer outra forma depreensível, que conflua para despertar a confiança do consumidor, através da aparência, por exemplo, de sua conformidade com a oferta, de sua adequação ao *layout* do sistema aplicativo ou do *site* da internet, de sua higidez, etc”;

8. O estudo das cláusulas abusivas nos contratos eletrônicos é essencialmente casuístico, podendo se fundar tanto no enquadramento puro e simples em alguma das hipóteses previstas no art. 51 do CDC, como decorrer de uma vedação genérica inespecífica de obrigações iníquas, abusivas ou desproporcionais, que contrariem a boa-fé objetiva, a equidade e imponham vantagens exageradas em detrimento do consumidor (Art. 51, IV e § 1º do CDC);

9. O estudo do lugar da formação dos contratos eletrônicos de consumo é importante para definir, no caso de incidência de algum elemento de estraneidade, tanto o direito material aplicável a relação jurídica contratual deduzida em juízo, como o foro competente.

Tem se sustentado uma atualização no CDC, à guisa do PLS 281/2012, para prever nesses casos fronteiriços, novos critérios para resolução de conflitos de leis consumeristas no espaço. Que se privilegie a autonomia da vontade das partes na escolha do direito aplicável, mitigada por um critério de prevalência, ou seja, desde que a lei escolhida seja mais benéfica ao consumidor, sem prejuízo da incidência de certas leis imperativas do foro, no caso concreto;

10. A melhor forma de garantir a proteção do consumidor na delimitação de competência é assegurar que seja demandado sempre em seu domicílio, ao passo em que possa optar pelo seu domicílio, pelo domicílio do fornecedor, pelo local da execução do contrato ou pelo foro de eleição, nas hipóteses em que o consumidor seja a parte demandante.

3 OS ELEMENTOS ESSENCIAIS DO CONTRATO ELETRÔNICO À LUZ DOS NOVOS PARADIGMAS DA TEORIA CONTRATUAL

3.1 Os sujeitos contratuais

3.1.1 O consumidor digital

A relação jurídico-obrigacional consumerista se consubstancia pelo enquadramento das partes coobrigadas nas meta-categorias jurídicas de consumidor e fornecedor, conforme preceituadas pelo CDC, com vistas à aquisição ou utilização de produto ou serviço como destinatário final. Isso ocorre também no e-commerce em geral (B2C), embora tal subsunção normativa encontre óbices fáticos decorrentes das próprias vicissitudes desse segmento mercadológico.

Todavia, nem toda relação consumerista, inclusive no e-commerce, será de tipo contratual, “a lei coloca sob a mesma denominação relações contratuais (negócios jurídicos) e não-contratuais, decorrentes de atos e fatos jurídicos”,¹ como ocorre com as vítimas do fato do produto ou do serviço, mesmo que atingidas de forma reflexa pelo evento, o chamado dano por ricochete.²

Dessa forma, “equiparam-se a consumidor na forma do art. 29 e art. 2º, parágrafo único do CDC, as pessoas expostas à oferta, à publicidade, às práticas comerciais abusivas, às cobranças de dívidas e aos bancos de dados e cadastros dos consumidores”.³ Portanto, no direito brasileiro há o consumidor *stricto sensu* e os consumidores por equiparação.

Como aponta Herman Benjamin, “a definição jurídica de consumidor não está assentada nem mesmo naqueles países que possuem legislação especial para protegê-lo”.⁴ “Sem antecedentes jurídicos diretos, a expressão consumidor vem ganhando contornos ‘mais’ nítidos para o Direito somente neste século [XX], e com maior rapidez, a partir dos anos 60”.⁵

¹ CHAMONE, Marcelo Azevedo. **A relação jurídica de consumo: conceito e interpretação.** Jus Navigandi, v. 1456, 2007, p. 10069.

² Embora não seja corriqueiro, o dano por ricochete tem sido admitido em direito do consumidor. Vide: <<https://tj-df.jusbrasil.com.br/noticias/203334973/air-france-e-condenada-por-dano-moral-reflexo>>. Acesso em jul. 2018.

³ MARTINS, Plínio Lacerda. **O conceito de consumidor no direito comparado.** Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 6, n. 49, fev. 2001. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/691>>. Acesso em: jul. 2018.

⁴ BENJAMIN, Antonio Herman. O conceito jurídico de consumidor. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, a. 77, n. 628, fev. 2018. Disponível em: <<https://bdjur.stj.jus.br>>. Acesso em: jul. 2018, p. 4.

⁵ *Ibidem*, p. 4.

Através de um amplo exercício de direito comparado, pode-se traçar um quadro geral das principais linhas normativas do conceito de consumidor nos diversos ordenamentos jurídicos alienígenas que mais exercem influência no direito pátrio.

Na Espanha (*Ley de Defensa de los consumidores y usuarios*, nº 26/84) o consumidor é, por exclusão, o não profissional, ou seja, o que atua com um propósito estranho a sua atividade comercial, empresarial, de ofício ou de profissão.

Já a legislação portuguesa (Lei 24/96), além dessa mesma ideia esposada pelos espanhóis, destaca a posição econômica do consumidor enquanto destinatário final, “ou seja: na relação produção/consumo este sendo o último desta cadeia, passa a adquirir direitos e proteção de consumidor previsto no referido código”.⁶

Na França, o *Code de la consommation* estabelece normas que regulam a relação de consumo com vistas ao equilíbrio entre um agente profissional e outro não-profissional.⁷ Nota-se na legislação francesa uma preocupação maior com a ideia de não-profissionalidade, ou o que no Brasil poderia se comparar à chamada vulnerabilidade técnica, do que com a própria ideia de consumidor final.

Nesse sentido, Gerard Cás e Didier Ferrier consignam que:

Por vezes, o próprio legislador está ciente das necessidades de conceder a mesma proteção ao consumidor propriamente dito e ao profissional não especializado. É assim quando, em matéria de cláusulas abusivas, ele declara que a lei é aplicável aos ‘contratos concluídos entre profissionais e *non-professionais* ou *consumidores*’. A exemplo de certos autores – e apesar da ambiguidade lamentável dessa fórmula – nós pensamos que o artigo 35 da lei nº 78-23 de 10 de janeiro de 1978 nomeia ‘não-profissional’ aquele que, ainda que contrate no exercício de sua profissão, não possui a mesma especialidade que a outra parte.⁸ (tradução nossa)

Na Itália a *Legge 281*, de 30 de julho de 1998, que disciplina o direito do consumidor e usuário, o conceitua como a pessoas física que adquire ou utiliza bens ou serviços, não fazendo referência a qualquer atividade empresarial ou ao profissional eventual.⁹ Ademais, a legislação italiana exclui completamente as pessoas jurídicas da figura de consumidor, em sentido contrário ao CDC brasileiro.

⁶ MARTINS, 2001.

⁷ FILOMENO, José Geraldo Brito. Disposições Gerais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 30.

⁸ CAS, Gérard; FERRIER, Didier. **Traité de droit de la consommation**, 1 vol. Paris: Presses universitaires de France, 1986, p. 8.

⁹ FILOMENO, ob. cit., p. 30.

A nível de União Europeia, a Diretiva 2011/83/UE do Parlamento Europeu e do Conselho propõe que a definição de consumidor deverá abranger as pessoas físicas (singulares), não profissionais (“que atuem fora do âmbito da sua atividade comercial, industrial, artesanal ou profissional”), todavia, em contratos com dupla finalidade, se celebrado em parte para fins relacionados com a atividade comercial da pessoa, sendo esse objetivo tão limitado que não seja predominante no contexto global do contrato, também nessa situação, a pessoa será considerada consumidora.

A lei consumerista argentina (*Ley n° 24.240 de 1993*), a seu turno, esboça um dos conceitos de consumidor mais similares ao do CDC, enquanto pessoa física ou jurídica, que contrate a título oneroso ou gratuito, bens ou serviços como destinatário final, ou em benefício próprio ou de seu grupo familiar ou social.

Por tudo isso, Herman Benjamin¹⁰ assenta que, embora não esteja firmado em um conceito claro e unívoco, o vocábulo consumidor mundialmente identifica algumas áreas de convergência e disrupção. Por exemplo: a) quanto a natureza do sujeito protegido: se pessoa natural ou jurídica; b) quanto a natureza do vínculo: se apenas quando há contrato ou em outras relações jurídicas extracontratuais; c) quanto a finalidade da aquisição do bem ou do serviço: se para uso privado, familiar, não profissional e comercial; d) quanto a qualidade do objeto da relação de consumo: se só bens – móveis ou também imóveis – ou também serviços – e quais serviços¹¹ –, se também os serviços públicos; e) quanto aos benefícios previstos: se apenas os onerosos ou também os gratuitos, etc.

“A maior ou menor abrangência do termo consumidor também depende do tipo ou qualidade da relação de consumo em que o mesmo é parte e para a qual a definição será aplicada”,¹² bem como critérios de política legislativa, integração comunitária, usos e costumes do mercado, etc.

A própria jurisprudência cuida em definir nos casos fronteiriços até onde o conceito de consumidor alberga certos sujeitos e certas relações dentro do estatuto especial consumerista.¹³

¹⁰ BENJAMIN, 1988, p. 7.

¹¹ Por exemplo, em decisão recente o STJ editou a Súmula 608, cancelando o enunciado de número 469, disciplinando pela aplicabilidade do CDC aos contratos de planos de saúde, salvo os administrados por entidades de autogestão.

¹² BENJAMIN, ob. cit., p. 12.

¹³ Segundo Otávio Luiz Rodrigues Junior, são relações jurídicas pré-excluídas do direito do consumidor e submetidas ao direito comum: “a) serviços jurídicos prestados por sindicato ao sindicalizado, embora a relação entre esses deva ser examinada conforme a natureza do serviço oferecido; b) contratos de crédito educativo, que se destinem a subsidiar a educação superior em instituições privadas; c) ‘contratos em que as partes ajustaram a

Por exemplo, o STJ já afastou a aplicação do CDC à relação cliente-advogado, ante a existência de legislação própria (Lei 8.906/94), apesar do CDC dispor sobre a responsabilidade subjetiva dos profissionais liberais (art. 14, § 4º).¹⁴

Na casuística brasileira, as divergências redundam em torno, no mais das vezes, sobre as pessoas jurídicas, admitidas como consumidoras apenas e enquanto “destinatárias finais” dos bens, produtos ou serviços adquiridos. Entes que muitas vezes são alijadas do status de consumidor por legislações estrangeiras.

As veredas da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, desde a entrada em vigor do CDC, oscilaram por entre uma corrente maximalista e outra finalista acerca da interpretação do termo “destinatário final” esculpido no código. A distinção entre “consumidor intermediário” e “consumidor final” (ou destinatário final, na acepção da lei brasileira) é oriunda da ciência econômica, que correspondem a dois estados diferentes da atividade econômica, pois o consumidor intermediário é na realidade um profissional que adquire produtos para os incorporar ao seu fabrico ou revendê-los *in natura*.¹⁵

construção conjunta de um edifício de apartamentos, a cada qual destinada (*sic*) respectivas unidades autônomas, não se caracteriza, na espécie, relação de consumo, regendo-se os direitos e obrigações pela Lei n.4591/64; d) relações de sancionamento fiscal, porque as multas tributárias sujeitam-se às normas de Direito Público, tendo em consideração que “[a] obrigação tributária não constitui relação de consumo, de forma que inaplicável o art. 52, § 1º, do CDC”; e) relações condominiais (“não é relação de consumo a que se estabelece entre os condôminos e o Condomínio, referente às despesas para manutenção e conservação do prédio e dos seus serviços”); f) relações locatícias prediais urbanas, equivalentes, em Portugal, aos arrendamentos urbanos, (“[a] Lei nº 8.078/90 – Cód. De Defesa do Consumidor – não se aplica às locações de imóveis urbanos regidos pela Lei nº 8.243/91”; g) relações entre o advogado e seu cliente”. RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. A revisão judicial dos contratos de consumo no Brasil. *In*: GOUVEIA, Jorge Bacelar; SILVA, Heraldo de Oliveira. **I Congresso Luso-Brasileiro de Direito**. Coimbra: Almedina, 2014, p. 51.

¹⁴ AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE DO APELO NOBRE. CONTRATO ENTRE ADVOGADO E CLIENTE. INAPLICABILIDADE DO CDC. PRECEDENTES. ILIQUIDEZ NÃO VERIFICADA. AGRAVO DESPROVIDO. 1. "A ausência de manifestação do Judiciário quanto ao pedido de assistência judiciária gratuita leva à conclusão de seu deferimento tácito, a autorizar a interposição do recurso cabível sem o correspondente preparo". (AgRg nos EAREsp 440.971, Rel. Min. Raul Araújo, Corte Especial, DJe 17/3/2016). 2. "É viável a formulação, no curso do processo, de pedido de assistência judiciária gratuita na própria petição recursal, dispensando-se a exigência de petição avulsa, quando não houver prejuízo ao trâmite normal do feito" (AgRg nos EREsp 1.222.355/MG, Relator Ministro Raul Araújo, Corte Especial, julgado em 4/11/2015, DJe 25/11/2015). 3. O recurso especial preencheu todos os requisitos de admissibilidade, tendo havido a correta impugnação de todos os fundamentos do acórdão a quo e ser prescindível a interpretação do contrato entabulado entre as partes ou o reexame de provas. 4. **Consoante a jurisprudência desta Corte Superior, o contrato firmado entre advogado e cliente não é regido pelas regras consumeristas, devendo ser aplicável a Lei n. 8.906/1994. Precedentes.** 5. O título executivo não se desnatura quando a sua liquidez pode ser encontrada mediante a realização de cálculo aritmético, mesmo quando haja complexidade neste, como verificado na hipótese dos autos. 6. Agravo interno desprovido.

(STJ - AgInt no REsp: 1482075 SP 2014/0214530-0, Relator: Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Data de Julgamento: 13/06/2017, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 30/06/2017)

¹⁵ CAS; FERRIER, 1986, p. 9.

Os maximalistas, segundo Fátima Nancy Andrichi, prestigiam o destinatário final fático, entendido como “aquele que retira o bem do ciclo econômico, consumindo-o ou utilizando-o, de forma a depreciar, invariavelmente o seu valor como meio de troca”.¹⁶ A mera impossibilidade de recirculação daquele bem/serviço no mercado, através da transformação (quando um bem originário desaparece no processo produtivo de outro), da incorporação (um produto íntegro passa a ser parte de outro) ou do exaurimento (uso contínuo de um produto no processo produtivo de outro, de forma a desaparecer) já seria suficiente para justificar a posição de destinatário final.¹⁷

Já a teoria finalista procurou adotar um posicionamento mais comedido na interpretação do termo “destinatário final”, com vistas a resguardar a especialidade do estatuto consumerista na tutela exclusiva da consumação que não integre, de qualquer outra forma, as atividades produtivas ou profissionais do indivíduo utente ou adquirente.

Logo, segundo esta interpretação *teleológica*, não basta ser destinatário fático do produto, retirá-lo da cadeia de produção, leva-lo para o escritório ou residência: é necessário ser destinatário final econômico do bem, não adquiri-lo para revenda, não adquiri-lo para uso profissional.¹⁸

Adalberto Pasqualotto aponta que o entendimento do STJ nessa matéria oscilou gradualmente de uma posição maximalista para uma finalista, uma vez que a edição do CDC em 1990 contrastou fortemente com o caráter mais liberal do Código Civil de 1916 em vigor à época. “A entrada em vigor do Código Civil de 2002 possibilitou o tratamento de algumas questões de vulnerabilidade em relações contratuais (v.g. os artigos 423 e 424) e, conseqüentemente, contribuiu para que houvesse a ascensão da teoria finalista”.¹⁹

A partir do REsp 1.195.642/RJ, relatado pela Min. Fátima Nancy Andrichi, se consolidou na jurisprudência do STJ a chamada teoria finalista aprofundada, que reconhece, por equiparação, o consumidor intermediário ao consumidor final, pois assenta que a delimitação conceitual da figura do consumidor não está propriamente na destinação econômica do produto ou serviço adquirido, mas na acentuada vulnerabilidade subjacente àquela relação jurídica, de forma a justificar a proteção especial com vistas à equalização das obrigações deduzidas.

¹⁶ *In*: PASQUALOTTO, Adalberto de Souza; CARVALHO, Volgane Oliveira. O conceito de consumidor na jurisprudência do STJ: crônica de uma jornada inacabada. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, v. 18, n. 35, 2015, p. 5. Disponível em: <<http://periodicos.pucminas.br>>. Acesso em: jul. 2018.

¹⁷ *Ibidem*, p. 6.

¹⁸ MARQUES, 2016, p. 307.

¹⁹ PASQUALOTTO; CARVALHO, ob. cit., p. 15.

Nas palavras de Andrighi:

Com efeito, esta Corte tem mitigado os rigores da teoria finalista para autorizar a incidência do CDC nas hipóteses em que a parte, embora não seja destinatária final do produto ou serviço, se apresenta em situação de vulnerabilidade. [...] Cuida-se, na realidade, de se admitir que, em determinadas hipóteses, a pessoa jurídica adquirente de um produto ou serviço pode ser equiparada à condição de consumidora, por apresentar frente ao fornecedor alguma vulnerabilidade que, vale lembrar, constitui o princípio-motor da política nacional das relações de consumo, premissa expressamente fixada no art. 4º, I, do CDC, que legitima toda a proteção conferida ao consumidor.²⁰

Portanto, no direito brasileiro desde então a concepção de consumidor redonda mais na ideia de vulnerabilidade do que de destinatário final. “Com relação à pessoa natural, o debate sequer se coloca: se for destinatário final de produto ou serviço, será consumidor e, conseqüentemente, vulnerável”.²¹ Nessa hipótese, não poderá o juiz admitir prova contrária à vulnerabilidade, que é uma presunção absoluta do estatuto consumerista,²² mas poderá admitir prova quanto ao não enquadramento do sujeito na categoria de consumidor, quer porque se trata de um sujeito profissional,²³ quer não se defina como destinatário final, etc.

Por outro lado, tratando-se de uma pessoa jurídica, determinar quando ela será destinatária final é uma tarefa árdua e geralmente casuística, “mas a jurisprudência tem entendido que as pessoas jurídicas sem fins lucrativos e as que utilizam serviços essenciais (água e energia elétrica) geralmente podem comprovar a vulnerabilidade e a utilização ‘em benefício próprio’”.²⁴

3.1.2 A hipervulnerabilidade no e-commerce

A vulnerabilidade, enquanto um pressuposto meta-jurídico de orientação normativa, não é um ineditismo do direito do consumidor, mas uma orientação contextual de quais desigualdades não podem ser suportadas no seio daquelas sociedades em determinado tempo

²⁰ STJ - REsp: 1195642 RJ 2010/0094391-6, Relator(a): Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 13/11/2012, T3 - TERCEIRA TURMA.

²¹ KONDER, Carlos Nelson. Vulnerabilidade patrimonial e vulnerabilidade existencial: por um sistema diferenciador. **Revista de direito do consumidor**, v. 99, mai./jun. 2015, p. 112.

²² MARQUES, 2016, p. 362.

²³ “Mister mencionar, também, que essa presunção de vulnerabilidade da pessoa física consumidora acaba por beneficiar – *contratio sensu* – profissionais pessoas físicas, em um finalismo aprofundado, pois estes mais facilmente comprovam a sua vulnerabilidade, tanto em usos mistos, quanto nas situações em que o fornecedor se encontra em situação de poder muito elevada, em especial em serviços essenciais, no que poderíamos denominar vulnerabilidade ‘*in concreto* facilitada’. Em outras palavras, a presunção que beneficia a pessoa física consumidora reforça o finalismo aprofundado, pois, se cada vez mais se exige a prova *in concreto* da vulnerabilidade de profissionais pessoas físicas, com muito mais facilidade se reconhece topicamente esta, como é o caso de caminhoneiros, para dar um exemplo”. *In: Ibidem*, p. 363.

²⁴ *Ibidem*, p. 359.

histórico, ao passo em que outras tantas são mantidas sem adquirirem uma conotação de injustiça.

A vulnerabilidade é mais um estado da pessoa, um estado inerente de risco ou um sinal de confrontação excessiva de interesses identificado no mercado, é uma situação permanente ou provisória, individual ou coletiva, que fragiliza, enfraquece o sujeito de direitos, desequilibrando a relação.²⁵

Portanto, ela é uma causa suficiente para a existência de qualquer estatuto protetivo (como a CLT, o Estatuto da Criança e do Adolescente, do Idoso ou da Pessoa com deficiência), guiado por um princípio de igualdade substantiva. Esse princípio, segundo Boaventura de Souza Santos, ganha ante o multiculturalismo uma nova significação: “as pessoas e os grupos sociais têm o direito a ser iguais quando a diferença os inferioriza, e o direito a ser diferentes quando a igualdade os descaracteriza”.²⁶

Dessa forma, Claudia Lima Marques identifica em sua doutrina quatro tipos de vulnerabilidade do consumidor: a técnica, a jurídica, a fática e a informacional.²⁷ Tais vulnerabilidades subsistem no contrato eletrônico e ainda ganham características específicas que, de certa forma, incrementam sua dimensão de lesividade ao consumidor.

De forma sucinta, Claudia Lima Marques aduz que “na *vulnerabilidade técnica*, o comprador não possui conhecimentos específicos sobre o objeto que está adquirindo e, portanto, é mais facilmente enganado quanto às características do bem ou quanto à sua utilidade”²⁸.

Tal tipo de vulnerabilidade é acentuada em se tratando de produtos ou serviços com maior valor tecnológico ou científico agregado, pois foge ao senso comum do homem mediano, que confia na expertise do fornecedor e de seus prepostos (representantes, agentes e vendedores) para fornecer o conhecimento (*Know-how*) necessário à escolha entre adquirir ou não tal ou qual produto/serviço em razão de sua utilidade, bem como para operacionalizá-lo.

“Já a vulnerabilidade jurídica ou científica é falta de conhecimentos jurídicos específicos, conhecimentos de contabilidade ou de economia”.²⁹ Como por exemplo a inabilidade de interpretar um contrato mais complexo, como os contratos dirigidos de planos de saúde ou de transporte aéreo, orientações sobre reajustamento e correção monetária, índices e periodicidade, etc.

²⁵ MARQUES, 2016, p. 325-326.

²⁶ In: KONDER, 2015, p. 3.

²⁷ MARQUES, ob. cit., p. 326.

²⁸ *Ibidem*, p. 326.

²⁹ *Ibidem*, p. 329.

Por outro lado, “há ainda a *vulnerabilidade fática* ou socioeconômica, em que o ponto de concentração é o outro parceiro contratual, o fornecedor que, por sua posição de monopólio, fático ou jurídico, por seu grande poder econômico ou em razão da essencialidade do serviço, impõe sua superioridade a todos”.³⁰

No e-commerce, mais especificamente, vemos esse movimento de captura e controle do ciberespaço por grandes corporações multinacionais que controlam desde o acesso, à circulação de dados e à inovação dentro de seus nichos, com altíssima lucratividade e poder paraestatal,³¹ acentuando, a um nível sem precedentes na história humana, a desigualdade entre o consumidor-usuário e o fornecedor.

Jonathan Taplin enumera alguns efeitos desse fenômeno:

O crescimento do monopólio cria um sistema que não funciona da maneira que os economistas clássicos acreditam que o mercado econômico deveria. Na medida em que a economia digital se torna um largo componente do nosso PIB, companhias como Google, Apple, Amazon, Comcast, Verizon, e AT&T dominam a *Fortune 100*, um reexame de algumas panacéias desregulatórias da era Reagan estão na ordem. Como Peter Thiel explica no *Zero to One*, as margens de lucro de verdadeiros monopólios são extraordinárias: “Google gerou US\$ 50 bilhões em 2012 (contra US\$ 160 bilhões de toda indústria aérea), mas manteve 21% dessa receita como lucros – mais de 100 vezes a margem de lucro da indústria aérea nesse ano. Google fez tanto dinheiro que ele vale agora três vezes mais que todas as companhias aéreas americanas combinadas”. O problema é que a enorme produtividade dessas companhias, combinada com seus preços oligopolistas, gera um enorme e crescente excedente de caixa que vai além da capacidade da economia de absorver pelos canais normais de consumo e investimento. É por isto que a Apple tem um caixa de US\$ 150 bilhões em seu balancete e o Google US\$ 75 bilhões. Essas empresas não podem encontrar oportunidades suficientes para reinvestir seus rendimentos porque já há saturação em muitas áreas e porque elas são tão produtivas que não estão criando novos empregos e procurando novos consumidores que poderiam comprar seus produtos. Como o ex-Secretário do Tesouro Lawrence Summers colocou, “falta de demanda cria falta de oferta”. Em vez de fazer novos investimentos que poderiam gerar novos empregos, firmas estão usando agora seus caixas para comprar de volta estoques, o que apenas incrementa as desigualdades econômicas.³² (tradução nossa)

³⁰ MARQUES, 2016, p. 333.

³¹ “Aqui pode-se sentir que o Google tem uma espécie de apólice de seguro: nas agências chaves, como a FCC, o gabinete de gerenciamento e orçamento, a agência de patentes, e a divisão antitruste do Departamento de Justiça, Google sempre terá um assento na mesa e o acesso a informações críticas sempre que seus interesses estiverem ameaçados. E o Google está lançando sua rede além da administração Obama, de acordo com um relatório investigativo da *Quartz* que observou dentro da firma de Eric Schmidt a *Groundwork: A Groundwork*, de acordo com os operadores de campanha e tecnólogos Democratas, é parte dos esforços de Schmidt – o diretor executivo da companhia-mãe do Google, Alphabet – para garantir que [Hillary] Clinton tenha o talento de engenharia necessário para que vença as eleições. E é uma de uma série de investimentos silenciosos de Schmidt que reconhece como campanhas políticas modernas decorrem, com análise de dados e divulgação digital como ingredientes vitais que permitem aos candidatos a achar, atrair e virar blocos críticos de eleitores” (tradução nossa). In; TAPLIN, Jonathan. **Move fast and break things: How Facebook, Google and Amazon cornered culture and undermined democracy**. Nova York: Little, Brown and Co., 2017, p. 127 (e-book).

³² *Ibidem*, p. 118.

Nota-se, portanto, que a forte concentração de *Market share* na internet traz uma série de problemas não apenas para o consumidor individualmente considerado, mas para a coletividade, para os próprios agentes econômicos e para os agentes estatais.

Por fim, a vulnerabilidade informacional acentua a dessimetria entre o consumidor e o fornecedor, num contexto onde a informação deixa de ser um elemento acessório da relação, tornando-se em si uma mais-valia fundamental do produto ou do serviço ofertado, plenamente manipulável pelo fornecedor para induzir o consumo, controlar preços ou criar expectativas. Afora as hipóteses em que a informação em si é um bem, como ocorre com as informações veiculadas em jornais e periódicos, levantamento de dados por agentes especializados (consultoria de investimentos) ou pesquisas qualitativas/quantitativas de tendências, comportamentos, *market share*, etc. “E se, na sociedade atual, é na informação que está o poder, a falta desta representa intrinsecamente um *minus*, uma vulnerabilidade tanto maior quanto mais importante for esta informação detida pelo outro”.³³

Deve-se ter em vista que a revolução digital é também uma revolução na forma como a informação surge e circula na hodierna sociedade hiperconectada. Alguns dados são representativos dessa realidade: quase metade da população mundial (cerca de 48%) tem algum grau de acesso individual à *World Wide Web*, segundo levantamento da UIT/ONU. A agência também aponta que mais da metade dos lares do mundo (53,6%) tem conexão com a internet. Em seu relatório de 2017, a UIT estimava que 84,4% dos lares em países desenvolvidos iriam ter acesso à Internet até o final daquele ano, contra 42,9% dos lares em países em desenvolvimento e 14,7% em países com baixo índice de desenvolvimento.³⁴

No Brasil, a última pesquisa do PNAD/IBGE sobre o tema, do último trimestre de 2016, mostra que 64,7% dos brasileiros, com mais de 10 anos de idade, utilizaram a internet nos 3 meses anteriores à pesquisa (período de referência), sendo o telefone móvel celular o instrumento mais utilizado (por 94,6% dos entrevistados).

Dentre os motivos indicados pela pesquisa, os usuários brasileiros acessam a internet mais para: a) enviar ou receber mensagens de texto, voz ou imagem por aplicativos que não o

³³ MARQUES, 2016, p. 338.

³⁴INTERNATIONAL TELECOMMUNICATION UNION. **Measuring the Information Society Report 2017**: volume 1. 9. ed. Genebra: ITU, 2017, p. 15. Disponível em: <www.itu.int>. Acesso em: jul. 2018.

e-mail (94,2%), b) assistir a vídeos, programas, séries e filmes (76,4%), c) conversar por chamadas de voz ou vídeo (73,3%) e d) enviar ou receber *e-mails* (69,3%).³⁵

Nesse contexto, é inegável o domínio das “gigantes da tecnologia” para assegurar a quase hegemonia do *market share* em seus segmentos, como ocorre com o Google que “controla cinco das seis maiores plataformas da *Web* de uso universal por bilhões – busca, vídeo, *mobile*, mapas e navegador – e comanda treze das quatorze maiores funções comerciais da Internet”.³⁶

Comparado com seus competidores, fica claro que o Google detém a parcela dominante da publicidade online. Então em vez de um mercado competitivo de publicidade por palavras-chaves, Google lança um leilão, que não prevê nenhuma transparência ao comprador além do preço mínimo, posto pelo critério do Google.³⁷ (Tradução nossa)

Diante dessa inexorável realidade, o consumo *online*, que se apresenta com novas oportunidades ao consumidor, encobre novos aspectos que acentuam sua vulnerabilidade ao ponto de podermos chama-la de uma hipervulnerabilidade³⁸ digital.

A hipervulnerabilidade é um conceito já consolidado tanto na doutrina quanto na jurisprudência, embora seja mais comum sua utilização para o consumidor idoso, criança, enfermo, ou que por alguma circunstância pessoal experimente uma redução em sua capacidade de autodeterminação frente à oferta ou publicidade do fornecedor. Ou seja, decorre da conjugação de alguma situação fático-jurídica que já agrega uma proteção especial da pessoa, reconhecida como tal pelo ordenamento jurídico, aliado à condição de consumidor. De uma forma geral, pode-se antever uma realidade análoga à que se observa com o consumidor digital, visto que:

[...] a internet traz uma aparência de liberdade, com o fim das discriminações que conhecemos (de cor, sexo, religião, etc.) e o fim dos limites do mundo real (fronteiras, línguas diferentes, riscos de viagens, etc.), mas a vulnerabilidade do consumidor aumenta. Como usuário da *net*, sua capacidade de controle fica diminuída é guiado por *links* e conexões, em transações ambigualmente coordenadas, recebe informações que desejam lhe fornecer, tem poucas possibilidades de identificar simulações e

³⁵ INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua**: acesso à internet e à televisão e posse de telefone móvel celular para uso pessoal 2016. Rio de Janeiro: IBGE, 2018, p. 8-11

³⁶ TAPLIN, 2017, p. 123.

³⁷ *Ibidem*, p. 131.

³⁸ Por hipervulnerabilidade, Claudia Lima Marques a entende como: “[...] a situação social fática e objetiva de agravamento da vulnerabilidade da pessoa física consumidora, por circunstâncias pessoais aparentes ou conhecidas do fornecedor, como sua idade reduzida (assim o caso da comida para bebês, nomes e marcas de salgadinhos ou da publicidade para crianças) ou sua idade alentada (assim os cuidados especiais com os idosos, no Código em diálogo com o Estatuto do Idoso, e a publicidade de crédito para idosos) ou sua situação de doente (assim o caso do glúten e as informações na bula de remédios)”. In: MARQUES, 2016, p. 364-365.

“jogos”, de proteger sua privacidade e autoria, de impor sua linguagem. Se tem uma ampla capacidade de escolher, sua informação é reduzida (extremo déficit informacional), a complexidade das transações aumenta, sua privacidade diminui, sua segurança e confiança parecem desintegrarem-se em uma ambiguidade básica: pseudo-soberania do indivíduo/sofisticação do controle.³⁹

Um exemplo dessa sofisticação dos mecanismos de controle ocorre com o uso do neuromarketing, como técnica de indução ao consumo. O termo surgiu em 2002, com a criação de uma divisão de negócios utilizando a ressonância magnética funcional (fMRI) para pesquisas de marketing por uma firma de publicidade de Atlanta, a BrightHouse.⁴⁰

Nesse mesmo período, Read Montague, professor de neurociência da Faculdade de Medicina Baylor, conduziu um estudo, publicado em 2003, no qual se pedia para que um grupo de pessoas bebessem Pepsi e Coca-Cola simultaneamente, enquanto seus cérebros eram escaneados utilizando a ressonância magnética funcional (fMRI). Embora não tenha conseguido demonstrar como o cérebro humano lida com escolha de marcas, constatou-se que diferentes partes do cérebro se ativavam quando as cobaias eram avisadas ou não da marca do refrigerante que consumiam.⁴¹

A partir desses experimentos, marqueteiros notaram uma ferramenta de pesquisa mais eficaz do que as velhas entrevistas, que ignoram o fato de muitas vezes o indivíduo ser inábil para descrever seus processos cognitivos (dotados de muitos componentes subconscientes), além do simples fato dos participantes distorcerem suas percepções por motivos como açodamento, pudores, costumes, etc.

As técnicas da neurociência surtiram efeitos fantásticos nesses problemas, “permitindo aos marqueteiros sondarem os cérebros dos consumidores na intenção de obter valiosas intuições sobre os processos subconscientes, explicando porque uma mensagem eventualmente sucede ou falha” (tradução nossa).⁴² A partir de uma série de exames neurológicos não invasivos, notadamente a fMRI, pode-se constatar pelo fluxo da circulação sanguínea quais áreas do cérebro são mais estimuladas por determinada mensagem ou propaganda.⁴³

Uma técnica de neuromarketing que já é bastante comum é o *branding sensorial*, no qual os sentidos são seduzidos por aromas, por estímulos auditivos, visuais que

³⁹ MARQUES, 2004, p. 72.

⁴⁰ FISCHER, Carl Erik; CHIN, Lisa; KLITZMAN, Robert. **Defining Neuromarketing**: practices and professional challenges. Disponível em: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC3152487/>, acesso em julho de 2018.

⁴¹ MORIN, Christophe. **Neuromarketing**: the new Science of consumer behavior, jan. 2011, p. 132. Disponível em: <<https://link.springer.com/article/10.1007/s12115-010-9408-1#citeas>>. Acesso em: jul. 2018.

⁴² *Ibidem*, p. 133.

⁴³ *Ibidem*, p. 134.

forçam os consumidores a comprar, atuando sobre a própria fisiologia, tornando o ato de compra não uma ação refletida, mas uma imposição exigida pelo organismo levado à desejar a experiência de consumo do produto e o conseqüente sentimento de satisfação.⁴⁴

Portanto, se o marketing tradicional trabalha em cima da persuasão “consciente” do indivíduo, sendo mais facilmente tutelado pelo CDC, pela regulação infra legal e por normas de conduta ética, como o Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, o neuromarketing atua em processos inatos ou subconscientes do indivíduo:

[...] tendo por referência elementos internos, fisiológicos, investigando os processos químicos e cerebrais que ocorrem na mente do consumidor para, a partir desses dados, sugerir intervenções e novas formas de abordagem comercial, retirando ao máximo do indivíduo consumidor sua capacidade volitiva.⁴⁵

Tais técnicas visam estimular sobretudo o chamado cérebro primitivo, ou cérebro reptiliano, correspondente as primeiras estruturas do sistema neurológico que se formam, responsável pela convergência da atividade intelectual e sentimental com vistas à tomada de decisão.⁴⁶ “É a parte do nosso cérebro que nos faz extremamente egoístas e conduz nossa forte preferência por atalhos mentais em vez de longas deliberações”.⁴⁷ Além do mais, ele é capaz de processar estímulos visuais sem o auxílio do córtex visual, “por isso nós preferimos imagens ao invés de palavras e experiências em vez de explicações”.⁴⁸

“No mundo de hoje nós recebemos uma média de 10.000 mensagens por dia. Esse volume de dados é largamente irrelevante a não ser que fale diretamente com o cérebro reptiliano”,⁴⁹ sendo essa a função do neuromarketing.

O Neuromarketing é útil, por exemplo, para determinar até que ponto o consumidor está disposto a gastar com aquele bem ou serviço, pois já se sabe que em certos casos não se opera no comportamento do consumidor apenas um raciocínio monetário, do tipo quanto menor o preço maior a satisfação e o consumo. O que forçava muitas vezes o fornecedor a simplesmente proceder a uma racionalização de seus processos produtivos para minimizar seus custos, ofertando pelo menor preço possível, uma característica marcante do modelo fordista de

⁴⁴ MENDONÇA, Gilson Martins; KOZICKI, Katya; COELHO, Sérgio Reis. O princípio da vulnerabilidade e as técnicas de neuromarketing: aprofundando o consumo como vontade irrefletida. *Scientia Juris*, Londrina, v. 18, n.1, jul. 2014, p. 148-149.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 149.

⁴⁶ RENVOISÉ, Patrick; MORIN, Christophe. **Neuromarketing**: understanding the “buy botton” in your customer’s brain. Nashville: Thomas Nelson, 2007, p. 6.

⁴⁷ MORIN, 2011., p. 134.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 134.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 135.

produção.⁵⁰ “Na verdade, as pessoas gostam mais dos produtos pelos quais pagam mais, dependendo obviamente do valor que lhe atribuem os próprios consumidores, o que contraria a ideia de que as pessoas gostam mais dos preços baixos”.⁵¹

Pode-se identificar duas funções positivas do preço na percepção do consumidor, o chamado esquema preço-qualidade, definido como “a crença generalizada entre categorias de produtos de que o nível do preço sugerido é relacionado positivamente com o nível de qualidade do produto” (tradução nossa).⁵² Bem como, a sensibilidade do consumidor ao prestígio, ou seja, “as percepções favoráveis do preço sugerido baseadas em sentimentos de proeminência e status que preços mais altos sinalizam a outras pessoas sobre o comprador” (tradução nossa).⁵³

Portanto, percebe-se que o preço do produto é sim um elemento manipulável por técnicas de neuromarketing, de forma a agregar-lhe percepções condicionadas de valor que não correspondem necessariamente a sua realidade fática. Até o mito da abundância de opções tem sido denunciado por pesquisas empíricas, como demonstra Sheena Iyengar, da Universidade de Columbia, em seus estudos sobre a escolha.

Em uma pesquisa com consumidores em que eram ofertadas geleias de vários sabores (um grupo de 24 sabores e outro de 6 sabores), “consumidores expostos inicialmente a escolhas limitadas provaram-se muito mais suscetíveis de escolher o produto do que consumidores que inicialmente encontraram um muito maior leque de opções” (tradução nossa).⁵⁴ “A descoberta desse estudo mostra que uma extensiva ordem de opções pode num primeiro momento parecer muito atraente ao consumidor, ainda pode reduzir sua subsequente motivação para escolher o produto” (tradução nossa).⁵⁵

Em outras palavras, quando as pessoas têm opções “demais” para considerar, elas simplesmente se esforçam para acabar com a provação de fazer uma escolha, achando uma escolha que seja meramente satisfatória, ao invés de ótima. Fazer o contrário exigiria mais esforço do que parece justificado pelo potencial incremento da utilidade ou satisfação. (Tradução nossa)⁵⁶

⁵⁰ CHIAVENATO, Idalberto. **Introdução à Teoria Geral da Administração**. 7. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2003, p. 65-66.

⁵¹ MOREIRA, Sandra Verónica Alves. **Neuromarketing e o consumidor digital** (Dissertação). Instituto Superior de contabilidade e Administração do Porto, Porto, 2014, p. 12.

⁵² LICHTENSTEIN, Donald; RIDGWAY, Nancy; NETEMEYER, Richard. Price perception and Consumer Shopping Behavior: a field study. **Journal of Marketing Research**, Chicago, vol. 30, n. 2, maio 1993, p. 236,

⁵³ *Ibidem*, p. 236.

⁵⁴ IYENGAR, Sheena; LEPPER, Mark. When choice is demotivating: can one desire too much of a good thing? **Journal of Personality and Social Psychology**, Washington, vol. 79, n. 6, 2000, p. 997.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 997.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 999.

Assim, fica claro que o neuromarketing já é há algum tempo uma ferramenta bastante efetiva de indução ao consumo, potencializando as mensagens publicitárias, bem como as práticas comerciais, elucidando até “velhos mitos” do comércio, como o do menor preço ou do maior número de opções, conforme relatado acima.

Por outro lado, o universo da internet já é plenamente “familiar” ao consumidor, reduzindo assim seus níveis de resistência, oposição consciente ou cautela ao consumo eletrônico, conforme aponta a pesquisa do *IBM Institute for Business Value* (“*Winning over the empowered consumers*”) realizada em mais de 15 países, inclusive o Brasil, com cerca de 28.000 consumidores digitais.

Na pesquisa revelou-se que o consumidor está cada vez mais disposto a revelar informações pessoais a seus varejistas favoritos em busca de uma melhor experiência de consumo, mais personalizada e eficiente. “Cerca de 60% dos entrevistados se sentem confortáveis em divulgar nome e endereço aos varejistas e 59% não veem problemas em revelar conteúdo sobre estilo de vida, como quantidade de bens, frequência de viagens e número de filhos”.⁵⁷ Esses dados revelam-se primordiais para a efetiva implementação das mais eficazes técnicas de neuromarketing.

Convém ressaltar que o e-commerce limita a publicidade digital aos sentidos da visão e da audição, tolhendo a experiência sensorial (olfativa, tátil, palatável) proporcionada amplamente pelo neuromarketing em ambiente físico, por exemplo.⁵⁸

Para maximizar as experiências visuais na elaboração de *websites*, tem se utilizado do recurso de *eye tracking*, que observa o comportamento e a percepção visual, estabelecendo-se um total de 20 estratégias que podem auxiliar na potencialização da oferta publicitária, como: i) textos atraem atenção antes dos gráficos, ii) formatação e fontes exageradas tendem a ser ignoradas, iii) anúncios localizados próximos aos conteúdos mais importantes são vistos com maior frequência, etc.

Outras ferramentas que podem ser apresentadas ao consumidor, segundo Dooley,⁵⁹ de forma a facilitar seu processo de tomada de decisão (escolha) são instrumentos como as

⁵⁷ In: TAMBARA, Isabelle; BATISTA, Osvaldo Henrique dos Santos; FREITAS, Cinthia Obladem de Almeida. A proteção do consumidor e as técnicas de *neuromarketing* no comércio eletrônico que potencializam sua vulnerabilidade. **Revista de Direito Empresarial**, Belo Horizonte, v. 11, n. 3, set./dez. 2014, p. 93.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 100.

⁵⁹ In: TAMBARA; BATISTA; FREITAS, 2014, p. 101.

recomendações de outros usuários, com pontuação ou estrelas; algoritmos de seleção e classificação com uso de inteligência artificial, de forma a antever, pelo perfil do usuário e seu histórico de buscas e cliques, as necessidades ou desejos do consumidor, muitas vezes ofertando bens ou serviços antes mesmo que o consumidor os busque, etc.

Para exemplificar, “um casal que tem frequentado uma loja de móveis regularmente, em busca de um conjunto de sofás, pode ser impactado por uma promoção direcionada de tapetes e almofadas nas cores mais prováveis, relacionadas diretamente ao produto escolhido”,⁶⁰ pois o consumidor que busca um sofá pode facilmente se encantar com uma combinação com almofadas, tapetes e outros produtos.

Uma das ferramentas mais utilizadas e eficazes é a chamada mineração do uso da web (*Web usage mining*), que consiste na descoberta e extração automática de conhecimento em websites abertos, considerando o comportamento e preferências do usuário.⁶¹ Faz parte de uma categoria maior de mineração na web, de acordo com a natureza do dado “minerado”, que inclui ainda a mineração de conteúdo e a de dados estruturais.⁶²

A partir da descoberta dos parâmetros de uso, sua análise pode resultar em quatro aplicabilidades básicas ao fornecedor:⁶³

- Personalização cujo objetivo é basear os sistemas de recomendação, ou seja, recomendar *links* interessantes para produtos que podem ser do interesse do usuário;
- Pré-busca e armazenamento em cache que tenta melhorar o desempenho de servidores e aplicativos carregando possíveis páginas no cache antes que os usuários as requisitem;
- O Design que está relacionado à usabilidade de um site. Estudos em design podem fornecer diretrizes para melhorar o design de aplicações e sites;
- Técnicas de gerenciamento da relação com o cliente, com vistas a incrementar a satisfação e as vendas com os serviços em websites do e-commerce.

⁶⁰ PIÇARRO, Cleber. **Inteligência artificial para o comércio: ficção ou realidade?**. Disponível em: <https://www.ecommercebrasil.com.br/artigos/inteligencia-artificial-para-o-comercio-ficcao-ou-realidade/>, acesso em julho de 2018.

⁶¹ CARMONA, C.J. et al. Web usage mining to improve the design of an e-commerce website: OrOliveSur.com. **Expert Systems with Applications**, v. 39, 2012, p. 11244.

⁶² *Ibidem*, p. 11244-11245.

⁶³ *In: Inidem*, p. 11244.

Essa técnica é possibilitada pelo uso de algoritmos e IA sobre dados que estão disponíveis na própria Web, que não são detidos por alguém especificamente, nem totalmente protegidos, dada a própria natureza aberta da rede. São como uma trilha de vestígios que o usuário deixa em toda a rede, que são extraídos e analisados por *softwares* de forma a reconstituir o seu perfil comportamental.

Nesse sentido, surge ainda uma discussão carregada de preconceitos e desinformação, quanto ao fato de esse processamento de dados levar a uma invasão e escuta de conversas privadas dos usuários, através de celulares, aplicativos de voz, etc. Embora os especialistas em tecnologia afirmem não existir uma IA ou um *software* capaz de escutar e processar nossas conversas a ponto de torná-las um conjunto de dados manipuláveis pelas empresas ou pelo *marketing*, alguns programadores tem provado o contrário, se utilizando de tecnologias já existentes de processamento de fala e microfones dos *smartphones*, possibilitando captar certas palavras chaves para extrair delas algum conhecimento sobre as comunicações do usuário.⁶⁴

Acredita-se que num futuro não muito distante, tal tecnologia, se de fato ainda não existente, poderá vir a ser desenvolvida e utilizada pelas grandes empresas de tecnologia como forma de ampliar sua colheita e manipulação de dados.

Por outro lado, a *web usage mining* difere do simples compartilhamento de banco de dados, que foi alvo de julgamento paradigmático pelo STJ em 2017. A prática do compartilhamento de bancos de dados surge de uma convergência entre a sociedade da informação e a sociedade contemporânea de consumo, “na medida em que a economia passa a exigir, para o seu complexo funcionamento, uma quantidade enorme de dados pessoais, possíveis de serem armazenados, processados e transmitidos por meio da tecnologia da informação”.⁶⁵ Essa prática tem como finalidade mercadológica: i) previsibilidade e diminuição dos riscos, ii) interação com o consumidor, iii) diferenciação de produtos e vi) de serviços.⁶⁶

Por outro lado, esse gerenciamento de dados requer um *know-how* e uma estrutura que muitas vezes foge ao escopo da atividade empresarial do fornecedor, ou mesmo a suas

⁶⁴ KLEINMAN, Zoe. **Is your smartphone listening to you?**. Disponível em: <<https://www.bbc.com/news/technology-35639549>>. Acesso em: jul. 2018.

⁶⁵ MENDES, Laura Schertel. A vulnerabilidade do consumidor quanto ao tratamento de dados pessoais. **Revista de direito do consumidor**, São Paulo, v. 24, n. 102, nov./dez. 2015, p. 24.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 24.

condições conjunturais, o que torna esses dados e suas análises em um ativo⁶⁷ negociado ou permutado entre os diversos agentes econômicos do mercado.

Além disso, essa constante captação, análise e compartilhamento de dados, visando sobretudo a minoração da insegurança advinda do comércio eletrônico de massas, constitui um ciclo permanente de retroalimentação de inseguranças, cuja resposta advém com o incremento dos mecanismos de vigilância, conforme aduz Priscilla Regan:

A sociedade de risco requer a vigilância como forma de gerenciar o risco. Mas a vigilância gera uma insaciável sede de mais e mais informações sobre riscos que existem e que são gerados pelos indivíduos em particular. O conhecimento gerado pelo sistema de vigilância não gera uma sensação de segurança e de confiança, mas produz, ao invés, novas incertezas, acarretando mais vigilância e coleta de informações.⁶⁸

Diante dessa realidade, o STJ, através do REsp nº 1.348.532/SP, pronunciou-se sobre a abusividade da cláusula inserida em contratos de fornecimento de serviços de cartão de crédito que previa a possibilidade de repasse de informações pessoais do contratante a empresas do conglomerado econômico ou parceiras (como empresas de cadastro positivo de crédito), de maneira compulsória, já que inserida como Condição Geral em um típico contrato de adesão, no qual o consumidor ou aceita ou rejeita os termos em bloco.⁶⁹

Vale ressaltar que os dados de cartão de crédito são dos mais valiosos para o e-commerce em geral, pois as compras nesse ramo se concretizam geralmente com o uso do cartão, possibilitando a boa reconstrução de um perfil comportamental do consumidor, de forma a tornar mais efetiva qualquer oferta ou publicidade a ele dirigida.

No julgamento, o Ministro relator Luís Felipe Salomão consignou que não se estava a julgar a abusividade da prática em si, do compartilhamento de dados do consumidor, na lógica do art. 39 do CDC, mas a abusividade da cláusula que prevê compulsoriamente o compartilhamento sem a liberdade de escolha pelo consumidor:

⁶⁷ MENDES, 2015, p. 25.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 24.

⁶⁹ A cláusula versava o seguinte: “O TITULAR DESDE JÁ AUTORIZA QUE AS INSTITUIÇÕES DO HSBC, NO PAÍS OU NO EXTERIOR, TENHAM ACESSO A TODOS OS SEUS DADOS CADASTRAIS E OBTENHAM INFORMAÇÕES PESSOAIS PERTINENTES A TRANSAÇÕES REALIZADAS EM QUALQUER DELAS, COM A FINALIDADE DE AGILIZAR E FACILITAR AS OPERAÇÕES ATIVAS, PASSIVAS E DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS, NOS MERCADOS FINANCEIRO, DE CAPITAIS, DE CÂMBIO, DE SEGUROS E DE CONSUMO E BEM ASSIM, EFETUEM TROCA DE INFORMAÇÕES A SEU RESPEITO COM SISTEMAS POSITIVOS E NEGATIVOS DE CRÉDITO EXTERNOS, JUNTO A ENTIDADES QUE PROCEDAM REGISTROS DE INFORMAÇÕES/RESTRICÇÕES DE CRÉDITO”. Disponível em STJ, 4ª Turma, REsp nº 1.348.532/SP, Relatório e Voto do Min. Luís Felipe Salomão.

De fato, a partir da exposição de dados de sua vida financeira abre-se leque gigantesco para intromissões diversas na vida do consumidor. Conhecem-se seus hábitos, monitoram-se sua maneira de viver e a forma com que seu dinheiro é gasto. Por isso a imprescindibilidade da autorização real e espontânea quanto à exposição.

O relator ainda colacionou que a Lei 12.414/2011⁷⁰ traz uma normativa ainda mais específica do que as disposições do CDC, ao determinar, dentre outras, que i) o compartilhamento de informações de adimplemento só é permitido se autorizado expressamente pelo cadastrado, por meio de assinatura em instrumento específico ou em cláusula apartada (art. 9º *caput*), ii) o cancelamento do cadastro pelo gestor originário implica o cancelamento do cadastro em todos os bancos de dados que compartilharam informações, que ficam obrigados a proceder, individualmente, ao respectivo cancelamento nos termos da referida lei (§ 3º do art. 9º) e iii) os órgãos de proteção ao consumidor poderão aplicar medidas corretivas, estabelecendo aos bancos de dados que descumprirem o previsto na lei obrigações de fazer com que sejam excluídas do cadastro pessoas que não autorizaram a abertura (art. 17 *caput* e § 2º).

Ademais, a cláusula entraria em colisão direta com normas regulamentares, como a Portaria nº 5/2002 do Ministério da Justiça/Secretaria de Direito Econômico,⁷¹ bem como a resolução 3.658/2008 do Conselho Monetário Nacional.⁷² Por tudo isso, o chamado consentimento aparente não se coaduna com a sistemática da proteção do consumidor, restando, pois, abusiva a cláusula.

A questão do consentimento aparente decorre da forma que a autorização para o compartilhamento de dados adquire, muitas vezes num bojo de um contrato de adesão do tipo “*take it or leave it*”, constringendo o consumidor a aderir àquela condição, muitas vezes sem

⁷⁰ Disciplina a formação e consulta a banco de dados com informações de adimplemento, de pessoas naturais ou de pessoas jurídicas, para formação de histórico de crédito.

⁷¹ BRASIL. Portaria nº 5/2002 da Secretária de Direito Econômico. “Art. 1º Considerar abusiva, nos contratos de fornecimento de produtos e serviços, a cláusula que:

I - autorize o envio do nome do consumidor, e/ou seus garantes, a bancos de dados e cadastros de consumidores, sem comprovada notificação prévia;

II - imponha ao consumidor, nos contratos de adesão, a obrigação de manifestar-se contra a transferência, onerosa ou não, para terceiros, dos dados cadastrais confiados ao fornecedor;

III - autorize o fornecedor a investigar a vida privada do consumidor; [...]”

⁷² BRASIL. Resolução nº 3.658/2008 do Conselho Monetário Nacional. “Art. 8º Para efeito do disposto no inciso II do art. 2º, as instituições mencionadas no art. 4º devem:

I - obter autorização específica do cliente, passível de comprovação, para consultar as informações constantes do SCR [Sistema de Informações de Crédito];

II - comunicar previamente ao cliente o registro dos seus dados no SCR, exceto se houver autorização dele para o registro;”

sequer antever as projeções de seus efeitos sobre seus direitos da personalidade (imagem, privacidade, nome, não-discriminação, etc.).

Como visto, o STJ declarou tal tipo de cláusula abusiva, portanto nula de pleno direito, no caso *sub judice*, o que pode ser estendido para uma série de outros contratos de adesão, inclusive no e-commerce. Entretanto, esses dados ainda podem eventualmente ser obtidos e compartilhados em virtude de uma autorização específica do cliente, pois a prática em si não foi considerada abusiva por aquela corte superior. Nesse caso, por se tratar de direitos da personalidade, “em que o exercício do direito a proteção de dados se realiza pelo consentimento, a possibilidade de revogação é inerente ao próprio direito”,⁷³ portanto é livre e incondicionada, não se tratando de negócio jurídico hábil a gerar qualquer direito adquirido as empresas que operam o banco de dados.

Outro ponto que deve ser levado em conta, ainda mais quando se tratar de dados da internet, diz respeito ao tratamento que lhes é dispensado. Em um caso emblemático de 2009, a FTC (*Federal Trade Commission*) dos Estados Unidos, que tem como uma de suas atribuições a proteção do consumidor, firmou um acordo com a Sears Holdings Management Corporation – dona das marcas varejistas Sears e Kmart – para que parasse de coletar dados e destruísse os já coletados através de um software de busca do programa “*My SHC Community*”.

A Sears havia se comprometido a pagar 10 dólares americanos para que os participantes se utilizassem daquele software para sua navegação na web e que os mesmos seriam rastreados na sua navegação, mas somente informava aos usuários a natureza intrusiva de sua atividade em um longo termo de uso, após um processo de cadastramento de várias etapas.

As informações coletadas incluíam, segundo a denúncia da FTC, páginas seguras de sites de terceiros e as informações transmitidas nessas sessões, como conteúdo de carrinhos de compras, extratos bancários online, registro de prescrição de medicamentos, registro de aluguel de vídeos, histórico de empréstimos em bibliotecas e dados relativos à troca de e-mails, além de outras atividades do computador não relacionadas à web.

Para a FTC, a falha da Sears em divulgar adequadamente o escopo da coleta de dados pelo software foi enganosa e contrária à lei (*FTC act*).⁷⁴ Sobre esse caso, vale ainda ressaltar

⁷³ MENDES, 2015, p. 32.

⁷⁴ Disponível em: <<https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2009/06/sears-settles-ftc-charges-regarding-tracking-software>>. Acesso em: jul. 2018.

que em fevereiro de 2018 a FTC acolheu um pedido de reconsideração da Sears para que a comissão reabrisse e atualizasse sua definição de “aplicativo de rastreo”, para adequar suas práticas as práticas atuais do mercado de aplicativos móveis. A comissão acolheu a modificação no que toca ao rastreo de configurações e dados de funcionamento do próprio aplicativo e relativos ao seu uso.⁷⁵

Casos como esse são emblemáticos para demonstrar a falta de controle do consumidor com relação ao tratamento de seus dados, o nível de acesso das empresas em suas atividades online, ou mesmo a falibilidade dos mecanismos e chaves de proteção na garantia da sua intimidade na navegação. Outrossim, a veracidade ou forma como esses dados são utilizados podem ensejar algum tipo de prática que consubstancie um dano ao consumidor, restringindo seu acesso ao crédito ou a mercados:

Dados de uma pesquisa americana do ano de 2002 demonstram os graves efeitos que um processo de *scoring* equivocado podem acarretar para o consumidor. A *Consumer Federation of America* (CFA) e a *National Credit Reporting Association* (NCRA) pesquisaram 500.000 *credit score* e 1.700 *credit reports* e concluíram que 1/5 de todos os consumidores americanos tinham sido classificados em categorias de risco mais altas, em razão de *credit scores* equivocados. As consequências financeiras para o consumidor são desastrosas. A referida pesquisa calculou a perda de US\$ 124.000 por consumidor, na hipótese de um crédito hipotecário, considerando que o consumidor obtivesse as taxas de juros da categoria de risco “*subprime*”, em vez das taxas correspondentes a categoria “*prime market*”.⁷⁶

Por último, cabe destacar o risco de discriminação enfrentado pelo consumidor que condiciona, por um tratamento simplista de certos dados não conclusivos, o grau de acesso bem como condições especiais de contratação. “É o caso da discriminação estatística, segundo a qual grupos de consumidores recebem tratamentos diferenciados (preços ou condições de contratação diferentes), em razão de atributos aparentemente inofensivos, como idade, gênero, nacionalidade ou endereço”.⁷⁷

Vale ressaltar ainda que o Marco Civil da Internet, se coadunando com a jurisprudência brasileira e as normativas da União Europeia, nos direitos e garantias do usuário exige a autorização específica dele, de forma destacada das demais cláusulas, sobre o uso de seus dados, bem como a informação clara e completa no que concerne à coleta, uso, armazenamento e tratamento desses dados pessoais, com finalidades apenas que i) justifiquem sua coleta, ii)

⁷⁵ Disponível em: <<https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2018/02/ftc-approves-sears-holdings-management-corporation-petition>>. Acesso em: jul. 2018.

⁷⁶ BUCHER *apud* MENDES, 2015, p. 38.

⁷⁷ MENDES, *ob. cit.*, p. 39-40.

estejam especificadas no contrato ou nos termos de uso, iii) não sejam vedadas pela legislação (art. 7º, XVIII e IX do MCI). Além da necessária exclusão definitiva desses dados, a requerimento, ao término da relação contratual (ressalvados os dados de armazenamento obrigatório por força de lei), segundo art. 7º, X.

Assim, a concepção do consumidor digital não difere, no sentido mais estrito, daquela esposada no art. 2º do CDC. Não se trata de um novo tipo de consumidor, inédito na fenômenica jurídica, mas do mesmo consumidor que desde antes do advento do e-commerce buscava no mercado físico, ou seja, nas lojas, mercados e balcões, os bens, produtos e serviços que fazem parte do conjunto de precisões do homem moderno, dos gêneros básicos (alimentos, vestimentas e medicamentos) aos bens de consumo com alto valor tecnológico agregado.

Todavia, é o mesmo consumidor, porém submetido a um conjunto de situações que incrementam a sua vulnerabilidade, que é o princípio-base do sistema consumerista. A evolução que o e-commerce reclama do Direito não está em reescrever o conceito de consumidor, mas de refundar as bases da concepção de vulnerabilidade, reconhecendo a majoração da mesma no ambiente ciberespacial, e construindo soluções legislativas ou regulamentares para reequilibrar a relação contratual ou resguardar os direitos básicos do consumidor (art. 6º do CDC) em qualquer situação jurídica de consumo, da simples publicidade, do compartilhamento e tratamento de dados aos eventos lesivos quer do produto ou do serviço, quer da mera navegação pela web.

3.1.3 O fornecedor e o estabelecimento virtual

O CDC brasileiro também se preocupou em conceber um conceito de fornecedor, sujeito que se contrapõe ao consumidor na relação jurídica consumerista. Ambas as figuras encontram sua significação normativa se presentes na relação jurídica, de modo que só existirá o consumidor se na contramão houver um fornecedor e vice-versa. Caso contrário, a relação será ou civil (C2C) ou comercial (B2B).

Nota-se que a disposição contida na lei brasileira é bastante ampla, de modo a contemplar qualquer tipo de agente “responsável pela colocação de produtos e serviços à disposição do consumidor”.⁷⁸

Nesse sentido, por conseguinte, é que são considerados todos quanto propiciem a oferta de produtos e serviços no mercado de consumo, de maneira a atender às

⁷⁸ FILOMENO, 2007, p. 47.

necessidades dos consumidores, sendo despiciendo indagar-se a que título, sendo relevante, isto sim, a distinção que se deve fazer entre as várias espécies de fornecedor no caso de responsabilização por danos causados aos consumidores, ou então para que os próprios fornecedores atuem na via regressiva e em cadeia da mesma responsabilização, visto que vital a solidariedade para a obtenção efetiva de proteção que se visa a oferecer aos mesmos consumidores.⁷⁹

Portanto, o art. 3º do CDC considera fornecedor não só as pessoas jurídicas, notadamente as sociedades comerciais, como também as pessoas físicas ou mesmo os entes despersonalizados. A princípio, poderia se confundir com a figura do empresário, entendido como aquele que “ativa o sistema econômico, exerce função de intermediação entre os que oferecem recursos ou demandam trabalho e aqueles que demandam bens ou serviços; age para satisfazer os desejos ou necessidades dos consumidores”.⁸⁰ Entretanto, o fornecedor é aquele que desenvolve uma atividade profissional, “a qualidade de fornecedor não se esgota na qualidade de empresário”,⁸¹ ela é mais ampla. “O empresário é absorvido pela qualidade de fornecedor. Da mesma forma o é o banqueiro, o profissional liberal, o segurador, o importador, o exportador, etc.”.⁸² O CDC admite inclusive os entes despersonalizados na qualidade de fornecedor, é o caso de uma massa-falida que continua a exercer a atividade empresarial, para que se realize o ativo mais celeremente, por exemplo.⁸³

Além disso, o fornecedor é o que, no direito comunitário europeu, se chama de profissional, ou seja, aquele que exerce com habitualidade a atividade empresarial ou civil (atividade econômica), de forma organizada, com o fito de obter lucro, mesmo que de forma indireta, como o fornecimento de estacionamento, ainda que gratuito, por supermercados e shopping centers, etc.⁸⁴ Inclui-se nesta seara também o profissional liberal, apesar do CDC dispensar-lhe um dispositivo próprio no que diz respeito a sua responsabilidade civil, que será do tipo subjetiva.

“O que diferencia um profissional liberal dos demais profissionais é, principalmente, o seu conhecimento técnico, o qual engloba o conhecimento científico e/ou manual de cada profissão”.⁸⁵ Portanto, seria aquele profissional que desempenha uma profissão que requer

⁷⁹ *Ibidem*, p. 47.

⁸⁰ GALGANO, Francesco *apud* SZTAJN, Rachel. Notas sobre o conceito de empresário e empresa no código civil brasileiro. **Pensar**, Fortaleza, v. 11, 2006, p. 196.

⁸¹ ZANETTI, Robson. A erradicação do binômio fornecedor-consumidor na busca do equilíbrio contratual. **Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, v.9, n. 28, 2006, p. 63.

⁸² *Ibidem*, p. 63.

⁸³ FILOMENO, ob. cit., p. 48.

⁸⁴ ZANETTI, ob. cit., p. 63-64.

⁸⁵ CALDEIRA, Mirella D'Angelo. A responsabilidade civil dos profissionais liberais com o advento do Código de Defesa do Consumidor. **Revista do Curso de Direito**, São Bernardo do Campo, v.1, n.1, 2004, p. 312.

alguma habilidade técnica ou científica especial (geralmente atestada por meio de algum diploma ou certificado), com autonomia, isto é, com a “capacidade de exercer livremente o seu trabalho técnico, tomando decisões por conta própria, sem subordinação, sem vínculo de hierarquia”,⁸⁶ e com caráter *intuito personae*. Esse profissional, enquanto prestador de serviço, também se encontra vinculado em alguma medida ao CDC e ao conceito de fornecedor.

No comércio ciberespacial, o fornecedor apresenta características muito especiais, já que aparece ante o consumidor geralmente como um nome de domínio, muitas vezes até construindo uma personalidade jurídica distinta para atuar no e-commerce daquela que opera no mundo físico.

“Para que os computadores possam conectar-se entre si, é necessária a identificação de cada computador integrante da rede INTERNET”,⁸⁷ “consiste o nome de domínio em um indicador de endereço alfanumérico que associa o respectivo titular a um protocolo da Internet”.⁸⁸ Esse endereço alfanumérico é uma “tradução” de um endereço numérico (endereço IP) feito como forma de facilitar o acesso e a navegação na web. Assim, por exemplo, em vez de decorar e digitar “216.58.193.78” na caixa de endereço do navegador, nos é mais fácil digitar “www.google.com”, para acessarmos o respectivo *site*, embora os efeitos sejam os mesmos.

O chamado domínio de segundo nível é aquela parte do endereço alfanumérico que identifica a pessoa e é ele que ainda enseja dúvidas quanto a sua natureza jurídica. Certamente ele é o dado de maior personalização no nome de domínio, pois identifica mais propriamente o fornecedor, sua marca notória, seu nome fantasia, sua designação corrente por meio da qual os consumidores o identificam.

“Segundo a corrente majoritária, vem sendo interpretado como uma espécie de marca – ou seja, como sinal distintivo que designa dado produto, mercadoria ou serviço, sendo passível de tutela por meio da legislação de marcas e patentes”.⁸⁹ “Por meio da Portaria Interministerial MC/MCT nº 147, foi criado o Comitê Gestor Internet do Brasil, delegando as funções de

⁸⁶ *Ibidem*, p. 313.

⁸⁷ LABRUNIE, Jacques. Conflitos entre nomes de domínio e outros sinais distintivos. *In*: DE LUCCA; SIMÃO FILHO, 2005, p. 268.

⁸⁸ MARTINS, 2016, p. 134.

⁸⁹ MARTINS, 2016, p. 134-135.

registro de nomes de domínio à FAPESP (Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo)”.⁹⁰

O registro era regulado pelas regras da Resolução nº 001/98 do CGI, atualmente revogada pela Resolução nº 008/2008, que prevê que o registro do nome será concedido ao primeiro que a requerer e cumprir os requisitos previstos na resolução. Da mesma forma, veda nomes vexatórios e de baixo calão, que possam induzir terceiros em erro, que se utilize de siglas de estados ou ministérios, que viole direitos de terceiro, etc.

Uma vez que o Comitê registra, em nome de qualquer um, toda e qualquer expressão que não se enquadre nas exceções acima, surge uma enormidade de conflitos, relacionados com marcas não de alto renome, nomes empresariais, nomes civis, reproduções parciais ou com acréscimo de marcas, etc.⁹¹

Ocorre que muitas vezes, terceiros mal-intencionados procedem ao registro de marcas já consagradas, porém não registradas ainda pelo Comitê Gestor, normalmente para se aproveitar do renome dessa marca em seu negócio, ou para posteriormente alienar esse domínio ao verdadeiro titular. Pode ainda ocorrer a pirataria, com acréscimo ou redução parcial do nome de domínio já registrado, como forma de ludibriar e atrair o consumidor, que pela supressão/acréscimo de algumas letras ou símbolos, pensa estar navegando no site da famosa marca que costuma comprar, geralmente até se utilizando de um *layout* parecido ao utilizado pelo “legítimo fornecedor”.

Apesar dessas falhas constatadas nas normas de registro do CGI, a Justiça brasileira tem proporcionado alguns precedentes resguardando a confiança e boa-fé,⁹² de forma que “é vedado o registro de domínio que induza terceiros a erro, devendo ser protegida a confiança, necessária

⁹⁰LABRUNIE, 2005, p. 271.

⁹¹ *Ibidem*, p. 271.

⁹² “Título de estabelecimento e propriedade industrial. Registro na internet de nome de domínio idêntico ao do título de estabelecimento registrado e à marca depositada junto ao INPI, o qual não guarda qualquer relação com o nome empresarial ou título do estabelecimento do titular do domínio. Concessão do registro de domínio na internet efetuada pela precedência, devendo a escolha ser realizada adequadamente pelo requerente, que deve declarar que o nome escolhido não desrespeita a legislação em vigor. Artigo 1º parágrafo único da Resolução nº 08/2008 do CGI.br. Proteção conferida ao nome empresarial, título de estabelecimento e marca. Artigos 33 e 35, V da Lei 8.934/94, artigo 1.163 do Código Civil e artigo 3º, § 2º da Lei 6.404/76. - Direitos de propriedade sobre a marca concedidos tanto ao titular do registro como ao depositante. Artigos 129 e 130 da Lei 9.279/96. Vedação à utilização da marca depositada pela autora. - Cancelamento do domínio da internet determinada. Reparação de danos. Danos morais. Ausência de prova dos prejuízos suportados. Ônus do qual a autora não se desincumbiu, por se tratar de fato constitutivo do seu direito. Artigo 333, I do Código de Processo Civil. Ação parcialmente procedente. Apelação provida em parte. (TJ-SP - APL: 00336656420118260602 SP 0033665-64.2011.8.26.0602, Relator: José Reynaldo, Data de Julgamento: 19/08/2013, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Data de Publicação: 20/08/2013.

ao bom funcionamento da Internet, além de se evitar o favorecimento da concorrência desleal”.⁹³

Embora esse tipo de risco seja inerente à própria natureza da web, constata-se que a legislação que protege a propriedade intelectual ou industrial é plenamente aplicável aos nomes de domínio, uma vez que são registráveis como marca qualquer sinal distintivo visualmente perceptível, não compreendido nas proibições legais (art. 122 da Lei 9.279/96).

Por outro lado:

[...] o Comitê Gestor merece uma regulamentação mais detalhada, que preveja um procedimento de revisão administrativo ou de oposição ao registro de nome de domínio, além de regras de mérito de registrabilidade, que permitam aos legítimos titulares de sinais distintivos já apropriados defenderem-se dos registros e usos indevidos do nome de domínio.⁹⁴

Mas, enquanto nossa legislação e órgãos administrativos não se adaptam a essa realidade, de forma a conferir aos nomes de domínio a segurança registral conferida às marcas, cabe ao consumidor adotar algumas práticas de cautela na sua navegação, como observar se se trata de um site seguro, com a imagem de um cadeado junto à URL da barra de endereços, bem como a checagem do nome de domínio em si; também manter um grau acentuado de alerta quando se tratar de produto ou serviço demasiadamente barato, ou quando o próprio sítio restringir as formas de pagamento (boleto bancário ou transferência bancária), visto que as maiores redes varejistas operam diversas bandeiras de cartão de crédito, etc.

Surge também, correlacionado a essa questão do nome de domínio, a da natureza jurídica do chamado estabelecimento empresarial virtual. Se o nome de domínio é um endereço do mundo ciberespacial que conduz a um *site* da web, o *site* em si é o estabelecimento empresarial virtual, ou um conjunto de bens de acesso universal mediante os quais o empresário ou a sociedade empresária desenvolve sua atividade econômica de forma organizada. Esse conjunto de bens possui uma finalidade teleológica, que “acaba por assumir uma significação econômica superior ao da soma dos bens individuais que o compõem, de modo que há a necessidade de que o direito afirme esquemas dogmáticos aptos a captar essa nova realidade”.⁹⁵

⁹³ MARTINS, 2016, p. 136.

⁹⁴ LABRUNIE, 2005, p. 293.

⁹⁵ CAVALLI, Cássio Machado. Apontamentos sobre a teoria do estabelecimento empresarial no direito brasileiro. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 96, n. 858, abr. 2007, p. 2 (versão digital).

O próprio Código Civil, no art. 1.142, dispõe que “considera-se estabelecimento todo complexo de bens organizados, para o exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária”, baseando-se muito claramente no conceito de *azienda* do Código Civil italiano. Desse conceito, podemos extrair dois elementos (G. Ferrari), um elemento material objetivo, ou seja, o complexo de bens, e um elemento formal finalístico, que compreende esses bens coletivamente considerados como uma universalidade, adquirindo uma funcionalidade necessária a satisfazer as necessidades da empresa de uma forma que os bens singularmente considerados não poderiam.⁹⁶

O Estabelecimento empresarial virtual pode ser originário, “cuja criação, desenvolvimento e implementação estão desvinculados de atividade econômica formal e organizada que o precede”,⁹⁷ ou derivado, que é “a expressão digital de uma atividade empresarial formal e organizada preexistente”.⁹⁸

Para Fábio Ulhoa Coelho, o estabelecimento virtual é sempre derivado, pois “está inserido no contexto dos bens incorpóreos que constituem o estabelecimento empresarial clássico, sendo, de fato, a sua extensão no ambiente digital”.⁹⁹ Todavia, a concepção de Ulhoa Coelho confere um caráter de acessoriedade ou de subsidiariedade ao estabelecimento virtual, quando, muitas vezes, se constata uma autonomia e forte precedência econômica do estabelecimento virtual sobre qualquer conjunto de ativos de bens corpóreos que uma empresa detém no mundo físico.

Tomemos como exemplo a Amazon.com, que em 2017 teve um faturamento de quase 178 bilhões de dólares, sendo 108,35 bilhões só em suas lojas online,¹⁰⁰ o que confere a Amazon um *market share* de cerca de 44% do e-commerce estadunidense.¹⁰¹ A Amazon se configura como um dos principais *players* do comércio ciberespacial muito mais em razão de seus bens intangíveis, do que os tangíveis, ou seja, suas marcas, seu nome de domínio, seu sítio da *web*, seu cadastro de clientes, suas mídias virtuais e *e-books* que comercializa configuram o conjunto

⁹⁶ IACOMINI, Marcello Pietro. **Estabelecimento Empresarial**: negócios jurídicos pertinentes. 2010. 201 f. Dissertação (Mestrado em Direito)—Universidade de São Paulo, 2010, p. 31.

⁹⁷ RIDOLFO, José Olinto de Toledo. Aspectos da valoração do estabelecimento comercial de empresas da Nova Economia. In: DE LUCCA; SIMÃO FILHO, 2005, p. 296-297.

⁹⁸ *Ibidem*, p. 297.

⁹⁹ MARTINS, 2016, p. 139.

¹⁰⁰ Disponível em: <<https://www.statista.com/statistics/672747/amazons-consolidated-net-revenue-by-segment/>>. Acesso em: jul. 2018.

¹⁰¹ Disponível em: <<https://www.retaildive.com/news/amazon-captured-44-of-us-online-sales-last-year/514044/>>. Acesso em: jul. 2018.

de bens que formam esse estabelecimento virtual, que representam mais de 60% de seu faturamento líquido.

O Estabelecimento virtual é também dotado de alguns elementos especiais, que lhe conferem características e operabilidades próprias do mundo virtual, conforme anota José Olinto de Toledo Ridolfo:

- 1) **Interatividade.** É a capacidade de produzir informação qualitativa baseada na coleta em tempo real das manifestações relacionadas aos atos de consulta, visita ou compra efetivada de bens ou serviços ofertados no Estabelecimento Empresarial Digital.
- 2) **Dinamicidade.** Mais que uma característica, uma necessidade que obriga o Estabelecimento Empresarial Digital a ofertar, conjuntamente com seus bens e serviços, informações genéricas e/ou específicas, atualizadas no menor lapso de tempo admissível, e que comporão todo o arcabouço informativo comercial, técnico, financeiro e mercadológico que suportará e/ou norteará a conduta do consumidor.
- 3) **Customização.** É a possibilidade, derivada da análise das manifestações dos canais interativos de adequarem-se bens e serviços ofertados no Estabelecimento Empresarial Digital às reais necessidades da demanda, ajustando-os em tempo real.
- 4) **Navegabilidade.** Característica tecnológica interna do Estabelecimento Empresarial Digital que deve permitir uma condição favorável de identificação e inteligência de produtos, serviços e informações próprias do Estabelecimento visitado.
- 5) **Acessabilidade.** É a característica do Estabelecimento Empresarial Digital por meio da qual tornou-se possível induzir ou identificar necessidades correlatas ou adjacentes aos bens e/ou serviços originariamente ofertados no Estabelecimento Digital remetendo o interessado, direta e simultaneamente ao outro Estabelecimento Digital indicado.
- 6) **Conectividade.** Característica por meio da qual um Estabelecimento Empresarial Digital pode ser acessado por diferentes meios tecnológicos.
- 7) **Escalabilidade.** Característica da infra-estrutura tecnológica que sustenta e mantém um Estabelecimento Empresarial Digital por meio da qual deve-lhe ser conferida a capacidade de ser visitado ou consultado por um número não necessariamente planejado e crescente de visitantes.¹⁰²

Dessa forma, tem-se uma nova concepção do estabelecimento empresarial, assim como uma nova concepção de fornecedor, pois não está simplesmente a se falar de um fundo de comércio, compreendido em uma loja ou uma planta, seus estoques, seus equipamentos, sua clientela, seu ponto de localização e todo aquele aviamento ou *goodwill* que outrora se concebia. Muitas vezes, na nova economia digital, os fornecedores mal possuem bens corpóreos, móveis ou imóveis, sua única ligação com o mundo físico pode ser por meio de um computador enquanto provedor de hospedagem, seu aviamento está sim no nome de domínio, na marca, no site da internet e seu *layout*, nos usuários cadastrados e nos seus bancos de dados.

Novamente recorreremos ao exemplo da Amazon.com, que no primeiro quadrimestre de 2016 contava com cerca de 310 milhões de contas de clientes ativas no mundo inteiro, e 95

¹⁰² RIDOLFO, 2005, p. 299-300.

milhões de clientes com assinatura do Amazon Prime só nos Estados Unidos.¹⁰³ O valor dessa “clientela” é difícil até de mensurar, pois enquanto hoje representa um ativo inestimável à Amazon, tornando-a uma das maiores redes do e-commerce no mundo, a própria dinâmica da internet, que não auxilia na fidelização do cliente, pode reduzir amanhã essa mais-valia a quase nada.

Por fim, se a jurisprudência entende que há responsabilidade civil do fornecedor por danos sofridos pelo consumidor em seu estabelecimento comercial, como violação direta de um dever geral de cuidado, como os danos ou furtos dos veículos dos consumidores em estacionamento da empresa, mesmo que gratuito (Súmula nº 130 do STJ), resta a questão até que ponto esse dever se estende ao ambiente virtual.

O fato de consumidores digitais de serviços ou produtos serem lesados por atitudes de terceiros, “levadas a efeito através de invasão de *site* ou até da rede telemática como um todo”,¹⁰⁴ traz à tona a visão analítica sobre a possibilidade de o fornecedor invocar as excludentes de responsabilidade previstas no art. 393 do Código Civil,¹⁰⁵ bem como a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiros (art. 12, §2º, III e 14, § 3º, II, do CDC).¹⁰⁶

Para Guilherme Magalhães Martins “a relação de consumo cria uma obrigação de custódia e incolumidade”,¹⁰⁷ ou, em termos contratuais, “uma cláusula implícita de segurança, no sentido de assegurar o credor contra os riscos contratuais, colocando a carga do devedor a álea do contrato, salvo, na maioria dos casos, a força maior”.¹⁰⁸

¹⁰³ Disponível em: <<https://www.statista.com/statistics/304938/amazon-prime-and-non-prime-members-average-sales-spend/>>. Acesso em: jul. 2018.

¹⁰⁴ SIMÃO FILHO, Adalberto. Dano ao consumidor por invasão do Site ou da Rede: inaplicabilidade das excludentes de caso fortuito ou força maior. *In*: _____; DE LUCCA, 2005, p. 127.

¹⁰⁵ BRASIL. **Código Civil**. “Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.

Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir”.

¹⁰⁶ “Parte da doutrina considera que, para ser considerado uma causa de exoneração da responsabilidade, o fato de terceiro deve apresentar o caráter de imprevisibilidade e inevitabilidade, figurando como um dos aspectos da força maior (*lato sensu*).

No entanto, ambas as figuras não se confundem, pois, no fato de terceiro, ‘(...) a exoneração terá lugar se for identificada a pessoa de cuja participação proveio o dano. No caso fortuito ou força maior, o dano provirá de um ‘fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir’”. *In*: MARTINS, Guilherme Magalhães. **Responsabilidade civil por acidente de consumo na Internet**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 148-149.

¹⁰⁷ *In*: *Ibidem*, p. 184.

¹⁰⁸ *Ibidem*, p. 184.

Todavia, isso não isenta o usuário de certos deveres de cautela e cuidado, como manter atualizados os *softwares*, antivírus, *firewall* e outras ferramentas de segurança constantes em seus dispositivos, conforme as instruções do fornecedor, observar as certificações dos *sites* em que navega, sobretudo aqueles em que fornece informações privadas, realizar varreduras periódicas no computador, alterar senhas e incorporar técnicas que assegurem sua maior confidencialidade, etc. Logo, a navegação displicente ou mesmo imprudente do consumidor/usuário pode configurar sua culpa, exclusiva ou concorrente, na emergência de qualquer dano.¹⁰⁹

Já com relação à excludente prevista no Código Civil, da força maior (*lato sensu*), entendemos não se aplicar à hipótese de invasão de *sites* e danos decorrentes ao consumidor, em virtude de não se vislumbrar os requisitos da extraordinariedade e inevitabilidade.

Primeiramente, as invasões consumadas ou tentadas a *sites* e sistemas da internet com o fito de se obter vantagens não é algo incomum. Na realidade geram impactos bilionários no e-commerce todo ano,¹¹⁰ forçando constantemente as empresas e provedores a aperfeiçoarem seus sistemas de proteção e segurança em TI. Por outro lado, a inevitabilidade não se configura se não houve a utilização de todos os mecanismos de segurança suficientes para se evitar o tipo de ataque que razoavelmente se esperaria para aquele ambiente digital.

Pode ocorrer que a técnica utilizada se torne obsoleta ante o avanço da própria tecnologia computacional, o que configuraria o risco do desenvolvimento, sobre o qual controverte a doutrina acerca de sua admissão enquanto critério de exclusão da responsabilidade.¹¹¹ Todavia, em se tratando de matéria de segurança em TI, “o critério decisivo é o de que o produto satisfaça as legítimas expectativas de segurança do grande público no momento da sua emissão no comércio, sem que do seu aperfeiçoamento ulterior possa inferir-se a existência de defeito naquele momento”.¹¹²

Outrossim, deve o fornecedor ou provedor garantir o suporte adequado e imediato na constatação da vulnerabilidade do seu sistema, ainda que potencial, atualizando suas

¹⁰⁹ MARTINS, 2008, p. 149.

¹¹⁰ Segundo um levantamento da Serasa Experian, em 2013, o Brasil teve um prejuízo de R\$ 2,3 bilhões em fraudes no comércio eletrônico. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-abr-02/brasil-teve-prejuizo-23-bilhoes-fraudes-internet-2013>>. Acesso em: ago. 2018.

¹¹¹ MARTINS, ob. cit., p. 166 e ss.

¹¹² SILVA, João Calvão *apud* MARTINS, ob. cit., p. 175.

ferramentas (algoritmos, chaves e protocolos) de segurança ou suspendendo o acesso do consumidor se o risco for eminente.

Conclui-se, portanto, que a invasão de um *site* por um *cracker* não configura fortuito externo, mas simplesmente interno, a ensejar o defeito na prestação do serviço, não podendo ser excluída a responsabilidade do fornecedor. A vulnerabilidade de um *site* não é um fato que se desencadeia fora da esfera de atuação do fornecedor ou do provedor, não podendo ser afirmada a ausência de nexo causal entre sua atividade e o dano produzido. Muito pelo contrário, trata-se de risco inerente a essa atividade ou empreendimento.¹¹³

Além do que, mesmo que o fornecedor não seja um agente profissional em TI, ele poderá contar com a expertise de empresas desse segmento, contra as quais poderá acionar um eventual direito de regresso se a tecnologia empregada não fornecer o nível de proteção que dela objetivamente se podia esperar, não devendo esse risco, *prima facie*, ser suportado pelo consumidor/usuário.

3.1.4 A desumanização do contrato

Natalino Irti afirma que “todos se reconhecem e se encontram na categoria do contrato, como um porto comum e seguro” (tradução nossa).¹¹⁴ Em sua concepção, o contrato, mais do que uma categoria jurídica, é um fenômeno linguístico, na medida em que a uma oferta é seguida uma aceitação ou uma contraoferta, estabelecendo-se um diálogo de perguntas e respostas com vistas à formação de um consenso. Antes de mais nada “o intercâmbio de valores econômicos é um conjunto de intercâmbio de valores linguísticos” (tradução nossa),¹¹⁵ arremata Irti.

Na pós-modernidade, a cultura de massas cobrou seu preço também do contrato, que perde toda essa dimensão comunicacional, de concessões e ajustamentos recíprocos, para se enrijecer em modelos e formulários que só aceitam uma resposta: sim ou não. “Extinto o diálogo, o acordo está em toda a predisposição unilateral do texto escrito e na adesão unilateral”.¹¹⁶

¹¹³ MARTINS, 2008, p. 161.

¹¹⁴ In: IRTI, Natalino. **Intercambios sin acuerdo**. Tradução para o espanhol de Nélvor Carreteros Torres e Rómulo Morales Hervias. Versão Original: IRTI, Natalino. Scambi senza accordo. Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, a. 52, Milão: Giuffrè, 1998, p. 347-364. Disponível em: <<http://dike.pucp.edu.pe>>. Acesso em: jul. 2018, p. 2.

¹¹⁵ *Ibidem*, p. 2.

¹¹⁶ *Ibidem*, p. 5.

Não muito distante estão os intercâmbios telemáticos, onde a “língua telemática nada tem em comum com a língua do falar cotidiano: é uma língua não teórica, não portadora de saber histórico, mas *puramente designativa e informativa*”.¹¹⁷ Nesse contexto, “a interação telemática é precisamente um ‘comportamento’ entre dois e não um pensar: *reciprocidade de um fazer, não de um ‘logos’*”¹¹⁸.

O que Irti propõe em sua concepção de “intercâmbios sem acordo” é uma mudança gradual na forma com que o homem desenvolve suas atividades de troca, do contrato ao formulário, da palavra à imagem, do diálogo ao silêncio. Nesse contexto, os intercâmbios, as permutas, a compra e venda, prescindem do acordo de vontades, do comunicar-se, pois se assentam apenas em dois atos unilaterais lícitos: a oferta e a aceitação. “Os dois atos unilaterais se acham na *identidade da mercancia*: é verdadeiramente esta que combina os dois atos e faz uma decisão de troca”.¹¹⁹

Giorgio Oppo, por outro lado, ao formular a expressão “desumanização do contrato”, a partir do ensaio de Natalino Irti, concorda até certo ponto com ele sobre um certo grau de despersonalização das relações comerciais, notadamente nos títulos de crédito e títulos públicos,¹²⁰ porém não nega a natureza contratual dessas relações.¹²¹ G. Oppo pretende desligar o acordo da ideia de diálogo, conforme proposta por Irti. Para Oppo, citando Alberto Trabucchi:

As limitações à livre explicação da autonomia dos contratantes devem se ver como tais, no sentido de tornar mais complexas a explicação eficaz do encontro voluntário, mas jamais como criação de um sistema no qual as leis do mercado venham a sobrepor-se por si só as manifestações das vontades dos particulares e a relevância de sua vinculação.¹²² (tradução nossa)

A crise do contrato mostra, assim, uma tendência à negação do contrato (“a morte do contrato”) ou da teoria contratualista, ao passo que outra tendência propugna pela refundação de suas bases. No direito norte-americano do *common law*, Grant Gilmore introduziu uma

¹¹⁷ IRTI, 1999, p. 10.

¹¹⁸ *Ibidem*, p. 10.

¹¹⁹ *Ibidem*, p. 12.

¹²⁰ OPPO, Giorgio. ¿La deshumanización del contrato?. Trad. Néivar Carreteros Torres e Rómulo Morales Hervias. *Ius et veritas*, Lima, n. 25, 2002, p. 40.

¹²¹ “Novamente, ‘a decadência do acordo dissolve o contrato na ‘**combinação**’ de dois atos unilaterais’. Dissolve? Todavia, que coisa é o contrato-acordo se não a combinação de duas decisões, quer dizer, ‘atos unilaterais’? Se elas ‘se combinam’ ou ‘confluem’, como se pode dizer que permanecem separadas?’ ‘Combinação’ (e Irti insiste sobre esse termo) expressa também melhor que ‘acordo’ a ‘congruência’ das duas ‘decisões’ (congruência que Irti nega). E se as duas decisões se combinam, com que mecanismo isto se sucede e que ‘nome diferente’ tem a combinação? ‘A mercancia – segundo Irti – combina os dois atos e faz uma decisão de troca.’ Muito sugestivo. Entretanto, pode uma coisa qualificar os atos que interessam de outro modo que como **objeto** da exposição **para vender** e da preferência **para adquirir**?” *In: Ibidem*, p. 43.

¹²² *Ibidem*., p. 45.

discussão muito mais profunda do que a mera despersonalização das relações “contratuais”, como se observa em seu clássico “*The death of contract*”, de 1974.

Gilmore parte de uma crítica ao artificialismo da teoria geral dos contratos do direito americano, cuja formulação é paralela ao desenvolvimento do sistema econômico liberal (durante o século XIX), assentada em uma igualdade e liberdade formal. “Assim como para o sistema econômico liberal clássico, a pessoa é um sujeito produtivo, na teoria clássica do contrato, é um sujeito contratual. Isso é o que Gilmore denuncia: uma concepção abstrata, pura e inexistente do contrato” (tradução nossa).¹²³

Gilmore credita o desenvolvimento dessa teoria geral dos contratos a Langdell, em um primeiro momento, com uma ideia, e posteriormente com Holmes e Williston, em suas obras e tratados, até Corbin, onde para Gilmore já se evidencia uma decadência e desintegração.¹²⁴

Em seu epitáfio ao contrato, Gilmore converge sua posição com a de Lawrence Friedman para quem:

A abstração do direito contratual clássico não é falta de realismo. É uma renúncia deliberada ao particular, um abandono consciente da tentativa de restringir a autonomia individual sem obstáculos ou o mercado completamente livre em nome da política social. O direito dos contratos é, por tanto, geralmente coextensivo com a liberdade de mercado. A economia liberal do século XIX se encaixa perfeitamente com o direito contratual agora visto. Também tem uma tendência a abstração. Em ambos os modelos teóricos – o direito dos contratos e a economia liberal – as partes poderiam ser tratadas como unidades econômicas individuais que, em teoria, desfrutam de total mobilidade e liberdade de decisão... (Tradução nossa)¹²⁵

Ademais, a teoria geral dos contratos não seria resultado natural de uma contínua evolução dos precedentes. Ao contrário, representaria uma quebra até com um passado mais recente do *common law*. Como aduz Francisco Gascó em seu prólogo a obra de Gilmore,¹²⁶ por tudo ser manipulável, seria a teoria geral dos contratos também processo de uma manipulação, consciente ou não, sobretudo no que concerne à separação entre a responsabilidade civil contratual e a extracontratual.

Para Gilmore, a teoria contratual se consagra na ideia de que ninguém deve ser responsável ante ninguém por nada, restringindo sobremaneira a responsabilidade, através do

¹²³ GASCÓ, Francisco de P. Blasco. Prólogo. In: GILMORE, Grant. **La muerte del contrato**. Madri: Civitas, 2017 (e-book).

¹²⁴ GILMORE, 2017, p. 1.

¹²⁵ *Ibidem*, p. 2.

¹²⁶ GASCÓ, ob. cit., p. 4.

tipo objetiva, apesar de severamente restrita. Outrossim, se estabelece a concepção de indenização compensatória, não punitiva, e “o motivo de quem descumprir o contrato, segundo explicava Holmes, não determina, em nenhum caso, um tratamento jurídico diferente e, em efeito, toda pessoa tem o direito ‘a descumprir seu contrato se assim o decide’” (tradução nossa).¹²⁷

Na prática, segundo Gilmore, esses danos compensatórios se mostraram claramente insuficientes para ressarcir as vítimas das lesões efetivamente sofridas, mas sendo útil aos empresários para descumprir contratos quando as condições originalmente acordadas deixarem de ser vantajosas.¹²⁸

De fato, Gilmore não propugna pela morte do contrato, mas pela morte da teoria contratual clássica conforme está posta. Esse fim da teoria clássica, na dicção de Guido Alpa, “cede ante a necessidade de análise dos interesses concretos que o acordo entre as partes expressa, análise conduzida não segundo o *método formal*, mas mediante o exame dos *interesses substanciais* - ao que corresponde a *objetivação* e a *despersonalização* do contrato”.¹²⁹

Também, a superação dessa teoria implica que o contrato está sendo reabsorvido, na visão de Gilmore, pela responsabilidade civil extracontratual moderna, mais ampla do que aquela que no século XIX o contrato se apartou para criar a noção de responsabilidade civil contratual.¹³⁰

Um caso interessante, aponta o autor, tem-se com a responsabilidade dos produtores, que sempre teve um pé tanto na responsabilidade contratual como na extracontratual, porém gradualmente se consolidou mais como uma responsabilidade de tipo contratual, embora atualmente ampare inclusive o consumidor/usuário por equiparação, tal qual o art. 17 do CDC, em casos de dano decorrente da atividade, mesmo que não haja comprado o produto ou que não tenha qualquer relação contratual com o produtor. Portanto, mais um reflexo da despersonalização das relações contratuais que assistimos, pois esse consumidor poderá

¹²⁷ GILMORE, 2017, p. 6.

¹²⁸ *Ibidem*, p. 6.

¹²⁹ *In*: GRAU, Eros Roberto. Um novo paradigma dos contratos?. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, n. 96, 2001, p. 426.

¹³⁰ GILMORE, 2017, p. 1.

inclusive ser a coletividade, ainda que indeterminável, que aja intervindo nas relações de consumo.

Essa coletividade de consumidores, efetivos ou potenciais, expressa essa homogeneização das relações de intercâmbio comercial no mercado de consumo, incluso o e-commerce, o que corrobora a visão de Irti, de uma certa dose de desumanização dos contratos, embora não se pretenda abandonar os fundamentos da teoria contratual como quer Gilmore ou negar sua natureza contratual, tal qual Irti. Mas, em certa medida, refunda-la sobre bases mais consentâneas à própria dinâmica das relações mercantis desse período histórico. Período este marcado por um consumidor sem rosto, representado por um perfil virtual, um e-mail ou um cartão de crédito. Ao passo em que o fornecedor é uma grande corporação multinacional, que não conhece barreiras territoriais, idiomáticas ou jurídicas, dotadas de um enorme poder econômico e, por derivação, político.

Isso reclama, muitas vezes, a tutela coletiva do consumidor para potencializar sua efetividade, bem como a aproximação da responsabilidade civil contratual com a extracontratual, como antevê Gilmore, de forma a fornecer os subsídios teórico-jurídicos suficientes para ressarcir integralmente os danos ao consumidor, bem como prevenir a prática de condutas desleais.

A obra de Gilmore precedeu a proliferação dos chamados *punitive damages* do direito americano, especialmente entre os anos de 1980 a 1990. Os *punitive damages*, “em sua atual formatação no Estados Unidos, são indenizações obtidas pelas vítimas quando os atos do ofensor foram considerados maliciosos, violentos, opressivos, fraudulentos, temerários ou significativamente (‘grotescamente’) negligentes”,¹³¹ portanto são utilizados em casos que se constate a existência de dolo ou culpa grave.

O instituto passou a ser alvo de críticas por sua imprevisibilidade e aparente falta de limites legais, o que forçou a Suprema Corte norte-americana a balizar alguns precedentes invocando a *Due process clause*, em seu aspecto substancial, bem como reforçando a necessária comprovação do nexo de causalidade entre a conduta dirigida ao demandante *sub judice* e o dano efetivamente sofrido.¹³² De fato, observou-se nos Estados Unidos o uso indiscriminado

¹³¹ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Punitive damages* em sistemas civilistas: problemas e perspectivas. **Revista trimestral de direito civil**, Rio de Janeiro, v. 18, abr./jun. 2004, p. 56.

¹³² *Ibidem*, p. 60-63.

pelos requerentes, geralmente em relações de consumo, de muitas práticas danosas, desleais ou vexatórias, mesmo que exorbitassem seus casos em exame, como argumento dissuasório para convencer jurados e/ou incrementar sobremaneira as penalidades arbitradas.

No direito brasileiro e no sistema europeu-continental a questão tem gerado acaloradas discussões, pois a vedação ao enriquecimento sem causa¹³³ é uma das pedras angulares do nosso direito privado, o que limita a obrigação indenizatória ao dano efetivamente ocorrido (art. 944 do CCB), seja material e/ou moral, e ao lucro cessante. Porém o *punitive damage*, até por sua correlação com o direito penal, traz em si também o caráter expiatório, de vingança privada,¹³⁴ bem como um caráter didático, de desestímulo à prática de outros ilícitos, especialmente no direito do consumidor.¹³⁵ Isso claramente ultrapassa a ideia de dano conforme concebida pela doutrina mais clássica.

Antônio Junqueira de Azevedo propõe a criação da categoria do dano social, ou seja, aquela conduta que “atinge a toda a sociedade, num rebaixamento imediato do nível de vida da população”.¹³⁶ “A ‘pena’ – agora, entre aspas, porque no fundo, é reposição à sociedade –, visa restaurar o nível social de tranqüilidade diminuída pelo ato ilícito”.¹³⁷ Portanto, para Antônio Junqueira de Azevedo, a disciplina dos *punitive damages* é compatível com nosso sistema de responsabilidade civil, até porque a ideia de “pena” não é estranha ao Código Civil, e comporta sua implementação ampla com base na ideia de dano social, harmonizável com a cláusula geral do art. 944 do CCB, desde que configurado o dolo ou culpa grave.

¹³³ “[...] reputa-se que o enriquecimento carece de causa, quando o direito o não aprova ou consente, porque não existe uma relação ou um facto que, de acordo com os princípios do sistema jurídico, justifique a deslocação patrimonial; sempre que aproveita, em suma, a pessoa diversa daquela a quem, segundo a lei, deveria beneficiar. Mas ele é apenas *ajurídico*, no sentido de substancialmente ilegítimo ou injusto, e não formalmente *antijurídico*”. In: COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Direito das obrigações**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 432-433.

¹³⁴ MORAES, 2004, p. 57.

¹³⁵ AZEVEDO, Antônio Junqueira. Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social. In: **Novos estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 380 (377-384).

¹³⁶ *Ibidem*, p. 380.

¹³⁷ *Ibidem*, p. 381.

Maria Celina Bodin de Moraes, a seu turno, também reconhece a existência da “pena” no direito civil, porém de legalidade estrita, reclama uma previsão normativa específica,¹³⁸ como se intentou fazer com o vetado art. 16 do CDC.¹³⁹

Vale lembrar que o CDC e a lei da Ação civil pública (Lei 7.347/85) reconhecem a possibilidade de fixação de indenizações que considerem a transindividualidade do dano, tutelando uma coletividade indistinta de indivíduos, sem que um seja efetivamente beneficiado em nome de todos – como ocorre com o *punitive damages* – já que o valor auferido reverte para o Fundo de Defesa de Direitos Difusos, conforme prevê o parágrafo único do art. 100 do CDC e art. 13 da Lei 7.347.

Nesses casos, porém, o instituto não pode se equiparar ao dano punitivo como hoje é praticado porque o valor da indenização, a ser pago “punitivamente”, não poderá ter como destinatário a vítima mas, coerentemente com o nosso sistema, deverá servir a beneficiar um número maior de pessoas, através do depósito das condenações em fundos pré-determinados. Em uma indenização “exemplar”, em se tratando de resposta à coletividade, o destinatário não poderia mesmo ser outro.¹⁴⁰

Porém, não deixa de permanecer pertinente a constatação de Antônio Junqueira de Azevedo, ao advogar que a indenização punitiva deveria reverter em favor da vítima demandante, em razão de seu desforço judiciário: “as condições concretas que vivemos não são, porém, favoráveis à criação de mais deveres para o Estado. É irrealismo: o Ministério Público já tem trabalho suficiente”, aduz Azevedo.¹⁴¹

Os números vão ao encontro da posição de Azevedo. No levantamento histórico, observa-se que a atual crise fiscal do governo federal ocasionou uma consistente redução dos valores investidos pelo FDD, ao passo em que sua arrecadação aumentou consideravelmente,

¹³⁸ “Todavia, ao adotar-se o caráter punitivo, e deixa-lo ao arbítrio unicamente do juiz corre-se o risco de violar o multissecular princípio da legalidade, segundo o qual *nullum crimen, nulla poena sine lege*; além disso, em sede civil, não se colocam a disposição do ofensor as garantias substanciais e processuais – como, por exemplo, a maior acuidade quanto ao ônus da prova – tradicionalmente prescritas ao imputado no juízo criminal”. In: MORAES, 2004, p. 73.

¹³⁹ BRASIL **Código de Defesa do Consumidor**. Art. 16 Vetado – Se comprovada a alta periculosidade do produto ou serviço que provocou o dano, ou grave imprudência, negligência ou imperícia do fornecedor, será devida multa civil de até um milhão de vezes o Bônus do Tesouro Nacional – BTN, ou índice equivalente que venha substituí-lo, na ação proposta por qualquer dos legitimados à defesa do consumidor em juízo, a critério do juiz, de acordo com a gravidade e proporção do dano, bem como a situação econômica do responsável.

¹⁴⁰ MORAES, ob. cit., p. 77.

¹⁴¹ In: AZEVEDO, 2009, p. 383.

sendo esse excedente repassado ao caixa do Ministério da Justiça para suprir suas despesas orçamentárias.¹⁴²

Só em 2016, R\$ 775 milhões chegaram ao Fundo. O dinheiro vem principalmente das multas aplicadas pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) a empresas condenadas por formação de cartel, tendo origem também em condenações em ações civis públicas de responsabilidade por danos ao meio-ambiente, ao consumidor e aos investidores no mercado de valores mobiliários, por exemplo.¹⁴³

Vejamos os valores levantados pela reportagem do Consultor Jurídico¹⁴⁴ referentes ao FDD, em milhões de reais:

ANO	ARRECADADAÇÃO	VALOR USADO PELO FUNDO
2010	30,8	7,9
2011	41,4	8,9
2012	57,0	5,5
2013	120,2	3,6
2014	192,3	6,3
2015	563,3	3,8
2016	775,0	2,4
2017 (até março)	117,6	Indisponível
Total	1.897,6	38,4

Diante de tão insofismável realidade, é evidente que os recursos do FDD não são efetivamente utilizados em suas finalidades institucionais, porém assiste razão à posição de Maria Celina Bodin de Moraes ao exigir a reserva legal para imposição de qualquer múnus ao

¹⁴² VASCONCELLOS, Marcelo de. Governo usa bilhões do Fundo de Defesa dos Direitos Difusos para inflar o caixa. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 31 mar. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-mar-31/governo-usa-dinheiro-fundo-direitos-difusos-caixa>>. Acesso em jul. 2018.

¹⁴³ *Ibidem*.

¹⁴⁴ *Ibidem*.

agente violador além da reparação do dano, conforme prescrito no CCB e no CDC, sob pena de violação à cláusula de vedação ao enriquecimento sem causa.

Nessa hipótese, para mera reflexão, seria importante que tais valores eventualmente arbitrados – a título de punição – revertersem as associações de defesa de direitos difusos, que constituem um importante segmento do sistema de defesa do consumidor, para utilização e ampliação de suas atividades de proteção de direitos.

Por tudo isso, constata-se de fato uma mudança sensível na teoria geral dos contratos a partir desse fenômeno de desumanização dos contratos. A desumanização dos contratos é um processo gradual de perda da individualidade e personalismo (pessoalidade) do direito contratual ante a formulação dos contratos de adesão, a emergência da figura da coletividade de consumidores, sua aproximação ao modelo de responsabilidade extracontratual e a tutela coletiva do consumidor,¹⁴⁵ etc.

Para Claudia Lima Marques, a resposta à essa despersonalização extrema dos contratos eletrônicos (“desumanização”) veio através de dois grupos de instrumentos de “repersonalização virtual”. O primeiro consiste nas técnicas de reidentificação das partes, através das tecnologias desenvolvidas para reconhecer computadores, senhas e *logins* individuais, criptografias e chaves nas assinaturas eletrônicas, certificação de origem, etc.

O segundo, mais sutil, consiste na personalização do consumo (do produto ou do serviço), seja nas cláusulas do contrato, a partir de um conjunto de termos pré-definidos, seja em características próprias dos bens, de uma lista de possíveis combinações, ou de comodidades em serviço,¹⁴⁶ como sua prestação em casa (*home care, home banking, home vídeo rental, etc.*).¹⁴⁷ Essa segunda hipótese não desperta grandes problemas ao sistema consumerista, visto

¹⁴⁵ “No entanto, a fronteira entre contrato e delito não é de forma alguma tão clara quanto se possa imaginar. O fato de ter sido consideravelmente desfocado torna-se aparente quando se compara como diferentes sistemas jurídicos modernos têm tentado lidar com as exigências de extensão da responsabilidade, surgidas como resultado das complexidades da era tecnológica. A proteção do consumidor contra produtos defeituosos por meio de demanda contra o fabricante é uma questão de responsabilidade extracontratual no direito inglês, enquanto os tribunais franceses estiveram preparados para conceder-lhe uma pretensão contratual direta. No caso de declarações negligentes, os tribunais alemães operam com responsabilidade contratual (embora em alguns casos a natureza fictícia da construção contratual dificilmente possa ser ocultada: o réu é responsável, não porque ele quer ser obrigado, mas porque ele é - sob certas circunstâncias - supostamente responsável)” (tradução nossa). In: ZIMMERMANN, 1999, p. 11.

¹⁴⁶ “O *revival* da distribuição direta provoca um retrocesso na standardização dos produtos, semelhante ao da fase artesanal. Mas, de outro lado, abre possibilidades de cativar os consumidores antes não existentes, pois continuamos na *economia da abundância* com mais produtos do que consumidores”. In: MARQUES, 2004, p. 116.

¹⁴⁷ MARQUES, 2004, p. 101-102.

que o CDC já fornece um certo grau de proteção também a produtos e serviços não standardizados, como o tratamento das cláusulas abusivas (art. 51 do CDC) que não se limita apenas ao contrato de adesão. Ademais, o fato do consumidor alterar pontualmente o contrato não desfigura sua natureza de adesão (art. 54 *caput* e § 1º do CDC), bem como a regra interpretativa *in dubio pro consumidor* (art. 47 do CDC) de aplicação indistinta.

Já através dos primeiros instrumentos, se busca resolver dois problemas de ordem técnico-jurídica, que consiste na imputação do ato ao agente humano bem como a aferição de sua capacidade, conforme requisito de validade dos atos jurídicos (art. 104, I, do CCB).

A virtualidade e a espacialidade do comércio eletrônico trazem um risco similar a qualquer contratação entre ausentes, que consiste na prova da identidade e da vontade do declarante. Para tanto, a própria tecnologia da informação tenta fornecer certos subsídios para suplantar esse risco, visto que “a máquina, o computador, serve não só de instrumento (como a máquina de escrever) ou meio (como o papel), mas também como um ‘quasi-agente’ da comunicação virtual, pois aos olhos do consumidor, é este *quasi-agente* que informa e que aparece”.¹⁴⁸

A arquitetura da Internet é concebida em camadas, que coletivamente são chamadas de *Internet Protocol stack* (pilha de protocolos da internet, numa tradução livre), variando entre 5 e 7 camadas, dependendo da fonte autorizadora.¹⁴⁹ A 3ª camada, de rede, é encarregada de providenciar a movimentação dos pacotes de dados (*packets*) entre quaisquer dois hospedeiros (*hosts*). Ela fornece uma maneira de identificar (*addressing*) cada hospedeiro, usando uma legenda numérica única e irrepitível chamada de IP (*Internet Protocol*).

A 4ª camada, de transporte, funciona para garantir a comunicação e conexão entre aplicações, fornecendo um protocolo, seja o TCP (*Transmission Control Protocol*) que garante a entrega dos pacotes de dados da forma como foi enviado, ou o UDP (*User Datagram Protocol*), que entrega o pacote o mais rápido possível, sem qualquer garantia de integridade.¹⁵⁰

O protocolo TCP/IP, dado sua confiabilidade na entrega dos dados, é o mais utilizado na construção de aplicações, todavia também apresenta uma das principais vulnerações no que

¹⁴⁸ MARQUES, 2004, p. 103.

¹⁴⁹ GOODRICH, Michael; TAMASSIA, Roberto. **Introduction to computer security**. Edimburgo: Pearson, 2014, p. 223.

¹⁵⁰ *Ibidem*, p. 246 e ss.

tange essa identificação dos usuários e autenticação da mensagem (*TCP hijacking*), além de que ele em si só permite a identificação no máximo da máquina da qual se originou aquele dado, não do usuário.¹⁵¹

O sequestro do TCP (*TCP hijacking*) consiste na captura ou alteração de uma conexão TCP de outro usuário para diferentes propósitos, podendo inclusive criar uma “situação de intermediação”, na qual o agressor consegue se entropor na comunicação entre os sistemas. Ele “pode então executar todas as ações subsequentes como se fosse o usuário que ele está a mascarar (por falsas fontes de endereço IP), e pode interceptar todas as respostas de ambos os lados” (tradução nossa).¹⁵² Contramedidas envolvem o uso de encriptação e autenticação em ambas as camadas da rede e de aplicação.

“As questões da autenticação e privacidade são localizadas em vários protocolos de nível mais alto, como o DNSSEC, SSH, e SSL/TLS, mas uma solução mais poderosa na camada da rede poderia garantir segurança para todas as aplicações” (tradução nossa),¹⁵³ para tanto foi criado o protocolo IPsec (*Internet Protocol Security*).

O IPsec contém várias extensões com diferentes necessidades de segurança, que operam a partir do estabelecimento de uma série de associações de segurança (*security associations – SAs*) firmadas entre as partes comunicantes. Essas associações contêm chaves de encriptação, informações sobre o uso de tal ou qual algoritmo, além de outros parâmetros relativos à comunicação.

IPsec providencia proteção para os pacotes que saem e verifica ou decifra os pacotes que chegam usando um *security parameter index* (SPI) armazenado no topo do pacote IPsec, juntamente com a destinação ou fonte do endereço IP, para classificar no *SADB* [*security association database*] e desenvolver ações baseadas na *SA* apropriada.¹⁵⁴

Adicionalmente, os *websites* deveriam evitar sessões que iniciem com medidas seguras de autenticação e posteriormente degenerem para trocas de informações sem criptografia.¹⁵⁵ Todos esses mecanismos conferem a autenticidade da máquina e a integridade da comunicação.

¹⁵¹ “De fato, no *Internet protocol stack*, não existe a noção de identidade dos usuários. Dados são trocados entre máquinas e processos, não pessoas. Assim, se nós queremos introduzir identidades e permitir assinaturas, então nós devemos fazer isso explicitamente na camada de aplicação ou com um protocolo alternativo”. In: GOODRICH; TAMASSIA, 2014, p. 228.

¹⁵² *Ibidem*, p. 255.

¹⁵³ *Ibidem*, p. 294.

¹⁵⁴ *Ibidem*, p. 294.

¹⁵⁵ *Ibidem*, p. 347.

Para garantir a identidade do usuário, ainda outro conjunto de ferramentas são disponibilizadas pela tecnologia de segurança, combinando elementos e ferramentas que a pessoa tem (como um *smart card* ou um *token* USB), que a pessoa sabe (como senhas e palavras-chave), que a pessoa é (como papilas dérmicas ou reconhecimento facial).¹⁵⁶

Quanto mais ferramentas e protocolos o sistema de contratação eletrônica utilizar, menores serão os riscos do fornecedor e maior a comprovação de ambas as identidades e do conteúdo de suas mensagens.

Um outro ponto que se coloca diz respeito à capacidade do agente que, conforme o critério legal, é em regra plena aos dezoito anos, já se podendo realizar atos da vida civil, mediante assistência de seu guardião desde os dezesseis anos. Ocorre que no comércio eletrônico é possível a realização de transações com o simples uso de um cartão de crédito, por exemplo. Nesses casos, a aferição da capacidade do agente é sublevada à segundo plano, pois pode um pai de repente se deparar com uma compra realizada em seu nome por seu filho menor.¹⁵⁷

Deve, portanto, o fornecedor exigir a declaração da idade do usuário para poder invocar o benefício do art. 180 do CCB.¹⁵⁸ Tratando-se de menores absolutamente incapazes, a nulidade é absoluta, “o risco da contratação inválida ou anulável com menores será sempre do fornecedor (devido às normas de proteção dos incapazes)”,¹⁵⁹ por isso a importância de diversas salvaguardas de segurança e identificação. Entretanto, se o pai ou responsável confia essas informações de segurança ao menor, “imputa-se a existência de um ato negocial ao ‘guardião’ do computador ou da senha”.¹⁶⁰

Por outro lado, não apenas o consumidor se “reidentifica”, “o fornecedor também se individualiza, assim como suas práticas comerciais”,¹⁶¹ sobretudo através de sua marca, mas

¹⁵⁶ GOODRICH; TAMASSIA, 2014, p. 4.

¹⁵⁷ Num caso recente, uma criança de 9 anos descobriu a senha do PayPal do pai e através de seu celular comprou uma viagem para a Disneyland Paris, no valor de 1.000 libras, com a completa ignorância de seus pais, que só descobriram a proeza com a chegada da fatura do cartão de crédito. Disponível em: <<https://vejasp.abril.com.br/blog/pop/crianca-compra-viagem-disney/>>. Acesso em jul. 2018.

¹⁵⁸ BRASIL. **Código Civil**. “Art. 180. O menor, entre dezesseis e dezoito anos, não pode, para eximir-se de uma obrigação, invocar a sua idade se dolosamente a ocultou quando inquirido pela outra parte, ou se, no ato de obrigarse, declarou-se maior.”

¹⁵⁹ MARQUES, 2004, p. 108.

¹⁶⁰ *Ibidem*, p. 108.

¹⁶¹ *Ibidem*, p. 102.

também do seu *layout*, seu design, sua tecnologia, o seu grau de segurança e até sua “posição ideológica” em questões polêmicas.¹⁶²

A premissa básica do relacionamento marca/consumidor, sob essa ótica, é que a construção do “nós” reside na forma como a marca é percebida pelos consumidores, ou seja, no que eles têm aprendido, sentido, visto e ouvido sobre ela como resultado de suas experiências de vida (e.g., propaganda boca a boca, amigos) com ela (BLACKSTON, 1993, KELLER, 2002).¹⁶³

Deve-se levar em consideração que a marca, na atual sociedade da imagem,¹⁶⁴ representa um signo valorativo muito mais importante do que os meros sinais distintivos visualmente perceptíveis que diferenciam produtos e serviços, conforme a concebe o direito da propriedade industrial.¹⁶⁵ Na realidade, a marca publicitária é, em certa medida, um paradigma para se pensar a relação estabelecida entre a sociedade e seus padrões de estética e consumo, na medida em que os espaços se desmaterializaram, “as grandes cidades do final do século XX – das quais Nova York é paradigmática – tornaram-se ‘midiáticas’, no sentido preciso de que é o cenário metropolitano o ‘lugar por excelência da atenção flutuante, como a do telespectador’”.¹⁶⁶

“É nessa condição de implosão de espaços outrora possibilitadores de formações identitárias que a marca publicitária se oferece como uma ‘ilusão de forma’ a partir da qual se possa experienciar o corpo”,¹⁶⁷ pois na submersão da racionalidade, que é uma experiência do

¹⁶² Em um episódio que tomou recentemente a mídia nacional, um famoso *youtuber*, um influenciador digital que se utiliza da plataforma YouTube, fez um comentário em uma rede social considerado como “racista” por muitos internautas que “seguem” o influenciador. Após esse evento, diversas empresas que se utilizavam do *youtuber* para realizar propagandas repudiaram sua atitude e manifestaram-se no sentido de romper qualquer relação comercial com ele.

¹⁶³ MELLO, Sérgio C. Benício de; FÔNSECA, Francisco Ricardo Bezerra. (Re)compreendendo o relacionamento marca/consumidor. **Revista de Administração FACES Journal**, Belo Horizonte, v. 6, n.1, 2007, p. 30-31.

¹⁶⁴ Para Isleide Fontenelle, a sociedade da imagem é: “uma sociedade capitalista cujo princípio concorrencial está baseado na diferenciação dos produtos pelas imagens; é uma sociedade na qual houve uma imbricação tal entre economia e cultura, ao ponto de a indústria cultural no sentido de indústria como cultura tornar-se seu paradigma por excelência; é uma sociedade de tempo acelerado e, por consequência, de produção e descarte de tudo o que foi produzido; isso, por sua vez, leva à implosão de todas as formas produzidas (não só produtos, bem como valores e instituições), gerando uma sociedade do vazio, do ‘sem forma’; por conta disso tudo, essa é uma sociedade na qual ‘estar na imagem é existir’, e vive-se, então, numa forma de socialidade marcada *pela performance*, pela produção de impressões”. In: FONTENELLE, Isleide. *Corpo e marca publicitária na sociedade das imagens. Comunicação, Mídia e Consumo*, São Paulo, v.1, n.1, 2004, p. 6.

¹⁶⁵ “A marca pode ser considerada (em essência) uma estrutura bidimensional: uma dimensão funcional composta de aspectos mensuráveis, como nome, logo, design da embalagem e outros atributos mensuráveis (AMBLER *et al.*, 2002; DE CHERNATONY; MCWILLIAN, 1990; KELLER, 2002) e uma dimensão simbólica composta por um conjunto de características identificadoras que ultrapassam os aspectos mensuráveis, permanecendo aspectos intangíveis como: personalidade, reputação e proeminência”. In: MELLO; FÔNSECA, ob. cit., p. 31.

¹⁶⁶ *Ibidem*, p. 10.

¹⁶⁷ *Ibidem*, p. 11.

diálogo e do silêncio interior, ou seja, a antítese da padronização do modo de vida hodierno, emergem os instintos, conduzidos pelas experiências sensoriais mais imediatas.

Sintoma e protagonista dessa época, a marca publicitária é um modelo exemplar da própria constituição identitária: insistindo na continuidade e no padrão através do "nome", a marca também só permanece ao se abrir para o deslocamento permanente de imagens e produtos que a nossa era do descartável está a forçar, oferecendo-nos um refúgio numa cultura que se tornou descartável. Explico: na pesquisa que realizei sobre a constituição e manutenção da marca McDonald's - e isso vale para as grandes marcas que se estabeleceram ao longo do século XX e até mesmo no final do século XIX, como a Coca-Cola, e que permanecem até hoje -, tudo nelas mudou em termos de produtos e imagens. A única coisa que permaneceu foi o nome. Assim, ao deslocar incessantemente suas imagens e ao inovar constantemente os produtos para dar conta de uma era da frugalidade e da pretensa multiplicidade das escolhas, a marca está mudando para permanecer. E, nessa busca de manutenção da marca, presenciamos um processo de constituição identitária muito similar ao que ocorre entre os sujeitos ao ter de lidar com a relação entre permanência e mudança.¹⁶⁸

Portanto, a marca é um fator capital na identificação do fornecedor no e-commerce, pois se num passado não tão longínquo o consumidor se dirigia a um fornecedor de seu conhecimento e confiança, às vezes até de trato pessoal, para adquirir um produto que podia manusear, experimentar e negociar, reduzindo os riscos de sua consumação; no comércio ciberespacial ele se torna refém da confiança que a marca do fornecedor constrói em âmbitos de mercancia cada vez maiores (mercados globais).

Assim, não importa tanto ao consumidor onde e por quem aquele bem é fabricado (*made in Taiwan, made in China, made in Vietnam, etc.*), quais as técnicas empregadas, qual a sua real utilidade, qual a sua política para as relações de trabalho e dejetos sólidos, se uma famosa marca é ostentada naquele bem, já é condição suficiente para sua “desejabilidade”, criando-se um fetichismo marcário, que torna o próprio consumidor uma vitrine viva e em exposição.

Além disso, a confiança perde seu caráter sinalagmático,¹⁶⁹ pois muitas vezes não é fruto de uma experiência recorrente do consumidor, de uma relação dialética e mutual, mas de uma construção objetiva de uma pretensa imagem pelo fornecedor sobre certos atributos ou características de seus produtos ou serviços que os tornam mais desejáveis que de sua concorrência, exaustivamente explorada ao ponto de incutir essa crença no consumidor, que mais se assemelha ao conceito de “fé”, enquanto crença transcendental, ou seja, não oriunda de uma experiência sensível. Assim, o produtor/fornecedor, geralmente constituído em grandes

¹⁶⁸ FONTENELLE, 2004, p. 11.

¹⁶⁹ “A relação torna-se, então, assimétrica com o controle da relação quase de cunho exclusivo da marca. O consumidor teria diminuto poder para criar a relação com a marca, possuindo (se quiser manter a relação) a opção de ‘aceitar’ e participar do mundo construído para ele e a marca. Caso não queira ‘aceitar’ esse ‘nós’, pode escolher dissolver ou não se engajar na relação”. In: MELLO; FONSÊCA, 2007, p. 33.

conglomerados e *holdings* empresarias, se individualiza através de uma marca ou conjunto de marcas, que se tornam seus principais ativos, pois não é por acaso que as marcas mais valiosas do mundo estão ligadas diretamente ao e-commerce.¹⁷⁰

3.2 O objeto da relação jurídica virtual e os vícios do produto ou serviço

A virtualidade do e-commerce não se limita a modificar os parâmetros pelo qual se concebe as figuras do consumidor e do fornecedor digital, a própria ascendência desse ciberespaço cria necessidades de bens e serviços próprios, muitos dos quais imateriais, para atender as precisões de um perfil virtual de indivíduo, um novo corpo virtual.

Para Pierre Levy, através dessa virtualização:

[...] o corpo sai de si mesmo, adquire novas velocidades, conquista novos espaços. Verte-se no exterior e reverte a exterioridade técnica ou a alteridade biológica em subjetividade concreta. Ao virtualizar o corpo se multiplica. Criamos para nós mesmos organismos virtuais que enriquecem nosso universo sensível sem nos impor a dor. Trata-se de uma desencarnação? Verificamos com o exemplo do corpo que a virtualização não pode ser reduzida a um processo de desaparecimento ou de desmaterialização. Correndo o risco de sermos redundantes, lembremos que essa virtualização é analisável essencialmente como mudança de identidade, passagem de uma solução particular a uma problemática geral ou transformação de uma atividade espacial e circunscrita em funcionamento não localizado, dessincronizado, coletivizado. A virtualização do corpo não é portanto uma desencarnação mas uma reinvenção, uma reencarnação, uma multiplicação, uma vetorização, uma heterogênesse do humano. Contudo, o limite jamais está definitivamente traçado entre a heterogênesse e a alienação, a atualização e a reificação mercantil, a virtualização e a amputação. Esse limite indeciso deve ser constantemente considerado, avaliado com esforço renovado, tanto pelas pessoas no que diz respeito a sua vida pessoal, quanto pelas sociedades no âmbito das leis.¹⁷¹

Dessa forma, se cabe ao indivíduo determinar o grau de ascendência dessa virtualidade sobre sua vida privada, ao Direito corresponde o dever de garantir a integridade de seu eu, físico ou virtual, bem como de suas possibilidades de autodeterminação frente a esses fenômenos que são experiências de reificação.¹⁷²

¹⁷⁰ Pelo levantamento da consultoria Brand Finance, em 2018 as marcas mais valiosas do mundo são respectivamente: Amazon, Apple, Google, Samsung, AT&T, Microsoft, Verizon, Walmart e ICBC. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/economia/o-valor-de-cada-um-confira-queis-sao-as-marcas-mais-valiosas-do-mundo-22373873>>. Acesso em jul. 2018.

¹⁷¹ In: LEVY, Pierre. **O que é o virtual?**. Trad. Paulo Neves. São Paulo: 34, 2007, p. 33.

¹⁷² “Diferente da ‘instrumentalização’, a reificação pressupõe que nós nem percebamos mais nas outras pessoas as suas características que as tornam propriamente exemplares do gênero humano: tratar alguém como uma ‘coisa’ significa justamente tomá-la(o) como ‘algo’, despido de quaisquer características ou habilidades humanas. Possivelmente a equiparação do conceito ‘reificação’ ao de ‘instrumentalização’ só ocorra com tanta frequência porque com ‘instrumentos’ nós normalmente nos referimos a objetos materiais; mas isto leva a perder de vista que aquilo que torna pessoas adequadas a serem utilizadas como instrumentos para fins de terceiros geralmente são

As relações contratuais cibernéticas sofrem, em diferentes graus, a incidência desse fenômeno “virtualizante”, primeiramente nos sujeitos, nos corpos, nas individualidades e suas esferas de consciência. Posteriormente sobre as “coisas”, na realidade um conjunto de dados ou de processos de aplicações que são objetivados como bens ou serviços para sua subsunção ao enquadramento normativo respectivo.

Como visto, os contratos eletrônicos podem ser classificados de acordo com o momento da incidência da virtualidade, sendo aqueles executados pela internet os possíveis de sofrerem essa virtualização do objeto da relação jurídica.

Dessa forma, a prestação virtual é aquele dar ou aquele fazer que se realiza no ciberespaço. Não se trata do comércio eletrônico de *hard goods* (objetos corpóreos adquiridos pelo e-commerce),¹⁷³ cuja coisa ou serviço é ofertada na *web* e adquirida pelo consumidor para sua consumação física, como a compra de um eletroeletrônico, um bem de consumo, um cupom de serviços materiais (uma excursão, um concerto de um carro, um tratamento estético, etc.) pois estes bens/serviços existem no mundo físico e nele deixam suas impressões.

Trata-se, na realidade, da aquisição de bens e serviços intangíveis, com pouco ou nenhum vestígio físico, cuja existência, funcionamento e atributos escapam ao conhecimento do consumidor-médio. É o *software*, o arquivo digital (o filme mp4., a música mp3., o *e-book*, etc.), o banco de dados, as assistências informáticas remotas, os serviços bancários eletrônicos, os cursos *online* ou os programas e dados que integram e fazem funcionar um *gadget* (como os sistemas de um *smartphone*, um computador, um *smartwatch* ou uma *smart TV*), etc.¹⁷⁴

Antes de tudo, cabe indagar se os produtos e serviços gratuitos, bastante comuns na internet – como serviços de e-mail, antivírus, armazenamento de dados, *free downloads*, etc. – estariam abrangidos no sistema de proteção do consumidor, uma vez que o art. 3º, § 2º, do CDC, define serviço como uma atividade remunerada. Por outro lado, o próprio CDC reconhece e regula alguns serviços gratuitos, como as amostras grátis (art. 39, III e parágrafo único do CDC) e os bancos de dados (arts. 43 e 44 do CDC).

suas características especificamente humanas”. In: HONNETH, Axel. Observações sobre a reificação. *Civitas*, Porto Alegre, v.8, n.1, jan./abr. 2008, p. 70.

¹⁷³ MARQUES, 2004, p. 85.

¹⁷⁴ “Em matéria de serviços do comércio eletrônico, como os serviços financeiros, temos um *revival* dos contratos de execução continuada ou, como denominei, contratos cativos de longa duração”. In: *Ibidem*, p. 85.

A questão circunda, dessa forma, o conceito de remuneração, pois a remuneração, como ensina Claudia Lima Marques, é qualquer ganho direto ou indireto do fornecedor, mesmo que não onere diretamente o consumidor.¹⁷⁵ Aqui prevalece o conhecido adágio inglês, popularizado por Milton Friedman: “*there’s no free lunch*”. Visto que essas atividades são remuneradas indiretamente pelo negócio, na fidelização do consumidor, nos efeitos positivos da propaganda e do *marketing* ou até no preço final dos produtos e serviços postos no mercado por aquele fornecedor.¹⁷⁶ É o que ocorre, por exemplo, com um antivírus gratuito, que constantemente alerta para outras “vulnerabilidades” de seu sistema ou a necessidade de uma proteção integral mediante a aquisição da versão paga daquele programa, ou um servidor de e-mail que se utiliza de seus dados e de sua caixa de mensagens para veicular mensagens publicitárias direcionadas ao seu perfil de consumidor, etc.

Segundo Claudia Lima, na prática, só existem três opções: i) ou o serviço é oneroso ao consumidor; ii) ou o serviço não é oneroso ao consumidor, mas remunerado indiretamente por este, “não havendo enriquecimento ilícito do fornecedor, pois o seu enriquecimento tem causa no contrato de fornecimento de serviço, causa esta que é justamente a remuneração indireta do fornecedor”,¹⁷⁷ iii) ou o serviço é totalmente não-oneroso, não havendo remuneração indireta do fornecedor em razão da vedação ao enriquecimento sem causa.

O STJ, por exemplo, já teve a oportunidade de se manifestar em alguns casos. No REsp 1.316.921/RJ, a corte reconheceu a existência de relação de consumo pelo simples uso de um buscador da internet, nas palavras da Min. Rel. Nancy Andrigli, ante a clara “existência do chamado *cross marketing* – ação promocional entre produtos ou serviços em que um deles, embora não rentável em si, proporciona ganhos decorrentes da venda de outros”.¹⁷⁸ Posição similar foi seguida em análise de casos referente a e-mail gratuito, blogs e provedores de conteúdo.¹⁷⁹

Vale ressaltar que o Marco Civil da Internet consagra expressamente a aplicação das normas de proteção e defesa do consumidor às relações de consumo realizadas na internet (art. 7º, XIII da lei 12.965/2014). Além disso, se assenta na concepção de não responsabilização

¹⁷⁵ MARQUES, 2016, p. 421-422.

¹⁷⁶ *Ibidem*, p. 422.

¹⁷⁷ *Ibidem*, p. 422.

¹⁷⁸ In: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp: 1.316.921/RJ 2011/0307909-6, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 26/06/2012, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 29/06/2012.

¹⁷⁹ MARQUES, ob. cit., p. 423.

cível dos provedores por conteúdos gerados por terceiros, salvo se instado por ordem judicial a tornar indisponível o conteúdo ou, se notificado por particular, em se tratando de imagens ou vídeos privados contendo nudez ou atos sexuais, não proceder à indisponibilização do mesmo (art. 18, 19 e 21 do MCI).

A questão mais premente que se coloca diz respeito aos vícios do produto ou do serviço, pois enquanto os objetos e prestações estão íntegros e satisfazem às partes em suas legítimas expectativas, não exsurge um conflito social a se tutelar. Por outro lado, o vício é um estado de anormalidade, quando o produto ou serviço se encontra inadequado para os fins que dele normalmente se espera, ou não atendem às normas regulamentares de prestabilidade.¹⁸⁰

O dano em direito do consumidor difere do dano redibitório do direito civil, pois o dano redibitório consiste em defeitos ocultos na coisa, oriunda de uma relação contratual, que dão azo à rescisão do contrato ou abatimento proporcional do preço. Já na relação de consumo, o dano não precisa ser oculto, tampouco anterior ou posterior a sua inserção no mercado de consumo.¹⁸¹

No comércio eletrônico, a imaterialidade dos produtos e serviços, ou seja, dos dados, informações e processos aplicativos desempenhados pelas máquinas em rede, faz surgir dois tipos de vícios identificáveis: o vício da informação *stricto sensu*, ou seja, quando há uma dissintonia entre a publicidade, a oferta ou informação pré-contratual e o produto/serviço efetivamente disponibilizado; ou o vício do produto/serviço eletrônico propriamente dito, que consiste na inefetiva funcionalidade plena, como um vício de quantidade ou de qualidade.¹⁸²

“Por fim, mencione-se que as garantias contratuais, antes fisicamente expressas em anexos, faturas, impressos, prospectos e papéis, também se desmaterializaram no comércio eletrônico”, gerando uma série de problemas decorrentes da desinstrumentalização do contrato, conforme se verá adiante.¹⁸³

O primeiro vício, da informação, consiste em alguma comunicação emitida do fornecedor ao consumidor sobre certas características ou atributos do produto ou do serviço que

¹⁸⁰ DENARI, Zelmo. Da Qualidade de Produtos e Serviços, da Prevenção e da Reparação dos Danos. In: GRINOVER, 2004, p. 221-222.

¹⁸¹ *Ibidem*, p. 210.

¹⁸² MARQUES, 2004, p. 86-87.

¹⁸³ *Ibidem*, p. 87.

efetivamente ele não possui, independentemente desse vício informativo decorrer de uma conduta dolosa, negligente, imperita ou por culpa exclusiva de terceiro.

Protege-se as expectativas legítimas do consumidor criadas pela comunicação trocada, que muitas vezes implica na elucidação de dúvidas imprescindíveis à conclusão do contrato. Por exemplo, se o objeto apresenta tais ou quais características, se o *software* tem compatibilidade com aquele sistema operacional, nível de desempenho adequado para aquela função desempenhada, etc.

Neste sentido, lembre-se com Grisi, que a conduta de boa-fé, nas tratativas contratuais (no caso do comércio eletrônico, as “mini”-tratativas), impõem um dever de cooperar e de colaborar com o parceiro contratual, para que este entenda o contrato que vai concluir e que expectativas são legítimas neste negócio. Daí se conclui que cooperar é informar sobre o texto do contrato, sobre as cláusulas contratuais (condições gerais contratuais incluídas), sobre os riscos etc. Como o consenso é gradual e à distância, necessário informar quando o contrato foi concluído e, no caso do comércio eletrônico, assegurar a possibilidade imediata da identificação do erro, na vontade concludente do consumidor (*click* no lugar errado ou rápido demais), e permitir o desfazimento imediato do contrato em erro, assim como informar sobre o direito de arrependimento e possibilitar o exercício desse direito.¹⁸⁴

O grau de proteção para essa “informação” deve ser amplo, enquadrando-se a ideia de oferta e publicidade nesse contexto. Ocorre que a publicidade no e-commerce é muito mais vinculante do que no comércio físico, haja vista, muitas vezes, a ausência de um contato negocial entre as partes com vistas a elucidar o alcance da propaganda e da oferta, devendo se levar em consideração qualquer mensagem comercial, ícones, gráficos, marcas, etc. Na opinião de Claudia Lima Marques, “como a oferta e a publicidade encontram-se misturadas no comércio eletrônico, ambas estão presentes nesta fase do consenso (*Einigungsphase*) e podem ser elementos de criação de confiança e de expectativas legítimas”,¹⁸⁵ daí a razão de se reconhecer sua força vinculatória.

Já em relação ao segundo grupo de vícios, os vícios de produtos e serviços propriamente ditos, em regra seguirão o mesmo regramento dos arts. 12 a 17 do CDC, sendo imprescindível nesses casos a produção de provas periciais, visto que a *expertise* por detrás da funcionalidade e adequação desses *softwares*, dados e programas escapa ao conhecimento médio de um indivíduo não-profissional, sendo importante às empresas estabelecerem padrões objetivos de desempenho e características funcionais para sua adequada aferição.

¹⁸⁴ MARQUES, 2004, p. 143-144.

¹⁸⁵ *Ibidem*, p. 145.

Todavia, o consumo eletrônico, aqui entendido como o consumo de qualquer bem ou serviço que necessite certas “aplicações”, sistemas ou funcionalidades digitais (como o uso de um *smartphone*, de um *notebook*, de um *tablete*, de uma impressora multifuncional, etc.) tem despertado uma das questões mais polêmicas em direito do consumidor dos últimos tempos, que merece uma atenção especial nesse ponto, diz respeito à chamada obsolescência planejada ou programada.

Recentemente, a gigante do setor tecnológico, Apple, voltou as páginas dos noticiários com denúncias bastante gravosas sobre suas práticas comerciais. Promotores franceses denunciaram a companhia por deliberadamente reduzir o desempenho de seus *smartphones* através de novos softwares e atualizações do seu sistema operacional, o que forçava o consumidor a adquirir constantemente novos aparelhos, notadamente a partir de 2 ou 3 anos de uso.¹⁸⁶ A empresa, por sua vez, admitiu que tal redução era concebida para preservar os componentes eletrônicos do aparelho que sofriam com picos de energia das baterias usadas,¹⁸⁷ e se propôs a reduzir os preços para troca dessas baterias usadas (no Brasil a redução proposta é de mais de 75%).¹⁸⁸

O caso narrado é o mais recente capítulo de uma longa história que gira em torno da obsolescência programada, conceito criado em 1932, por Bernard London, como resposta para a grande depressão econômica de 1929, através do qual previa a fixação de um período de vida dos bens de consumo pelo Governo, após o qual seriam considerados “mortos” e destruídos pelas agências estatais responsáveis quando houvesse desemprego generalizado, com um correspondente subsídio para aquisição de um novo bem.¹⁸⁹

Ainda em 1924, antes mesmo da publicação de London, o cartel S.A Phoebus de lâmpadas elétricas acordou que as lâmpadas deveriam ter uma vida-útil de 1000 horas, contra as 3000 horas média das lâmpadas da época,¹⁹⁰ já assinalando a preocupação da indústria de bens de consumo duráveis para que não durassem tanto tempo assim, sob o risco de inviabilizar

¹⁸⁶ *In*: APPLE investigated by France for “planned obsolescence”. **BBC**, 8 jan. 2018. Disponível em: <www.bbc.com>. Acesso em jul. 2018.

¹⁸⁷ *In*: Apple admite deixar iPhone mais lento conforme bateria vai se deteriorando. Disponível em: <www.uol.com.br>. Acesso em: jul. 2018.

¹⁸⁸ *In*: Apple reduz preço para trocar bateria de iPhones no Brasil, após admitir que deixa celular lento de propósito. Disponível em: www.g1.com.br, acesso em julho de 2018.

¹⁸⁹ LONDON, Bernard. **Ending the depression through planned obsolescence**. Disponível em: www.wikimedia.org, acesso em julho de 2018.

¹⁹⁰ CONCEIÇÃO, Joelma T. Pacheco; CONCEIÇÃO, Márcio Magera; ARAÚJO, Paulo Sérgio Lopes de. Obsolescência programada: tecnologia a serviço do capital. **INOVAE Journal of Engineering, Architecture and Technology Innovation**, São Paulo, v.2, n.1, jan./abr. 2014, p. 91.

a própria atividade industrial de massa conforme concebida após a implementação do modelo taylorista-fordista.

Serge Latouche identifica três tipos de obsolescência: a técnica, a psicológica e a programada.¹⁹¹ A primeira é decorrência do desenvolvimento natural do estado da ciência, dos processos de inovação, da P&D, dos avanços técnicos que introduzem toda sorte de melhoramentos. Assim a locomotiva à vapor tornou obsoleta a antiga diligência, bem como a máquina fotográfica digital tornou obsoleta a película, etc.

Já a obsolescência psicológica, muito comum no mercado da moda, Latouche chama de uma “persuasão clandestina”, que consiste na percepção, geralmente visual, de que tal ou qual bem não se adequa esteticamente aos padrões comuns de beleza, refino, qualidade, etc. Diz respeito ao design, *layout*, envasamento e cores de um produto.

Por fim, a obsolescência programada consiste “no desgaste ou na defecção artificial” (tradução nossa),¹⁹² na concepção, desde a origem, de um produto com algum tipo de instrumento planejado para causar um vício que importe inutilização ou subutilização de um bem. Seria um chip programado para que a impressora só imprima 18.000 cópias, ou uma peça frágil que se danifique após um certo período útil, geralmente do prazo da garantia, ou, mais hodiernamente, através das atualizações dos *softwares* e aplicações dos diversos *gadgets* que o indivíduo utiliza, que o torna refém da dissintonia de funcionalidade entre o produto quando novo e após um certo tempo de uso.

A obsolescência programada não advém apenas de um vício físico intrínseco ao produto, mas ela pode ser adquirida através das constantes “atualizações” obrigatórias que os sistemas informáticos exigem dos usuários sob a alegação de melhoramentos de segurança ou para manutenção da garantia do produto.

A obsolescência programada cobra seu preço também do meio ambiente pois, além de potencializar o uso predatório dos recursos finitos do planeta, contribui para a sua poluição, já que incrementa a produção de dejetos de baixa degradação natural com alto grau de contaminação, haja vista o uso de metais pesados em sua composição. Além de sua difícil reciclagem ou reutilização pelas vias normais da indústria.

¹⁹¹ LATOUCHE, Serge. **Bon pour la casse**: les déraisons de l’obsolescence programmée. Paris: LLL, 2012, p. 28.

¹⁹² *Ibidem*, p. 28.

Os sintomas desse problema ecológico são sentidos diretamente nos países menos desenvolvidos do mundo, onde cerca de 90% do lixo eletrônico ilegal é despejado,¹⁹³ como em Gana, na Nigéria, em Benin, etc., que se destacam por seus grandes lixões e os decorrentes problemas socioambientais.

“Baseado em um estudo preliminar sobre tráfico de lixo eletrônico da UNEP [Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente] em 2013, a UE, os EUA, Japão e Coreia são as principais origens dos carregamentos de lixo eletrônico. China, Índia, Malásia, Paquistão, e outros poucos países são as principais destinações”.¹⁹⁴

Vale ressaltar que as leis internacionais proíbem a exportação de lixo, dessa forma, esse lixo eletrônico acaba sendo transportado para outros países sobre a rubrica de bens de segunda mão, mascarados por entre alguns poucos produtos que ainda possuem uma sobrevida útil, contando com a leniência e corrupção das autoridades tanto na origem como no destino.¹⁹⁵

A maior parte desse lixo eletrônico, segundo a INTERPOL, termina em aterros, incineradores e em instalações mal equipadas. São jogados em áreas onde trabalhadores e locais desmantelam as unidades e coletam o que há de valor nelas, que pode ser vendido ou reutilizado, o restante é simplesmente despejado, criando uma “bomba-relógio tóxica”.¹⁹⁶

De maneira geral, a obsolescência planejada se utiliza de três estratégias, que se reforçam mutuamente: i) curto período de produção e disponibilidade, o que reforça a característica hedônica do consumo, ligando-o a aspectos de “modas” sazonais; ii) baixa vida útil do bem, ante à própria fragilidade dos componentes e matérias-primas utilizadas; iii) alto custo de manutenção, uma vez que os bens de consumo não são concebidos para reparo, o que acarreta falta de peças, demora em sua obtenção, complexidade de seu reparo fora do ambiente fabril, etc.¹⁹⁷ Essas estratégias apontam o consumidor para uma conclusão “racional” e “generalizada” de que é mais cômodo e até mais barato comprar um novo bem do que reparar o antigo.

Os dados de uma pesquisa promovida pelo Instituto brasileiro de Defesa do Consumidor (IDEC) se coadunam nesse sentido: cerca de 81% dos entrevistados trocam de

¹⁹³ Disponível em: <www.businessgreen.com>. Acesso em: jul. 2018.

¹⁹⁴ UNITED NATIONS ENVIRONMENT PROGRAMME. **Waste crime, waste risk: gaps in meeting the global waste challenge**. Disponível em: wedocs.unep.org, acesso em julho de 2018, p. 56.

¹⁹⁵ *Ibidem*, p. 23.

¹⁹⁶ *Ibidem*., p. 48.

¹⁹⁷ EFING, Antônio Carlos; SOARES, Alexandre Araújo Cavalcante; PAIVA, Leonardo Lindroth de. Reflexões sobre o tratamento jurídico da obsolescência programada no Brasil: implicações ambientais e consumeristas. **Revista Novos Estudos Jurídicos – Eletrônica**, vol. 21, n. 3, set./dez. 2016, p. 1269.

celular sem antes levá-lo à assistência técnica para verificar a possibilidade de reparo, outros itens avaliados como eletrodomésticos, aparelhos digitais (computadores, câmeras digitais, impressoras, etc.) e eletrônicos tem percentuais mais modestos, embora ainda consideráveis, de respectivamente 23%, 27% e 44%.¹⁹⁸

A pergunta que emerge dessa prática mercadológica é se se trata de uma conduta lícita ou se constitui um comportamento abusivo do fornecedor? A resposta, como aduz Bruno Miragem, não é simples, “afinal, na ordem jurídica fundada da livre iniciativa, não dispõe o Estado de legitimidade para obrigar o fornecedor a produzir, ou o consumidor a adquirir certos e determinados produtos, ou que tenham sido produzidos de um modo específico”.¹⁹⁹

Por outro lado, é inequívoca a legitimidade dos órgãos estatais para verificar os efeitos de qualquer atividade econômica para os direitos coletivos, quer na seara ambiental, quer na seara consumerista, através da imputação de deveres específicos, como o de mitigar os riscos ambientais e implementar planos de logística reversa, bem como o de garantir a informação adequada do consumidor:

Tanto no tocante à transparência da política de informação dos fornecedores sobre o uso de matérias-primas e outras informações relevantes do processo de fabricação e oferta ao mercado, quanto do efetivo benefício ao consumidor, mediante redução de preços, assim como a apuração de outros custos sociais e ambientais decorrentes da prática.²⁰⁰

Para tanto, o PLS 281, que atualiza o CDC, previu a inserção de um novo inciso (XIII) ao art. 6º, dos direitos básicos dos consumidores, garantindo-lhes “a informação ambiental veraz e útil, observados os requisitos da Política Nacional de Resíduos Sólidos, instituída pela lei 12.305, de 2 de agosto de 2010”. Assim, pode-se supor que esse conjunto de informações permitam ao consumidor uma decisão mais consciente no que concerne a critérios de sustentabilidade, adequação do fornecedor e necessidade do consumo,²⁰¹ estipulando uma vida útil razoável durante a qual o consumidor tem uma expectativa legítima de usufruir do bem sem maiores inconvenientes que não aqueles decorrentes do uso comum. “A noção de qualidade e

¹⁹⁸ *In*: EFING; SOARES; PAIVA, 2016, p. 1277.

¹⁹⁹ MIRAGEM, Bruno. Consumo sustentável e desenvolvimento: por uma agenda comum do direito do consumidor e do direito ambiental. **Revista do Ministério Público do RS**, Porto Alegre, n. 74, jul./dez. 2013, p. 242.

²⁰⁰ *Ibidem*, p. 242.

²⁰¹ EFING; SOARES; PAIVA, ob. cit., p. 1282.

legítima expectativa sobre a utilidade de produtos e serviços exige que se esclareça adequadamente sobre a vida útil dos produtos”.²⁰²

Dessa forma, o CDC previu a chamada garantia legal, conforme estabelecida nos arts. 24 e 26, que fixa um prazo de 90 dias para o consumidor reclamar de qualquer vício de serviços e produtos duráveis, como os do e-commerce em geral. A garantia legal independe de qualquer termo contratual, não podendo tampouco ser elidida negocialmente pelo fornecedor.

Ela difere da garantia contratual pois esta é uma manifestação volitiva e facultativa do fornecedor, que deve fixar por escrito seus termos de forma, prazo e lugar de exercício, sua extensão e abrangência, bem como os ônus a cabo do consumidor (art. 50).

Antes da vigência do CDC, ainda sob a luz do Código Civil de 1916, a jurisprudência entendia que o termo inicial para o prazo de reclamação contra vícios redibitórios corria após o término do prazo da garantia contratual, pois esta significava uma renúncia do fornecedor ao início do prazo que a lei lhe beneficiava. “Na verdade, se existe uma garantia contratual de um ano tida como complementar à legal, o prazo de decadência somente pode começar da data em que encerrada a garantia contratual, sob pena de submeter o consumidor a um engodo”.²⁰³

Claudia Lima Marques, ante a atual sistemática do CDC e do CCB, entende em sentido diverso, visto que o conteúdo das garantias pode ser diferente, de forma que a legal seja mais ampla em seu objeto (integral) e em suas soluções (reparo, substituição, redibição ou minoração do preço) do que a contratual. Ademais, a garantia legal nasce pela entrega do produto, não pelo esgotamento da garantia contratual, para Marques esse é o sentido da complementariedade que se refere o art. 50 do CDC.²⁰⁴

²⁰² MIRAGEM, 2013, p. 243;

²⁰³ MARQUES, 2016, p. 1401.

²⁰⁴ “Assim, se há garantia contratual (*contractual warranty*) e esta foi estipulada para vigorar a partir da data do contrato (termo de garantia), as garantias começariam a correr *juntas*, pois a garantia legal nasce necessariamente com o contrato de consumo, *com a entrega do produto, sua colocação no mercado de consumo*. Ao consumidor cabe escolher de qual delas fará uso. Pode usar a garantia contratual, porque lhe é mais vantajosa, no sentido de não ter que arguir que o vício já existia à época do fornecimento. Mas pode usar a garantia legal, porque, por exemplo, o vício se localiza no motor do produto (geladeira), que não está incluído na garantia contratual, ou porque o consumidor se interessa em redibir o contrato e adquirir outro produto de marca diferente. Logo, com a aplicação imperativa dos arts. 18 e 50 do CDC, parece-nos superada a jurisprudência que afirmava começar a garantia legal só após o fim do prazo da contratual. Era uma interpretação pró-consumidor, baseada na falta de legislação específica, que procurava adaptar normas superadas à realidade moderna. As novas normas do CDC são, porém, imperativas, não havendo possibilidade de o consumidor ou o fornecedor *dispor* sobre elas – os limites temporais são outros”. *In*: MARQUES, 2016, p. 1402.

A garantia legal abrange além dos vícios aparentes ou de fácil constatação, os vícios ocultos, como os que decorrem da obsolescência planejada, inclusive os defeitos oriundos de “atualização de *softwares*”, como o caso da Apple já mencionado. O que interfere aqui é o termo inicial para o decurso do prazo decadencial para reclamação, pois em se tratando de vícios ocultos, só decorre a partir do momento em que o defeito se torna aparente ou conhecido pelo consumidor, na esteira do § 3º do art. 26 do CDC.²⁰⁵

Portanto, no caso concreto, deve-se ponderar a vida útil esperada e indicada pelo fabricante daquele bem, pois se não é razoável que a garantia legal se estenda indefinidamente, tampouco é que decorra logo após a tradição da coisa, como se dá com os vícios aparentes. Nesse sentido, tem se coadunado a jurisprudência do STJ, conforme precedente abaixo, cuja ementa traz uma didática lição da matéria digna de reprodução *ipsis litteris*:

DIREITO DO CONSUMIDOR E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO E RECONVENÇÃO. JULGAMENTO REALIZADO POR UMA ÚNICA SENTENÇA. RECURSO DE APELAÇÃO NÃO CONHECIDO EM PARTE. EXIGÊNCIA DE DUPLO PREPARO. LEGISLAÇÃO LOCAL. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 280/STF. AÇÃO DE COBRANÇA AJUIZADA PELO FORNECEDOR. VÍCIO DO PRODUTO. MANIFESTAÇÃO FORA DO PRAZO DE GARANTIA. **VÍCIO OCULTO RELATIVO À FABRICAÇÃO.** CONSTATAÇÃO PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. RESPONSABILIDADE DO FORNECEDOR. DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIA. EXEGESE DO ART. 26, § 3º, DO CDC. 1. Muito embora tenha o art. 511 do CPC disciplinado em linhas gerais o preparo de recursos, o próprio dispositivo remete à "legislação pertinente" a forma pela qual será cobrada a mencionada custa dos litigantes que interpuserem seus recursos. Nesse passo, é a legislação local que disciplina as especificidades do preparo dos recursos cujo julgamento se dá nas instâncias ordinárias. 2. Portanto, a adequação do preparo ao recurso de apelação interposto é matéria própria de legislação local, não cabendo ao STJ aferir a regularidade do seu pagamento, ou se é necessário ou não o recolhimento para cada ação no bojo da qual foi manejada a insurgência. Inviável, no ponto, o recurso especial porquanto demandaria apreciação de legislação local, providência vedada, *mutatis mutandis*, pela Súmula n. 280/STF: "Por ofensa a direito local não cabe recurso extraordinário". Ademais, eventual confronto entre a legislação local e a federal é matéria a ser resolvida pela via do recurso extraordinário, nos termos do art. 102, inciso III, alínea "d", da Constituição Federal, com a redação que lhe foi conferida pela E.C. n. 45/04. 3. No mérito da causa, cuida-se de ação de cobrança ajuizada por vendedor de máquina agrícola, pleiteando os custos com o reparo do produto vendido. O Tribunal a quo manteve a sentença de improcedência do pedido deduzido pelo ora recorrente, porquanto reconheceu sua responsabilidade pelo vício que inquinava o produto adquirido pelo recorrido, tendo sido comprovado que se tratava de defeito de fabricação e que era ele oculto. Com efeito, a conclusão a que chegou o acórdão, sobre se tratar de vício oculto de fabricação, não se desfaz sem a reapreciação do conjunto fático-probatório, providência vedada pela Súmula 7/STJ. Não fosse por isso, o ônus da prova quanto à natureza do vício era mesmo do ora recorrente, seja porque é autor da demanda (art. 333, inciso I, do CPC) seja porque se trata de relação de consumo, militando em benefício do consumidor eventual déficit em matéria probatória. 4. **O prazo de decadência para a reclamação de defeitos surgidos no produto não se confunde com o prazo de garantia pela qualidade do produto - a qual pode ser convencional ou, em algumas situações, legal. O Código**

²⁰⁵ BESSA, Leonardo Roscoe *apud* MARQUES, 2016, p. 1386-1387.

de Defesa do Consumidor não traz, exatamente, no art. 26, um prazo de garantia legal para o fornecedor responder pelos vícios do produto. Há apenas um prazo para que, tornando-se aparente o defeito, possa o consumidor reclamar a reparação, de modo que, se este realizar tal providência dentro do prazo legal de decadência, ainda é preciso saber se o fornecedor é ou não responsável pela reparação do vício. 5. Por óbvio, o fornecedor não está, ad aeternum, responsável pelos produtos colocados em circulação, mas sua responsabilidade não se limita pura e simplesmente ao prazo contratual de garantia, o qual é estipulado unilateralmente por ele próprio. Deve ser considerada para a aferição da responsabilidade do fornecedor a natureza do vício que inquinou o produto, mesmo que tenha ele se manifestado somente ao término da garantia. 6. Os prazos de garantia, sejam eles legais ou contratuais, visam a acautelar o adquirente de produtos contra defeitos relacionados ao desgaste natural da coisa, como sendo um intervalo mínimo de tempo no qual não se espera que haja deterioração do objeto. **Depois desse prazo, tolera-se que, em virtude do uso ordinário do produto, algum desgaste possa mesmo surgir. Coisa diversa é o vício intrínseco do produto existente desde sempre, mas que somente veio a se manifestar depois de expirada a garantia. Nessa categoria de vício intrínseco certamente se inserem os defeitos de fabricação relativos a projeto, cálculo estrutural, resistência de materiais, entre outros, os quais, em não raras vezes, somente se tornam conhecidos depois de algum tempo de uso, mas que, todavia, não decorrem diretamente da fruição do bem, e sim de uma característica oculta que esteve latente até então.** 7. Cuidando-se de vício aparente, é certo que o consumidor deve exigir a reparação no prazo de noventa dias, em se tratando de produtos duráveis, iniciando a contagem a partir da entrega efetiva do bem e não fluindo o citado prazo durante a garantia contratual. Porém, conforme assevera a doutrina consumerista, o Código de Defesa do Consumidor, no § 3º do art. 26, no que concerne à disciplina do vício oculto, adotou o critério da vida útil do bem, e não o critério da garantia, podendo o fornecedor se responsabilizar pelo vício em um espaço largo de tempo, mesmo depois de expirada a garantia contratual. 8. **Com efeito, em se tratando de vício oculto não decorrente do desgaste natural gerado pela fruição ordinária do produto, mas da própria fabricação, e relativo a projeto, cálculo estrutural, resistência de materiais, entre outros, o prazo para reclamar pela reparação se inicia no momento em que ficar evidenciado o defeito, não obstante tenha isso ocorrido depois de expirado o prazo contratual de garantia, devendo ter-se sempre em vista o critério da vida útil do bem.** 9. Ademais, independentemente de prazo contratual de garantia, a venda de um bem tido por durável com vida útil inferior àquela que legitimamente se esperava, **além de configurar um defeito de adequação (art. 18 do CDC), evidencia uma quebra da boa-fé objetiva, que deve nortear as relações contratuais, sejam de consumo, sejam de direito comum. Constitui, em outras palavras, descumprimento do dever de informação e a não realização do próprio objeto do contrato, que era a compra de um bem cujo ciclo vital se esperava, de forma legítima e razoável, fosse mais longo.** 10. Recurso especial conhecido em parte e, na extensão, não provido. (Grifos nosso)
(STJ – REsp: 984.106/SC, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 04/10/2012, 4T – QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe: 20/11/2012).

Portanto, a proteção do consumidor contra os vícios ocultos, nos termos em que tem sido empregada pela jurisprudência, fornece subsídios para enquadrar a chamada obsolescência programada na mesma lógica normativa, possibilitando ao consumidor um mínimo de segurança no desfrute de bens e serviços durante a vida útil assinalada para o mesmo. Por outro lado, é importante a divulgação da maneira mais objetiva e simples possível desse período de vida útil ao consumidor, como forma de cumprir o dever de informação ambiental adequada, possibilitando uma escolha consciente pelo consumidor.

Vale salientar que formas de obsolescência planejada mais sutis, que não se revistam de um vício ou defeito intrínseco no produto, como as desatualizações pré-ordenadas de certos *gadgets*, que os levam a uma gradual subutilização, em razão de baixo desempenho, incompatibilidade com novos programas e aplicações, esgotamento precoce de baterias, etc., para alguns não configura uma forma de vício, na lógica do § 2º do art. 12 do CDC: “O produto não é considerado defeituoso pelo fato de outro de melhor qualidade ter sido colocado no mercado”.

Entretanto, contrariando o argumento supramencionado, o vínculo flagrante existente entre esses lançamentos consecutivos, as campanhas massivas de marketing e publicidade e brevidade da deterioração dos sistemas dos aparelhos “antigos”, que cada vez mais rapidamente se tornam obsoletos, compõem um complexo processo que resulta, majoritariamente, em desserviço e prejuízo ao consumidor, que se vê compelido a trocar seus equipamentos, muitas vezes sem sequer ser capaz de identificar propriamente o problema, favorecendo o fornecedor e reforçando sua vulnerabilidade perante este e as ações do mercado de consumo.²⁰⁶

Já em relação as “estratégias” da obsolescência de curto período de produção e alto custo de manutenção, o CDC também não permanece alheio a essa problemática. Aliás a própria exigência contida no art. 32, de que os fabricantes e importadores mantenham peças de reposição por período razoável até mesmo depois de cessada a produção ou importação, é um instrumento importante de desestímulo econômico a essa prática.

O conceito de período razoável a que se refere o CDC deve então ser estabelecido por lei ou arbitrado pelo juiz, nessa última hipótese, entendemos que deve o “período razoável” ser o interregno da vida útil do último produto a sair da linha de produção ou do último bem importado.

Por fim, há que se destacar como instrumento de desestímulo a obsolescência planejada a chamada “responsabilidade pós-contratual”, na realidade um conjunto de deveres impostos a cadeia de fornecedores (produtores, importadores, distribuidores, etc.), “que têm por finalidade disciplinar especialmente a destinação dos resíduos de produtos e serviços após o exaurimento de sua fruição pelo consumidor”.²⁰⁷

A lei 12.305/2010, que implementa a Política Nacional de Resíduos Sólidos, estabelece como prioridades a seguinte ordem (art. 9º): i) não geração, ii) redução, iii) reutilização, iv)

²⁰⁶ CONCEIÇÃO, Ana Camila Correia; MACEDO, Gabrielly Ramos. **Obsolescência Programada nas relações de consumo de aparelhos eletrônicos**: a abusividade nas estratégias de marketing do século XXI. Disponível em: www.brasilcon.org.br, acesso em agosto de 2018.

²⁰⁷ MIRAGEM, 2013, p. 234.

reciclagem, v) tratamento dos resíduos sólidos e vi) disposição final ambientalmente adequada dos resíduos. Além da implementação de um programa de logística reversa autônomo e independente do serviço público para os fornecedores de produtos eletrônicos e seus componentes (art. 33).

Depois, cabe destacar também a responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida dos produtos, abrangendo os fabricantes, importadores, distribuidores, comerciantes, os titulares dos serviços públicos de limpeza urbana e de manejo de resíduos sólido, além do próprio consumidor.

“Esta imposição de deveres a fabricantes, importadores, distribuidores e comerciantes, de um lado dá causa a novos custos que deverão ser incorporados aos preços dos produtos”,²⁰⁸ o que estimulará tanto os consumidores a um consumo mais consciente e durável, quanto os fornecedores a buscarem soluções mais efetivas e ecologicamente consentâneas para a logística reversa de seus produtos, como forma de minimizar todo esse custo da disposição adequada dos resíduos sólidos.

3.3 A liberdade e a fluidez das formas contratuais

3.3.1 A desinstrumentalização do contrato, a desregulação dos conteúdos e o direito à informação

O papel representa há muitas gerações o principal instrumento de consubstanciação da comunicação humana. Através dele toma corpo o conjunto de símbolos, imagens e códigos que permitem que a comunicação se instrumentalize e se perpetue para além da efemeridade da fala sonora e dos sujeitos falante e ouvinte. Não foi por outra razão que na antiga República Romana os plebeus conquistaram a famosa lei das XII tábuas, significando que “o direito saiu dos rituais e dos livros dos sacerdotes, perdendo seu mistério religioso; é uma língua que todos podem ler e falar”.²⁰⁹ Assim foi com as leis, também com os contratos.

Ocorre que a era digital matou o papel. Os diários e publicações oficiais, os autos processuais, as atas notarias e os documentos se tornaram eletrônicos, produzidos e mantidos em *bytes* que trafegam por entre computadores através de redes, ou são mantidos na nuvem.

²⁰⁸ MIRAGEM, 2013, p. 238.

²⁰⁹ COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**. Trad. Frederico Ozanam Pessoa de Barros. São Paulo: Admeris, 1961 (digitalizado), p. 278.

Da mesma forma ocorre com o contrato, que se desmaterializou, perdeu sua dimensão de *ratio scripta*,²¹⁰ para abranger todo um écran de imagens, sons, conteúdos e signos que comunicam ao consumidor numa dimensão diferente daquela que o antigo instrumento contratual redigido, lido e assinado se prestava. No contrato eletrônico é patente a acentuada vulneração do contratante ante a manipulada desinformação, o uso de técnicas de neuromarketing para reduzir a sua diligência, o uso de condições gerais mal formuladas, com baixa legibilidade ou clareza e a abusividade da publicidade extensiva, com o uso de *spams*,²¹¹ *adwares*,²¹² *pop-ups*, *cookies*,²¹³ etc.

Portanto, a *web* é um meio no qual o usuário não pode simplesmente adentrar, pesquisar um produto ou serviço, avaliar, comprar ou sair, pois em sua navegação estará constantemente sendo “perseguido” por um convite a um estado permanente de consumação, do qual só poderá se afastar desligando-se da rede. Por outro lado, “a linguagem do contrato também é diferente, é virtual em um primeiro momento e semi-escrita, num segundo”.²¹⁴

A princípio, o que informa o consumidor, estabelecendo as principais condições do acordo não são cláusulas ou termos definidos, mas um conjunto de informações aleatórias dispersas em um *site*, imagens, *puffings* publicitários, vídeos, etc. “Neste primeiro momento, todas estas impressões criam a confiança do consumidor”.²¹⁵

Posteriormente, ao avançar em seu ato de aceitação, o consumidor será informado, de uma maneira mais “contratual”, sobre os termos e condições gerais, formuladas numa perspectiva “*take it or leave it*”, ou “*Accept/Decline*”. Dessa forma, exsurge muito fortemente

²¹⁰ “O uso da escrita para o registro de atos jurídicos privados era originalmente estranho aos romanos e pode ser rastreado de volta até os modelos tomados da cultura Greco-Helênica, na qual a execução de documentos era familiar até uma considerável proporção. Em Roma existia, muito cedo de fato, atos constitutivos legalmente escritos como as tábuas da lei mostram; contudo, o uso da escrita em transações legais se tornou mais intenso apenas na época da República tardia em diante. Nós temos que manter uma distinção entre a forma da escrita, a observância de qual era o requisito de validade da transação, e a execução de meros documentos de prova” (tradução nossa). In: KASER, Max. **Roman Private Law**. 4. ed. Pretoria: University of South Africa, 1984, p. 51.

²¹¹ O *Spam* geralmente se refere a uma massa de e-mails não autorizados, que é mandado para usuários sem qualquer contato anterior, geralmente contendo publicidade, mas também podendo conter mecanismos de fraude. In: GOODRICH; TAMASSIA, 2014, p. 465.

²¹² *Adwares* geralmente são programas maliciosos, instalados no computador de forma sub-reptícia, através de um site, anexo de e-mail ou *free softwares* que se baixa, contendo um cavalo de Tróia (*Trojan Horse*), vírus ou *worm*, que executara periodicamente sub telas contendo anúncios indesejados ou inconvenientes. In: *Ibidem*, p. 202.

²¹³ *Cookies* são pequenos arquivos que os sites geralmente solicitam sua instalação como forma de personalizar a navegação, memorizando *logins* e senhas, por exemplo, o que, à primeira vista, é útil e cômodo ao usuário. Esses arquivos podem também ser usados para propósitos de rastreamento, como quando uma empresa de publicidade com banners em vários sites, se utiliza desses cookies para descobrir qual o site de seus clientes é mais visitado pelo usuário. In: *Ibidem*, p. 206.

²¹⁴ MARQUES, 2004, p. 81.

²¹⁵ *Ibidem*, p. 81.

duas questões: como assegurar de forma prévia a informação do consumidor sobre os bens/serviços ofertados e ainda mais sobre o conteúdo do contrato a ser celebrado e, em segundo lugar, como garantir sua plena compreensão e reflexão sobre esse conteúdo informado.

Como o dever de informar conforme é concebido no CDC é apenas uma cláusula geral, notadamente os art. 31 e 46 do CDC, o primeiro problema que se faz sentir é o que informar e por que meio informar, de forma que se perenize a informação como meio de prova. Daí a importância das normas regulamentares, como sucede com as diretivas da União Europeia sobre contratos à distância e contratos fora do estabelecimento comercial, como a Diretiva 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 8 de junho de 2000, etc., ou mesmo no Brasil os decretos regulamentares ao CDC, como o de nº 7.962 de 2013, que dispõe sobre a contratação no comércio eletrônico.

“O déficit informacional (e técnico) dos consumidores leva a que se imponham deveres de informar específicos, que servem de ‘formalidades informativas’ nos contratos de consumo”.²¹⁶ É o que estabelece o decreto presidencial brasileiro, em consonância com o PLS 281, que traz alguns deveres específicos sobre o alcance desse dever genérico de informar à que aduz o CDC, como a inserção em local de destaque e de fácil visualização nos sítios eletrônicos das seguintes informações:

- Nome empresarial e número de CPF ou CNPJ do fornecedor;
- Endereço físico e eletrônico, além das demais informações necessárias para localização e contato;
- Discriminação, no preço, de quaisquer adicionais ou acessórios, tais como seguros ou valor de entrega;
- Condições integrais da oferta, como modalidades de pagamento, disponibilidade, forma e prazo da execução do serviço ou da entrega ou da disponibilização do produto;
- Quaisquer restrições, de forma clara e ostensiva, à fruição da oferta;

E ainda em casos de compras coletivas:

- Quantidade mínima de consumidores para a fruição do contrato;
- Prazo para utilização da oferta pelo consumidor;

²¹⁶MARQUES, 2004, p. 120.

- Identificação do fornecedor responsável pelo sítio eletrônico e do fornecedor do produto ou serviço ofertado;

Já com relação à garantia da ciência do consumidor e à perenização do conteúdo da oferta e do contrato, o decreto estabelece deveres como:

- Apresentação de sumário do contrato antes da contratação, com as informações necessárias ao pleno exercício do direito de escolha, enfatizadas as cláusulas que limitam direitos;
- Confirmação imediata do recebimento de aceitação da oferta;
- Disponibilização do contrato ao consumidor, por meio que permita sua conservação e reprodução logo após a contratação;
- Manutenção de serviços eficazes de atendimento eletrônico, para resolução de demandas relativas a dúvidas, informações, reclamações ou suspensão e cancelamento de contratos, confirmando imediatamente o recebimento da demanda, com resposta final em até 5 dias;

Para Claudia Lima Marques, “esta ‘formalidade informativa’ tem direta ligação com a possibilidade de exercício do direito de arrependimento”,²¹⁷ além de significar na prática a inversão do ônus da prova com relação às boas práticas comerciais: “quem tem de provar que informou – de forma clara e prévia – é o fornecedor. E só poderá fazê-lo por intermédio de seu *site*, aqui considerado como sua prática comercial geral”.²¹⁸

Além da desinstrumentalização do contrato, o consumidor também se torna refém da desregulação de seu conteúdo. Tal fato se deve à própria arquitetura da *web*, que favorece a mundialização dos mercados eletrônicos, na medida em que podem ser acessados indistintamente por qualquer pessoa, em qualquer lugar. “No *cyberspace*, a noção de soberania clássica (estatal-jurídica ou política), isto é, fazer leis, impor leis e julgar as condutas, rendendo efetivas as leis postas pelo Estado (*enforceability*) diminui sua força (ou mesmo desaparece, para alguns)”.²¹⁹

Tal fato desdobra dois problemas mais imediatos ao Direito (cada qual tratado em outros tópicos específicos desse trabalho): o primeiro consiste na delimitação das normas conflituais de DIPr para, incidindo um elemento de estraneidade, determinar no caso concreto o foro e o direito aplicável à relação jurídica deduzida em juízo; o segundo problema consiste nos desafios

²¹⁷ MARQUES, 2004, p. 122.

²¹⁸ *Ibidem*, p. 124.

²¹⁹ *Ibidem*, p. 89.

regulatórios de cada país para conciliar interesses jurídicos como a livre iniciativa, a proteção do consumidor e a neutralidade da rede.

Todavia, neste tópico, desdobraremos uma terceira problemática, que consiste na autorregulação da *web* (*soft law*) por meio de seus próprios mecanismos e atores, seu alcance e eficácia na proteção do consumidor, bem como as próprias ferramentas de pressão através do empoderamento (*empowerment*) do consumidor.

Por autorregulação (*self-regulation*) podemos definir como a “norma” que é suscetível de mudar um ambiente e que desenvolve/estabelece regras independentemente do princípio da territorialidade (soberania), característico dos sistemas jurídicos estatais.

Basicamente existem dois tipos de fenômenos autorregulatórios: quando grupos privados, por sua própria iniciativa, tomam decisões que limitam comportamentos, limitados, por sua vez, apenas pelo direito de aplicação geral; ou quando ocorre a disposição de normas dentro de certas margens definidas pelo Estado, que também estabelece seu grau de participação, com margens maiores ou menores de liberdade regulatória. Sendo também chamada essa última pelos americanos, numa tradução livre, de co-regulação, autorregulação dirigida ou autorregulação regulada.²²⁰

A natureza dessa autorregulação enquanto fonte do direito é controversa, mas, de maneira geral, podemos defini-la como *soft law*, uma expressão que apesar de sua ampla aceitação e utilização, não deixa de ser problemática,²²¹ mas que pode ser compreendida, para o escopo dessa pesquisa, “como designando instrumentos normativos – no sentido de conterem prescrições e tenderem a influenciar os comportamentos – mas não vinculantes, não obrigatórios”.²²²

“A parte essa terminologia, é incontestável que outras formas além da tradicional legislação devem ganhar importância, particularmente uma aproximação que possa adaptar as regras necessárias a realidade atual” (tradução nossa),²²³ sobretudo levando-se em consideração os aspectos lógico-estruturais da *World Wide Web*.

A autorregulação tem como benefícios que se podem apontar: i) respondem melhor as reais necessidades dos envolvidos e espelham o estado contemporâneo da tecnologia; ii) possibilita a adaptação das normas regulatórias às mudanças tecnológicas de maneira mais

²²⁰ WEBER, Rolf H. **Realizing a new global Cyberspace Framework**: Normative foundations and guiding principles. Zurique: Springer, 2014, p. 23-24.

²²¹ *Ibidem*, p. 26.

²²² NASSER, Salem Hikmat. Direito Global em Pedacos: Fragmentação, Regimes e Pluralismo. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 12, n. 2, 2015, p. 126.

²²³ WEBER, ob. cit., p. 26.

flexível; iii) implementação com menores custos; iv) maior grau de conformação às regras pelos atores envolvidos; v) incentiva a participação das pessoas nos constantes processos de desenvolvimento e implementação das regras, para que sempre reflitam as suas reais necessidades.²²⁴

Em contrapartida, também pode se antever algumas desvantagens como: i) a falta de transparência e integração de todos os envolvidos no processo de criação; ii) a autorregulação é mais casuística do que generalista; iii) não possui certos atributos legais, como vinculatoriedade e responsabilidade; iv) a legitimidade decai na exata proporção do desconhecimento (*outsiders*) ou da não adesão dos envolvidos, por fatores como alta onerosidade; v) o conflito de interesses entre os segmentos de participantes (fornecedor *versus* consumidor) ; vi) são precárias e nem sempre preveem um procedimento específico para sua revogação/substituição; vii) a falta de coercibilidade, através de sanções mais diretas e efetivas, etc.²²⁵

Dentre as formas que têm sido propostas para a implementação dessa autorregulação, destaca-se a iniciativa de Joel Reidenberg da *lex informatica*,²²⁶ como um sistema paralelo de regras, tal qual a *lex mercatoria* foi para os mercadores e feirantes no século XII, na Europa.²²⁷ Reidenberg se propõe a descrever uma série de ferramentas regulatórias alternativas (tanto legais quanto de design) para um estatuto de tipo hierárquico.

Nessa análise, “Reidenberg prediz várias aplicações-chaves de regulação de design no ciberespaço, incluindo bloqueio e filtragem de conteúdo, privacidade de dados, encriptação e gerenciamento de dados e gerenciamento de direitos digitais” (tradução nossa).²²⁸ Reidenberg não se preocupou apenas com aspectos estruturais da tecnologia, mas também com três premissas básicas:

- Conteúdo – a regulação do conteúdo da informação deve cobrir os problemas políticos fundamentais das sociedades democráticas, uma vez que a intervenção governamental geralmente concerne à proteção dos direitos humanos (como no caso de racismo, pornografia ou calúnia, por exemplo);²²⁹

²²⁴ WEBER, 2014, p. 27.

²²⁵ *Ibidem.* p. 28.

²²⁶ MURRAY, Andrew D. **The Regulation of Cyberspace**: Control in the online environment. Nova York: Routledge-Cavendish, 2007, p. 86.

²²⁷ GILISSEN, 1995, p. 209.

²²⁸ MURRAY, ob. cit., p. 86.

²²⁹ REINDEBERG, Joel R. *Lex Informatica*: The formulation of information policy rules through technology. Texas Law Review, v. 76, n. 3, fev. 1998, p. 557 e ss.

- Informações pessoais – A aplicação de padrões de privacidade à informação que circula no ciberespaço é imperativa para a proteção de dados confidenciais;²³⁰
- Direitos de propriedade – O tradicional regime de propriedade intelectual apenas fornece proteção insuficiente para seus donos. Sistemas confiáveis devem oferecer uma ferramenta para possibilitar ao proprietário o controle de seu uso.²³¹

A vantagem de propostas baseadas na tecnologia, tal qual a *lex informatica*, consiste no fato dela ser dotada de uma coercibilidade tecnológica e fática, inerente à própria arquitetura dos códigos e protocolos da rede, que a autorregulação mais tradicional não possui, ou mesmo a própria regulação legal.²³²

Portanto, a própria tecnologia limita ou impossibilita o seu uso contrário às boas práticas que orientam sua elaboração e desenvolvimento. Ela ajudaria o consumidor, por exemplo, na proteção de seus dados, no combate contra a pirataria e contrafação, contra o tratamento ou a publicidade discriminatória, vexatória, abusiva ou enganosa, etc.

A *lex informatica* porém não deixa de ter problemas fáticos que impedem sua plena implementação na *web*, embora algumas de suas proposições já serem amplamente utilizadas pelas principais corporações que operam na rede. Esses problemas vão desde a legitimidade dos técnicos e cientistas para criar esses mecanismos informáticos de regulação (baseados no design da rede),²³³ até questões mais concretas, como o fato do protocolo de transporte da informação (TCP/IP) ser do tipo *end-to-end*, pois garante apenas a entrega dos dados conforme transmitidos ao destinatário, “como se aplica a internet, a estrutura *end-to-end* determina que colocar inteligência nas camadas física e de *link* para lidar com controle de erro, encriptação, ou o controle de fluxo complica desnecessariamente o sistema” (tradução nossa).²³⁴

Algumas medidas mais concretas, de caráter mais associativo, foram tomadas em diversos países, como na Austrália, que, por pressão direta do governo, adotou em 1999 um Código de Práticas da Indústria da Internet (*The Internet Industry Code of Practise*), criado por

²³⁰ REINDEBERG, 1998, p. 560 e ss.

²³¹ *Ibidem*, 565 e ss.

²³² *Ibidem*, p. 580-581.

²³³ WEBER, 2014, p. 62.

²³⁴ MURRAY, 2007, p. 87.

meio da Associação da Indústria da Internet,²³⁵ que cobre diversos setores desse segmento econômico, como proteção de dados e conteúdos, tratamento eficiente, justo e transparente de reclamações, etc.

Na Inglaterra, diversos *players* da Internet, incluindo grandes corporações, fundaram a *Internet Watch Foundation* (IWF) para combater problemas como a pornografia e abuso infantil *online*.²³⁶ Práticas autorregulatórias, como Códigos de Conduta e Prática, Diretrizes (*Guidelines*), etc., têm sido implementadas em diversos países da Europa, América do Norte e Ásia, geralmente por iniciativa de associações com a participação de importantes corporações e provedores de acesso.²³⁷

Apesar da autorregulação por si só não fornecer os subsídios normativos ou técnicos suficientes à proteção do consumidor, é inegável o papel desempenhado. A autorregulação deve favorecer sempre a competição entre os *players*, não podendo se transformar em um instrumento de controle de mercado pelos fornecedores e empresas já estabelecidos.

Outrossim, “um cuidadoso e estruturado programa de autorregulação, idealmente desenvolvido em cooperação com o governo, está em harmonia com a nova tecnologia, espelhando a própria Internet como uma global, essencialmente privada, e descentralizada rede de comunicação” (tradução nossa).²³⁸ Para tanto, o Estado deve priorizar a autorregulação dirigida, estabelecendo linhas gerais a serem seguidas pelos operadores de internet (co-regulação) e incentivar a formação de Agências Autorreguladoras, para coordenar a execução desses projetos, com uma ampla participação dos agentes produtivos, da comunidade científica e dos consumidores e usuários, para que atuem nacional e internacionalmente no estabelecimento de medidas que compensem qualquer deficiência da regulação estatal.²³⁹

Por fim, cabe destacar também o fenômeno do empoderamento²⁴⁰ do consumidor/usuário, instrumentalizada por: i) novos mecanismos de pressão e de participação

²³⁵ PRICE, Monroe Edwin; VERHULST, Stefaan. **Self-regulation and the Internet**. Haia: Kluwer Law, 2005, p. 17.

²³⁶ Para mais *vide*: <<https://www.iwf.org.uk/what-we-do>>.

²³⁷ PRICE; VERHULST, ob. cit., p. 18-21.

²³⁸ *Ibidem*, p. 21.

²³⁹ *Ibidem*, p. 22.

²⁴⁰ “Empoderamento pode ser conceitualizado como qualquer meio de fortalecimento de uma percepção da pessoa de autodeterminação e auto-eficácia, e reduzindo as condições contributivas dos sentimentos de fraqueza. Enquanto uma percepção de fraqueza leva a falta de responsabilidade e desmotivação, empoderamento que aumenta a experiência das pessoas de autodeterminação e eficácia, juntamente com o prazer de realizar uma tarefa, determina a iniciativa de uma atividade e aumenta a persistência do desempenho da tarefa” (tradução nossa). *In*:

comunitária (engajamento), ii) ampliação do leque de informações à disposição do consumidor, iii) bem como, do compartilhamento de suas próprias experiências através de fóruns e comunidades.²⁴¹

O engajamento, primeira manifestação de empoderamento (*empowerment*) que se identifica, “reconhece que o comportamento do consumidor é centrado nas experiências interativas dos clientes e/ou outros interessados realizadas em ambientes complexos e co-criativos” (tradução nossa).²⁴² Para Mollen e Wilson, esse engajamento no contexto *online* de consumo, pode ser descrito como “o comprometimento cognitivo e afetivo com uma relação ativa com uma marca enquanto personificada por um *website* ou outras entidades mediadas por computador designadas para comunicar o valor da marca”.²⁴³

Através desse engajamento, consumidores são convidados a participar ativamente do exercício produtivo, gerando ou avaliando novas ideias de produtos; elaborando, avaliando ou modificando conceitos de produtos; discutindo e aprimorando detalhes de soluções opcionais; selecionando ou individualizando protótipos virtuais preferidos; realizando simulações; etc.²⁴⁴ Cada vez mais, os produtores em geral tem se utilizado da *web* para potencializar essa interação com o cliente, o que se faz perceber diretamente no design, nas funcionalidades de produtos, na política de preços, etc.

Além disso, esse engajamento não se reflete apenas no chamado processo de co-criação de produtos, mas também em um comportamento proativo e difuso do consumidor e na respectiva introjeção de certos valores nos seus processos de tomada de decisão. É o que ocorre, por exemplo, com o valor sustentabilidade, que reflete um engajamento não linear no comportamento do consumidor atual:

Pesquisas sugerem que consumidores pretendem buscar e pagar um prêmio a produtos sustentáveis. Enquanto essa intenção é bem documentada, está menos certo como frequentemente isso se traduz na atual ação do consumidor. Algumas pesquisas

FÜLLER, Johann et al. Consumer Empowerment through Internet-based Co-creation. **Journal of Management Information Systems**, vol. 26, n. 3, 2009/2010, p. 74-75.

²⁴¹ A OCDE formulou algumas linhas gerais sob o tema “Empoderamento do consumidor e condução responsável de negócios” para empreendimentos multinacionais com a função de promover e proteger os interesses do consumidor, em sua rodada de conversações de 15 de junho de 2009. Para mais informações *vide*: ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. **Annual Report on the OECD Guidelines for Multinational Enterprises 2009: Consumer Empowerment**. 2009. Disponível em: <www.oecd.org/publishing/corrigenda>. Acesso em: ago. 2018.

²⁴² BRODIE, Roderick J et al. Consumer engagement in a virtual brand community: An exploratory analysis. **Journal of Business Research**, n. 66, 2013, p. 106.

²⁴³ *In*: BRODIE, ob. cit., p. 106.

²⁴⁴ FÜLLER, ob. cit., p. 72.

sugerem que consumidores estão relutantes em pagar uma remuneração ou sacrificar a qualidade do produto por melhorias em sustentabilidade, enquanto outras estimam que os consumidores gostariam de pagar entre 5-20% mais por produtos produzidos com responsabilidade. Pesquisas correntes também sugerem que consumidores são mais sensíveis a notícias negativas a respeito da responsabilidade empresarial do que eles são as notícias positivas, e além do mais gostam de “punir” companhias com maus registros de responsabilidade empresarial, do que em “recompensar” companhias com bons registros. Ao mesmo tempo, as vendas de algumas feiras ou produtos de fabricação local tem se mantido bem na atual desaceleração econômica. (Tradução nossa)²⁴⁵

Já no quesito informação, uma rodada de discussões da OCDE constatou que o consumidor necessita de acesso a uma informação mais acurada, clara e amigável das empresas com relação a problemas sociais e ambientais, pois muitas vezes ele precisa filtrar essa informação de um conjunto complexo de certificados e rótulos. A padronização e uniformização dessas certificações forneceria ao consumidor uma maior facilidade e segurança com relação à procedência dos produtos e serviços que consome.²⁴⁶

Nesse quesito, se discutiu também a questão da certificação voluntária por terceiros, que é conduzida geralmente por organizações do terceiro setor, a qual um representante de uma organização europeia que coordena atividades na área de vigilância de mercado sob a segurança de produtos esboçou reservas já que, em sua opinião, esses sistemas não parecem adicionar muito valor e podem ser utilizados por companhias como justificativa para não tomar suas próprias medidas de responsabilidade.²⁴⁷

A própria perspectiva do empoderamento do consumidor decorre de uma mudança comportamental significativa, pois o consumidor, sobretudo o virtual, não é simplesmente aquele que adquire bens ou serviços, mas também o que consome uma experiência relacional. “A importância de ser comunidade ou estar na comunidade é vital para entender que o consumidor contemporâneo transita por várias tribos compostas por interesses distintos, mas movidas por integrantes que compartilham interesses comuns”.²⁴⁸

Daí surge seu poder de influenciar o comportamento de outros consumidores, bem como a percepção que esses têm sobre determinada marca ou produto. Além disso, os canais de

²⁴⁵ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, 2009, p. 111.

²⁴⁶ *Ibidem*, p. 110.

²⁴⁷ *Ibidem*, p. 114.

²⁴⁸ GALINDO, Daniel; BASSETTO, Jefferson. **As muitas vozes do consumidor contemporâneo ecoam na ágora virtual**. Recife: 6 set. 2011. Disponível em: <<http://www.danielgalindo.ppg.br>>. Acesso em: ago. 2018, p. 8.

comunicação multidirecionais geram um maior grau de confiabilidade, do que os tradicionais canais unidirecionais, como a Televisão ou a publicidade impressa.²⁴⁹

Dessa forma, o consumidor que pretende adquirir um produto que desconhece buscará *reviews* em um site ou comunidade da internet, vídeos “amadores” de outros consumidores “testando” ou qualificando aquele bem, pois confia na espontaneidade e desinteresse de outros consumidores ao relatar sua experiência, ao passo em que desconfia dos pretensos interesses comerciais de um telejornal ou de uma revista comercial que faz a mesma coisa, pois inseridos dentro de cadeias empresarias dotadas de fortes interesses econômicos, ou mesmo a enganosidade da publicidade corrente na mídia.

Por isso, vemos a proliferação de canais no *YouTube* e em redes sociais como o *Facebook* e o *Instagram*, com conteúdo voltado exclusivamente para avaliação, comparação e teste de produtos e serviços, ou mesmo, usuários que se utilizam de seus perfis privados para tornar pública a insatisfação ou não de alguma experiência de consumo que viveu recentemente.

Nesses casos:

[...] o surgimento de uma audiência proativa parece ser irrefreável, “o usuário se torna relevante como testemunha da atualidade que alimenta a grande conversação mantida pelos meios de comunicação”. A capacidade de participação e de interferência, no sentido de dialogar, trouxe uma nova possibilidade, a “voz do cidadão encontrou nas novas tecnologias canais para participar ativamente da configuração da opinião pública”.²⁵⁰

No Brasil, um dos principais portais para veiculação de reclamações do consumidor é o Reclame AQUI (www.reclameaqui.com.br), que contém o cadastro de mais de 15 milhões de consumidores e de 120 mil fornecedores. O *site* além de acolher reclamações dos consumidores, intermedia seu contato com os SACs dos fornecedores cadastrados, auxilia na implementação de boas práticas de gestão em atendimento ao consumidor (através da comercialização de um *software* de gestão) e elabora importantes *rankings* de avaliação e controle de índices positivos e negativos de reclamações,²⁵¹ como o *ranking* das empresas mais reclamadas na *Black Friday*.²⁵²

Assim, a atividade mais importante da internet hoje se dá por meio dos sites de rede social (SNS, de Social Networking Sites), e estes se tornam plataformas para todos os

²⁴⁹ GALINDO; BASSETTO, 2011, p. 4-5.

²⁵⁰ *Ibidem*, p. 4.

²⁵¹ Disponível em: <www.reclameaqui.com.br/institucional>. Acesso em: ago. 2018.

²⁵² Disponível em: <https://noticias.reclameaqui.com.br/noticias/relembre-as-empresas-mais-reclamadas-nas-ultimas-edicoes-da_3002/>. Acesso em: ago. 2018.

tipos de atividades, não apenas para amizades ou bate-papos pessoais, mas para marketing, e-commerce, educação, criatividade cultural, distribuição de mídia e entretenimento, aplicações de saúde e, sim, ativismo sociopolítico.²⁵³

Dessa forma, o consumidor experimenta e cria novas ferramentas para suplantar ou minorar as novas manifestações de sua acentuada vulnerabilidade no meio digital, optando também por canais paraestatais para resolução de conflitos ou estabelecimento de regras de conduta que reverberam diretamente em seu consumo.

3.3.2 A força probante dos documentos eletrônicos

A desinstrumentalização do contrato repercute diretamente na sua força probante, pois, do prisma formal, “aflora uma especial modalidade contratual não mais caracterizada pela escritura sobre papel, mas, sim, pela codificação registrada em suportes de outras espécies: mecânico, magnético, ótico e fotossensível”.²⁵⁴

É certo que o direito não pode permanecer alheio às transformações estruturais dos intercâmbios econômicos e sociais. Assim foi com a *Stipulatio*, que “sofreu, ao longo da evolução do direito romano, profundas modificações”,²⁵⁵ passando desde uma promessa oral que torna acionável certas obrigações reconhecidas pelo direito privado e processual civil romano, no período clássico,²⁵⁶ até o direito justiniano, quando perdeu sua oralidade, se tornando a célula-mater dos modernos contratos inominados.²⁵⁷

Também Pontes de Miranda já assinalava a transformação que o telégrafo promovia na comunicação comercial, defendendo a mensagem telegráfica como instrumento particular, portanto meio de prova legítimo.²⁵⁸

Assim, a preocupação do Direito, historicamente, está em garantir integridade, certeza e segurança a certos indícios de forma que possam se prestar à comprovação de qualquer fato jurídico, natural ou voluntário. Por isso os romanos abandonaram a oralidade da *Stipulatio* e Pontes de Miranda defendeu o telegrama como meio de prova,²⁵⁹ já que “um direito é útil na

²⁵³ CASTELLS, Manuel. **Redes de indignação e esperança**: movimentos sociais na era da internet. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2011, p. 145.

²⁵⁴ TUCCI, José Rogério Cruz e. Eficácia probatória dos contratos celebrados pela Internet. In: DE LUCCA; SIMÃO FILHO, 2005, p. 313.

²⁵⁵ ALVES, 2012, p. 499.

²⁵⁶ KASER, 1984, p.49.

²⁵⁷ ZIMMERMANN, 1999, p. 89-90.

²⁵⁸ In: MARTINS, 2016, p. 79.

²⁵⁹ BRASIL. **Código Civil**. “art. 222. O telegrama, quando lhe for contestada a autenticidade, faz prova mediante a conferência com o original assinado”.

medida em que se possa fazer prova de sua existência, e, na impossibilidade desta, é como se não existisse”.²⁶⁰

Por essa razão, a Lei-modelo da UNCITRAL para o comércio eletrônico prevê que “não se negará efeitos jurídicos, validade ou eficácia a informação apenas porque esteja na forma de mensagem eletrônica” (art. 5º). Também em procedimentos judiciais, administrativos ou arbitrais não poderá haver óbice jurídico à admissão da mensagem eletrônica como meio de prova pelo simples fato de serem mensagens eletrônicas ou pela simples razão de não terem sido apresentados em sua forma original, sempre que tais mensagens sejam o que melhor se pode esperar razoavelmente da pessoa que as apresenta, como ocorre com um documento digitalizado do qual não restou o original (art. 9º, 1).

No Brasil, a Lei 12.682 de 9 de julho de 2012 dispõe sobre a elaboração e arquivamento de documentos em meios eletromagnéticos, todavia padece de uma normatização lacônica, estabelecendo de fato, após diversos vetos presidenciais, algumas diretrizes sobre documentos digitalizados. Enquanto se aguarda um decreto regulamentar para definir o alcance e as especificidades do processo de substituição de documentos físicos por eletrônicos, podemos nos socorrer de outras normativas que desempenham o papel que a referida lei não se presta.

Num primeiro momento, cabe destacar o Decreto 8.539 de 2015 que dispõe sobre o uso de meios eletrônicos no processo administrativo federal, autárquico e fundacional federal. O Decreto faz uma importante distinção entre o documento nato-digital, ou seja, o “documento criado originalmente em meio eletrônico”, que trataremos nesse tópico, e o documento digitalizado, “obtido a partir da conversão de um documento não-digital, gerando uma fiel representação em código digital” (Art. 2º, II, “a” e “b”). Além disso, o Decreto destaca a importância da identificação da autoria, autenticidade e integridade dos documentos e assinaturas, que poderá ser obtida por meio do uso de certificado digital (art. 6º).

Já com relação às serventias notarias e registrais, a Corregedoria do Conselho Nacional de Justiça tem expedido alguns provimentos dispondo sobre a produção e armazenamento de documentos eletrônicos. O Provimento nº 74 de 31 de julho de 2018, por exemplo, dispõe sobre padrões mínimos de TI para os serviços cartorários, estabelecendo como pilares das políticas

²⁶⁰ PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil, volume I**: introdução ao direito civil, teoria geral do direito civil. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 494.

de segurança da informação a confidencialidade, disponibilidade, autenticidade e integridade dos livros e atos notariais e registrais eletrônicos (art. 2º).

Além disso, a Medida Provisória nº 2.200-2 de 2001, que institui a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira – ICP-Brasil, dispõe que:

Art. 10. Consideram-se documentos públicos ou particulares, para todos os fins legais, os documentos eletrônicos de que trata esta Medida Provisória.

§ 1º As declarações constantes dos documentos em forma eletrônica produzidos com a utilização de processo de certificação disponibilizado pela ICP-Brasil presumem-se verdadeiros em relação aos signatários, na forma do art. 131 da Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916 - Código Civil.

§ 2º O disposto nesta Medida Provisória não obsta a utilização de outro meio de comprovação da autoria e integridade de documentos em forma eletrônica, inclusive os que utilizem certificados não emitidos pela ICP-Brasil, desde que admitido pelas partes como válido ou aceito pela pessoa a quem for oposto o documento. (grifos nosso).

O Código Civil Brasileiro de 2002 tem um tratamento demasiadamente tímido da questão, ao dispor no art. 225 que além das reproduções fotográficas, cinematográficas e fonográficas, “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”. Nesse conceito de outras “reproduções eletrônicas” incluir-se-ia os arquivos eletrônicos, segundo o enunciado nº 298 da IV Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal.

Para Cesar Santolim, o conceito de documento deve ser interpretado de forma suficientemente ampla para compreender qualquer instrumento corpóreo, que possibilite através dele se conhecer de fatos, o que tornaria desnecessário a elaboração de qualquer disposição legal especial sobre o documento eletrônico especificamente:

Não há norma legal, substantiva ou adjetiva, tratando da prova documental, que se possa ter como definitivamente incompatível com o documento que resulta de um processo totalmente informatizado, tenha ele suporte magnético, ótico, ou outro qualquer.²⁶¹

O novo CPC também colaciona algumas disposições sobre os documentos eletrônicos enquanto meio de prova, dispondo que: i) considera-se autêntico o documento quando a autoria estiver identificada por qualquer outro meio legal, inclusive certificações eletrônicas (art. 411, II); ii) as reproduções digitalizadas de qualquer documento físico juntada aos autos do processo (art. 425, IV) fazem a mesma prova que os originais; iii) as fotografias digitais extraídas da rede

²⁶¹ SANTOLIM, 1995, p. 35.

mundial de computadores fazem prova das imagens que reproduzem, valendo sua autenticação eletrônica se impugnada sua veracidade (art. 422, § 1º).

De uma forma geral, podemos elencar dois requisitos necessários para a compreensão de qualquer conjunto de dados ou informações produzidas eletronicamente como um documento: a autenticidade e a integridade.²⁶²

A autenticidade de um documento eletrônico é garantida por meio de um processo de autenticação, derivada de três premissas básicas: alguma coisa que o indivíduo sabe, alguma coisa que ele possui, ou alguma coisa que ele é.²⁶³ As tecnologias a serviço dessa autenticação englobam uma ou mais dessas premissas, como no uso de *Smart Cards*, Biometria, assinaturas digitais, etc.

Os *Smart Cards* são uma evolução dos cartões de tarja magnética, que incorporam um circuito integrado e, opcionalmente, um microprocessador próprio. Esse microprocessador permite que os dados no cartão sejam acessados e alterados. Os cartões de primeira geração necessitavam de um dispositivo físico para proceder a essa leitura e alteração de dados. As novas gerações já incorporam a tecnologia de rádio frequência para evitar o contato com outros dispositivos físicos, reduzindo os riscos de adulteração maliciosa.²⁶⁴

Esses cartões são usados, por exemplo, para fornecer passes de identificação em grandes companhias, ou utilizados por bandeiras e bancos como cartões de crédito e débito. Além disso, muitas tecnologias de encriptação do disco rígido dos computadores dependem desses cartões para o armazenamento de uma chave de encriptação externa.²⁶⁵ O cartão SIM dos celulares também é um tipo de *smart card*, ele contém várias camadas de informação que são utilizadas para identificar o proprietário daquele cartão e o autenticar na rede de celulares apropriada.²⁶⁶

²⁶² “Para que se possa atribuir valor probatório aos documentos eletrônicos, é fundamental avaliar o grau de segurança e de certeza que se pode ter, sobretudo quanto à sua *autenticidade*, que permite identificar a sua autoria, e à sua *integridade*, que permite garantir a inalterabilidade do seu conteúdo. Somente a certeza quanto a esses dados é que poderá garantir a eficácia probatória desses documentos”. In: DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil, volume 2**: Teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 178.

²⁶³ GOODRICH; TAMASSIA, 2014, p. 71.

²⁶⁴ *Ibidem*, p. 74.

²⁶⁵ *Ibidem*, p. 74.

²⁶⁶ “Cada cartão SIM corresponde a um registro no banco de dados de assinantes mantido pelo provedor de rede. Um cartão SIM possui um ID de placa de circuito integrado (ICCID), que é um número exclusivo de 18 dígitos usado para identificação do *hardware*. Em seguida, um cartão SIM contém uma identidade de assinante móvel internacional exclusiva (IMSI), que identifica o país, a rede e a identidade pessoal do proprietário. Os cartões SIM também contêm uma chave secreta de 128 bits. Essa chave é usada para autenticar um telefone em uma rede móvel,

Os *smart cards* são exemplos típicos de autenticação mediante algo que a pessoa possui, assim como o uso de *tokens* USB, dispositivos de identificação por rádio frequência (RFID), etc.

Já com relação a autenticação baseada no que a pessoa é, basicamente acoberta as técnicas de identificação biométrica eletrônica. Biometria significa o uso de qualquer tipo de medida usada unicamente para identificar uma pessoa baseada em características biológicas ou fisiológicas. Para tanto os sistemas utilizam uma série de sensores e scanners para lê a informação biométrica e compará-la com alguma imagem ou informação constante em um banco de dados.²⁶⁷

As características passíveis de identificação biométrica devem ser universais (comuns a quase totalidade dos indivíduos), distintivas (praticamente irrepetíveis), permanentes (não mutáveis significativamente ao longo do tempo) e coletáveis (de fácil obtenção e análise). É o que ocorre com as papilas digitais, a forma de identificação biométrica por excelência, utilizada pelo menos desde o século XIX, sobretudo para identificação criminal. Outras formas incluem a análise facial, que calcula a localização de distintos pontos cardeais do rosto, como distância entre sobrancelhas, desenho da boca, forma do nariz, etc.; a análise da íris do olho, que utiliza uma fotografia de alta definição da íris do olho para identificar, através do espectro infravermelho, certas estruturas bastante complexas e irrepetíveis de cada olho humano; o scanner de retina, que utiliza uma luz concentrada para identificar os vasos sanguíneos dos olhos; análise do padrão de voz, menos seguro que os demais; dentre outras.

Essas tecnologias de identificação biométrica têm se difundido sobremaneira nesta década, com sua incorporação em modernos *smartphones*, computadores e dispositivos eletrônicos em geral, permitindo a comprovação do acesso e utilização pessoal de certo indivíduo ao *hardware* do qual se originou aquele conjunto de dados submetidos à comprovação.

A melhor técnica de identificação baseada em algo que a pessoa sabe, embora incorpore elementos das outras premissas, é a assinatura digital, com o uso de chaves públicas e privadas. Tradicionalmente, e em linhas gerais, em um sistema de encriptação baseado em chaves públicas, o indivíduo possui uma chave pública e outra privada, qualquer pessoa que lhe queira

conforme discutido abaixo. Finalmente, os cartões SIM podem conter uma lista de contatos”(tradução nossa). In: GOODRICH; TAMASSIA, 2014, p. 76.

²⁶⁷*Ibidem*, p. 83.

enviar uma mensagem cifrada se utilizará da chave pública desse sujeito para encriptar a mensagem e enviá-la, e apenas a chave privada desse sujeito poderá descriptar essa mensagem, tornando-a legível.

A tecnologia da assinatura digital utiliza esse mesmo sistema em uma lógica inversa, pois o sujeito que deseja conferir autenticidade à mensagem que envia (daí sua assinatura digital, por ser um mecanismo individualizante), utilizará sua chave privada para encriptar a mensagem e enviar para qualquer um, que poderá facilmente descripta-la mediante a chave pública, de conhecimento aberto, do sujeito remetente. Se obtiver êxito nesse processo, terá certeza de que aquela mensagem cifrada só poderia ter sido enviada pelo proprietário daquela chave.²⁶⁸ “A titularidade de uma chave pública pode ser checada junto ao ‘serviço de certificação’ competente, responsável pela emissão de certificados”.²⁶⁹

As propriedades mais importantes de uma assinatura digital são a não-forjabilidade, a imutabilidade e o não-repúdio, o que a torna uma das tecnologias mais confiáveis e seguras de autenticação eletrônica. Vale salientar que o *login* das chaves geralmente requer uma senha, um *password*, ou alguma forma de autorização biométrica (menos comum), etc.²⁷⁰

As senhas, quanto mais caracteres distintos, com letras, números e sinais, maior o grau de segurança, por outro lado, aumenta a dificuldade do usuário recordá-la. Para se ter um exemplo, o teclado padrão americano, muito similar ao brasileiro, possui mais de 6 quadrilhões de possibilidade para uma senha de 8 caracteres, o que faria um computador levar um mês ininterruptamente de trabalho para esgotar todas as possibilidades, se ele computasse uma senha por nanosegundo (velocidade compatível com os computadores mais avançados do mundo), ou 95 anos, se o computador computasse uma senha por microsegundo.²⁷¹ Portanto o sistema de assinatura digital é baseado tanto em algo que a pessoa sabe (a senha), quanto em algo que ela possui (a chave criptográfica).

²⁶⁸ GOODRICH; TAMASSIA, 2014, p. 28-31.

²⁶⁹ CARVALHO, Ana Paula Gambogi, 2001, p. 115.

²⁷⁰ “Um dos meios mais comuns de autenticar pessoas em sistemas computacionais é por meio do uso de nomes de usuário e senhas. Até sistemas baseados em chaves criptográficas, *tokens* físicos, e biometria geralmente incrementa a segurança dessas técnicas com senhas. Por exemplo, a chave secreta usada em um sistema de encriptação simétrica pode ser armazenada em um disco rígido de uma forma encriptada, onde a chave de descriptação é derivada de uma senha. Para que um aplicativo use a chave secreta, o usuário terá que entrar com sua senha para a chave”. In: GOODRICH; TAMASSIA, ob. cit., p. 41.

²⁷¹ *Ibidem*, p. 42.

Já a integridade do documento eletrônico é a propriedade que uma informação tem de não ser modificada de uma forma desautorizada, seja por fatores benignos, como a incidência de raios cósmicos que danificam componentes eletrônicos; ou fatores maliciosos, como o ataque de um vírus de computador. Daí a emergência de técnicas de segurança em TI que asseguram a integridade de arquivos e dados.

Uma dessas ferramentas é a função *checksum*, que mapeia o conteúdo de um arquivo gerando um valor numérico, de forma que mesmo alterações mínimas nesse arquivo (como a alteração de uma única letra em um arquivo de texto, por exemplo) já gerará uma alteração significativa no valor numérico original.²⁷² Há também o uso de códigos de correção de dados (*data correcting codes*), que podem operar em diferentes níveis de armazenamento,²⁷³ bem como de códigos de autenticação de mensagens (*message authentication codes*), que se utilizam de criptografia simétrica para gerar pequenos blocos de dados, anexados à mensagem transmitida, de forma que possa haver o batimento das informações.²⁷⁴

Outrossim, a integridade de um arquivo deve acobertar também seus metadados, que não compõem aqueles dados diretamente acessados e manipulados pelo usuário, mas que condensam informações relevantes como o nome do criador, a data da criação, modificações e suas datas relativas para aquele arquivo.²⁷⁵ Vale salientar que muitos sistemas da internet já incorporam essas ferramentas em suas estruturas.

Com isso, não há óbices na legislação brasileira, apesar de seu tratamento tímido, a utilização de qualquer documento eletrônico, inclusive os contratos, como um meio de prova. Os sistemas eletrônicos mais complexos, como os *e-mails*, os sistemas de grandes varejistas *online*, sistemas bancários, *PayPal*, etc., já incorporam muitas dessas tecnologias, e outras mais, em sua arquitetura lógica, de forma que se atenda aos critérios de autenticidade e integridade nas transmissões de dados.

²⁷² GOODRICH; TAMASSIA, 2014, p. 7.

²⁷³ *Ibidem*, p. 7.

²⁷⁴ “Essa técnica considera que duas partes comunicantes, digamos, A e B, compartilham uma chave secreta K_{AB} em comum. Quando A tem uma mensagem para enviar a B, A calcula o código de autenticação de mensagem como uma função complexa da mensagem e da chave: $MAC_M = F(K_{AB}, M)$. A mensagem mais o código são transmitidos ao destinatário-alvo. O destinatário executa o mesmo cálculo na mensagem recebida, usando a mesma chave secreta, para gerar um novo código de autenticação de mensagem. O código recebido é comparado com o código calculado”. In: STALLINGS, William; BROWN, Lawrie. **Segurança de computadores**. Trad. Arlete Simille Marques. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 43

²⁷⁵ GOODRICH; TAMASSIA, ob. cit., p. 7.

O risco contido nessas transações é reduzido a patamares tão baixos que é perfeitamente tolerável sua convivência com a sistemática da prova dos atos jurídicos conforme estabelece a legislação. Em realidade, a expertise para adulterar essas informações pode ser considerada até mais acentuada do que a necessária para adulterar um documento impresso, uma assinatura cursiva, um selo cartorário, etc., “até porque as entidades financeiras e importantes empresas não teriam investido tantos recursos na comunicação via *Internet* se porventura houvesse risco acentuado aos seus potenciais clientes”.²⁷⁶

Por outro lado, em se tratando de direito adjetivo, “ao realizar o exame crítico dos elementos probatórios, o juiz tem a faculdade de aprecia-los livremente, para chegar a solução que lhe parecer mais justa quanto à vertente fática”.²⁷⁷ De forma que, impugnada a validade do documento eletrônico no caso *sub judice*, o conjunto probatório deve guiar a cognição do juiz, levando em consideração os aspectos de segurança em TI assinalados, bem como a inversão do ônus da prova em favor do consumidor.

²⁷⁶ TUCCI, 2005, p. 318.

²⁷⁷ *Ibidem*, p. 318.

3.4 Conclusão

Mediante o exposto, podemos estabelecer as seguintes conclusões:

1. O consumidor digital não é um tipo especial de consumidor, mas a mesma figura já reconhecida pelo CDC submetida a uma série de situações fáticas que incrementam sua vulnerabilidade, de forma que é preciso conceber um novo tratamento para suplantação dessas vulnerações específicas, “construindo soluções legislativas ou regulamentares para reequilibrar a relação contratual ou resguardar os direitos básicos do consumidor (art. 6º do CDC) em qualquer situação jurídica de consumo, da simples publicidade, do compartilhamento e tratamento de dados aos eventos lesivos quer do produto ou do serviço, quer da mera navegação pela web”;

2. O reconhecimento da hipervulnerabilidade do consumidor virtual possibilita a admissão de um estado de mora legislativa, pois o estatuto consumerista, bem como a legislação em geral, não confere um tratamento especializado a esse consumidor. Dessa forma, se possibilita a incorporação dessa nova dimensão de vulneração à atuação dos agentes estatais, inclusive Magistrados, para formulação de soluções casuais nas respectivas esferas de competência, tal qual o Decreto Presidencial nº 7.962 de 2013;

3. O conceito de fornecedor deve ser interpretado de forma bastante ampla para enquadrar qualquer agente profissional que coloque bens ou serviços à disposição do consumidor, sendo o nome de domínio um dos elementos de identificação mais importantes do e-commerce, que requer um tratamento registral similar ao dispensado pelo INPI ao registro de marcas.

Já o estabelecimento comercial virtual deve ser tomado como um elemento autônomo do aviamento e da atividade empresarial, devendo incorporar os mecanismos de segurança em TI necessários à navegação do consumidor, restringindo-se as possibilidades de exclusão da responsabilidade por caso fortuito, força maior ou culpa exclusiva de terceiro, pois não se tratam de eventos dotados de extraordinariedade ou de inevitabilidade;

4. A resposta ao processo de desumanização dos contratos eletrônicos deve privilegiar a identificação do consumidor e do fornecedor. Primeiramente, o consumidor deve ser identificado através da incorporação das melhores técnicas de proteção, de forma a garantir seu pleno controle dos processos de intercâmbio telemático que envolvam sua pessoa, seus dados

privados e financeiros, dentre outras. Ademais, quanto se tratar de uma coletividade de consumidores, a tutela desses deve ser exercida pelos órgãos legalmente incumbidos dessa tarefa, como o Ministério Público, as Associações Cíveis e as Defensorias Públicas, visando à transindividualidade dos danos e a reparação ou compensação coletiva dos mesmos;

5. A reidentificação do fornecedor vai além da simples personalidade jurídica do empresário ou da sociedade empresarial, reconhecendo que a atuação empresarial na *web* visa muitas vezes criar ardis que dificultem ou exonerem os fornecedores de sua responsabilidade, devendo-se, como prática voltada à proteção do consumidor, reconhecer a abrangência da personalidade do fornecedor através do uso de sua marca, suas práticas comerciais, sua tecnologia, seu *layout*, que se espalham através de amplas redes de fornecedores, muitas vezes até de difícil identificação;

6. Os produtos e serviços digitais devem conter informações objetivas e de fácil aferição acerca de suas características, funcionalidades e desempenho, facilitando ao consumidor a identificação dos vícios intrínsecos que importem em inutilização ou subutilização de seus produtos ou serviços digitais.

A obsolescência planejada é um dos principais problemas ao consumidor de *gadgets* e equipamentos eletrônicos, pois pode ser desencadeada não apenas por componentes físicos dos produtos, mas por aplicações ou atualizações de *softwares* e dados que desencadeiam esse processo, que se assemelha ao vício oculto. Para tanto, o Direito deve tutelar a expectativa legítima do consumidor de uso e gozo pelo prazo de vida útil assinalado pelo fabricante, estendendo por esse interregno a garantia legal prevista nos arts. 18 e 26, § 3º do CDC, bem como tornar efetiva uma política de responsabilidade pós-consumo que privilegie a disposição adequada dos resíduos sólidos bem como planos de logística reversa e reutilização ou reciclagem desses bens de consumo;

7. A desinstrumentalização do contrato significa que a contratação eletrônica perde sua dimensão de *ratio scripta* para abranger um grande escopo de informações veiculadas de forma não-contratual (publicidade, *puffings*, imagens, etc.) e contratual (termos e condições gerais) simultaneamente, devendo se promover a afirmação de certos deveres específicos de informação, de forma clara e extensiva, sobretudo quando implicar em limitações de direitos ao consumidor, de maneira a garantir sua validade pelo atendimento do critério da cognoscibilidade do consumidor (art. 46 do CDC);

8. A autorregulação do comércio eletrônico é uma medida subsidiária de proteção ao consumidor, não elidindo a responsabilidade estatal de formular uma regulação específica para a proteção do consumidor virtual. A autorregulação deve privilegiar aspectos como a proteção de dados, sobretudo contra a criminalidade virtual, os mecanismos de autocomposição e os canais de atendimento direto ao consumidor, bem como favorecer a entrada de novos *players* naquele segmento, pois a concorrência é um valor fundamental à ordem econômica e à proteção do consumidor.

O empoderamento do consumidor é uma manifestação da proatividade do consumidor virtual, que requer não apenas uma experiência de consumo, mas uma experiência relacional com o fornecedor e outros consumidores. Sua efetividade não pode ser subestimada pois tem se mostrado eficaz de uma maneira bastante profícua, devendo os atores estatais, sobretudo por intermédio dos PROCONs e agências reguladoras, favorecer a proliferação desses mecanismos que impactam positivamente a percepção do consumidor quanto a sua relação contratual e à salvaguarda de seus direitos e interesses legítimos;

9. O documento eletrônico, à despeito da tímida regulação conferida pelo ordenamento jurídico brasileiro, é perfeitamente compatível com a sistemática atual das provas, desde que atendidos os critérios da autenticidade e integridade dos dados.

As tecnologias correntes já fornecem ferramentas suficientes para se atender a esses critérios, tornando os riscos diminutos e, portanto, toleráveis ao sistema jurídico em grau até maior do que os documentos físicos, que possuem suas vulnerabilidades próprias.

Na impugnação à veracidade do conteúdo ou autenticidade do documento, o sistema permite a livre produção e apreciação de provas pelo juiz, favorecendo ainda o consumidor com a inversão do ônus da prova, de maneira que o documento eletrônico enquanto meio de prova jamais poderá ser considerado nem mais nem menos legítimo que os demais meios de prova admitidos.

4 DA REVISÃO À EXTINÇÃO DO CONTRATO ELETRÔNICO DE CONSUMO

4.1 O Intervencionismo Estatal no regime das relações contratuais

4.1.1 *O dirigismo contratual e a regulação estatal*

Segundo os dados consolidados pela Fundação Procon do estado de São Paulo, vários setores do e-commerce figuraram em 2017 no relatório do cadastro anual de reclamações fundamentadas, que ranqueia os principais grupos econômicos reclamados pelos consumidores diante daquela instituição. Nessa publicação destacam-se alguns grandes fornecedores de serviços regulados ligados direta ou indiretamente ao e-commerce, como o setor de telefonia, o de transporte aéreo e o financeiro.¹

A nível nacional, o último relatório do Cadastro Nacional de Reclamações Fundamentadas, publicado pela Secretaria Nacional do Consumidor (Senacon), de 2012, que reúne informações de 249 Procons estaduais e municipais, aponta entre os 10 assuntos mais reclamados, os serviços de Banco Comercial (3º lugar), Telefonia móvel (4º lugar), Cartão de Crédito (6º lugar), Financeira (7º lugar) e Telefonia Fixa (10º lugar), setores regulados também ligados ao e-commerce.²

Diante de tão insofismável realidade exposta pelos dados referidos que, em linhas gerais, se repete nos Procons dos demais estados e do Distrito Federal, inclusive ainda no ano de 2018, a questão que emerge é qual o papel desempenhado pelos órgãos e agências estatais reguladoras na proteção do consumidor e como a inefetividade ou disfuncionalidade desse poder-dever regulamentar tem contribuído para a perpetuação de um dano difuso aos consumidores que se socorrem dos Procons e Juizados Especiais.

O modelo de regulação adotado na maior parte dos países é oriundo da escola americana de administração pública, que propõe uma administração pública mais fragmentada, com competências específicas, com órgãos ligados a diferentes poderes ou diferentes esferas do estado federal; diferentemente da escola francesa, que concebe a Administração Pública em um

¹A título de ilustração: Grupo Vivo/Telefônica (2º lugar); Grupo Claro/NET/Embratel (3º lugar); TIM Celular S/A (5º lugar); Grupo Bradesco (6º lugar); Grupo Itau/Unibanco (8º lugar); Grupo Oi (9º lugar); Nextel Telecomunicações Ltda. (10º lugar); Caixa Econômica Federal (11º lugar); Grupo SKY (14º lugar); Banco do Brasil (16º lugar); Grupo Santander (19º lugar); Grupo Latam (35º lugar); Grupo Gol (39º lugar). Disponível em: FUNDAÇÃO PROCON SP. Cadastro de reclamações fundamentadas 2017. Disponível em: <www.procon.sp.gov.br>. Acesso em: dez. 2018.

²In: SISTEMA NACIONAL DE INFORMAÇÕES DE DEFESA DO CONSUMIDOR. Relatório do Cadastro Nacional de Reclamações Fundamentadas 2012. Disponível em: <https://justiça.gov.br>. Acesso em dez. 2018.

sentido mais orgânico e unitário, como a famosa jurisdição administrativa do Conselho de Estado francês.³

De uma maneira geral, é um modelo oriundo dos anos 30 do século passado, quando a Grande Depressão (1929) resultou em uma década de desaceleração econômica, redução de renda e aumento do desemprego.⁴ O modelo se difundiu no restante do mundo durante a crise do Petróleo de 1973 a partir do embate entre neoliberais e keynesianos sobre os fundamentos da política macroeconômica do Estado, com predominância da posição dos primeiros.

A escola neoliberal via no lucro o motor da economia, não na demanda do consumo como os keynesianos, que em virtude disso prezavam por altos salários e pleno emprego. Daí surgiu, após as premiadas teses de von Hayek (1974) e Milton Friedman (1976) pelo prêmio Nobel de economia, uma administração centrada na redução do déficit público e na expansão da iniciativa privada em áreas e setores outrora controladas exclusiva ou primordialmente pelo Estado.⁵

A concatenação de várias estratégias básicas de matriz neoliberal, como as privatizações, a liberalização, a desregulação,⁶ a austeridade fiscal e a integração econômica e

³ “A figura da “agencia” é uma importação direta do direito administrativo dos Estados Unidos da América. Prolifera não só no Brasil, mas se espalha, por força da globalização, por diversos países da Europa continental, cuja tradição mais centralista sempre encarara a administração a partir dos interesses da Coroa, tendo por paradigma o Fisco como entidade arrecadadora e mantenedora do patrimônio do rei (cf. M. S. Giannini. *Curso didiritto administrativo*. Milano, 1966. v. 1, p. 16, 23, 26). Daí uma concepção manifestamente orgânica, em que os entes administrativos são órgãos de um único corpo. Ao contrário, a tradição anglo-saxônica sempre viu a administração como conjunto de corpos (bodies) de competência regionalizada, alguns sujeitos ao comando direto do Parlamento, outros até mesmo “eleitos” por convenções locais. Isto conduziu à famosa negação de um direito administrativo nos moldes franceses, proposta por Dicey, com repercussões, no direito britânico, até muito recentemente (cf. Griffith/Street - *Principies of administrative law*. London, 1951. p. 3 et seq.)”. In: FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Agências Reguladoras: legalidade e constitucionalidade*. Disponível em: www.terciosampaioferrazjr.com.br, acesso em 28 de dezembro de 2018.

⁴ “A proliferação das agências reguladoras independentes deu-se, assim, durante os anos 1930, não apenas como fruto da crença na capacitação técnica e no melhor posicionamento da Administração Pública para reagir de forma mais rápida e flexível no sentido de estabilizar a economia e proteger os menos favorecidos contra as oscilações dos mercados desregulados, mas também da necessidade de driblar os entraves a regulação opostos por um Judiciário predominantemente conservador”. In: BINENBOJN, Gustavo. *Agências reguladoras independentes e democracia no Brasil*. **Revista de Direito Administrativo**, n. 240, abr./jun. de 2005, p. 150.

⁵ HOBBSAWM, Eric J. **Era dos extremos: o breve século XX: 1914-1991**. Tradução de Marcos Santarrita. São Paulo: Companhia das Letras, 2009, p. 398 e ss.

⁶ “Paradoxalmente, o mesmo período assistiu a um crescimento expressivo da formulação de políticas reguladoras tanto em nível nacional quanto europeu (ver abaixo). No entanto, o paradoxo é mais aparente do que real. A verdade é que, neste período, métodos tradicionais de regulação e de controle estavam ruindo sob a pressão de potentes forças tecnológicas, econômicas e ideológicas, e foram desmantelados ou radicalmente transformados. Isto é freqüentemente chamado “desregulação”, mas o termo é enganador. O que se observa na prática não é um desmantelamento de toda a regulação governamental — uma volta a uma situação de *laissez-faire* que na realidade nunca existiu na Europa — mas, em vez disso, uma combinação de desregulação e nova regulação, possivelmente em um nível diferente de governança”. In: MAJONE, Giandomenico. *Do Estado positivo ao Estado regulador: causas e consequências de mudanças no modo de governança*. Trad. René Loncan. **Revista do Serviço Público**, Ano 50, n. 1, jan./mar. 1999, p. 9.

monetária dos países concorrem para limitar o papel do Estado positivo, ou o Estado intervencionista, ao passo em que aumentou o poder normativo e por decorrência o poder de polícia da administração pública e suas autarquias.⁷

Basicamente, as teorias político-econômicas modernas identificam três funções essenciais do Estado na economia: redistribuição de renda, estabilização macroeconômica (política monetária e fiscal) e regulação de mercados. De uma forma geral, todos os Estados modernos e suas mais variáveis experiências de governo, da democracia liberal aos regimes totalitários, praticam essas funções em diferentes níveis.⁸

Também a teoria econômica liberal vê o mercado como um ambiente ideal de alocação de recursos em condições competitivas ideais (Lei da eficiência de Pareto), o que justificaria a atuação estritamente técnica do Estado para corrigir dissintonias desse mercado na busca do equilíbrio das forças atuantes.

De fato, a experiência demonstrou que a atuação do Estado em setores que constituem monopólios naturais, como o setor de gás, petróleo, eletricidade, estradas e ferrovias, portos e aeroportos e telecomunicações (em alguma medida), através do seu braço empresarial, com a constituição de empresas públicas, ou mesmo a nacionalização desses setores, revelou-se em alguma medida problemática.

Antes de atender ao interesse público, as empresas estatais tornaram-se em larga medida promotoras de interesses corporativos ou sindicais, o que acarretou ineficiência gerencial, defasagem tecnológica, desinvestimentos e aumento de preços, além de espetaculosos escândalos de corrupção.

O fracasso da regulação através da propriedade estatal explica a mudança para um modo alternativo de controle, pelo qual os serviços públicos e outros setores, considerados importantes ao interesse público, são deixados em mãos privadas, mas sujeitos a regras desenvolvidas e aplicadas por agências especializadas. Essas entidades normalmente são criadas por estatuto, como autoridades administrativas independentes, no sentido de que lhes é permitido operar fora da linha de controle hierárquico pelos ministérios do governo central. Assim, o nexos causal entre a privatização e a regulação legal proporciona uma importante explicação, ainda que parcial, para o crescimento do Estado regulador.⁹

Além disso, o mundo pós-II Guerra assistiu a gênese de uma série de organismos multinacionais ou blocos transnacionais, como o Fundo Monetário Internacional (1945), o

⁷ MAJONE, 1999, p. 6.

⁸ *Ibidem*, p. 6.

⁹ *Ibidem*, p. 10.

Banco Mundial (1945), a Comunidade Econômica Europeia (1957), o Banco Interamericano de Desenvolvimento (1959), a OCDE (1961) e a Organização Mundial do Comércio (1995), além de tantas outras.

Essas estruturas supranacionais passaram a desempenhar, sobretudo após o colapso do bloco socialista europeu (1989-1991), uma forte ingerência sobre os modelos de governança dos países não-desenvolvidos, sobretudo em épocas de crises financeiras, em que os governos se socorreram de empréstimos internacionais e tiveram de adotar, em contrapartida, uma cartilha de medidas de austeridade e liberalização de suas economias, como no Brasil dos anos 1990.¹⁰

O modelo paradigmático da integração regional é a União Europeia, delineada em 1992 pelo Tratado de Maastricht a partir da Comunidade Econômica Europeia. A partir daí a administração europeia em Bruxelas passou a elaborar várias normas reguladoras a serem internalizadas pelos países membros, com o fito de promover a uniformização do direito e a integração monetária desejada, desde o nível legal ao nível infralegal (regulamentar).

Como resultado, até 1991, a CE estava introduzindo no corpo do direito francês mais regras do que as próprias autoridades nacionais: estima-se que hoje em dia somente 20% a 25% das normas legais aplicáveis na França sejam promulgadas pelo governo nacional sem qualquer consulta prévia a Bruxelas (Conseil d'Etat, 1993).¹¹

Essa uniformização é mais intensa em alguns setores, como o concorrencial e antitruste, saúde e proteção ambiental, todavia “pode-se notar uma tendência geral no sentido de harmonização dos enfoques reguladores e uma estreita cooperação entre reguladores nacionais e seus contrapartes no nível europeu”.¹²

O Brasil, a seu turno, também sofre influências ou mesmo constrições dessas estruturas transnacionais na elaboração de suas normas reguladoras, pois o fenômeno da uniformização é

¹⁰ Nesse sentido, relata a repórter Miriam Leitão: “Em agosto de 1991, Marcílio [Marques Moreira, ex-Ministro da Fazenda do governo Collor] convidou [Pedro] Malan para acumular suas funções com a de negociador da dívida externa. Desde meados dos anos 1980, o Brasil, entre outros países, vinham argumentando junto aos credores que era impossível o pagamento da dívida sem um abatimento. Era preciso reduzir o valor da dívida para que ela fosse pagável. Nesse contexto é que Bresser Pereira havia apresentado a proposta do desconto da dívida, que foi rejeitada em 1987. Mas a ideia de que a dívida tinha que ter aquela redução do valor foi a base para o plano de reestruturação das dívidas dos países latino-americanos apresentado pelo secretário do Tesouro Nicholas Brady, o Plano Brady. Com essa moldura, Malan trabalhou nas propostas. O Brasil devia a 880 bancos. Foi um caminho longo. Teve sustos e estratégias secretas, como a que levou o Banco do Brasil a fingir que era contra o Brasil. Pelo menos uma vez, o acordo esteve por um fio. Foi preciso superar um bloqueio duplo que parecia insuperável: do FMI e do Tesouro dos Estados Unidos. Entre o início da negociação e a assinatura final do acordo, houve o *impeachment* do presidente Collor e a troca de cinco ministros da Fazenda”. In: LEITÃO, Miriam. **Saga Brasileira**: a longa luta de um povo por sua moeda. Rio de Janeiro: Record, 2011, p. 218 (e-book).

¹¹ MAJONE, 1999, p. 10.

¹² *Ibidem*, p. 11.

generalizado e muitas vezes *conditio sine qua non* para a efetiva participação nos mercados globais, como no setor agropecuário, onde as normas de proteção e higiene da União Europeia são padrões para importações de diversos países do mundo, por exemplo.¹³

Dessa forma, o modelo de agências reguladoras independentes tem papel capital na implementação de uma política reguladora eficiente, já que elas gozam de duas vantagens significativas: “conhecimentos e experiência específicos e a possibilidade de assumir comprometerimentos dotados de credibilidade política”.¹⁴

Assim, por um lado ela se reveste de uma melhor competência na concentração de uma burocracia especializada, atraída pela autonomia conferida com relação aos agentes políticos incrustados nas estruturas ministeriais. Sendo, por isso, importantes instrumentos de governança, “precisamente porque o Congresso e os tribunais se revelaram incapazes de satisfazer ao ‘grande imperativo funcional’ da especialização”.¹⁵

Por outro lado, a incapacidade dos agentes políticos de se comprometerem com políticas públicas de longo prazo, em virtude da efemeridade dos mandatos públicos e das atividades eleitorais, reforça uma postura delegatária de certas competências para esses organismos dotados de uma perenidade e estabilidade institucional necessárias à formulação de políticas públicas.¹⁶

Todavia, o contexto da introdução das agências reguladoras independentes no Brasil, sob o estatuto de autarquias de regime especial, serviu mais para atender aos interesses dos agentes econômicos internacionais que se introduziam, na esteira das privatizações e abertura

¹³ “Cabe salientar que os produtos biológicos, para entrarem no mercado da União Europeia, deverão ser produzidos em conformidade com regras de produção e as disposições de controle previstas na legislação comunitária ou equivalentes. A avaliação da equivalência de normas, no que diz respeito aos produtos biológicos importados, levará em conta as normas internacionais estabelecidas pelo Codex Alimentarius. Muito provavelmente o novo regulamento europeu impactará a forma de cultivo ou, ao menos, gerará uma adequação aos novos *standards* para certificação dos produtos biológicos em todos os países extracomunitários que visem acessar o mercado europeu”. In: TRENTINI, Flavia. **O novo sistema de certificação europeu para importações de produtos biológicos**. Disponível em: <www.conjur.com.br>. Acesso em jan. 2019.

¹⁴ MAJONE, 1999, p. 19.

¹⁵ *Ibidem*, p. 19.

¹⁶ “O contexto político, ideológico e econômico em que se deu a implantação das agências reguladoras no Brasil, durante os anos 1990, foi diametralmente oposto ao norte-americano. Com efeito, o modelo regulatório brasileiro foi adotado num bojo de um amplo processo de privatizações e desestatizações, para o qual a chamada reforma do Estado se constituía como requisito essencial. E que a atração do setor privado, notadamente o capital internacional, para o investimento nas atividades econômicas de interesse coletivo e serviços públicos objeto do programa de privatizações e desestatizações estava condicionada à garantia de estabilidade e previsibilidade das regras do jogo nas relações dos investidores com o Poder Público”. In: BINENBOJM, 2005, p. 152

econômica dos anos 1990, do que para formular políticas públicas duradouras que consolidassem a proteção de minorias, como os consumidores.

Em países cuja história recente foi marcada por movimentos nacionalistas autoritários (de esquerda e de direita), o risco de expropriação e de ruptura dos contratos é sempre um fantasma que assusta ou espanta os investidores estrangeiros. Assim, a implantação de um modelo que *substituiu o marco regulatório* do processo político-eleitoral se erigiu em verdadeiro *tour de force* da reforma do Estado. Daí a idéia de *blindagem institucional* de um modelo, que resistisse até a uma vitória da esquerda em eleição futura.¹⁷

Diante dessa realidade, a concepção de dirigismo contratual ou mesmo de Condições Gerais de Contratação adquire um novo significado ante a crescente normatização administrativa, através das Agências Reguladoras, sobre os conteúdos e termos dos contratos de consumo em setores regulados, como o de transporte aéreo.

O setor de transporte aéreo é regulado e fiscalizado pela ANAC, criada em 2005 por meio da Lei Federal 11.182. Atualmente, as condições gerais dos contratos de Transporte Aéreo são fixadas pela Resolução 400/2016 da ANAC. Dentre as diversas disposições, a entidade estabelece uma série de deveres específicos de informação ao consumidor, como a discriminação dos valores que compõem a passagem aérea, regras relativas à não apresentação para embarque, remarcação e reembolso de passagens, regras e valores para o transporte de bagagem, etc.

De fato, se nota por uma simples leitura da referida resolução algumas disposições que conferem certos poderes ou privilégios ao transportador em detrimento do consumidor, contrariando a *ratio legis* do próprio CDC. Por exemplo, o CDC proíbe expressamente cláusulas que permitam ao fornecedor a modificação unilateral do conteúdo do contrato após a sua celebração (art. 51, XIII do CDC), além de garantir a força vinculatória da oferta (art. 30 do CDC), ao passo em que a resolução alberga a possibilidade dessas alterações desde que se informe ao passageiro com antecedência mínima de 72 horas, só lhe assistindo o direito de rescisão ou de remarcação se não atendido esse prazo ou se a alteração importar em um acréscimo aos horários de partida ou de chegada em mais de 30 minutos para voos domésticos e 1 hora para voos internacionais (art. 12).

Em sentido similar ocorre no setor de telecomunicações. A Lei Geral de Telecomunicações (Lei Federal 9.472/2007), a lei da TV por assinatura (Lei Federal 12.485/2011) e o Marco Civil da Internet remetem algumas questões diretamente ao CDC,

¹⁷ BINENBOJM, 2005, p. 152.

embora não deixem de ter consequências diretas na elaboração setorial e interpretação dos contratos de consumo ligados à prestação de serviços de telefonia fixa e móvel, acesso à internet e a TV por assinatura.

A ANATEL, através da Resolução 632/2014, estabelece um Regulamento Geral de Direitos dos Consumidores de serviços de Telecomunicações que deve ser harmonizado com outras tantas resoluções da agência para setores específicos, como a Resolução 623/2013 que estabelece o regulamento para os conselhos dos usuários.

O referido Regulamento Geral de Direito dos Consumidores da ANATEL, da mesma forma que o da ANAC, alberga a possibilidade de modificação unilateral do contrato (referido como “Plano de Serviços, Ofertas conjuntas e promoções”), desde que cumprido o dever de informar com antecedência mínima de 30 dias (art. 52). Nota-se, portanto, que o próprio agente regulador atenua a proteção conferida ao consumidor pelo CDC ao possibilitar a alteração unilateral do conteúdo contratual, sem maiores restrições ao conteúdo dessas modificações além do mero dever de informar (critério da cognoscibilidade).

Além disso, não se pode olvidar o importante papel desempenhado pelas agências reguladoras na fiscalização dos serviços e na imposição de multas para constranger os fornecedores ao fiel cumprimento das normas regulamentares, inclusive de proteção do consumidor. De fato, a competência da agência reguladora vai muito além da mera expedição de normas:

Segundo a elaboração desenvolvida por Diogo de Figueiredo, a função reguladora é na verdade um híbrido de atribuições de natureza variada, inclusive fiscalizadoras e negociadoras, mas também normativas, gerenciais, arbitradoras e sancionadoras. Ela se vale de um complexo de funções clássicas – administrativas, normativas e judiciais –, variando apenas o método decisório. No domínio da função reguladora devem predominar as escolhas técnicas, preservadas das disputas partidárias e das complexidades dos debates congressuais, mais apropriados às escolhas político-administrativas.¹⁸

Todavia, o que se tem observado não só no Brasil, como também em todo o mundo, é um movimento de captura regulatória dos agentes econômicos sobre o ente regulador o que acarreta, por conseguinte, uma disfunção na sua atuação, inclusive de fiscalização.

¹⁸ BARROSO, Luís Roberto. Agências Reguladoras: Constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 229, jul./set. 2002, p. 301.

Nos Estados Unidos, de onde advém o modelo das agências reguladoras, o problema é estudado ao menos desde os anos 1950, como no trabalho de Marver Bernstein: “*Regulating Business by Independent Commission*” (1955).¹⁹

De fato, como aponta Richard Posner, instituições que são muito bem-sucedidas e eficientes em seu nascedouro, tendem à se “fossilizar” e burocratizar com o passar do tempo, iniciando uma trajetória de queda, “porque depois elas são relutantes à mudança; elas talvez prefiram o risco de um declínio lento do que o risco de um desastre repentino que uma mudança de curso poderia precipitar”,²⁰ ainda mais em mercados regulados que são extremamente importantes para a vida econômica e social de um país. Todavia essa postura não pode ser compreendida como captura regulatória, tampouco implica necessariamente em uma maior propensão à captura.

Nos Estados Unidos, após um ciclo de proliferação de agências reguladoras e de uma postura mais proativa até os anos 1960, notou-se que muitas das medidas adotadas por esses entes administrativos acabavam por beneficiar os agentes econômicos já estabelecidos e consolidados, dificultando a entrada de novos *players* com uma série de barreiras.²¹

Como resultado do movimento de desregulamentação, que começou no final dos anos 1970, principalmente como uma reação ao péssimo desempenho da economia naquela década, agências federais famosas, como a Comissão de Comércio Interestadual e a Junta de Aeronáutica Civil, foram abolidas; outros perderam muito de sua autoridade ou tornaram-se muito menos protecionistas (a Comissão de Valores Mobiliários, a Comissão Federal de Comércio [FTC] e as agências reguladoras bancárias são exemplos notáveis).²²

Antes de enfraquecer a função reguladora do Estado, os programas que permaneceram tiveram uma maior robustez contra a captura regulatória porque contavam com um maior apoio popular e “não compreendiam mais a regulação de atividades competitivas de indústrias específicas (regulação de preços, entrada, expansão e obrigações do serviço)”.²³ Como essas novas formas de regulação são difíceis de serem capturadas à ponto de se tornarem vantajosas as práticas monopolistas ou de cartelização das empresas, seu objetivo agora é enfraquecer essas

¹⁹ POSNER, Richard A. The concept of Regulatory Capture: A Shrot, Inglorious History. In: CARPENTER, Daniel; MOSS, David A (edi.). **Preventing Regulatory Capture: Special Interest Influence and how to limit it.** Nova York: Cambridge University, 2014, p. 49.

²⁰ *Ibidem*, p. 50-51.

²¹ *Ibidem*, p. 52.

²² *Ibidem*, p. 53.

²³ *Ibidem*, p. 54.

normas reguladoras,²⁴ como as normas relativas à saúde e proteção ambiental, ou que conferem direitos específicos aos consumidores.

Ademais, os agentes reguladores podem se mostrar tão dependentes das indústrias para obter informações, expertise e talento, em virtude da altíssima complexidade que certos setores regulados possuem, que eles não se mostrem hábeis a desempenhar sua autoridade independentemente.²⁵ Essa forma de captura “fraca” pode ocorrer mesmo que os agentes reguladores estejam imbuídos do melhor interesse público.

De fato, essa forma de captura mais sutil talvez seja a principal fonte de problemas com relação às políticas de proteção do consumidor, pois acaba por representar também uma captura “científica” da burocracia especializada que orienta o agente regulador. Como o governo não possui uma capacidade de investimento na formação e profissionalização de capital humano como a iniciativa privada,²⁶ os quadros diretivos das agências acabam sendo preenchidos por indivíduos exógenos ao serviço público e com uma formação mais favorável ao mercado. Isso é muito comum no setor financeiro,²⁷ embora venha se difundindo em vários outros ambientes de indústrias altamente especializadas.

No Brasil, a tradição das agências reguladoras é bem mais recente que a norte-americana, o que dificulta a consolidação de dados e obtenção de estudos mais aprofundados sobre o fenômeno que aqui ainda está em sua infância. Todavia, o jornalismo investigativo já nos oferece pistas de como os atores políticos tem procurado estender sua influência sobre as agências, o que talvez explique em parte a crescente insatisfação de consumidores em setores regulados:

Levantamento feito pelo GLOBO em oito das 11 agências reguladoras federais mostra que, de 40 cargos executivos, 32 são ocupados por nomes indicados por políticos e outros três estão prestes a serem preenchidos pelo mesmo critério. Ou seja, 35 vagas são destinadas a pessoas ligadas a políticos. O MDB [Movimento Democrático Brasileiro] domina: apontou 18 diretores. Mas outras legendas também têm indicações — há nomes da época em que o PT [Partido dos Trabalhadores] estava no governo federal, por exemplo.²⁸

²⁴ POSNER, 2014, p. 54.

²⁵ McCARTY, Nolan. Complexity, Capacity, and Capture. *In*: CARPENTER, Daniel; MOSS, David A (edi.). **Preventing Regulatory Capture: Special Interest Influence and how to limit it**. Nova York: Cambridge University, 2014, p. 100.

²⁶ *Ibidem*, p. 102.

²⁷ O atual presidente do Banco Central, Ilan Goldfajn é oriundo do Itáú Unibanco, o futuro presidente, Roberto Campos Neto, é oriundo do Banco Santander.

²⁸ VENTURA, Manoel; DOCA, Geralda. Nomes indicados por partidos políticos são maioria nas agências reguladoras. **O Globo**, Rio de Janeiro, 22 jul. 2018. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com>>. Acesso em: jan. 2018.

Todavia, como explica Luigi Zingales, se a captura regulatória se limitasse a comportamentos ilícitos, seria muito mais fácil de combater-la pelos atuais mecanismos de persecução penal. De fato, a captura é mais penetrante por ser guiada por incentivos econômicos comuns.²⁹ Por isso, a solução desse problema está longe de ser tão simples.

Entretanto, algumas medidas podem contribuir para o aperfeiçoamento da função reguladora, como a formação de grandes bancos de dados públicos, alimentados por diversos entes públicos e privados, como forma de subsidiar a tomada de decisão do Estado, retirando dos regulados esse mecanismo de barganha e direcionamento, a informação.

Também a profissionalização constante dos servidores públicos alocados nessa agência é fundamental, aliado à sua prevalência nos quadros diretivos da agência, protegendo-a de interesses políticos ou econômicos.

Atualmente, o Parlamento brasileiro discute um projeto de lei para criação de um Regime Geral das Agências Reguladoras, Projeto de Lei 6.671 de 2016. Pelo projeto, se favorecerá a tomada de decisão colegiada, antecedida por uma Análise de Impacto Regulatório (AIR) e por consultas públicas. O PL prevê ainda um capítulo específico para tratar da articulação das agências reguladoras com os órgãos de defesa do consumidor e do meio ambiente (Capítulo V – arts. 33 a 35), através de convênios, podendo celebrar Termos de Ajustamento de Condutas no âmbito da sua competência regulatória.

Em suma, a efetiva tutela dos direitos dos consumidores no âmbito das agências reguladoras implica em conciliar a independência característica desse modelo de intervenção estatal, com a responsabilização democrática dos agentes e das políticas reguladoras por eles implantada. De forma que:

[...] a independência e a responsabilização podem ser conciliadas por meio de uma combinação de mecanismos de controle, mais que por meio de supervisão exercida a partir de qualquer ponto determinado do sistema político, quais sejam objetivos estatutários claros e limitados para proporcionar normas de desempenho que não sejam ambíguas; exigências de fornecer razões para decisões e exigências em termos de transparência para facilitar o exame judicial e a participação pública; disposições relativas ao processo legal para assegurar a justiça entre os inevitáveis ganhadores e perdedores de decisões reguladoras; profissionalismo para resistir a interferência externa e para reduzir o risco de um uso arbitrário da discricionariedade de que dispõem as agências.³⁰

²⁹ ZINGALES, Luigi. Preventing Economist's Capture. In: CARPENTER, Daniel; MOSS, David A (edi.). **Preventing Regulatory Capture: Special Interest Influence and how to limit it.** Nova York: Cambridge University, 2014, p. 124.

³⁰ MAJONE, 1999, p. 31.

Esses são apenas alguns mecanismos possíveis para que se alcance uma maior isonomia na função reguladora e, assim, também buscar mais qualidade nos serviços e produtos ofertados em mercados regulados, acrescentando tanto a satisfação quanto a confiança dos consumidores. “Se as agências não provarem seu valor na proteção do consumidor, multiplica-se o trabalho do Judiciário com pequenas questões, de aplicação administrativa de todas as leis em vigor no Brasil, e não só das que privilegiam fornecedores e o mercado específico regulado”.³¹

4.1.2 A revisão judicial dos contratos

Para Claudia Lima Marques, “o CDC inovou ao criar, em seu art. 51 § 4.º, um *controle judicial em abstrato*”,³² por meio do qual confere ao Ministério Público legitimidade para propor ação para declaração de nulidade de cláusula contratual que contrarie o código ou que, de qualquer forma, não garanta o justo equilíbrio entre direitos e obrigações das partes.

Todavia, ao contrário do que uma mera exegese faz supor, o dispositivo legal não contempla uma hipótese de legitimidade exclusiva, pois os próprios arts. 81, 82 e 83 do CDC albergam uma legitimidade concorrente de outros entes ou órgãos, inclusive associações privadas (art. 82, IV). Em suma, o que o parágrafo 4º do art. 51 está reafirmando é o direito de petição dos consumidores e suas associações, “no sentido de que têm direito de representar ao Ministério Público para que seja feito o controle judicial concreto das cláusulas do contrato de consumo apontadas como abusivas”.³³

Nesse sentido, a Ação Civil Pública (ACP) tem sido o principal instrumento processual para dedução dessa pretensão declaratória de nulidade. O STJ, a seu turno, tem chancelado a legitimidade do Ministério Público para, por meio da ACP, atuar no controle da abusividade de cláusulas contratuais ainda que se trate de direito individual homogêneo disponível, desde que haja relevância ou interesse social na questão *sub judice*, conforme se depreende do Informativo nº 629 de 17 de agosto de 2018.³⁴

³¹ MARQUES, 2016, p. 1284.

³² *In: Ibidem*, p. 1283.

³³ NERY JÚNIOR, Nelson. Da proteção contratual. *In: GRINOVER*, 2007, p. 606.

³⁴ “Nos termos da jurisprudência desta Corte, a finalidade do Ministério Público é lida à luz do preceito constante do *caput* do art. 127 da Constituição, segundo o qual incumbe ao Ministério Público “a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”. Daí porque se firmou a compreensão de que, para haver legitimidade ativa do Ministério Público para a defesa de direitos transindividuais não é preciso que se trate de direitos indisponíveis, havendo de se verificar, isso sim, se há “interesse social” (expressão contida no art. 127 da Constituição) capaz de autorizar a legitimidade do Ministério Público”. *In: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Informativo de Jurisprudência n. 0629. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/>>. Acesso em: jan. 2019.*

O Projeto do CDC conforme aprovado pelo Congresso Nacional continha um § 3º para o art. 51 que restou vetado pelo Presidente da República na ocasião de sua sanção em 11 de setembro de 1990. Segundo o dispositivo rejeitado, o Ministério Público poderia, em sede de inquérito civil, efetuar um controle administrativo abstrato e preventivo das cláusulas contratuais gerais com eficácia geral. O Presidente justificou que tal atribuição contraria o perfil constitucional da instituição, bem como o princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV da CF).

Na realidade, o controle administrativo das CONDGs já é realizado pela administração pública em setores regulados, como visto. Também é indiretamente realizado pelo CADE ao apurar e penalizar as infrações à ordem econômica. Embora o tribunal foque sua atuação na defesa da concorrência e da livre-iniciativa, enquanto órgão antitruste, o que apenas reflexamente beneficiará o consumidor. Portanto, não resta contrariado o princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição, pois a decisão administrativa do Ministério Público estaria sujeita ao controle judicial, da mesma forma que ocorre com as decisões de agências reguladoras ou do CADE.

Para Nelson Nery Junior, o veto acaba perdendo efeitos práticos ante a instrumentalização do inquérito civil para prevenção e composição de conflitos de consumo:

No inquérito civil o Ministério Público pode arremeter documentos, informações, ouvir os interessados, a fim de formar sua opinião sobre a existência ou não de cláusula abusiva em determinado contrato de consumo. É nessa oportunidade que os interessados podem chegar à composição extrajudicial, sempre no interesse social de preservar-se a ordem pública de proteção do consumidor.³⁵

Ademais, os órgãos públicos, inclusive o Ministério Público, possuem legitimidade para propor o Termo de Ajustamento de Conduta com força de título executivo extrajudicial (art. 5º, § 6º da Lei 7.347/85).

O CDC contempla duas formas de controle judicial do conteúdo das cláusulas contratuais. Tanto o direto, através de uma ação própria, quer individual, quer coletiva, para a declaração de nulidade de cláusulas, quanto um controle incidental, *ex officio*, pendente em qualquer outra ação cujo objeto seja uma relação de consumo.³⁶

³⁵ NERY JÚNIOR, 2007, p. 532.

³⁶ À exceção do que dispõe a Súmula nº 381 do STJ: “Nos contratos bancários, é vedado ao julgador conhecer, de ofício, da abusividade das cláusulas”.

O legislador brasileiro foi mais pródigo ao formular os subsídios para a intervenção judicial nos contratos submetidos ao CDC do que os submetidos ao CCB.

O magistrado terá ao seu dispor várias técnicas para declarar inexistentes, nulas, anuláveis ou ineficazes as cláusulas do contrato de consumo, como se observa do *caput* do art. 51 do CDC, que declara “nulas de pleno direito” diversas provisões negociais, conquanto debaixo dessa rubrica estejam não somente nulidades, mas outras situações que se enquadrariam no plano da existência ou no plano da eficácia.³⁷

O CDC adota como fundamento teórico para a revisão judicial dos contratos a teoria da onerosidade excessiva, ao passo em que o CCB (arts. 478 a 480) se inclina para a imprevisão, que condiciona uma aplicação mais restritiva da revisão pelos fundamentos delineados pela jurisprudência brasileira (p. ex. excluindo de sua incidência diversos fenômenos macroeconômicos como inflação, mudança cambial, recessão econômica, variação de taxas cambias, desvalorização monetária, etc.).³⁸

O fundamento jurídico principal da teoria da onerosidade excessiva que justifica a revisão judicial dos contratos de consumo é o art. 6º, V, do CDC, que consagra enquanto direito básico do consumidor: “a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas”.

Pela dicção do dispositivo, pode-se dizer que o CDC alberga tanto a onerosidade excessiva contemporânea, cujo tratamento é oferecido pela lógica das cláusulas abusivas (art. 51, IV do CDC), quanto a onerosidade excessiva superveniente, que dá azo à revisão judicial propriamente dita.

Se a cláusula propicia a ocorrência de onerosidade excessiva é porque ela estabeleceu “prestações desproporcionais” *ab initio*. Nessa hipótese, não se está diante da “onerosidade excessiva superveniente” e sim de uma *cláusula abusiva*, conforme o art. 51, inciso IV, CDC, que assim considera as disposições que “estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade”.

A Alteração das circunstâncias não é uma cláusula. O câmbio nas circunstancias pode afetar cláusulas do negócio, mas isso ocorre pela ação exterior de *fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas*, como muito bem distinguiu o inciso V do art. 6º, CDC.

Encontrando-se diante da *onerosidade excessiva*, de caráter *superveniente*, é simplesmente necessária a utilização dos marcos dessa teoria, sem recurso à

³⁷ RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz. A revisão judicial dos contratos de consumo no Brasil. In: GOUVEIA, Jorge Bacelar; SILVA, Heraldo de Oliveira (coord.). **I Congresso Luso-Brasileiro de Direito**. Coimbra: Almedina, 2014, p. 61-62.

³⁸ “O codificador civil usou da *onerosidade excessiva* para qualificar o desequilíbrio entre as prestações, que seria o elemento visível, em termos econômico-financeiros, da alteração das circunstâncias. Mas, aditou-lhe a qualificação da *imprevisibilidade* do fato extraordinário e superveniente, de molde a que o juiz consultasse o sentido da imprevisão, historicamente construído com base na pré-exclusão de fenômenos macroeconômicos que atingiram o Brasil em diversas ocasiões históricas”. In: RODRIGUES JUNIOR, 2014, p. 58.

imprevisão, muito menos se exigem outros constructos, como a base do negócio jurídico, a pressuposição ou a *rebus sic stantibus*.³⁹

Constatada a onerosidade excessiva apta a ensejar a revisão do contrato, o consumidor terá direito à modificação, à declaração de nulidade de cláusula contratual ou à resolução do contrato. De uma maneira geral, o CDC preza pela manutenção do vínculo contratual pois se presume ser mais benéfico ao consumidor, desde que a revisão não importe também em ônus excessivo ao fornecedor, como se depreende do § 2º do art. 51 do CDC.⁴⁰

A revisão judicial de um contrato de consumo pretendida pelo fornecedor, por sua vez, não pode ter como base o CDC, sob pena de se transferir o risco da atividade econômica ao consumidor. Dessa forma, deve se guiar pelos critérios estabelecidos pelo CCB no art. 480, de forma a se preservar o contrato, pois ao fornecedor só assiste o direito à revisão, não o de resolução.⁴¹

4.1.3 A interpretação jurídica dos contratos virtuais

Primeiramente, deve-se ter em vista que foi com o giro hermenêutico, proporcionado por Heidegger e Gadamer,⁴² que se fez a importante distinção entre “a compreensão como totalidade e a linguagem como meio de acesso ao mundo e aos seus objetos”.⁴³ De fato, “Gadamer parte (heideggerianamente) da premissa de que a linguagem não é uma terceira coisa que se interpõe entre sujeito e objeto, ou seja, na concepção hermenêutica de Gadamer, *não há espaço para a dicotômica relação epistemológica sujeito-objeto*”,⁴⁴ pois as coisas só existem no momento em que possam ser nomeadas.

Nesse ponto, até a técnica legislativa tem sido afetada pelo giro hermenêutico referido. Os legisladores não procuram mais sistemas unificados e acabados, como o Código Civil (fonte de todo o direito privado), mas microssistemas (Código de Defesa do Consumidor, Marco Civil

³⁹ RODRIGUES JÚNIOR, 2014, p. 63.

⁴⁰ Art. 51. [...] § 2º A nulidade de uma cláusula contratual abusiva não invalida o contrato, exceto quando de sua ausência, apesar dos esforços de integração, decorrer ônus excessivo a qualquer das partes.

⁴¹ RODRIGUES JUNIOR, ob. cit., p. 71.

⁴² “Para desenvolver sua tese, Gadamer diz que Heidegger, quando ressuscitou o tema do ser e ultrapassa todo o pensamento metafísico, ganha frente às aporias do historicismo uma posição fundamentalmente nova. O aspecto da compreensão não é um conceito metódico como queria Droysen e tampouco é, como queria Dilthey, uma operação que seguiria, em direção inversa, ao impulso da vida sobre a idealidade. Compreender é o caráter ôntico original da vida humana mesma. Heidegger, assim registra Gadamer, *intenta cumprir a tarefa de ilustrar a estrutura do estar-aí mediante uma analítica transcendental do estar-aí*.” In: STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 170.

⁴³ *Ibidem*, p. 174.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 177.

da Internet, etc.), conceitos abertos e cláusulas gerais (boa-fé objetiva, confiança, aparência, risco, etc.), deixando uma margem de discricionariedade para sua suplementação no caso concreto.

Dessa forma, a linguagem é totalidade na medida em que confere sentido ao mundo externo e interior, dos pensamentos (*mind*).⁴⁵ Todavia, entre o que é falado e o que é compreendido se perde uma infinidade de sentidos possíveis e, em alguma medida, desejados. “Nenhum homem fala e pensa em si exatamente na mesma linguagem”,⁴⁶ por isso a necessidade da interpretação, enquanto um processo orientado para delimitação de sentidos, sem o qual não haveria comunicação, em sua acepção mais primitiva: tornar comum.

Essa interpretação pode se determinar em razão de critérios de violência simbólica,⁴⁷ persuasão pessoal (*ethos*), racional (*logos*) ou emocional (*pathos*),⁴⁸ até o simples critério de repartição de poder, ou competência – designação mais apropriada para a dogmática jurídica.

A interpretação de um contrato, especialmente um de adesão, oscilará por todos esses critérios e fatores além de muitos outros. Uma simples cláusula pode receber diferentes interpretações por parte do predisponente, do aderente, do magistrado, do membro do *parquet* ou de alguma doutrina especializada. “É assim compreensível que cada contraente seja tentado (consciente ou inconscientemente) a retirar, para si próprio, vantagens da ambiguidade e das incertezas que, desse modo, se criam, tentando impor a interpretação que lhe é mais favorável”.⁴⁹

Porém, em um contrato de adesão, dada a unilateralidade da predisposição contratual, derivada de uma supremacia econômica, técnica e informacional, a interpretação contratual do predisponente (fornecedor) tende a prevalecer, inclusive em razão dele possuir os meios fáticos de executar o contrato de acordo com seu interesse, seja suspendendo ou limitando sua prestação (seu dar ou seu fazer), seja constringendo o consumidor (por exemplo, inscrevendo seu nome nos cadastros de restrição ao crédito), seja resilindo o contrato unilateralmente. Portanto, a vulnerabilidade, que é a pedra angular do sistema de proteção do consumidor, deve

⁴⁵ ARENDT, 2000, p. 76.

⁴⁶ KAUFMANN, 2004, p. 172.

⁴⁷ FERRAZ JUNIOR, 2003, p. 276.

⁴⁸ ADEODATO, 2009, p. 339.

⁴⁹ ROPPO, 2009, p. 170.

conduzir a atividade interpretativa dos aplicadores do direito com vistas à manutenção da sua integridade sistemático-normativa.⁵⁰

Ao aplicador do direito trata-se, em verdade, de uma ação interpretativa de natureza dúplice, pois cuida-se de interpretar o negócio jurídico em tela (esculpido primordialmente no contrato eletrônico e nas condições gerais) e a legislação aplicável, o CDC e outras leis, decretos, resoluções, etc.

A diferença entre a interpretação de uma lei e de um negócio jurídico reside no fato de que, para interpretar-se a lei, se parte de um fato concreto que acontece no mundo fenomênico apto a produzir efeitos jurídicos, daí, conciliando-se fato e norma com vistas aos valores intrínsecos ao ordenamento, se procede à interpretação.

Já o negócio jurídico se interpreta em si mesmo, apenas se perquirindo no texto legal a conformidade com os requisitos de validade e os fatores de eficácia, os efeitos se operam por força da autonomia privada,⁵¹ ou como diz Karl Larenz, “as declarações jurídico-negociais não são só situações de facto a cuja presença *a lei* ligue determinadas consequências jurídicas, mas indicam, *segundo o seu próprio conteúdo*, que deve ter lugar esta ou aquela consequência jurídica”.⁵²

A busca pela intenção consubstanciada (art. 112 do CCB) exclui uma análise separada da oferta e da aceitação, mas deve privilegiar o ponto de coligação das vontades emanadas do predisponente e do aderente, já que a hermenêutica contratual pressupõe a convergência das vontades ao menos sobre os elementos essenciais do negócio, suficientes para a conclusão do contrato.⁵³

Pothier formulou doze regras para um método de interpretação de convenções que muito influenciou diversos códigos, principalmente o Código de Napoleão de 1804 em quesitos de interpretação.⁵⁴

⁵⁰ “Na tarefa da interpretação, jurisprudência e ciência do Direito repartem-se de tal maneira que esta facilita, de certo modo, o trabalho à jurisprudência, ao mostrar os problemas da interpretação e as vias para a solução, enquanto que aquela põe à prova os resultados, em confrontação com a problemática do caso particular, necessitando assim constantemente da ciência do Direito para a compreensão”. In: LARENZ, 1997, p. 442.

⁵¹ MIRANDA, 2002, p. 230.

⁵² LARENZ, ob. cit., p. 419.

⁵³ LÔBO, 1991, p. 128-129.

⁵⁴ “1.^a Nas convenções mais se deve indagar qual foi a intensão comum das partes contraentes do que qual é o sentido comum das palavras. 2.^a Quando uma cláusula é suscetível de dois sentidos, deve entender-se naquele em que ela pode ter efeito; e não naquele em que não teria efeito algum. 3.^a Quando em um contrato os termos são suscetíveis de dois sentidos, deve entender-se no sentido que mais convém à natureza do contrato. 4.^a Aquilo que

Percebe-se já em Pothier uma preocupação com a *interpretatio contra stipulalorem*.⁵⁵ “A ordem jurídica tutela a confiança do declaratório a fim de que a declaração valha com o significado com que, segundo as circunstâncias, podia e devia ser entendida”.⁵⁶ Dessa forma, não se trata de conferir ao contrato a interpretação que o consumidor quer ou entende, mas uma interpretação que qualquer pessoa, considerada numa perspectiva mediana de conhecimento e percepção, teria daquela cláusula ou daquele contrato.

Dessa forma, se equaliza tanto a disposição do CCB, que determina que os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar da celebração (art. 113), com a norma do art. 47, que determina que as cláusulas contratuais serão interpretadas da maneira mais favorável ao consumidor. “A interpretação mais favorável ao aderente não pode ir ao extremo de, em vez de equilibrar, promover o desfavorecimento excessivo do fornecedor”.⁵⁷

Portanto, como um importante paradigma interpretativo ao direito brasileiro, que não foi prodigo na formulação de normas sobre interpretação contratual, quer no CCB quer no CDC,⁵⁸ estão as regras de interpretação dos Princípios do Direito Contratual Europeu (*Principels of European Contractual Law – PECL*). Nos *PECL* (capítulo 05), percebe-se a inclusão de muitas das regras de Pothier, convergindo influências do *Common Law* e do *Civil Law*, com as necessárias atualizações:

Artigo 5:101: Normas Gerais de Interpretação

em um contrato é ambíguo, interpreta-se conforme o uso do país. 5.^a O uso é de tamanha autoridade na interpretação dos contratos que se subentendem as cláusulas do uso ainda que se não exprimissem. 6.^a Uma cláusula deve interpreta-se pelas outras do mesmo instrumento, ou elas precedam, ou elas se sigam àquela. 7.^a Na dúvida uma cláusula deve interpreta-se contra aquele que tem estipulado uma coisa em descargo daquele que tem contraído a obrigação. 8.^a Por muito genéricos que sejam os termos em que foi concebida uma convenção, ela só compreende as coisas sobre as quais parece que os contraentes se propuseram tratar, e não as coisas em que eles não pensaram. 9.^a Quando um objeto da convenção é uma universalidade de coisas, compreende todas as coisas particulares que compõe aquela universalidade, ainda aquelas de que as partes não tivessem conhecimento. 10.^a Quando em um contrato se exprimiu um caso, por causa da dúvida que poderia haver, se a obrigação resultante do contrato se estenderia àquele caso, não se julga por isso ter querido restringir a extensão da obrigação, nos outros casos que por direito se compreendem nela, como se fossem expressos. 11.^a Nos contratos, bem como nos testamentos, uma cláusula concebida no plural se distribui muitas vezes em muitas cláusulas singulares. 12.^a O que está no fim de uma frase ordinariamente se refere a toda a frase, e não àquilo só que a precede imediatamente; contanto que este final de frase concorde em gênero e número com a frase toda”. *In*: MANDELBAUM, 1996, p. 195-196.

⁵⁵ LÓBO, Paulo Luiz Neto. Contratos no Código do Consumidor: pressupostos gerais. *Justitia*, São Paulo, v.54 n. 160, out./dez. 1992, p.134.

⁵⁶ LARENZ, 1997, p. 421-422.

⁵⁷ LÓBO, ob. cit., p. 134.

⁵⁸ O PLS 281/2012 prevê a adição do inc. VII ao art. 5.º do CDC para incluir “a interpretação e a integração das normas e negócios jurídicos de maneira mais favorável ao consumidor” entre os instrumentos conferidos ao poder público para a implementação da Política Nacional das Relações de Consumo.

(1) Um contrato é para ser interpretado de acordo com a intensão comum das partes, inclusive se ela diferir do sentido literal das palavras.

(2) Se foi estabelecido que uma parte intencionou o contrato para ter um sentido particular, e ao tempo da conclusão do contrato a outra parte não poderia estar alheia a intensão da primeira parte, o contrato é para ser interpretado da forma pretendida pela primeira parte.

(3) Se uma intensão não pode ser estabelecida de acordo com (1) e (2), o contrato é para ser interpretado de acordo com um sentido que uma pessoa razoável do mesmo tipo que as partes teria dado a ele nas mesmas circunstâncias.

Artigo 5:102: Circunstâncias relevantes

Ao interpretar o contrato, deve-se ter em conta, em particular:

- (a) as circunstâncias no qual foi concluído, inclusive as negociações preliminares;
- (b) a conduta das partes, inclusive subsequente a conclusão do contrato;
- (c) a natureza e propósito do contrato;
- (d) a interpretação que já foi dada a cláusulas similares pelas partes e as práticas que elas estabeleceram entre si;
- (e) o significado comumente dado aos termos e expressões no ramo da atividade concernente e a interpretação de cláusulas similares que talvez já tenham recebido;
- (f) usos; e
- (g) boa-fé e comportamento leal.⁵⁹

Eric Clive entende que as regras dos *PECL* não podem ser enquadradas nem como procedentes do *Common Law* tampouco do *Civil Law*, ou categorizadas como uma simples mistura dos dois sistemas. “Eles são, todavia, uma mescla no sentido de que, como todo sistema moderno sofisticado, eles envolvem uma mistura de aproximações para as principais regras de interpretação”,⁶⁰ daí sua relevância para o direito brasileiro que sofre, em diferentes medidas, influências dos dois sistemas. “Todos esses sistemas têm de operar dentro de uma gama restrita de opções aceitáveis e ter em conta as mesmas considerações. Há maneiras diferentes de balancear as considerações conflitantes e apresentar os resultados”.⁶¹

Apesar de fornecer cânones interpretativos bastante úteis ao direito do consumidor, devendo em alguma medida ser incorporados à sistemática interpretativa dos contratos de consumo, certas disposições, dada a prevalência da autonomia privada e da paridade das partes nos *PECL*, se contrapõem à lei consumerista. Por exemplo, ao discorrer que quando um contrato for redigido em duas ou mais línguas, sem que se estabeleça qualquer preferência entre elas, deverá, em havendo discrepância nas versões, se dar preferência àquela versão linguística em que o contrato foi originalmente delineado (art. 5:107 dos *PECL*).

⁵⁹ Disponível em: <<http://www.jus.uio.no/lm/eu.contract.principles.parts.1.to.3.2002/>>. Acesso em: fev. 2018.

⁶⁰ CLIVE, Eric. Interpretation. In: MACQUEEN, Hector L. e ZIMMERMANN, Reinhard (ed.). **European Contract Law: Scots and south African perspective**. Edinburgo: Edingurgh University press, 2006, p. 185.

⁶¹ *Ibidem*, p. 185.

Em sentido contrário o CDC estabelece a preferência pelo vernáculo, como forma de proteção ao consumidor, conforme se depreende dos arts. 31, 46 e 54, § 3.º.⁶² É o que ocorre também com o Uber em Portugal, onde em seus “Termos e Condições de uso” havia uma cláusula dizendo que na divergência de qualquer disposição com relação aos “Termos e usos” da matriz americana, redigidos em inglês, se daria preferência à esse.⁶³

A esse tipo de problema a doutrina alemã dá o nome de risco linguístico – *Sprachrisiko*.⁶⁴ A todo fornecedor que dirige publicidade ou oferta ao mercado nacional, ao consumidor-passivo, deve se utilizar do português, não integrando o contrato as condições ou cláusulas escritas em outro idioma por não atenderem ao critério de cognoscibilidade pelo consumidor.⁶⁵

Por outro lado, ao consumidor-ativo que se dirige ao comércio internacional para aquisição de produtos ou serviços, vale a língua em que foi formulada a oferta ou a propaganda, geralmente a língua falada na sede do fornecedor. Todavia, se demandado em juízo brasileiro, a tradução do contrato e de qualquer outro documento deve ser feita às custas do fornecedor, em virtude da inversão do ônus da prova em favor do consumidor (art. 6.º, VIII do CDC).

⁶² BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. “Art. 31. A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores.

Art. 46. Os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance.

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

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

⁶³ “De fato, a versão em português é a única que apresenta a conexão necessária ao contrato quando o registro é feito através do aplicativo em português. A versão em inglês é excluída do contrato, como simples referência a um termo contratual não é um fator de conexão aceitável. Além disso, um termo estabelecendo que todos os termos contratuais podem não ser aplicados a uma situação específica viola o princípio da boa-fé, refletindo assim um *venire contra factum proprium* (artigo 15 GCT). Finalmente, se a informação for claramente dirigida aos portugueses, a exigência de que a mensagem seja clara, estabelecida nos artigos 5e 6 GCT, só são atendidas se a mensagem for transmitida em língua portuguesa. A língua portuguesa deve ser usada em todas as mensagens dirigidas aos consumidores portugueses, em Portugal, sempre a lei portuguesa se aplica”. In: CARVALHO, Jorge Morais, 2015, p. 65.

⁶⁴ ZANCHET, Marília. **A proteção dos consumidores no Direito Internacional Privado Brasileiro**. 2006. 180f. Dissertação (Mestrado em Direito)–Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2006, p. 117.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 118.

O contrato de adesão, por sua vez, com suas peculiaridades em relação ao contrato clássico, traz também diferenças significativas quanto a sua interpretação.⁶⁶ A dissonância primordial está no fato do contrato de adesão se formar por uma vontade do estipulante, predisposta nas condições gerais do contrato, a qual o consumidor apenas adere. Destarte, é então a um sujeito coletivo indeterminado que essa manifestação pré-contratual (oferta) se dirige. As relações jurídicas contratuais vão se formando na medida em que esses sujeitos indeterminados vão se determinando, ou seja, aderindo àquelas condições gerais predispostas.

Dessa forma, os conflitos de interesses que se formam são entre o sujeito estipulante (fornecedor), e uma pluralidade de sujeitos aderentes (consumidores), sem prejuízo de eventuais conflitos individuais nos contratos singulares celebrados, entre o estipulante e um aderente específico.

Tratando-se de condições gerais de contratação predispostas a uma coletividade, geralmente há de se reconhecer a repercussão geral da questão para os demais contratos individuais celebrados, bem como por celebrar (consumidor efetivo e potencial). Sendo assim, os sentidos a perquirir devem ser gerais, constante para todos os instrumentos, todos os sujeitos aderentes da categoria social e profissional contemplada.⁶⁷ “A interpretação é objetiva e típica por prevalecerem circunstâncias externas à vontade, partindo-se de um tipo que se atribui um resultado uniforme, sem ter em conta aquela que no caso concreto possa ser a efetiva e diversa opinião das partes”.⁶⁸

Dessa forma, a interpretação das condições gerais não pode se dar da mesma forma com que se interpreta a lei, ou o contrato negociado, primeiramente porque não se pode utilizar uma interpretação de tipo literal porque dificilmente sua redação seria contrária os interesses do predisponente, que também é o ofertante.

Em segundo lugar, não há que se buscar a intenção nelas consubstanciada, conforme determina o art. 112 do CCB, porque há preponderância de uma única vontade, a do predisponente, ao passo que do outro lado só há vontade de adesão, ou mera integração das condições gerais ao plano da eficácia contratual, sem qualquer manifestação volitiva por parte do aderente, pois sua vontade se limita a querer o objeto da prestação (o dar ou o fazer),

⁶⁶ O art. 5:104 dos *PECL* estabelece que “os termos que foram individualmente negociados têm preferência sobre aqueles que não foram”. Disponível em: <<http://www.jus.uio.no/lm/eu.contract.principles.parts.1.to.3.2002/5.104.html>>. Acesso em fev. 2018.

⁶⁷ MIRANDA, 2002, p. 236.

⁶⁸ LÓBO, 1992, p. 135.

enquanto apenas (re)conhece a incidência das condições gerais – sua eficácia repousa num elemento de cognoscibilidade, conforme adverte Paulo Lôbo.⁶⁹ Além disso, como visto, em setores regulados, o poder público já tem admitido a própria modificação unilateral do conteúdo contratual, reforçando a predominância da vontade do predisponente.

Com essas premissas em vista, cabe também tecer algumas considerações sobre a interpretação da lei, já que os contratos de consumo estão sujeitos a uma ampla normatização, muitas vezes de ordem pública, que determina *standards* contratuais, cláusulas obrigatórias, cláusulas proibidas, etc., o que implica uma dupla atividade interpretativa pelo aplicador do direito: a interpretação do conteúdo contratual (principalmente as condições gerais) e a interpretação do conteúdo normativo (leis, decretos, resoluções, etc.).

Para Karl Larenz, a “missão de interpretação da lei é evitar a contradição entre normas, responder a questões sobre concurso de normas e concurso de regulações e delimitar, uma face às outras, as esferas de regulação, sempre que tal seja exigível”.⁷⁰

As leis que formam o sistema das relações de consumo se assentam na premissa da equidade enquanto regra de distribuição de forças, proporcionando o reequilíbrio da relação contratual.⁷¹ Sob esse prisma que deve partir qualquer interpretação da lei. O problema, com relação ao CDC se assenta na disposição do art. 47, que determina que as cláusulas serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor, sendo a principal disposição da lei consumerista sobre interpretação contratual.

Em verdade, o CDC não determina que o juiz deva subverter a normativa clausular e a lógica contratual para proteger os interesses do consumidor, pois aqui vale a máxima *in claris cessat interpretatio*. Mas que na emergência de duas ou mais interpretações possíveis se adote àquela mais favorável ao consumidor. Isso significa que a atividade hermenêutica do juiz deve ter um limite na própria dogmática jurídica, pois não está autorizado a dizer pelas partes aquilo que elas efetivamente não disseram.

Deve-se ter em vista que a sua interpretação no que concerne aos contratos de adesão deve tomar como base não apenas o caso *sub judice*, mas toda a coletividade de consumidores efetivos ou potenciais que podem ser afetados por uma interpretação em tal ou qual sentido,

⁶⁹ LÔBO, 1991, p. 129-130.

⁷⁰ LARENZ, 1997., p. 441.

⁷¹ CATALAN, Marcos Jorge. A hermenêutica contratual no Código de Defesa do Consumidor. **Revista electrónica de Derecho del Consumo y de la Alimentación**. Barcelona, n.19, 2008, p. 25.

inclusive com a repartição dos custos e a própria inviabilidade econômica da atividade comercial. Nesse sentido, o próprio CDC estabelece que ao anular uma cláusula subsiste o contrato, salvo se a integração do mesmo de mostrar excessivamente onerosa para ambas as partes (art. 51, § 2.º do CDC).

Tal fato é ainda mais importante em setores regulados, pois a intervenção judicial, ainda que para conferir apenas uma interpretação conforme o CDC, a qualquer tipo de Condições Gerais pode afetar reflexamente alguma regulamentação setorial, impactando todo um mercado regulado. Essa perspectiva não pode ser olvidada pelo intérprete judicial.

Por outro lado, tal perspectiva não releva o consumidor da necessária proteção contratual que o CDC já lhe proporciona. Nesse caso, ao se constatar o desequilíbrio da relação contratual deverá se utilizar dos mecanismos que a lei lhe confere, como a declaração da abusividade de cláusulas (na óptica do art. 51, IV do CDC), a ineficácia das cláusulas que não foram dadas conhecimento ao consumidor, ou que foi dificultado seu conhecimento (art. 46 do CDC) e o reconhecimento vinculatório da oferta, dos escritos particulares, recibos e pré-contratos (art. 48 do CDC), etc.

Ademais, não existe conflito entre o CDC e as resoluções das agências reguladoras, pois ainda permanece íntegro o critério hierárquico, pelo qual a lei prevalece sobre as normas infralegais, ainda que editadas sobre os auspícios da especialidade ou tecnicidade.

Nota-se que a regulação estatal, dada suas características de especialidade e tecnicidade, funciona como fator dissuasório à intervenção judicial nos regimes contratuais de mercados regulados. Tal fato não deve servir para constranger o controle judicial dos atos regulamentares, sob pena de violação ao princípio da inafastabilidade da jurisdição. Tanto nos Estados Unidos, quanto na União Europeia, a procedimentalização dos processos de tomada de decisão facilitou o reexame judicial de diversas questões, para composição dos interesses dos agentes econômicos, do Estado ou dos consumidores.

Além disso, os tribunais contam com uma forma especial de intervenção de terceiros, o *Amicus Curiae* (art. 138 do Código de Processo Civil), que possibilita a participação de indivíduos ou entidades qualificadas tecnicamente, ou representativos de segmentos sociais interessados, produzindo pareceres como forma de embasar a prestação jurisdicional. Em suma, “uma vez que os juízes aceitam a adequabilidade de seus tribunais como locais para solução de

disputas entre agentes normativos governamentais e agentes autônomos, eles se tornaram atores significativos, às vezes os mais significativos, do processo administrativo”.⁷²

Os contratos eletrônicos devem reconhecer uma vulnerabilidade ainda mais acentuada do que os demais contratos de consumo. Primeiramente porque a vontade do consumidor só pode ser manifestada através de *clicks* (*click-wrap agreements*) que devem reduzir o ato volitivo à uma linguagem binária que permita a comunicação com o *software* da máquina.⁷³ Portanto, jamais se pode presumir sua vontade pelo simples silêncio ou pela tolerância de certos atos, “o silêncio não significa aceitação dos consumidores e sim indício de que um ato comercial dos fornecedores pode ser abusivo, a violar a confiança dos consumidores perante os profissionais, os fornecedores do comércio eletrônico”.⁷⁴ Assim, em contratos de prestação continuada via internet, e.g. a assinatura de uma revista eletrônica, a renovação automática do contrato deve ser precedida de alguma manifestação do consumidor nesse sentido, pois seu silêncio não pode ser considerado como aquiescência à renovação automática.

Também o consumidor que acessa o conteúdo contratual ou as condições gerais, não se pode presumir que esteja concluindo o negócio, daí a importância de salvaguardas digitais que condicionem a conclusão da contratação a vários *clicks* e checagens de segurança, onde se promova a divulgação de cada circunstância relevante, como características do objeto, preço e formas de pagamento, formas de entrega, condições gerais do contrato e sumário do contrato, onde o consumidor deverá concordar com cada termo.

Em resumo, o meio eletrônico não pode ser um meio de “desinformação” e de simples “manipulação dos consumidores”, levados a uma contratação impensada por simples *clicks*, como animais em um brete, que para chegar ao texto contratual têm que entrar naquela contratação e depois dela se arrepender. Tratar com lealdade e respeito o seu futuro consumidor é aqui um modo de minimizar o nível de arrependimentos.⁷⁵

A lição de Mehring nesse sentido é totalmente cabível, pois ele chama atenção para o tamanho das condições gerais, criticando decisão que considerou legítima as cláusulas

⁷² MAJONE, 1999., p. 23.

⁷³ “Encarada como sistema, a linguagem de programação estabelece as regras de criação do software. Ela constituirá a sequência de signos a ser utilizada pelo programador, estabelecerá quais comandos (=palavras) desta linguagem serão utilizados e em que ordem os mesmos devem ser utilizados. Além disso, o software é um processo, porque só é possível compreendê-lo de uma forma geral, isto é, não é inteligível se for considerado apenas em diversas partes simples. Trata-se do que Hjelmslev disse, ao afirmar que o todo não é a soma das partes, mas a relação existente entre seus elementos. Este processo é composto por um número limitado de comandos que se combinam de ilimitadas formas, para formarem novos textos.” In: TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. **A natureza jurídica do software à luz da linguística**, p. 13. Disponível em: <<https://edisciplinas.usp.br/>>. Acesso em fev. 2018.

⁷⁴ MARQUES, 2004, p. 271.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 273.

estipuladas em sete “telas” diferentes, “a abundância de informação vinculante é também uma forma nova de abuso”,⁷⁶ nessa hipótese a boa-fé dita que as condições gerais deveriam vir formuladas em um único instrumento virtual (página), de maneira sucinta, de fácil acesso e compreensão.

Cabe lembrar ainda que o ônus da prova do conteúdo contratual é do fornecedor, caso o consumidor não tenha arquivado a ementa do contrato ou das condições gerais, devendo provar que se utilizava de tais condições no momento da conclusão do contrato.⁷⁷

Por fim, a interpretação judicial dos contratos se mostra um importante mecanismo para a intervenção jurisdicional no regime das relações contratuais, de forma que deve procurar conciliar a imperativa proteção do consumidor, tomados enquanto uma coletividade indistinta, com o direito à livre iniciativa, a manutenção da atividade econômica e a lucratividade. As regulações setoriais devem ser levadas em consideração, porém não esgotam em definitivo as opções normativas para tal conciliação de interesses, pois os agentes econômicos não medem esforços para salvaguardar seus interesses através da sua absorção pelos mecanismos regulamentares, que impõem ao consumidor verdadeiras formas administrativas institucionalizadas de contratos de adesão.

4.2 A extinção contratual e o direito de arrependimento

Um dos pontos mais peculiares da extinção dos contratos de consumo circunda o chamado direito de arrependimento conforme positivado no art. 49 do CDC, que influenciará diretamente nos contratos eletrônicos, enquanto norma garantidora do chamado estado de reflexão do consumidor.

De acordo com o dispositivo legal, “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 ou serviços ocorrer fora do estabelecimento empresarial, especialmente por telefone ou à domicílio”.

A *raison d'être* dessa regra é desnudada em sua especificação final, ou seja, a venda domiciliar ou por telefone. Essas categorias se popularizaram após a década de 1950, primeiro com aquele típico “vendedor de porta em porta”, que levava à moderna “dona de casa” um

⁷⁶ In: MARQUES, 2004, p. 273.

⁷⁷ *Ibidem*, p. 273.

conjunto de utensílios que agregavam facilidades outrora inimagináveis ao ambiente doméstico. Da geladeira à máquina de lavar roupas, do aspirador de pó ao barbeador elétrico, a automatização das atividades mais primitivas do homem se impunham quase como uma lei natural do processo histórico.

[...] a revolução tecnológica entrou na consciência do consumidor em tal medida que a novidade se tornou o principal recurso de venda para tudo, desde os detergentes sintéticos (que passaram a existir na década de 1950) até os computadores *laptop*. A crença era que “novo” equivalia não só a melhor, mas a absolutamente revolucionado.⁷⁸

Ao mesmo tempo, o final da II Guerra Mundial deixou ociosa toda uma estrutura industrial criada ou adaptada para fornecer aos militares toda sorte de equipamentos (vestimentas, enlatados, remédios, ferramentas) e armas (armas de mão, embarcações, blindados e aviões) em uma escala e celeridade maior que o próprio modelo fordista se propôs. Assim, essa estrutura seria direcionada à produção de bens de consumo em escala global, difundindo-se inclusive para países do chamado terceiro mundo, como o Brasil.⁷⁹

Dessa hiperabundância de produtos manufaturados, bem como de serviços especializados, surgiu esse segmento mercantil de vendas domiciliares. Esse agente comercial que busca nos domicílios seu público alvo, adentrando aos lares com toda uma sorte de bens, dispostos em catálogos, experimentados através de amostras grátis, caracteriza essa forma de consumação que entra em declínio a partir do surgimento dos canais de tele vendas e da popularização do telefone.

Para se ter noção, “em 1971 havia mais de 270 milhões de telefones no mundo, quer dizer, esmagadoramente na América e na Europa Ocidental, e sua disseminação se acelerava. Dez anos depois, esse número quase dobrara”.⁸⁰ Ademais, na década de 1980, as desregulamentações impostas pela administração Reagan nos Estados Unidos, culminaram

⁷⁸ HOBBSAWN, 2009, p. 261.

⁷⁹ “O mundo industrial, claro, se expandia por toda parte: nas regiões capitalistas e socialistas e no ‘Terceiro Mundo’. No velho Ocidente, houve impressionantes exemplos de revolução industrial, como a Espanha e a Finlândia. No mundo do ‘socialismo realmente existente’, países predominantemente agrários como a Bulgária e a Romênia ganharam expressivos setores industriais. No Terceiro Mundo, o fato mais espetacular dos chamados ‘países em recente industrialização’ (NICS em inglês) ocorreu depois da Era de Ouro, mas por toda parte diminuiu acentuadamente o número de países dependentes da agricultura, pelo menos para financiar suas importações do resto do mundo. Com uma exceção (Nova Zelândia), todos estavam na África subsaariana e na América Latina. A economia mundial, portanto, crescia a uma taxa explosiva. Na década de 1960, era claro que jamais houvera algo assim. A produção mundial de manufaturas quadruplicou entre o início da década de 1950 e o início da década de 1970, e, o que é ainda mais impressionante, o comércio mundial de produtos manufaturados aumentou dez vezes”. In: *Ibidem*, p. 256-257.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 259.

numa ampla abertura da Televisão para a sua exploração comercial, com o surgimento do chamado *Informercial*.⁸¹

O *Informercial* era mais do que um comercial curto veiculado nos intervalos da programação televisiva, eram pequenos programas dedicados à venda de um ou alguns produtos comuns, com a demonstração do produto, o uso de *puffings* publicitários, a manipulação de dados técnicos, etc. Eles direcionavam o telespectador a algum ramal telefônico onde poderia realizar a compra daqueles bens. Essa ferramenta de *telemarketing* foi tão popular entre os anos 1980-90 que levaram ao surgimento de canais de televisão dedicados apenas à tele vendas.

No final dos anos 1990 se difundiu o uso comercial da *web*, com o surgimento de empresas dedicadas apenas à exploração do e-commerce, como a Amazon, fundada em 1994, ou o Ebay, fundado em 1995, também o MercadoLivre, surgido em 1999, etc. Nesse mesmo período, grandes redes varejistas já consolidadas se lançaram também na exploração do comércio virtual, através de *sites* e da visibilidade de suas marcas já consagradas. A essa realidade se seguiu a ampla extensão pela jurisprudência dos Tribunais do direito de arrependimento aos contratos eletrônicos, uma espécie própria de contratos à distância, mesmo que a lógica do CDC fosse anterior a essa modalidade de compras fora do estabelecimento.

De uma maneira geral, a segunda metade do século XX assistiu a grande difusão de um modelo de vendas e *marketing* fora do estabelecimento empresarial, onde o contato do consumidor com o produto ou serviço era inexistente, mínimo ou intermediado por algum agente comercial. Com isso, também se potencializou o chamado consumo irrefletido, quando, por efeito dessa intermediação agressiva do fornecedor, o consumidor adquire bens ou serviços dos quais realmente não necessita ou que não correspondem a alguma expectativa funcional que tinha, sem que isso chegue a representar um vício propriamente dito, pois não corresponde a uma inadequação de suas características objetivas conforme ofertada, mas simplesmente a uma insatisfação de ordem estritamente subjetiva (estética, psicológica, física, etc.) do consumidor.

O consumo irrefletido, em seu extremo, deságua em uma moléstia estudada atualmente pela psiquiatria, o chamado transtorno do comprar compulsivo (TCC), ou também oniomania. “Alguns pesquisadores tem considerado o TCC como um transtorno de dependência e o

⁸¹ Para mais informações, *vide*: <<https://adage.com/article/adage-encyclopedia/infomercial/98718/>>.

agruparam com os transtornos de uso de álcool e drogas. Outros o consideram como parte do espectro dos transtornos obsessivos-compulsivos, ou do humor”.⁸²

Segundo Bleuler: “o elemento particular (na oniomania) é a impulsividade; eles não podem evita-la, o que algumas vezes se expressa inclusive no fato de que, a despeito de ter uma boa formação acadêmica, os pacientes são absolutamente incapazes de pensar diferentemente e de conceberem as consequências sem sentido de seu ato e as possibilidades de não realizá-lo. Não chegam nem a sentir o impulso, mas agem de acordo com a sua natureza, como a lagarta que devora a folha”.⁸³

Diversos pesquisadores têm estimado em diferentes patamares a prevalência do TCC na população mundial, com índices que variam de menos de 2 a mais de 9%. Porém, em amostras de pessoas que utilizam o computador compulsivamente, o transtorno se observa em cerca de 19% dos usuários.⁸⁴ Portanto, o meio eletrônico figura ou como mecanismo potencializador do transtorno, através de uma publicidade mais interativa e vulnerante, ou como mecanismo facilitador para o exercício anômalo do consumo obsessivo.

Por tudo isso, o direito de arrependimento passou a ser positivado em países como a França, a Alemanha e os Estados Unidos desde os anos 1970. De uma maneira geral, a lei alemã de 1976 previa o direito ao arrependimento como uma condição suspensiva *ope legis* incidente no ato da aceitação do consumidor. Após uma semana, se não se manifestasse em contrário, a aceitação se aperfeiçoava, pois a condição, qual seja, o não arrependimento (evento futuro e incerto) ocorria.⁸⁵

Atualmente, a Diretiva 2011/83/UE estabeleceu um prazo comum de retratação de 14 dias para todos os países da União Europeia, contados da data da assinatura do contrato, em se tratando de serviços, ou do recebimento dos bens, em se tratando de compra e venda.

No direito brasileiro a norma do art. 49 e seu parágrafo único conduzem a uma interpretação diferente quanto a sua natureza, pois permite implicitamente a plena execução do contrato desde a aceitação do consumidor, não se adequando a qualquer espécie de condição suspensiva, pois nessa seria “incerta a produção dos efeitos”.⁸⁶

⁸² TAVARES, Hermano et al. Compras compulsivas: uma revisão e um relato de caso. **Revista Brasileira de Psiquiatria**, v. 30, supl. I, 2008, p. 17.

⁸³ *Ibidem*, p. 17.

⁸⁴ *Ibidem*, p. 17-18.

⁸⁵ “Se o cliente revoga (*Widerruft*) sua aceitação, no prazo e nas condições legais, a aceitação nunca teria tido eficácia, o contrato nunca teria sido formado, pois o evento futuro e incerto (a passagem do prazo, sem a revogação) a que estava submetida a manifestação de vontade do consumidor, não ocorreu”. *In*: MARQUES, 2016, p. 966-967.

⁸⁶ GOMES, 2010, p. 304.

O parágrafo único do art. 49 do CDC aduz que o exercício do arrependimento implica na devolução de valores eventualmente pagos durante esse período de reflexão, monetariamente corrigidos, o que aponta para a plena eficácia jurídica do negócio celebrado desde então. Portanto, a melhor conclusão que se chega a cerca do direito de arrependimento no CDC é que se trata de uma nova causa de extinção contratual, por ato unilateral do consumidor.

Resolver-se-ia o contrato por atuação desta cláusula resolutiva tácita, presente em todas as vendas em domicílio, liberando os contraentes, sem apagar todos os efeitos produzidos com o contrato, mas operando retroativamente para reestabelecer o *status quo ante*.⁸⁷

Portanto, desde a aceitação existirá um contrato existente, válido e eficaz. O direito de arrependimento configura uma espécie de direito potestativo, também chamado de formativo ou discricionário.⁸⁸ Tal categoria importa em sujeição, faculdade conferida ao seu titular de interferir na esfera jurídica alheia sem que esse outrem possa fazer qualquer coisa para impedi-lo ou satisfazê-lo, por não se constituir em uma pretensão, que demande alguma prestação, mas em uma potestade, “que dispensa o concurso da vontade do sujeito, ou qualquer atitude dele”.⁸⁹

“Este direito de arrependimento ou desistência tem natureza de direito formativo extintivo do contrato, uma nova espécie de direito de resolução contratual, cuja eficácia depende exclusivamente do seu exercício por parte do consumidor”.⁹⁰ Ademais, por se tratar de um direito potestativo, o prazo conferido pelo art. 49 é decadencial, portanto, conforme o art. 207 do CCB, não se impede, suspende ou interrompe.

Todavia, a lacônica redação da norma suscita certas dúvidas que têm sido gradualmente clarificadas pela jurisprudência pátria. É o que ocorre, por exemplo, com os custos da devolução, produtos ou serviços insuscetíveis de devolução, retenção de valores decorrentes do uso ou da devolução parcial do bem ou do serviço, etc.

A venda fora do estabelecimento comercial implica em custos de traslado, fretes, tributos aduaneiros ou de circulação de mercadorias, dentre outros encargos, no mais das vezes às custas do consumidor. O direito de arrependimento importa, a seu turno, em toda uma logística reversa para retornar o bem adquirido ao fornecedor, restando omissa a norma consumerista sobre quem recairá o ônus financeiro dessa reversão.

⁸⁷ MARQUES, 2016, p. 969.

⁸⁸ PEREIRA, 2011, p. 30.

⁸⁹ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. 4. ed. Campinas: Bookseller, 2009, p. 52.

⁹⁰ MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 416.

Por oportuno, os fornecedores têm remetido, como cláusula de seus contratos de adesão, tal ônus ao consumidor, o que o STJ reputa abusivo ou iníquo com o exercício do arrependimento conferido pelo art. 49 do CDC, uma vez que importaria na transferência de um risco que é inerente à própria atividade do fornecedor que se dispõe a contratar fora do estabelecimento comercial.⁹¹

O fornecedor que opta por práticas comerciais mais incisivas, como as vendas em domicílio ou por *marketing* direto, isto é, *fora do estabelecimento comercial*, corre o risco do negócio, de modo que não tem, nem do que reclamar se a relação jurídica é desfeita em virtude do arrependimento do consumidor. Essa situação de arrependimento e resolução do contrato de consumo é ínsita aos negócios estabelecidos mediante essa prática comercial.⁹²

Na União Europeia, em sentido contrário, a Diretiva 2011/83/UE (artigo 14º) dispõe que ao consumidor cabem os custos da devolução direta dos bens, salvo se o profissional concordar em recolher às suas expensas o produto ou se não cumpriu o dever de informar ao consumidor que ele deveria arcar com essa devolução. Todavia, se a logística reversa implicar em uma atividade que não possa efetivamente ser desempenhada através dos serviços dos correios, o ônus será transferido ao fornecedor.

Outrossim, segundo a Diretiva, na devolução dos valores compreendidos na retratação só se inclui o frete inicial (do fornecedor ao consumidor) se o consumidor não tiver solicitado expressamente uma modalidade diferente e mais custosa de envio do que a padrão do fornecedor (como as famosas entregas *express*).

⁹¹ Nesse sentido: ADMINISTRATIVO. CONSUMIDOR. DIREITO DE ARREPENDIMENTO. ART. 49 DO CDC. RESPONSABILIDADE PELO VALOR DO SERVIÇO POSTAL DECORRENTE DA DEVOLUÇÃO DO PRODUTO. CONDUTA ABUSIVA. LEGALIDADE DA MULTA APLICADA PELO PROCON. 1. No presente caso, trata-se da legalidade de multa imposta à TV SKY SHOP (SHOPTIME) em razão do apurado em processos administrativos, por decorrência de reclamações realizadas pelos consumidores, no sentido de que havia cláusula contratual responsabilizando o consumidor pelas despesas com o serviço postal decorrente da devolução do produto do qual pretende-se desistir. 2. O art. 49 do Código de Defesa do Consumidor dispõe que, quando o contrato de consumo for concluído fora do estabelecimento comercial, o consumidor tem o direito de desistir do negócio em 7 dias ("período de reflexão"), sem qualquer motivação. Trata-se do direito de arrependimento, que assegura o consumidor a realização de uma compra consciente, equilibrando as relações de consumo. 3. **Exercido o direito de arrependimento, o parágrafo único do art. 49 do CDC especifica que o consumidor terá de volta, imediatamente e monetariamente atualizados, todos os valores eventualmente pagos, a qualquer título, durante o prazo de reflexão, entendendo-se incluídos nestes valores todas as despesas com o serviço postal para a devolução do produto, quantia esta que não pode ser repassada ao consumidor.** 4. **Eventuais prejuízos enfrentados pelo fornecedor neste tipo de contratação são inerentes à modalidade de venda agressiva fora do estabelecimento comercial (internet, telefone, domicílio). Aceitar o contrário é criar limitação ao direito de arrependimento legalmente não previsto, além de desestimular tal tipo de comércio tão comum nos dias atuais.** 5. Recurso especial provido. (grifo nosso) (STJ - REsp: 1340604 RJ 2012/0141690-8, Relator: Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Data de Julgamento: 15/08/2013, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 22/08/2013).

⁹² NERY JÚNIOR, 2007, p. 563.

Por outro lado, também exsurge uma problemática quando o produto a ser devolvido tiver sido utilizado pelo consumidor. Nessa hipótese, se questiona se ainda haveria o direito de arrependimento ou se o fornecedor poderia reter o valor do bem proporcionalmente à depreciação resultante do uso. Aqui novamente a lei brasileira é silente sobre a questão.

Nesse ponto, deve-se destacar primeiramente que o mero manuseio, inspeção, verificação do funcionamento, prova, etc. não pode ser considerado uso. Uso será aquela atividade que importe depreciação relevante ao bem, segundo uma *ratio* mediana, ou seja, a utilização do produto ou mesmo do serviço que, pela boa-fé objetiva, pelos usos e costumes, já possa deduzir que o consumidor não está mais num estado psíquico de experimentação, mas com *animus domini*,

Assim, sendo constatado o uso pelo consumidor e com base na cláusula geral que veda o enriquecimento ilícito e o comportamento contraditório, “como não poderá mais devolver o produto nas condições em que o recebeu (volta ao *status quo ante*), terá de ressarcir o consumidor pela perda do produto ou pela desvalorização”.⁹³

Nesse sentido, também a Diretiva Europeia (2011/83) é mais eloquente que o CDC brasileiro, conforme se observa em seu art. 14º, 2 citado *in verbis*:

2. consumidor só é responsável pela depreciação dos bens que decorra de uma manipulação dos bens que exceda o necessário para verificar a natureza, as características e o funcionamento dos bens. O consumidor não é, em caso algum, responsável pela depreciação dos bens quando o profissional não o tiver informado do seu direito de retractação, nos termos do artigo 6.º, n.º1, alínea h).

Tal espírito se mostra plenamente consentâneo com a lógica sistêmica do direito privado e do ramo consumerista brasileiro, implicando em uma análise casuística para determinar até que ponto a manipulação do produto excedeu o necessário além do grau de depreciação resultante a ser compensada com o valor a restituir.

Alguns produtos, por sua própria natureza, dificultam sobremaneira sua comercialização se incidente o direito de arrependimento, ou mesmo sua manipulação sem considerável depreciação, como alimentos e medicamentos, de tal sorte que se inviabiliza o retorno ao *status quo ante*, o que também ocorre em geral com os serviços.

⁹³ MARQUES, 2016, p. 970.

Em situação similar pode estar o *software* pois, uma vez adquirido, poderá o consumidor de má-fé⁹⁴ copiar aquele arquivo para a memória do computador e proceder simultaneamente à devolução do mesmo, retendo com si uma imagem daquela aplicação.

Por isso, se o *software* é fornecido em um meio físico (*CD-ROM*) e houve violação desse meio, estaria inviabilizada a devolução do bem, conforme aponta a Diretiva 2011/83. Já se o *software* é disponibilizado para *download* do consumidor, caberia “ao fornecedor acautelar-se para evitar que o consumidor simplesmente copie e posteriormente repudie o bem”,⁹⁵ como a obrigatoriedade de desinstalar (*uninstall*) o programa através de alguma aplicação disponibilizada pelo fornecedor que rastrearía a memória do computador para evitar ocultações.

De uma maneira geral, a diretiva europeia excepciona alguns casos em que, à despeito da contratação ocorrer fora do estabelecimento comercial, poderá não incidir o direito de retratação (artigo 16º) se assim previr o legislador nacional:

- a) Aos contratos de prestação de serviços, depois de os serviços terem sido integralmente prestados caso a execução já tenha sido iniciada com o prévio consentimento expresso dos consumidores, e com o reconhecimento de que os consumidores perdem o direito de retractação quando o contrato tiver sido plenamente executado pelo profissional;
- b) Ao fornecimento de bens ou à prestação de serviços cujo preço dependa de flutuações do mercado financeiro que o profissional não possa controlar e que possam ocorrer durante o prazo de retractação;
- c) Ao fornecimento de bens realizados segundo as especificações do consumidor ou claramente personalizados;
- d) Ao fornecimento de bens susceptíveis de se deteriorarem ou de ficarem rapidamente fora de prazo;
- e) Ao fornecimento de bens selados não susceptíveis de devolução por motivos de protecção da saúde ou de higiene quando abertos após a entrega;
- f) Ao fornecimento de bens que, após a entrega e pela sua natureza, fiquem inseparavelmente misturados com outros artigos;
- g) Ao fornecimento de bebidas alcoólicas cujo preço tenha sido acordado aquando da celebração do contrato de compra e venda, cuja entrega apenas possa ser feita após um período de 30 dias, e cujo valor real dependa de flutuações do mercado que não podem ser controladas pelo profissional;
- h) Aos contratos para os quais o consumidor tenha solicitado especificamente ao profissional que se desloque ao seu domicílio para efectuar reparações ou operações de manutenção. Se, por ocasião dessa deslocação, o profissional fornecer serviços para além dos especificamente solicitados pelo consumidor ou bens diferentes das peças de substituição imprescindíveis para efectuar a manutenção ou reparação, o direito de retractação deve aplicar-se a esses serviços ou bens adicionais;
- i) Ao fornecimento de gravações áudio ou vídeo seladas ou de programas informáticos selados a que tenha sido retirado o selo após a entrega;

⁹⁴ Vale sempre ressaltar, conforme tem reiterado o STJ em julgamentos de casos envolvendo fraude à execução que a boa-fé se presume, a má-fé se prova (Cf. REsp 956.943/PR, AgREsp 259.099/MG, etc.).

⁹⁵ MARTINS, 2016, p. 214.

- j) Ao fornecimento de um jornal, periódico ou revista, com exceção dos contratos de assinatura para o envio dessas publicações;
- k) Aos contratos celebrados em hasta pública;
- l) Ao fornecimento de alojamento, para fins não residenciais, transporte de bens, serviços de aluguer de automóveis, restauração ou serviços relacionados com actividades de lazer se o contrato prever uma data ou período de execução específicos;
- m) Ao fornecimento de conteúdos digitais que não sejam fornecidos num suporte material, se a execução tiver início com o consentimento prévio e expresso do consumidor e o seu reconhecimento de que deste modo perde o direito de retractação.

No Brasil, um dos serviços mais vendidos pela internet, transporte aéreo, teve por muito tempo negado a incidência do direito de arrependimento pelas companhias, ofertando categorias mais onerosas de passagens em que o consumidor poderia desistir ou remarcar a viagem, ou oferecendo tais condições a clientes especiais apenas.

A jurisprudência sempre foi bastante oscilante nessa questão, sobretudo por ser uma matéria afeta à competência dos juizados especiais cíveis, ora se reconhecendo o direito de arrependimento nos termos do CDC (até 7 dias após a contratação),⁹⁶ ora negando a incidência do CDC por se tratar de contrato de transporte, na lógica do Código Civil.⁹⁷

As companhias aéreas sempre alegaram que a desistência ou remarcação de passagens importava muitas vezes em um não preenchimento daquele assento vago até a decolagem da aeronave, o que acabava gerando prejuízos consideráveis para as operações daqueles voos. De

⁹⁶ APELAÇÃO CÍVEL. CONTRATO DE TRANSPORTE. TRANSPORTE DE PESSOAS. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS C/C REPETIÇÃO DE INDÉBITO SIMPLES. AQUISIÇÃO DE PASSAGEM AÉREA. CANCELAMENTO. DIREITO DE ARREPENDIMENTO. Considerando que o demandante requereu o cancelamento da passagem aérea, na forma do art. 49 do CDC, resta reconhecido o dever de ver restituído integralmente o valor pago pelo bilhete aéreo. Impossibilidade de aplicação da norma prevista no art. 42, parágrafo único, do CDC, uma vez que a restituição dos valores decorre do exercício do direito de arrependimento pelo autor, não sendo hipótese de cobrança indevida. Hipótese em que não se evidencia a configuração de dano moral indenizável, sendo descabida a pretensão indenizatória. Ônus sucumbenciais redimensionados. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA.

(TJ-RS - AC: 70073734469 RS, Relator: Des. LUIZ ROBERTO IMPERATORE DE ASSIS BRASIL, Data de Julgamento: 13/09/2017, Décima Primeira Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 19/09/2017).

⁹⁷ COMPRA DE PASSAGEM AÉREA PELA INTERNET. DIREITO DE ARREPENDIMENTO. INFORMAÇÃO SOBRE A POLÍTICA DE PREÇOS. 1 - Assiste ao consumidor o direito de arrependimento, no prazo de sete dias, a contar da assinatura do contrato ou do recebimento do produto ou serviço sempre que a contratação ocorrer fora do estabelecimento comercial (art. 49, CDC). 2 - Essa proteção não ampara a compra de passagem aérea pela internet, por se tratar de contrato de transporte, regulamentado por normas especiais, sobretudo porque todas as informações referentes ao serviço são disponibilizadas ao consumidor, em especial, a política de preços relativa à passagem que será adquirida, que prevê regras para cancelamento e reembolso de valores pagos em caso de desistência. 3 - Embargos infringentes não providos.

(TJ-DF - EIC: 20120110360896, Relator: Des. JAIR SOARES, Data de Julgamento: 03/11/2014, 2ª Câmara Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE : 18/11/2014 . Pág.: 102).

fato, fora das categorias especiais de passagens e clientes, a desistência ou remarcação implicava o pagamento de multas que chegavam a mais de 50% do valor do bilhete.⁹⁸

Diante da abusividade das multas impostas, reconhecida em várias ações judiciais, o PLS nº 757 de 2011 do Sen. Pedro Taques, já aprovado no Senado Federal, tramitando por ora na Câmara dos Deputados, prevê a inserção do art. 229-A ao Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei 7.565/86) para que as taxas cobradas sejam de no máximo 5% do valor do bilhete para desistência até 5 dias antes da viagem, ou 10% para os pedidos após esse prazo.

O PLS 281, por sua vez, procura disciplinar especificamente o direito de arrependimento no transporte aéreo através da inserção do art. 49-A ao CDC, com a possibilidade de fixação de prazo diferenciado pelas agências reguladoras:

Art. 49-A. Sem prejuízo do direito de rescisão do contrato de transporte aéreo antes de iniciada a viagem (art. 740, § 3º do Código Civil), o exercício do direito de arrependimento do consumidor de passagens aéreas poderá ter o seu prazo diferenciado, em virtude das peculiaridades do contrato, por norma fundamentada das agências reguladoras.

Parágrafo único. A regulamentação prevista no caput deverá ser realizada no prazo máximo de cento e oitenta dias após a entrada em vigor dessa lei.

Na prática, atualmente a questão é regulada pela ANAC que se antepôs à aprovação do supracitado artigo para regular tal direito de arrependimento especial no art. 11 da Resolução nº 400/2016, que dispõe sobre as condições gerais de Transporte Aéreo. Nela se prevê que o direito de arrependimento do usuário, não importando se a compra foi presencial ou à distância, será exercido, sem qualquer ônus, no prazo máximo de vinte e quatro horas após a emissão do comprovante, desde que a compra anteceda sete dias ou mais à data do embarque. De maneira geral, as companhias aéreas brasileiras têm se guiado por tal norma administrativa.

Fora as vicissitudes do transporte aéreo, as alterações que o PLS 281 propõe ao art. 49 visam apenas esclarecer o seu alcance além de disciplinar a rescisão dos contratos acessórios de crédito. Permanece o prazo de sete dias a contar ou da aceitação da oferta ou do recebimento do produto, conforme o que ocorrer por último.

Ademais, equipara a contratação à distância, para efeitos de arrependimento, aquela que, embora se dê no estabelecimento comercial, o consumidor não teve a oportunidade prévia de

⁹⁸ Vide: <<https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/2015/outubro/empresa-aerea-e-condenada-por-abuso-em-taxa-de-cancelamento-e-dano-moral-1>>.

conhecer o produto ou serviço, por não estar em exposição ou por qualquer outro motivo que justifique o não acesso ao seu conteúdo.

Além disso, os contratos acessórios de crédito mereceram um tratamento especial pelo PLS 281 em virtude da visão formalista da jurisprudência brasileira que “identifica alguma dificuldade de conexão desses negócios acessórios de consumo com os negócios principais”,⁹⁹ contribuindo, segundo Claudia Lima Marques, para o aumento do superendividamento e da catividade do consumidor.

Uma das regras mais antigas do direito das obrigações, *accessorium sequitur principale*, poderia ser suficiente para que os contratos de crédito seguissem a sorte dos negócios jurídicos dos quais se funda. Todavia, a complexidade e conexidade que essas imbricadas operações jurídicas adquiriram faz emergir uma série de relações com múltiplos sujeitos. Dessa forma a nova redação do art. 49 vem para estender os efeitos do arrependimento aos contratos acessórios de crédito. A própria tecnologia que possibilita essas transações, já presentes nos cartões de crédito, no *Internet Banking*, etc., já possibilita a interoperabilidade da rescisão do contrato de crédito.

Dessa forma, a nova redação do art. 49 dispõe que o fornecedor deve comunicar imediatamente à instituição financeira, administradora do cartão ou similar o arrependimento do consumidor para que a transação não seja lançada na fatura do consumidor, ou seja efetivado o estorno, se já havia sido lançada, ou se já efetivamente pago o valor da fatura, seja-lhe lançado um crédito na fatura imediatamente posterior. O descumprimento dessas obrigações implicaria no pagamento dobrado dos valores retidos.

Por fim, o novel art. 49 estabelece alguns deveres acessórios de informação, comunicação e facilitação do direito de arrependimento, culminando uma multa civil a ser arbitrada pelo poder judiciário em casos de violação desses deveres, adequada “a gravidade da conduta e suficiente para inibir novas violações, sem prejuízo das sanções penais e administrativas cabíveis e da indenização por perdas e danos, patrimoniais e morais, ocasionados aos consumidores”.

Na União Europeia, a Diretiva 83/2011 previu um modelo de formulário a ser implementado nos sítios eletrônicos dos profissionais para o exercício da retratação, como

⁹⁹ MARQUES, 2016, p. 990

forma de padronizar essa funcionalidade e informar os consumidores dos direitos e ônus decorrentes.¹⁰⁰

O Decreto Presidencial 7.962 de 2013, que regulamenta o CDC para dispor sobre o comércio eletrônico, já incorpora algumas disposições do PLS 281 em seu art. 5º. Para o exercício do direito de arrependimento.

Segundo o decreto presidencial, o fornecedor deverá informar, de forma clara e ostensiva, os meios adequados e eficazes para o exercício do direito de arrependimento, podendo se utilizar da mesma ferramenta utilizada para a contratação. Ademais, incorpora as mesmas regras sobre a eficácia do arrependimento sobre os contratos acessórios de crédito e sobre estorno de faturas de cartão de crédito.

¹⁰⁰ “Todavia, o consumidor deverá permanecer livre de se retractar do contrato utilizando as suas próprias palavras, desde que a declaração que apresentar ao profissional, contendo a decisão de se retractar do contrato, seja inequívoca. Este requisito pode ser satisfeito através de uma carta, de uma chamada telefónica ou da devolução dos bens com uma declaração inequívoca, mas deverá incumbir ao consumidor o ónus da prova de se ter retractado no prazo fixado na directiva. Por este motivo, é do interesse do consumidor utilizar um suporte duradouro para a comunicação da retractação ao profissional”. *In*: UNIÃO EUROPEIA. Diretiva 2011/83/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 25 de outubro de 2011, considerando nº 44. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A32011L0083>>. Acesso em jan. 2019.

4.3 Conclusão

Por tudo isso, podemos estabelecer as seguintes conclusões:

1. A crescente insatisfação dos consumidores em setores regulados traz à baila o papel das agências reguladoras dentro do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, reconhecendo-lhes um papel importante na Política Nacional das Relações de Consumo que deve ser institucionalizado claramente como objetivo das agências: a proteção do consumidor.

O modelo de regulação adotado pelo Brasil privilegia a proteção dos interesses dos agentes econômicos setoriais, em detrimento dos consumidores. Tal fato se mostra anacrônico com o modelo de governança e regulação delineado pelos norte-americanos nos anos 1930, portanto é fundamental uma integração das agências reguladoras ao SNDC para formulação de agendas setoriais específicas de proteção do consumidor a serem implementadas e fiscalizadas externamente pelas demais entidades do SNDC, pois a política de proteção do consumidor não é exclusiva do Ministério da Justiça, mas um imperativo constitucional a ser buscado por todo o Estado brasileiro;

2. O fenômeno da captura regulatória já se apercebe no noticiário corrente. É necessário coibi-lo ou atenua-lo não apenas reforçando o sentido de independência das agências, mas sobretudo o de responsabilização democrática, consubstanciada na formulação de metas e objetivos claros a serem traçados e perseguidos pelas agências, na racionalização de sua burocracia e fiscalização constante dos agentes regulados, participação pública dos interessados nos processos decisórios, motivação clara de suas decisões, ampla publicidade de seus atos administrativos e controle ministerial finalístico;

3. A revisão judicial dos contratos é mais um instrumento de intervenção Estatal na relação contratual com vistas à equalização das obrigações decorrentes do contrato. Nela o Ministério Público tem um papel fundamental na proteção coletiva dos consumidores, seja por meio da Ação Civil Pública, seja por meio dos Termos de Ajustamento de Conduta durante o inquérito civil.

A revisão deve se fundamentar ou na anulação de cláusulas abusivas, ou na renegociação das condições acordadas, com base na teoria da onerosidade excessiva contemporânea ou superveniente, preferindo-se a manutenção do vínculo contratual em benefício do consumidor. O fornecedor, por sua vez, só faz jus à revisão com base na teoria da imprevisão e, em regra,

não se abrange concomitantemente um direito de resolução contratual, como ocorre com o consumidor;

4. A interpretação judicial dos contratos de consumo deve considerar muitas vezes a transindividualidade da questão submetida, seus efeitos em mercados regulados e a necessária representatividade e conciliação dos diversos interesses envolvidos. O Poder Judiciário, nesse sentido, deixa de ser apenas o mero exegeta da lei, para se revestir da função de agente que integra o processo de formulação de políticas públicas;

5. Nos contratos eletrônicos, a interpretação deve considerar que a hiperabundância de informações pode constituir um fator de desinformação, auxiliando a enganação do consumidor, o que demanda a formulação concisa dos termos relevantes e destaque de todas as condições que importem em ônus ou desvantagens ao consumidor, a reiteração de sua aceitação (*agreement*) nas diferentes etapas da conclusão do contrato, dentre outras práticas de cautela;

6. O direito de arrependimento é uma norma consagra a partir do surgimento de um modelo de comércio fora do estabelecimento comercial, a partir dos anos 1950, que foi reconhecido pelo CDC e é analogicamente estendido aos contratos do e-commerce. Todavia, o aumento de complexidade dessas relações negociais torna a norma lacunosa com relação a diversos pontos relativos as custas e responsabilidades decorrentes do exercício desse direito.

Embora as normas propostas pelo PLS 281, já parcialmente adotadas pelo Decreto 7.962/2013, cuidem especialmente dos contratos acessórios de crédito, contribuindo para minorar o superendividamento, perpetuam certas lacunas que já são clarificadas em normas da União Europeia. Por exemplo, os custos da devolução correm por conta do consumidor se essa se proceder por mecanismos correntes dos serviços de correios, nos demais casos, a responsabilidade pela logística reversa será do fornecedor. Também o direito de retenção de valores na hipótese de depreciação do produto pelo uso do consumidor, em sintonia com o princípio da vedação ao enriquecimento ilícito.

Justamente pela natureza de certos produtos ou serviços, as normas europeias os excluem do direito de arrependimento, como bens personalizados, produtos perecíveis envasados, medicamentos, arquivos de mídias selados, se rompido os selos, etc.

7. Uma categoria que tem um direito de arrependimento *suis generis* é o de transporte aéreo, cujo direito de arrependimento conta com prazo decadencial de vinte e quatro horas, desde que a compra anteceda sete dias o embarque. Realmente, por ser um tipo de serviço

específico, a regra geral do CDC não pode incidir de tal forma sobre esse tipo de contrato. Todavia, um direito de arrependimento com prazo de exercício de 24 horas, antecedendo ao menos sete dias do embarque parece privilegiar em demasia a transportadora aérea em detrimento do consumidor, pois não é incomum a venda do bilhete até em período de pré-embarque, inclusive a um maior valor, restando pois nenhum prejuízo a companhia. Dessa forma, melhores estudos técnicos são necessários para reformulação dessa regra que advém de uma resolução da ANAC, que contraria explicitamente a *ratio legis* do CDC.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A virtualização da vida é um dado da realidade que cria, ao mesmo tempo, um ciberespaço e um ciberindivíduo, construindo uma nova percepção das esferas do conhecimento humano acerca dos processos sociais.

O ciberespaço é um mundo não-físico, um não-espço, onde convergem diversas aplicações lógicas e informações telemáticas, que se racionalizam segundo padrões lógico-estruturais da chamada rede mundial de computadores (*world wide web*), de forma a ordenar esse conjunto de dados em um constructo mais ou menos dotado de coerência, autonomia e operabilidade.

Através desse ciberespaço, o homem busca suplantar tanto a barreira da espacialidade, visto que a comunicação é instantânea, quanto a barreira idiomática, pela adoção do inglês como idioma comum, bem como pela própria tradução automática de certas informações. Portanto, a única discriminação que esse ciberespaço comporta, em tese, é a de acesso, de forma que ou se está conectado ou não.

Já o ciberindivíduo é a projeção virtual de uma personalidade, de uma esfera de consciência, apta a inserir nessa estrutura uma comunicação que refletirá um interesse de um ente volitivo. O ciberindivíduo é uma coextensão dessa personalidade, por isso não possui o grau de autonomia que o ciberespaço tem. Embora a inteligência artificial emule o comportamento humano em aspectos específicos – por exemplo, jogando xadrez – ainda lhe falta capacidade de coordenar as múltiplas habilidades e decisões que um simples indivíduo executa em uma atividade banal qualquer.

Portanto, ao se projetar para esse ciberespaço, o homem projeta também suas vulnerabilidades, visto que todo esse grande processo de virtualização não pode ser objetivado a ponto de se operar apenas segundo as leis matematizadas da informática e da cibernética. Tampouco é tão análogo a qualquer outro processo interativo humano outrora experimentado, que se possa fazer incidir o Direito sem qualquer consideração que atina as transformações estruturais que a virtualização tem imposto a humanidade.

A reflexividade desse fenômeno se sente nos modelos de governança e participação democrática, na interação do Estado com o cidadão, na concepção do crime e da ilicitude, na delimitação dos critérios de territorialidade e soberania e, por fim, nos intercâmbios

econômicos. Esse é o dilema que emerge da virtualização para o Direito, do qual não se pode escapar sob pena de se negar o próprio dado da realidade, que é inexorável e reclama do Direito segurança jurídica e previsibilidade.

Na presente dissertação, o foco epistemológico se dirigiu a um aspecto desse fenômeno: a virtualização das relações contratuais consumeristas, entendida como os “negócios jurídicos bilaterais e consensuais, consistentes em declarações de vontade revestidas de circunstâncias destinadas a produzir efeitos jurídicos, que se utilizam de uma rede de comunicação autônoma para transmissão, formação ou armazenamento de dados que consubstanciam essas vontades, com vistas a formação de uma relação jurídica consumerista”. Todavia, não se pode olvidar a perspectiva maior na qual o fenômeno se manifesta, que reclama uma concatenação de diversas áreas jurídicas, bem como de outros ramos do saber, para compreender e construir soluções efetivas aos problemas que exsurtem.

Nesse ponto, a teoria contratual é submetida a tensões que obrigam sua reestruturação dogmática e normativa, pois a emergência das contratações virtuais não mais se esgota na clássica dicotomia de contratos entre presentes ou entre ausentes, que por muito guiou a lógica do estudo das contratações telemáticas em geral. A imediatidade da comunicação superou parcialmente o fator espacial, que era condição determinante para a ausência na contratação, a ponto de conferir instantaneidade as vontades ofertante e aderente, logo a caracterização de uma contratação entre presentes.

Por outro lado, as teorias que determinam o momento da formação do contrato, teoria da cognição e da expedição, permanecem como critérios válidos a depender, cada qual, das circunstâncias relacionadas a contratação virtual.

Além de tudo isso, a virtualização tem se coligado, ou mesmo criado, uma série de outros fenômenos que também impactam o substrato fático sobre o qual o Direito erige suas normas. É o caso da *sharing economy*, ou economia do compartilhamento.

A economia do compartilhamento é um comportamento social não-recíproco, por meio do qual se possibilita às pessoas, o acesso a bens e serviços, geralmente detidos ou prestados por outras pessoas, sem a onerosidade de adquiri-los, ao passo em que também possibilita ao indivíduo tornar seu patrimônio ou alguma atividade não-profissional em uma fonte ativa de lucros, gerando uma verdadeira circulação de utilidades, sem os custos de aquisição.

Historicamente, a economia se baseia em processos de aquisição e destruição, em uma cultura proprietária e na concentração de ativos em cadeias de fornecedores que, gradualmente, se tornaram os agentes profissionais que o CDC chama de fornecedor. Atualmente, o modo de vida, os altos custos do crédito, a inflação, o endividamento familiar, a falta de espaço em grandes metrópoles, etc., limitaram o consumo e a aquisição de bens e serviços de forma permanente.

A *sharing economy* se utiliza da sociedade em rede para franquear o uso de bens ou serviços detidos por outros, geralmente particulares não-profissionais, sem os custos ou inconvenientes de adquiri-los ou detê-los. Em síntese, vivenciamos uma transformação de “um regime de propriedade para um regime de acesso, caracterizado por pequenos lapsos de uso limitado de ativos controlados por redes de fornecedores”, ou por fornecedores em rede.

Diante dessa realidade, surgem novos desafios como o de conciliar a proteção do consumidor com a responsabilidade de agentes não-profissionais, bem como o de garantir que esses não desenvolvam uma atividade econômica suficiente a caracterizar uma concorrência desleal aos agentes econômicos que formalmente se submetem a um maior grau de responsabilidades. Essa realidade, ainda incerta, força a se pensar em construções normativas locais, que levem em considerações interesses e características próprias dos municípios, bem como em regras mais gerais que consolidem deveres de informação e transparência para tutelar a confiança legítima do consumidor.

Ademais, a contratação eletrônica também experimenta o fenômeno da adesão (standardização), que implica na elaboração de ofertas e condições gerais de contratação direcionadas a uma generalidade de consumidores, que integram o contrato por mera predisposição unilateral do ofertante e cognição do aderente.

Assim, há que se reconhecer a publicidade como elemento integrante da oferta e como uma fonte de obrigações, bem como se reafirmar deveres acessórios de informação e cooperação para a elucidação do conteúdo e objeto contratual, pois, no e-commerce, a publicidade não pode ser um instrumento de desinformação ou manipulação de comportamentos.

Por outro lado, a adesão deve privilegiar a confiança como critério informador do conteúdo contratual, de forma a açambarcar expectativas despertadas no consumidor à despeito dos termos e cláusulas contratuais em si, porque um *layout*, uma chamada publicitária, a

inserção de uma marca, já podem ser suficientes para levar o consumidor a criar uma expectativa que juridicamente pode ser tutelada.

Ao mesmo tempo, essa confiança é suficiente para se repudiar, com base na abusividade de cláusulas do art. 51 do CDC, outros comportamentos que importem em limitações de seus direitos ou em vantagens iníquas ao fornecedor. O rol do art. 51 é meramente exemplificativo e comporta uma cláusula geral em seu inciso IV, por meio da qual se confere a atividade hermenêutica o juízo de ponderação para se aferir, no contexto contratual, a conduta abusiva. Dessa forma, resta ao Ministério da Justiça a complementação desse rol do art. 51 com vistas a refletir, de forma atual e casuística, o estado das práticas comerciais e da jurisprudência dos tribunais.

A transnacionalidade da virtualização traz também seus desafios específicos, pois o consumo deixa de reconhecer as barreiras territoriais sobre as quais se fiam os critérios para aplicação do direito nacional e a delimitação da competência jurisdicional. Nessa perspectiva, o comércio de mercadorias adquire uma “mundialidade” que se choca com a soberania dos Estados nacionais, pois diversos elementos de estraneidade podem concorrer em uma mesma relação jurídica.

Enquanto a uniformização do direito não confere um tratamento isonômico ao consumidor em todos os países, embora em certos blocos (como a União Europeia) já assegure níveis bastante satisfatórios de proteção, deve-se proceder a distinção entre o consumidor-passivo e o ativo, para formular respostas legislativas específicas.

O consumidor-passivo, que tem um convite ao consumo dirigido ao seu domicílio, requer uma maior proteção, de forma que tanto a competência de seu foro, quanto a prevalência de seu direito material autóctone seja estabelecida, nesse último caso quando lhe for mais favorável.

Já o consumidor-ativo assume conscientemente um maior risco em sua consumação, de forma que o direito material aplicável a sua relação será aquele definido pela autonomia da vontade, desde que decorra de uma manifestação expressa do consumidor, embora lhe seja garantido a competência de seu foro, bem como a incidência das normas imperativas de ordem pública, em virtude do mandamento constitucional do acesso à justiça.

Ademais, a conjugação desses fenômenos referidos faz com que se observe os elementos essenciais do contrato sob um novo prisma, para que se lance mão de melhores técnicas

jurídicas de proteção do consumidor. Esses elementos são os sujeitos contratuais, o objeto da relação jurídica e a forma que se reveste o negócio jurídico.

O consumidor digital é um perfil comportamental do ciberindivíduo, uma das faces que a projeção da personalidade no mundo digital se reveste. Portanto, conceitualmente, ele não difere da acepção esponsada pelo art. 2º do CDC, que define consumidor como a pessoa que adquire ou utiliza produtos ou serviços como destinatário final. Da mesma forma, esse indivíduo perpassa todas as dimensões da sua vulnerabilidade (técnica, fática, jurídica e informacional) para o ambiente virtual, acrescentando a cada uma dessas dimensões novos fatores que representam, em si, uma majoração dessa vulnerabilidade, a ponto de a chamarmos de hipervulnerabilidade.

Essa hipervulnerabilidade não decorre da coligação de uma situação especial de vulnerabilidade, já tutelada por um estatuto especial (à exemplo do que ocorre com o idoso), com a posição de consumidor. Ela decorre de um estado de mora legislativa, que torna o atual CDC incapaz de absorver o grau de complexidade emanado das relações consumeristas virtualizadas para, através de seus mecanismos de auto-organização, formular as seleções de licitude/ilicitude que dele se espera. Dessa forma, o imperativo constitucional da defesa do consumidor resta insuficientemente atendido.

Os fatores que representam o incremento da complexidade sistêmica, logo da vulnerabilidade do consumidor, não se esgotam nos exemplos tratados neste trabalho. A própria dinâmica do comércio virtual obriga a uma constante revolução das práticas comerciais, das técnicas publicitárias e da fidelização do cliente. Todavia, os exemplos abordados constituem as ferramentas essenciais sob as quais se desenvolvem hodiernamente as novas estratégias comerciais desse setor.

O neuromarketing, por exemplo, possibilita uma análise mais profícua do comportamento do consumidor, a partir de reações fisiológicas e psicológicas, para auxiliar na formulação de mensagens publicitárias, de *layout*, determinação de preços, etc. Já a mineração e o compartilhamento de bancos de dados são práticas essenciais para construção de um perfil comportamental do consumidor, possibilitando a personalização da oferta e do consumo, a avaliação de riscos (com impacto nos custos do crédito) e a discriminação de clientela.

O fornecedor, a seu turno, tem procurado, em alguma medida, construir uma personalidade virtual diferente daquela que opera no mundo físico, sobretudo com o fito de

limitar sua responsabilidade. Dessa forma, cabe ao Direito construir, aliado com a tecnologia, ferramentas de individualização e personalização desse fornecedor.

Num primeiro momento, a proteção do nome de domínio pelas normas que tutelam a propriedade industrial garante segurança jurídica a ambas as partes, pois resguarda o direito real do fornecedor sobre o sinal distintivo que efetivamente serve para sua localização no ciberespaço, ao passo em que protege o consumidor contra a contrafação. Já a garantia de incolumidade do estabelecimento comercial virtual, identificado no sítio da *web*, perpassa ao ambiente virtual um dever de cuidado, amplamente reconhecido pela jurisprudência para os estabelecimentos físicos.

Por outro lado, a marca também é um elemento capital nesse processo de personalização e identificação do fornecedor, pois a construção de grandes conglomerados societários, *holdings*, etc. acabam por esvaziar, em amplas cadeias empresariais, o sentido de atuação comercial conjunta. Essa prática se revela um ardil para lindar a atuação direta de certas empresas, limitando sua responsabilidade naquela relação consumerista. Todavia, se a marca é conscientemente utilizada para atrair o consumidor, criando-lhe confiança, em sentido contrário, também deve ser tomada como um elemento de conexão da atuação empresarial para conformação da cadeia de fornecimento para fins de responsabilidade (art. 7º, parágrafo único do CDC).

O objeto da relação contratual também sofre os efeitos da desmaterialização, o que impactará diretamente no regime dos vícios do produto ou do serviço. Nem toda relação contratual eletrônica implica em um objeto virtualizado, pois ainda predomina o comércio de *hard goods*, ou bens duráveis. Porém, mesmo nesses, quando se agrega alguma forma de tecnologia para seu funcionamento, a imaterialidade desses processos aplicativos cobra seu preço do consumidor, como a obsolescência programada.

A obsolescência programada não é um privilégio da economia digital, pois ela é praticada ao menos desde o começo do século XX, como se observa no caso da vida útil das lâmpadas incandescentes. Porém, ela é potencializada com a virtualização dos produtos, que os torna reféns de atualizações e *downloads* que gradualmente minam a sua funcionalidade, reduzindo a utilidade daquele bem.

A diferença observada é que a obsolescência programada não está mais em um componente propenso a defecção ou na fragilidade das matérias-primas, mas em comandos pré-

ordenados para a desatualização ou incompatibilização dos *gadgets* com as novas tecnologias que constantemente vão despontando. Claramente, o CDC opera na lógica de uma obsolescência programada a partir dos componentes físicos, como se observa da leitura dos arts. 21 e 32, sem tomar em consideração que ela opera também a partir das tecnologias imiscuídas nos produtos.

A solução para tal problemática está longe de ser simples, sobretudo porque o Estado, assentado no princípio da livre iniciativa, não pode obrigar os fornecedores a produzirem bens com uma durabilidade que repute razoável ou justa. Todavia, o Estado pode obrigar os fornecedores a dispor sobre a informação ambiental veraz e útil, inclusive sobre a vida do produto, que possibilitará ao consumidor a decisão consciente de suas escolhas, bem como a pretensão ao gozo de seus bens durante o período assinalado pelo fabricante. Também a implementação de uma responsabilidade pós-consumo, através de uma política de reciclagem e disposição dos resíduos sólidos, acaba por estimular o fornecedor a dilatar a utilização e durabilidade dos seus produtos.

Tais medidas não impedem ainda a apuração e a tutela, pela via das ações coletivas, de práticas concretas que as autoridades, sobretudo o Ministério Público, repute abusivas, exigindo dos fabricantes medidas concretas que compensem a obsolescência infringida a seus produtos e serviços.

Já em relação as formas contratuais, primeiramente se nota uma desinstrumentalização do contrato, haja vista que se perde a sua dimensão de *ratio scripta*, para abranger toda uma sorte de informações flutuantes, dispostas em várias “páginas”, onde confluem imagens, símbolos, escritos e mesmo sons ou vídeos. Em um segundo momento, as condições gerais são dispostas de uma forma mais contratual (com cláusulas e termos), nas quais o consumidor só poderá aportar seu “*accept/decline*”.

Em seguida, se assiste a uma desregulação do conteúdo contratual, em virtude da arquitetura aberta e dinâmica da *web*, que estimula o Estado a procurar formas de regulação dirigida, onde se estabelecerá linhas gerais (*guidelines*) para a própria auto-regulação dos agentes envolvidos.

Para o primeiro caso, as soluções propostas são mais efetivas, como a afirmação de uma série de deveres acessórios de informação, a apresentação de um sumário contratual, o envio ao consumidor de uma cópia sistematizada do contrato, dentre outras.

Já com relação ao segundo caso, as soluções são mais tímidas, e vão desde uma maior intrusão do Estado, como subsidiando a formação de agências autorregulatórias, até uma menor intrusão, como reafirmando práticas de empoderamento do consumidor, com sua participação nos processos criativos, sua organização grupal para exercer formas de pressão sobre o fornecedor e mecanismos de autocomposição.

Além de tudo, exsurge muito fortemente a questão da posição do Estado frente a esses fenômenos e seus desafios. A intervenção estatal nas relações contratuais tem se manifestado a partir do dirigismo contratual exercitado pelas agências reguladoras e autoridades administrativas em geral, bem como através da atuação judicial, pela revisão e interpretação dos contratos. Os desafios que essa intervenção propicia estão longe de serem exclusivos dos contratos eletrônicos, todavia repercutem em setores importantes do e-commerce, como o setor de telecomunicações e transporte aéreo.

Os setores regulados da economia têm sido alvo de constantes reclamações pelos consumidores, o que demonstra a dificuldade das agências reguladoras em implementar uma ação efetiva de proteção dos consumidores frente aos agentes regulados. Essa realidade se reforça num contexto em que as condições gerais de contratação não são mais formuladas unilateralmente pelo fornecedor, mas são estipuladas através de resoluções administrativas dotadas de presunção de legalidade e revestidas de tecnicidades que dificultam seu controle judicial.

O modelo de Estado regulador adotado pelo Brasil, na esteira das privatizações e abertura econômica dos anos 1990, preocupou-se mais em garantir a proteção dos interesses dos agentes econômicos do que dos consumidores. Ademais, a captura regulatória, exercida através das pressões sobre o poder político, bem como pela efetiva disposição de quadros técnicos para integrar essas entidades, se mostra igualmente danosa aos interesses do consumidor. Dessa forma, o Brasil se mostra deficitário na elaboração de uma política nacional de proteção dos consumidores em setores regulados, visto que a regulação tem sido muitas vezes utilizada para afastar a incidência do CDC, sob a alegação da especialidade daquele setor regulado.

Em outros países, a solução buscada passa pela racionalização dos programas de regulação, estabelecimento de metas claras, a incorporação das agências ao sistema de proteção do consumidor, a adoção de decisões colegiadas e motivadas, além da capacitação dos próprios servidores públicos para integrar seus quadros diretivos.

Já a revisão e interpretação judicial dos contratos requer a anteposição do Poder Judiciário como um formulador de políticas públicas, pois suas decisões devem considerar também a transindividualidade da questão submetida a apreciação. A revisão judicial dos contratos deve guiar-se pela teoria da onerosidade excessiva quando em favor do consumidor, ou pela teoria da imprevisão, com as limitações impostas pela jurisprudência, quando em favor do fornecedor, preferindo-se geralmente a preservação do vínculo contratual.

A interpretação, por sua vez, é uma forma complementar de intervenção judicial, porque só irá prevalecer na ocorrência de lacunas textuais, pois ela não autoriza o juiz a dizer pelas partes aquilo que efetivamente elas não disseram. Para tanto, o CDC estabelece que as cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor (art. 47). Outras regras de interpretação que levem em consideração a conduta das partes (inclusive após a conclusão do contrato), a natureza do negócio, o comportamento das partes (especialmente o fornecedor) em outros contratos, os usos e costumes, dentre outras, embora não positivadas, podem servir de balizas hermenêuticas ao intérprete, pois já reconhecidas pela doutrina (Pothier) bem como pelos Princípios do Direito Contratual Europeu (*PECL*).

Portanto, a intervenção judicial se manifesta principalmente através da declaração de abusividade de cláusulas ou de práticas negociais, pela revisão judicial em si, pelas sanções e responsabilização civil e, supletivamente, pela interpretação judicial dos contratos.

Por fim, o direito de arrependimento do consumidor é uma conquista derivada diretamente da ascensão do comércio à distância, com vendedores itinerantes ou com vendas por catálogos, por telefone, *infomercials* e pela internet. Ela é a derradeira faculdade conferida ao consumidor de resilir o contrato, sem motivo, como forma de resguardar um estado de reflexão do consumo.

Por se tratar de um direito potestativo, o arrependimento deve operar seus efeitos imediatamente, sem que o fornecedor concorra para sua eficácia. A atualização proposta ao CDC procura abranger-la aos contratos acessórios de crédito, todavia ignora toda uma sorte de questões que o exercício do arrependimento traz sobre custos de devolução, retenção parcial de valores, produtos ou serviços insusceptíveis de devolução, etc. Outrossim, em vários países do mundo, o prazo tem sido alargado para quatorze dias, em detrimento dos sete dias previstos na legislação brasileira para o seu exercício.

Por tudo isso, se constatou que o contrato eletrônico de consumo requer uma espécie de teoria aplicada, concebida com um grau de flexibilidade maior, que a permita se adaptar casuisticamente as constantes transformações que a virtualização do consumo impõe. Por exemplo, as questões da economia do compartilhamento, das compras coletivas, da proteção de dados eram ignoradas, ou tratadas marginalmente, em diversos trabalhos correlatos ao tema que datam do começo do século XXI até por volta do ano de 2010.

O contrato eletrônico não chega a representar uma ruptura total nos paradigmas da teoria contratual, visto que permanecem íntegros as concepções de partes (consumidor e fornecedor), objeto, formas contratuais, oferta e aceitação, dentre outras. Todavia, para se atender satisfatoriamente ao mandamento de proteção do consumidor, é necessário se avançar na tutela de sua confiança, de sua boa-fé e dos seus interesses legítimos. Para tanto, certas construções dogmáticas e normativas precisam ser revistas conforme apontado neste trabalho, sem que tal mister se esgote apenas com a aprovação do PLS 281.

Não se trata de negar a natureza contratual dessas relações consumeristas virtualizadas, tampouco de decretar a morte (da teoria geral) do contrato. Ao contrário, a práxis reclama em certo sentido um *revival* do contrato, que reflita o estado da tecnologia, dos intercâmbios econômicos, dos compromissos políticos assumidos, mas sem abrir mão dos fundamentos que conferem não apenas sistematicidade aos contratos, mas também reafirmam uma lógica estruturante que é corolária da segurança jurídica e, por conseguinte, da proteção do consumidor vulnerável.

REFERÊNCIAS

- ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica**: para uma teoria da dogmática jurídica. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- _____. **Filosofia do direito**: uma crítica à verdade na ética e na ciência. São Paulo: Saraiva, 1996.
- ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.
- ARAUJO, Nadia de. Contratos internacionais e consumidores nas Américas e no Mercosul: análise da proposta brasileira para uma convenção interamericana na CIDIP VII. **Revista Brasileira de Direito Internacional**, Curitiba, v.2, n.2, p. 107-128, jul./dez. 2005.
- ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Tradução de Roberto Raposo. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.
- _____. **A vida do espírito**. Tradução de Antônio Abranches *et al.* 4. ed. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2000.
- ASCARELLI, Tulio. A atividade do empresário. **Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro**, São Paulo, v. 42, n. 132, p. 203-215, out./dez. 2003.
- ASCENSÃO, Jose de Oliveira. Cláusulas contratuais gerais, cláusulas abusivas e o novo Código Civil. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 7, n. 26, p. 72-93, 2004.
- ASQUINI, Alberto. Perfis da empresa. Tradução de Fábio Konder Comparato. **Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro**, São Paulo, v. 35, n. 104, p. 109-126, out./dez. 1996.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Responsabilidade pré-contratual no Código de Defesa do Consumidor: estudo comparativo com a responsabilidade pré-contratual no direito comum. **Revista da Faculdade de Direito da USP**, São Paulo, v. 90, p. 121-132, 1995.
- _____. Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social. *In: Novos estudos e pareceres de direito privado*, São Paulo, p. 377-385, 2009.
- BARDHI, Fleura e ECKHARDT, Giana M. Access-based consumption: the case of car sharing. **The Journal of Consumer Research**. Chicago, v. 39, n.4, p. 881-898, dez. 2012.
- BARROSO, Luís Roberto. Agências Reguladoras: Constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 229, p. 285-311, jul./set. 2002.
- BASSO, Maristela. A autonomia da vontade nos contratos internacionais do comércio. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, v. 12, p. 198-211, 1996.
- _____. **Contratos internacionais do comércio**: negociação, conclusão, prática. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- BENJAMIN, Antônio Herman V. Das Práticas Comerciais. *In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

_____. Oferta e Publicidade. *In*: BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 6. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2014.

_____. O conceito jurídico de consumidor. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, a. 77, n. 628, p. 69-79, fev. 2018. Disponível em: <<https://bdjur.stj.jus.br>>. Acesso em: jul. de 2018.

BELK, Russel. Sharing. **The Journal of Consumer Research**, Chicago, vol. 36, n. 5, p. 715-734, fev. 2010.

BINENBOJN, Gustavo. Agências reguladoras independentes e democracia no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 240, p. 147-165, abr./jun. de 2005.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 6. ed. Brasília: UnB, 1995.

BRODIE, Roderick J. et al. Consumer engagement in a virtual brand community: An exploratory analysis. **Journal of Business Research**, n. 66, p. 105-114, 2013.

BURDICK, William L. **The principles of roman law and their relation to modern law**. Clark: The Lawbook exchange, 2007.

CALDEIRA, Mirella D'Angelo. A responsabilidade civil dos profissionais liberais com o advento do Código de Defesa do Consumidor. **Revista do Curso de Direito**, São Bernardo do Campo, v.1, n.1, p. 310-323, 2004.

CARMONA, C.J. et al. Web usage mining to improve the design of an e-commerce website: OrOliveSur.com. **Expert Systems with Applications**, v. 39, p. 11243-11249, 2012.

CARVALHO, Ana Paula Gambogi. A celebração de contratos via internet segundo os ordenamentos jurídicos alemão e brasileiro. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: RT, v. 10, n. 39, p. 85-113, jul./set. 2001.

_____. **Contratos via internet**: segundo os ordenamentos jurídicos alemão e brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

CARVALHO, Joana Campos. A proteção do consumidor na sharing economy. *In*: **Estudos de direito do consumo**: homenagem a Manuel Cabeçadas Ataíde Ferreira. Lisboa: DECO, p. 294-309, 2016.

CARVALHO, Jorge Morais. Uber in Portugal. **EuCML Reports**, n. 1-2, 2015. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2668998>>. Acesso em: jan. 2018.

CAS, Gérard; FERRIER, Didier. **Traité de droit de la consommation**. 1 vol. Paris: Presses universitaires de France, 1986.

CASTELLS, Manuel. **Redes de indignação e esperança**: movimentos sociais na era da internet. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.

CATALAN, Marcos Jorge. A hermenêutica contratual no Código de Defesa do Consumidor. **Revista electrónica de Derecho del Consumo y de la Alimentación**, Barcelona, n.19, p. 9-30, 2008.

CAVALLI, Cássio Machado. Apontamentos sobre a teoria do estabelecimento empresarial no direito brasileiro. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 96, n. 858, p. 30-47, abr. 2007.

CHAMONE, Marcelo Azevedo. **A relação jurídica de consumo: conceito e interpretação**. Jus Navigandi, v. 1456, 2007.

CHIAVENATO, Idalberto. **Introdução à Teoria Geral da Administração**. 7. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2003.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Tradução de Paolo Capitanio. 4. ed. Campinas: Bookseller, 2009.

CLIVE, Eric. Intepretation. *In*: MACQUEEN, Hector L. e ZIMMERMANN, Reinhard (ed.). **European Contract Law: Scots and south African perspective**. Edinburgo: Edingurgh University press, 2006.

CONCEIÇÃO, Ana Camila Correia; MACEDO, Gabrielly Ramos. **Obsolescência Programada nas relações de consumo de aparelhos eletrônicos: a abusividade nas estratégias de marketing do século XXI**. Disponível em: <www.brasilcon.org.br>. Acesso em ago. 2018.

CONCEIÇÃO, Joelma T. Pacheco; CONCEIÇÃO, Márcio Magera; ARAÚJO, Paulo Sérgio Lopes de. Obsolescência programada: tecnologia a serviço do capital. **INOVAE Journal of Engineering, Architecture and Technology Innovation**, São Paulo, v. 2, n. 1, p. 90-105, jan./abr. 2014.

COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**. Tradução de Frederico Ozanam Pessoa de Barros. São Paulo: Admeris, 1961.

DE LUCCA, Newton. **Direito do consumidor: teoria geral da relação jurídica de consumo**. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

_____; SIMÃO FILHO, Adalberto. **Direito & Internet: Aspectos jurídicos relevantes**. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

DENARI, Zelmo. Da Qualidade de Produtos e Serviços, da Prevenção e da Reparação dos Danos. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

DEREUX, M. Georges. **De la nature juridique des contrats d'adhésión**. Paris: L. Larose & L. Tenin, 1910.

DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil, volume 2: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2010.

DOMERGUE, Max. **Étude d'ensemble sur le contrat d'adhésión**. Toulouse: impr. Parisienne, 1935.

EFING, Antônio Carlos; SOARES, Alexandre Araújo Cavalcante; PAIVA, Leonardo Lindroth de. Reflexões sobre o tratamento jurídico da obsolescência programada no Brasil: implicações ambientais e consumeristas. **Revista Novos Estudos Jurídicos – Eletrônica**, Itajaí, vol. 21, n. 3, p. 1266-1292, set./dez. 2016.

ELIAS, Paulo Sá. **Contratos eletrônicos e a formação do vínculo**. São Paulo: Lex editora, 2008.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. **Agências Reguladoras: legalidade e constitucionalidade**. Disponível em: <<http://www.terciosampaioferrazjr.com.br/?q=/publicacoes-cientificas/79>>. Acesso em jan. 2019.

FILOMENO, José Geraldo Brito. Disposições Gerais. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

FISCHER, Carl Erik; CHIN, Lisa; KLITZMAN, Robert. Defining Neuromarketing: practices and professional challenges. *Havard Review Psychiatry*, jul./ago. 2010. Disponível em: <www.ncbi.nlm.nih.gov>. Acesso em: jul. 2018.

FONTENELLE, Isleide. Corpo e marca publicitária na sociedade das imagens. **Comunicação, Mídia e Consumo**, São Paulo, v.1, n.1, 2004.

FÜLLER, Johann et al. Consumer Empowerment through Internet-based Co-creation. **Journal of Management Information Systems**, vol. 26, n. 3, p. 71-102, [2009 ou 2010].

GALINDO, Daniel; BASSETTO, Jefferson. **As muitas vozes do consumidor contemporâneo ecoam na ágora virtual**. Recife: 6 set. 2011. Disponível em: <<http://www.danielgalindo.ppg.br>>. Acesso em: ago. 2018.

GASCÓ, Francisco de P. Blasco. Prólogo. *In*: GILMORE, Grant. **La muerte del contrato**. Madri: Civitas, 2017 (e-book).

GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Tradução de Antonio Manuel Hespanha. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1995.

GILMORE, Grant. **La muerte del contrato**. Madri: Civitas, 2017.

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

_____. **Contratos**. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____. **Introdução ao direito civil**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

GOODRICH, Michael; TAMASSIA, Roberto. **Introduction to computer security**. Edimburgo: Pearson, 2014.

GRAU, Eros Roberto. Um novo paradigma dos contratos?. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, n. 96, p. 423-433, 2001.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

HART, Herbert L.A. **O conceito de direito**. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2007.

HOBBSAWM, Eric J. **Era dos extremos: o breve século XX: 1914-1991**. Tradução de Marcos Santarrita. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

_____. **Era dos impérios: 1875-1914**. Tradução de Sieni Maria Campos e Yolanda Steidel de Toledo. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988.

HONNETH, Axel. Observações sobre a reificação. *Civitas*, Porto Alegre, v.8, n.1, jan./abr. p. 68-79, 2008.

IACOMINI, Marcello Pietro. **Estabelecimento Empresarial**: negócios jurídicos pertinentes. 2010. 201 f. Dissertação (Mestrado em Direito)–Universidade de São Paulo, 2010.

INTERNATIONAL TELECOMMUNICATION UNION. **Measuring the Information Society Report 2017**: volume 1. 9. ed. Genebra: ITU, 2017.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua**: acesso à internet e à televisão e posse de telefone móvel celular para uso pessoal 2016. Rio de Janeiro: IBGE, 2018.

IRTI, Natalino. **Intercambios sin acuerdo**. Tradução de Nélvor Carreteros Torres e Rómulo Morales Hervias. Versão Original: IRTI, Natalino. Scambi senza accordo. Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, a. 52, Milão: Giuffrè, 1998, p. 347-364. Disponível em: <<http://dike.pucp.edu.pe>>. Acesso em: jul. de 2018.

IYENGAR, Sheena; LEPPER, Mark. When choice is demotivating: can one desire too much of a good thing? *Journal of Personality and Social Psychology*, Washington, vol. 79, n. 6, p. 995-1006, 2000.

KASER, Max. **Roman Private Law**. 4. ed. Pretoria: University of South Africa, 1984.

KAUFMANN, Arthur. **Filosofia do direito**. Tradução de António Ulisses Cortês. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2004.

KELLER, Moritz. Lesons for the Hague: internet jurisdiction in contract and tort cases in the European community and United States. *Journal of Computer & Information Law*, Chicago, v. 23, p. 1-74, 2004.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

KLEINMAN, Zoe. **Is your smartphone listening to you?**, Disponível em: <<https://www.bbc.com/news/technology-35639549>>. Acesso em: jul. 2018.

KONDER, Carlos Nelson. Vulnerabilidade patrimonial e vulnerabilidade existencial: por um sistema diferenciador. *Revista de direito do consumidor*, v. 99, p. 101-123, mai./jun. 2015.

KOO, Lawrence. Análise de novos modelos de consumo, ações coletivas e leilões: a nova significação dos cliques. *Revista pensamento & realidade*, São Paulo, v. 25, n.2, p. 97-111, 2010.

KOOPMAN, Chistopher; MITCHELL, Matthew; THIERER, Adam. The Sharing economy and consumer protection regulation: the case for policy change. *The Journal of Business, Entrepreneurship & the Law*, Malibu, vol. 8, n. 2, p. 529-545, mai. 2015.

LABRUNIE, Jacques. Conflitos entre nomes de domínio e outros sinais distintivos. *In*: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto (coord.). **Direito & Internet**: Aspectos jurídicos relevantes. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução de José Lamego. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997.

LATOUCHE, Serge. **Bon pour la casse: les déraisons de l'obsolescence programée**. Paris: LLL, 2012.

LEITÃO, Miriam. **Saga Brasileira: a longa luta de um povo por sua moeda**. Rio de Janeiro: Record, 2011.

LEVY, Pierre. **O que é o virtual?**. Trad. Paulo Neves. São Paulo: 34, 2007.

LICHTENSTEIN, Donald; RIDGWAY, Nancy; NETEMEYER, Richard. Price perception and Consumer Shopping Behavior: a field study. **Journal of Marketing Research**, Chicago, vol. 30, n. 2, p. 234-245, mai. 1993.

LIMA, Alvino. **Culpa e risco**. 2. ed. São Paulo: RT, 1998.

LIMA, Renato Sérgio de e BUENO, Samira (org). **Anuário brasileiro de segurança pública 2017**. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2017.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. **Condições gerais dos contratos e cláusulas abusivas**. São Paulo: Saraiva, 1991.

_____. Contratos no Código do Consumidor: pressupostos gerais. **Justitia**, São Paulo, v.54 n. 160, p. 128-136, out./dez. 1992.

_____. **Direito civil: contratos**. São Paulo: Saraiva, 2011.

LONDON, Bernard. **Ending the depression through planned obsolescence**. 1932. Disponível em: <www.wikimedia.org>. Acesso em: jul. 2018.

LORENZETTI, Ricardo L. La oferta como apariencia y la aceptación basada en la confianza. *In*: _____; MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos de servicios a los consumidores**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2005.

_____. Redes contractuales: conceptualización jurídica, relaciones internas de colaboración, efectos frente a terceros. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, v. 16, p. 161-202, 1999.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Competência no comércio e no ato ilícito eletrônico. *In*: LUCCA, Newton de e SIMÃO FILHO, Adalberto (org.) **Direito & Internet: Aspectos jurídicos relevantes**, 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

MAIA, Álvaro Marcos Cordeiro. **Disciplina jurídica dos contratos eletrônicos no direito brasileiro**. Recife: Nossa Livraria, 2004.

MAJONE, Giandomenico. Do Estado positivo ao Estado regulador: causas e consequências de mudanças no modo de governança. Trad. René Loncan. **Revista do Serviço Público**, Brasília, a. 50, n. 1, p. 5-36, jan./abr. 1999.

MANDELBAUM, Renata. **Contratos de adesão e contratos de consumo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. **O documento eletrônico como meio de prova**. 1999. Disponível em: <<https://simagestao.com.br>>. Acesso em: jan. 2018.

MARQUES, Cláudia Lima. **A insuficiente proteção do consumidor nas normas de Direito Internacional Privado: da necessidade de uma convenção interamericana (CIDIP) sobre a lei aplicável a alguns contratos e relações de consumo**. Disponível em: <www.oas.org>. Acesso em: fev. 2018.

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

_____. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____; JACQUES, Daniela Côrrea. Normas de aplicação imediata como um método para o direito internacional privado de proteção do consumidor no Brasil. **Revista Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS**, Porto Alegre, n.1, p. 65-96, mar. 2004.

_____; LORENZETTI, Ricardo L. **Contratos de servicios a los consumidores**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2005.

MARQUES, Jader; SILVA, Maurício Faria da (org). **O Direito na era digital**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

MARQUESI, Wagner et al. A proteção do consumidor no contexto transnacional: a importância da uniformização integracional segundo uma análise dos blocos da união europeia e do mercosul. **Revista de Direito Público**, Londrina, v.10, n.2, p. 207-224, mai./ago. 2015.

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

_____. **Responsabilidade civil por acidentes de consumo na Internet**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARTINS, Plínio Lacerda. **O conceito de consumidor no direito comparado**. Disponível em: <<https://jus.com.br>>. Acesso em jul. 2018.

MARTINS-COSTA, Judith. A noção de contrato na história dos pactos. **Organon**, Porto Alegre, v. 6, n. 19, p. 20-33, 1992.

_____. A proteção da legítima confiança nas relações obrigacionais entre a Administração e os particulares. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, n. 22, p. 228- 258, 2002.

_____. O direito privado como um “sistema em construção”: as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro. **Revista de informação legislativa**, Brasília, a. 35, n. 139, p. 5-22, jul./set. 1998.

_____. **Um aspecto da obrigação de indenizar**: notas para uma sistematização dos deveres pré-negociais de proteção no direito civil brasileiro. Disponível em: <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/um_aspecto_da_obrigacao_de_indenizar_-_j.pdf>. Acesso em: jan. 2018.

MCCARTY, Nolan. Complexity, Capacity, and Capture. *In*: CARPENTER, Daniel; MOSS, David A (edi.). **Preventing Regulatory Capture: Special Interest Influence and how to limit it**. Nova York: Cambridge University, p. 99-123, 2014.

MELLO, Sérgio C. Benício de; FÔNSECA, Francisco Ricardo Bezerra. (Re)compreendendo o relacionamento marca/consumidor. **Revista de Administração FACES Journal**, Belo Horizonte, v. 6, n.1, p. 23-37, 2007.

MENDES, Laura Schertel. A vulnerabilidade do consumidor quanto ao tratamento de dados pessoais. **Revista de direito do consumidor**, São Paulo, v. 24, n. 102, p. 19-43, nov./dez. 2015.

MENDONÇA, Gilson Martins; KOZICKI, Katya; COELHO, Sérgio Reis. O princípio da vulnerabilidade e as técnicas de neuromarketing: aprofundando o consumo como vontade irrefletida. **Scientia Juris**, Londrina, v. 18, n.1, p. 135-152, jul. 2014.

MILLER, Stephen R. First principles for regulating the sharing economy. **Harvard Journal on Legislation**, Cambridge, vol. 53, n.1, p.147-202, 2016.

MIRAGEM, Bruno. Consumo sustentável e desenvolvimento: por uma agenda comum do direito do consumidor e do direito ambiental. **Revista do Ministério Público do RS**, Porto Alegre, n. 74, p. 229-244, jul./dez. 2013.

_____. **Reflexos do novo Código de Processo Civil no Direito do Consumidor**. Disponível em: <www.conjur.com.br>. Acesso em: fev. 2018.

MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. **Contrato de adesão**. São Paulo: Atlas, 2002.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Punitive damages* em sistemas civilistas: problemas e perspectivas. **Revista trimestral de direito civil**, Rio de Janeiro, v. 18, p. 45-78, abr./jun. 2004.

_____. Risco, solidariedade e responsabilidade objetiva. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, a. 95, vol. 854, p. 11-37, dez. 2006.

MORIN, Christophe. **Neuromarketing: the new Science of consumer behavior**, jan. 2011, p. 131-135. Disponível em: <<https://link.springer.com/article/10.1007/s12115-010-9408-1#citeas>>. Acesso em: jul. 2018.

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

MURRAY, Andrew D. **The Regulation of Cyberspace: Control in the online environment**. Nova York: Routledge-Cavendish, 2007.

NASSER, Salem Hikmat. Direito Global em Pedacos: Fragmentação, Regimes e Pluralismo. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 12, n. 2, p. 98-126, 2015.

NORONHA, Ilene Patrícia de. Aspectos jurídicos da negociação de valores mobiliários via internet. *In*: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto (org.) **Direito & Internet**. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

OLIVEIRA, Amanda Flávio de. **Brasil precisa discutir a proteção do consumidor na economia colaborativa**. Disponível em: <www.conjur.com.br/2017-fev-15/garantias-consumo-preciso-discutir-protECAo-consumidor-economia-colaborativa>. Acesso em: jan. 2018.

OPPO, Giorgio. ¿La deshumanización del contrato?. Trad. Nélvor Carreteros Torres e Rómulo Morales Hervias. **Ius et veritas**, Lima, n. 25, p. 39-45, 2002.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. **Annual Report on the OECD Guidelines for Multinational Enterprises 2009**: Consumer Empowerment. Disponível em: <www.oecd.org/publishing/corrigenda>. Acesso em: ago. 2018.

_____. Protecting consumers in peer platform markets: exploring the issues. **OECD digital economy papers**, n. 253. Disponível em: <www.oecd-ilibrary.org/>. Acesso em: jan. 2018.

PASQUALOTTO, Adalberto de Souza; CARVALHO, Volgane Oliveira. O conceito de consumidor na jurisprudência do STJ: crônica de uma jornada inacabada. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, Belo Horizonte, v. 18, n. 35, 2015, p. 1-29. Disponível em: <<http://periodicos.pucminas.br>>. Acesso em: jul. 2018.

_____. **Os efeitos obrigacionais da publicidade no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil**: volume I: introdução ao direito civil, teoria geral do direito civil. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

_____. **Instituições de direito civil**: volume II: teoria geral das obrigações. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

PIÇARRO, Cleber. **Inteligência artificial para o comércio: ficção ou realidade?**. Disponível em: <<https://www.ecommercebrasil.com.br/artigos/inteligencia-artificial-para-o-comercio-ficcao-ou-realidade/>>. Acesso em: jul. de 2018.

PORTO, G; BRAZ, R; PLONSKI, G. O intercâmbio eletrônico de dados: EDI e seus impactos organizacionais. **Revista FAE**, Curitiba, v.3, n.3, p.13-29, set./dez. 2000.

POSNER, Richard A. The concept of Regulatory Capture: A Short, Inglorious History. In: CARPENTER, Daniel; MOSS, David A (edi.). **Preventing Regulatory Capture**: Special Interest Influence and how to limit it. Nova York: Cambridge University, 2014, p. 49-56.

PRICE, Monroe Edwin; VERHULST, Stefaan. **Self-regulation and the Internet**. Haia: Kluwer Law, 2005.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

REINDEBERG, Joel R. *Lex Informatica*: The formulation of information policy rules through technology, **Texas Law Review**, Austin, v. 76, n. 3, p. 553-593, fev. 1998.

RENVOISÉ, Patrick; MORIN, Christophe. **Neuromarketing**: understanding the “buy button” in your customer’s brain. Nashville: Thomas Nelson, 2007.

RIDOLFO, José Olinto de Toledo. Aspectos da valoração do estabelecimento comercial de empresas da Nova Economia. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto (coord.). **Direito & Internet**: Aspectos jurídicos relevantes. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. A autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação: notas sobre a evolução de um conceito na modernidade e na pós-

modernidade. **Revista de informação legislativa**, Brasília, a. 41, n. 163, p. 113-130, jul./set. 2004.

_____. **A influência do BGB e da doutrina alemã no direito civil brasileiro do século XX**. Disponível em: <www.direitocontemporaneo.com>. Acesso em: jan. 2018.

_____. A revisão judicial dos contratos de consumo no Brasil. *In*: GOUVEIA, Jorge Bacelar; SILVA, Heraldo de Oliveira (coord.). **I Congresso Luso-Brasileiro de Direito**. Coimbra: Almedina, 2014, p. 41-77.

ROPPO, Enzo. **O contrato**. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário Gomes. Coimbra: Almedina, 2009.

SANTOLIM, Cesar Viterbo Matos. **Formação e eficácia probatória dos contratos por computador**. São Paulo: Saraiva, 1995.

SANTOS, Manoel J. Pereira dos, ROSSI, Mariza Delapieve. Aspectos legais do comércio eletrônico: contrato de adesão. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: RT, n. 36, p. 105-129, out./dez. 2000.

SCHOR, Juliet. Debating the sharing economy. Disponível em: <www.msaudcolumbia.org/>. Acesso em: jan. 2018.

SIMÃO FILHO, Adalberto. Dano ao consumidor por invasão do Site ou da Rede: inaplicabilidade das excludentes de caso fortuito ou força maior. *In*: LUCCA, Newton De e SIMÃO FILHO, Adalberto (coord.). **Direito & Internet: Aspectos jurídicos relevantes**. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

STALLINGS, William; BROWN, Lawrie. **Segurança de computadores**. Trad. Arlete Simille Marques. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

STRENGER, Irineu. **Contratos internacionais do comércio**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2003.

SZTAJN, Rachel. Notas sobre o conceito de empresário e empresa no código civil brasileiro. **Pensar**, Fortaleza, v. 11, p. 192-202, 2006.

TAMBARA, Isabelle; BATISTA, Osvaldo Henrique dos Santos; FREITAS, Cinthia Obladem de Almeida. A proteção do consumidor e as técnicas de *neuromarketing* no comércio eletrônico que potencializam sua vulnerabilidade. **Revista de Direito Empresarial**, Belo Horizonte, v. 11, n. 3, p. 89-107, set./dez. 2014.

TAPLIN, Jonathan. **Move fast and break things: How Facebook, Google and Amazon cornered culture and under-mined democracy**. Nova York: Little, Brown and Co., 2017.

TAVARES, Hermano et al. Compras compulsivas: uma revisão e um relato de caso. **Revista Brasileira de Psiquiatria**, São Paulo, v. 30, supl. I, p. 16-23, 2008.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. **A natureza jurídica do software à luz da linguística**. Disponível em: <<https://edisciplinas.usp.br/>>. Acesso em: fev. 2018.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Eficácia probatória dos contratos celebrados pela Internet. *In*: LUCCA, Newton de. **Direito & Internet: Aspectos jurídicos relevantes**. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

UNITED NATIONS ENVIRONMENT PROGRAMME. **Waste crime, waste risk: gaps in meeting the global waste challenge**. Disponível em: <<https://wedocs.unep.org>>. Acesso em: jul. 2018.

VILLEY, Michel. **Direito Romano**. Tradução de Fernando Couto. Porto: Res, 1991.

WARAT, Luís Alberto. **O direito e sua linguagem**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, [1984].

WEBER, Rolf H. **Realizing a new global Cyberspace Framework: Normative foundations and guiding principles**. Zurique: Springer, 2014.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tractatus logico-philosophicus**. Trad. José Arthur Giannotti. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1968.

ZANCHET, Marília. **A proteção dos consumidores no Direito Internacional Privado Brasileiro**. 2006. 180f. Dissertação (Mestrado em Direito)–Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2006.

ZANETTI, Robson. A erradicação do binômio fornecedor-consumidor na busca do equilíbrio contratual. **Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, v.9, n. 28, p. 60-85, 2006.

ZIMMERMANN, Reinhard. **The Law of obligations: roman foundations of the civilian tradition**. Oxford: Oxford University, 1999.

ZINGALES, Luigi. Preventing Economist's Capture. *In*: CARPENTER, Daniel; MOSS, David A (edi.). **Preventing Regulatory Capture: Special Interest Influence and how to limit it**. Nova York: Cambridge University, p. 124-151, 2014.