

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA — UFSC
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS — CCJ
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

JÚLIA WILDNER KREWER

A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR EM FACE DO COMÉRCIO ELETRÔNICO

Florianópolis

2018

JÚLIA WILDNER KREWER

A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR EM FACE DO COMÉRCIO ELETRÔNICO

Trabalho de Conclusão de Curso submetido à banca examinadora da Universidade Federal de Santa Catarina- UFSC, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Professora Dra. Carolina Medeiros Bahia

Florianópolis

2018

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado “A proteção do consumidor em face do Comércio Eletrônico”, elaborado pelo(a) acadêmico(a) Júlia Wildner Krewer, defendido em 28/06/2018 e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10 (dez), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

Florianópolis, 28 de Junho de 2018

Carolina Medeiros Bahia

Carolina Medeiros Bahia

Professor Orientador

Gustavo Xavier de Camargo

Gustavo Xavier de Camargo

Membro de Banca

Sarah Helena Linke

Sarah Helena Linke

Membro de Banca

AGRADECIMENTOS

Este trabalho surge como o último passo em uma jornada de cinco anos nos quais muito vivi e aprendi. As pessoas que estiveram comigo durante minha vida e nestes últimos anos fazem parte da minha trajetória e de alguma forma são parte de mim, portanto não poderia deixar de tecer alguns agradecimentos.

Inicialmente aos meus pais, Simone e Giovani, por sempre acreditarem na minha capacidade, e me apoiarem de todas as formas para que eu possa cumprir meus objetivos. Também por todo o amor, carinho e dedicação. Agradeço também à minha irmã, Isabela, de quem tive tanta saudade, pelo amor incondicional e por sempre vir correndo me abraçar quando eu chegava em casa. Ainda, à toda a minha família, que sempre torceu por mim e me quis bem.

Agradeço também a todos os amigos queridos que tornam a vida mais alegre e mais fácil de se viver. Às amigas de Joinville, que cresceram comigo, por manterem esta amizade e sempre estarem dispostas a me acolher, independente do tempo longe. E aos amigos e amigas de Florianópolis, por se tornarem uma nova família, por terem me ensinado tanto e vivido momentos inesquecíveis comigo.

Um agradecimento especial à Chiara e ao Contini, por serem os melhores amigos que eu poderia querer, por todas as horas de conversas, todos os conselhos e todas as risadas, e por serem sempre sinceros comigo. Sei que posso sempre contar com vocês, e da mesma forma vocês comigo. Também à Priscilla, que foi uma amizade sempre tão fácil, que deu tão certo desde o início, mas que particularmente nestes últimos meses foi tão essencial pra mim. Obrigada por ter se tornado um porto seguro, por todos os abraços e colinhos, por sempre me escutar, por aguentar meu stress de fim de TCC e me ajudar a passar por esse momento com todos os cafés passados, docinhos e almoços/ jantas *tops*.

Ao João, por ter dividido tanto comigo nestes anos, por ter sido um grande amigo e ter sempre me apoiado e me acolhido quando eu precisava, por ter sempre me incentivado e me escutado. Nós crescemos muito juntos, e nada apaga isso.

Aos demais amigos que o CCJ proporcionou, tanto os colegas de turma, que estiveram comigo cotidianamente, dividindo as angústias e as alegrias (com café ou com cerveja), quanto os colegas de militância e de SAJU, com os quais tanto aprendi e tantas horas de reuniões dividi. Aqui vai uma menção especial ao Pedro, à Thais, ao Thaian, à Bruna B., à Isabeli, à Aline, ao Carlos e ao Ítalo.

Agradeço também à Defensoria Pública da União, por ter tido um papel tão importante na minha trajetória universitária, por ter me proporcionado tantas oportunidades de aprendizado e me despertado novamente o interesse pelo estudo, pois me fez compreender a função que o Direito tem com a sociedade, e que o conhecimento que obtive no curso de Direito pode ser utilizado para o bem de tantas pessoas, que de outra forma não teriam acesso à justiça. Também ao Defensor Público Antônio Feeburg Porto Alegre, que me acompanhou no estágio e tanto me ensinou, e a todos os outros colegas. Além disso, a DPU também me presenteou com excelentes amigos que levarei para a vida, em especial o Rafael, o Lucas, o Marco, a Iara, a Carla e o Paulo, aos quais agradeço muitíssimo pela parceria.

Por fim, agradeço imensamente à professora Carolina Medeiros Bahia, por ter me orientado neste trabalho e por ser uma modelo de docente, sempre crítica e atual, e extremamente comprometida com a academia.



Universidade Federal de Santa Catarina
Centro de Ciências Jurídicas
COORDENADORIA DO CURSO DE DIREITO

TERMO DE RESPONSABILIDADE PELO INEDITISMO DO TCC E
ORIENTAÇÃO IDEOLÓGICA

Aluno(a): Júlia Wildner Krewer

RG: 4876933

CPF: 053611439-01

Matrícula: 13203171

Título do TCC: A proteção do consumidor em face do Comércio Eletrônico

Orientador(a): Carolina Medeiros Bahia

Eu, Júlia Wildner Krewer, acima qualificado(a); venho, pelo presente termo, assumir integral responsabilidade pela originalidade e conteúdo ideológico apresentado no TCC de minha autoria, acima referido.

Florianópolis, 28 de junho de 2018.

Júlia Wildner

JÚLIA WILDNER KREWER

RESUMO

O presente trabalho pretende realizar uma análise histórica e teórica do Direito do Consumidor e Contratual, buscando compreender quais medidas devem ser incorporadas ao ordenamento jurídico para efetivar os direitos dos consumidores em face de sua vulnerabilidade no comércio eletrônico. No primeiro capítulo, para contextualizar a necessidade de proteção especial do consumidor no comércio eletrônico, analisa-se historicamente a evolução das teorias contratuais. Ainda, serão abordados aspectos do Direito do Consumidor, definindo-se os sujeitos e elementos da relação de consumo, bem como a vulnerabilidade do consumidor, que se caracteriza como fundamento da existência de uma legislação protetiva. Introduzidos estes conceitos, o segundo capítulo tratará a respeito de tema central no trabalho, o comércio eletrônico, demonstrando-se como na sociedade massificada a Internet passou a ser um importante meio para o consumo, e definindo aspectos relevantes a respeito do contrato eletrônico, como a validade do documento eletrônico e a formação dos contratos por meio da Internet. Ademais, serão expostos os desafios que decorrem do meio de contratação eletrônico e que se apresentam como obstáculos à efetivação dos direitos do consumidor. Por fim, no terceiro capítulo proceder-se-á a análise da proteção do consumidor no comércio eletrônico, contextualizando-a historicamente a partir da evolução do Direito do Consumidor. Para fundamentar a necessidade de regulamentação do comércio eletrônico, demonstrar-se-á a vulnerabilidade especial do consumidor nestas relações. Traçados estes fundamentos de cunho teórico, será realizada uma abordagem crítica a respeito do PLS 218/2012, que visa atualizar a Lei 8.078/90, de forma a regulamentar o comércio eletrônico, buscando-se assim a ampliação da proteção do consumidor.

Palavras-chave: Direito do Consumidor. Contratos. Comércio Eletrônico. Vulnerabilidade. Proteção

ABSTRACT

This paper intends to make a historical and theoretical analysis of Consumer and Contractual Law, aiming to understand which are the measures that must be incorporated into the legal order to effect the rights of consumers regarding their vulnerability in electronic commerce. In the first chapter, the evolution of contractual theories will be historically analyzed to contextualize the need for protection of the consumer in e-commerce. Aspects of the Consumer Law will also be addressed, defining the subjects and elements of the consumption relation, as well as consumer's vulnerability, which is the basis for the existence of protective legislation. After introducing these concepts, the second chapter will deal with the central theme of this paper which is the e-commerce, demonstrating how the Internet became an important way for consumption in the mass society, and defining relevant aspects about the electronic contract, such as the validity of the electronic document and the formation of contracts through the Internet. Furthermore, the challenges that arise from contracting online, which present as obstacles to effecting consumer rights will be exposed also in this chapter. Lastly, in the third chapter the protection of the consumer in the e-commerce will be analyzed from the evolution of Consumer Law. To justify the need for e-commerce regulation, the special vulnerability of the consumer in this type of relation will be demonstrated. After these theoretical groundings are evidenced, the PLS 218/2012, which aims to update the Consumer's Protection Code (Lei 8.078/90), will be critically analyzed.

Key-words: Consumer Law. Contracts. E-commerce. Vulnerability. Protection.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1. CONTRATOS NA RELAÇÃO DE CONSUMO.....	13
1.1. Evolução da Contratualidade.....	13
1.2. A relação jurídica de consumo.....	17
1.2.3. Os elementos objetivos da relação de consumo.....	20
1.3. A vulnerabilidade do consumidor.....	21
1.3.1 Espécies de vulnerabilidade.....	22
1.3.2. A proteção do consumidor.....	23
1.3.3. A teoria do Diálogo das Fontes.....	25
1.4. Contratos de consumo.....	25
2. O COMÉRCIO ELETRÔNICO.....	29
2.1. Internet como um meio para o consumo.....	29
2.2. Os contratos no comércio eletrônico.....	31
2.2.1. As modalidades de contratos eletrônicos.....	32
2.3. Aspectos do contrato eletrônico.....	32
2.3.1. O documento eletrônico.....	32
2.3.2. A formação do contrato eletrônico.....	35
2.4. O contrato de adesão.....	37
2.5. Desafios do Direito do Consumidor frente ao comércio eletrônico.....	40
2.6. Novas estruturas de contratação no comércio eletrônico.....	43
3. A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR NO COMÉRCIO ELETRÔNICO.....	48
3.1. Histórico de proteção do consumidor e o atual Diálogo das Fontes.....	48
3.2. Vulnerabilidade especial do consumidor no Comércio Eletrônico.....	52
3.3. Análise Crítica do PLS 281/2012.....	54
CONCLUSÃO.....	69
REFERERÊNCIAS.....	72

INTRODUÇÃO

A humanidade passa por tempos de mudança, tempos pós-modernos. Esta transformação se dá em grande parte como decorrência do processo de globalização e da criação de novas tecnologias, como a Internet, que revolucionou a forma de comunicação e de se relacionar dos sujeitos. A pós-modernidade, ao passo que apresenta uma promessa de desenvolvimento e melhoria da qualidade de vida, mostra-se cruel ao avultar a discrepância entre aqueles tem suas garantidas existenciais mínimas subtraídas, em prol de um capitalismo que concentra o poder e a riqueza nas mãos de poucos, que ditam as regras. Esta desigualdade é percebida nas relações de consumo, objeto deste estudo.

A massificação dos contratos, que se originou no período de industrialização pós Segunda Guerra Mundial, fez com que a teoria clássica dos contratos entrasse em declínio. Tornaram-se comuns os contratos de adesão e cláusulas gerais contratuais na prática comercial, o que evidenciou a desigualdade entre as partes contratantes, tendo em vista que ocorre um enfraquecimento da autonomia da vontade, pois o sujeito contratante se vê em uma situação de passividade, na qual sua declaração de vontade se limita a manifestação de adesão ou não a cláusulas pré-elaboradas. Neste contexto surge o Direito do Consumidor, pois o rearranjo da economia, com conseqüente expansão dos métodos de contratação apontados, tornou evidente a vulnerabilidade extrema de uma das partes desta relação jurídica, os consumidores, que merecem ser tutelados pelo Estado para a garantia de maior equilíbrio contratual, assim como para atender às suas necessidades, que vão desde a garantia de direitos humanos, como a dignidade da pessoa humana, o direito à saúde e à segurança, até a proteção de seus interesses econômicos e do direito ao meio ambiente e desenvolvimento sustentável.

O advento da Internet trouxe um novo elemento para a análise das relações, tanto interpessoais quanto jurídicas, que passaram a ocorrer em um meio não físico, o espaço virtual, também chamado de *ciberespaço*. Trata-se de um espaço que ultrapassa os limites da territorialidade, sem fronteiras ou hierarquias, descentralizado e extremamente veloz, no qual a própria noção de distância é alterada, pois permite que pessoas em pontos opostos do globo se comuniquem de forma imediata, como se entre elas não houvesse qualquer longinquidade. Esta conjuntura evidentemente causou profundos impactos também nas relações jurídicas e, em especial, os contratos passaram a ter um novo meio, o eletrônico. Nas relações consumeristas, o contrato eletrônico possibilitou a expansão do comércio eletrônico, que tem

como principal meio a Internet. Ainda, o desenvolvimento de novas tecnologias proporcionou o acesso à rede de forma remota, ampliando o alcance da Internet para cada vez mais pessoas, o que contribuiu em muito para a popularização do comércio eletrônico. Contudo, apesar de estas novas tecnologias trazerem uma série de benefícios à sociedade e aos sujeitos individualmente, também provocam inseguranças e dúvidas, particularmente quanto às novas situações jurídicas ainda não regulamentadas pelo direito. O consumidor, que já tinha a vulnerabilidade como característica inerente à sua condição, depara-se no comércio eletrônico com novas situações de risco, em que a confiança nos contratos e no próprio direito se veem abaladas, reduzidas, ao mesmo tempo em que a vulnerabilidade se amplia por uma série de fatores ligados ao meio na qual ocorre, principalmente no que se relaciona à despersonalização, desterritorialização e desmaterialização dos contratos de consumo firmados pela Internet.

Frente a esta nova realidade, faz-se necessária a investigação das medidas que precisam ser incorporadas ao ordenamento jurídico para efetivar os direitos dos consumidores em face de sua vulnerabilidade, assegurando que sejam protegidas suas legítimas expectativas no comércio eletrônico e respeitadas suas garantias, análise esta que se constitui como objetivo geral da pesquisa.

Adotou-se neste trabalho o método de abordagem dedutivo, através da utilização de pesquisa bibliográfica e documental, que se baseou principalmente em publicações científicas da área do direito do consumidor, contratual e eletrônico, assim como na análise de leis. Visando o objetivo descrito, optou-se por dividir o trabalho em três capítulos.

Inicialmente, para contextualizar a necessidade de proteção especial do consumidor no comércio eletrônico, no primeiro capítulo tratar-se-á sobre os contratos na relação de consumo. Realizar-se-á uma retomada histórica a respeito dos contratos e suas teorias principais, o que permitirá a compreensão da evolução do direito para a regulamentação dos contratos na atualidade, de maior complexidade, para os quais aplica-se a nova teoria contratual. Também serão abordados aspectos do Direito do Consumidor, definindo-se os sujeitos e elementos da relação de consumo, bem como a vulnerabilidade do consumidor, que se caracteriza como fundamento da existência de uma legislação protetiva.

Introduzidos estes conceitos, o segundo capítulo tratará a respeito de tema central no trabalho, o comércio eletrônico. Demonstrar-se-á como a Internet passou a ser, na sociedade massificada, relevante meio para o consumo. As relações de consumo na Internet se dão através dos contratos eletrônicos, fato que causa diversas inseguranças àqueles que estão

habituaados aos meios tradicionais de firmar negócios. Portanto, necessária se faz também a abordagem de certos aspectos do contrato eletrônico, como quanto à validade do documento eletrônico e a respeito da formação do contrato por meio da Internet e a distância. Ainda, expor-se-á os desafios que decorrem do meio de contratação eletrônico e que se apresentam como obstáculos à efetivação dos direitos do consumidor, e que, justamente por isso, se mostram instigantes, já que exigem que o Direito seja repensado para adotar as soluções adequadas.

Por fim, no terceiro capítulo proceder-se-á a análise da proteção do consumidor no comércio eletrônico, contextualizando historicamente a evolução do Direito do Consumidor, para assim possibilitar a melhor compreensão dos fatores que justificam suas garantias. Tendo em vista que a desigualdade nas relações consumeristas é o principal fundamento para a intervenção estatal nestas relações, demonstrar-se-á a vulnerabilidade especial do consumidor no comércio eletrônico, que provém justamente dos desafios anteriormente expostos, e assevera a necessidade de regulamentação desta forma de consumo em crescente expansão. Traçados estes fundamentos de cunho teórico, será realizada uma abordagem crítica a respeito do PLS 218/2012, que visa atualizar a Lei 8.078/90, de forma a contemplar e regulamentar o comércio eletrônico, buscando-se assim a ampliação da proteção do consumidor.

1. CONTRATOS NA RELAÇÃO DE CONSUMO

As relações de consumo são indissociáveis dos contratos, tendo em vista que qualquer tipo de aquisição de bens ou serviços se efetiva através deste instrumento. A ocorrência de um processo de massificação dos contratos, em que houve certo enfraquecimento do papel da declaração de vontade nos contratos, tornou evidente a disparidade entre fornecedores e consumidores. Para melhor compreender este processo, faz-se necessária a análise histórica da teoria contratual, desde a teoria clássica até a nova teoria contratual, culminando no princípio da boa-fé objetiva e na necessidade de equilíbrio dos contratos. Pretende-se demonstrar a proteção do consumidor nas relações contratuais de consumo e, para tanto, abrange-se neste estudo a apresentação dos elementos subjetivos e objetivos da relação de consumo, a proteção e vulnerabilidade do consumidor e aspectos do contrato de consumo.

Far-se-á uma análise da vulnerabilidade do consumidor, apresentando seus diferentes espectros, quais sejam a vulnerabilidade técnica, jurídica, fática e ainda a informacional. Quanto à proteção, demonstra-se brevemente o histórico do surgimento do Direito do Consumidor, a partir da percepção da desigualdade latente entre os sujeitos das relações consumeristas, bem como teoria do diálogo das fontes, que possibilita a aplicação da norma mais favorável ao consumidor.

Por fim, em relação ao contrato de consumo, levantam-se aspectos da limitação à atividade do fornecedor, em respeito às garantias previstas ao consumidor, bem como os deveres anexos decorrentes do princípio da boa-fé e a proibição de práticas abusivas, medidas que têm o condão de reduzir a desigualdade nas relações consumeristas, tornando-as mais justas

1.1. Evolução da Contratualidade

Os contratos são tão antigos quanto a existência humana, pois assim que as pessoas passam a se relacionar, os contratos se fazem necessários para a vivência em sociedade (TARTUCE, 2017). Porém, novos significados foram dados aos contratos ao longo da história, pois também se alteraram as relações, bem como a realidade social.

De acordo com Marques (2016, p.58), “sem os contratos de troca econômica, especialmente os contratos de compra e venda, de empréstimo e de permuta, a sociedade atual de consumo não existiria como a conhecemos”. Os contratos podem ser definidos como “todo

fato jurídico consistente em declaração de vontade, a que o ordenamento jurídico atribui os efeitos designados como queridos pelas partes, respeitados os pressupostos de existência, validade e eficácia impostos pelo sistema jurídico que sobre eles incide” (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 32). Portanto, através da manifestação da vontade das partes em comum acordo há a formação de um vínculo jurídico, conceito que expressa a influência da economia liberal individualista que estava em ascensão à época em que se consolidou.

O contrato foi primeiro reconhecido pelo Direito Romano, que trazia uma distinção entre o contrato em si, o pacto e a convenção. Para os romanos, o contrato estava vinculado a uma obrigação moral, religiosa. O descumprimento de seus termos era considerado como uma mentira, que era um pecado e, portanto, concedia-se grande valor à palavra, ao consentimento (RIZZARDO, 2017). Não se dava ainda tanta relevância para a vontade real das partes.

Já a concepção clássica de Contrato está intimamente ligada com a declaração de vontade das partes. É uma concepção de ideais individualistas e liberais, que teve seu ápice com a Revolução Industrial (MARQUES, 2016). Além disso, o contrato é visto como de conteúdo patrimonial, servindo como garantia para os burgueses e classes proprietárias, já que a transferência de bens passou a depender apenas da declaração de vontade, considerada absoluta (GONÇALVES, 2016). No mesmo sentido, ensina Marques que:

A doutrina da autonomia da vontade considera que a obrigação contratual tem por única fonte a vontade das partes. A vontade humana é assim o elemento nuclear, a fonte e a legitimação da relação jurídica contratual, e não a autoridade da lei, que é apenas um limite. Sendo assim, é da vontade que se origina a força obrigatória dos contratos, cabendo à lei simplesmente colocar à disposição das partes instrumentos que assegurem o cumprimento das promessas e limitar-se a uma posição supletiva. A doutrina da autonomia da vontade terá também outras consequências jurídicas importantes, como a necessidade de o direito assegurar que a vontade criadora do contrato seja livre de vícios ou de defeitos, nascendo aí a teoria dos vícios do consentimento. Acima de tudo, o princípio da autonomia da vontade exige que exista, pelo menos abstratamente, a liberdade de contratar ou de se abster, de escolher o parceiro contratual, o conteúdo e a forma do contrato. É o famoso dogma da *liberdade contratual*. (MARQUES, 2016, p. 67-68).

A doutrina da autonomia da vontade teve reflexos em diversas codificações civis, inclusive na brasileira, e moldou o direito para que este servisse ao propósito de proteger a vontade dos indivíduos. É uma teoria que tem a vontade como elemento essencial, fator que legitima a própria relação contratual, mas essa concepção se deve ao fato de que a teoria leva em consideração a equidade entre as partes, ou seja, tem como pressuposto as relações contratuais equilibradas, em que todos os contratantes têm as mesmas condições fáticas, jurídicas e técnicas que possibilitam uma escolha e declaração de vontade consciente. Em

resumo, pela teoria tradicional, o contrato é um ato jurídico bilateral, em que ocorre a declaração de vontade de ambas (ou todas) as partes, com objetivo de criar, alterar, ou até mesmo extinguir direitos e deveres de conteúdo patrimonial (TARTUCE, 2017). A declaração de vontade representava lei entre as partes, e a lei servia para garantir que as vontades dos particulares fossem respeitadas, e para evitar vícios de consentimento. A construção desta teoria tem influências do direito canônico, da Revolução Francesa e do ideal de liberalismo econômico vigente à época. O direito canônico, em contrapartida ao direito romano, possibilitou que os contratos saíssem do formalismo extremo, pois a palavra dada tinha caráter de promessa, o que era suficiente para criar uma obrigação moral e jurídica para o sujeito contratante. Além disso, a teoria do direito natural, de Kant, teve grande influência no fortalecimento dos dogmas da autonomia da vontade e da liberdade contratual, pois considera que o ser humano é um ser racional que através de seu agir e de sua demonstração de vontade, sem vícios, se torna fonte legítima dos direitos e obrigações gerados pelo contrato, direitos e obrigações estes que devem ser protegidos pelo Estado. Com a Revolução Francesa, a teoria do contrato social, de Rousseau, também exerceu influência sobre o direito contratual, pois prega o contrato como base da sociedade politicamente organizada. Esta teoria considera que os cidadãos unem suas vontades por meio de um contrato para formar o Estado, a sociedade organizada. Já o liberalismo econômico vê a importância no contrato por ser necessário à livre movimentação de riquezas na sociedade, e considera que o contrato em si proporciona harmonia social e econômica quando assegurada a liberdade contratual.

Porém, apesar de ainda terem relevância contratos deste tipo (em que ambas as partes contratantes possuem condições de equilíbrio negocial), estes se tornaram exceção, pois atualmente a maioria dos contratos são firmados com pequenas ou grandes empresas, que são as maiores fornecedoras de produtos e serviços. Frente a esta nova forma de contratação, a declaração de vontade acaba por ser relativizada, deixando de ser o elemento principal para a validade do contrato, pois não se trata de relações contratuais paritárias, em que ambas as partes estão em condição de igualdade para negociar de forma equilibrada.

Sobre o as transformações do contrato na sociedade contemporânea, Humberto Theodoro Júnior elucida que

Duas posições doutrinárias se conflitam na análise do novo panorama, ambas equivocadas e ideologicamente divorciadas da realidade jurídico-econômica atual: a primeira fecha os olhos às modificações que de fato ocorreram ou as não considera profundas e, assim, continua a tratar o instituto do contrato pela ótica tradicional, como se ainda hoje se mantivesse substancialmente idêntico ao que era no século

anterior. A segunda corrente, em atitude igualmente radical e divorciada da realidade contemporânea, propaga a “morte” do contrato, porque já não mais se levaria em conta a vontade dos contratantes no tratamento jurídico do negócio contratual, dando-se como extintas a liberdade de contratar e a autonomia privada. (JÚNIOR, 2016).

O autor explica que a nova teoria contratual dá mais enfoque ao exterior da declaração, não se concentrando apenas na indagação da vontade. O contrato continua a ser fonte de direitos e obrigações que vinculam os contratantes, contudo o que se tutela é a confiança, que representa a garantia de estabilidade, ligeireza e dinamismo nas relações contratuais, e que se consegue a partir da valorização dos elementos externos à contratação, “ao significado objetivo e típico dos comportamentos, à sua cognoscibilidade social”. Além disso, conforme o autor, a interpretação e execução do contrato atualmente se subordina aos princípios da boa-fé e da lealdade, o que torna a análise de sua validade mais objetiva, pois é possível entendê-la a partir do que é aceito pela sociedade em uma contratação, deixando de ser a vontade interior do contratante o fator mais relevante.

A massificação dos contratos, resultante do período de industrialização que ocorreu após a segunda guerra mundial, fez com que o conceito clássico de contrato entrasse em declínio, pois não mais se adaptava a realidade social. Surgiram outras formas de contrato, como os contratos de adesão e os de cláusulas gerais, que visam a dar solução à demanda do mercado de maior economia, racionalização, praticidade e segurança. Nestes contratos uma das partes se torna passiva, pois não há qualquer possibilidade de se negociar as cláusulas, que são pré-redigidas pelo ofertante. A declaração de vontade se limita a aceitação ou não dos termos preestabelecidos, aceitação esta que muitas vezes prescinde de contrato escrito, sendo expressa oralmente ou mesmo através das chamadas *condutas sociais típicas* (MIRAGEM, 2016; MARQUES, 2016).

Também sobre o tema, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald expõem que

tanto o consentimento quanto a adesão tornam-se conceitos insuficientes, haja vista a existência de atribuições de efeitos jurídicos que não estão vinculadas com uma declaração de vontade expressa, mas sim com comportamentos objetivos aos quais são agregadas consequências pelo ordenamento jurídico. [...] O consentimento contratual foi a resposta para relações jurídicas interpessoais; a adesão a cláusulas gerais constituiu num conjunto de tecnologias com intuito de dar resposta à sociedade massificada; a oferta com base na aparência e a aceitação baseada na confiança são conceitos apropriados para a excessiva sofisticação proposta pela economia digital e informação”. (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 65).

Esta nova realidade contratual fez com que se tornasse necessário um maior

intervencionismo no âmbito das relações contratuais, que antes era estritamente privado. A lei ganha um novo papel, de caráter social, para a busca de maior equilíbrio contratual. O contrato mantém seus conceitos tradicionais de negócio jurídico e da autonomia da vontade, mas passa a se submeter aos limites da lei, que determina o interesse social, bem como define princípios norteadores das relações privadas, como o princípio da boa-fé objetiva.

Este intervencionismo do Estado nas relações de consumo pode ser chamado de Tutela, e se justifica pela vulnerabilidade do consumidor. Para melhor compreensão dos termos, faz-se necessária a exposição de alguns elementos do Direito do Consumidor.

1.2. A relação jurídica de consumo

A legislação brasileira não definiu o conceito de relação de consumo, mas definiu os elementos que são essenciais para que se configure, quais sejam: os elementos subjetivos, que são o consumidor e o fornecedor e os elementos objetivos, que são os produtos e os serviços. Deve ainda estar presente o elemento finalístico, ou seja, para que se configure a relação de consumo é necessário que o consumidor adquira determinado bem ou serviço como destinatário final, para seu uso doméstico. São conceitos relacionados e dependentes, pois só existe fornecedor se houver consumidor, e vice e versa. Existindo a presença destes elementos em uma relação jurídica, aplica-se a proteção do Direito do Consumidor, expresso na legislação brasileira pela Constituição Federal (art. 5º, XXXII, art. 170, V) e pelo Código de Defesa do Consumidor (MIRAGEM, 2016).

1.2.1. Definição de consumidor

De acordo com o artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor, consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. O Código não faz distinção entre pessoa física ou jurídica, portanto, conforme alerta Tartuce (2016), há a possibilidade de a pessoa jurídica ser considerada consumidora e, assim sendo, merecer a proteção especial a que se destina a lei. O único requisito apresentado nesta definição para que um sujeito seja caracterizado como consumidor, é que faça uso de produto ou serviço como destinatário final deste bem. Porém, esta conceituação não define exatamente o que seria a destinação final, abrindo margem para o entendimento de que não apenas aqueles que adquirem o bem para seu uso próprio são consumidores, mas também

possivelmente aqueles que dão como destinação final ao bem o uso profissional, com fim de lucro. É o que ensina Cláudia Lima Marques (2016), apresentando as duas correntes teóricas que debatem o tema: teoria finalista e maximalista. A estas duas teorias tradicionais, acrescentou-se mais recentemente o finalismo aprofundado ou mitigado, que visa proteger também aqueles que, apesar de empresários, adquirem bem ou serviço para o próprio uso, e fora de sua especialidade, podendo também aproveitar a tutela ao consumidor.

A teoria finalista considera que a definição de consumidor está ligada à tutela especial, à necessidade de proteção da parte vulnerável da relação de consumo, e que por este motivo deve estar bem definido quem necessita desta tutela. É uma interpretação mais restritiva, pois entende que quem não carece de proteção especial não deve ser considerado consumidor. De acordo com Marques,

Destinatário final seria aquele *destinatário fático e econômico* do bem ou serviço, seja ele pessoa jurídica ou física. Logo, segundo esta interpretação *teleológica*, não basta ser destinatário fático do produto, retirá-lo da cadeia de produção, levá-lo para o escritório ou residência - é necessário ser destinatário final econômico do bem, não adquiri-lo para revenda ou para uso profissional, pois desta forma o bem seria novamente um instrumento de produção cujo preço será incluído no preço final do profissional que o adquiriu. Neste caso, não haveria a exigida "destinação final" do produto ou do serviço, ou, como afirma o STJ, haveria consumo intermediário, ainda dentro das cadeias de produção e de distribuição. Essa interpretação restringe a figura do consumidor àquele que adquire (utiliza) um produto para uso próprio e de sua família, consumidor seria o não profissional, pois o fim do CDC é tutelar de maneira especial um grupo da sociedade que é mais vulnerável. (BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2016, p. 103).

Esta teoria compreende que apenas aquele que adquire bem ou serviço para satisfação de suas necessidades e de sua família pode ser considerado como consumidor, apenas os sujeitos não profissionais que estabelecem relação com profissionais atuantes no mercado. Esta relação seria a única que se estabeleceria como materialmente desigual, e que, por esta condição, deve receber a intervenção do direito em favor do sujeito mais fraco.

Já teoria maximalista, por outro lado, considera que a definição de consumidor apresentada pelo CDC deve ser interpretada de maneira ampla, como se fosse um código geral sobre o consumo, que institui normas e princípios para todos os agentes do mercado. A fundamentação desta teoria é auxiliada pela interpretação literal do art. 2º do CDC, no que diz respeito ao consumidor ser destinatário final. Através desta interpretação, a teoria sustenta que consumidor é aquele que se configura objetivamente como destinatário fático bem,

independentemente de ser o destinatário econômico ou não. Sendo assim, se o adquirente é pessoa jurídica e utiliza o bem como um meio para sua atividade econômica (atividade-fim), como forma de obter lucro, ainda assim será considerado consumidor (MIRAGEM, 2016). Esta visão perdeu força, pois muitas relações que seriam abrangidas por esta teoria, atraindo a competência para o Código do Consumidor, já estão reguladas pelo Código Civil como contratos empresariais, e o Direito Empresarial considera que as situações de risco fazem parte do negócio, não devendo a pessoa jurídica receber proteção especial, pois presume-se ser uma relação entre iguais, sem hipossuficiência de uma das partes (RAMOS, 2016). Além disso, o Código do Consumidor parte de um pressuposto de necessidade de proteção especial de uma das partes nas relações de consumo, pois para garantir a igualdade material entre as partes é imprescindível que o Estado dê certos privilégios aos mais vulneráveis. Sendo a teoria maximalista adotada, haveria uma grande ampliação no grupo de consumidores, pois os civis seriam basicamente todos convertidos em consumidores. Isso tornaria o Código de Defesa do Consumidor obsoleto, já que não seria atingido seu maior objetivo, que é o de garantir a isonomia entre as partes nos contratos de consumo (FARIAS; ROSENVALD, 2015).

Ainda, bastante aceita pela doutrina e jurisprudência brasileira é a teoria do finalismo mitigado, também chamada de finalismo aprofundado, apresentada por Claudia Lima Marques. A autora aponta que após a entrada em vigor do Código Civil de 2002, a visão maximalista perdeu sua força, pelas questões já expostas, porém a teoria finalista por si só não dá conta de algumas situações. Já o finalismo aprofundado consegue trazer uma resolução melhor para os casos difíceis, que envolvem pequenas empresas com um certo grau de vulnerabilidade. Por esta teoria, quando uma pessoa jurídica adquire bem e o consome como destinatário final, comprovada a vulnerabilidade da pessoa, pode também neste caso ser considerada como consumidora, recebendo a proteção especial do CDC. São os casos em que pequenas empresas adquirem bens para utilização em sua produção, mas bens estes que não estão dentro da sua área de especialidade (BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2016).

Em conformidade com a teoria do finalismo aprofundado, o Código de Defesa do Consumidor ampliou sua proteção aos chamados consumidores equiparados ou *bystander*, que são todas as pessoas, determináveis ou não, que sejam vítimas de um acidente de consumo, conforme é possível depreender a partir do art. 2º parágrafo único, c/c art. 17 e art. 29 do CDC. A justificativa para esta proteção é o fato de que se uma empresa insere no mercado um produto que pode gerar danos à coletividade, obtendo lucros com esta atividade, deve arcar

com os riscos. (MARQUES, 2016; TARTUCE; 2016).

1.2.2. Definição de Fornecedor

Como já dito, os conceitos de consumidor e fornecedor são relacionados, sendo portanto fornecedor aquele que oferece os produtos e serviços no mercado de consumo (MIRAGEM, 2016). O Código de Defesa do Consumidor traz em seu art. 3º o conceito de fornecedor como sendo:

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

O que caracteriza o fornecedor de produtos é o desenvolvimento de atividades tipicamente profissionais. É uma definição que exclui da aplicação das normas do CDC os contratos firmados entre não profissionais, aos quais é aplicado o Código Civil. Ainda, pelo entendimento jurisprudencial, não se caracteriza a relação de consumo quando uma empresa (fornecedora de produtos) comercializar a um particular objeto fora do âmbito de sua atividade profissional.

Quanto à caracterização do fornecedor de serviços, não foi tão clara a conceituação do CDC, que insere como critério a mera prestação do serviço, sendo serviço conceituado no art. 3º, § 2º, como “qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração”. Marques (2016) entende que a intenção do legislador ao simplificar esta conceituação era a de tornar mais ampla a aplicação do CDC aos contratos de prestação de serviço, bastando que do outro lado da relação contratual esteja um consumidor, e que o prestador de serviço o faça com certa habitualidade. Importante salientar que não se trata de fornecimento de serviço as relações de caráter trabalhista.

1.2.3. Os elementos objetivos da relação de consumo

Os elementos objetivos da relação de consumo são os produtos e os serviços. O art. 3º, § 1º, da Lei 8.078/1990 define produto como qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial, que é colocado no mercado de consumo. A classificação de bem como móvel ou imóvel é um avanço em relação ao disciplinado no Código Civil, pois cada vez mais são

comercializados bens e serviços imateriais pela internet, e a forma com que o Código de Defesa do Consumidor realizou a classificação dos bens possibilitou a proteção do consumidor também nesta esfera, de grande relevância para o comércio eletrônico (MIRAGEM, 2016). A definição de serviço também está no Código, no art. 3º, § 2º, que caracteriza serviço como “qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista”. O fato de ser característica do serviço o “fornecimento no mercado de consumo”, pressupõe que este seja oferecido no mercado como decorrência da atividade profissional do fornecedor. Além disso, o termo exclui os serviços públicos oferecidos pelo Estado como contrapartida aos impostos, pois estes não estão disponíveis no mercado. A respeito da necessidade de remuneração, é consolidado na doutrina que pode se dar direta ou indiretamente. A remuneração direta é a comum, na qual o consumidor tem informação a respeito do custo daquilo que deseja obter, e paga este preço ao fornecedor. Já a remuneração indireta ocorre quando, por exemplo, por novas estratégias de *marketing* os fornecedores oferecem brindes ou determinadas vantagens, para que o consumidor tenha a impressão de estar fazendo melhor negócio, mas que na verdade o preço destes benefícios está embutido no valor total do contrato, ou que serão custeadas por negócios futuros, sendo utilizadas apenas como estratégia para captação de clientes. Havendo obtenção de vantagem econômica pelo fornecedor, ainda que indiretamente, fica caracterizada a remuneração (MIRAGEM, 2016).

1.3. A vulnerabilidade do consumidor

O Código de Defesa do Consumidor tem como princípio expresso (art. 4º, I) o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo. De acordo com Marques (2016, p. 38), “o direito do consumidor é direito social típico das sociedades capitalistas industrializadas, onde os riscos do progresso devem ser compensados por uma legislação tutelar (protetiva) e subjetivamente especial (para aquele sujeito ou grupo de sujeitos)”. Ela aponta que todos nós somos consumidores, pois em algum momento de nossas vidas exercemos este papel social e econômico. Não há como viver em sociedade sem ser parte de relações consumeristas, pois esta é a maneira como nos organizamos para nossa sobrevivência na atualidade.

A autora explica que a vulnerabilidade “é uma situação permanente ou provisória,

individual ou coletiva, que fragiliza, enfraquece o sujeito de direitos, desequilibrando a relação de consumo. Vulnerabilidade é uma característica, um estado do sujeito mais fraco, um sinal de necessidade de proteção” (BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2016, p. 108). A vulnerabilidade é, portanto, uma característica que atinge a todos os consumidores, em maior ou menor grau, independentemente de sua classe social, pois abrange diversos aspectos sem os quais não há como qualquer sujeito negociar em pé de igualdade.

1.3.1 Espécies de vulnerabilidade

De acordo com Marques (2016), a doutrina em geral apresenta três tipos de vulnerabilidade, que são a técnica, a jurídica e a fática. Alguns doutrinadores, incluindo a própria autora, apontam ainda a existência da vulnerabilidade informacional, que é intrínseca ao consumidor.

A vulnerabilidade técnica diz respeito à falta de conhecimento especializado que consumidor tem sobre os produtos ou serviços que adquire, o que resulta em uma facilidade de ser enganado pelo fornecedor. Já do profissional entende-se o justo oposto, presume-se que tenha conhecimento aprofundado a respeito daquilo em que atua, o que justifica seu dever de prestar informações (MIRAGEM, 2016). Contudo, importante ressaltar que a vulnerabilidade técnica de profissional destinatário do bem pode ser constatada na prática, como já elucidado a respeito da teoria do finalismo aprofundado, justamente por sair da área de expertise do profissional.

A vulnerabilidade jurídica ou científica exprime a falta de conhecimento jurídico, de contabilidade ou de economia, também sendo presumida para o consumidor em geral. Já para as pessoas jurídicas, a presunção serve em sentido contrário, pois mesmo que a área de atuação profissional não seja a jurídica ou econômica, entende-se que as pessoas jurídicas têm capacidade de consultar profissionais capacitados destas áreas antes de realizar um contrato. Essa presunção contrária também gera uma obrigação de informação do fornecedor para com o consumidor, que em geral não possui meios para obter este amparo específico (MARQUES, 2016).

O terceiro tipo de vulnerabilidade é a fática ou socioeconômica, que ocorre por conta da grande disparidade que existe materialmente entre o consumidor e o fornecedor. O fornecedor geralmente está em posição de grande poder econômico, ou fornece atividade de extrema necessidade aos consumidores, o que faz com que tenham muita vantagem em

relação a estes, que acabam por se submeter ao que lhes é disposto, sem grande possibilidade de negociação (MARQUES, 2016). Dentro da vulnerabilidade socioeconômica está também a hipossuficiência, que é característica das pessoas pobres, que possuem maior grau de vulnerabilidade material. A jurisprudência brasileira também considera a hipervulnerabilidade de certos consumidores, como os idosos, crianças e adolescentes, pessoas com condições especiais de saúde e pessoas com deficiência, que recebem proteção especial.

Pode-se falar ainda da vulnerabilidade informacional, que é característica do consumidor, pelo papel que ocupa na sociedade. Marques considera ser importante falar sobre esta forma de vulnerabilidade, por conta das características do consumo na atualidade, que é mais visual, rápido e de risco, trazendo uma maior necessidade da aparência, confiança, comunicação e informação. Talvez não fosse necessário classificar a falta de informação como um novo tipo de vulnerabilidade, tendo em vista fazer parte da vulnerabilidade técnica, que é intrínseca ao consumidor. Porém, na sociedade atual, veloz, globalizada e conectada, a informação se tornou o bem mais importante, e quem a tem naturalmente está em posição de poder. Em contraposição, quem não tem acesso à informação vivencia uma posição de ainda maior vulnerabilidade. Portanto, é admirável que se dê evidência para a vulnerabilidade informacional, pois na atualidade representa a maior causa de desequilíbrio nas relações consumeristas, em especial quando se trata de comércio eletrônico. (BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2016).

1.3.2. A proteção do consumidor

A vulnerabilidade é o fator que justifica que exista uma legislação especial, protetiva, para regular relações que anteriormente eram tratadas apenas como civis, negociais. No âmbito do contrato, esta vulnerabilidade fica explícita, pois na ampla maioria das relações negociais as cláusulas do contrato não são elaboradas em conjunto com o consumidor, que acaba assumindo uma posição passiva nesta relação. Seu papel na negociação do contrato é apenas aceitar as cláusulas em geral já elaboradas previamente, ou então, deixar de contratar.

Como já exposto anteriormente, a visão tradicional do contrato considerava os contratantes como iguais, sendo papel do Estado interferir o mínimo possível na autonomia privada. A transformação da realidade econômica e social no mundo nos últimos séculos teve profundos reflexos nas relações contratuais, que cada vez mais deixaram de ser uma negociação entre iguais. A nova teoria contratual surge com a percepção da ampliação da

desigualdade entre os contratantes, e a consequente necessidade de se proteger o lado mais fraco da relação, promovendo a igualdade material e buscando o equilíbrio nas relações contratuais. Para que este reequilíbrio ocorra, a legislação específica determinou uma série de deveres aos fornecedores, como o dever de transparência, informação e atuação conforme a boa-fé (MIRAGEM, 2016; BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2016).

No Brasil essa percepção ganhou relevância com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que assumiu caráter extremamente social, explicitando ser fundamento da República a dignidade da pessoa humana (art. 1º) e objetivo fundamental a construção de uma sociedade livre, justa e igualitária, a redução das desigualdades sociais e a promoção do bem de todos (art. 3º) (BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2016). Também dispôs expressamente em seu art. 5º, inciso XXXII, sobre a necessidade de proteção dos consumidores, colocando a promoção da defesa do consumidor como um direito fundamental e dever do Estado, evidenciando a importância do tema. Ainda, no artigo 170, V, definiu o direito do consumidor como um limite constitucional à livre iniciativa, que é fundação da ordem econômica.

Conforme os ensinamentos de Cláudia Lima Marques (2016), a teoria contratual passa por uma socialização, em que continuam tendo relevância os elementos clássicos do contrato, como a autonomia da vontade, mas na qual passam a ter importância também outros elementos de função social. Há uma redescoberta do papel da lei, que deixa de ser apenas interpretativa ou supletiva, e passa a proteger interesses sociais e servir como instrumento limitador do poder da vontade. No Brasil, esta socialização do Direito Civil surgiu como um reflexo dos fundamentos sociais trazidos pela Constituição Federal.

O Código Civil de 2002 seguiu esta mesma lógica, incorporando os mesmos princípios já presentes no Código de Defesa do Consumidor, como o princípio da boa-fé objetiva. Também explicitou a função social do contrato ao definir, em seu artigo 421, que “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato” (MIRAGEM, 2016, p. 250).

O direito privado brasileiro é tripartite, dividido em direito civil, empresarial e do consumidor. O Código Civil de 2002 reuniu tanto as relações civis quanto as empresariais, disciplinando portanto apenas as relações entre iguais: intercivis e interempresariais. Já a regulamentação das relações entre diferentes, ou seja, entre consumidores e fornecedores, ficou ao encargo do Código de Defesa do Consumidor. Contudo, o que determina qual a norma que deverá ser aplicada a um caso concreto vai depender do papel desempenhado pelo agente econômico naquela situação, pois o mesmo tipo contratual, como um contrato de

compra e venda, por exemplo, pode se caracterizar como obrigação civil, empresarial ou consumerista (FARIAS; ROSENVALD, 2015).

1.3.3. A teoria do Diálogo das Fontes

No contexto apresentado de pluralidade de normas que regulamentam o direito privado brasileiro, possui grande relevância a teoria do diálogo das fontes, de Erick Jayme, introduzida no Brasil por Cláudia Lima Marques. Esta teoria defende a coexistência de fontes legislativas plúrimas em um mesmo ordenamento jurídico, tendo como norte valores constitucionais, na busca por maior coerência, justiça e eficácia na aplicação das leis. É uma proposta para solução dos conflitos entre normas, que leva em consideração a complexidade do sistema de direito privado moderno. O termo “diálogo” se justifica pois na aplicação conjunta das normas ocorrem influências recíprocas. Trata-se de uma solução flexível e aberta, que possibilita a aplicação da norma mais favorável àquele mais fraco da relação, de forma a equilibrá-la. Justamente esta possibilidade de conquistar maior equilíbrio nas relações através da aplicação das leis conforme o diálogo das fontes é o que torna a teoria tão relevante para o Direito do Consumidor, que visa justamente a proteção do sujeito que está em uma relação de desigualdade, mais vulnerável.

O Código Civil é uma lei geral, que regula todas as relações privadas não privilegiadas por lei especial. Já o CDC é um microssistema especial, destinado a regular a relação entre diferentes. Assim sendo, desde o nascimento do Código Civil foi possível que se estabelecesse um diálogo entre as duas leis, pois não houve superveniência de uma sobre a outra, e o fato de possuírem os mesmos princípios de caráter social possibilitou a coexistência sem grandes conflitos entre as codificações. Às relações de consumo aplica-se prioritariamente o Código de Defesa do Consumidor, e de forma subsidiária o Código Civil de 2002, naquilo em que for mais favorável ao consumidor, pela sua posição de vulnerabilidade na relação. A interpretação deve ser sempre a favor do consumidor e de acordo com o mandamento constitucional (MARQUES, 2016).

Na busca por maior equidade nas relações de consumo, o Código de Defesa do Consumidor estabelece uma série de normas protetivas que dizem respeito aos contratos, pois é por meio deles que se efetivam as relações de consumo.

1.4. Contratos de consumo

As relações consumeristas pressupõem a existência de um contrato, pois para adquirir ou utilizar produto ou serviço, o consumidor terá que necessariamente estabelecer relação contratual com o fornecedor. Assim sendo, a regulamentação dos contratos de consumo tem papel fundamental na proteção do consumidor.

Na realidade contemporânea, a maior parte dos contratos caracteriza-se como contrato de consumo. Marques conceitua o contrato de consumo como “todas aquelas relações contratuais ligando um consumidor a um profissional, fornecedor de produtos ou serviços” (MARQUES, 2016, p. 303). A autora explica que se trata de um conceito que é positivo pois abrange todos os contratos civis, e até mesmo os mercantis, nos quais há em um dos polos da relação contratual um consumidor, evidenciando o desequilíbrio entre os contratantes e a consequente necessidade de interferência do direito. A vulnerabilidade do consumidor é a principal característica que possibilita a distinção de um contrato como sendo de consumo e não meramente civil, pois havendo vulnerabilidade se pressupõe ser uma relação entre desiguais, a qual devem-se aplicar as regras protetivas do Código de Defesa do Consumidor.

O Código de Defesa do Consumidor, ao optar por proteger a pessoa do consumidor, assume como consequência a limitação da liberdade dos contratantes, estabelecendo um padrão mínimo indisponível. Isso significa dizer que é retirada do consumidor a faculdade de, através do contrato, abdicar de seus direitos, pois ao fornecedor são impostos deveres legais (MIRAGEM, 2016).

Conforme evidencia Cavalieri Filho (2014), o CDC, ao dispor em seu art. 1º que as normas de proteção presentes no código são de ordem pública e interesse social, deixa claro o caráter de inderrogabilidade das normas, seja pelas partes contratantes ou pelo juiz. O autor explica que normas inderrogáveis são normas cogentes, de observância necessária, enquanto as normas de interesse social são “aquelas que disciplinam um campo de relações sociais marcado pela desigualdade, razão pela qual têm por finalidade interesse que transcende o interesse meramente particular”(CAVALIERI FILHO, 2014, p.14). É interessante esta definição pois elucida o fato de que a intervenção do Estado nas relações contratuais particulares, estabelecendo uma série de deveres que devem ser observados pelos fornecedores, se justifica por ser matéria de interesse coletivo, da sociedade como um todo.

Estes deveres impostos ao fornecedor dizem respeito não só ao correto adimplemento da obrigação contratual estabelecida com o consumidor, mas se expandem para toda a relação, inclusive pré-contratual. Ainda, não precisam estar expressos no contrato para

serem exigidos, podendo ser considerados como deveres implícitos, pois estão definidos na lei. Este entendimento está vinculado à nova teoria contratual, pois há a percepção da obrigação como sendo formada por diversos atos contínuos, que se prolongam no tempo desde o momento da oferta até a extinção do vínculo, e estabelecem uma série de deveres anexos à obrigação principal, derivados do princípio da boa-fé objetiva, como o dever de informar, de cuidado, de sigilo, transparência, entre outros. Os deveres anexos possuem tal relevância para os contratos que, caso não sejam observados, podem levar à anulação destes. O que se objetiva, nas palavras de Leonardo Roscoe Bessa (2016), é a construção de um ambiente de solidariedade, lealdade, transparência e cooperação. De acordo com o autor, “a boa-fé diz respeito ao exame objetivo e geral da conduta do sujeito em todas as fases contratuais (pré-contratual, contratual e pós-contratual), servindo, a partir de suas funções, como parâmetro de interpretação dos contratos, identificação de abuso de direito e criação de deveres anexos” (BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2016, p. 389). O CDC não estabelece de forma exaustiva as cláusulas que podem ser invalidadas em um contrato de consumo, portanto, a definição de princípios como o da boa-fé auxiliam na proteção do consumidor, pois norteiam a interpretação dos contratos, facilitando a percepção de atuação abusiva por parte do fornecedor (BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2016).

A observância dos deveres anexos na fase pré-contratual assume grande relevância, em especial no comércio eletrônico, pois a realidade do comércio na atualidade é a ocorrência de uma vasta oferta de produtos e serviços ao consumidor, que pode ser facilmente enganado e compelido a realizar uma contratação que não condiz com a sua intenção inicial, caso o fornecedor não cumpra seu papel de acordo com a lei consumerista. O fornecedor ocupa uma posição extremamente privilegiada na relação de consumo, não somente no que diz respeito ao seu poderio econômico, mas também ao fato de deter a informação, que escolhe como será repassada ao consumidor. Justamente por este motivo, o código teve grande preocupação em definir as práticas que são consideradas abusivas, em um rol não exaustivo, impedindo assim que o fornecedor se omita de forma a prejudicar o consumidor.

As práticas abusivas não se limitam apenas às atividades enganosas, abrangem todas as práticas evitadas de imoralidade econômica e de opressão. Além disso, podem se manifestar em todas as fases do contrato. O Código de Defesa do Consumidor explicita algumas práticas consideradas abusivas (art. 39), como a venda casada, a recusa ao atendimento das justas demandas dos consumidores, o uso da fraqueza ou ignorância do consumidor para o coagir a adquirir produtos ou serviços, entre outras. Contudo, não é apenas

neste dispositivo que se encontra a regulamentação do tema, pois em verdade a coibição de práticas abusivas perpassa todo o código. São exemplos a proibição do fornecedor de colocar no mercado produto ou serviço com alto grau de periculosidade (art. 10), o não emprego de peças de reposição adequadas (art. 21), a ausência de informação, na venda a distância, sobre o endereço do fabricante (art. 32), a utilização de cláusula contratual abusiva (art. 51), e assim por diante (BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2016). Nos tempos modernos, em que as práticas do mercado se alteram com muita velocidade, faz-se imprescindível esta classificação fluida das práticas abusivas, pois desta maneira pode o juiz diante do caso concreto verificar se houve má conduta do fornecedor sendo guiado pelo princípio da boa-fé objetiva, sem se limitar apenas às situações expressas na lei, atingindo assim uma proteção mais ampla do consumidor.

O contrato, que antes (pela teoria contratual tradicional) era anulado quase que somente quando comprovado o vício no consentimento, já que era considerado fruto da autonomia da vontade dos contratantes e portanto lei entre as partes, pela nova teoria contratual acaba por valorar a confiança, que nada mais é do que a justa expectativa das partes com a contratação. Sendo um contrato injusto ou abusivo, há a possibilidade de se recorrer ao judiciário para revisão do pacto.

2. O COMÉRCIO ELETRÔNICO

Neste momento do trabalho, faz-se necessário realizar um breve retrospecto histórico acerca da rede mundial de internet, suas gerações e suas características. A partir disso, analisa-se o papel do direito neste novo campo de relações, mais precisamente o direito contratual.

Em continuidade, analisar-se-á a questão dos contratos eletrônicos: seus aspectos jurídicos, suas peculiaridades no campo da validade do negócio jurídico, a segurança e, especialmente, a formação propriamente dita.

Por fim, apresentar-se-á uma análise dos contratos de adesão e, mais especificadamente, os contratos de adesão realizados em meio eletrônico, bem como suas especificidades e desafios.

2.1. Internet como um meio para o consumo

Inicialmente, para que as relações de consumo através do comércio eletrônico sejam melhor compreendidas, necessário se faz elucidar o histórico de surgimento da Internet, que eventualmente se tornou um fator de mudança social, alterando as formas de comunicação, os meios de contratação e inclusive o próprio consumo.

A Internet representa hoje a maior rede de conexão entre computadores. Seu surgimento remonta à Arpanet, rede desenvolvida na década de 60 pela Agência de Projetos de Pesquisa Avançada (ARPA) do Departamento de Defesa dos EUA. A Arpanet é considerada a primeira rede de computadores existente, e foi criada inicialmente com fins militares, interligando a princípio quatro universidades que realizavam pesquisas com esta finalidade. Contudo, o aumento da comunicação entre os cientistas acarretou a abertura da rede para utilização em outras universidades. Na década de 80 já era vista como a principal rede de conexão, sendo denominada Arpa-Internet, e sua expansão foi tanta que a partir dos anos 1990 ocorre a abertura da rede para fins comerciais. A Internet se expandiu cada vez mais, principalmente pela atuação ativa dos próprios usuários, que desenvolveram novos inventos e funções para sua utilização (CANUT, 2007).

Em 2001, a Internet sofreu uma grande mudança, denominada de *Web 2.0*, pois as empresas ligadas à tecnologia de informação passavam por uma crise de falta de confiança por parte de seus investidores, motivo que as levou a repensar seu modelo de gestão corporativa, transformando a rede mundial de computadores em uma plataforma movida

principalmente pelo usuário, que a partir deste momento passou a inserir voluntariamente conteúdo na *web*. Já a terceira geração da Internet, a *Web 3.0*, possibilita que o conteúdo disposto na Internet seja acessado de forma mais inteligente, por meio de aplicações que se comunicam entre si e podem ser acessadas não só em computadores, mas também em dispositivos móveis. As redes operam em velocidades cada vez mais rápidas, com tempos de resposta cada vez mais curtos, e estão presentes nos mais diversos tipos de objetos que permitem a conectividade. Por meio dos *smartphones* e outros dispositivos, estamos a todo o tempo conectados à rede, e esta conexão possibilita às empresas o acesso e registro dos mais diversos tipos de dados a respeito dos consumidores, o que permite que, a partir destes dados, realizem análise comportamental, criando um verdadeiro perfil de cada consumidor e assim induzindo-os mais eficientemente ao consumo. Este cenário que emerge nesta nova forma de organização do mercado possui enorme impacto econômico, e o desenvolvimento constante da tecnologia fará com que essa seja uma realidade cada vez mais presente em todos os tipos de oferta de produtos e serviços a que tenhamos contato (MARTINS, 2016).

A Internet possui como principais características o fato de ser uma rede aberta, a qual qualquer pessoa pode ter acesso; sua interatividade, podendo o usuário gerar dados e estabelecer relações; a internacionalidade, não possuindo barreiras nacionais; e a multiplicidade de operadores (Lorenzetti, 2004). Destas características decorrem a despersonalização, desmaterialização e desterritorialização das relações jurídicas firmadas por meio da Internet, elementos que se configuram como desafios ao direito.

As relações contratuais de consumo do comércio eletrônico surgem neste contexto, sendo expressões típicas da pós-modernidade. Como afirma Marques,

nada mais pós-moderno do que as relações virtuais, desmaterializadas, que envolvam uma pluralidade de agentes, típicas da sociedade de informação, fluidas, rápidas, visuais, interativas, simultâneas, despersonalizadas, entretanto, globalizadas e culturalmente niveladas, atemporais, internacionais, desterritorializadas, típicas de uma economia pós-fordista do serviço, do fazer, do imaterial, do desregulado, do terceirizado, do individual. (MARQUES, 2004, p. 61)

O espaço virtual, também chamado de *ciberespaço*, ultrapassa os limites de territorialidade. As pessoas crescentemente possuem acesso à rede, podendo se conectar de qualquer lugar com qualquer pessoa. Esta ampla capacidade de conexão, assim como outras características da Internet já apresentadas, cria um ambiente propício para a profusão do comércio eletrônico. O direito deve pensar mecanismos para aplicação de normas que possam

extrapolar estes desafios que surgem com a mudança das relações contratuais, de forma a adequar a solução às situações que se apresentam na mesma velocidade em que ocorrem mudanças em nossa sociedade (AQUINO JUNIOR, 2012).

2.2. Os contratos no comércio eletrônico

O comércio eletrônico não possui grandes diferenças conceituais em comparação ao que tradicionalmente se entende por comércio, ou seja, atos negociais entre empresários e clientes para a venda de produtos ou serviços. Contudo, há mudança do meio utilizado para estas negociações, que ocorrem de forma digital, por meios eletrônicos como *e-mail*, através da Internet (online), ou ainda por meios de telecomunicação de massa, como *telemarketing*. Trata-se de uma espécie de contratação à distância, denominada de contratos eletrônicos, pois se dá sem a presença física dos contratantes no mesmo espaço (MARQUES, 2004).

A mudança do meio utilizado acarreta em uma drástica diminuição dos custos de transação, o que permite que as contratações superem as barreiras do espaço, do tempo e das legislações nacionais, reduzindo também os custos para a captação de contratantes. Contudo, há a ressalva de que a execução dos contratos eletrônicos pode gerar maiores dificuldades relativamente às contratações tradicionais (LORENZETTI, 2004), como a majoração dos custos para o transporte de mercadorias, por exemplo.

Os contratos eletrônicos podem ser definidos em sentido amplo como “qualquer forma de transação levada a efeito mediante a transmissão de dados sobre redes de comunicação, como a internet, abrangendo todas as atividades negociais juridicamente relevantes e incluindo as fases anteriores e posteriores à contratação” (AQUINO JÚNIOR, 2012, p. 113). Apesar de esta nova forma de contratação trazer à tona uma série de dúvidas aos estudiosos do Direito, por apresentar maior complexidade nas relações contratuais, tendo em vista envolver diversos sujeitos, ao mesmo tempo que se inicia e se conclui cada vez mais rapidamente, a ela aplicam-se as legislações consumeristas e civis da mesma maneira que aos contratos em geral, pois as situações existentes nas formações dos contratos tradicionais repetem-se nos contratos eletrônicos (MARTINS, 2016). No mesmo sentido, a Lei 12.965/2014, reconhecida como Marco Civil da Internet, define que os princípios nela expressos não excluem outros previstos no ordenamento jurídico pátrio relacionados à matéria, nem os reconhecidos por tratados internacionais dos quais o Brasil seja signatário (art. 3º, parágrafo único), corroborando com o entendimento de que aos contratos eletrônicos se aplicam também as leis gerais.

2.2.1. As modalidades de contratos eletrônicos

Os contratos eletrônicos podem ter caráter público, ocorrendo em geral entre comerciantes e o Estado (B2G – *business to government*), ou caráter privado, se dividindo em três tipos de relações: as comerciais, entre empresários (B2B – *business to business*), as puramente civis ou, ainda, as relações consumeristas (B2C – *business to consumers*), entre fornecedores e consumidores. Têm relevância para o Direito do Consumidor apenas os contratos do tipo B2C, por serem os únicos que dizem respeito a relações desiguais, em que há especial necessidade de proteção da parte mais vulnerável (MARQUES, 2004). Além destas classificações já consolidadas, recentemente a doutrina aborda também as relações denominadas de P2P (*peer to peer*), que são relações entre civis propiciadas pela intermediação de um provedor, geralmente por meio de aplicativos. Estas relações surgem com a denominada economia de compartilhamento, que será mais a frente explanada.

2.3. Aspectos do contrato eletrônico

Apesar do fato de que aos contratos eletrônicos aplicam-se os mesmos dispositivos que regulamentam o contrato tradicional, necessário se faz discorrer sobre certos aspectos da forma eletrônica de contratação, que podem suscitar dúvidas, em especial quanto à validade do documento eletrônico e a respeito do momento de formação do contrato, tendo em vista que, por se dar à distância e através de um meio que não é o tradicional, físico, possui peculiaridades.

2.3.1. O documento eletrônico

A expansão do comércio eletrônico colocou em evidência a utilização do documento eletrônico para formalizar estas transações. Pode-se conceituar documento como “toda representação material destinada a reproduzir determinada manifestação do pensamento, como uma voz fixada duradouramente (*vox mortua*)”, ou ainda, como uma coisa representativa de um fato. (CHIOVENDA, 1965, p.127 apud KLEE, 2014). Já o documento eletrônico é conceituado por Lorenzetti (2004, p. 126) como “qualquer documento gerado ou arquivado em computador”, podendo ser um documento como uma carta, um contrato, ou até

mesmo uma imagem, conforme dispõe a lei de assinatura digital do Estado de Utah, cujo conceito é adotado em todo o mundo de forma bastante homogênea (LORENZETTI, 2004).

No direito brasileiro, a regra para os contratos é de que a validade da declaração de vontade não depende de forma especial, a não ser quando expressamente exigido por lei, conforme o art. 107 do Código Civil, portanto, não há restrição quanto a utilização do documento digital para a formalização do comércio eletrônico. A problemática que surge diz respeito à sua utilização como prova, pois deve-se assegurar que o documento não sofrerá alterações, assim como certificar sua autoria. (KLEE, 2014)

No mesmo sentido, Geraldo Frazão de Aquino Júnior explica que

O suporte eletrônico cumpre as mesmas funções do papel. Quando o direito condiciona a validade de determinado ato jurídico à sua forma escrita, preocupa-se com o cumprimento de certas funções, consubstanciando um instrumento tangível que registre o acordo de vontades e os consequentes efeitos jurídicos, de modo que se possa efetuar o controle no âmbito negocial, jurídico, econômico e fiscal. O meio virtual cumpre todas essas funções, arquivando em banco de dados todos os registros pertinentes à negociação, que provê a necessária segurança jurídica ao viabilizar a utilização de senhas criptografadas e de assinaturas eletrônicas. Assim, vige o princípio da equivalência funcional, de modo que não se pode considerar inválido ou ineficaz um contrato pelo simples fato de ter sido registrado em meio magnético ou ter sido celebrado mediante transmissão eletrônica de dados (AQUINO JÚNIOR, 2012, p. 113-114).

Portanto, o contrato eletrônico se submete às mesmas exigências requeridas para os contratos firmados pela forma tradicional, em papel, não podendo ser recusado apenas por ser um documento digital.

O formalismo nos contratos tem como objetivo além da constituição de prova, também o elemento informativo, ao possibilitar que o teor das cláusulas que formam o contrato sejam conhecidas previamente pelas partes, que podem refletir sobre o negócio jurídico que estejam a firmar. Nos contratos de consumo, o documento possui especial importância por se constituir como veículo de informação e transparência, assumindo caráter pedagógico e protetivo, ao colocar o consumidor em melhor condição para reflexão (MARTINS, 2016).

Superado o quesito da validade do documento eletrônico, restam questionamentos acerca da segurança destes documentos. De fato, o documento eletrônico, por ser editado em uma rede aberta e ainda insegura que é a Internet, traz diversos fatores de risco, como a possibilidade de adulteração do autor e da fonte da mensagem, modificação de seu teor, ainda que acidentalmente, e o eventual acesso ao documento por pessoa não autorizada. Esses riscos apresentam-se em decorrência da volatilidade do meio, que faz com que os documentos sejam

mais facilmente adulterados sem deixar vestígios, diferente do que ocorre com os documentos físicos (MARTINS, 2016). Para garantir a segurança dos documentos eletrônicos, protegendo o conteúdo neles contido quando enviados pela Internet, e para a verificação de sua autoria, foram desenvolvidas as técnicas de criptografia e de assinatura digital.

A criptografia consiste em uma técnica que modifica uma mensagem, de forma a torná-la inteligível, por meio de um código chamado de chave. Através desse processo, garante-se que apenas quem possuir acesso a esta chave será capaz de descriptografar a mensagem para que assuma sua estrutura inicial (KLEE, 2014), ou seja, garante-se a confidencialidade da comunicação. Martins (2016) elucida que existem dois tipos básicos de cifragem, que são a simétrica e a assimétrica. Na primeira, a mesma chave é utilizada tanto para cifrar quanto para decifrar a mensagem, devendo as partes acordarem sobre o código que será usado, e encontrarem uma maneira de informá-lo uma à outra de forma segura. O método assimétrico é mais seguro, pois são utilizadas diferentes chaves para a cifragem e decifragem, não havendo a inconveniência de ter que comunicar ao destinatário o código por meios talvez vulneráveis, como ocorre com o método simétrico. Na criptografia, cada letra da mensagem é substituída por um respectivo símbolo numérico, e a combinação de algoritmos realizada por meio de sofisticados programas de computação torna remota a chance de a mensagem ser descoberta por alguém alheio à relação, sendo portanto um método que confere bastante segurança à transação (MARTINS, 2016).

Para a garantia da segurança jurídica na relação contratual, existem as autoridades de certificação digital, que visam atestar a autenticidade da chave pública, que contém informações importantes sobre o usuário, como forma de conferir maior confiabilidade à contratação eletrônica (MARTINS, 2016).

Elementos também necessários à segurança do contrato eletrônico são a identificação do sujeito que emitiu a vontade registrada, e a autenticação do documento, para que haja a certeza de não ter sido alterado entre sua emissão e o recebimento pelo destinatário. Martins (2016) expõe que a assinatura ou firma eletrônica cumpre esta função, que anteriormente era reservada à assinatura escrita em papel, constituindo-se como prova do consentimento expresso por meio eletrônico.

Relevante fazer a ressalva de que no comércio eletrônico os contratos podem ser expressos por documentos assinados ou não assinados, mas que ainda assim possuem validade. Sendo assim, a existência de um sistema confiável para a atribuição da autoria do documento é imprescindível, em especial para que haja aceitação do documento nos casos de

transações importantes. Contudo, em situações mais cotidianas, tornou-se habitual a utilização do documento não assinado nas relações de consumo. Como exemplo, os vínculos celebrados pelos consumidores com supermercados, com determinados prestadores de serviço, para assistir a espetáculos, para a utilização de meios de transporte, etc. Nestas situações não há qualquer assinatura, muitas vezes apenas a entrega de um tíquete (LORENZETTI, 2004).

Como visto, o comércio eletrônico, realizado por meio dos contratos eletrônicos, apresenta diversas peculiaridades, que são estranhas ao consumidor. Portanto, é fundamental a adoção de medidas como as descritas para conferir maior segurança e confiança a estas relações jurídicas, como uma forma também de proteção do consumidor.

2.3.2. *A formação do contrato eletrônico*

O modo tradicional de formação dos contratos é representado no direito sob o binômio da proposta e aceitação. Existindo estes dois elementos, nasce o vínculo contratual, apto a produzir efeitos jurídicos. A proposta é “o ato pelo qual a parte manifesta sua intenção de contratar, bem como os termos em que pretende fazê-lo, e solicita da outra parte a manifestação sobre a respectiva aceitação” (MIRAGEM, 2016, p. 255). A proposta, também chamada de oferta, tem a função de expor qual será o conteúdo do eventual negócio jurídico. Quanto à aceitação, esta pode se dar de maneira expressa ou tácita, ou seja, por meio de palavras ou sinais que a exteriorizem, ou através do silêncio acompanhado de atos, positivos ou negativos, que a demonstrem. A aceitação pode se dar nas relações de consumo pelo mero uso da coisa, e em especial nos contratos pela Internet, pelo ato de clicar em algo disponível em um *site*. (MIRAGEM, 2016)

A oferta no comércio eletrônico é direcionada aos consumidores em geral por meio de publicidade, que é veiculada essencialmente através da WWW (World Wide Web) ou por meio de correio eletrônico. Quando veiculadas em *sites* na WWW, são caracterizadas como oferta ao público, direcionadas a pessoa determinável. Neste caso, a oferta se torna perfeita assim que inserida no *site*, de modo a permitir seu conhecimento por aqueles a quem se destina, e o contrato de consumo é formado no momento em que o consumidor transmite sua aceitação ao titular do *site* que contém a oferta, ato que restará registrado naquele servidor. Já na situação em que a oferta é veiculada através de correio eletrônico (*e-mail*) é direcionada a um sujeito determinado, que figura como destinatário da proposta (MARTINS, 2016).

O Código de Defesa do Consumidor dispõe que

Art. 30. Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado.

Portanto, a publicidade é considerada pela nossa legislação como uma proposta contratual, que obriga o fornecedor desde que seja suficientemente precisa, passando a integrar o contrato. Sendo assim, deve o fornecedor estar atento às informações que veicula, sempre cumprindo com seus deveres anexos de lealdade, informação e cuidado (MARQUES, 2016).

É de grande relevância para a efetivação da proteção do consumidor a vinculação do fornecedor à mensagem publicitária, pois a transformação do mercado a partir da segunda metade do século XIX implementou uma atuação publicitária ostensiva, se não até agressiva, com o intuito de persuadir o consumidor à compra, o que acarreta uma série de problemas como o consumo desenfreado e sem reflexão. A publicidade tomou tal dimensão que influi na formação de um consenso, prejudicando a escolha racional dos consumidores. Em meio a este cenário, a não vinculação da publicidade traria inúmeros abusos aos consumidores, que estariam reféns do fornecedor (MARTINS, 2016, p. 193).

Para a formação do contrato, posteriormente à oferta deve haver a aceitação, que é também uma manifestação de vontade, mas no caso das relações de consumo uma manifestação expressa pelo consumidor. Antonia Espíndola Longoni Klee (2014) expõe que “a aceitação não apenas vincula o aceitante, como também prende o proponente. O consenso entre proposta e aceitação, entre essas duas manifestações de vontade, cria o negócio jurídico bilateral chamado contrato”.

Marques (2016) observa que o CDC não regula a aceitação entre ausentes, e portanto são aplicáveis as normas subsidiárias da legislação geral. O código Civil dispõe que o contrato se torna perfeito quando da expedição da aceitação pelo consumidor, a qualquer momento, dentro das condições da oferta não retirada devidamente (art. 434). Contudo, nas relações entre presentes a aceitação ocorre de forma imediata, o que é mais difícil nas relações entre ausentes, pela Internet. De acordo com a autora, devem-se aplicar às relações de consumo eletrônicas as normas do CDC (arts. 30, 34, 35 e 48), preferencialmente às normas do CC/2002 (art. 427 ss.), resultando em uma maior força vinculativa em face da teoria da declaração e da confiança. Disso decorre uma maior proteção do consumidor, não sendo aceito, por exemplo, que o silêncio incorra em aceitação do consumidor no comércio

eletrônico, diferentemente do que disciplina o Código Civil (art. 111). Nas relações de consumo eletrônicas, a aceitação até pode se dar por atos silenciosos, como as condutas sociais típicas, mas o silêncio em geral reflete a negação ou a ocorrência de alguma prática abusiva por parte do fornecedor (MARQUES, 2016).

2.4. O contrato de adesão

É um tipo de contratação no qual as cláusulas do contrato são estipuladas unilateralmente, restando à outra parte apenas aceitar ou não a contratação. Apesar de estar reduzido o papel da declaração de vontade, a relação jurídica firmada por meio de contrato de adesão não deixa de ser considerada como um negócio jurídico, pois, como já exposto no primeiro capítulo, está superada a concepção do negócio cuja validade está condicionada unicamente à declaração de vontade sem vícios. Ainda, importante frisar que a declaração de vontade continua presente, pois apesar de não ser dada ao consumidor a oportunidade de negociar o conteúdo do contrato, ele ainda pode escolher se vincular ou não à proposta, o que demonstra um movimento seu no sentido de satisfazer algum desejo ou necessidade própria (FARIAS; ROSENVALD, 2015).

São características do contrato de adesão a simplificação do modo de consentir, a situação de desigualdade entre as partes, o fato de a oferta ser direcionada ao público, ganhando caráter firme e irrevogável, entre outras. É um tipo de contratação amplamente utilizado na sociedade massificada, bem como na contratação eletrônica, pois suas características conferem rapidez e facilidade de adaptação às contratações, o que torna a atividade empresarial simples e racionalizada, reduzindo-se assim os custos (MARTINS, 2016).

O CDC, em seu artigo 54, define contrato de adesão como “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”. O Código faz a ressalva de que a mera inserção de cláusula em formulário não o descaracteriza como contrato de adesão (art. 54, §1º). Além de trazer esta definição, também determina deveres ao fornecedor que elabora o contrato, ao definir que os contratos de adesão devem ser 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” (art. 54, §3º) e que “as cláusulas que implicarem limitação de

direito do consumidor deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão”(art. 54, §4º), demonstrando zelo do legislador no que concerne ao direito à informação do consumidor. Já o art. 46 dispõe que o contrato não obrigará o consumidor caso 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. Logo, conforme elucida Bessa,

A análise conjunta dos dispositivos evidencia que o fornecedor deve cuidar para que o consumidor compreenda adequadamente seus direitos e obrigações decorrentes do vínculo contratual que será estabelecido a partir da assinatura do contrato de adesão. Ora, se o contrato é elaborado pelo fornecedor, sem possibilidade de alteração substancial do documento, é justo que o aderente (o consumidor) compreenda o conteúdo do contrato, conheça suas obrigações, saiba das consequências financeiras da assinatura do instrumento. Portanto, não se admitem contratos com letras miúdas, palavras e expressões complexas, fórmulas matemáticas para cálculo de juros, termos técnicos ou de difícil compreensão para o leigo, como "tabela Price", "método hamburguês", "reajuste *pro rata die*" etc. (BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2016, p. 396)

Ademais, grande preocupação que gira em torno dos contratos de adesão é a facilidade de inclusão de cláusulas abusivas que assegurem vantagem excessivas ao fornecedor, as quais o consumidor não tem condições de se insurgir por não ter em geral oportunidade de negociação no contrato. Quanto a isso, é válido destacar que o artigo 47 do CDC determina que “as cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor”, adicionando um fator de maior equilíbrio e segurança para o consumidor, que sempre terá a possibilidade de revisão das cláusulas contratuais pela via judicial, ainda que esta não seja a melhor perspectiva para a relação de consumo. O que se busca para um melhor equilíbrio da relação de consumo é que a atuação das partes, e em especial do fornecedor, esteja sempre de acordo com o princípio da boa-fé objetiva, não podendo o fornecedor utilizar sua prerrogativa de elaboração das cláusulas como forma de se beneficiar às custas do consumidor (MARTINS, 2016).

Guilherme Magalhães Martins (2016) indica que no caso da contratação eletrônica de consumo via Internet é possível que não seja utilizado o contrato de adesão, pois o fornecedor pode dar ao seu cliente a opção de alterar as cláusulas apresentadas ou propor texto alternativo. Contudo, o autor faz a ressalva de que não é a *praxis* da dinâmica de contratação eletrônica, que é movida por uma alta frequência de negócios celebrados, impulsionadas pelo consumo compulsivo.

O fato de se tratar de um tipo contratual em que não é possibilitada a discussão a respeito do conteúdo do contrato, não significa contudo que não haja viabilidade de negociações preliminares, tendo em vista que esta é a fase contratual em que se forma o convencimento do consumidor. É a fase em que o fornecedor tentará convencer “seu público” de que possui a melhor oferta, a mais vantajosa, e que o consumidor definirá se se submeterá as cláusulas daquele contrato (FARIAS; ROSENVALD, 2015).

Os contratos de adesão podem ser diferenciados dos contratos submetidos a cláusulas contratuais gerais, sendo que estes seriam os contratos, “escritos ou não escritos, em que o comprador aceita, tácita ou expressamente, que cláusulas, pré-elaboradas unilateral e uniformemente pelo fornecedor para um número indeterminado de relações contratuais, venham a disciplinar o seu contrato específico” (MARQUES, 2016, p. 76). Como exemplos de contratos submetidos a este tipo de cláusulas, tem-se os contratos de transporte, os de administração de imóveis e até mesmo alguns contratos bancários. São uma categoria em que o contrato é elaborado para inúmeros negócios, que adquirem vigência após a submissão do contratante às suas cláusulas. As contratações por meio das cláusulas contratuais gerais, assim como os contratos de adesão, são amplamente utilizadas na sociedade massificada, pois proporcionam redução de custos na contratação, celeridade, além de viabilizarem uma estimativa dos custos para a produção e o fornecimento de bens e serviços (MARTINS, 2016; Rosenvald; Farias, 2014).

Ainda quanto aos contratos de adesão, relevante apontar que o comércio eletrônico está em constante desenvolvimento, originando novas figuras contratuais. Como exemplo, as licenças *clickwrap*, em que o usuário exprime sua aceitação com um mero apertar de botão, um *click*, que é suficiente para a validade do contrato. É um tipo de contratação considerado válido, apesar da evidente situação de risco para o consumidor, sendo condicionado apenas à exigência de que o fornecedor acuse o recebimento da encomenda por meios eletrônicos, conforme a Diretiva 2000/31 (MARTINS, 2016).

Por fim, pertinente comentar ainda sobre as chamadas condutas sociais típicas, que são relações contratuais, porém não possuem forma escrita, são expressas de forma oral ou ainda em silêncio, sem qualquer diálogo entre pessoas. São situações como os atos realizados através de caixas eletrônicos, por meio de recibos ou *tickets*, por coisas, imagens, símbolos, sem a existência de outra pessoa com quem se relacionar, sendo a figura do outro substituída por uma máquina (MARQUES, 2016). A mudança nas relações contratuais traz diversos fatores de risco aos consumidores, portanto, imprescindível o estudo dos fenômenos

existentes na atual sociedade de consumo, em especial a despersonalização, desmaterialização e desterritorialização, para que possam ser pensadas soluções aos desafios apresentados, de forma a efetivar os direitos dos consumidores.

2.5. Desafios do Direito do Consumidor frente ao comércio eletrônico

As relações de consumo provenientes do comércio eletrônico trazem especificidades que se traduzem como novos riscos ao consumidor, o que amplia sua vulnerabilidade inerente. Algumas situações são características das contratações à distância, como a impossibilidade de ver o objeto antes da compra, demora em sua entrega, envio de objeto com características diversas das que haviam sido informadas, entre outras (AQUINO JÚNIOR, 2012). Contudo, nas relações eletrônicas os riscos são agravados, principalmente pela ocorrência dos fenômenos de despersonalização, desmaterialização e desterritorialização, identificados e descritos por Cláudia Lima Marques.

A autora, citando seu mestre Erik Jayme, elucida que são características do nosso tempo (pós-moderno) a ubiquidade, a velocidade e a liberdade, qualidades estas que se fazem muito presentes na Internet. Por consequência, tendo em vista que o comércio eletrônico se dá por este meio tecnológico, são características presentes também nesta espécie de negociação, o que justifica seu crescimento exponencial no mercado, já que dá conta das demandas dos consumidores ao possibilitar a rápida troca de informações, imagens e vontades. A autora esclarece que

as relações contratuais de consumo do comércio eletrônico são típicas da pós-modernidade. Efetivamente, nada mais pós-moderno do que relações virtuais, desmaterializadas, que envolvam uma pluralidade de agentes, típicas da sociedade de informação, fluidas, rápidas, visuais, interativas, simultâneas, despersonalizadas, entretanto, globalizadas e culturalmente niveladas, atemporais, internacionais, desterritorializadas, típicas de uma economia pós-fordista do serviço, do fazer, do imaterial, do desregulado, do terceirizado, do individual. (MARQUES, 2004, p.60).

Ocorre uma mudança de características do sujeito passivo e ativo da relação consumerista, pois os fornecedores passam a ter um alcance cada vez maior, global, com uma atuação em cadeia, sem localização fixa e sem tempo. Utilizam-se de todas as línguas, e principalmente da linguagem virtual, por imagens, sons, ícones, etc., alcançando uma gama ilimitada de pessoas com sus anúncios. No outro polo da relação, o consumidor passa a ser um sujeito totalmente passivo, mudo diante de uma tela. É identificado por números, que podem

ser uma senha, assinatura eletrônica, endereço de IP, número de cartão de crédito, etc. Pode ainda ser uma pessoa de qualquer idade, ou mesmo uma coletividade de pessoas, pois o fornecedor não terá como garantir a quem sua oferta atingirá, ou qual destinação será dada àquilo que estiver colocando no mercado. Neste contexto, Lorenzetti (2004, p. 277) afirma que o consenso não é formado por uma justaposição de vontades, mas sim “em atos unilaterais de autonomia que se manifestam sem uma fusão de vontades”.

Esta situação é descrita como despersonalização do contrato, ou desumanização, fenômeno iniciado com a massificação dos contratos anteriormente exposta, mas que se consubstanciou no comércio eletrônico. A própria descrição desta realidade já induz ao pensamento dos riscos que se apresentam, pois neste panorama qualquer prática abusiva pode atingir a uma coletividade de pessoas, ou causar danos mais graves frente a sujeitos com alguma espécie de vulnerabilidade especial, como as crianças ou idosos. A despersonalização também torna mais difícil a localização de um sujeito a ser responsabilizado por estes danos eventualmente causados, já que o consumidor não tem muitas vezes possibilidade de localizar o fornecedor, ou mesmo de perceber em qual parte da cadeia de fornecedores ocorreu a situação que lhe gerou um dano.

Já a desmaterialização decorre de o contrato de consumo na Internet ser concluído sem forma física, através de *bits* e códigos binários. A própria linguagem utilizada é inicialmente virtual, pois o consumidor é conduzido principalmente por imagens, que o levam a manifestar uma vontade através de um *click* com o *mouse*. Posteriormente, há a apresentação de um contrato escrito, mas, em geral, será um contrato de adesão, cujas cláusulas na maior parte das vezes sequer são lidas pelo consumidor, quer seja por sua dificuldade de entendimento, por serem muito extensas, ou ainda pelo fato de que o consumidor em nada poderá alterá-las caso haja discordância, restando aceitá-las por inteiro ou deixar de contratar. A desmaterialização chega em seu ápice quando a contratação ocorre através das condutas típicas.

A autora expõe duas dificuldades trazidas à tutela do consumidor em decorrência da desmaterialização do contrato: a necessidade de que seja assegurado ao consumidor de forma prévia as informações sobre o produto ou serviço, e o acesso prévio ao contrato, bem como a necessidade de assegurar que o consumidor possa compreender o negócio que está firmando e refletir sobre sua conveniência.

Por fim, outro elemento a ser considerado como característica do contrato eletrônico, que se constitui também como um obstáculo à garantia dos direitos dos consumidores, é a desterritorialização. Este aspecto da contratação na internet decorre do já exposto fenômeno

da globalização. O espaço deixa de existir na contratação virtual, pois ela pode processar-se em qualquer lugar do mundo, inclusive em movimento, o que se torna facilitado diante da expansão do alcance das tecnologias que possibilitam o acesso remoto à rede, como *smartphones* e *tablets*. A globalização fez com que não mais existissem fronteiras, e como consequência, alterou-se a concepção clássica de soberania, pois o poder de criar e impor leis perde a sua força diante de um espaço global, em que não há limites para a comunicação e negociação entre pessoas de tantas nações. Por ser o meio virtual diferente do espaço territorial neste sentido, ou seja, não possuir as mesmas amarras decorrentes das jurisdições estatais que o território físico possui, muitos acreditam que o espaço virtual não deveria ser regulamentado, que deveria se autorregular pelo mercado, com a mínima intervenção estatal. Contudo, a desregulamentação traz grande preocupação, principalmente quanto a efetivação dos direitos dos consumidores. Sobre a difusão da defesa de um ambiente virtual autorregulado, Guilherme Magalhães Martins explana que

É verdade que o costume próprio da autorregulação se encontra umbilicalmente ligado à própria Internet, que, até os anos 1990, figurava predominantemente como domínio de estudantes, acadêmicos, pensadores, dentre outros, que a acessavam para fins não comerciais, de maneira que certos valores e normas restariam arraigados na chamada *comunidade virtual*, persistindo até os dias de hoje. (MARTINS, 2016, p. 62)

De acordo com o autor, até 1991 o comércio através da Internet não era permitido nos Estados Unidos da América, portanto, tendo surgido como meio de comunicação e não de comércio, possuía regras que visavam a garantia da liberdade de expressão, evitando-se a limitação da liberdade por legislações estatais, e prezando acima de tudo para que a construção de qualquer norma relativa à rede fosse feita de forma participativa e democrática pelos membros da comunidade virtual. Contudo, justamente por estas regras tácitas terem surgido em um contexto diferente do atual, com um objetivo diverso, não se pode presumir que possuam o mesmo desempenho. A substituição do direito estatal por regras autocompostas na internet pode mostrar-se perigosa em um ambiente que não é mais dominado apenas por civis, nem apenas limitado às Universidades. Pelo contrário, trata-se de um ambiente sem limitação, e no qual atuam grandes empresas, multinacionais, com todo seu poderio econômico e capacidade de influência. Há a transmutação de uma regulação participativa dos usuários da rede para “um verdadeiro poder de fato titularizado pelos detentores do capital, no contexto de uma sociedade globalizada, ameaçando o equilíbrio entre os contratantes”(MARTINS, 2016, p. 63). Portanto, o Estado deve estar atento às mudanças

sociais, regulando as relações jurídicas existentes para a garantia de um mínimo social.

Além dos desafios ao Direito do Consumidor já expostos, relevante também elencar a desconfiança do consumidor no comércio eletrônico, que surge exatamente em decorrência das características apresentadas de despersonalização, desmaterialização e desterritorialização, pelas situações de risco a que o consumidor se vê exposto, e pela insegurança ou incerteza quanto à concretização de seus direitos frente a uma situação de negociação em que não há o contato próximo com o fornecedor. A confiança é essencial para a viabilidade do comércio eletrônico, pois “o consumidor tem que confiar que a internet funcionará, que o fornecedor cumprirá o acordado, que sua privacidade será resguardada, que seus direitos como cidadão, enfim, serão respeitados” (DE AQUINO JÚNIOR, 2012, p. 121). Frente a esta evidente vulnerabilidade do consumidor, proveniente dos inúmeros obstáculos à efetivação de seus Direitos nas relações negociais firmadas através da Internet, é que se faz imprescindível a reflexão acerca da forma mais eficiente de se tutelar o consumidor em face do comércio eletrônico.

2.6. Novas estruturas de contratação no comércio eletrônico

A expansão da internet, concomitante ao desenvolvimento tecnológico, estimulou o surgimento de novas formas de negócio e também de consumo, que revolucionaram o mercado tradicional e foram rapidamente assimilados pela sociedade. Teve grande importância neste processo a popularização de dispositivos como os *smartphones* e *tablets*, que propiciou maior acesso da população à internet, assim como o desenvolvimento de aplicativos para inúmeros fins (OLIVEIRA, 2018). Estas novas formas de organização econômica trazem inúmeros benefícios e facilidades aos consumidores, em especial a redução de custo dos bens e serviços, contudo, também trazem preocupações quanto à sua segurança ao se utilizarem destas novas tecnologias, tendo em vista que fogem dos modelos tradicionais tipificados e regulamentados pelo direito.

Inicialmente, pertinente se faz abordar o fenômeno dos contratos conexos, nos quais não há apenas a relação simples entre fornecedor e consumidor, como é tradicional nos contratos de consumo. A conexidade contratual surge quando novas necessidades econômicas demandam uma organização diversa daquela possibilitada pelas formas contratuais preexistentes, sendo expressão da autonomia da vontade, já que ocorre uma relação entre particulares para além da regulamentação estatal, constituindo um verdadeiro sistema

(MARTINS, 2016). Cláudia Lima Marques define os contratos conexos como

aqueles contratos autônomos que, por visarem a realização de um negócio único (nexo funcional), se celebram entre as mesmas partes ou entre partes diferentes e se vinculam por esta finalidade econômica supracontratual comum, identificável seja na causa, no consentimento, no objeto ou nas bases do negócio. Assim, se a finalidade supracontratual comum é de consumo, todos os contratos são de consumo por conexidade ou acessoriedade. Essa nova visão qualificada e ampliadora das relações de consumo é necessária para uma boa aplicação do CDC. A conexidade é o método de comercialização e *marketing*, é a consequência, que hoje pode ser facilmente fotografada no mercado nacional (MARQUES, 2016, p. 109).

Outra forma de estruturação dos contratos, além dos conexos, é a rede de contratos, caracterizada por contratos sucessivos que visam uma mesma finalidade, são estruturados em cadeias para o fornecimento final, como ocorre nos planos de saúde (MARQUES, 2016). Não há como os contratos de consumo na Internet serem analisados isoladamente, pois na prática moderna ocorre que os agentes econômicos se especializam em uma etapa da produção, deixando as demais para outros atores que nelas possuam maior capacidade de atuação, ampliando assim a eficiência dos negócios e reduzindo os custos. Neste novo contexto de contratos coligados, os agentes que antes não eram considerados responsáveis na relação de consumo, por serem meros intermediários, apenas aproximando os fornecedores dos consumidores, perdem sua autonomia econômica. Passa-se a entender a contratação de forma unitária, ainda que possua diversas contratações e atores intermediários, pois trata-se de uma rede contratual que vai do início ao fim da relação consumerista, cujo objetivo final em geral não seria atingido se fossem utilizadas as figuras contratuais clássicas (MARTINS, 2016).

Sobre a responsabilidade dos provedores de internet que intermedeiem a relação contratual, Bruno Miragem (2016) expõe que o entendimento majoritário é de que caso o provedor atue apenas fornecendo o meio para divulgação de ofertas de terceiros, não haveria como responsabilizá-lo em caso de dano decorrente de relação de consumo, pois sua atuação é equivalente à de um caderno de classificados, que apenas disponibiliza o veículo para que terceiros publiquem seus anúncios. Contudo, na situação em que o provedor se envolve na escolha feita pelo consumidor, garantindo a qualidade de certo produto ou serviço, por exemplo, ou garantindo a procedência de um fornecedor, pode-se intuir que faça parte da cadeia de fornecedores e, portanto, neste caso cabe a sua responsabilização solidária. Ainda, os provedores podem também ser responsabilizados caso não cumpram com o dever de segurança, que está relacionado com o serviço que prestam, quando por exemplo não

mantiverem registrado dados sobre os fornecedores, facilitando que seu serviço seja utilizado por terceiros para o cometimento de fraudes contra o consumidor.

O mesmo ocorre com os chamados sites de compras coletivas, utilizados por fornecedores para anunciar produtos e serviços que são apelativos ao consumidor por geralmente oferecerem valores mais baixos, e também positivos para os fornecedores que disponibilizam as ofertas por um período determinado de tempo, e com a garantia de que a oferta atingirá um número delimitado de consumidores, o que lhes dá maior segurança. Contudo, neste tipo de negócio jurídico a contratação é feita pelo consumidor diretamente com o provedor do *site* da compra coletiva, que irá ser remunerado por fazer esta intermediação. Assim sendo, fica clara a posição do provedor como parte da cadeia de fornecedores, pois além de ser remunerado com a transação, também presta a garantia ao consumidor de que a oferta será prestada nos termos expostos. É muito importante para a efetiva proteção do consumidor que haja a equiparação do provedor como fornecedor nestes termos, da mesma forma como ocorre com os comerciantes, como disposto no art. 13 do CDC, pois são novas formas de contratação que surgem no meio digital, e que apesar de apresentarem benefícios ao consumidor, também incorrem em uma série de riscos. No caso das compras coletivas, pode-se citar como fatos prejudiciais ao consumidor: a oferta ser realizada em geral por um curto período de tempo, o que pode gerar uma pressão ao consumidor e acarretar em uma decisão sem muita reflexão; a facilidade na contratação, com grande disponibilidade de ofertas, pode levar o consumidor a ter uma atitude compulsiva, estimulando o hiperconsumismo; o apelo aos preços mais baixos pode fazer com que o consumidor não analise propriamente a qualidade do produto ou serviço que está a adquirir, bem como pode fazer com que não se atente as condições impostas ao negócio, que em geral não estão indicadas com o mesmo destaque, gerando justas frustrações. Os provedores devem estar atentos ao dever de informação (MIRAGEM, 2016).

Outra forma de organização de atividade econômica que se insere no comércio eletrônico é a chamada economia de compartilhamento, que se caracteriza pela oferta feita por uma pessoa física, de um bem de sua propriedade ou serviço prestado por si mesma, sem profissionalidade, através de uma plataforma digital, para outra pessoa disposta a usufruir deste bem ou serviço. A princípio, trata-se de uma relação entre civis, por isso foi denominada como contratos *peer-to-peer* (P2P), traduzidos como mercado entre pares, em contrapartida aos contratos *business-to-consumer* (B2C), isto é, contratos entre fornecedor e consumidor (OLIVEIRA, 2018). Contudo, há uma particularidade nas contratações P2P que as diferencia

das relações negociais civis tradicionais, pois a economia de compartilhamento se articula essencialmente através de uma plataforma digital, como um aplicativo, que conecta as pessoas que desejam realizar negócios entre si. Desta situação surge o questionamento sobre a responsabilidade do sujeito que atua como intermediador destas relações.

Sobre o tema, Bruno Miragem (2016) explana que a responsabilidade do provedor nos casos de economia de compartilhamento concerne à sua obrigação de garantir um meio seguro para que o contrato seja realizado. Quanto a situações que ultrapassem este seu dever, a responsabilização será analisada caso a caso, conforme o nível de intervenção que tenha sobre o negócio. Em certas situações pode haver a responsabilidade do intermediador pela satisfação da obrigação firmada por terceiro com o consumidor, mas o autor diz que em geral quem apenas aproxima estes dois sujeitos e intermedeia a relação jurídica é responsável apenas pela segurança e confiança do meio fornecido para este fim. O autor esclarece que

O critério para a exata distinção destas situações reside no próprio conteúdo do serviço oferecido pelo site ou aplicativo de internet, ao qual, como regra, uma vez viabilizando a oferta de produtos e serviços no mercado de consumo, atrai a incidência do Código de Defesa do Consumidor e caracteriza aquele que o explora como fornecedor de serviços (art. 3º). Contudo, 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. Tratando-se de serviços de intermediação, portanto, não bastará apenas a qualificação daquele que a promove com fins econômicos como fornecedor. A exata medida da responsabilidade daquele que explora o site ou aplicativo que viabiliza o consumo colaborativo mediante compartilhamento de bens e serviços, deriva da confiança despertada – e daí a necessidade da precisa definição de vício ou defeito da prestação -, o que dependerá do exame caso a caso, do modelo de negócio organizado a partir do site ou aplicativo (MIRAGEM, 2016, p. 563).

No mesmo sentido dispõe Guilherme Magalhães Martins (2016), indicando que o fornecedor que se dispõe a viabilizar espaço ou instrumento de oferta, mantendo *site* ou aplicativo para este fim, é caracterizado como provedor de Internet nos termos do art. 15 da Lei 12.965/2014, e que não necessariamente terá responsabilidade sobre as prestações ajustadas entre as partes. A matéria gerou discussão, tanto doutrinária quanto jurisprudencial, pelo fato de que a massiva adesão dos consumidores aos serviços oferecidos em aplicativos como os descritos teve relevante impacto no mercado, criando uma forte concorrência com serviços similares regulamentados pelo estado, como foi o caso do aplicativo da empresa Uber, que atua no ramo de transportes, e acabou gerando concorrência aos serviços de táxi.

No caso da empresa Uber, o entendimento é no sentido de que não deve haver limitação ao livre exercício da atividade econômica, pois o transporte individual de passageiros não se enquadra como serviço público, não se confundindo com a atividade dos taxistas, que é pública e, portanto, regulamentada (MARTINS, 2016).

A economia de compartilhamento surge como um benefício aos consumidores por quebrar a lógica de mercado, destacando-se principalmente por viabilizar o acesso a produtos de maior custo, como o compartilhamento de carros através de aplicativos como o Zipcar, por exemplo, e também por dar resposta a demandas eventuais (MARQUES, 2016, p. 214), como a necessidade de hospedagem em determinado lugar, para qual o consumidor pode alugar um imóvel ou quarto por alguns dias através de aplicativo como o Airbnb, ou ainda viajar para qualquer destino utilizando-se de um serviço de “carona” (remunerado).

Bruno Miragem (2016), ao tratar do tema da economia de compartilhamento, expõe uma preocupação em relação a tendência de excesso de regulamentação específica e difusa, que pode gerar um ambiente hostil à inovação. O autor lembra que o art. 7º, XIII, da lei 12.965/14 dispõe que se aplicam às relações de consumo realizadas na internet as normas protetivas do CDC, o que incluiria as relações consumeristas realizadas por meio de modelos de consumo colaborativo, prescindindo portanto de regulamentação específica. No mesmo sentido, Marques (2016, p. 215-126) pondera que, apesar de esta inovação econômica suscitar uma crise nos papéis de consumidor e fornecedor, juridicamente o consumo compartilhado “utiliza-se dos contratos clássicos, intermediados por profissionais, organizados em aplicativos de celulares ou na Internet, e deve ser respondida pela nova teoria contratual”. A resposta, de acordo com a autora, para a complexidade e quantidade de contratos deve ser a utilização das cláusulas gerais e princípios elaborados pela dogmática para a solução dos conflitos, de forma a concretizar a nova concepção do contrato que é prevista pelo Código de Defesa do Consumidor.

3. A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR NO COMÉRCIO ELETRÔNICO

Com o objetivo de proporcionar aos consumidores maior confiança e segurança nesta nova forma de contratação que é o comércio eletrônico, busca-se no Brasil a aprovação do PLS 218/2012, que é uma proposta de atualização para o Código de Defesa do Consumidor, para que inclua a regulamentação das relações consumeristas firmadas através da internet.

Será feita uma análise crítica do Projeto de Lei do Senado, artigo por artigo, contudo, para melhor compreensão do contexto em que surge a necessidade de ampliar a regulamentação consumerista para que abranja novos tipos de contratação, inicialmente proceder-se-á a uma breve análise histórica da proteção do consumidor, desde os primeiros movimentos sociais que tinham o Direito do Consumidor como pauta, até a consolidação da defesa do consumidor como um direito fundamental em nossa Constituição Federal, e a consequente edição do Código de Defesa do Consumidor.

Ainda, demonstrar-se-á a vulnerabilidade especial a que o consumidor está sujeito no comércio eletrônico, que se constitui como fundamento para sua tutela.

3.1. Histórico de proteção do consumidor e o atual Diálogo das Fontes

O processo de desequilíbrio das relações contratuais, anteriormente exposto, iniciou-se com a Revolução Industrial, pois, neste período, os bens que antes eram produzidos manualmente, no meio familiar, passaram a ser produzidos nas fábricas, em grande escala. Esta modificação na maneira de produção gerou também mudanças na forma de distribuição, tornando-a mais impessoal do que era anteriormente. Aos poucos, estas alterações demandaram que também o processo de contratação fosse adequado às necessidades produtivas, fazendo com que novos instrumentos jurídicos fossem criados, como os contratos coletivos, contratos de massa e contratos de adesão, em que não há mais a participação do consumidor na elaboração de suas cláusulas (CAVALIERI FILHO, 2014).

O advento da sociedade de consumo de massas e da nova forma de produção capitalista evidenciou que os sujeitos, ainda que substancialmente iguais, ocupam nas relações sociais e econômicas posições de desigualdade. Esta constatação fez com que fosse resgatada a antiga noção de igualdade material, derivada do pensamento de Aristóteles, conhecida como

igualdade material, na qual admite-se o tratamento desigual para desiguais, na medida da sua desigualdade. Nas relações de consumo na sociedade massificada, fica bem clara a posição de desigualdade ocupada pelos sujeitos, sendo que de um lado há aquele cuja função econômica é consumir, enquanto de outro há o sujeito fornecedor, que muitas vezes não é apenas um, mas vários sujeitos (através das complexas cadeias de fornecedores), que assume uma posição de poder, por sua força econômica ou expertise profissional. Esta tensão entre os interesses destes agentes econômicos fornecedores de produtos e serviços e os consumidores é o que motiva a regulação destas relações pelo Estado, em situações que eram anteriormente confiadas exclusivamente à liberdade de iniciativa dos particulares (MIRAGEM, 2016).

O desenvolvimento tecnológico e científico, apesar dos inúmeros benefícios que trouxe para a sociedade como um todo, aumentou de forma exponencial os riscos aos consumidores. Isso se dá, pois, a produção em série faz com que qualquer defeito possa gerar danos a inúmeros consumidores, e muitas vezes a potencialidade destes danos só se mostra tempos após a comercialização do bem defeituoso. São incontáveis os casos de produtos que foram inseridos no mercado e que geraram danos irreparáveis a conjuntos de consumidores. Os acidentes de consumo, cada vez mais recorrentes e muitas vezes trágicos, foram o fator que inicialmente chamou a atenção para a necessidade de proteção dos consumidores.

Os primeiros movimentos pró-consumidor ocorreram no final do século XIX e início do século XX, inicialmente nos países que viviam grande desenvolvimento industrial, notadamente os Estados Unidos e países europeus. Surgiram nesta época algumas associações de consumidores que lutavam pela melhoria das condições de trabalho nas fábricas e promoviam ações de incentivo ao consumo de empresas que respeitavam os direitos dos trabalhadores. Estas mobilizações iniciais já possuíam caráter social, não de defesa de bons produtos ou de qualidade industrial. Havia também neste período, tanto nos Estados Unidos como na Europa, certas legislações que regulavam questões relacionadas ao consumo, mas que possuíam caráter mais comercial do que consumerista, pois regulavam e reprimiam as práticas abusivas do comércio (CAVALIERI FILHO, 2017).

A necessidade de proteção do consumidor como sujeito de direitos ganhou expressividade após o discurso do presidente dos EUA John F. Kennedy, em 1962, no qual ele reconheceu que todos os sujeitos são consumidores, sendo o maior grupo econômico na economia, e que apesar de constituírem enorme grupo de pessoas, não estavam organizados e não tinham seus posicionamentos ouvidos. Além disso, nesta manifestação foram enumerados direitos básicos do consumidor, como o direito à saúde, à segurança, à informação, à escolha e

a serem ouvidos (CAVALIERI FILHO, 2017). Kennedy pregou a necessidade de que o tema fosse mais profundamente discutido, e esta ideia se difundiu rapidamente pela Europa e outros países nos quais o capitalismo encontrava-se bem consolidado. Em 1985 a ONU, através da resolução n.º 39/248, estabeleceu diretrizes para as legislações de proteção ao consumidor, estabelecendo o Direito do Consumidor como direito humano de nova geração (BENJAMIN, MARQUES, BESSA, 2016).

O Código de Defesa do Consumidor surgiu como consequência de movimentos consumeristas ocorridos ao longo dos anos anteriores, tanto no Brasil quanto internacionalmente (CAVALIERI FILHO, 2017). Na década de 70, pela primeira vez ouviu-se falar sobre a necessidade de proteção do consumidor no Brasil, quando o então deputado Nina Ribeiro se referiu ao tema como um grave problema de natureza social, e a respeito da necessidade de atuação Estatal no setor. Em 1978, foi criado o primeiro Procon, em São Paulo e, em nível federal, apenas em 1985 foi criado o Conselho Nacional de Defesa do Consumidor, que posteriormente foi substituído pelo Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (ALMEIDA, 2009).

Já havia anteriormente leis que indiretamente protegiam o consumidor, como leis contra a usura, de proteção à economia popular e de repressão ao abuso de poder econômico. Contudo, os direitos dos consumidores ganharam real relevância ao serem recepcionados expressamente pela Constituição Federal de 1988, que incluiu a defesa do consumidor como direito fundamental ao definir, no art. 5.º, XXXII, que “O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”. Além disso, no capítulo da Ordem Econômica, a constituição apresenta a defesa do consumidor como uma justificadora da intervenção do Estado na economia (art. 170, V). A carta magna definiu ainda que deveria ser elaborado o Código de Defesa do Consumidor (art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias) (ALMEIDA, 2009).

Neste contexto surge o Código de Defesa do Consumidor, pela Lei 8.078/1990, que, por ter origem na Constituição Federal, tendo sido nela definido como direito fundamental, possui o caráter de força normativa, vinculando o Estado e os demais intérpretes do Direito à sua aplicação. Ademais, a Constituição Federal, ao dispor sobre a necessidade de proteção do consumidor, coloca-a em posição de princípio geral, devendo este valor servir como guia do direito privado, que deve ser sempre interpretado de forma favorável ao consumidor (BENJAMIN; MARQUES. BESSA, 2016).

Às relações de consumo aplicam-se de forma complementar as normas civis, em

diálogo de fontes. Anteriormente ao Código Civil de 2002, considerava-se que o Código de Defesa do Consumidor era um microsistema jurídico autoaplicável e autossuficiente. Portanto, se uma relação fosse de consumo, aplicar-se-ia a ela apenas o CDC, e jamais o Código Civil. Isso ocorria, conforme explicação de Tartuce (2017), pois o Código Civil anterior era mais individualista, enquanto o Código de Defesa do Consumidor é uma legislação protetiva, não sendo estas legislações, portanto, compatíveis.

O legislador, ao criar o Código Civil de 2002, fez a opção de dispor sobre as relações empresariais, porém não incluiu na codificação as relações consumeristas. De acordo com Cláudia Lima Marques (2016, p. 143), “Essa inclusão da figura do empresário no Código Civil brasileiro de 2002, no art. 966, sem que tenha sido incluída a do consumidor [...] deixa intacto o microsistema de direito do consumidor”. Assim, o CDC continua a regular as relações de consumo prioritariamente. Porém, isto não quer dizer que as normas do Código Civil não possam ser aplicadas às relações consumeristas, quando forem mais favoráveis ao consumidor. Esta possibilidade surge com a aplicação da teoria do diálogo das fontes

A expressão “diálogo das fontes” foi criada por Erick Jayme, jurista alemão, como forma de solucionar conflitos de leis de modo a atingir maior eficácia do ordenamento jurídico, pois de acordo com o autor, “em face do atual pluralismo pós-moderno de um direito com fontes legislativas plúrimas, ressurge a necessidade de coordenação entre as leis no mesmo ordenamento, como exigência para um sistema jurídico eficiente e justo” (MARQUES, 2016, p. 243).

Conforme ensina Tartuce

a essência da teoria é de que as normas jurídicas não se excluem – supostamente porque pertencentes a ramos jurídicos distintos –, mas se complementam. No Brasil, a principal incidência da teoria se dá justamente na interação entre o CDC e o CC/2002, em matérias como a responsabilidade civil e o Direito Contratual. Do ponto de vista legal, a tese está baseada no art. 7º do CDC, que adota um modelo aberto de interação legislativa. Repise-se que, de acordo com tal comando, os direitos previstos no CDC não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade. Nesse contexto, é possível que a norma mais favorável ao consumidor esteja fora da própria Lei Consumerista, podendo o intérprete fazer a opção por esse preceito específico (Tartuce, 2017, Pg. 16).

Em resumo, às relações de consumo se aplica de forma prioritária o CDC e

subsidiariamente o Código Civil, naquilo que for necessário e mais vantajoso para a proteção do consumidor. Marques (2016) aponta que esta teoria já está bastante consolidada na atuação do judiciário brasileiro, sendo utilizada como argumentação tanto pelos juízes de primeira instância, quanto pelos dos juizados especiais cíveis, e ainda pelos tribunais.

Faz-se relevante a análise das leis aplicáveis às relações consumeristas para a abordagem da proteção do consumidor no comércio eletrônico, pois é certo que elas se aplicam também a estas relações, ainda que não haja, por ora, regulamentação específica do comércio eletrônico. Com objetivo de demonstrar a necessidade de atenção do Direito a estas relações, passa-se à análise da vulnerabilidade do consumidor no meio eletrônico, que possui diversas peculiaridades.

3.2. Vulnerabilidade especial do consumidor no Comércio Eletrônico

Como já visto, o Código de Defesa do Consumidor parte do princípio da vulnerabilidade do consumidor para estabelecer suas normas protetivas, visando atingir maior equilíbrio nas relações de consumo. Contudo, nas relações consumeristas firmadas por meio da internet visualiza-se uma vulnerabilidade especial do consumidor, fato que deve ter a devida atenção do Direito para que o consumidor tenha suas garantias também efetivadas nestas relações, que vêm se tornando cada vez mais comuns no cotidiano dos brasileiros.

A massificação dos contratos tornou a utilização de contratos de adesão uma generalidade no comércio, tendo como característica o uso de cláusulas pré-estabelecidas, sobre as quais não há possibilidade de discussão. Em particular no comércio eletrônico, o emprego dos contratos de adesão e das condições gerais, quase nunca lidos, transformou o aceite em um mero “*click*”, ocasionando mitigação da autonomia das partes. Todos estes elementos justificam a intervenção estatal nas relações consumeristas, objetivando o combate ao cenário de desigualdade e prejuízo de confiança que imperam nestas relações (EFING; CAMPOS, 2018).

Sobre a vulnerabilidade especial do consumidor no comércio eletrônico, Marques (2016) explica que o consumidor não é um especialista ou técnico em computadores e na internet, ainda que considere dominar este meio. Portanto, de acordo com a autora, “o meio eletrônico, automatizado e telemático, em si, usado profissionalmente pelos fornecedores para ali oferecerem seus produtos e serviços aos consumidores, representa para os consumidores leigos um desafio extra ou vulnerabilidade técnica”. Ou seja, a vulnerabilidade técnica, que se

relaciona justamente com a falta de um conhecimento que é particular dos profissionais que atuam em área específica, é agravada no comércio eletrônico, pois ainda que o sujeito acredite conhecer suficientemente bem os meios telemáticos, não terá conhecimento da técnica que os profissionais dominam, havendo, pois, uma desigualdade inevitável nestas relações, que causa maior vulnerabilidade. A autora expõe ainda que apesar de ser uma falha tecnológica geral, presente em todos os consumidores, não os desanima frente ao comércio eletrônico, mas pelo contrário, os fascina. Por este motivo, milhares de consumidores aderem ao comércio eletrônico, como uma expressão típica da pós-modernidade.

Além das vulnerabilidades inerentes ao consumidor, quais sejam a técnica, econômica, jurídica, e informacional, pode-se citar também a vulnerabilidade psicológica, que é definida como sendo “aquela que manifestada em sociedade de consumo, ante número excessivo de informações expostas ao consumidor, aptas a provocar estímulos errôneos, sobretudo aos hipervulneráveis”(EFING; CAMPOS, 2018). A vulnerabilidade psicológica fica evidente quando se percebe o consumo impelido pelo *neuromarketing*, uma forma de publicidade já amplamente adotada pelo comércio eletrônico, que se utiliza de pesquisas sobre o funcionamento do cérebro e comportamento humano para aplicar técnicas de *marketing* que visam influenciar nas decisões dos consumidores, incentivando-os consumirem, de forma irracional e compulsiva (PARCHEN; FREITAS; MEIRELES, 2018).

Em decorrência de sua vulnerabilidade, bem como devido às características da Internet, a atuação dos consumidores no comércio eletrônico ocorre

sem conhecimento técnico, sem fronteiras, sem território, sem passado, sem experiência e com uma fluida confiança, justamente no direito "do consumidor", em uma vaga (e muitas vezes inexistente) proteção "internacional" dos mais fracos, confiando nas respostas pelo menos razoáveis que a justiça dará. É um contexto novo de superficialidade, hedonismo consumista e insegurança pós-moderna. Efetivamente, esses muitos consumidores que hoje negociam neste mundo de consumo eletrônico necessitam de uma proteção, e os aplicadores do direito devem conhecer e dominar as linhas básicas que regem estas e outras negociações de consumo, sejam nacionais ou internacionais. Proteger e melhorar a posição jurídica contratual do negociador mais fraco e leigo no comércio eletrônico, que é o consumidor pessoa física residente no Brasil, parece ser a finalidade maior da doutrina brasileira e dos projetos de lei existentes sobre o assunto (MARQUES, 2016, livro eletrônico).

Esta situação gera uma série de inseguranças e riscos aos consumidores. Klee (2014) indica que a vulnerabilidade do consumidor no meio eletrônico possui características próprias, diversas daquelas referentes ao comércio tradicional, citando como algumas destas

particularidades a “insegurança com relação à conveniência da celebração do contrato, a dificuldade de identificar efetivamente o objeto do contrato, a dificuldade de identificar o fornecedor do produto ou do serviço”, assim como a própria dificuldade apresentada pelo meio de contratação, que pode inibir a capacidade de reflexão do consumidor.

Também são riscos específicos do comércio eletrônico, por tratar-se de uma contratação à distância, a impossibilidade de ver e de experimentar o produto, a chance de o consumidor lidar com fornecedores não-sérios ou falsários, a demora extrema no fornecimento do produto ou serviço; por razão do meio de contratação, os riscos de o consumidor sofrer manipulações no momento de concluir ou de se arrepender do negócio, ou a chance de ocorrerem erros neste processo, bem como os riscos com os dados sensíveis enviados, perturbação da privacidade, uso indevido dos dados sensíveis, das senhas e dos dados financeiros. Ainda, por ser mais difícil a execução do contrato, já que não se perfectibiliza automaticamente, como é o caso da maioria dos contratos de compra e venda no comércio tradicional, é um risco também a perda do valor pago na contratação (KOGGE, 2002, apud MARQUES, 2004). A estes riscos, Marques (2004) acrescenta os identificados na jurisprudência, que são: a dificuldade de identificação do consumidor, que pode levar a erro; o *spam* indesejado; a ação criminosa de retirada indevida de quantias do cartão de crédito, por conta da insegurança do meio em que são dispostos os dados; a dificuldade de prova e perenização da transação, por consequência do meio empregado para a transação, bem como pela utilização do documento eletrônico; os efeitos vinculativos ou não da oferta publicitária eletrônica; o fim abusivo de uma relação contratual de fornecimento eletrônico; entre outros.

Os riscos citados, que geram a ampliação da vulnerabilidade intrínseca ao consumidor quando realiza transações por meio da Internet, ocorrem como uma consequência dos fenômenos da desmaterialização, despersonalização e desterritorialização, já expostos. Conforme Klee (2014), “o consumidor que contrata a distância por meios eletrônicos deve receber o mesmo nível de proteção que ele possui em seu país no comércio convencional”, portanto de extrema relevância que o Direito dê a devida atenção a esta forma de contratação, pensando sua regulamentação. Para a autora, a proteção dos consumidores no comércio eletrônico deve se dar de forma a diminuir os principais riscos existentes neste meio, tendo como objetivo a criação das condições necessárias para a existência de um clima de confiança e de segurança jurídica nestas relações de consumo.

3.3. Análise Crítica do PLS 281/2012

As compras no comércio eletrônico, segundo relatório da Ebit, seguem em expansão ano após ano no Brasil. Em 2017, o faturamento do comércio eletrônico no país foi de R\$47,7 bilhões, que representa um aumento de 7,5% em relação ao ano anterior. Foram 50,3 milhões de pedidos realizados no ano, dos quais 27,3% foram concluídos através de dispositivos móveis. Estes dados, assim como a constatação da maior vulnerabilidade do consumidor no meio eletrônico, demonstram quão necessária é a regulação da matéria, pois os consumidores vêm se utilizando deste meio para a celebração de contratos, sem a devida segurança.

Ante a necessidade de atualização do Código de Defesa do Consumidor, para que abarcasse esta forma de contratação que ganhou tamanha expressividade nos últimos anos, foi instituída pela Presidência do Senado Federal uma Comissão de Juristas para auxiliar nesta alteração legislativa (KLEE, 2014). O trabalho desta comissão resultou no Projeto de Lei nº281/2012, que foi posteriormente aprovado pelo Senado Federal e enviado para análise da Câmara de Deputados, atualmente apensado ao Projeto de Lei nº 4.906/2001, e aguardando julgamento (MARTINS, 2016).

Com o objetivo de regulamentar o comércio eletrônico, o governo editou o Decreto nº 7.962, de 15/03/2013, que vai ao encontro das normas dispostas no PLS 281, pois em grande parte as reproduz. Assim sendo, hoje o consumidor que se utiliza do comércio eletrônico não está totalmente desamparado, pois os fornecedores que se utilizam da internet como meio para seu negócio devem observar as normas do Decreto vigente. Ainda, no que concerne à regulamentação da Internet, em 23.06.2014 entrou em vigor a Lei 12.965/2014, conhecida como o "Marco Civil da Internet", que estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da rede (KLEE, 2014), mas que, contudo, nada dispõe a respeito do comércio eletrônico.

Para a abordagem crítica do PLS281/2012, utilizar-se-á como base o livro de Guilherme Magalhães Martins intitulado "Contratos Eletrônicos de Consumo", no qual o autor dedicou um capítulo à análise do Projeto de Lei, assim como o livro "Comércio Eletrônico", de Antonia Espíndola Longoni Klee, no qual a autora também concedeu especial atenção ao tema.

Inicialmente, essencial expor que a opção da Comissão presidida pelo Ministro Herman Benjamin foi por atualizar o Código de Defesa do consumidor utilizando-se de uma regulamentação principiológica, através de cláusulas gerais, como forma de evitar o casuísmo que predominava em outros projetos de lei, evitando assim que a lei se torne rapidamente

ultrapassada, tendo em vista que as práticas do mercado de hoje podem em breve ser superadas por novas tecnologias que ainda não surgiram (MARTINS, 2016).

Os artigos que iniciam a redação do projeto já demonstram esta linha adotada. Na primeira alteração proposta, art. 3º-A, o caráter principiológico fica demonstrado ao estabelecer que as normas e os negócios jurídicos devem ser interpretados e integrados da forma mais favorável ao consumidor, de acordo com Klee (2014), abrindo-se desta maneira o microsistema do CDC para que seja aplicado e interpretado em conjunto com outras normas, como objetivo de reforçar a proteção ao consumidor.

Possui a mesma lógica de caráter geral a redação do art. 5º, VI, que possibilita que violações a normas de defesa do consumidor sejam conhecidas de ofício pelo Poder Judiciário, no âmbito de processo em curso e assegurado o contraditório (MARTINS, 2016). Este dispositivo, bem como o que consta no inciso VII, busca equilibrar a relação jurídica de consumo, fortalecendo assim a Política Nacional das Relações de Consumo (KLEE, 2014).

Já no artigo 6º, incisos XI, XII, XIII, instituem-se novos direitos básicos ao consumidor, relativos à privacidade e a segurança dos dados, definindo-se que os dados e informações prestados pelo consumidor por qualquer meio, incluindo o eletrônico, devem ser mantidos em segurança e privacidade. Além disso, fica garantida a liberdade de escolha do consumidor ao firmar um negócio sem sofrer discriminação e assédio de consumo, em especial frente as novas tecnologias e redes de dados. Foi uma ponderação muito relevante da comissão, pois, conforme Martins (2016, p. 223), “a privacidade e imagem do consumidor são frequentemente agredidas através dos processos de cruzamento de dados pessoais, através de um processo dinâmico de manipulação de informações característico dos sistemas informatizados”. Sendo que estas violações são ampliadas na sociedade massificada, em que se aprimoram os métodos de publicidade, como ocorre com a utilização da técnica de *neuromarketing*, por exemplo, é louvável que este inciso tenha sido incluído para que seja reforçada a proteção do consumidor no comércio eletrônico.

Além disso, o PLS 218 também trouxe uma preocupação com o incentivo da proteção ao meio ambiente e ao desenvolvimento sustentável. Esta linha aparece na redação do art. 4º, que inclui a proteção do meio ambiente como um dos objetivos da Política Nacional das Relações de Consumo, e coloca o incentivo a padrões de produção e consumo sustentáveis como um dos princípios desta política. Também no art. 6º, XIII, insere-se esta perspectiva, ao definir como direito básico do consumidor o acesso à informação ambiental veraz e útil. Já o artigo 10-A define que as normas preventivas contidas nos artigos 8º, 9º e 10º do CDC, que

versam sobre a proteção à saúde e à segurança, também se aplicarão aos riscos provenientes de impactos ambientais decorrentes de produtos e serviços colocados no mercado. Da mesma forma, o inciso XIV do art. 39, que busca acrescentar às práticas abusivas a oferta de produto ou serviço com potencial de impacto ambiental negativo, sem que antes se tome as devidas medidas para a precaução e prevenção.

O projeto inicia a regulação específica do comércio eletrônico nos artigos 45-A e seguintes. Como cláusula geral, mostra-se como significativa contribuição para a atualização do Código de Defesa do Consumidor, tendo em vista que demonstra a assimetria das relações consumeristas no meio eletrônico, denunciando a vulnerabilidade técnica e informacional do consumidor (MARTINS, 2016). O art. 45-A dá início à Seção VII do Capítulo V (Das Práticas Comerciais), com o título de “Do Comércio Eletrônico”. Sobre este dispositivo, Klee (2014) esclarece que

dispõe sobre confiança, liberdade do outro, da parte mais fraca, vulnerável, e menciona a boa-fé. É uma norma de abertura, tem como objetivo fortalecer a confiança e assegurar a tutela efetiva do consumidor, com a diminuição da assimetria de informações, a preservação da segurança nas transações, a proteção da autodeterminação e da privacidade dos dados pessoais. O dispositivo prevê a aplicação das normas do Código de Defesa do Consumidor aos contratos celebrados a distância, ao meio eletrônico ou similar, antevendo o avanço tecnológico, o que é positivo (KLEE, 2014, livro eletrônico).

Louvável a intenção dos legisladores de fortalecer a confiança no comércio eletrônico, pois é uma resposta necessária aos problemas do comércio eletrônico (MARTINS, 2016). Qualquer contratação, em especial no meio eletrônico, gera expectativas nos parceiros contratuais, que se traduzem em confiança, transparência e na ética quando ocorre a exteriorização das vontades negociais (AQUINO JÚNIOR, 2012).

Já o artigo 45-B, em conformidade com o disposto no artigo anterior, apresenta uma série de informações que devem ser prestadas ao consumidor nos sites e demais meios eletrônicos, bem como nas comunicações enviadas, introduzindo desta forma deveres laterais, anexos ou instrumentais de conduta decorrentes da boa-fé objetiva, que motivam a colaboração entre as partes da relação de consumo (MARTINS, 2016). As informações que devem ser prestadas, efetivando maior segurança e confiança do consumidor no comércio eletrônico, são o nome empresarial e número de inscrição do fornecedor, bem como seu endereço físico e eletrônico que possibilitem sua localização; informações sobre a oferta, quais sejam as condições integrais, o prazo de validade, e informações claras e ostensivas a

respeito de quaisquer restrições à fruição da oferta; ainda, informações a respeito do serviço ou produto, que descrevam suas características essenciais, incluindo-se os riscos à saúde e à segurança do consumidor.

Sobre o dever de informar, Antônio Herman V. Benjamin esclarece que

Para a proteção efetiva do consumidor não é suficiente o mero controle da enganosidade e abusividade da informação. Faz-se necessário que o fornecedor cumpra seu dever de informação positiva. Toda a reforma do sistema jurídico nessa matéria, em especial no que se refere à publicidade, relaciona-se com o reconhecimento de que o consumidor tem direito a uma informação completa e exata sobre os produtos e serviços que deseja adquirir (BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2016).

No comércio eletrônico o dever de informar se torna ainda mais relevante. Marques (2004) elucida que a confiança e a transparência andam juntas, só há uma se há a outra, e a transparência está relacionada com a devida prestação de informações em todos os momentos da contratação. A autora expõe que, especialmente na fase de decisão do consumidor devem ser prestadas todas as informações que possam criar confiança na existência do fornecedor, como seu endereço, número de registro, etc., bem como o meio que o consumidor possa se utilizar para entrar em contato em caso de arrependimento, por exemplo. Contudo, as informações mais importantes dizem respeito ao conteúdo do contrato, e também devem ser fornecidas de forma prévia. A atuação conforme a boa-fé impõe um dever de cooperação e colaboração com o parceiro contratual, para que ele compreenda o conteúdo do contrato que firmará e quais são as expectativas legítimas deste negócio jurídico. Daí se depreende a necessidade de informar “sobre o texto do contrato, sobre as cláusulas contratuais (condições gerais contratuais incluídas), sobre os riscos, etc.”. No caso do comércio eletrônico, por ser a distância, deve-se ainda informar quando o contrato foi concluído, e possibilitar ao consumidor meios para identificar imediatamente qualquer erro que tenha ocorrido neste processo, e meios para corrigi-los (MARQUES, 2004).

Também sobre o dever de informação, Miragem explana a respeito das particularidades do comércio eletrônico. Ressalta o autor que:

No tocante ao direito à informação, contudo, as contratações pela Internet contam com a peculiaridade de que não basta apenas exigir informações sobre o produto ou serviço - o que de resto já é objeto do abrangente art. 31 do CDC. Torna-se decisivo que se façam disponíveis informações sobre o próprio fornecedor. Isso porque a imaterialidade do meio de contratação e a circunstância de que se trata de contrato à distância, ao tempo em que submete o consumidor a uma condição específica de vulnerabilidade, representa claro

obstáculo de acesso ao fornecedor para exercício de qualquer pretensão, seja reclamação por vícios ou o exercício do direito de arrependimento. Neste sentido, a necessidade de informações claras sobre a identidade do fornecedor se impõe, daí o art. 2.º, I e II, do Dec. 7.962/2013 o exigirem. Reproduz, neste ponto, os termos do art. 45-B (atual art. 44-B), do PLS 281/2012, que por sua vez inspira-se no art. 5.º da Diretiva 2000/31/CE (MIRAGEM, 2013, p. 292-293, apud KLEE, 2014, livro eletrônico).

Portanto, demonstrada a peculiaridade do meio eletrônico, que apresenta maiores dificuldades à construção da confiança do consumidor do que o meio tradicional de consumo, mostra-se ter grande mérito a regulamentação do dever de informar de maneira pormenorizada.

O artigo 45-C traz questão muito atual, ao dispor sobre os sites de compras coletivas ou modalidades análogas de contratação, muito utilizado pelos consumidores por ser uma espécie de comércio que proporciona preços mais acessíveis. A Câmara Brasileira de Comércio Eletrônico define as compras coletivas como “uma modalidade de *ecommerce* que tem como objetivo vender produtos e serviços de diversos tipos de estabelecimentos empresariais para um número mínimo pré-estabelecido de consumidores por oferta” (MARTINS, 2016). O dispositivo traz a responsabilidade solidária do fornecedor que cumpre a função de intermediário nas relações de consumo, pois este deve se assegurar da veracidade das informações publicadas. Martins explica que a responsabilidade solidária se justifica em face da conexidade contratual, pois ainda que os contratos de fornecimento do produto ou serviço e o que intermedeia a relação disponibilizando o meio para a oferta possam parecer desconexos, em verdade ambos tem a mesma causa jurídica, e portanto devem ser interpretados em unidade, pois ambos são necessários para que seja efetuada aquela determinada relação jurídica com o consumidor. Este dispositivo discrimina as informações que devem ser prestadas, para além das já previstas no art. 45-B, nos contratos de compras coletivas, que dizem respeito principalmente às condições do contrato. Este reforço no dever de informação é imprescindível nesta modalidade de contratação, justamente por suas particularidades, que podem levar o consumidor a ter dúvidas a respeito dos termos que está contratando, assim como a respeito da execução do contrato, caso as informações não sejam suficiente ou claramente prestadas.

O art. 45-D traz outras disposições que concernem ao dever de informação e outros deveres anexos aos contratos, em especial aos do comércio eletrônico. Entre os dispositivos que visam ampliar o acesso do consumidor à informação, o inciso II mostra-se muito relevante, por determinar como obrigação do fornecedor que se utiliza do meio eletrônico

manter meio de comunicação com o consumidor, para que este possa facilmente enviar e receber comunicações necessárias à efetivação de seu direito. Também relacionados com o canal de comunicação entre consumidor e fornecedor, os incisos seguintes, III e IV, definem que o fornecedor deve acusar imediatamente o recebimento de solicitações importantes por parte do consumidor, como a manifestação de arrependimento ou o cancelamento do contrato, bem como assegurar que o consumidor terá meios adequados, eficazes e facilmente acessíveis que permitam a identificação e correção de erros na contratação antes de finalizá-la. Além disso, foram incluídas neste artigo também disposições a respeito da segurança dos dados do consumidor, no inciso V, quanto a obrigação de o fornecedor utilizar-se de mecanismos seguros para o pagamento e também para o tratamento de dados do fornecedor, e no inciso VII, estabelecendo que o fornecedor deve comunicar imediatamente às autoridades competentes e ao consumidor caso haja vazamento de dados ou comprometimento, ainda que parcial, da segurança do sistema que armazena estas informações. Antonia Espindola Longoni Klee (2014) esclarece que este dispositivo espelha a preocupação do legislador em proteger o consumidor em sua segurança e a proteção da integridade de suas informações. Ainda sobre o artigo 45-D, a autora complementa dizendo que:

está de acordo com o objetivo de todo o ordenamento jurídico de proteção do consumidor, no sentido de impor deveres de informar ao fornecedor que escolher oferecer produtos e serviços a distância, por meios eletrônicos ou similares. Como o meio de contratação acentua a vulnerabilidade do consumidor, a consequência é impor mais deveres de informar ao fornecedor, como uma maneira de reequilibrar a relação jurídica de consumo. (KLEE, 2014, livro eletrônico).

A norma está ainda de acordo com a nova redação dada pelo PLS 281/2012 ao artigo 49, que assegura o direito do consumidor ao arrependimento na contratação eletrônica, pois todos estes deveres anexos nela determinados possibilitam que este direito venha a se efetivar.

Já o artigo 45-E preocupou-se em seu inciso I com a fase pré-contratual, determinando que o consumidor deve ter acesso de forma prévias às condições gerais de contratação, em linguagem acessível e com fácil visualização em sua página. Nos incisos seguintes institui-se que o consumidor deve receber confirmação imediata da aceitação da oferta, bem como uma via do contrato em suporte duradouro, que pode ser o eletrônico, desde que ofereça garantia de fidedignidade, inteligibilidade e conservação do documento, assim como em qualquer outro meio. O disposto nestes incisos é de grande pertinência para a ampliação da confiança e segurança do comércio eletrônico. Martins (2016, p. 229), ao tratar sobre este artigo, tece o

comentário de que “trata-se de importante concretização da boa-fé objetiva, possibilitando ao consumidor arquivar e perenizar os termos do contrato em suporte duradouro”. Ou autor diz ainda ser um importante aspecto do dever de informação, que contribui para um melhor equilíbrio entre as partes.

Ainda sobre o artigo 45-E, Antonia Espíndola Klee (2014) faz a ressalva de que apesar de o legislador ter de forma positiva disposto sobre a obrigação do fornecedor de enviar imediatamente a confirmação de aceitação da oferta, não especificou a forma com que a confirmação deve ser feita. Contudo, de acordo com a autora, entende-se que a confirmação poderá ocorrer por meio de envio de mensagem eletrônica (*e-mail*) ou por mensagem de texto enviada para o celular do consumidor, caso tenha informado este dado ao fornecedor no momento da contratação.

Já o artigo 45-F traz uma proibição quanto à prática de envio de mensagens eletrônicas não solicitadas, conhecidas por *spam*. Martins (2016) esclarece que a comissão mesclou dois sistemas neste dispositivo, o *opt in*, pelo qual “o consumidor deve manifestar previamente sua concordância com o recebimento das mensagens”, em conjunto com o *opt out*, que “só proíbe o envio de e-mails não solicitados no caso de o usuário se manifestar expressamente em sentido contrário”. Esta posição fica marcada em especial no inciso I, o qual dispõe que o *spam* é proibido caso o consumidor não possua relação anterior com o fornecedor e não tenha manifestado consentimento prévio e expresso que autorizasse o envio de tais mensagens, em contraposição com o parágrafo 1º deste mesmo artigo, que diz que caso o consumidor já tenha estabelecido relação de consumo prévia com determinado fornecedor, nesta situação fica permitido o envio de mensagens não solicitadas, desde que o consumidor tenha tido possibilidade de recusá-las.

Apesar de ter sido aberta esta possibilidade de os fornecedores realizarem o envio de mensagens não solicitadas, o consumidor tem assegurado seu direito de deixar de recebê-las, tanto pelo disposto no parágrafo 2º, que determina que os fornecedores devem informar, em cada mensagem enviada, um meio adequado, simples, seguro e eficaz de recusar o recebimento de tais mensagens, quanto pelo disposto no parágrafo 3º, que determina a obrigação do fornecedor de cessar imediatamente o envio de comunicações eletrônicas caso o consumidor se manifeste neste sentido. Martins (2016) expõe que a proibição do spam possui grande importância, caracterizando-se como um avanço em relação ao direito anterior ao reconhecer a abusividade desta forma de publicidade. Contudo, faz a ressalva de que a abertura que a redação concedeu para possibilitar que as empresas se utilizem desta prática

nas situações descritas caracteriza-se como uma flexibilização da regra de proteção ao consumidor, o que gera caso já tenham sido parte de relação de consumo com flexibilização, o que gera justificado receio de enfraquecimento deste dispositivo.

Sobre a proibição do *spam* contida na redação do projeto, Klee (2014) elucida que a vedação se relaciona com a questão dos cadastros feitos por empresas com dados a respeito dos consumidores, como nome, CPF, endereço eletrônico, físico e número de telefone. As empresas utilizam-se destes dados para enviar ofertas não solicitadas aos consumidores, e é prática comum que uma empresa venda à outra os cadastros dos consumidores contendo todos estes dados pessoais. Isto faz com que muitas vezes o consumidor receba uma oferta de um fornecedor com o qual jamais teve contato, o que gera grande insegurança no comércio eletrônico, pois o consumidor não tem como ter conhecimento de como o fornecedor em questão teve acesso a estas informações pessoais.

O parágrafo quarto do artigo 45-F apresenta definição de mensagem eletrônica não solicitada. De acordo com a redação apresentada, “entende-se por mensagem eletrônica não solicitada a relacionada à oferta ou publicidade de produto ou serviço e enviada por correio eletrônico ou meio similar”. O parágrafo quinto deste artigo exprime outras modalidades de mensagens eletrônicas que devem ser vedadas por sua abusividade, como a publicidade oculta ou clandestina, assim como a transferência indevida de dados ou identificadores pessoais.

Quanto ao parágrafo sexto, Klee (2014) expõe que a redação final adotada pelo PLS 218/2012 não respeitou o proposto pelos juristas que redigiram o anteprojeto, pois desconsiderou a responsabilidade solidária entre os participantes de uma mesma cadeia de fornecimento, conforme disposto no Código de Defesa do consumidor em vários artigos (12, 14, 18 e 20), ao definir que caso o consumidor mantenha relação com empresa que integre conglomerado econômico não se aplica as vedações dispostas no caput do artigo 45-F, desde que tenha tido a oportunidade de recusar as mensagens e não esteja inscrito em cadastro de bloqueio de oferta. Ocorre que, conforme a autora, caso a redação do projeto seja aprovada desta forma, será uma exceção à regra de responsabilidade civil solidária entre empresas de um mesmo conglomerado econômico, entendimento já consolidado inclusive na jurisprudência do STJ. Para o consumidor, esta exceção se manifesta como uma expressiva violação aos seus direitos, tendo em vista que muitas vezes o consumidor não tem acesso à informação de quais seriam as empresas que integram um mesmo grupo econômico. Conforme ressalta a autora, o consumidor só estaria seguro caso fosse determinado como obrigação a informação por parte dos fornecedores a qual grupo econômico pertencem,

discriminando as empresas que do mesmo grupo fazem parte, pois somente assim teria condições de recusar o recebimento de mensagens indesejadas tanto da empresa com a qual está contratando, quanto das demais integrantes do conglomerado.

Pelo exposto, depreende-se que foi negativa a alteração por parte do legislador da redação original deste dispositivo, acarretando em um retrocesso aos direitos e garantias do consumidor, o que é vedado. No mesmo sentido, o § 7º possibilita aos fornecedores integrantes do conglomerado econômico que cedam ou transfiram dados a respeito do consumidor entre si, sem a autorização do titular destas informações, o que apresenta grave violação aos direitos do consumidor expressos anteriormente, como o de sigilo e segurança de dados, expresso no art. 6º, XI.

O artigo 45-G impõe limitação aos fornecedores, dispondo que somente poderão exigir do consumidor para a conclusão do contrato informações indispensáveis a este fim. Qualquer informação extra, que seja desnecessária para a contratação, terá caráter facultativo, e o consumidor deve ser informado previamente desta condição. Este artigo se relaciona com a discussão travada no anterior, pois demonstra preocupação com a finalidade pela qual os dados são coletados, não podendo, de acordo com Martins, serem utilizados para fins diversos sem o consentimento expresso do consumidor.

Dando fim à regulamentação a respeito do comércio eletrônico, o artigo 49 e seus parágrafos dispõe a respeito do exercício do direito de arrependimento na contratação a distância. Quanto ao prazo para exercer o direito, o PLS 281/2012 o mantém em 7 dias, da mesma forma como ocorre nas demais hipóteses de contratação à distância. Martins (2016) expõe que este prazo vai na contramão da Diretiva 65/2002 da Comunidade Econômica Europeia, que regulamenta a comercialização à distância de serviços financeiros. Esta diretiva determina o prazo de 14 dias para o arrependimento, o que seria mais benéfico ao consumidor. Conforme a redação do art. 49, contratação a distância é aquela que se efetiva fora do estabelecimento comercial do fornecedor, ou sem sua presença física no momento da contratação, encaixando-se nestes termos a contratação eletrônica. Também é equiparada (parágrafo 3º) a contratação em que, apesar de ocorrida no estabelecimento comercial do fornecedor, não seja possível que o consumidor tenha acesso prévio ao produto ou serviço que deseja contratar. Desta forma, fica ampliada a proteção ao consumidor que buscou contratar por métodos tradicionais, presencialmente, mas que não teve o benefício que se busca com estas contratações, que é a possibilidade de ver, tocar, conhecer melhor aquilo que se deseja obter por meio da contratação.

Caso o consumidor se arrependa no prazo que lhe é concedido, e formalize sua desistência, fica resolvido o contrato, devendo-se devolver o produto adquirido, com todos os acessórios recebidos pelo consumidor e junto à nota fiscal (parágrafo quarto), assim como deve ser devolvido ao fornecedor do crédito acessório o valor que lhe foi entregue diretamente, acrescido de eventuais juros incidentes até a data da efetiva devolução e tributos (parágrafo quinto). Este dispositivo cria para o fornecedor a obrigação de comunicar imediatamente a instituição financeira, administradora de cartões de crédito ou similar a respeito da utilização por parte do consumidor do seu direito de arrependimento (parágrafo sexto), obrigação que caso não seja cumprida, gera a sanção de pagamento em dobro do valor a ser devolvido (parágrafo sétimo). Já art. 49, parágrafo oitavo traz nova determinação quanto ao dever de informar, definindo que o fornecedor deve informar, de forma clara e perceptível, quais são os meios adequados e facilitados disponíveis para o direito de arrependimento, enquanto o parágrafo nono obriga o fornecedor a enviar ao consumidor, imediatamente e de maneira individualizada, uma confirmação do recebimento da manifestação de arrependimento. A emenda nº 32 trouxe uma alteração a este dispositivo, que anteriormente previa ainda que caso o fornecedor descumprisse as obrigações relativas ao direito de arrependimento, poderia ser penalizado por meio de multa civil em valor adequado à gravidade de sua conduta e suficiente para coibir novas violações, sem prejuízo da responsabilização civil, penal e administrativa. É uma alteração muito gravosa ao consumidor, pois mostra-se conivente com as práticas abusivas que ocorrem no mercado.

Ainda sobre o direito de arrependimento, Martins (2016) expõe que

Andou bem o Projeto 281/12 ao não prever o direito de arrependimento em relação ao comércio eletrônico direto, superando a discussão sobre a impossibilidade de o consumidor devolver ao fornecedor o produto ou serviço adquirido. No comércio eletrônico direto, como é o caso da venda de bens intangíveis (softwares, aplicativos, filmes, áudio ou texto), deve ser assegurado o direito de arrependimento, cabendo ao fornecedor o uso de bloqueios anticópias, que perdurariam até o final do prazo dos sete dias. Um exemplo deste tipo de bloqueio é o tipo de tecnologia denominada Gestão de Direitos Digitais, ou, como é mais conhecida em inglês, Digital Rights Management (DRM) (MARTINS, 2016, p. 238-239).

Já quanto ao artigo 49-A, o autor considera que houve um retrocesso em relação à Lei 8078/90, pois o dispositivo determina que o exercício do direito de arrependimento do

consumidor quanto à compra de passagens aéreas poderá ter seu prazo diferenciado, em virtude das peculiaridades do contrato, por norma fundamentada das agências reguladoras. Explica o autor que, tendo em vista a principiologia constitucional do Direito do Consumidor, caso tal norma seja sancionada ocorreria uma violação à Constituição, por atentar contra o princípio da dignidade humana, não sendo aceitável o tratamento diferenciado nos contratos de transporte aéreo.

Finda a seção VII, que regulamenta o comércio eletrônico, o PLS 218/2012 também propõe alterações quanto às sanções, estabelecendo, no art. 56, nova sanção administrativa de suspensão temporária ou proibição de oferta e de comércio eletrônico. Martins (2016) diz ser de grande importância o estabelecimento desta sanção, apesar das demais já previstas no art. 56, incisos VI e VII, que preveem a suspensão de fornecimento de produto ou serviço, e a suspensão temporária de atividade, frente a desterritorialização que ocorre de forma veloz nas relações de consumo via Internet. Faz a ressalva, contudo, de que a efetiva implementação destas medidas pode ser uma dificuldade.

Para este problema, o autor sugere que seja fortalecido o princípio da precaução, para que os riscos de lesão sejam eliminados de forma prévia, o que pode ser feito através da edição de “normas específicas, de natureza administrativa e regulatória, impondo deveres aos agentes econômicos de maior potencial lesivo, o que pressupõe também uma fiscalização eficiente pelo poder público”. Diz o autor que para que as sanções tenham efetividade, faz-se necessária a viabilização de meios técnicos para a efetividade de tal medida.

Para conquistar efetividade da sanção incluída pelo anteprojeto no artigo 56, foi incluída sanção econômica no § 4.º do art. 59, que determina que caso o fornecedor que se utiliza do meio eletrônico descumpra a pena de suspensão determinada, devem os prestadores de serviços financeiros e de pagamento utilizados pelo fornecedor, de forma alternativa ou conjunta, suspender os pagamentos e transferências financeiras para o fornecedor do comércio eletrônico e bloquear suas contas bancárias, através de autorização judicial e a pedido da autoridade administrativa competente ou do Ministério Público, no limite necessário para a garantia da efetividade da sanção de suspensão ou de proibição de oferta e de comércio eletrônico. Klee (2014) esclarece que este tipo de sanção trata-se da chamada regra *follow the money*, que significa “siga o dinheiro”, que determina que para apreender os lucros de atividades fraudulentas e/ou criminosas deve-se seguir o rastro do dinheiro, no caso aqui previsto atuando por meio das empresas prestadoras de serviços financeiros que tenham relação comercial com o fornecedor.

Já o artigo 60-A cria nova multa civil para as situações em que o fornecedor descumpra de forma reiterada os seus deveres relativos à proteção do consumidor, multa que será definida pelo Poder Judiciário, em valor adequado à 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.

O art. 60-B do PLS 281/2012 prevê que a autoridade administrativa poderá instaurar processo administrativo, na área de sua competência, assegurado o contraditório e a ampla defesa, para aplicar, isolada ou cumulativamente, em caso de comprovada infração às normas de defesa do consumidor, diversas medidas corretivas descritas nos incisos, mediante reclamação fundamentada formalizada por consumidor.

No art. 72-A, procura-se incluir um novo tipo penal que criminaliza a utilização, de várias formas descritas, por parte do fornecedor dos dados do consumidor sem a devida anuência. Apesar da clara intenção de ampliar a segurança do consumidor relativamente aos seus dados pessoais, Martins pertinentemente questiona sobre a efetividade da norma projetada, em tempos de direito penal mínimo e em razão do volume e rapidez da troca de dados pessoais na Internet, que fogem ao controle de qualquer órgão público ou privado. Já Antonia Espíndola Longoni Klee (2014) argumenta ter sido negativo o fato de o legislador não ter incluído nesta proibição também a troca de dados entre empresas de um mesmo conglomerado econômico.

Por fim, o projeto de lei traz também disposições a respeito da proteção do consumidor nos contratos internacionais à distância, definindo, no art. 101, que nas ações de responsabilidade contratual ou extracontratual, incluindo-se os contratos à distância nacionais ou internacionais, serão aplicadas uma série de regras benéficas ao consumidor. O inciso I prevê que as demandas que sejam relativas a relações de consumo e nas quais consumidor brasileiro seja réu, o foro competente será o do domicílio do consumidor. Caso o consumidor brasileiro seja autor da demanda, poderá ele escolher entre seu domicílio, o do fornecedor, da celebração ou execução do contrato, ou ainda de outro foro relacionado ao caso (inciso III). O parágrafo 1º diz que são nulas as cláusulas em contrato que determinem o foro ou local de arbitragem, evitando desta forma que a prerrogativa do consumidor de eleição do foro seja afastada. Ainda, foi incluída na redação norma muito positiva ao consumidor, que determina que nas relações de consumo internacionais será aplicada a lei do domicílio do consumidor, ou a lei que for pactuada entre as partes, caso lei externa seja mais benéfica ao consumidor, desde que assegurado seu acesso à justiça.

Contudo, apesar da excelente intenção do legislador, Martins (2016) pondera que

no caso das relações originadas via Internet, os instrumentos do direito tradicional e codificado mostram-se mais uma vez insuficientes, haja vista que se mostra praticamente impossível determinar em qual território foram as mesmas levadas a efeito. Por consequência, torna-se praticamente impossível determinar qual a legislação a ser aplicada aos casos concretos por meio das chamadas normas de conflito vigentes em matéria de Direito Internacional Privado, que levam em consideração primordialmente o espaço geográfico, físico (MARTINS, 2016, p. 244).

O autor explica que a adoção da lei e do foro do domicílio do fornecedor faria com que se desse prevalência a regras de mercado, sem que fosse levado em consideração o direito fundamental do consumidor de se ver tutelado e protegido. Com a edição deste parágrafo primeiro fica sanado o questionamento do autor sobre qual lei seria aplicável, contudo, resta saber se a lei protetiva brasileira seria aceita em âmbito internacional e como se daria esta imposição.

Ainda, o PLS 281/2012, propõe uma alteração no art. 9.º do Dec.-lei 4.657, de 04.09.1942, a chamada Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro, assim como a inclusão dos arts. 9.º-A e 9.º-B a esse diploma legal. Klee (2014) indica que esta sugestão de alteração é fruto do estudo detalhado de Claudia Lima Marques, que trabalha em pesquisas para a elaboração do esboço da Convenção Interamericana de Direito Internacional Privado sobre a Lei Aplicável a Alguns Contratos com Consumidores. Conforme a redação proposta, as obrigações serão regidas pela legislação dos países no qual se constituírem, salvo exceções previstas em lei. Os novos artigos propostos, 9-A e 9-B, tratam de exceções a esta regra.

O art. 9-A dispõe que nas relações privadas entre iguais, entre profissionais, empresários ou comerciantes, poderá ser aplicada a lei escolhida pelos contratantes, mediante acordo expresso entre as partes. Já o art. 9-B trata sobre os contratos internacionais de consumo, definindo que a lei adotada será a do local de celebração do contrato, exceto quando a execução deste contrato se dê no Brasil, caso em que será aplicada a legislação brasileira ou a mais favorável ao consumidor. No mesmo sentido, caso a oferta seja direcionada ao consumidor brasileiro, por meio de envio de e-mails, mensagens comerciais, prêmios, etc., será aplicada a legislação brasileira ou a mais favorável ao consumidor. O artigo regulamenta também a respeito dos contratos de pacotes turísticos, que caso sejam firmados no Brasil, serão regidos pela legislação brasileira, independentemente de o cumprimento do contrato

realizar-se em outro país.

O PLS 281 está tramitando no Senado Federal desde 15/08/2012. Desde então, o projeto original proposto pela Comissão Temporária de Modernização de Código de Defesa do Consumidor já sofreu uma série de mudanças, através de emendas sugeridas pelos senadores, muitas iniciativas louváveis, como as que incluíram a preocupação com o meio ambiente e o desenvolvimento sustentável, assim como outras que visam ampliar o acesso dos consumidores à informação. O Projeto de Lei foi enviado para análise e votação da Câmara dos Deputados, contudo, desde 2015 não ocorreram mais discussões a seu respeito, conforme é possível auferir do *site* do Senado Federal, o que traz incertezas a respeito de quando serão efetivadas as garantias que foram fruto de tão extenso debate.

CONCLUSÃO

Restou clara com a análise feita através do presente trabalho que é uma realidade nas relações de consumo atuais, efetivadas por meio da Internet, a quantidade de riscos a que o consumidor está exposto e a ampliação de sua vulnerabilidade em virtude deste fator, ainda que as novas tecnologias também sejam capazes de proporcionar inúmeros benefícios a quem tem acesso a elas. A sociedade massificada e de consumo fizeram com que os padrões das contratações se alterassem, ganhando força no mercado os contratos de adesão e as cláusulas gerais contratuais, que mitigam a autonomia dos consumidores e enfraquecem a declaração de vontade. Esta mudança na forma de contratar exigiu também uma readequação do Direito Contratual, transformação que foi contextualizada historicamente no primeiro capítulo.

Como forma de dar subsídios para o estudo das relações de consumo no comércio eletrônico, objeto mais específico do presente trabalho, abordou-se também nesta primeira etapa a respeito dos elementos essenciais para a configuração de uma relação jurídica de consumo, abrangendo a conceituação dos sujeitos desta relação. É uma caracterização que se mostra de extrema relevância quando, por exemplo, entra em pauta a discussão sobre as novas formas de contratação proporcionadas pela internet, como as que ocorrem por meio de sites e aplicativos que permitem a contratação entre civis, sem o caráter da profissionalidade essencial à configuração da relação de consumo, mas que, contudo, envolvem um terceiro (empresário) que intervém possibilitando o contato entre estes sujeitos que não teriam como estabelecer um vínculo jurídico entre si sem se utilizar destas plataformas. Este é um exemplo que mostra a complexidade das relações consumeristas no comércio eletrônico, fato que evidencia o quão necessário é que o Direito esteja atento às mudanças sociais para que possa pensar soluções para as difíceis questões que surgem frente a tais inovações, de forma a garantir que os direitos dos vulneráveis sejam assegurados independentemente dos formatos que as relações de consumo assumam.

A necessidade de uma legislação protetiva para tutelar uma das partes das relações de consumo se justifica pela vulnerabilidade que é inerente aos consumidores, por estarem se engajando em uma relação manifestamente desigual, em que os fornecedores possuem o poder político e econômico e o domínio da informação, fato que lhes permite ditar unilateralmente os termos das contratações. Esta vulnerabilidade foi analisada tanto no primeiro capítulo quanto no terceiro, neste tendo sido a análise voltada especificamente para as relações de consumo no comércio eletrônico, que por suas peculiaridades apresenta novos

riscos aos consumidores, principalmente pela falta de informação qualificada, que amplia a vulnerabilidade dos consumidores e gera sentimentos de insegurança e desconfiança.

No segundo capítulo foram abordados aspectos do comércio eletrônico, que possibilitaram a compreensão dos motivos que levam a esta maior insegurança do consumidor, mas também oportunizaram o conhecimento das respostas que o direito vem construindo para os instrumentos eletrônicos pelos quais se efetivam as relações jurídicas pela internet. No que concerne ao comércio eletrônico, foram abordados aspectos dos contratos eletrônicos que são necessários a estes negócios jurídicos, como a questão que diz respeito à validade do documento eletrônico e também sobre a formação dos contratos eletrônicos. Apreendeu-se desta análise que os meios eletrônicos são tão válidos para as relações jurídicas quanto os tradicionais. A questão aqui, portanto, mostra-se muito mais relevante por seu aspecto consumerista, tendo em vista que as discussões civis em geral encontram-se pacificadas. Ainda a respeito do comércio eletrônico, apresentou-se os desafios que se mostram em face da efetivação dos direitos dos consumidores no meio eletrônico, tendo em vista os fenômenos da desmaterialização, despersonalização e desterritorialização dos contratos de consumo, características inerentes à internet e que são também refletidas nas relações jurídicas que dela se utilizam.

Deste contexto, partiu-se para a análise das formas de efetivação dos direitos dos consumidores. Abordou-se a evolução do Direito do Consumidor, desde o seu surgimento como movimento social, até a legislação protetiva que é vigente no Brasil, por meio das garantias constitucionais e do Código de Defesa do Consumidor. A partir da descrição dos meios já conquistados para a proteção dos consumidores, seguiu-se para a análise do Projeto de Lei do Senado nº 281/2012, que visa atualizar a legislação de proteção ao consumidor para que inclua também a regulamentação a respeito deste atual e cada vez mais utilizado método de consumo, que é o comércio eletrônico. Percebeu-se de forma positiva a intenção do legislador e especialmente da comissão temporária criada para a elaboração da minuta do projeto, que se mostraram atentos à realidade e dispostos a repensar o direito de forma a abarcar as novas situações jurídicas que se apresentam frente as transformações sociais.

Além disso, o projeto mostra-se coerente com os princípios do Direito do Consumidor, ao mesmo tempo que pensou em soluções para que não se tornasse rapidamente obsoleta uma regulamentação que versa sobre matéria que é fruto de constante transformação, pois a todo tempo se inventam e se desenvolvem tecnologias que provocam verdadeiras revoluções no cotidiano e nas formas de se relacionar dos sujeitos. O fortalecimento da principiologia

mostra ter um papel essencial na valorização das relações de consumo, de forma a proporcionar a retomada da confiança e segurança nestas relações.

Apesar de já haverem regulamentações no âmbito civil que dão resposta a certas questões que perpassam o comércio eletrônico, como a regulamentação da Internet através da Lei 12.965/2014, e a própria aplicação de dispositivos do Código Civil para regulação das contratações à distância e de elementos formais como a viabilidade de utilização do documento eletrônico, ainda assim permanece a importância de que tal matéria seja incluída no Código de Defesa do Consumidor, por se tratar de uma legislação que é referência aos consumidores, reunindo todas as suas garantias e atingindo assim uma proteção mais ampla e verdadeira, que proteja a confiança do consumidor quando atua no comércio eletrônico.

Contudo, ainda restam dúvidas quanto à viabilidade de se tutelar o consumidor de forma efetiva quando as relações de consumo ultrapassam os limites das fronteiras dos Estados, ultrapassando desta forma também os limites de jurisdição nos quais as leis brasileiras possuem eficácia. A Internet possibilitou aos consumidores que se aventurassem além-mar, mas junto com as possibilidades vieram os riscos e dúvidas para as quais ainda não há respostas definitivas. Parece que frente a globalização, deve haver também um esforço coletivo, mundial, para efetivar a proteção dos consumidores internacionalmente. Enquanto isto não ocorre, o PLS 218/2012 apresenta-se como uma medida de extremo mérito para que os direitos do consumidor brasileiro sejam garantidos nas relações de consumo firmadas por meio eletrônico, assim como nas relações tradicionais.

REFERERÊNCIAS

- AQUINO JÚNIOR, Geraldo Frazão de. **Contratos eletrônicos: A boa fé objetiva e a Autonomia da Vontade**. Curitiba: Juruá, 2012. 180 p
- BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. 544 p.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, 1988.
- BRASIL. **Decreto nº 7.962**, de 15 de março de 2013.
- CANUT, Leticia. **Proteção do Consumidor no Comércio Eletrônico: Uma Questão de Inteligência Coletiva que Ultrapassa o Direito Tradicional**. Curitiba: Juruá, 2007.
- CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Direito do Consumidor**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: contratos - teoria geral e contratos em espécie**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- EBIT. **Relatório Webshoppers**. Edição 37. 2018. Disponível em: <<http://www.ebit.com.br/webshoppers>>. Acesso em: 14 jun. 2018.
- EFING, Antônio Carlos; CAMPOS, Fábio Henrique Fernandez de. A vulnerabilidade **do consumidor em era de ultramodernidade**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, v. 115, n. 27, p.149-168, jan. 2018.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Vol. 1 - Parte Geral**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- LORENZETTI, Ricardo Luis. **Comércio Eletrônico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- KLEE, Antonia Espíndola Longoni. **Comércio Eletrônico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- 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.
- MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O novo regime das Relações Contratuais**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- MARTINS, Guilherme Magalhães. **Contratos eletrônicos de consumo**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2016. 272 p
- MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

OLIVEIRA, Amanda Flávio de. **Economia colaborativa e desafios ao ordenamento jurídico brasileiro: primeiras reflexões**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, v. 115, n. 27, p.479-514, jan. 2018.

PARCHEN, Charles Emmanuel; FREITAS, Cinthia Obladen de Almendra; MEIRELES, Jussara Maria Leal de. **Vício do consentimento através do neuromarketing nos contratos da era digital**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, v. 115, n. 27, p.331-356, jan. 2018.

PASQUALOTO, Adalberto; SOARES, Flaviana Rampazzo. **Consumidor hipervulnerável: análise crítica, substrato axiológico, contornos e abrangência**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, v. 113, n. 26, p.81-109, set/out, 2017.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Direito Empresarial Esquematizado**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito do Consumidor: Direito Material e Processual**. 5. ed. São Paulo: Método, 2016.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil - Teoria Geral Dos Contratos E Contratos Em Espécie – Vol. 3**. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

_____. Lei 8.078, de 11 de Setembro de 1990. **Código de Defesa do Consumidor**. Brasília, DF, 1990.

_____. Lei 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. **Código Civil**. Brasília, DF, 2002.

_____. Lei 12.965, de 23 de Abril de 2014. **Marco Civil da Internet**. Brasília, DF, 2014.

_____. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado PLS 281/2012**. Altera a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), para aperfeiçoar as disposições gerais do Capítulo I do Título I e dispor sobre o comércio eletrônico. Brasília, DF, 2012.