

**CENTRO UNIVERSITÁRIO TABOSA ALMEIDA
ASCES-UNITA
BACHARELADO EM DIREITO**

A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR NO COMÉRCIO ELETRÔNICO

WENDELSS JÚNIOR RODRIGUES DE SOUZA

CARUARU

2016

WENDELSS JÚNIOR RODRIGUES DE SOUZA

A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR NO COMÉRCIO ELETRÔNICO

Trabalho de Conclusão de Curso,
apresentado ao Centro Universitário Tabosa
de Almeida – ASCES/UNITA, como requisito
parcial para a obtenção do grau de bacharel
em Direito, sob orientação do Professor Msc.
Rogério Cannizzaro Almeida

CARUARU

2016

BANCA EXAMINADORA

Aprovada em: ___/___/___

Presidente: Professor Msc. Rogério Cannizzaro Almeida

Primeiro Avaliador: Prof.

Segundo Avaliador: Prof.

DEDICATÓRIA

Aos meus pais, por não medirem esforços para me proporcionar uma boa educação, a minha namorada e futura esposa por me incentivar e conceder força para concluir esse trabalho.

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, Livanete e Valdir Souza, por me ensinarem a acreditar em todos os meus sonhos e por lutarem comigo pela concretização deles, por sempre estarem ao meu lado me auxiliando. Sou muito grata por tudo o que vocês fizeram e fazem por mim.

A minha namorada, Isabela Silva, pelo incentivo e pela compreensão pelos momentos em que eu estive ausente.

A minha família por todo o apoio que me deram.

Aos meus amigos Walkis Stewart, Gabriel Resende e Guilherme Henrique por sempre estarem ao meu lado.

Aos meus professores por todos os ensinamentos que sem sombra de dúvidas transcenderam todos os Códigos, Leis e a Constituição. Todos estarão eternizados em minha memória. Especialmente, o meu orientador, Rogério Cannizzaro, pelo incentivo e toda paciência.

Em suma, a todos que de um modo geral contribuíram para elaboração e finalização desse trabalho.

*“Sonhos determinam o que você quer.
Ação determina o que você conquista.”*

Aldo Novak

RESUMO

O presente trabalho tem como foco principal a análise do tratamento jurídico aplicado as relações de consumo por meio do comércio eletrônico, categoria específica de relação de consumo, que embora não seja recente na sociedade, há pouco interesse de ser analisado do ponto de vista científico e legislativo. No Brasil, o comércio eletrônico cresceu de uma maneira explosiva com o surgimento da internet, esta ferramenta, além de desenvolver as relações sócias, não poderia deixar de interferir nas relações de consumo, facilitando o contato entre o consumidor e o fornecedor, porém, o contato acontece através do fenômeno da virtualidade. O contato virtual do consumidor com o produto e o fornecedor pode aumentar a vulnerabilidade na relação de consumo, pois esse tipo específico de relação sofre com a falta de legislação suficiente para proteger adequadamente o consumidor no meio eletrônico. O trabalho fez uma abordagem acerca da relação jurídica de consumo via comércio eletrônico, ainda foi explanado sobre a interpretação do Código de Defesa do Consumidor, a relação entre as partes e a responsabilidade civil. Também foi abordado especificamente o comércio eletrônico, a fim de compreender o seu cenário no país e o fenômeno do espaço e virtualidade no contrato de comércio eletrônico na relação consumerista. Por fim, trazendo ao trabalho o estudo da vulnerabilidade no âmbito do comércio eletrônico, a exposição da legislação vigente sobre o assunto, a explicação da insuficiência de normas específicas e a necessidade da aprovação do projeto de lei 281 de 2012 para que o consumidor consiga diminuir a posição de vulnerabilidade na relação e atinja objetivos constitucionais. Foi utilizado o método de abordagem dedutivo e o método de procedimento observacional para a elaboração do trabalho, assim como, foi realizado o estudo de pesquisa doutrinária, na internet, artigos científicos, notícias veiculadas pela imprensa e pesquisa jurisprudencial para o andamento e conclusão do trabalho.

PALAVRAS-CHAVES: *e-commerce* – comércio eletrônico – Código de Defesa do Consumidor – vulnerabilidade.

ABSTRACT

This paper is mainly focused on the analysis of the legal treatment applied to consumer relations through e-commerce, specific category of consumer relationship, which despite of not being new in society, there is little interest to be analyzed from a scientific and legislative point of view. In Brazil, e-commerce has grown by an explosive way with the emergence of the Internet, besides developing social relations, this tool could not let to interfere in consumption relationships, facilitating the contact between consumer and supplier, however this contact takes place through the virtual phenomenon. The virtual consumer contact with the product and the supplier may increase vulnerability in the consumption relationship, because this specific type of relationship suffers from a lack of enough legislation to adequately protect the consumer in the electronic space. This paper has made an approach about the legal relationship of consumption through e-commerce, it was still explained the interpretation of the Consumer Protection Code, the relationship between the parties and civil liability. It was also specifically addressed the electronic commerce, in order to comprehend its scenario in the country and the phenomenon of space and virtuality in e-commerce contract in the consumerist relationship. Lastly, bringing to this paper the study of the vulnerability of the scope of e-commerce, the exposure of the current legislation on the subject, the explaining of the lack of specific rules and the need for approval of the 281 bill of 2012 so that consumers can decrease position of vulnerability in the relationship and reach constitutional objectives. The deductive approach and the observational procedure methods were applied for the making of this work, as well as the study of doctrinal research was conducted on the internet, scientific articles, press reports and jurisprudential research for the progress and conclusion of this work ..

KEY-WORDS: e-commerce- Consumer Protection Code-Vulnerability.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	09
2. O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E A RESPONSABILIDADE CIVIL.....	11
2.1 A interpretação do Código de Defesa do Consumidor.....	11
2.2 O conceito de consumidor.....	11
2.3 O conceito de fornecedor.....	14
2.4 A relação jurídica entre consumidor e fornecedor.....	15
2.5 Relação entre produto e prestação de serviço.....	15
2.6 Responsabilidade civil pelo fato do produto ou serviço.....	17
2.7 Responsabilidade civil pelo vício do produto ou serviço.....	21
3. O E-COMERCE, CONTRATOS VIRTUAIS E SUAS PECULIARIDADES.....	23
3.1 Conceito de <i>e-commerce</i> e seu cenário no país.....	23
3.2 O fenômeno do espaço e virtualidade no contrato de comércio eletrônico na relação consumerista	24
3.3 Contratos no comércio eletrônico na relação consumerista.....	26
4. A VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR NO E-COMMERCE.....	30
4.1 Princípio da vulnerabilidade na relação consumerista	30
4.2 Direito de arrependimento do consumidor.....	33
4.3 Regulamentação vigente específica sobre o comércio eletrônico e o Projeto de lei 281/2012.....	36
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS	42
6. REFERÊNCIAS.....	44

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho trata sobre o comércio eletrônico e como se dá a proteção do consumidor no meio eletrônico, explicando como se configura a relação jurídica de consumo, as peculiaridades na contratação do comércio eletrônico, leis gerais e específicas que dispõem do tema e apresentação do projeto de lei 281 de 2012.

O presente tema foi escolhido por tratar-se de assunto que levanta dúvidas, por ser intrigante, é um tema atual nas relações sociais e presente em demandas judiciais. Sendo seu estudo de suma importância, uma vez que há uma lenta evolução na legislação brasileira em dispor sobre a proteção do consumidor no meio eletrônico. Diante da insuficiência de dispositivos legais voltado para esse tipo de relação jurídica de consumo, os deveres e sanções a que são impostos aos fornecedores, se tornam inadequados, considerando, que não se adequam as especificações do comércio eletrônico.

O trabalho propõe aumentar a discussão acerca das relações jurídicas de consumo no âmbito do comércio eletrônico, haja vista a pouca importância com que são tratados pelo mundo jurídico, implicando em um aumento na vulnerabilidade dos consumidores.

O comércio eletrônico ou *e-commerce*, expressão conhecida e adotada pela literatura estrangeira, é uma modalidade comercial que possibilita, por meios eletrônicos, principalmente pela internet, a prestação de serviços, a troca, a compra e a venda de produtos. Tudo ocorre de forma cômoda e prática, sem sair de casa, sem se preocupar com horários e sem enfrentar filas, sendo possível, ainda, fazer uma rápida pesquisa para garantir os melhores preços.

Encantados, os consumidores brasileiros têm optado cada vez mais pelas compras no comércio online. Infelizmente, esta forma de comércio ainda não está devidamente estruturada e regulamentada. Consequência disso são os conflitos entre vendedores e consumidores que vêm crescendo e geram, hoje, além de muitos processos judiciais, grande insegurança jurídica.

Muitos criminosos enxergam no e-commerce uma oportunidade para enganar e fraudar consumidores, principalmente em razão do baixo conhecimento das pessoas quanto às ferramentas de segurança e da falta de proteção específica para esses casos. Além disso, questões tecnológicas trazem imensa incerteza para as empresas e para os usuários da rede mundial de computadores.

Dessa forma, a pesquisa tem como objetivo geral a análise da relação de consumo por meio do comércio eletrônico, tratando sobre as normas vigentes no país sobre o tema. Como objetivo específico a exposição do aumento da vulnerabilidade do consumidor nesse meio e explicar a necessidade da aprovação do projeto de lei 281 de 2012, convidando o leitor a ter uma visão crítica e sistêmica sobre o nosso sistema jurídico no que se refere a este problema de pesquisa.

Assim, a trajetória metodológica para seguir esse caminho foi dividida em três partes, tendo início no primeiro capítulo o qual preocupa-se em conceituar o consumidor e o fornecedor na relação consumerista, a análise da interpretação adequada ao Código de Defesa do Consumidor e da relação jurídica entre as partes, assim como a explanação acerca da responsabilidade civil dos fornecedores sobre produtos e prestação de serviço.

No segundo capítulo, uma reflexão é feita acerca da conceituação do comércio eletrônico, contratos virtuais e as especificidades neste tipo de contratação. Dissertar sobre o cenário no comércio eletrônico no país. Analisar o fenômeno do espaço e da virtualidade no contrato de comércio eletrônico na relação consumerista e expor os tipos de contratos efetuados no comércio eletrônico na relação jurídica de consumo.

Finalmente, no terceiro capítulo, é feito um estudo acerca da vulnerabilidade na relação de consumo por meio de contratos eletrônicos, sobre o direito de arrependimento do consumidor, expor a legislação vigente no país sobre o comércio eletrônico e explicar a sua insuficiência para a devida proteção do consumidor, e por fim, tratar sobre o projeto de lei 281 de 2012, apontando as inovações e a necessidade da sua aprovação para dar uma segurança jurídica maior para esse tipo de consumidor.

Para a trajetória metodológica, foram utilizados os métodos de abordagem dedutivo e o método de procedimento observacional para a elaboração do trabalho, ainda, a realização de estudo de pesquisa doutrinária, artigos científicos, notícias veiculadas pela imprensa e pesquisa jurisprudencial para o andamento e conclusão do trabalho.

2 O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E A RESPONSABILIDADE CIVIL

2.1 A interpretação do Código de Defesa do Consumidor

Antes que seja aprofundado o estudo do CDC, se faz necessário compreender que tal código possui autonomia, sendo um subsistema vigente no ordenamento jurídico brasileiro. (NUNES, 2012, p. 113)

Não será possível compreender a legislação consumerista se não tiver em mente que ela é um subsistema que prevalece sobre os demais, com uma exceção que é a própria Constituição Federal, sendo possível que outras normas jurídicas de hierarquia inferior sejam aplicadas em uma relação de consumo de forma complementar e supletiva. (NUNES, 2012, p. 113)

Por se tratar de uma lei principiológica, o CDC atinge toda e qualquer relação jurídica que possa ser caracterizada como de consumo, ou seja, mesmo que uma relação jurídica seja regulada, por exemplo, pelo Código Civil, ao adquirir *status* de relação de consumo, o CDC passa a tangenciar essa relação jurídica de tal maneira que qualquer ponto em que as normas colidirem, o CDC será aplicado e a outra norma perderá eficácia por tornar-se nula de pleno direito. (NUNES, 2012, p. 114)

Está configurada uma relação jurídica de consumo quando é possível identificar em um dos polos da relação um consumidor e no outro um fornecedor, que transacionam de maneira eventual ou rotineira produtos e/ou prestam serviços. (NUNES, 2012, p. 120)

Se faz necessário, então, entender o conceito de fornecedor, consumidor, produtos e serviços a luz do CDC, assim como as responsabilidades nesta relação jurídica.

2.2 O conceito de consumidor

O conceito de consumidor está basicamente exposto no CDC em seu art. 2º, caput e seu parágrafo único, sendo complementado pelos artigos 17 e 29.

A interpretação gramatical do art. 2º (“Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.”) Não é capaz de abranger os problemas que surgem, decorrendo da leitura do artigo, o consumidor pode ser uma pessoa natural ou jurídica, e não havendo distinção no texto

da lei, trata-se de qualquer forma de pessoa jurídica, quer seja uma multinacional ou microempresa ou associação, etc (NUNES, 2012, p. 121)

A lei utiliza os verbos adquirir e utilizar, deve-se interpretar o verbo adquirir no sentido de obter, seja a título gratuito ou oneroso, já quanto ao verbo utilizar não é necessário que o indivíduo tenha adquirido o produto ou serviço, basta ser utilizado por ele, como por exemplo, uma pessoa que compra bebidas para uma festa e os convidados ao beberem serão considerados consumidores, assim como a pessoa que comprou os produtos. (NUNES, 2012, p. 122)

A norma fala em “destinatário final”, ou seja, é evidente que se uma pessoa física ou jurídica, adquire produto como intermediário num ciclo de produção, esta não será considerada consumidor e sim como fornecedor como será tratado adiante. (NUNES, 2012, p. 122)

O parágrafo único do art. 2º amplia a definição do *caput*, equiparando a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo, ou seja, estender os mesmos direitos, que o CDC garante aos consumidores, a coletividade de pessoas que possam ter, de alguma maneira, seus direitos afetados em uma relação de consumo. Deste modo, a regra do parágrafo único do art. 2º, permite o enquadramento de universalidade ou conjunto de pessoas, mesmo que não se constituam em pessoa jurídica. (NUNES, 2012, p. 133)

O artigo 17 do CDC, trata das vítimas do evento, que são equiparadas ao consumidor quando sofrem acidente de consumo, mesmo que não seja consumidora direta, mas foram atingidas pelo evento danoso. Este artigo trata da responsabilidade objetiva, pelo fato do produto ou do serviço causador do acidente de consumo. (NUNES, 2012, p. 133)

O capítulo V do CDC dispõe das práticas comerciais. O legislador inseriu no art. 29 a equiparação de todas as pessoas, mesmo que não puderem ser identificadas, que estão expostas às práticas comerciais, como consumidores. (NUNES, 2012, p. 133)

Não se trata de uma equiparação eventual a consumidor das pessoas que foram expostas as práticas, é mais do que isso, é que uma vez existindo qualquer pratica comercial, toda a coletividade de pessoas já está exposta a ela, ainda que não se possa identificar um consumidor real que pretenda insurgir contra tal pratica. (NUNES, 2012, p. 133)

Portanto, trata-se praticamente de uma espécie de conceito difuso de consumidor, tendo em vista que todas as pessoas são consumidoras por estarem potencialmente expostas a toda e qualquer prática comercial. Com isso, pode-se dizer que a completa definição de consumidor começa no *caput* do art. 2º, passa pelo parágrafo único, segue para o art. 17 e termina no art.29.

Como forma de complementar a conceituação de consumidor, é interessante a explanação sobre os direitos básicos do consumidor, como determina o artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor.

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

I – a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos;

II – a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações;

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

IV – a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços;

V – a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas;

VI – a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;

VII – o acesso aos órgãos judiciários e administrativos com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção jurídica, administrativa e técnica aos necessitados;

VIII – a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;(…)

(…) X – a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral.

Assim sendo, nas relações jurídicas de consumo, devem ser observados esses direitos estabelecidos pelo CDC. E deve-se interpretá-los como sendo o mínimo de direitos que o consumidor possui nas relações jurídicas de consumo.

2.3 O conceito de fornecedor

O conceito está disposto no artigo 3º do CDC:

Art. 3. Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestações de serviços.

A simples leitura do *caput* do artigo já é bastante claro e é capaz de dar um panorama do número de pessoas classificadas como fornecedoras.

Não há exclusão alguma quanto ao tipo de pessoa, como o próprio artigo diz: “fornecedor é toda pessoa física ou jurídica...”, já que o CDC busca atingir todo e qualquer modelo, não excluindo, inclusive os entes desprovidos de personalidade. Assim sendo, como no caso do consumidor, o fornecedor será qualquer pessoa jurídica, independente de condição ou personalidade. (NUNES, 2015, p. 133 e 135)

O CDC ao equiparar a fornecedor entes despersonalizados, obriga estes entes, como por exemplo, a massa falida, as mesmas responsabilidades que teria se não a pessoa jurídica não tivesse falido, é possível também enquadrar as pessoas jurídicas de fato, já que estes não possuem personalidade que seria adquirida com o registro no órgão competente. (NUNES, 2015, p. 136)

A pessoa física também pode ser configurada como fornecedora, basta que esta desenvolva atividade eventual ou rotineira de venda de produtos ou prestação de serviço.

Quando a pessoa física desenvolve atividade eventual ou rotineira de venda de produtos, esta pode ser enquadrada como ente despersonalizado, mas em um caso prático isso não interessa, pois o que importa é que em ambos os casos são concretizados a figura do fornecedor. A pessoa física pode desenvolver atividade de prestação de serviço, como por exemplo, o electricista, o encanador, etc. (NUNES, 2015, p. 136 e 137)

O legislador, ao elaborar o CDC, tomou precauções quando determinou que é caracterizado como fornecedor, obteve êxito na definição, pois elencou os fornecedores de uma forma que estes não fujam de suas responsabilidades e obrigações na relação jurídica de consumo.

2.4 A relação jurídica entre consumidor e fornecedor

Em uma relação jurídica entre duas pessoas, deve ser observado se estão presentes os requisitos para a caracterização, ou não, de uma relação jurídica de consumo, para saber qual o dispositivo legal irá ser aplicado no caso.

No conceito exposto pelo CDC a respeito do fornecedor, está disposto que este deve desenvolver uma atividade, que está ligado ao sentido tradicional, ou seja atividade típica e habitual. Assim sendo, deve ser observado se a atividade praticada é típica ou habitual para que o CDC seja aplicado. (NUNES, 2015, p. 133)

É necessário ter cuidado ao analisar uma relação jurídica entre um comprador e um vendedor, pois nem sempre esta relação será de consumo. Isso porque será possível uma relação jurídica entre duas pessoas, onde uma está vendendo um produto e outra está comprando e esta relação jurídica pode não ser disciplinada pelo CDC, ainda que esta venda seja feita por um comerciante, como por exemplo, uma loja de roupa que vende seu computador para comprar um novo, esta loja não é considerada fornecedora nesse caso, pois, a falta de caráter de atividade regular ou eventual descaracteriza a relação de consumo e esta relação jurídica deve ser regulada pela legislação comum civil. O mesmo se dá quando uma pessoa física vende seu carro usado, por falta da figura do fornecedor, não há relação de consumo. (NUNES, 2015, p. 134). Ou seja, o CDC disciplinará as relações jurídicas de consumo, sempre que em um dos polos estiver a figura do consumidor em um dos polos da relação e o fornecedor no outro polo.

2.5 Relação entre produto e prestação de serviço

O CDC definiu o conceito de produto no seu §1º do artigo 3º, que dispõe “Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial. ”, este conceito de produto é universal e está estreitamente ligado a ideia do bem, resultado da produção no mercado de consumo. A utilização dos termos móvel e imóvel advêm do Direito Civil, e ao ser introduzido no CDC o sentido permaneceu o mesmo (NUNES, 2015, p. 138), e o Código Civil de 2002 trata a matéria nos artigos 79 a 84, mas conceitua os bens imóveis e moveis, respectivamente nos artigos 79 e 82, da seguinte forma:

Art. 79. São bens imóveis o solo e tudo quanto se lhe incorporar natural ou artificialmente.

Art. 82. São móveis os bens suscetíveis de movimento próprio, ou de remoção por força alheia, sem alteração da substância ou da destinação econômico-social.

No que diz respeito a materialidade do produto, o CDC definiu que pode ser material ou imaterial, isso porque a finalidade desta definição era abranger um número máximo de relações jurídicas para que fosse garantido uma segurança maior ao consumidor. Embora seja difícil a visualização de um produto imaterial, tem-se, por exemplo, as atividades bancárias (mútuo, aplicações, caução de título, etc.) onde o termo “produto” é utilizado e se encaixam como bens imateriais. (NUNES, 2015, p. 139)

Embora não esteja encaixado no conceito de produto do §1º do art. 3º do CDC, a distinção entre os produtos duráveis e não duráveis se faz necessário, pois tais termos são utilizados no artigo 26 e 27 do CDC, ao tratar, respectivamente, da decadência e da prescrição.

Produto durável é aquele que não se extingue com o uso, leva tempo para se desgastar e deve ser utilizado muitas vezes, vale salientar que qualquer produto durável acabe, com o tempo e perca sua função tendo em vista que nenhum produto é eterno. Em casos de desgaste natural do produto não há do que falar em vício do produto, não há proteção legal contra o desgaste, salvo se o fabricante tenha assumido certo prazo de funcionamento. (NUNES, 2015, p. 139).

Por sua vez, produto não durável é aquele que acaba com o seu uso, ou pelo menos, vai se extinguindo com o uso, como por exemplo, os cosméticos e alimentos. O Fato do produto não se extinguir de uma só vez não lhe tira a condição de não durável, o que caracteriza essa condição é que sua extinção é feita enquanto é utilizada. (NUNES, 2015, p. 141).

O CDC define em seu §2º do artigo 3º o conceito de serviço, que dispõe: “Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista. ”

E assim como o conceito de produto, buscou apresenta-lo da maneira mais completa possível, desse modo, o que o §2 do artigo 3º quer dizer é que o serviço é qualquer atividade fornecida, ou prestada, no mercado de consumo. (NUNES, 2015, p. 142).

É verdade que não se vende um produto sem a prestação de um serviço, e este passou a ter uma importância significativa no mercado. Por exemplo, os profissionais da área de *marketing* dão prevalência ao aspecto do atendimento ao consumidor no que diz respeito a oferta de produtos e serviços, observa-se então uma prestação de serviço no atendimento ao consumidor. Porém o inverso não ocorre, pois pode-se ter uma prestação de serviço sem estar relacionado a um produto, como por exemplo a relação do médico com o paciente, onde a consulta médica é apenas uma prestação de serviço. (NUNES, 2015, p. 148).

É explícita, a intenção do legislador, em buscar dar um conceito amplo para o produto e o serviço, para que não restrinja ou limite o que pode ser considerado uma relação de consumo e alcance todas as situações fáticas que ocorram na sociedade.

2.6 Responsabilidade civil pelo fato do produto ou serviço

A falha na segurança dos produtos ou serviços fornecidos gera uma responsabilização do fornecedor pelos danos causados ao consumidos, trata-se, portanto, dos acidentes de consumo, previstos nos artigos 12 a 17 do CDC.

O artigo 12 dispõe sobre o conceito de produto defeituoso e a responsabilidade decorrente desses produtos:

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

§ 1º O produto é defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:

I - sua apresentação;

II - o uso e os riscos que razoavelmente dele se esperam;

III - a época em que foi colocado em circulação.

§ 2º O produto não é considerado defeituoso pelo fato de outro de melhor qualidade ter sido colocado no mercado.

Ao analisar o artigo, fica claro que o legislador adotou a responsabilidade civil objetiva, como regra, nas relações de consumo. Tal adoção é compreensível diante da relação de hipossuficiência do consumidor e o fato de que o fornecedor, muitas vezes, exerce atividade de risco. Mesmo que o fornecedor não exerça atividade

perigosa, as relações de consumo serão tangenciadas pela aplicação das normas de responsabilidade sem culpa. (GAGLIANO E PAMPLONA FILHO, 2015, p. 333)

O Código de Defesa do Consumidor destacou a responsabilidade do comerciante no artigo 13, conferindo a natureza jurídica subsidiária, em face dos agentes referidos no artigo anterior:

Art. 13. O comerciante é igualmente responsável, nos termos do artigo anterior, quando:

I - o fabricante, o construtor, o produtor ou o importador não puderem ser identificados;

II - o produto for fornecido sem identificação clara do seu fabricante, produtor, construtor ou importador;

III - não conservar adequadamente os produtos perecíveis.

Parágrafo único. Aquele que efetivar o pagamento ao prejudicado poderá exercer o direito de regresso contra os demais responsáveis, segundo sua participação na causação do evento danoso.

Note-se, portanto, que em um caso concreto, um comerciante que vende produto defeituoso, causador de acidente, não é em primeiro plano, responsável pela reparação do dano, uma vez que a lei impõe tal obrigação se: a) o fabricante, o construtor, o produtor ou o importador não puderem ser identificados; b) o produto for fornecido sem identificação clara do seu fabricante, produtor, construtor ou importador; c) não conservar adequadamente os produtos perecíveis. (GAGLIANO E PAMPLONA FILHO, 2015, p.335).

Logo, a responsabilização do comerciante é subsidiária a do fabricante, construtor, produtor ou importador, uma vez que o comerciante não participa da produção do produto, porém, se este não der uma boa condição para o consumidor identificar quem são os produtores do produto ou não conservar o produto adequadamente em seu comércio, o comerciante será responsabilizado, obtendo legitimidade passiva.

Deve-se, ainda, considerar as causas excludentes de responsabilidade civil dos fornecedores de produtos defeituosos, que estão previstas no § 3º do artigo 12 do CDC:

§ 3º O fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar:

I - que não colocou o produto no mercado;

II - que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste;

III - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

Ao analisar os incisos do artigo, nota-se que: I- se o fornecedor demonstrar que não inseriu o produto no mercado não há nexos causal, e a obrigação de indenizar desaparece pela ausência de um agente imputável; II- que, embora o fornecedor tenha colocado o produto no mercado, o defeito inexistente; III- nesse caso o fornecedor assume que colocou o produto, o produto tem vício, mas há uma quebra do nexo causal devido a atuação da vítima (consumidor) ou de terceiro (que não fez parte da relação de consumo). (GAGLIANO E PAMPLONA FILHO, 2015, p.337).

Observe-se que a lei não elencou em seu rol de excludentes de responsabilidade civil o caso fortuito e a força maior, mas por razões lógicas, tais casos, ao atingirem o nexo causal, devem ser alegadas pelo fornecedor, não sustentando a tese de inadmissibilidade da alegação do fornecedor pelo fato de não estarem dispostos na legislação. (GAGLIANO E PAMPLONA FILHO, 2015, p.338).

Por sua vez, o artigo 14 do CDC regula a responsabilidade civil pelo fato danoso decorrente do serviço defeituoso, nos seguintes termos:

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

§ 1º O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:

I - o modo de seu fornecimento;

II - o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam;

III - a época em que foi fornecido.

§ 2º O serviço não é considerado defeituoso pela adoção de novas técnicas.

§ 3º O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar:

I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexistente;

II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

Nota-se, que a responsabilidade pelo acidente de consumo decorrente da prestação de um serviço defeituoso tem regulamentação semelhante a responsabilidade pelo fato do produto defeituoso, uma vez que o CDC, admitiu a responsabilidade civil objetiva. (GAGLIANO E PAMPLONA FILHO, 2015, p.341).

As mesmas considerações feitas para o produto defeituoso causador de acidente de consumo se aplica aos prestadores de serviço, com a exceção dos profissionais liberais.

A figura do profissional liberal como prestador de serviço, que detêm uma peculiaridade exclusiva, que está disposto no § 4º do artigo 14 do CDC: “a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a

verificação de culpa” (NUNES, 2015, p. 136). O problema instigante diz respeito à inteligência do parágrafo único do artigo 927 do Código Civil, que considera objetiva a atividade exercida pelos empreendedores de atividade de risco. Porém, devido ao fato do CDC ser considerado lei especial, em uma hierarquia de normas jurídicas, é superior ao Código Civil, por ser legislação comum, assim sendo, a responsabilidade civil dos profissionais liberais será apurada mediante culpa, continua sua natureza subjetiva. (GAGLIANO E PAMPLONA FILHO, 2015, p. 342)

Sobre o tema, vale adicionar jurisprudência que deixa claro a natureza subjetiva desse tipo de responsabilidade civil, como os transcritos a seguir:

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. CIVIL E CONSUMIDOR. ERRO MÉDICO. RESPONSABILIDADE DOS MÉDICOS CIRURGIÃO E ANESTESISTA. CULPA DE PROFISSIONAL LIBERAL (CDC, ART. 14, § 4º). RESPONSABILIDADE PESSOAL E SUBJETIVA. PREDOMINÂNCIA DA AUTONOMIA DO ANESTESISTA, DURANTE A CIRURGIA. SOLIDARIEDADE E RESPONSABILIDADE OBJETIVA AFASTADAS. (...)3. A divergência cinge-se ao reconhecimento, ou afastamento, da responsabilidade solidária e objetiva (CDC, art. 14, caput) do médico-cirurgião, chefe da equipe que realiza o ato cirúrgico, por danos causados ao paciente em decorrência de erro médico cometido exclusivamente pelo médico-anestesista. 4. Na Medicina moderna a operação cirúrgica não pode ser compreendida apenas em seu aspecto unitário, pois frequentemente nela interferem múltiplas especialidades médicas. Nesse contexto, normalmente só caberá a responsabilização solidária e objetiva do cirurgião-chefe da equipe médica quando o causador do dano for profissional que atue sob predominante subordinação àquele. 5. No caso de médico anestesiologista, em razão de sua capacitação especializada e de suas funções específicas durante a cirurgia, age com acentuada autonomia, segundo técnicas médico-científicas que domina e suas convicções e decisões pessoais, assumindo, assim, responsabilidades próprias, segregadas, dentro da equipe médica. Destarte, se o dano ao paciente advém, comprovadamente, de ato praticado pelo anestesiologista, no exercício de seu mister, este responde individualmente pelo evento. 6. O Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 14, caput, prevê a responsabilidade objetiva aos fornecedores de serviço pelos danos causados ao consumidor em virtude de defeitos na prestação do serviço ou nas informações prestadas - fato do serviço. Todavia, no § 4º do mesmo artigo, excepciona a regra, consagrando a responsabilidade subjetiva dos profissionais liberais. Não há, assim, solidariedade decorrente de responsabilidade objetiva, entre o cirurgião-chefe e o anestesiologista, por erro médico deste último durante a cirurgia. 7. No caso vertente, com base na análise do contexto fático-probatório dos autos, o colendo Tribunal de Justiça afastou a culpa do médico-cirurgião - chefe da equipe -, reconhecendo a culpa exclusiva, com base em imperícia, do anestesiologista. 8. Embargos de divergência da Clínica não conhecidos. 9. Embargos de divergência do médico cirurgião conhecidos e providos. (STJ – E REsp: 605435 RJ 2011/0041422-0, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 14/09/2011, S2 - SEGUNDA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 28/11/2012)

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. PROFISSIONAL LIBERAL. APURAÇÃO DA CULPA. NEGLIGÊNCIA, IMPRUDÊNCIA OU IMPERÍCIA. NÃO COMPROVAÇÃO. SENTENÇA MANTIDA. 1. A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a

verificação de culpa, o que não restou comprovada no processo. 2. Recurso Desprovido. (TJ-RR - AC: 0010061462999, Relator: Des. ELAINE CRISTINA BIANCHI, Data de Publicação: DJe 25/03/2014)

RESPONSABILIDADE CIVIL. TRATAMENTO ODONTOLÓGICO. PRÓTESES DENTÁRIAS. SERVIÇO DEFEITUOSO COMPROVADO. RESCISÃO CONTRATUAL. PROFISSIONAL LIBERAL. CULPA DEMONSTRADA. DANO MORAL CONFIGURADO. A responsabilidade do odontólogo é subjetiva, fazendo-se necessária a comprovação do agir culposo do profissional, como determina o artigo 14, § 4º, do Código de Defesa do Consumidor. Hipótese na qual restou demonstrada a negligência do dentista que, ao implantar as próteses provisórias, causou à requerente qualidade dentária inferior à anterior, que teve dificuldades para se alimentar adequadamente, sofreu constante quebra dos dentes, além de ficar insatisfeita com o resultado estético (falta de sincronia da linha média da face com o centro dos dentes, tamanho destes e projeção).. RECONVENÇÃO. EXERCÍCIO REGULAR DE UM DIREITO. IMPROCEDÊNCIA. APELAÇÃO DO RÉU DESPROVIDA. RECONVENÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE. RECURSO ADESIVO DA AUTORA PARCIALMENTE PROVIDO. (Apelação Cível Nº 70052460839, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Túlio de Oliveira Martins, Julgado em 07/02/2013). (TJ-RS - AC: 70052460839 RS, Relator: Túlio de Oliveira Martins, Data de Julgamento: 07/02/2013, Décima Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 21/03/2013)

Ao analisar os motivos do legislador em adotar a responsabilização objetiva do fornecedor, não resta dúvidas que foi pelo fato da hipossuficiência e a vulnerabilidade do consumidor na relação jurídica entre um fornecedor, porém, existem relações de consumo na qual a hipossuficiência e a vulnerabilidade não se evidenciam, devido a igualdade das condições dos polos da relação jurídica, daí a necessidade da exceção da responsabilidade subjetiva para os profissionais liberais.

2.7 Responsabilidade civil pelo vício do produto ou serviço

Inicialmente, deve-se notar que ao tratar do tema, o CDC não se preocupa com o vício causador de acidente, mas sim com o vício que interfere na qualidade ou economicidade do produto ou serviço. (GAGLIANO E PAMPLONA FILHO, 2015, p. 344).

O artigo 18 do CDC cuida dos produtos defeituosos, nos seguintes termos:

Art. 18. Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com a indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas.

O dispositivo legal consagrou uma nova classificação de bens não foi utilizada pelo código civil, ainda conferiu ao consumidor o direito de não apenas solicitar a reparação devida, mas também de exigir a substituição da parte viciada, ainda consagrou a responsabilidade objetiva e solidaria dos fornecedores dos produtos, o que facilita a defesa do consumidor. (GAGLIANO E PAMPLONA FILHO, 2015, p. 345).

No mesmo artigo, em sequência, o código estabelece que, caso o consumidor reclame a reparação do vício e este não foi sanado em trinta dias, o consumidor poderá exigir alternativamente: a) a substituição do produto por outro da mesma espécie, em perfeitas condições de uso; b) a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos; c) o abatimento proporcional do preço. Ou seja, o CDC abriu a possibilidade para o consumidor exigir uma tutela jurídica específica, obrigando o fornecedor a substituir o produto, em perfeitas condições de uso. (GAGLIANO E PAMPLONA FILHO, 2015, p. 345).

O artigo 20 do CDC, trata da responsabilidade civil decorrente da prestação de serviço defeituoso e o seu regramento assemelha-se ao anterior, com as devidas adaptações, onde neste caso o consumidor tem, a seu critério, possui três alternativas: a) a reexecução dos serviços, sem custo adicional e quando cabível; b) a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo a eventuais perdas e danos; c) o abatimento proporcional do preço.

Esta breve explanação sobre o Código de Defesa do Consumidor e a responsabilidade civil que envolve a relação jurídica de consumo, serve para destrinchar os fenômenos ocorrentes nesta relação, para que seja compreendido quem e quais são aqueles que se obrigam numa relação jurídica de consumo.

Visto isso, pode-se adentrar em um tópico mais complexo, onde a hipossuficiência e a vulnerabilidade do consumidor está mais aflorada, que é a relação jurídica virtual de consumo, que detém peculiaridades e serão expostas no capítulo a seguir.

3 E-COMMERCE, CONTRATOS VIRTUAIS E SUAS PECULIARIDADES

3.1 O conceito de *e-commerce* e seu cenário no país

Desde que os brasileiros tiveram acesso à internet, a partir da segunda metade da década de 90, esta é responsável por mudanças nas relações humanas, uma vez que esta ferramenta se popularizou. Ao longo desse tempo ela não parou de inovar e atualmente alcança todas as parcelas da sociedade, trazendo maior comodidade em relação ao consumo, o qual se torna cada vez mais fácil e abrangente. (SILVA, 2011). Sua chegada ao país proporcionou o surgimento de um novo mercado, o comércio eletrônico ou *e-commerce*. Sobre o tema, Rogério Montai de Lima assim o conceitua:

Por comércio eletrônico entendem-se todas as relações negociais que são realizadas tendo como instrumento o computador. Tais relações podem se dar via fac-símile, telefone ou vídeo-fone; correio eletrônico; interação de uma pessoa com um banco de dados programado para receber pedidos de compra; ou interação de dois computadores programados para contratarem sem interferência humana. Em sentido lato, considera-se comércio eletrônico como todas as transações comerciais efetuadas eletronicamente, com o objetivo de melhorar a eficiência e a efetividade do mercado e dos processos comerciais. Este processo engloba a venda à distância e a venda realizada por máquinas. (LIMA, 2008, p. 58).

Já segundo Claudia Lima Marques, ainda sobre a definição:

É o comércio entre fornecedores e consumidores realizado através de contratações a distância que são conduzidas por meios eletrônicos (*e-mails*, etc.), por internet (*on line*) ou por meio de telecomunicação de massa (*telemarketing*, TV a cabo, etc.) sem a presença física simultânea dos dois contratantes do mesmo lugar (e sim a distância).

Logo, entende-se por *e-commerce*, a interação do consumidor com o fornecedor por meio de equipamento eletrônico, que facilita o contato entre as partes da relação negocial.

De 2001 a 2015, o faturamento do setor apresentou crescimento acelerado. A tendência é que o mercado continue se ampliando. Ao longo de 2015, foram realizadas compras virtuais por 39,1 milhões de consumidores. Totalizando 106,2

milhões de pedidos. (SERVIÇO BRASILEIRO DE APOIO ÀS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS, 2016)

De acordo com a E-bit, empresa especializada em informações do comércio eletrônico, o setor movimentou R\$ 28,8 bilhões em 2013 e R\$ 35,8 bilhões em 2014, aumento de 24% em relação ao ano anterior. Em 2015, chegou a R\$ 41,3 bilhões, crescimento nominal de 15,3%, se comparado a 2014. É estimado que o comércio eletrônico prospere ainda mais em 2016, com aumento de 8% no faturamento, atingindo um total de R\$ 44,6 bilhões. (SERVIÇO BRASILEIRO DE APOIO ÀS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS, 2016)

Diante deste cenário de ampliação das relações de consumo, acarretado pelo surgimento do *e-commerce*, com esse novo mercado que surgiu se faz necessário a criação de dispositivos jurídicos a fim de regulamentar e pacificar os conflitos peculiares dessa relação jurídica.

3.2 O fenômeno do espaço e virtualidade no contrato de comércio eletrônico na relação consumerista.

Como já demonstrado, é de grande destaque o aumento no número de contratos eletrônicos realizados no país nos últimos anos, e a expectativa é de crescimento. A contratação a distância induz novos elementos, um deles é o espaço, como um fator que aumenta a vulnerabilidade do consumidor, devido ao fato do aumento da despersonalização do contrato, outro elemento é a virtualidade, pois o imaterial deixa de ser apenas as condutas de boa-fé e o dever prestacional de informação, cooperação e cuidado, passando a ser também o próprio contrato, na linguagem virtual e os vícios. (MARQUES, 2011, p. 313)

Existe uma dificuldade em abarcar este complexo fenômeno do comércio eletrônico, pois o meio eletrônico é apenas um meio novo para a contratação a distância entre o consumidor e o fornecedor, havia uma dificuldade em identificar o suficientemente novo nessa contratação, devido a experiência os outros contratos a distância, como por exemplo, os televisivos e os de catálogo. Pode-se constatar a dificuldade em diferenciar estes contratos do *e-commerce* dos fenômenos de massa contratual, uma vez que o contrato eletrônico também é típico da sociedade pós-moderna. (MARQUES, 2011, p. 314)

Com base na doutrina italiana, estes contratos são “desumanizados” e “sem acordo”, pois seria um contrato em que o fornecedor não apareceria fisicamente ou territorialmente, pois alguns fornecedores globais são redes de distribuição sem sede fixa. (MARQUES, 2011, p. 315)

Ainda com base na doutrina italiana, os contratos eletrônicos de consumo seriam apenas um subtipo dos contratos automatizados, contratos realizados diretamente com o computador ou com máquinas de resposta (como o telefone, por exemplo) conduzidos sem diálogo, pela conduta de apertar um botão. É certo que no contrato há acordo de vontade, mesmo que de adesão, logo, há contrato, mesmo que elaborado unilateralmente, o contrato aparenta ser o mesmo de sempre, porém o método e o meio de contratação é novo, fruto da sociedade pós-moderna (MARQUES, 2011, p.115)

Neste sentido, o novo é a soma dos métodos pós-modernos de contratação. É o fato da renovação da obrigação de dar, os contratos eletrônicos envolvem obrigações de dar e não duram no tempo, ou seja, contratos de prestação imediata e pagamento único. (MARQUES, 2011, p.115)

A utilização do meio eletrônico é a diferença substancial para os outros tipos de contrato, assim, ao entrar no mundo virtual dos *sites*, o caminho é repleto de linguagens, e um simples toque no teclado significa a aceitação, um simples continuar no *site*, em silêncio, pode significar um determinado tipo de contratação ou declaração, positiva ou negativa da vontade do consumidor. (MARQUES, 2011, p.116)

Se faz necessário destacar, ainda como novo e específico, que o meio eletrônico utilizado na contratação ou negociação virtual, também modifica os conceitos de tempo real e de território, impondo o tempo virtual, a rede global como local do contrato, em contrato já denominado de desterritorializado internacional ou nacional, não conforme o lugar da conclusão do negócio (MARQUES, 2011, p.116), como dispõe o artigo 9º do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942.

Art. 9º Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem.

§ 1º Destinando-se a obrigação a ser executada no Brasil e dependendo de forma essencial, será esta observada, admitidas as peculiaridades da lei estrangeira quanto aos requisitos extrínsecos do ato.

§ 2º A obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente.

Pois, as ofertas nos *sites* são globais em rede e não encontram mais limites territoriais e nacionais.

3.3 Contratos no comércio eletrônico na relação consumerista.

Segundo o posicionamento doutrinário de Erica Brandini Barbagalo, pode-se conceituar os contratos eletrônicos como:

(...) definimos como contratos eletrônicos os acordos entre duas ou mais pessoas para, entre si, constituírem, modificarem ou extinguirem um vínculo jurídico, de natureza patrimonial, expressando suas respectivas declarações de vontade por computadores interligados entre si. (BARBAGALO, 2001, p. 37)

O contrato eletrônico é a nova forma de contratação da sociedade contemporânea, efetuada por meio de programas de computador, porém nada de novo surge nos negócios via Internet pois eles são realizados sobretudo em virtude de um tradicional instrumento jurídico: o Contrato. (ANDRADE, 2010).

Logo, para existir o contrato eletrônico é necessário que se encontrem presentes três requisitos essenciais, quais sejam: 1) a capacidade das partes; 2) a idoneidade do objeto; e 3) a legitimação para realizá-lo. Igualmente, são aplicáveis aos contratos eletrônicos as normas contidas no Código Civil sobre interpretação, eficácia, rescisão, nulidade, obrigações do comprador e do vendedor, etc. (ANDRADE, 2010).

O contrato eletrônico, portanto, nada mais é do que um contrato tradicional celebrado em meio eletrônico, ou seja, através de redes de computadores ou aparelhos com tais programas. Diferencia-se do contrato tradicional apenas e tão-somente quanto à forma como é materializado. (LIMA, 2006)

Os contratos firmados por meio do *e-commerce*, se operam por distintas modalidades, diferenciadas em razão do nível de interferência do sistema eletrônico no aperfeiçoamento da manifestação da vontade, formatado por contratação interpessoal e automática. (FERREIRA, 2008, p.170).

Naqueles formados pelo computador, as partes se utilizam do equipamento para transcrever as condições pactuadas para formação do negócio jurídico. Classificam-se como contratos intersistêmicos, não necessitando os contraentes fazer uso de transmissão eletrônica para se comunicarem. (FERREIRA, 2008, p.170).

Nos contratos interpessoais reside a interação entre as partes, fornecedor e consumidor, através de uma comunicação realizada por transmissão eletrônica, que viabiliza o conhecimento da declaração de vontade. Nessa modalidade, subdividem-se nas categorias de simultâneos e não-simultâneos, em razão do momento da manifestação da vontade. (FERREIRA, 2008, p.170).

Na formação dos contratos simultâneos as partes expressam suas vontades direta e concomitantemente: a oferta enviada pelo proponente é recebida pelo oblato e manifestada por este em tempo real. Nessa modalidade, aperfeiçoam-se através de salas de conversação, por videoconferência ou por comunicação via VoIP (Tecnologia que torna possível estabelecer conversações telefônicas em uma rede IP, através da internet, tornando a transmissão de voz mais um dos serviços suportados pela rede de dados.). Portanto, em virtude da simultaneidade, incluem-se na espécie de contratação entre presentes. (FERREIRA, 2008, p.170).

Nos chamados contratos interpessoais não-simultâneos, decorre um lapso temporal entre a publicidade da oferta e a manifestação do aceite pelo Oblato, que é a pessoa a quem se direciona a proposta de contratação, também pode ser chamado de aceitante ou aderente. A declaração de vontade aperfeiçoa-se no momento em que o aceitante enviar a mensagem manifestando sua concordância. Compreendem-se nessa hipótese aqueles efetivados via correio eletrônico que, por analogia, se comparam aos antigos contratos epistolares. (FERREIRA, 2008, p.171).

Nesse caso, a ausência de instantaneidade decorre em função do tempo transcorrido entre a remessa e o recebimento da mensagem, tendo em vista a necessidade da presença de intermediários para que ocorra a comunicação: a mensagem enviada pela caixa postal do proponente, primeiramente dirige-se a seu próprio servidor de correio, que a remete ao servidor de correio da parte receptora, para ser finalmente encaminhada ao seu endereço eletrônico. (FERREIRA, 2008, p.171).

Pelos contratos interativos as partes se aproximam indiretamente, através de um sistema de processamento automatizado que intervém determinantemente na formação do vínculo contratual. (FERREIRA, 2008, p.171).

Nessa modalidade de contratação à distância, a operação se inicia e se conclui no ambiente eletrônico. Registram-se nessa classe as transações realizadas diretamente nas páginas eletrônicas, cabendo ao oblato manifestar seu aceite através de um clique em campo preestabelecido. (FERREIRA, 2008).

Existem outras situações possíveis na esfera de utilização desse tipo de comércio, como, por exemplo, o leilão virtual (Neste caso, a relação de consumo é reconhecida, quando o site que proporciona o “encontro” entre vendedor e consumidor realiza a cobrança de taxa pelo serviço de intermediação entre ambos). (CHIANTIA, 2013)

Muitos problemas relacionados a esta nova forma de relação de consumo surgiram a partir da implementação do comércio eletrônico e sua utilização efetiva e crescente. (CHIANTIA, 2013)

O Código de Defesa do Consumidor necessita de alteração para que o comércio eletrônico, efetivamente, não ofereça riscos às relações de consumo. (CHIANTIA, 2013)

De acordo com o número de demandas judiciais que discutem problemas relacionados ao comércio eletrônico, a alteração a ser feita no Código de Defesa do Consumidor, deve ser feita de forma imediata. (CHIANTIA, 2013)

Nos contratos entre os consumidores e fornecedores de acesso à internet e às redes eletrônicas, os temas mais abordados pelos consumidores são: as informações sobre os planos de acesso, velocidade e qualidade da rede, informações sobre instalação e uso adequado, assim como o acesso a assistência técnica. Os problemas mais frequentes enfrentados pelos consumidores são: mudanças das cláusulas e preços do contrato, interrupção repentina e inesperada da prestação do serviço por falha técnica, a venda casada de equipamento para rápido acesso, as cláusulas penais e a velocidade esperada não confirmada. (MARQUES, 2011, p.117)

Nos contratos de venda *on-line* e de bens informáticos aos consumidores, o produto vendido pode ser material, que serão entregues posteriormente no local indicado pelo consumidor e imateriais, como programas para computador, que serão enviados imediatamente pelo mesmo meio eletrônico. Os problemas mais enfrentados pelo consumidor são: a não entrega do produto ou a entrega em local errado, o retardo na entrega, a falta de garantia para o produto, a impossibilidade de executar o direito de arrependimento (produto aberto, software já enviado, endereço incompleto, dúvidas quanto a lei aplicável e a jurisdição competente a compra involuntária ao clicar um ícone e a diferença entre a foto apresentada e o produto recebido. (MARQUES, 2011, p.118).

Nos contratos de bens informacionais, que são bens totalmente desmaterializados, como músicas, jogos, educação a distância, etc. os problemas

específicos enfrentados pelos consumidores, além dos já mencionados, são: as condições do uso do bem transmitido, erros na contratação e a demora na prestação da informação. Necessário destacar que os contratos de educação a distância através da internet, assim como os jogos de azar, envolvem questões específicas sendo regidas por leis específicas de cada país envolvido. (MARQUES, 2011, p.118).

Nos contratos de prestação de serviço *on-line* ou por internet, como as contratações com agências de viagens, transportadoras, bancos e financiamentos, os problemas mais comuns são quanto à qualidade, quantidade, tempo e modo da prestação do serviço. Importante destacar a possibilidade da aplicação do direito de arrependimento para esses contratos. (MARQUES, 2011, p.119).

O contrato eletrônico é um instrumento novo e velho ao mesmo tempo, pois, embora ele seja realizado em virtude do instrumento jurídico do contrato e seguir os mesmos requisitos essenciais, porém, ele é novo devido ao fato de ser operado por diversas modalidades distintas pelo meio eletrônico, trazendo consigo peculiaridades como a sua forma de materialização, tipos de manifestação da vontade, peculiaridades que necessitam ser tratadas em leis.

O comércio eletrônico é o novo tipo de relação entre o consumidor e o fornecedor realizado a distância por meio eletrônico. Esse tipo de comércio vem aumentando com o passar dos anos e tende a crescer cada vez mais, os contratos celebrados nesse meio trazem novidades quanto as formas e meios de sua celebração.

Diante de tais peculiaridades da contratação na relação jurídica de consumo no comércio eletrônico, quando não são regulamentadas pelo legislador, expõem o consumidor às práticas abusivas, aumentando a sua situação de vulnerabilidade, assunto que será destrinchado no capítulo seguinte.

4 A VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR NO *E-COMMERCE*

4.1 Princípio da vulnerabilidade na relação consumerista

O fenômeno do *e-commerce* é novo por sua fluidez, complexidade, distancia, simultaneidade ou atemporalidade, desterritorialidade e objetividade ou autonomia. A contratação por ser a distância, traz uma espécie de pressão para que o consumidor adquira o produto ou serviço, pois a publicidade rompe a barreira do espaço privado, uma vez que invade o lar, o local de trabalho, momentos de descanso a qualquer hora do dia em qualquer lugar do mundo, onde a oferta comercial pode ser acessada ou vista, bastando apenas que o consumidor possua um *smartphone* com acesso à rede.

A distância física entre o fornecedor e o consumidor é um fator que aumenta a insegurança do consumidor, conseqüentemente, aumentando a vulnerabilidade na relação de consumo

A vulnerabilidade do consumidor foi destacada no Código de Defesa do Consumidor, em seus artigos 2º e 4º, que dispõem:

Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo; (...)

Pode-se concluir que o legislador, expressamente, reconhece a vulnerabilidade do consumidor na relação de consumo. A vulnerabilidade é uma situação permanente ou provisória, individual ou coletiva que fragiliza e enfraquece o sujeito de direitos, desequilibrando o consumidor na relação jurídica de consumo, sendo necessário uma proteção maior para equilibrar tal relação. (BENJAMIN, MARQUES E BESSA, 2014, p.104)

Existem três tipos de vulnerabilidade: a técnica, a jurídica, a fática. Porém, em julgado recente, o STJ reconheceu um quarto tipo de vulnerabilidade, a informacional. Tal classificação tem sido observada pelo STJ que, concorda com as quatro espécies de vulnerabilidade e acrescenta que, em situações concretas, outras formas de

vulnerabilidade podem se manifestar (BENJAMIN, MARQUES E BESSA, 2014, p.105), ensinando:

A doutrina tradicionalmente aponta a existência de três modalidades de vulnerabilidade: técnica (ausência de conhecimento específico acerca do produto ou serviço objeto de consumo) Jurídica (falta de conhecimento jurídico, contábil ou econômico e de seus reflexos na relação de consumo) e fática (situações em que a insuficiência econômica, física ou até mesmo psicológica do consumidor o coloca em pé de desigualdade frente ao fornecedor). Mais recentemente, tem se incluído também a vulnerabilidade informacional (dados insuficientes sobre o produto ou serviço capazes de influenciar no processo decisório de compra). Apesar da identificação in abstracto dessas espécies de vulnerabilidade, a casuística poderá apresentar novas formas de vulnerabilidade aptas a atrair a incidência do Código de Defesa do Consumidor à relação de consumo. Numa relação interempresarial, para além das hipóteses de vulnerabilidade já consagradas pela doutrina e pela jurisprudência, a relação de dependência de uma das partes frente à outra pode, conforme o caso, caracterizar uma vulnerabilidade legitimadora da aplicação da Lei 8.078/1990, mitigando os rigores da teoria finalista e autorizando a equiparação da pessoa jurídica compradora à condição de consumidora (REsp 1195642/RJ, j. 13.11.2012, rei. Min. Nancy Andrighi, DJe 21.11.2012).

Na vulnerabilidade técnica, o comprador não possui conhecimentos específicos sobre o objeto que está adquirindo e, portanto, é mais facilmente enganado quanto às características do bem ou quanto à sua utilidade, o mesmo ocorrendo em matéria de serviços. (BENJAMIN, MARQUES E BESSA, 2014, p.105)

Ainda, há a necessidade da presunção de vulnerabilidade jurídica do consumidor como fonte de dever de informação do fornecedor sobre o conteúdo do contrato, em face da complexidade da relação contratual e seus vínculos cativos (por exemplo, vários contratos bancários em um formulário, vínculos com várias pessoas jurídicas em um contrato de plano de saúde) e da falta de clareza deste contrato, especialmente os massificados e de adesão. (BENJAMIN, MARQUES E BESSA, 2014, p.108)

Como ensina o STJ, o fornecedor deve presumir que consumidor *stricto sensu* é um leigo e, assim, cumprir seus deveres de boa-fé visando alcançar a informação deste contratante leigo: “Com efeito, nos contratos de adesão, as cláusulas limitativas ao direito do consumidor contratante deverão ser redigidas com clareza e destaque, para que não fujam de sua percepção leiga” (STJ, REsp 311509-SP, j. 03.05.2001, rei. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira).

Existe ainda, a vulnerabilidade fática ou socioeconômica, onde o ponto de concentração é o outro parceiro contratual, o fornecedor que, por sua posição de

monopólio, fático ou jurídico, por seu grande poder econômico ou em razão da essencialidade do serviço, impõe sua superioridade a todos que com ele contratam. Tem-se, por exemplo, quando um médico adquire um automóvel, através do sistema de consórcios, para poder atender suas consultas, e se submete às condições fixadas pela administradora de consórcios, ou pelo próprio Estado. (BENJAMIN, MARQUES E BESSA, 2014, p.109).

O Superior Tribunal de Justiça trabalha com esta noção de vulnerabilidade fática do mutuário do SFH diante do agente financeiro e afirma:

3. Nos contratos regidos pelo Sistema Financeiro da Habitação há de se reconhecer a sua vinculação, de modo especial, além dos gerais, aos seguintes princípios específicos: a) o da transparência, segundo o qual a informação clara e correta e a lealdade sobre as cláusulas contratuais ajustadas deve imperar na formação do negócio jurídico; b) o de que as regras impostas pelo SFH para a formação dos contratos, além de serem obrigatórias, devem ser interpretadas com o objetivo expresso de atendimento às necessidades do mutuário, garantindo-lhe o seu direito de habitação, sem afetar a sua segurança jurídica, saúde e dignidade; c) o de que há de ser considerada a vulnerabilidade do mutuário, não só decorrente da sua fragilidade financeira, mas, também, pela ânsia e necessidade de adquirir a casa própria e se submeter ao império da parte financiadora, econômica e financeiramente muitas vezes mais forte. (STJ,REsp 157.841-SPJ. 12.03.1998,M in. José Delgado, DJ 27.04.1998).

Doutrinadores brasileiros, como Antônio Benjamin e Claudia Lima Marques, defendem, igualmente, que os consumidores desfavorecidos, ou considerados pobres na forma da lei, podem ser chamados de hipossuficientes, criando assim uma graduação econômica da vulnerabilidade em direito material. A jurisprudência brasileira reconhece a hipervulnerabilidade de alguns consumidores, por idade (idosos, crianças), condições especiais de saúde (doentes, contaminados com o vírus HIV), e necessidades especiais (BENJAMIN, MARQUES E BESSA, 2014, p.111), como base nos artigos 37, § 2.º, e 39, IV, do CDC, que dispõem:

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

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

Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas(...)

IV - prevalecer-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus produtos ou serviços;(...)

A vulnerabilidade informacional, que é a vulnerabilidade básica do consumidor, intrínseca e característica deste papel na sociedade. Atualmente merece ela uma menção especial, pois na sociedade atual são de grande importância a aparência, a confiança, a comunicação e a informação. (BENJAMIN, MARQUES E BESSA, 2014, p.112).

Na sociedade atual é na informação que está o poder, a falta desta representa intrinsecamente uma desvantagem na relação de consumo, uma vulnerabilidade quanto mais importante for esta informação detida pelo outro. Esta vulnerabilidade informativa não deixa, porém, de representar hoje o maior fator de desequilíbrio do consumidor na relação com o fornecedor, os quais, são os únicos verdadeiramente detentores da informação. Presumir a vulnerabilidade informacional significa impor ao fornecedor o dever de compensar este novo fator de risco na sociedade. Aqui, mais do que técnica, jurídica ou fática, esta vulnerabilidade é essencial à dignidade do consumidor (BENJAMIN, MARQUES E BESSA, 2014, p.112-113).

No mundo atual, a falta de informação dos consumidores está cada vez mais profunda. A jurisprudência, porém, está demonstrando uma tendência de valorizar as informações prestadas, mesmo que através da marca ou aparência, e daí tirando instrumentos de compensação dessa vulnerabilidade intrínseca do papel de consumidor (BENJAMIN, MARQUES E BESSA, 2014, p.114).

Deve-se destacar, portanto, todas as categorias de vulnerabilidade para que após a sua compreensão sejam estabelecidas normas adequadas para proteger o consumidor em todos os campos de sua vulnerabilidade, com o surgimento da era pós-moderna, novos tipos de relações sociais surgem, com isso, também há novos tipos de relação de consumo com base na era informacional, porém, a legislação não caminha na mesma velocidade que a sociedade, necessitando adequar-se no tempo.

4.2 Direito de arrependimento do consumidor

Com base na característica da distância entre o consumidor e o produto foi criado o direito do arrependimento, para que quando o consumidor tenha contato com o produto ele possa analisar melhor se o produto é adequado para sua utilização, e caso não seja, o consumidor poderia simplesmente desistir do negócio.

Em um primeiro momento não havia previsão expressa para a possibilidade do consumidor exercer esse direito nas relações de consumo virtual, porém, como o

artigo traz um rol exemplificativo, a jurisprudência e a doutrina defendem a sua extensão para esse meio, pois o consumidor estava extremamente desamparado pela legislação.

Com esta importante norma contida no Código de Defesa do Consumidor, o consumidor adquiriu um significativo instrumento para a sua proteção contratual, relativa a desistência dos contratos celebrados fora do estabelecimento comercial, que é a norma contida no artigo 49, que dispõe:

Art. 49. O consumidor pode desistir do contrato, no prazo de 7 dias a contar de sua assinatura ou do ato de recebimento do produto ou serviço, sempre que a contratação de fornecimento de produtos e serviços ocorrer fora do estabelecimento comercial, especialmente por telefone ou a domicílio.
Parágrafo único. Se o consumidor exercitar o direito de arrependimento previsto neste artigo, os valores eventualmente pagos, a qualquer título, durante o prazo de reflexão, serão devolvidos, de imediato, monetariamente atualizados.

A finalidade da norma, com base na sua clara redação, é a proteção do consumidor quando estiver comprando ou adquirindo um produto ou serviço fora do estabelecimento comercial.

A referência feita no final do artigo ao telefone e ao domicílio é meramente exemplificativa (CAVALIERI FILHO, 2014, p.170). Portanto, estão abrangidas as vendas realizadas no local de trabalho do consumidor, as contratações realizadas por telemarketing, carta resposta, correio, pela televisão, internet ou qualquer outro meio eletrônico (BENJAMIN, MARQUES E BESSA, 2014, p. 388).

Como se sabe, o Código de Defesa do Consumidor foi elaborado na fase inicial da internet e não foi um tema abordado durante a sua confecção. Porém, o desenvolvimento tecnológico e científico do século XX e das primeiras décadas do século XXI tornaram a internet um marco histórico na sociedade (CAVALIERI FILHO, 2014, p.170). Com o seu auxílio, a sociedade se transformou, uma vez que esta ferramenta se popularizou. Ao longo desse tempo, ela não parou de inovar e atualmente alcança todas as parcelas da sociedade, trazendo maior comodidade em relação ao consumo, o qual se torna cada vez mais fácil e abrangente. (SILVA, 2011).

O sistema de vendas externas, feito por meio da televisão, internet e telemarketing é altamente agressivo, pois atinge o consumidor em casa, em um momento em que ele está mais vulnerável, fazendo com que seja iludido a pensar que o produto que está exposto na propaganda é algo que ele necessita adquirir, criando

uma necessidade artificial, tanto é que não estava procurando. (CAVALIERI FILHO, 2014, p.170).

Essa é a principal razão do direito de arrependimento do consumidor, tornando possível um período para poder refletir melhor sobre a aquisição feita induzido pelas técnicas agressivas de venda fora do estabelecimento comercial (CAVALIERI FILHO, 2014, p.170).

O consumidor possui um prazo de sete dias para refletir melhor sobre a compra, e nesse prazo o consumidor pode desistir do contrato independentemente de qualquer justificativa, ou seja, não precisa existir um vício ou defeito no produto ou prestação de serviço. Assim, a lei dá ao consumidor a faculdade de desistir da compra por impulso, por estar sob forte influência da publicidade sem que o produto esteja sendo visto de perto, ou sem que o serviço possa ser bem examinado. (CAVALIERI FILHO, 2014, p.171).

Quanto a natureza jurídica deste direito, pode-se dizer que se trata de uma compra e venda perfeita e acabada, onde todos os efeitos se produzem, onde não há condição suspensiva. O que há na realidade é um contrato consumado até que o consumidor manifeste o seu arrependimento no prazo legal, este é um direito formativo do consumidor ao qual o fornecedor está submetido. (CAVALIERI FILHO, 2014, p.172).

No caso específico do comércio eletrônico, a razão da necessidade do direito de arrependimento é a falta do contato físico com o produto. Pois, por mais que seja apresentado diversas fotos, nada substitui o contato direto do fornecedor com o bem, que é um fator decisivo no momento da compra. Acrescenta-se ainda a complexidade envolvendo o ambiente virtual, onde até mesmo os consumidores mais bem informados podem cometer erros em relação aos aspectos do produto e forma de pagamento. (BENJAMIN, MARQUES E BESSA, 2014, p. 389).

O direito de arrependimento, hoje, é a norma vigente mais importante para a defesa do consumidor no comércio eletrônico, visto que não há norma específica vigente com tamanho destaque, é uma norma que diminuiu a situação de vulnerabilidade do consumidor ao estabelecer um prazo para reflexão do consumidor na análise do produto sem a interferência da pressão do fornecedor.

4.3 Regulamentação vigente específica sobre o comércio eletrônico e o Projeto de lei 281/2012

O Brasil possui um decreto que regulamenta especificamente as relações de compra e venda no comércio eletrônico. O decreto nº 7.962, de 15 de março de 2013, do Governo Federal, determina uma série de medidas que devem ser cumpridas por empresas que vendem produtos ou serviços pela internet com o objetivo de proteger o consumidor de fraudes. (SERVIÇO BRASILEIRO DE APOIO ÀS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS, 2016).

O presente decreto fundamenta-se no poder regulamentar do Poder Executivo, contido no artigo 84, inciso IV da Constituição Federal de 1988 (Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: ... IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução;) para “dispor sobre a contratação no comércio eletrônico”, o decreto trata do dever de informar do fornecedor de produtos e serviços, busca incrementar o atendimento ao consumidor e destaca o direito de arrependimento do consumidor no tocante ao comércio eletrônico.

Embora o texto legal aborde os principais pontos que devam ser observados no relacionamento entre as duas partes envolvidas na relação jurídica de consumo, ele não contempla todas as possíveis causas de litígio existentes no comércio eletrônico. Por isso, estão em tramitação no Congresso Nacional alguns projetos de lei que visam complementar e/ou alterar a legislação vigente. (SERVIÇO BRASILEIRO DE APOIO ÀS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS, 2016).

A evolução da internet traz inúmeros benefícios para a sociedade pós-moderna, dentre eles o comércio eletrônico que tem como papel principal desenvolver o comércio e a circulação do capital ao aproximar o fornecedor do consumidor, embora, por outro lado trouxe uma maior vulnerabilidade ao consumidor que consome com o auxílio do comércio eletrônico. (SERVIÇO BRASILEIRO DE APOIO ÀS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS, 2016).

Em que pese os avanços proporcionados pelo Decreto nº 7.962, de 15 de março de 2013, o ideal para uma maior segurança do consumidor é a aprovação do PL 281/2012.

Desta maneira, é essencial que o Poder Legislativo brasileiro elabore normas para cumprir o que determina a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso XXXII e o artigo 170, inciso V, que dispõem:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)

XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor; (...)

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios(...)

V - defesa do consumidor; (...)

Neste sentido, na análise do Projeto de Lei nº 281/2012, o primeiro aspecto que chama a atenção diz respeito à expressa utilização da Teoria do Diálogo das Fontes, a qual foi trazida ao Brasil pela doutrinadora Cláudia Lima Marques. No texto apresentado ao Senado, para a modificação do Código de Defesa do Consumidor, a tese do diálogo das fontes está presente em quatro dispositivos, os quais preveem a aplicação da norma mais favorável ao consumidor na solução dos conflitos na relação jurídica consumerista. (GUGLINSKI, 2012) São esses dispositivos:

Art. 1º

Parágrafo único. As normas e os negócios jurídicos devem ser interpretados e integrados da maneira mais favorável ao consumidor.

Art. 5º

VII – a interpretação e a integração das normas e negócios jurídicos da maneira mais favorável ao consumidor.

Art. 7º

§ 1º

§ 2º Aplica-se ao consumidor a norma mais favorável ao exercício de seus direitos e pretensões.

Art. 101

Parágrafo único. Aos conflitos decorrentes do fornecimento a distância internacional, aplica-se a lei do domicílio do consumidor, ou a norma estatal escolhida pelas partes, desde que mais favorável ao consumidor, assegurando igualmente o seu acesso à Justiça.

A Teoria do Diálogo das Fontes, em face da multiplicidade de fontes legislativas a regular o mesmo fato, surge com o objetivo de fornecer ao intérprete do direito uma nova ferramenta para solucionar o conflito entre as leis de um mesmo ordenamento, ultrapassando os critérios tradicionais de solução de antinomias. (ROCHA, 2013).

A ideia de que as leis devem ser aplicadas de forma isolada umas das outras é contrária a Teoria do Diálogo das Fontes, que, com base na teoria, o ordenamento jurídico deve ser interpretado de forma unitária. Por meio dessa teoria, rompe-se o

paradigma da exclusão das normas para buscar a sua coexistência, a fim de que haja a predominância de uma norma em relação à outra no caso individualmente considerado ou até mesmo a aplicação concomitante de todas elas. (ROCHA, 2013).

Por meio do diálogo entre os dispositivos do Código de Defesa do Consumidor, do Código Civil e da legislação especial, tendo como base os preceitos constitucionais, em especial a dignidade da pessoa humana e a solidariedade social, erigidas em valores fundamentais do ordenamento civil e constitucional, busca-se a aplicação coordenada e sistemática das normas jurídicas com a finalidade de proteger o consumidor. (ROCHA, 2013).

O diálogo das fontes, em resumo, é uma técnica destinada a solucionar o conflito entre normas com a coexistência das fontes a fim de dar uma solução mais coerente ao caso concreto, no caso do projeto de lei 281/2012, quando duas ou mais normas tratem do mesmo assunto, a norma que se aplicará será a que mais se adequar a proporcionar a defesa do consumidor, com o fim de equilibrar a relação jurídica ao proteger mais o sujeito vulnerável. Esta técnica já vinha sendo utilizada pela jurisprudência e pelo próprio CDC para solucionar as lides de consumo, uma vez que a técnica se mostra afinada com a intenção do legislador ao elaborar o Código de Defesa do Consumidor, com o PL 281/2012 a aplicação dessa teoria seja explícita. (GUGLINSKI, 2012)

No que diz respeito ao comércio eletrônico, a matéria ocupará uma seção específica no Código de Defesa do Consumidor, que será a Seção VII, prevendo que o fornecimento de produtos e serviços no ambiente virtual deverá ser desenvolvido observando três aspectos principais: 1- segurança nas transações; 2- respeito à autodeterminação do consumidor; e 3- respeito à privacidade do consumidor. (GUGLINSKI, 2012) É o que dispõe o caput do artigo 45-A:

Art. 45-A. Esta seção dispõe sobre normas gerais de proteção do consumidor no comércio eletrônico, visando a fortalecer a sua confiança e assegurar tutela efetiva, com a diminuição da assimetria de informações, a preservação da segurança nas transações, a proteção da autodeterminação e da privacidade dos dados pessoais

Segundo estatísticas do SEBRAE, já apresentadas no capítulo anterior, o comércio eletrônico vem aumentando com o passar dos anos, sendo que a tendência é aumentar ainda mais, o que motivou o legislador a elaborar o projeto de lei 281/2012, dando tratamento específico à matéria, já que há 22 anos, quando o CDC passou a

integrar a ordem jurídica nacional, esse tipo de comércio sequer existia, hoje, já são 26 anos que o Código de Defesa do Consumidor está em vigor e o projeto ainda não foi aprovado no Congresso Nacional, sendo que o comércio eletrônico é um dos meios mais utilizados pelo consumidor, e este se encontra desprotegido nesse meio. (GUGLINSKI, 2012).

No que diz respeito à comodidade nas transações do comércio eletrônico, é verdade que o comércio virtual aproximou as partes da relação jurídica de consumo e trouxe conforto, principalmente para os consumidores, que, no caso de aquisição de produtos, podem satisfazer suas necessidades de consumo sem enfrentar os transtornos envolvendo o deslocamento até o estabelecimento comercial, bastando que, através de um simples click no mouse, adquira os bens que deseje. No caso de contratação de prestação serviços, acontece da mesma forma, bastando que o consumidor manifeste sua vontade de contratar, restando somente a fruição do serviço após a concretização do negócio. (GUGLINSKI, 2012).

No entanto, este modelo comercial não trouxe apenas vantagens e benefícios para as partes, ao realizar uma contratação a distância, principalmente por meio da internet, vários tipos de fraude podem ocorrer, por esse tipo de contratação ser fragilizada e colocar o consumidor numa posição vulnerável, acarretando o comprometendo a segurança nas transações. (GUGLINSKI, 2012).

Dentre as principais práticas consideradas invasivas pelo consumidor está o *spam*, que é o envio intencional de mensagens publicitárias, que o consumidor muitas vezes não quer receber, principalmente via e-mail, fazendo com que a caixa de mensagens eletrônicas do consumidor fique abarrotada de ofertas de produtos e serviços. (GUGLINSKI, 2012). No que diz respeito ao PL nº 281, a vedação de spams consta do art. 45-E e seus incisos, que dispõem:

Art. 45-E. É vedado enviar mensagem eletrônica não solicitada a destinatário que:

- I - não possua relação de consumo anterior com o fornecedor e não tenha manifestado consentimento prévio em recebê-la;
- II - esteja inscrito em cadastro de bloqueio de oferta; ou
- III - tenha manifestado diretamente ao fornecedor a opção de não recebê-la

No tocante à privacidade do consumidor, o mesmo artigo prevê em seu § 2º, II, que ao lhe enviar a mensagem, o fornecedor deve informar ao destinatário o modo como obteve seus dados. Sobre isso, foi noticiado na internet, que o microblog *Twitter*

vendeu informações de seus usuários a duas empresas de marketing online (ESTADÃO 2012), o que por si só já demonstra o quanto o indivíduo está exposto no ambiente virtual, e recentemente, foi noticiado o compartilhamento de dados entre o *Whatsapp* e o *Facebook* (O GLOBO, 2016), ou seja, sem proibição expressa, o consumidor está exposto a uma série de abusos. A atualização do Código de Defesa do Consumidor pretende vedar essa prática, sem que haja autorização expressa do consumidor, prevendo no § 5º, II, ainda do mesmo artigo:

§ 5º É também vedado:

II- veicular, hospedar, exibir, licenciar, alienar, utilizar, compartilhar, doar ou de qualquer forma ceder ou transferir dados, informações ou identificadores pessoais, sem expressa autorização e consentimento informado do seu titular, salvo exceções legais

Além disso, a conduta acima descrita será também tipificada como crime, segundo idêntica redação do artigo 72-A do código, punida com “reclusão de um a quatro anos e multa”.

O projeto ainda traz inovações no que diz respeito ao exercício do direito de arrependimento conferido ao consumidor nas contratações à distância. O texto amplia ainda mais a proteção do consumidor, ao equiparar à contratação à distância aquela que, mesmo realizada dentro do estabelecimento do fornecedor, não for capaz de possibilitar ao consumidor o contato direto com o produto ou serviço. (GUGLINSKI, 2012). É o que prevê o § 3º do art. 49, cujo *caput* foi alterado:

Art. 49. O consumidor pode desistir da contratação a distância, no prazo de sete dias a contar da aceitação da oferta ou do recebimento ou disponibilidade do produto ou serviço, o que ocorrer por último.

§ 3º Equipara-se à modalidade de contratação prevista no § 2º deste artigo aquela em que, embora realizada no estabelecimento, o consumidor não teve a prévia oportunidade de conhecer o produto ou serviço, por não se encontrar em exposição ou pela impossibilidade ou dificuldade de acesso a seu conteúdo

A norma acima está em sintonia com o sistema protetivo consumerista, uma vez que, não tendo o consumidor a oportunidade de exercer contato físico com o produto ou serviço, de modo a analisar suas características, poderá desistir da contratação dentro do chamado prazo de reflexão, que é de sete dias. Quanto a esse ponto, resta o questionamento se não seria melhor a alteração do código seguir a diretriz utilizada na Europa, que é de quatorze dias, consoante proposto discutida no

Parlamento Europeu na Seção Plenária realizada em março deste ano, em Bruxelas – Bélgica. (GUGLINSKI, 2012).

No campo sancionatório, caso o fornecedor descumpra os deveres que lhes serão impostos, caso o texto do projeto seja aprovado, poderá sofrer sanções de ordem civil, administrativa e penal. Dentre as sanções de ordem administrativa, está prevista a suspensão temporária ou proibição de oferta e de comércio eletrônico (art. 56, inciso XIII). Contudo, o projeto vai além, prevendo no art. 59 que o descumprimento da pena de suspensão poderá acarretar em sanção ainda mais severa ao fornecedor, a ser aplicada pelo Poder Judiciário, a pedido da autoridade administrativa ou do MP, consistentes na suspensão dos pagamentos e transferências financeiras ou até mesmo o bloqueio das contas bancárias do fornecedor atuante no comércio eletrônico. (GUGLINSKI, 2012).

Sob esta ótica, pode-se chegar a conclusão de que a criação de normas que efetivamente protejam o consumidor no comércio eletrônico, se faz necessário, a fim de que a evolução tecnológica alcance objetivos, além dos constitucionais, que todos desejem: como o desenvolvimento socioeconômico, o aperfeiçoamento das relações jurídicas de consumo e a prevenção de litígios.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise das normas aplicadas às relações jurídicas de consumo via comércio eletrônico mostrou-se um tema de relevância social e jurídica, pois, além de ser assunto presente na atualidade da sociedade no mundo todo, é matéria escassa na legislação pátria.

Desde que os brasileiros tiveram acesso à internet, a partir da segunda metade da década de 90, esta é responsável por impulsionar mudanças nas relações humanas, uma vez que esta ferramenta se popularizou. Ao longo desse tempo, ela não parou de inovar e atualmente alcança todas as parcelas da sociedade, trazendo maior comodidade em relação ao consumo, o qual se torna cada vez mais fácil e abrangente. Sua chegada ao país proporcionou o surgimento de um novo mercado, o comércio eletrônico ou e-commerce

Conforme foi abordado, o comércio eletrônico é o comércio entre fornecedores e consumidores realizado através de contratações a distância que são conduzidas por meios eletrônicos, por internet ou por meio de telecomunicação de massa sem a presença física simultânea dos dois contratantes do mesmo lugar, e sim, à distância. É de grande destaque o aumento no número de contratos eletrônicos realizados no país nos últimos anos, e a expectativa é de crescimento. A contratação a distância induziu novos elementos, como o espaço, virtualidade, fluidez, complexidade, simultaneidade ou atemporalidade, desterritorialidade e objetividade ou autonomia, estes elementos agravaram ainda mais a situação de vulnerabilidade do consumidor,

Na sociedade atual surgiu uma nova modalidade de vulnerabilidade, além das três já reconhecidas pela doutrina, que é a informacional, tipo de vulnerabilidade básica do consumidor, intrínseca e característica deste papel na sociedade. Atualmente, merece ela uma menção especial, pois, na sociedade atual é de grande importância a aparência, a confiança, a comunicação e a informação.

Atualmente, é na informação que está o poder, a falta desta representa intrinsecamente uma desvantagem na relação de consumo, uma vulnerabilidade que aumenta na medida que a informação, detida pelo fornecedor, é mais importante. Esta vulnerabilidade informativa não deixa, porém, de representar hoje o maior fator de desequilíbrio do consumidor na relação com o fornecedor, os quais, são os únicos verdadeiramente detentores da informação. Presumir a vulnerabilidade informacional significa impor ao fornecedor o dever de compensar este novo fator de risco na

sociedade. Aqui, mais do que técnica, jurídica ou fática, reconhecer e proteger este tipo de vulnerabilidade é essencial à dignidade do consumidor.

No mundo atual, a falta de informação dos consumidores está cada vez mais profunda, principalmente no comércio eletrônico. A jurisprudência, porém, está demonstrando uma tendência de valorizar as informações prestadas, mesmo que através da marca ou aparência, e daí tirando instrumentos de compensação dessa vulnerabilidade intrínseca do papel de consumidor

O Código de Defesa do Consumidor necessita de alteração para que o comércio eletrônico, efetivamente, não ofereça riscos às relações de consumo. Pois, de acordo com o número de demandas judiciais que discutem problemas relacionados ao comércio eletrônico, a alteração a ser feita no Código de Defesa do Consumidor, deve ser feita de forma imediata.

Resta evidente que o universo jurídico dá pouca relevância ao assunto, uma vez que pouco faz para mudar a realidade. Ao transcorrer da pesquisa percebe-se a pouca discussão sobre o tema, tendo em vista que há vasta escassez quanto ao que se refere, por exemplo, ao material utilizado na pesquisa, que há poucos autores que se interessam, discorrem sobre o assunto. É necessário que no Brasil se inicie um estudo científico profundo acerca do comércio eletrônico, que dêem importância ao assunto para que possam dar segurança ao consumidor e que futuramente seja possível propor matéria relevante que se transforme em norma ou até mesmo sirva de parâmetro para os legisladores e aplicadores da lei.

Por fim, sabe-se que o assunto comércio eletrônico caminha a passos lentos no Brasil, e que não há previsão legal suficiente na legislação brasileira que de a devida proteção ao consumidor e atinja os objetivos constitucionais da Carta Magna vigente. Aos fornecedores, no comércio eletrônico, são aplicadas as mesmas normas um fornecedor convencional, não sendo observado as diferenças e especificações desse novo meio de contratação e são punidos como fornecedores comuns. Resta evidenciado a necessidade da aprovação de leis que tratem sobre o assunto, como o projeto de lei 281 de 2012.

6 REFERÊNCIAS

ANDRADE, Thiago de Oliveira. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor nos contratos na internet. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIII, n. 76, maio 2010. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7843>. Acesso em nov 2015)

BARBAGALO, Erica Brandini. **Contratos eletrônicos: contratos formados por meio de redes de computadores: peculiaridades jurídicas da formação do vínculo**. São Paulo: Saraiva, 2001.

BENJAMIN, Antonio Herman V. MARQUES, Claudia Lima. BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. **Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro**. Brasília, DF: Senado Federal, 1942.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Código de Defesa do Consumidor**. Brasília, DF: Senado Federal, 1990

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Brasília, DF: Senado Federal, 2002.

BRASIL. Projeto de lei nº 281 de 2012. Brasília, DF: Senado Federal, 2016. Disponível em: <<http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getPDF.asp?t=112481&tp=1>>. Acesso em: 14 de out de 2016

CHIANTIA, Fabrizio Cezar. O *e-commerce* e a vulnerabilidade do consumidor. **E-Commerce News**, agosto de 2013. Disponível em: <<http://ecommercenews.com.br/artigos/o-e-commerce-e-a-vulnerabilidade-do-consumidor>>. Acessado em: nov 2015

ESTADÃO. **Twitter vende dados de seus usuários**. Publicado em 03 de mar de 2012. Disponível em: <<http://blogs.estadao.com.br/jt-seu-bolso/twitter-vende-dados-de-seus-usuarios/>>. Acessado em 17 de out de 2016.

FERREIRA, Ana Amelia Menna Barreto de Castro. Proteção do Consumidor no Comércio Eletrônico sob a Ótica da Teoria da Confiança. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 11, nº 42, p. 160-175, abr./jun. 2008.

GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil-Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2015.

GUGLINSKI, Vitor. Reforma do Código do Consumidor e comércio eletrônico. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n. 3423, 14 nov. 2012. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/23015>>. Acesso em: 14 out. 2016.

LIMA, Rogério Montai de. **Relações contratuais na Internet e Proteção Jurídica do Consumidor**. São Paulo: Editora Nelpa: 2008.

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARTINS, Plínio Lacerda. **Anotações ao Código de Defesa do Consumidor – 3ª edição atualizada com o Código Civil de 2002 – Editora Forense – RJ – 2006**

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2015.

O GLOBO. **Whatsapp vai compartilhar dados dos usuários com o Facebook**. Publicado em 26 de ago de 2016. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/sociedade/tecnologia/whatsapp-vai-compartilhar-dados-de-usuarios-com-facebook-19990912>>. Acessado em: 17 de out de 2016.

ROCHA, Igara. A incidência da teoria do diálogo das fontes na defesa do consumidor. **Revista eletrônica Jurídico-Institucional do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte**, Natal, ano 03, n. 2, julho/dezembro 2013. Disponível em: <http://www.mprn.mp.br/revistaeletronicamprn/abrir_artigo.asp?cod=1044 >. Acesso em: 18 out 2016.

SERVIÇO BRASILEIRO DE APOIO ÀS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS – SEBRAE, **Conheça o panorama do e-commerce no Brasil**. Disponível em: <<http://www.sebrae.com.br/sites/PortalSebrae/artigos/conheca-o-panorama-do-e-commerce-no-brasil,66d975e0dc256510VgnVCM1000004c00210aRCRD>>. Acessado em: 13 out 2016.

_____,
Conheça informações sobre leis, normas e tributações referentes ao comércio eletrônico no Brasil e saiba como abrir e fechar uma empresa do setor. Disponível em: <http://www.sebrae.com.br/sites/PortalSebrae/sebraeaz/fique-por-dentro-da-legislacao-do-e-commerce,cc188def4dab4410VgnVCM2000003c74010aRCRD>. Acessado em 14: out 2016

SILVA, Karine Behrens da. Proteção do consumidor no comércio eletrônico. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 2814, 16 mar. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/18701>>. Acesso em: 22 set. 2015.