

**INSTITUTO ENSINAR BRASIL
FACULDADES UNIFICADAS DE LEOPOLDINA**

BIANCA BRAGA BARBOSA

**PONTUAIS CONSIDERAÇÕES SOBRE O RECONHECIMENTO DA RELAÇÃO DE
CONSUMO ENTRE PLATAFORMAS VIRTUAIS DE INTERMEDIÇÃO DE
VENDAS E A FIGURA DO VENDEDOR**

LEOPOLDINA

2018

BIANCA BRAGA BARBOSA
FACULDADES UNIFICADAS DE LEOPOLDINA

**PONTUAIS CONSIDERAÇÕES SOBRE O RECONHECIMENTO DA RELAÇÃO DE
CONSUMO ENTRE PLATAFORMAS VIRTUAIS DE INTERMEDIÇÃO DE
VENDAS E A FIGURA DO VENDEDOR**

**Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Curso de Direito das
Faculdades Unificadas de Leopoldina,
como requisito parcial para obtenção do
título de Bacharel em Direito.**

**Área de Concentração: Direito do
Consumidor e Direito Civil**

**Orientador (a) pelo prof.(ª): João
Fernando Vieira**

LEOPOLDINA

2018



FACULDADES UNIFICADAS DE LEOPOLDINA

FOLHA DE APROVAÇÃO

O Trabalho de Conclusão de Curso intitulado: PONTUAIS CONSIDERAÇÕES SOBRE O RECONHECIMENTO DA RELAÇÃO DE CONSUMO ENTRE PLATAFORMAS VIRTUAIS DE INTERMEDIÇÃO DE VENDAS E A FIGURA DO VENDEDOR, elaborado pelo aluno(a) BIANCA BRAGA BARBOSA foi aprovado por todos os membros da Banca Examinadora e aceita pelo curso de Direito das Faculdades Unificadas de Leopoldina, como requisito parcial da obtenção do título de

BACHAREL EM DIREITO

Leopoldina, ____ de dezembro de 2018.

Prof^(a). Orientador(a): João Fernando Veira

Prof^(a). Examinador(a) 1: _____

Prof^(a). Examinador(a) 2: _____

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, que possibilitou que eu estivesse aqui hoje, pela sua graça e pela força que me concedeu, para vencer todos os obstáculos e atingir o meu objetivo, onde nunca me imaginei estar: em uma faculdade.

Agradeço a minha família, principalmente a minha mãe e meus tios, que me acompanharam durante toda a minha caminhada, me apoiando e permitindo que esse sonho se concretizasse.

Agradeço ao meu orientador, Prof. João Fernando, pela paciência, dedicação e confiança depositados para a elaboração deste trabalho, pela sua análise construtiva, pelas palavras de incentivo, mas principalmente por acreditar na minha capacidade e no meu potencial.

Agradeço ao meu estágio, principalmente ao Magistrado e seu assessor, com os quais tive o prazer de conhecer e conviver, pelos conhecimentos proporcionados e compartilhados, pelo zelo ao ensinar, pela compreensão e até mesmo, pelo auxílio e ensinamentos, não só acadêmicos, mas para a vida, como exemplos de pessoas e de excelentes profissionais.

Agradeço a Prof.^a Maria Regina, que além de me indicar os melhores acervos para conduzir o presente trabalho, oferecendo para os meus estudos um de seus livros, pelos conhecimentos que me foram ofertados, durante a minha vida acadêmica, em que tive o prazer de presenciar todo seu amor em ensinar, principalmente a dignidade da pessoa humana.

Agradeço a Instituição, seu corpo docente, direção e administração por oferecer todos os meios para tornar esse sonho possível.

Agradeço aos meus amigos e também colegas de classe, que tive o prazer de conviver durante o meu trajeto, por todo o auxílio e a compreensão que só os alunos entre si entendem.

Agradeço, por fim, a mim mesma, por ser forte, mas também por me permitir aprender com os meus erros e melhorar. Por ter aguentado todos os momentos de ansiedade, de preocupação, medo e tristeza, por muitas vezes duvidar da minha capacidade. Por não me permitir desistir, nem quando tudo parecia confuso e sem solução. Agradeço a mim mesma por me mostrar que sou capaz. Agradeço a mim mesma por estar aqui hoje, por que nem toda a ajuda do mundo seria suficiente, se eu não acreditasse e lutasse por mim.

ABREVIATURAS E SIGAS

CC – Código Civil

CDC – Código de Defesa do Consumidor

STF – Supremo Tribunal Federal

RESUMO

A expansão dos mercados virtuais ensejaram não só em um avanço tecnológico, mas em uma transformação no mundo jurídico. Deste modo, surgiram diversas relações jurídicas carentes de tutela, assim como no fornecimento dos mais variados serviços e produtos no mercado de consumo, em especial ao serviço que possibilita, através de uma plataforma (site), a compra e venda de produtos pela internet, constituindo-se como um elo que interliga o vendedor e o comprador que utilizam o site. Verifica-se, portanto, que o indivíduo ao utilizar as plataformas virtuais, poderá assumir a posição de comprador e vendedor. Contudo, em relação ao comprador, nota-se uma relação clássica de consumo, em que há a oferta do produto a uma gama de consumidores, assumindo o consumidor o papel de comprador, não restando maiores dúvidas quanto a caracterização de uma relação de consumo e por consequência, a incidência do Código de Defesa do Consumidor (CDC). Controvérsias maiores surgem quando o indivíduo ao utilizar a plataforma, assume a posição de vendedor, em decorrência de lacunas doutrinárias e normativas que regulem diretamente o tema, lacuna que contribuiu para a imposição de abusividades por parte de muitos fornecedores, principalmente ao que se refere a tentativa de descaracterizar esta relação como sendo de consumo. Por meio da análise do Código de Defesa do Consumidor, da doutrina, no que concerne aos princípios norteadores das relações de consumo, aos seus elementos constitutivos, bem como aos dispositivos constitucionais e civis, este trabalho investigou a existência de uma relação de consumo entre o fornecedor de serviço de intermediação de vendas e a figura do vendedor que o utiliza. Nesse diapasão, ao analisar a relação estabelecida, nota-se que o vendedor, ao utilizar o serviço de intermediação, tem o objetivo de desfazer de um bem próprio, sem finalidade de comercialização, caracterizando-se, desta maneira, na conceituação de consumidor determinada pelo artigo 2º do CDC. No que se refere ao fornecedor, este realiza um serviço que possibilita, não somente a exposição de produtos no seu site, mas exerce atividades voltadas ao lucro indireto (o espaço cedido) e diretos (pagamento de taxas que prolongam a exposição dos produtos, percentual de lucro sobre a venda realizada, dentre outros), além de que toda a comunicação e contato entre as partes negociantes é realizada por intermédio do site, caracterizando na espécie de serviço trazido pelo art.3º, §2º do CDC. Atividades, portanto, que ultrapassam as

exercidas por meros veículos de anúncios. Ademais, trata-se de um serviço fornecido de forma habitual e profissional, conforme preceituado pelo art.3º do CDC, que traz o conceito de fornecedor. A vulnerabilidade, elemento primordial das relações de consumo, encontra-se presente pela complexidade das relações via Internet, presumindo-se que há, por parte do consumidor, um desconhecimento não só sobre o serviço que lhe é fornecido, mas ao campo virtual em que está inserido. Conclui-se, por fim, que resta caracterizada a relação de consumo, por apresentar todos os elementos para sua constituição, principalmente ao que se refere a vulnerabilidade, sendo cabível e necessário a incidência do Código Consumerista.

Palavras-chave: Código de Defesa do Consumidor. Mercado Virtual. Serviços de Intermediação. Relação de Consumo.

ABSTRACT

The expansion of virtual markets brought about not only a technological advance, but a transformation in the legal world. In this way, a number of legal relationships have emerged lacking in tutelage, as well as in the provision of the most varied types of services and products in the consumer market, especially to the service that enables, through a platform (site), the purchase and sale of products through internet, constituting as a link that links the seller and the buyer who use the site. It is verified, therefore, that the individual when using the platform, can assume the position of buyer and seller. However, in relation to the buyer, there is a classic relation of consumption, in which the product is offered to a range of consumers, assuming the consumer to be the buyer, there being no more doubts as to the characterization of a relation of consumption and consequently, the incidence of the Consumer Defense Code. Larger disputes arise when the individual using the platform assumes the position of seller, due to doctrinal and regulatory gaps that directly regulate the issue, a gap that has contributed to the imposition of abusiveness by many suppliers, especially with regard to attempt to de-characterize this relationship as being of consumption. Through the analysis of the Code of Consumer Protection, of the doctrine, regarding the guiding principles of consumer relations, its constituent elements, as well as constitutional and civil provisions, this work investigated the existence of a consumer relation between the supplier of sales intermediation service and the figure of the seller who uses it. In this context, when analyzing the relationship established, it is noted that the seller, when using the intermediation service, has the objective of undoing an asset of its own, with no commercial purpose, thus characterizing itself in the consumer conception determined by the Article 2 of the CDC. As far as the supplier is concerned, the company performs a service that not only allows the display of products on its website, but also carries out activities focused on indirect profit (space ceded) and direct (payment of fees that prolong product exposure, percentage of profit on the sale made, among others), besides that all communication and contact between the negotiating parties is carried out through the website, characterizing in the kind of service brought by art.3, §2º of the CDC. Activities, therefore, go beyond those carried out by mere advertising vehicles. In addition, it is a service provided in a habitual and professional way, as required by article 3 of the CDC, which brings the

concept of supplier. Vulnerability, a primordial element of consumer relations, is present in the complexity of Internet relations, assuming that there is a lack of knowledge on the part of the consumer not only about the service provided to him, but also the virtual field in which it's inserted. Finally, it is concluded that the relation of consumption remains characterized, since it presents all the elements for its constitution, mainly to which refers the vulnerability, being necessary and necessary the incidence of the Consumerist Code.

KEY-WORDS: Code of Consumer Protection. Virtual Market. Intermediation Services. Consumer relationship.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	10
2. NOÇÕES BASILARES DA TUTELA PROTECIONALISTA NAS RELAÇÕES CONSUMERISTAS	12
2.1 Breves noções sobre o termo “vulnerabilidade”	16
2.2 A temática do equilíbrio contratual	21
2.3 <i>Proteção à boa-fé nas relações de consumo</i>	24
3 CONSIDERAÇÕES BASILARES SOBRE CONTRATOS NA SEARA CONSUMERISTA	28
3.1 O contrato de adesão – problemas e desafios	35
3.2 Breves explicações sobre os serviços fornecidos pelas plataformas intermediadoras de vendas na rede mundial de computadores	40
4 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE MERCADOS VIRTUAIS NA REDE MUNDIAL DE COMPUTADORES	46
4.1 Teoria do risco e a reparação de danos	47
4.2 A discussão entre teorias maximalistas e finalistas e a teoria finalista atenuada para configuração do consumidor	61
4.3 Breves exposições sobre a responsabilidade civil dos mercadores virtuais na rede mundial de computadores – a natureza da relação entre vendedor e plataforma de vendas.	65
CONCLUSÃO	74
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	78

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho tem como finalidade analisar os elementos subjetivos (fornecedor e consumidor) e objetivos (produto ou serviço – objeto de consumo) e a estrutura da relação de consumo, bem como toda a sua principiologia, a fim de investigar a existência desta relação nos novos tipos de mercados virtuais que fornecem serviços de plataforma de intermediação de vendas e a figura do vendedor que utiliza este serviço.

Em virtude da crescente evolução tecnológica, ocorreu o surgimento de mercados virtuais ou lojas online, isto é, plataformas que objetivam a realização de compras e vendas via Internet, através de um site onde são disponibilizados produtos e serviços, proporcionando, de forma prática, a compra e venda pelo meio virtual.

A expansão dos mercados virtuais ocasionou uma transformação econômica e jurídica, traçando novas características as figuras já conhecidas nas relações clássicas de consumo, por meio da celebração de contratos eletrônicos.

Contudo, os contratos eletrônicos e a distância (considerando que não há contato pessoal entre as partes, ocorrendo à negociação por meio da própria plataforma), acarretou o surgimento de inúmeras relações de consumo carentes de tutela, que necessitaram da adequação da aplicação das normas de proteção aos consumidores a esse novo e recente tipo de mercado virtual.

Ademais, as lojas online ou mercados virtuais apresentavam familiaridade com os demais contratos de consumo realizados fora deste âmbito virtual, sendo perceptível a identificação dos elementos subjetivos, quando da realização de compras no site da loja, isto é, quando o consumidor encontrava-se na posição de comprador.

Todavia, a expansão destes mercados ocasionou o surgimento de situações diversas, como fornecedores de serviços de intermediação, que possibilitavam a comercialização de produtos, por meio uma plataforma de intermediação que permite a aproximação entre o vendedor e um interessado comprador.

A problemática se verifica pelo fato de que há lacunas jurídicas e doutrinárias que regulamentem diretamente o tema, tendo em vista a complexidade dessas relações jurídicas constituídas nos mercados virtuais, principalmente em relação ao fornecedor do serviço de intermediação e a figura do vendedor como consumidor.

Deste modo, o presente trabalho tem como objetivo o aprofundamento do tema, buscando desenvolver o conceito de serviços de intermediação, a fim de melhor compreensão deste como objeto de consumo.

Assim, através da pesquisa qualitativa, serão analisadas fontes secundárias, principalmente bibliográficas e documentais, em especial ao próprio Código Consumerista, de forma a fundamentar a sua incidência nos contratos eletrônicos realizados nos mercados virtuais, pelos seus próprios dispositivos.

Utilizando o método de abordagem do tema jurídico-compreensiva por meio do raciocínio indutivo, busca-se compreender a estrutura e os elementos das relações de consumo, visando à aplicação efetiva das normas do Código de Defesa do Consumidor (CDC), bem como analisar as relações consumeristas realizadas nos mercados virtuais, notadamente ao fornecedor de um serviço de plataforma de intermediação de vendas e a figura do vendedor que o utiliza, por meio de análises de dispositivos constitucionais, consumeristas e civis, principalmente os meios doutrinários, de forma a explorar toda a principiologia que norteia as relações consumeristas, como o princípio protecionista e as Teorias desenvolvidas para conceituação de consumidor, a forma como são aplicadas, bem como as Teorias que fundamentam a responsabilidade imposta aos fornecedores.

Dessa forma, o presente trabalho visa reforçar a tutela concedida aos consumidores pelo Código de Defesa do Consumidor, ao que se refere às plataformas que oferecem serviços de intermediação de vendas, conferindo ao vendedor, que utiliza este serviço, a qualidade de consumidor e aplicando a tutela determinada no CDC, considerando a frequente imposição de cláusula abusiva que visa transferir a responsabilidade do fornecedor a terceiros e a tentativa dos fornecedores, de modo geral, de descaracterizarem esta relação como sendo de consumo.

2 NOÇÕES BASILARES DA TUTELA PROTECIONALISTA NAS RELAÇÕES CONSUMERISTAS

A relação de consumo, conforme pregam autores tais como Bruno Miragem, Flávio Tartuce e Daniel Amorim Assumpção Neves, tudo em consonância com os ensinamentos de Cláudia Lima Marques, consiste em uma relação jurídica composta por elementos subjetivos (consumidor e fornecedor) e elementos objetivos (produto e/ou serviço), para sua construção, tendo como principal diferenciação das demais relações jurídicas a presença do elemento de vulnerabilidade de uma das partes, ensejadora da proteção estatal conferida através da legislação consumerista (TARTUCE, NEVES, 2017, p.34).

Assim, de forma simplificada, a relação de consumo é constituída pela presença de um fornecedor de produto ou serviço, o consumidor que irá utilizá-lo ou adquiri-lo (ato de consumo), e o objeto desta relação jurídica, sendo o elo entre estas duas figuras, o produto ou serviço.

No que concerne aos elementos subjetivos que integram as relações de consumo, temos a caracterização da figura do fornecedor, como toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviço, conforme determina o caput, do artigo 3º do CDC (BRASIL, 1990).

Percebe-se, dessa forma, que o CDC ampliou as pessoas que podem ser consideradas como fornecedoras, quanto as atividades por estas exercidas. Fornecedor, em breve resumo, é toda pessoa que exerce determinada atividade econômica, de forma habitual e profissional, visando determinada vantagem econômica, mesma que não tenha fins lucrativos. Assim, compreende-se pelo conceito de profissional, aquele que apresenta determinados conhecimentos sobre o produto ou serviço que fornece, colocando-os, seja pela realização de vendas de produtos ou serviços, a disposição de uma gama de consumidores (mercado de consumo). (TARTUCE, NEVES, 2017, p.80).

Nesse diapasão, no tocante a figura do consumidor, há várias teorias que visam conceituá-los, como a Teoria Finalista, Maximalista e por fim, a Teoria

Finalista Aprofundada ou Mitigada, que serão tratadas de forma melhor desenvolvida, posteriormente.

Salienta-se, que, além das teorias desenvolvidas pela doutrina, é importante o entendimento acerca da conceituação de consumidor equiparado, isto é, pessoas, que, para serem qualificadas como consumidoras, não há a necessidade que estas tenham praticado um ato de consumo (adquirir ou utilizar produto ou serviço), mas, que ensejam a incidência das normas protetivas do CDC por estarem sujeitas as práticas dos fornecedores nesse mercado, seja pela proteção a direitos difusos, como a coletividade, seja por acidentes ocasionados por fato ou defeito de produto ou serviço, mesmo que as vítimas não tenham realizado o ato de consumo, seja por estarem expostos as práticas comerciais que podem ser abusivas (MIRAGEM, 2016, p.158).

Diante deste contexto, a Carta Magna determina o comando legal ao Estado de garantir a defesa do consumidor, conforme seus artigos 5º, inciso XXXII e 170, inciso V¹, que determinam ao Estado assegurar a todos uma existência digna, em observância ao princípio da defesa do consumidor (TARTUCE, NEVES, 2017 p.32).

Dessa maneira, a relação consumerista fundamenta-se pelo Princípio Protecionista, princípio este consagrado como pilar do Código de Defesa do Consumidor, que parte da premissa do reconhecimento de sua vulnerabilidade, previsto em seu artigo 4º, inciso I (BRASIL, 1990):

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 (BRASIL, 1990);

Nesse diapasão, o reconhecimento da vulnerabilidade, isto é, a constatação de uma parte suscetível a sofrer abusos, ocasionando um desequilíbrio contratual, exige a aplicação de tutela estatal, em uma espécie de dirigismo contratual, tudo visando à paridade de poderes.

¹ 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 (BRASIL, 1990)”.

Cabe ao Estado, portanto, a defesa dos direitos fundamentais dos consumidores, assim como a criação de mecanismos que visem vedar as práticas abusivas no mercado de consumo, garantindo a efetiva proteção nas relações consumeristas, tanto no âmbito da defesa de seus interesses e direitos individuais, como difusos.

O Código de Defesa do Consumidor (CDC), instrumento valorativo para efetivação da tutela conferida aos consumidores e as relações consumeristas, tem como objetivo, através de suas normas, inibir qualquer tipo de abusividade nas relações de consumo, assegurando, notadamente em seu artigo 6º, os direitos básicos dos consumidores, como o direito a vida, a saúde e a segurança, dentre outros previstos em seus incisos, derivados do princípio da dignidade da pessoa humana, bem como os direitos da personalidade, tratando-se, portanto, de direitos indisponíveis pelos consumidores, isto é, direitos que não podem ser renunciados.

O direito à vida pode ser compreendido, principalmente, em relação aqueles serviços e produtos destinados ao consumidor, com o objetivo de preservação e melhoria de sua saúde, sendo aplicado, por exemplo, tanto para que as expectativas geradas pelo eventual resultado pretendido sejam satisfeitas pelos fornecedores em uma relação contratual, quanto em relação aos riscos que a contratação, que engloba o ato de consumo, podem acarretar ao meio ambiente, afetando a coletividade. A preocupação e proteção voltada a coletividade, demonstra a aplicação do CDC aos chamados consumidores equiparados, como mencionado anteriormente, previsto no artigo 2º, em seu parágrafo único, e outros que se equiparam, conforme preceitua os artigos 17 e 29 do Código de Defesa do Consumidor² (MIRAGEM, 2016, p. 211)

Sendo assim, como decorrência lógica, o direito a saúde e a segurança estão intimamente ligados ao direito à vida, considerando que tratam-se de direitos direcionados a preservação da saúde, tanto física quanto psíquica, e a segurança contra os possíveis riscos que aquela relação consumerista poderá ocasionar, tanto ao consumidor nas relações individuais, sua integridade física, por exemplo, quanto

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

Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

Art. 17. Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento.

Art. 29. Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas (BRASIL, 1990).”

a coletividade. Corroborando a ideia de proteção à saúde e segurança, preconizam os arts. 9º e 10º da Lei Consumerista (BRASIL, 1990):

(...) Art. 9º O fornecedor de produtos e serviços potencialmente nocivos ou perigosos à saúde ou segurança deverá informar, de maneira ostensiva e adequada, a respeito da sua nocividade ou periculosidade, sem prejuízo da adoção de outras medidas cabíveis em cada caso concreto.

Art. 10. O fornecedor não poderá colocar no mercado de consumo produto ou serviço que sabe ou deveria saber apresentar alto grau de nocividade ou periculosidade à saúde ou segurança.

§ 1º O fornecedor de produtos e serviços que, posteriormente à sua introdução no mercado de consumo, tiver conhecimento da periculosidade que apresentem, deverá comunicar o fato imediatamente às autoridades competentes e aos consumidores, mediante anúncios publicitários.

§ 2º Os anúncios publicitários a que se refere o parágrafo anterior serão veiculados na imprensa, rádio e televisão, às expensas do fornecedor do produto ou serviço.

§ 3º Sempre que tiverem conhecimento de periculosidade de produtos ou serviços à saúde ou segurança dos consumidores, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios deverão informá-los a respeito (BRASIL, 1990).

Percebe-se, portanto, que o CDC é um instrumento que objetiva tanto a proteção dos consumidores de forma individual, isto é, ao consumidor nas relações de consumo, quanto em relação ao mercado de consumo, em proteção aos direitos difusos, como ao meio ambiente, a coletividade, no que se refere a publicidades ou práticas abusivas comerciais, tudo em observância aos artigos 4º, inciso III e 6º, inciso IV, demonstrando a preocupação em conferir a proteção ao consumidor, de modo amplo (MIRAGEM, 2016, p.216):

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:

III – harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores (BRASIL, 1990);

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

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 (BRASIL, 1990);

Ademais, as normas protetivas previstas no CDC, visam além de inibir as práticas abusivas, elencado-as em seu artigo 39, de forma exemplificativa, determina e regulamenta os deveres jurídicos determinados aos fornecedores, bem como o procedimento e sanções em decorrência da violação destes mesmos

deveres, como dispõe o artigo 14, que determina a responsabilidade dos fornecedores na reparação de danos, além do artigo 51, do mesmo códex, que confere nulidade as cláusulas abusivas, declarando-as sem efeitos nos contratos de consumo, por exemplo. Outrossim, em decorrência do princípio protecionista, o juiz deve conhecer de ofício quando constatar a presença de cláusulas abusivas na relação de consumo, declarando, desse modo, a sua nulidade (TARTUCE, NEVES, 2017, p.32³).

O Código de Defesa do Consumidor, desse modo, aplica a tutela concedida aos consumidores, antes, durante a execução do contrato, quanto posteriormente a sua extinção. Em outras palavras, o CDC possui normas que tem o condão de vedar a imposição de abusividades, como mencionado em seu artigo 39, além do reconhecimento de outras situações que possam colocar o consumidor em posição de desvantagem, bem como assegura a reparação de danos, conforme preconiza o artigo 14⁴ do CDC, anteriormente mencionado, quando da ocorrência de violação aos direitos dos consumidores e o não atendimento aos deveres jurídicos impostos aos fornecedores. No que se refere à extinção do fornecimento do serviço ou produto, protege o consumidor quanto a eliminação destes no meio ambiente, visando o consumo sustentável, por exemplo (MIRAGEM, 2016, p.217).

Entende-se, por fim, que o CDC fundamenta-se pelo princípio protecionista, reconhecendo a vulnerabilidade do consumidor nas relações de consumo, dispondo de normas que determinam os deveres impostos aos fornecedores, a reparação quando da ocorrência de danos causados aos consumidores, bem como visa coibir práticas abusivas, em defesa aos direitos individuais na relação de consumo, bem como aos direitos da coletividade.

2.1 Breves noções sobre o termo “vulnerabilidade”

³ Aqui não podemos esquecer a famigerada Súmula 381 do STJ, um retrocesso em matéria consumerista, que assim diz: “Nos contratos bancários, é vedado ao julgador conhecer, de ofício, da abusividade das cláusulas”. Cremos que a Súmula (que não é vinculante) é uma ofensa a disposição expressa do CDC e que, bem analisada, padece até de constitucionalidade, considerando, inclusive, o conceito de vedação do retrocesso social, essencial para tutela de direitos fundamentais enquanto conquistas históricas. Os direitos do consumidor são direitos de terceira dimensão, abarcam coletividades indeterminadas, e não podem ser mitigados por entendimentos sumulares de Tribunais (BRASIL, 2009).

⁴ 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 (BRASIL, 1990)”.

O elemento da vulnerabilidade, reconhecido pelo Código de Defesa do Consumidor em seu artigo 4º, inciso I⁵ e ensejador do princípio protecionista, pode ser conceituado pela identificação de fraqueza do consumidor perante o fornecedor, e por consequência, sua eventual exposição à abusividades, gerando o desequilíbrio na relação de consumo (BRASIL, 1990).

O Código de Defesa do Consumidor, como o principal instrumento de segurança e preservação dos interesses dos consumidores, sem prejuízo dos demais, confere aos consumidores a qualidade de vulneráveis, de forma absoluta. Essa premissa parte da presunção do desconhecimento do consumidor perante o produto ou serviço que lhe é oferecido, considerando que cabe ao fornecedor deter os conhecimentos sobre seus produtos e/ou serviços.

Desse modo, o consumidor, a princípio, não possui o poder de direção da relação de consumo, estando suscetível a arbitrariedades frente ao fornecedor, necessitando, portanto, da disposição de normas especiais que visem conferir equilíbrio e paridade de forças na relação consumerista, notadamente a aplicação do princípio protecionista direcionado a figura do consumidor (MIRAGEM, 2016, p.128).

Todavia, o conceito de vulnerabilidade não ostenta forma uniforme, isto é, todo consumidor é vulnerável por força da lei, mas nem todo consumidor será vulnerável da mesma maneira, existindo, assim, tipos de vulnerabilidades que se diferem e que devem ser analisadas dadas as especificidades dos casos concretos, sendo determinadas conforme a relação estabelecida entre o consumidor e o fornecedor (MIRAGEM, 2016, p.129).

Nesse diapasão, conforme os ensinamentos da autora, Cláudia Lima Marques, a vulnerabilidade é constituída por diferentes espécies, dentre elas se destacam a vulnerabilidade técnica, jurídica, a vulnerabilidade fática e sua subespécie, a vulnerabilidade informacional (MARQUES, 2005, p.320).

A vulnerabilidade técnica consistiria na presunção da falta de conhecimento, por parte do consumidor, da estrutura ou especificações do serviço ou produto que lhe é proporcionado. Em contrapartida, há a presunção que o fornecedor detém dos conhecimentos substanciais em relação ao objeto de consumo que oferta. Desta

⁵ 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 (BRASIL, 1990).”

forma, é exigido da figura do fornecedor de produto ou serviço possuir o conhecimento aprofundado do objeto da relação consumerista e tem-se a presunção da falta dos mesmos conhecimentos por parte do consumidor. A vulnerabilidade técnica se refere, portanto, a falta de conhecimentos específicos do produto ou serviço ofertado no mercado de consumo.

Todavia, tal presunção de vulnerabilidade técnica não seria presumida a todos os qualificados como consumidores, considerando que, dada a relação consumerista estabelecida entre a figura do consumidor e do fornecedor, não há como esperar que o consumidor seja sempre leigo no assunto, isto é, os consumidores profissionais (consumidores intermediários), por exemplo, presume-se que possuam os conhecimentos, ao menos básicos, sobre o produto ou serviço, em vista da atividade profissional que exerce. Por outro lado, subsiste a presunção de vulnerabilidade técnica quando não se possa deduzir que a atividade profissional exercida pelo consumidor, lhe permita deter os conhecimentos necessários sobre o produto ou serviço fornecido (MIRAGEM, 2016, p.129).

No que se refere à vulnerabilidade jurídica esta pode ser compreendida pela ausência de conhecimentos acerca dos direitos e deveres inerentes a relação de consumo estabelecida, por parte do consumidor. Desta forma, tal desconhecimento jurídico englobaria as eventuais consequências da relação contratual, isto é, os efeitos jurídicos que o contrato celebrado poderá acarretar ao patrimônio do consumidor, principalmente ao que se refere ao consumidor, pessoa natural, mediante o fornecedor de serviços e/ou produtos, pessoa jurídica (MIRAGEM, 2016, p.129).

Porém, não podemos olvidar que tal presunção de vulnerabilidade jurídica resta relativizada perante o consumidor pessoa jurídica ou consumidor profissional, considerando que parte do pressuposto de que estes possuem conhecimentos sobre os direitos e deveres inerentes aos contratos de consumo que celebra.

A vulnerabilidade fática apresenta conceito amplo, abrangendo diversas situações que derivam da fragilidade do consumidor. Em outras palavras, como forma exemplificativa, temos o consumidor criança e o consumidor idoso, que por razões de suas qualidades específicas e peculiares, estão mais suscetíveis as propagandas comerciais, isto é, trata-se de uma vulnerabilidade ocasionada por temos subjetivos, aplicados a pessoa consumidora, e não somente em virtude do seu *status* de consumidor.

Assim, os idosos e as crianças, dada pela sua falta de percepção, discernimento para avaliar ou compreender as coisas com clareza, estariam mais vulneráveis as ofertas comerciais, em comparação com os demais consumidores (MIRAGEM, 2016, p.130).

Nesta mesma situação, encontram-se os consumidores analfabetos, que não teriam pleno conhecimento sobre a relação de consumo celebrada ou acesso a tais informações para melhor entendimento dos efeitos da relação contratual. Dessa maneira, apenas a constatação da vulnerabilidade jurídica e técnica, não seriam suficientes, considerando que trata-se de consumidor que encontra-se em desvantagem perante o fornecedor, não somente pela sua qualificação como consumidor, mas também pelas características inerentes à aquele indivíduo, que acabam por afetar diretamente sua compreensão sobre a relação de consumo que realiza (MIRAGEM, 2016, p.130).

Neste sentido, a subespécie de vulnerabilidade informacional se coaduna, considerando que trata-se de uma vulnerabilidade que coloca o consumidor em posição passiva, a *priori*, tendo em vista os apelos comerciais, como o marketing, principalmente com a utilização de artistas para a publicidade, de modo que o consumidor seja induzido a consumir, não obtendo, muitas das vezes, informações sobre a veracidade dos fatos que lhe são apresentados (MIRAGEM, 2016, p. 130).

Não obstante, diante de diversas relações jurídicas que podem ser estabelecidas, principalmente nas relações de consumo, a vulnerabilidade do consumidor será constatada com a devida observância ao caso concreto. Isto é, há outras formas de vulnerabilidades que o consumidor possa ser submetido dependendo da relação jurídica estabelecida, até mesmo ao tipo de consumidor, bem como ao produto ou serviço oferecido, quanto ao próprio fornecedor dos mesmos, não estando assim, o reconhecimento da vulnerabilidade restrita a somente estes quatro tipos de espécies conceituadas.

Entende-se, portanto, que o consumidor continua vulnerável, mesmo que não lhe sejam aplicadas as espécies conceituadas sobre os tipos de vulnerabilidades em que o consumidor possa estar suscetível.

Salienta-se, deste modo, que a presunção de vulnerabilidade é absoluta ao que se refere aos consumidores previstos no artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor, já que tratam-se de destinatários finais do produto ou serviço, do qual a doutrina e jurisprudência não apontam divergências quanto esta aplicação de

vulnerabilidade. Todos os consumidores finais são, em regra, absolutamente vulneráveis (BRASIL, 1990).

É necessário, portanto, observância as Teorias da conceituação de consumidor aplicadas. A vulnerabilidade, neste sentido, seria relativizada quanto a qualificação ou não da figura envolvida na relação jurídica, como consumidora. Assim, os consumidores intermediários, por força da aplicação da Teoria adotada para este presente trabalho, qual seja, a Teoria Mitigada ou Finalista Aprofundada, devem comprovar sua vulnerabilidade para serem qualificados como consumidores e ensejarem a proteção conferida pelo Código de Defesa do Consumidor.

Em contrapartida, apenas a título informativo, de acordo com a Teoria Finalista, a qualificação de consumidor não seria conferida a estas pessoas, tendo em vista que a Teoria Finalista consiste em uma teoria restritiva, que somente abrange os consumidores que sejam destinatários finais e econômicos do produto e/ou serviço. Por outro lado, de acordo com a Teoria Maximalista, os consumidores intermediários já irradiariam a proteção conferida aos consumidores, sem necessidade de comprovação de sua vulnerabilidade, considerando que se refere a uma teoria ampliativa de conceituação de consumidor. Trata-se de temas que serão mais aprofundados nos tópicos abaixo, no presente trabalho.

A vulnerabilidade consiste, portanto, como demonstrado, em elemento primordial para a configuração da relação de consumo, apresentando diversas formas de serem reconhecidas, dadas as diversas relações consumeristas existentes, principalmente pelo mercado de consumo estar em constante transformação, não sendo possível ao mundo jurídico prever todas as formas de vulnerabilidade que o consumidor possa ser submetido. Desse modo, reconhecida sua vulnerabilidade, *status* de desvantagem de paridades de forças, de desconhecimento sobre o objeto de consumo ou de seus direitos e deveres na relação contratual, dentre outras situações, a relação jurídica é submetida à aplicação do CDC, estando configurada a relação de consumo.

Entretanto, reforça-se, ainda, que a vulnerabilidade não pode ser confundida com a hipossuficiência. A principal diferença entre elas se refere ao fato de que a vulnerabilidade trata-se de presunção absoluta, conferida a todos os consumidores, enquanto a hipossuficiência, questão de ordem processual, a ser apreciada, especialmente para concessão ou não de inversão de ônus da prova em um litígio consumerista, precisa ser analisada, caso a caso, não sendo aplicada

genericamente. Isto é, todo consumidor será vulnerável por força da lei, mas nem todo consumidor será hipossuficiente.

A hipossuficiência, conforme já rapidamente exposto, é uma prerrogativa que poderá ser concedida ao consumidor, em uma relação processual, por exemplo, conforme dispõe o artigo 6º, VIII do Código de Defesa do Consumidor, que consiste na 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. Assim, em virtude da igualdade processual e de paridade de forças, poderá ser invertido o ônus da prova para facilitar a comprovação de determinado fato, quando o consumidor não obter dos meios para obtenção das provas e/ou não possuir meios econômicos para tanto (BRASIL, 1990).

Por fim, conclui-se que a noção de vulnerabilidade norteia-se pela identificação de fraqueza ou debilidade de uma das partes da relação jurídica, em razão de determinadas situações ou qualidades que lhe são inerentes, bem como de uma posição de força identificada na outra parte da relação, exigindo e ensejando a aplicação de normas especiais, que visem a efetiva proteção e o equilíbrio da relação de consumo estabelecida. A hipossuficiência, por outro lado, trata-se de direito básico do consumidor, notadamente ao âmbito processual, quando verificadas condições que dificultem a comprovação da veracidade dos fatos alegados. Portanto, ao contrário da hipossuficiência, a vulnerabilidade torna-se presumida, seja absolutamente, quanto aos consumidores que são destinatários finais, seja posteriormente e relativamente, quando necessitar da demonstração da condição de sua vulnerabilidade, não se presumindo a hipossuficiência.

2.2 A temática do equilíbrio contratual

O Código de Defesa do Consumidor impõe normas imperativas que visam proteger o consumidor de abusividades. Desse modo, estabelecida uma relação de consumo entre as partes, esta deve ser conduzida de acordo com as normas do CDC, em observância aos seus princípios norteadores, principalmente em respeito ao equilíbrio contratual (MARQUES, 2005, p.873).

Desta maneira, a relação consumerista, dado pelo reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor perante o fornecedor, encontra-se, assim, em patente hipótese de desequilíbrio entre contratantes, tendo em vista que não há paridade de forças entre as partes. O CDC, portanto, busca equilibrar e garantir a igualdade na relação de consumo, por meio de suas normas, afastando qualquer cláusula abusiva ou disposições que confirmem desvantagens ou ônus excessivos ao consumidor.

O princípio do equilíbrio, desse modo, restringe a limitação do fornecedor nas relações contratuais, bem como em qualquer tipo de relação de consumo existente, pois veda o abuso do direito por parte do fornecedor. Em outras palavras, o princípio do equilíbrio ou da harmonização das relações consumeristas, tem como objetivo proteger o consumidor, dado a sua vulnerabilidade, assegurar e reforçar o equilíbrio na relação de consumo, seja ela contratual ou extracontratual (contrato verbal, por exemplo), de modo a compatibilizar os interesses dos consumidores e dos fornecedores, garantir o desenvolvimento da igualdade substancial, mandamento presente na Carta Magna, em seu art. 5º, caput⁶, por meio de normas que inibam e punam comportamentos arbitrários por partes dos fornecedores, bem como em contrariedade aos princípios basilares do CDC (MIRAGEM, 2016, p.148).

No que concerne à execução de contratos consumeristas, o princípio do equilíbrio contratual é usado como norte para a interpretação de cláusulas do próprio contrato estipulado, de modo a proteger e defender os interesses dos consumidores, conforme preceitua o artigo 47⁷ do CDC (MARQUES, 2005, p.877).

Insta trazer a baila, como forma exemplificativa da aplicação do princípio do equilíbrio nas relações de consumo: os artigos 4º, III e artigo 51, ambos do CDC, que dispõem sobre a harmonização entre as partes na relação consumerista, como a declaração de nulidade de cláusulas abusivas, bem como aquelas que, manifestamente são aceitas pelo consumidor, mas que venham a configurar em desvantagem excessiva ou que estejam em contrariedade aos princípios e as normas dispostas no CDC (BRASIL, 1990).

Nesse diapasão, o contrato de consumo não é considerado em sua integridade nulo, mesmo que presentes cláusulas abusivas, acarretando a aplicação

⁶ 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 [...] (BRASIL, 1990).”

⁷ Art. 47: “As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor (BRASIL, 1990).”

da nulidade somente as disposições que forem arbitrárias, que causem ônus excessivos ou que venham a prejudicar o consumidor, isto é, apenas as disposições que afetem o equilíbrio da relação de consumo. Todavia, conforme prevê o artigo 51, §2º do mesmo códex, há, em decorrência deste princípio, o preenchimento de eventuais lacunas quando houver necessidade de integração do contrato, bem como a nulidade total do contrato quando este, apesar dos esforços, acarretar mais desvantagens ou ônus exagerados ao consumidor (MIRAGEM, 2016, p.148).

Entende-se, portanto, que, em decorrência do princípio protecionista, a simples manifestação de vontade das partes não constitui fator determinante para não ensejar a proteção ao consumidor nas relações consumeristas, considerando que o Código exige a aplicação de princípios que devem ser observados, como o princípio da boa fé e do equilíbrio contratual (MARQUES, 2005, p.873).

Nesse contexto da vontade das partes e a aplicação do CDC, é essencial reforçar, para melhor compreensão, que, diante da fragilidade do consumidor é necessário assegurar a paridade de forças, a fim de efetivar a igualdade dentro da relação consumerista, portanto, constatada qualquer situação que venham afetar diretamente o equilíbrio da relação de consumo, a manifestação de vontade das partes não prevalece.

Assim, dada a vulnerabilidade do consumidor, a tutela conferida ao consumidor se efetiva, em ênfase, também durante a execução da relação de consumo, seja contratual ou extracontratual, relativizando o princípio do *pacta sunt servanda*, para maior proteção dos direitos e interesses dos consumidores, como preconiza o artigo 6º, V, do CDC, tendo em vista que confere ao consumidor a prerrogativa de modificação de cláusulas que venham a estabelecer prestações desproporcionais ou que, por meio de uma revisão de contrato as tornem excessivamente onerosas para o consumidor, demonstrando, portanto, a possibilidade de revisão do contrato quando houver o comprometimento do equilíbrio contratual (MIRAGEM, 2016, p.149).

Nota-se, portanto, que o princípio do equilíbrio está estritamente ligado ao elemento de vulnerabilidade do consumidor, sendo consequência do princípio protecionista, notadamente no que se presume que o consumidor possa apresentar várias espécies de vulnerabilidades, especialmente ao que se refere ao desconhecimento de seus direitos e deveres em uma relação consumerista, estando,

deste modo, suscetível as propostas dos fornecedores, dado a sua ignorância sobre o tema.

Entende-se, por fim, que o Código de Defesa do Consumidor, para maior efetivação da tutela concedida aos consumidores e por meio do princípio protecionista, possui normas com o condão de garantir o equilíbrio entre as partes, harmonização de seus interesses e proteção aos consumidores sobre eventuais abusividades que possam ser submetidos, de modo a assegurar a paridade de forças na relação consumerista.

2.3 Proteção à boa-fé nas relações de consumo.

As relações contratuais, notadamente as relações de consumo, devem ser regidas de modo a constar informações necessárias e importantes em relação ao negócio jurídico celebrado, assim como pautadas na transparência e lealdade ao cumprimento das obrigações.

Deste modo, a boa fé objetiva, por se tratar de um conceito amplo, abrange os deveres de informação, transparência, de respeito e confiança.

No que concerne a relação de consumo, trata-se de um preceito maior, que deve ser extremamente observado nas relações consumeristas, presente no artigo 4º, III⁸, do CDC (BRASIL, 1990).

O Código apresenta o conceito de boa fé, de forma objetiva, isto é, caracterizada pelo comportamento das partes na relação estabelecida, não verificando, para sua configuração, a análise de critérios subjetivos, como a intenção, mas sim, ao dever implícito imposto as partes de agirem com cuidado, o dever de informação, respeito, lealdade, transparência e em destaque, a confiança. A boa fé objetiva consiste, desta maneira, em regra de conduta a ser adotada em qualquer relação jurídica, notadamente a relação consumerista em comento.

⁸ 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:
(...) III – harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores (BRASIL, 1990)”.

Assim, a boa fé objetiva impõe as partes o dever de informação quanto as informações pertinentes e necessárias para a realização do contrato, bem como veda comportamentos contraditórios que frustrem as legítimas expectativas geradas ao consumidor e a confiança depositada, tendo em vista os direitos básicos dos consumidores, previstos no artigo 6º, incisos, do mesmo códex, principalmente ao que se refere a segurança, saúde e vida (BRASIL, 1990).

Nesse diapasão, a boa-fé objetiva apresenta determinadas funções básicas, consistente na geração de regras de condutas (função criadora), fixando deveres, como lealdade, cooperação, ética entre as partes da relação de consumo estabelecida, limitadora, bem como definidora de direitos e deveres nas relações e também a função interpretadora, tendo em vista que é utilizada como princípio para análise dos contratos consumeristas (MARQUES, 2005, p.215).

A título exemplificativo da amplitude do princípio da boa-fé objetiva, temos o dever de informar, previsto no artigo 6º, II, III⁹ e o artigo 9º, ambos do CDC, que determinam ao fornecedor de produto ou serviço o dever de informar o consumidor, quanto ao perigo e a nocividade do produto e/ou serviços ofertados no mercado de consumo, de modo a proteger a integridade física e psíquica do consumidor, bem como a sua proteção patrimonial (TARTUCE, 2017, p.42).

Como decorrência deste mesmo princípio e o dever de informação, transparência, preceitua o artigo 39 do mesmo códex, a exigência ao fornecedor de que ao ofertar e apresentar seu produto ou serviço no mercado, preste as informações corretas, claras e precisas das informações substanciais do seu objeto de consumo (BRASIL, 1990).

Ademais, o CDC impõe deveres que devem ser observados, não somente ao que concerne as informações sobre o produto ou serviço que disponibiliza no mercado, mas de modo que o consumidor possa compreender as informações prestadas (MIRAGEM 2016, p.145).

A violação aos deveres impostos aos fornecedores acarretam sanções, previstas no próprio Código de Defesa do Consumidor, considerando que por força de sua objetividade, a imposição de reparação de danos, independe de culpa do

⁹ Art. 6º: “São direitos básicos do consumidor:

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 (BRASIL, 1990).”

fornecedor, isto é, não há critérios subjetivos a serem analisados, como a intenção, para restar caracterizado a violação ao princípio da boa fé objetiva nas relações consumeristas, de modo geral. A imputação da responsabilidade de forma objetiva está prevista nos artigos 12, 14 e 18 do CDC ¹⁰, bem como prevê as consequências derivadas da violação a tais deveres e ao princípio da boa-fé objetiva inerente aos contratos de consumo (BRASIL, 1990).

Salienta-se, ainda, que não é necessário que a violação tenha decorrido de uma relação contratual, considerando que a boa-fé objetiva norteia qualquer relação consumerista estabelecida, e gera deveres e direitos implícitos, isto é, que não precisam estar estipulados e previstos em um contrato para serem cumpridos ou respeitados.

Um exemplo da boa-fé objetiva sendo aplicada em via extracontratual, está previsto no artigo 6º, IV ¹¹, que confere como direito básico do consumidor a proteção contra publicidade enganosa e abusiva, bem como proteção contra métodos comerciais coercitivos ou desleais, também previstos em seus artigos 36 e 37 respectivamente, conferindo, deste modo, tanto a determinação da boa-fé objetiva nas relações contratuais, quanto extracontratuais (BRASIL, 1990).

Neste sentido, a boa-fé objetiva tutela o consumidor mesmo fora do âmbito contratual, impondo regras comportamentais, em respeito a ética, transparência e confiança.

Outro exemplo a ser verificado da ocorrência do princípio da boa-fé objetiva está preceituado no artigo 25 do mesmo códex, que veda a estipulação contratual de cláusula que impossibilite, exonere ou atenua a obrigação de indenizar, do

¹⁰ 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.

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.

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 as 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 (BRASIL, 1990).”

¹¹ Art. 6º: “São direitos básicos do consumidor:

(...) 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 (BRASIL, 1990)”.

fornecedor. Em total afirmação do princípio da boa-fé, notadamente ao dever de ética e proteção a confiança, bem como a tutela patrimonial do consumidor (BRASIL, 1990).

Sua função limitadora pode ser demonstrada pelos artigos 39 e 51 do Código Consumerista. O artigo 39 estabelece o conceito de abuso de direito, conferindo a ilicitude de comportamentos previstos em seus incisos, de forma exemplificativa, que contrariem e violem a boa-fé objetiva que norteia as relações de consumo. Por outro lado, temos o artigo 51, que confere nulidades as cláusulas abusivas (BRASIL, 1990).

Verifica-se, portanto, que há responsabilidade, em decorrência do princípio da boa-fé objetiva, tanto pré-contratual e pós-contratual, em ênfase a responsabilidade extracontratual. Em âmbito contratual, o artigo 48¹² do mesmo códex, estabelece a exigência de uma conduta leal, ética em todas as fases do negócio jurídico (BRASIL, 1990).

Conclui-se, por fim, que o princípio da boa-fé objetiva busca proteger e inibir comportamentos arbitrários, que venham a ferir o equilíbrio das relações de consumo, bem como proteger os direitos dos consumidores, de modo a se evitar que os contratos sejam utilizados como mecanismos para se auferir vantagens indevidas, ônus excessivo as partes ou por quaisquer outros meios que venham colocar em desvantagem o consumidor, ferindo assim, o equilíbrio contratual.

¹² Art. 48: “As declarações de vontade constantes de escritos particulares, recibos e pré-contratos relativos às relações de consumo vinculam o fornecedor, ensejando inclusive execução específica, nos termos do art. 84 e parágrafos.

Art. 84. Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

§ 1º A conversão da obrigação em perdas e danos somente será admissível se por elas optar o autor ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente.

§ 2º A indenização por perdas e danos se fará sem prejuízo da multa (art. 287, do Código de Processo Civil).

§ 3º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou após justificação prévia, citado o réu.

§ 4º O juiz poderá, na hipótese do § 3º ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando prazo razoável para o cumprimento do preceito.

§ 5º Para a tutela específica ou para a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz determinar as medidas necessárias, tais como busca e apreensão, remoção de coisas e pessoas, desfazimento de obra, impedimento de atividade nociva, além de requisição de força policial (BRASIL, 1990)”.

3 CONSIDERAÇÕES BASILARES SOBRE CONTRATOS NA SEARA CONSUMERISTA

Para melhor compreensão sobre a constituição de uma relação contratual consumerista, é necessário o entendimento sobre a caracterização de uma relação de consumo, que consiste na presença da figura do consumidor, fornecedor (elementos subjetivos) e do objeto de consumo, que se traduz no produto ou serviço fornecido (elementos objetivos).

Nesse ínterim, consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final, conforme prevê o 2º artigo do Código de Defesa do Consumidor, isto é, a definição básica de consumidor, sem, por ora, atentar especificadamente as Teorias de Consumidor existentes na doutrina, que serão discutidas posteriormente, pode ser conceituada como aquele que adquire um produto ou serviço para seu uso privado (BRASIL, 1990).

Fornecedor, em breve resumo, é toda pessoa que exerce determinada atividade econômica, de forma habitual e profissional, visando determinada vantagem econômica. De forma detalhada, a atividade econômica exercida pelo fornecedor estaria ligada, em decorrência lógica, ao produto ofertado ou a prestação do serviço, tendo a presença de habitualidade (realização da atividade de forma contínua, não esporádica), profissionalidade (conhecimentos sobre o produto fornecido ou a prestação de serviços), com finalidade intrínseca de lucro, mesmo que indiretamente.

Assim, o fornecedor é considerado, seja por que detém dos recursos necessários, seja pelo conhecimento do produto ou serviço que fornece, a parte forte na relação jurídica, partindo da presunção que é dever deste conhecer as especificações técnicas do produto ou ter ciência de toda a estrutura do serviço que oferece, estabelecido seu conceito no artigo 3º do mesmo dispositivo, como:

Art. 3º: Toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviço”, dirigidos a uma gama de consumidores, isto é, o mercado de consumo (BRASIL, 1990).

Nesse sentido, presente os elementos subjetivos e objetivos, resta caracterizada a estrutura das relações de consumo, em observância ao seu elemento primordial: a vulnerabilidade do consumidor, que enseja a aplicação do CDC,

através do princípio protecionista, assegurando o equilíbrio contratual, a paridade de forças, harmonizando os interesses das partes.

No que se refere ao âmbito da proteção contratual do consumidor, o Código de Defesa do Consumidor regula e limita o conteúdo dos contratos de consumo, principalmente no que se refere a proteção pré-contratual, bem como a própria formação de contratos consumeristas. Considerando que as relações de consumo se operam mediante a vulnerabilidade de uma das partes, o CDC impõe disposições que devem ser observadas na formação do contrato, conforme preceitua o artigo 46 e seguintes ¹³ do CDC, que tratam da proteção contratual, bem como na conduta do fornecedor, conforme dispõe o artigo 6º, incisos III e IV ¹⁴, de modo a observar o princípio da informação, transparência e boa fé, inerentes as relações consumeristas.

Nesse diapasão, diante da vulnerabilidade do consumidor é necessário a proteção da real vontade de contratar do consumidor, de modo que este não seja induzido por publicidades ¹⁵ enganosas, abusivas ou submetido a arbitrariedades,

¹³ Art. 46: “Os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance.

Art. 47. As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor.

Art. 48. As declarações de vontade constantes de escritos particulares, recibos e pré-contratos relativos às relações de consumo vinculam o fornecedor, ensejando inclusive execução específica, nos termos do art. 84 e parágrafos.

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.

Art. 50. A garantia contratual é complementar à legal e será conferida mediante termo escrito.

Parágrafo único. O termo de garantia ou equivalente deve ser padronizado e esclarecer, de maneira adequada em que consiste a mesma garantia, bem como a forma, o prazo e o lugar em que pode ser exercitada e os ônus a cargo do consumidor, devendo ser-lhe entregue, devidamente preenchido pelo fornecedor, no ato do fornecimento, acompanhado de manual de instrução, de instalação e uso do produto em linguagem didática, com ilustrações (BRASIL, 1990).”

¹⁴ Art. 6º: “São direitos básicos do consumidor:

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

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 (BRASIL, 1990)”.

¹⁵ Salienta-se, que, embora majoritariamente a doutrina, bem como a jurisprudência, não distinguem publicidade de propaganda, sendo estas sinônimas, o Código de Defesa do Consumidor entende de maneira diversa. Desse modo, publicidade pode ser caracterizada como aquela que possui fins comerciais de consumo e circulação de riquezas, envolvendo uma remuneração direta, isto é, uma remuneração por contraprestação, mediante o cumprimento de uma obrigação e seu respectivo pagamento, por exemplo, através da figura do patrocinador. Em contrapartida, propaganda pode ser entendida como aquela que possui fins políticos, sociais, culturais e ideológicos, sem a intenção de

como as que lhe acarretem desvantagens excessivas. Trata-se de uma vontade protegida pelo Direito em relação ao contratante mais fraco, considerando que não estamos diante de uma relação contratual pautada no equilíbrio entre as partes, até porque não há, em seara consumerista, a presunção de que as partes são igualmente livres para contratar, sem qualquer distinção de poder em relação a cada uma (MARQUES, 2005, p. 714).

Desta maneira, diante da aplicação do CDC e em reflexo ao seu princípio protecionista, em especial ao seu artigo 46 e seguintes, o consumidor é protegido em todas as fases contratuais, até mesmo aquelas que se operam anteriormente a formação do contrato, isto é, em seu nascimento, bem como na formação do próprio instrumento contratual (BRASIL, 1990).

Nesse sentido, a oferta do fornecedor é o elemento inicial do contrato. Trata-se de manifestação de vontade de uma das partes para a realização de um negócio jurídico. A proteção conferida aos consumidores pelo CDC, busca, deste modo, que o consumidor ao aceitá-la, esteja exprimindo sua real manifestação de vontade, sem ser induzido ao erro ou em decorrência de uma publicidade enganosa, bem como qualquer comportamento do fornecedor que possa lhe trazer prejuízos (MARQUES, 2005, p. 720).

Destarte, o artigo 30 do Código de Defesa do Consumidor confere caráter vinculante para a oferta, isto é, toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado. Deste modo, por meio do princípio da vinculação, o fornecedor não pode negar-se a contratar, de modo que introduz e prevalece em contrato eventualmente celebrado, os termos da oferta inicial (TARTUCE, 2017, p.420).

Tal entendimento está reforçado no artigo 35 do CDC, que diz que, embora a oferta inicial configura-se, inicialmente, como fase pré-contratual, no momento em que o consumidor declara sua vontade em aceitá-la, em verdade deve ser compreendido no sentido de que a oferta automaticamente estará inserida no contrato, não podendo o fornecedor negar seu cumprimento. Em caso contrário, o consumidor poderá, a fim de direito, exigir o cumprimento forçado da obrigação, nos

lucro e portanto, sem haver uma ligação direta com um patrocinador, como propagandas do governo realizadas para incentivo ou prevenção de alguma doença (TARTUCE, 2017, pág.419).

termos da oferta, apresentação ou publicidade, aceitar outro produto ou prestação de serviço equivalente ou até mesmo, extinguir o contrato, mediante as devidas indenizações (BRASIL, 1990).

O artigo 35¹⁶ da Lei Consumerista demonstra, portanto, o resultado da força vinculativa da oferta, tendo em vista que a oferta integra o contrato eventualmente celebrado, prevalecendo sobre as demais cláusulas contratuais que lhe sejam contrárias, bem como a qualquer cláusula que venha relativizar o efeito vinculante concedida a oferta inicial, em respeito e observância ao princípio vinculativo, bem como a aplicação do princípio protecionista ao consumidor. Ademais, em casos de oferta em que é utilizada a publicidade, o CDC possui um tópico próprio que regulamenta e pune publicidade enganosa, bem como abusiva, por parte do fornecedor, conforme preceituado em seu artigo 36 e seguintes¹⁷. Tenhamos ainda que tudo aqui esboçado possui íntima ligação com a boa-fé objetiva. Uma contratação, mesmo no momento das pontuações preliminares, gera expectativas. Há o dever da coerência e do comportamento não contraditório. É preciso evitar acrasias. Expectativas legitimamente criadas, fruto de falas objetivas e promessas sedutoras de contratação, de forma alguma podem ser extintas (BRASIL, 1990).

Reforça-se, ainda, que, por meio do diálogo de fontes, isto é, a comunicação entre os demais dispositivos do nosso ordenamento jurídico, como o Código Civil, o

¹⁶ Art. 35: “Se o fornecedor de produtos ou serviços recusar cumprimento à oferta, apresentação ou publicidade, o consumidor poderá, alternativamente e à sua livre escolha:

I – exigir o cumprimento forçado da obrigação, nos termos da oferta, apresentação ou publicidade;

II – aceitar outro produto ou prestação de serviço equivalente;

III – rescindir o contrato, com direito à restituição de quantia eventualmente antecipada, monetariamente atualizada, e a perdas e danos (BRASIL, 1990)”.

¹⁷ Art. 36: “A publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal.

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

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

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

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

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

Art. 38. O ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina (BRASIL, 1990).”

artigo 427¹⁸ do mencionado códex, dispõe que a proposta de contrato obriga o proponente (ofertante), se o contrário não resultar dos termos dela, da natureza do negócio ou das circunstâncias do caso. Percebe-se, que, o texto privado também confere caráter vinculante a oferta, porém, traz exceções em que há não a vinculação da oferta com o eventual contrato celebrado. Ora, isso faz com que, havendo dúvida quanto a constituição da obrigação em matéria consumerista, possam se aplicar, subsidiariamente, as exceções que o artigo 427 do Código Civil estabelece, justamente nos casos em que as disposições do CDC não sejam suficientes para sanar a dúvida quanto a vinculação ou não da oferta (TARTUCE, 2017, p. 421).

Ademais, o Código Civil traz em seu artigo 428¹⁹, hipóteses em que a oferta não será obrigatória, todavia, observa-se que o texto civilista, fundado em uma leitura de contratos com suposta paridade de armas entre os contratantes, não possui a mesma força vinculante do texto consumerista, tendo em vista que por meio do princípio protecionista, inerente as relações de consumo, as exceções elencadas não se comunicam com o CDC, considerando que o código consumerista adotou teoria diversa no que concerne ao tratamento dado a oferta, havendo, portanto, uma diferenciação quanto ao tratamento dado as partes aceitantes. Temos aqui a interpretação *pro homine*, ou seja, no caso de aparente conflito de normas, deve prevalecer aquela que mais esteja adequada à dignidade da pessoa humana e, por conseguinte, tutela dos vulneráveis, permitindo autodeterminação aos que mais tem dificuldades em usar tal prerrogativa existencial. Tenhamos ainda em mente que se adotarmos os critérios tradicionais de resolução de antinomias, a norma especial suplanta a norma geral, ou seja, vigora o critério da especialidade.

É importante frisar que, enquanto em seara cível a oferta é tratada por meio da Teoria da Vontade, isto é, consistente na vontade real, subjetiva, tendo em vista que analisa se a aceitação da oferta coincide com a vontade real de contratar, no

¹⁸ Art. 427: “A proposta de contrato obriga o proponente, se o contrário não resultar dos termos dela, da natureza do negócio, ou das circunstâncias do caso (BRASIL, 1990)”.

¹⁹ Art. 428: “Deixa de ser obrigatória a proposta:

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

II – se, feita sem prazo a pessoa ausente, tiver decorrido tempo suficiente para chegar a resposta ao conhecimento do proponente;

III – se, feita a pessoa ausente, não tiver sido expedida a resposta dentro do prazo dado;

IV – se, antes dela, ou simultaneamente, chegar ao conhecimento da outra parte a retratação do proponente (BRASIL, 1990)”.

que se refere a Teoria da Declaração, trata-se de teoria objetiva, considerando que somente é necessário a declaração de vontade em aceitar a oferta, sem a análise de elementos subjetivos.

Interessante considerar que, o CDC apresenta dispositivos que buscam regular todas as fases contratuais da relação de consumo, pautadas na ausência de paridade de forças entre as partes, diferentemente no que se opera nas relações jurídicas de matéria civil, em que não há o elemento de vulnerabilidade aplicado a uma das partes na relação jurídica estabelecida, o que justifica a preocupação da manifestação de vontade ser a vontade real do aceitante, já que não há a mesma proteção que a Lei Consumerista confere aos consumidores (TARTUCE, 2017, p.422).

Por base neste princípio de tutela, em decorrência lógica, há a presença principiológica e dever de transparência. Isto é, como o próprio texto consumerista dispõe em seu artigo 31 do mesmo códex, a oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores. Condutas exigidas que demonstram uma comunicação entre o princípio da informação e o princípio da transparência, que obriga o fornecedor a agir de modo que a oferta tenha termos claros, de maneira que o consumidor possa compreender, bem como esteja ciente da oferta que lhe é apresentada, para assim, poder manifestar sua vontade em aceitá-la, além de tratar-se de um direito básico do consumidor, conforme prevê o artigo 6º, incisos III e IV da Lei Consumerista (BRASIL, 1990).

Neste patamar, o fornecedor, sob pena de incorrer nas sanções previstas no CDC, deverá dar informações precisas, completas (considerando que, tal qual a omissão, a informação parcial também resulta em sanção ao fornecedor) sobre todas as características, bem como os riscos que o produto e/ou serviço possa acarretar, sendo uma exigência da Lei Consumerista que o fornecedor detenha um comportamento em consonância com o princípio da boa fé objetiva.

Formado o contrato de consumo, mediante a apresentação da oferta e aceitação, a proteção contratual intensifica-se, de modo a defender os interesses dos consumidores, tanto no que se refere a assegurar a efetiva prestação principal do contrato (produto ou serviço contratado), bem como ao cumprimento dos deveres

e direitos pelas partes envolvidas no negócio jurídico, exigindo comportamentos pautados nos princípios norteadores da relação consumerista, tais como o princípio da boa fé objetiva, transparência, informação, dentre outros.

Neste íterim, o CDC exemplificou, em seu artigo 39, hipóteses de comportamentos abusivos por parte do fornecedor, bem como os direitos básicos dos consumidores, previsto em seu artigo 6º e incisos, em nítida tutela a parte vulnerável da relação contratual. Aqui, novamente, cumpre lembrar que a postura é não olvidar que eventuais arbitrariedades estejam presentes até mesmo no início da formação do contrato consumerista (BRASIL, 1990).

Ademais, conforme preceitua o artigo 6º, inciso V do CDC, a Lei Consumerista, de modo a conferir tutela efetiva à parte vulnerável, garantiu, como direito básico do consumidor, a modificação e revisão de cláusulas contratuais quando estas causem ônus exagerados:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:
(...) V – a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas (BRASIL, 1990);

Portanto, reforça-se que o CDC confere tutela ampla ao consumidor, em todas as fases negociais, regulando e dispondo sobre a fase pré-contratual, bem como o próprio instrumento contratual, além do seu conteúdo.

Isso significa dizer que a oferta, por ser o elemento inicial da formação de contrato, tendo em vista que trata-se de uma manifestação, até então, unilateral, pelo fornecedor, para a concepção de um negócio jurídico, constitui como fase pré-contratual, que está vinculada ao contrato que eventualmente será celebrado, prevalecendo sobre as demais cláusulas que lhe sejam contrárias ou que disponha contra a sua vinculação.

A força vinculativa, como mencionado, é prevista no artigo 31 da Lei Consumerista e exige um comportamento pautado na transparência, no dever de informação. Tal exigência encontra-se presente em todas as fases negociais, considerando que tratam-se de princípios que traduzem o dever de informar aplicado ao fornecedor e o direito de ser informado, direito básico do consumidor, que visam inibir, punir comportamentos contrários à principiologia do Direito Consumerista, bem como a publicidade enganosa ou abusiva, assim como cláusulas da mesma natureza.

3.1 O contrato de adesão – problemas e desafios

Em seara consumerista, em virtude das crescentes inovações tecnológicas, surgiram vários tipos de contratos de consumo, dentre eles, o mais comumente usado, encontra-se a modalidade de contratos de adesão.

Os contratos de adesão sob a ótica do CDC consistem em contratos cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo, conforme dispõe o artigo 54²⁰ do Código de Defesa do Consumidor. Isto é, não há negociação entre as partes no tocante as cláusulas presentes nos contratos, cabendo somente ao consumidor aderir às condições impostas ou não. Não há o que se falar, portanto, de literal autonomia da vontade, considerando que a autonomia do consumidor resume-se e restringe-se, a apenas aceitar ou não a proposta do fornecedor (BRASIL, 1990).

Desta forma, o contrato de adesão, assim, possui disposições, bem como termos e cláusulas preexistentes, formuladas sem a consulta ou manifestação da parte consumidora, pela parte que detém o *poderio*, o fornecedor.

Todavia, salienta-se, que, admite-se a inserção de determinada cláusula discutida entre as partes no contrato de adesão sem modificar sua natureza jurídica, porém, desde que, não se trate de cláusula que tenha o poder de acarretar uma mudança substancial na estrutura da relação contratual, deste modo, não possui o condão de afastar a natureza jurídica de adesão, conforme disposto no §1º do artigo 54 do mencionado dispositivo consumerista: “a inserção de cláusula no formulário não desfigura a natureza de adesão”, considerando que as demais cláusulas preestabelecidas que definem e estruturam o contrato não foram compostas com a participação do consumidor (TARTUCE, 2017, p. 413).

Insta trazer à baila, que os contratos de adesão frente a ótica do CDC, baseiam-se na vulnerabilidade reconhecida do consumidor, diferentemente do que se opera nos contratos de adesão na seara civil, que, embora constatado a natureza jurídica de adesão, conforme o artigo 423²¹ do Código Civil, isto é, sem que exista a

²⁰ Art. 54: “Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo (BRASIL, 1990)”.

²¹ Art. 423: “Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente (BRASIL, 1990)”.

participação da parte que adere, na composição das cláusulas, condições ou termos presentes nos contratos, não há a presunção de vulnerabilidade de uma das partes, embora o ordenamento jurídico apresente dispositivos que regem os contratos de seara civil, especialmente no que se refere a interpretação das cláusulas contratuais de maneira mais favorável ao aderente. Em outras palavras, as normas que regem os contratos de adesão na seara civil são aplicadas dada a natureza jurídica da relação, isto é, a presença de adesão, não havendo presunção de vulnerabilidade conferida a um dos polos da relação, como as normas e o CDC buscam conferir a proteção aos qualificados como consumidores (BRASIL, 2002).

Dessa maneira, o artigo 54 do CDC procurou especificar o conceito de contratos de adesão no que se refere às relações de consumo, porém, em compatibilidade com a conceituação disposta no artigo 423 do Código Civil, pois tratam-se de contratos de adesão que apresentam semelhanças quanto a sua natureza jurídica, mas suas relações jurídicas se diferem no elemento da vulnerabilidade, presente nas relações de consumo, um exemplo de dialogo de fontes.

Ademais, por se tratar de um contrato de adesão nas relações de consumo, em que já está presente o elemento de vulnerabilidade entre uma das partes que o compõe, o CDC estabeleceu normas para sua constituição e regulamento, determinando que os contratos de adesão apresente termos claros, legíveis, em evidência, a fim de facilitar a compreensão pelo consumidor, assim como, estando alguma cláusula que implique em limitação de direito do consumidor, esta deve estar em destaque, sendo objetiva, de modo que permitam a imediata e fácil compreensão pelo consumidor, conforme prevê o artigo 54, § 3º e 4º²² do CDC (BRASIL, 1990).

Desta maneira, o CDC procurou conferir maior tutela ao consumidor, buscando evitar sua exploração por meios de cláusulas abusivas, que, infelizmente, ainda são presentes em muitos contratos de adesão, seja eles em âmbito consumeristas ou não. O número extenso de demandas consumeristas a abarrotar o Judiciário é a evidência empírica do aqui afirmado. Tratando-se de fato notório, dispensando exemplificação particularizada. Neste sentido, o CDC elencou de modo

²² § 3º Os contratos de adesão escritos serão redigidos em termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis, cujo tamanho da fonte não será inferior ao corpo doze, de modo a facilitar sua compreensão pelo consumidor.

§ 4º As cláusulas que implicarem limitação de direito do consumidor deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão (BRASIL, 1990)”.

geral, em seu artigo 51²³, um rol exemplificativo das cláusulas que são nulas de pleno direito, se presentes em um contrato de consumo, isto é, constata a abusividade, estas cláusulas não fazem efeitos jurídicos práticos, mesmo que não venham a invalidar todo o contrato, conforme determina o parágrafo 2º²⁴ do mesmo código (BRASIL, 1990).

Em outras palavras, constatada a presença de cláusulas abusivas no contrato de adesão firmado entre o consumidor e o fornecedor, estas não surtirão efeitos, sendo nulas, inexistentes, sem valor. Ademais, além da limitação da aplicação da nulidade trazida pelo parágrafo 2º, há a exceção trazida pelo mesmo dispositivo que protege os interesses do consumidor, no momento que não confere nulidade integral, isto é, que abarque toda a relação jurídica estabelecida, mas tão somente, o cunho abusivo, deste que este não afete substancialmente o contrato (BRASIL, 1990).

Assim, nota-se, que, além do CDC reger as relações contratuais de consumo, há a proteção do consumidor de modo a buscar evitar arbitrariedades, assim como, há normas constantes em seus dispositivos quando já há a presença de cláusulas abusivas no contrato já estabelecido entre as partes.

²³ Art. 51: “São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

I – impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos. Nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis;

II – subtraíam ao consumidor a opção de reembolso da quantia já paga, nos casos previstos neste código;

III – transfiram responsabilidades a terceiros;

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

V - (Vetado);

VI – estabeleçam inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor;

VII – determinem a utilização compulsória de arbitragem;

VIII – imponham representante para concluir ou realizar outro negócio jurídico pelo consumidor;

IX – deixem ao fornecedor a opção de concluir ou não o contrato, embora obrigando o consumidor;

X – permitam ao fornecedor, direta ou indiretamente, variação do preço de maneira unilateral;

XI – autorizem o fornecedor a cancelar o contrato unilateralmente, sem que igual direito seja conferido ao consumidor;

XII – obriguem o consumidor a ressarcir os custos de cobrança de sua obrigação, sem que igual direito lhe seja conferido contra o fornecedor;

XIII – autorizem o fornecedor a modificar unilateralmente o conteúdo ou a qualidade do contrato, após sua celebração;

XIV – infringjam ou possibilitem a violação de normas ambientais;

XV – estejam em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor;

XVI – possibilitem a renúncia do direito de indenização por benfeitorias necessárias (BRASIL, 1990)”.
²⁴ § 2º A nulidade de uma cláusula contratual abusiva não invalida o contrato, exceto quando de sua ausência, apesar dos esforços de integração, decorrer ônus excessivo a qualquer das partes (BRASIL, 1990)”.

Reforça-se, que, a exigência que o fornecedor, ao formular cláusulas que impliquem na limitação de direito do consumidor, destaque-as e redija-as de forma que seja de fácil e imediata compreensão do consumidor, conforme determina o § 4º, do artigo 54 do CDC, mencionado acima, não impede que tal cláusula, de acordo com seu conteúdo, seja reconhecida como abusiva ensejadora do efeito da nulidade, nos termos do artigo 51 do mesmo códex (TARTUCE, 2017, p. 413).

Nesse diapasão, insta trazer a baila, o conceito de cláusulas abusivas em relações contratuais, que consistem de modo geral e pouco se diferenciam, de forma conceitual, das cláusulas abusivas presentes nos contratos de consumo, em destaque o da modalidade de adesão. Assim, entendem-se como cláusulas abusivas aquelas que tragam algum ônus excessivo, desvantagem ou exploração em detrimento de uma das partes do contrato, violando os princípios da boa fé e da equidade das relações contratuais. Isto é, havendo alguma cláusula que desrespeite os princípios norteadores do contrato de consumo e acarretem no desequilíbrio de forças entre as partes que o constituem, já resta caracterizado a abusividade.

Ressalta-se, no que se refere às relações consumeristas, que há a especificação destas cláusulas elencadas no artigo 51, sendo estas meramente exemplificativas, considerando que através dos princípios aplicados as relações consumeristas e que regem o Código de Defesa do Consumidor, há, no mundo jurídico, inúmeras possibilidades de casos em que pode ocorrer a violação aos princípios, principalmente no tocante a boa fé objetiva, devendo, portanto, cada caso concreto ser analisado, no tocante a ótica do CDC (BRASIL, 1990).

De modo prático, podemos conceituar o contrato de adesão como aquele oferecido aos consumidores, apresentando modelo uniforme, já com disposições regulamentadas, não havendo espaços para negociações, cabendo somente ao consumidor preencher os dados referentes à sua identificação, exprimindo sua vontade de aderir ao contrato já previamente formulado pelo fornecedor, estando deste modo, declarando sua concordância com os termos dispostos (MARQUES, 2005, p. 75).

Por sua característica de adesão, isto é, pelas suas disposições e regulamentos já formulados e prontos, o consumidor somente adere ao contrato, não analisando, por muitas vezes, completamente suas disposições, considerando, que por se tratar de contratos comumente utilizados, bem como de modelos solenes, pode transmitir a falsa percepção de que trata-se de um contrato seguro. Novamente

cumpra advertir e reforçar que o consumidor é vulnerável, e lhe falta cultura jurídica e expertise para apreciação de contratos diversificados, especialmente de produtos com linguagens e especificações muito distintas do cabedal de conhecimentos do consumidor.

Não podemos duvidar, que, por mais que o CDC seja um instrumento efetivo para a proteção dos direitos e para defesa dos interesses dos consumidores, e em virtude de sua linha principiológica, que exalta o princípio da boa fé, o qual exige uma conduta ética do fornecedor, bem como o princípio da informação e da transparência, ainda há, infelizmente, a existência de contratos que apresentam cláusulas abusivas, que são inseridas nos contratos de adesão, exatamente por proveito de sua característica de disposições já preestabelecidas unilateralmente, bastando, tão somente, o consumidor aderir-las.

Ora, por conseguinte, o contrato de adesão apresenta sua problemática no sentido de ser um espaço propício para a existência de cláusulas abusivas, que, dado o consumidor leigo, em virtude, em sua maioria, da falta de conhecimentos sobre seus direitos e deveres na relação contratual estabelecida, isto é, a sua vulnerabilidade, pode ser compelido a aderir as disposições contratuais, bem como todas as suas cláusulas e portanto, ficar exposto a abusividades.

Entende-se, portanto, que o contrato de adesão em seara consumerista, que trata-se do foco do presente trabalho, considerando que estamos diante de uma vulnerabilidade intrínseca a figura do consumidor, independente da relação de consumo estabelecida, acaba por ser um desafio a Lei Consumerista, no que se refere ao âmbito de inibição de cláusulas contratuais abusivas.

Como reforçado e salientado, o CDC apresenta-se como um instrumento essencial de tutela ao consumidor, mas é necessário se atentar a função social do contrato, isto é, que os contratos não sejam utilizados como mecanismos para se auferir vantagens em detrimento de prejuízos acarretados ao consumidor ou que este seja submetido a abusividades.

Conclui-se, portanto, que o contrato de adesão não permite, em regra e em observância a exceção trazida pelo artigo 54 em seu parágrafo 1º, a negociação de suas disposições, termos ou cláusulas, restando somente ao consumidor a possibilidade de aderir. O CDC busca a proteção do consumidor, apresentando normas que visam inibir e punir comportamentos abusivos, que venham colocar o

consumidor em excessiva desvantagem, em virtude dos princípios inerentes as relações de consumo, que devem ser observados e respeitados (BRASIL, 1990).

Porém, por ser tratar de um instrumento facilitador de negociações de serviços e produtos oferecidos pelos fornecedores dada em virtude de sua característica de adesão, pode acabar por facilitar a inserção de cláusulas abusivas pelos fornecedores deste tipo de instrumento contratual.

3.2 Breves explicações sobre os serviços fornecidos pelas plataformas intermediadoras de vendas na rede mundial de computadores.

Ao longo do tempo, as relações de consumo ganharam novos contornos, adaptando-se a tecnologia presente em um mundo globalizado. A expansão dos mercados virtuais, dada, principalmente, por conferir comodidade e praticidade aos consumidores nas relações de compra e venda, em que podem escolher produtos ou serviços colocados a sua disposição, sem precisar se deslocar a uma loja física, por exemplo, bem como as vantagens aos fornecedores, considerando que estes utilizam os mercados virtuais como forma de extensão de sua atividade comercial, atingindo um maior número de consumidores, ou até mesmo, como uma forma de suprimir a ausência de uma loja física, gerando menos gastos e auferindo mais lucros, contribuíram significativamente, para que os mais diversos produtos e serviços fossem disponibilizados no mercado de consumo, principalmente para o surgimento de mercados virtuais que forneciam um serviço de plataforma de intermediação de vendas, aproximando o vendedor e um eventual comprador.

A expansão dos mercados virtuais, deste modo, ensejou o surgimento de inúmeras relações de consumo carentes de tutela, que necessitaram da adequação da aplicação das normas de proteção aos consumidores, especialmente no que se refere a esse novo tipo de mercado. Entende-se, portanto, que a expansão do mercado virtual, ocasionou uma transformação econômica e jurídica, traçando novas características às figuras já conhecidas nas relações clássicas de consumo.

Para melhor compreensão sobre o tema, os mercados virtuais ou lojas online, de modo geral, em breve resumo, possuem como finalidade a comercialização de produtos ou serviços, através de um site, isto é, um endereço eletrônico, que consta as especificações, informações e estrutura dos produtos e serviços fornecidos. O

eventual comprador efetua seu cadastro após escolher o (s) produto (s) ou serviço, disponibilizando as informações necessárias para a realização da compra, como a sua identificação pessoal, nome, endereço, bem como a forma de pagamento, existindo um prazo para a entrega efetiva da mercadoria ou a realização do serviço ofertado por parte do fornecedor.

No que se refere aos mercados intermediadores virtuais, objeto do presente trabalho, há, não somente a realização de compra aberta ao utilizador do serviço oferecido por esta plataforma de intermediação, mas bem como a possibilidade que este realize vendas na mesma plataforma.

Em outras palavras, a venda se realiza por um intermediário que fornece um serviço que permite a aproximação entre vendedor do produto e o interessado comprador, como já mencionado anteriormente. Deste modo, através de um site (endereço eletrônico) as pessoas podem comprar os produtos disponibilizados na plataforma, como também utilizar o serviço fornecido para vender algum produto. A compra e venda se realiza no âmbito do site da loja online, não havendo negociação por outro meio. Portanto, este tipo de mercado virtual se caracteriza por ser um meio de interface para negociações e exposições de produtos, aproximando um eventual comprador e o seu vendedor.

É necessário o entendimento no que se refere ao que o CDC conceitua como produto e/ou serviço, elementos objetivos que fazem parte da estrutura das relações de consumo. Produto pode ser compreendido como bem material ou imaterial, móvel (que pode ser transportado sem perda de sua integridade ou deterioração), imóvel (que o transporte ou remoção acarreta perda da integridade do bem), material ou imaterial (um software, isto é, um programa de computador, por exemplo).

Por outro lado, o serviço pode ser compreendido, conforme estabelece o artigo 3º, § 2º do CDC, como qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista (BRASIL, 1990).

Nesse diapasão, embora a conceituação de serviço trazida pela norma, caracterize-o como toda atividade mediante remuneração, a doutrina considera tanto a remuneração direta, quanto a remuneração indireta, isto é, a remuneração direta consiste na prestação de um serviço ou no fornecimento de algum produto, mediante contraprestação (cumprimento de uma obrigação, como a venda de um produto, mediante o pagamento efetuado pela outra parte) e a remuneração indireta,

que pode ser caracterizada como uma vantagem acarretada ao fornecedor, mesmo que não resulte em uma contraprestação, mas, que, concede determinada vantagem econômica, como por exemplo, estacionamento gratuito de algum supermercado, em que não há o efetivo pagamento pelo uso, mas trata-se de elemento atrativo aos consumidores (MIRAGEM, 2016, p.188).

Já a exceção trazida pelo Código de Defesa do Consumidor, tem como base a configuração da relação trabalhista, considerando que a proteção aplicada ao trabalhador decorre da desigualdade concernente aos meios de produção e da ausência de poder sobre a relação empregatícia, tendo em vista ser regida pela figura do empregador, sendo regida por legislação própria. Na relação de consumo, a proteção se legitima pela vulnerabilidade do consumidor, sendo que tal vulnerabilidade pode caracterizar-se pela falta de conhecimento sobre determinado produto ou serviço (vulnerabilidade técnica), desde ao desconhecimento de seus próprios direitos (vulnerabilidade jurídica) na relação consumerista. Sendo assim, a vulnerabilidade, na relação de consumo, apresenta nuances e graus entre determinados consumidores e fornecedores, não havendo assim, uniformidade, conforme presente nas relações trabalhistas. Ademais, ambas relações possuem lei especial que as regulamente, CDC e Consolidação das Leis Trabalhistas – CLT (MIRAGEM, 2016, p.189).

É imperioso, contudo, destacar o vínculo existente entre a definição jurídica de serviço com a plataforma de intermediação de vendas e a figura do fornecedor. Como tratado em tópico anterior, à conceituação de fornecedor é disposta pelo artigo 3º do CDC. Fornecedor, deste modo, é toda pessoa que exerce determinada atividade econômica, de forma habitual e profissional, desenvolvendo atividade de produção, montagem, criação, construção transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização produtos ou prestação de serviços, sendo conceituado serviço, conforme o §2º do mesmo dispositivo, sendo como qualquer atividade exercida no mercado de consumo em decorrência da atividade econômica do fornecedor (BRASIL, 1990).

Nesta perspectiva, a plataforma de intermediação de vendas permite a comercialização de produtos, que decorre do serviço ofertado pelo fornecedor, considerando que o fornecedor disponibiliza um espaço em seu mercado online para a exposição de produtos e a própria realização de vendas, bem como exerce esta atividade, de forma habitual e profissional, visando vantagem econômica sobre a

venda realizada, o espaço cedido, o tipo de produto disponibilizado, dentre outras vantagens, pactuando com a conceituação de fornecedor trazida pelo CDC, bem como a conceituação do seu objeto de consumo, qual seja, a definição de serviço. Assim, esta atividade auferir lucro ao fornecedor, ao mesmo tempo em que este oferta um serviço de intermediação de vendas, considerando que a venda só é realizada por meio desta plataforma de intermediação.

Para trazer familiaridade ao tema, temos um exemplo deste tipo de mercado, já amplamente difundido e de conhecimento notório pela maioria dos consumidores brasileiros, o famoso site “Mercado Livre”. Através deste tipo de mercado, sob a ótica do interessado vendedor, cria-se o seu anúncio no site, contendo o nome, marca, modelo dos produtos e suas especificações técnicas ou principais características, mediante o carregamento de fotos, onde o vendedor decide sobre o preço a ser estipulado. Não há tarifa para anunciar, existindo tipos de anúncios que prolongam a exposição do produto na plataforma de vendas e nestes casos, há uma tarifa a ser paga após a concretização da venda. Para recebimento do produto vendido, há uma plataforma oficial de pagamento, que poderá ser realizado por cartão de crédito ou à vista no boleto, tendo a possibilidade do vendedor retirar o dinheiro na sua conta bancária. Caso o vendedor deseje receber por conta própria, o site disponibiliza dicas para o recebimento do pagamento de forma segura. No que se refere a entrega do produto, o próprio site possui um convênio com a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (MERCADO LIVRE, 1998 -2018).

Ademais, para o consumidor que deseje vender um produto no site, este deve seguir as recomendações e informações disponibilizadas, havendo confirmação do pagamento por e-mail, em convênio com outro tipo de mercado, o “MercadoPago”. Este fica encarregado de enviar um e-mail de confirmação para o vendedor, e somente após o recebimento da confirmação, poderá o vendedor entregar o produto. Nessa mesma perspectiva, a liberação do valor correspondente ao pagamento pelo produto só estará disponibilizada quando o comprador confirmar o seu recebimento (MERCADO LIVRE, 1998 -2018).

Importante frisar que, não há dúvida quanto a caracterização do comprador que utiliza a plataforma de intermediação de vendas, para comprar os produtos disponibilizados, como consumidor, considerando que trata-se de uma relação de consumo comum, habitual. Todavia, no que concerne a figura do consumidor que utiliza a plataforma para vender, há lacunas doutrinárias, legais e jurisprudenciais.

Não há fartura de leitura jurídica sobre esta temática. O texto em epígrafe não é uma tese, não desenvolvem pensamento original, completamente novo no Direito, mas trata-se de uma reflexão com acentuado grau de complexidade, uma vez que não tem condão meramente manualesco, consistindo em reflexão mais rica sobre tema pouco explorado nas letras jurídicas. Não há pretensão de esgotar a temática, nem qualquer fausto de ser a última palavra sobre tema tão denso e problemático.

A doutrina e a jurisprudência desempenharam o papel de instrumentos que visam o equilíbrio das decisões judiciais, contudo, a crescente formas de relação de consumo, em especial as novas figuras de fornecedores e novos tipos de mercados virtuais, como exemplificados, exigiram entendimentos mais especificados no âmbito da relação jurídica estabelecida, através de uma análise realizada sob a ótica do Código de Defesa do Consumidor, em observância a Carta Magna, principalmente ao que se refere a qualificação do vendedor que utiliza o serviço de intermediação de vendas, como consumidor, considerando que esse tipo de relação foge as já conhecidas relações clássicas de consumo. Neste sentido, colaciono o julgado:

CONSUMIDOR. MERCADO VIRTUAL. SÍTIO ESPECIALIZADO NA INTERMEDIÇÃO DE COMPRA E VENDA VIA INTERNET. COLOCAÇÃO DE BEM À VENDA NO SÍTIO E RECEBIMENTO DE COMUNICAÇÃO DE DEPÓSITO NA CONTA DA VENDEDORA, COM A REMESSA DO BEM AO SUPOSTO COMPRADOR. POSTERIOR DESCOBERTA DE INEXISTÊNCIA DE DEPÓSITO. ALEGAÇÃO DA CULPA DE TERCEIRO E INOBSERVÂNCIA DAS REGRAS DE SEGURANÇA. FRAUDE PERPETRADA POR TERCEIRO. DEFEITO DO SERVIÇO. TEORIA DO RISCO. CARACTERIZAÇÃO DE DEFICIÊNCIA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. REPARAÇÃO DE DANO MATERIAL DEVIDO À RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO PRESTADOR DE SERVIÇO. SENTENÇA CONDENATÓRIA NA QUANTIA CERTA. RECURSO INOMINADO. REJEIÇÃO DAS PRELIMINARES DE INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA DE NULIDADE DA SENTENÇA POR CERCEAMENTO DA DEFESA E DE ILEGITIMIDADE PASSIVA. SENTENÇA MANTIDA CONSIDERANDO QUE O SERVIÇO NÃO OFERECE OS MEIOS NECESSÁRIOS PARA EVITAR A OCORRÊNCIA DE FRAUDE.

1.1. O recorrente qualifica-se como fornecedor do serviço de aproximação e intermediação entre vendedor de produto particular e interessado comprador. Esse o serviço fornecido pelo recorrente de forma onerosa. No âmbito do qual a recorrida qualifica-se como destinatária final. Logo, não cabe afirmar que a recorrida vendeu seu bem (projektor) para auferir lucro, de vez que se trata de bem particular não destinado à circulação de revenda.

3.2. Conforme acentuado na R. sentença recorrida: “A mera transferência da responsabilidade a terceiros fraudadores não a exime da sua culpa, uma vez que anuncia o serviço MercadoPago como a forma mais rápida e segura para comprar e vender no Mercado Livre, devendo, assim, garantir aos seus clientes a aludida segurança, inclusive contra a investida de fraudadores da internet” (DISTRITO FEDERAL, 2008).

Portanto, o fornecimento de um serviço de intermediação de vendas, configura em um novo tipo de plataforma e mercado, sendo, todavia, recente, na doutrina brasileira, considerando que restou a jurisprudência, com tom mais enfático, fazer frente na análise da relação jurídica existente e qualificar, como relação de consumo, entre as figuras do fornecedor do serviço, também a intermediação de vendas e o vendedor que utiliza o serviço fornecido.

Ademais, forma-se uma relação jurídica em que o consumidor adere às condições impostas pelo fornecedor, como a especificação do produto que será vendido e demais medidas de segurança que devem ser adotadas. Não há, portanto, negociações ao que se refere aos termos dessa relação consumerista, sendo uma relação já pré-estabelecida pelo fornecedor, consistindo assim, em um contrato de adesão.

Como mencionado anteriormente, por ser uma relação nova e atual na doutrina brasileira, contribuiu para haver a imposição de abusividades, principalmente a tentativa de transferência da responsabilidade dos fornecedores deste serviço de intermediação, a de supostos “terceiros”.

Dessa forma, há uma deficiência doutrinária em melhor delinear a conceituação, natureza jurídica e características desse novo serviço oferecido pelos fornecedores, especialmente no que se refere a figura do consumidor que utiliza esta plataforma para realização de vendas. Embora a doutrina apresente a conceituação dos elementos subjetivos da relação de consumo, notadamente as teorias que envolvem a figura do consumidor, isto é, os elementos que estruturam a relação consumerista, a ausência de doutrinas que tratem diretamente o tema, abre margens para imposição de cláusulas abusivas, em destaque a cláusula que visa transferir a responsabilidade do fornecedor a terceiros e a tentativa dos fornecedores, de modo geral, de descaracterizarem esta relação como sendo de consumo.

4 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE MERCADOS VIRTUAIS NA REDE MUNDIAL DE COMPUTADORES

Os mercados virtuais ou lojas online, em virtude da sua grande expansão e dos avanços tecnológicos, encontram-se cada vez mais presentes no cotidiano de milhares de pessoas. Dada a sua praticidade, comodidade e facilidade, tanto para os consumidores, quanto para os fornecedores, acarretaram a diversificação das relações existentes, tornando-se uma realidade substancial na constituição das relações de consumo, consistindo não só em uma transformação econômica, mas também social, considerando a mudança de comportamentos e hábitos, até então, já enraizados, em que há a preferência pela realização de compras pela internet ao invés das compras tradicionais em lojas físicas (MIRAGEM, 2016, p.548).

A comercialização de produtos e serviços via Internet tornou mais comuns os eventos envolvendo os contratos eletrônicos e à distância, em que suas principais características, como o nome faz jus, são, que tratam-se de contratos realizados via internet, em que não há a existência de contato pessoal entre o consumidor e o fornecedor (MIRAGEM, 2016, p.556).

Todavia, embora a disposição do tema que se refere aos contratos a distância encontra-se parcialmente inserida nos regramentos do texto consumerista, em seu artigo 49²⁵, não há leis específicas quanto às relações de consumo via Internet ou regulamentos de tal natureza. A Lei 12.965/14 (conhecida como Marco Civil da Internet) regulamenta a conexão, transmissão, comutação ou roteamento de dados em relação à Internet no Brasil, mas não trata especificadamente das relações de consumo realizadas no ambiente virtual (MIRAGEM, 2016, p.551).

O Código de Defesa do Consumidor, por tratar-se de uma Lei específica, apresenta disposições no que concernem as relações de consumo, mas não desenvolve, expressamente, normas que tratam diretamente o tema, das relações de consumo celebradas no ambiente virtual. Deste modo, a aplicação do CDC aos provedores de internet, quanto aos provedores de conteúdo (produtos ou serviços fornecidos na Internet), resulta do fato de seus produtos e serviços serem oferecidos

25 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 (BRASIL, 1990)."

no mercado de consumo, compreendendo o espaço cibernético como uma extensão da realidade, como um espaço para o estabelecimento de relações jurídicas (MIRAGEM, 2016, p.553).

Nesse diapasão dos mercados virtuais, ocorre uma equiparação das relações estabelecidas no campo virtual, com outras relações havidas fora dela. Deste modo, os contratos eletrônicos não se diferenciam (somente pela forma como são realizados), do caráter negocial dado aos contratos em geral, sendo, nesta seara, semelhantes. Assim, identificado os provedores de Internet ou na Internet como fornecedores atuantes no mercado de consumo, há equiparação destes contratos com os comumente celebrados, ensejando a aplicação do CDC. É importante frisar que a falta de uma legislação mais minuciosa a regular expressamente o tema obriga uma aplicação extensiva do Código.

4.1 Teoria do risco e a reparação de danos

No tocante a ótica do Código de Defesa do Consumidor, a teoria do risco ganha respaldo nos princípios norteadores das relações consumeristas, notadamente ao que se refere ao princípio da boa fé objetiva, da informação e da transparência. Para o tema em voga, será fundamental discorrer razoavelmente sobre tal perspectiva.

A Teoria do Risco pode ser conceituada, de forma básica, em uma teoria que consiste no risco do empreendimento do fornecedor. Em outras palavras, o fornecedor ao exercer a sua atividade econômica, bem como ao colocar em circulação produtos ou serviços no mercado de consumo, será responsável pelos riscos e danos que vier a causar.

A Teoria do Risco, deste modo, configura-se em um binômio entre custo e benefício que a atividade econômica exercida pelo fornecedor gera, tendo em vista que o fornecedor, ao exercê-la, possui a intenção intrínseca de lucro, mediante o auferimento de determinados riscos, que derivam da própria atividade econômica exercida, ao mesmo tempo em que também gera vantagens, benefícios. Se não houvesse a responsabilização dos fornecedores, haveria enriquecimento ilícito e ausência de tutela à parte considerada frágil na relação consumerista, visto que o

consumidor arcaria com os todos os danos que o fornecedor, ao exercer sua atividade, poderá vir a ocasionar (TARTUCE, 2017, p.154).

Assim, o Código de Defesa do Consumidor confere proteção aos consumidores, não só como instrumento protetivo a parte considerada vulnerável na relação consumerista, de modo a garantir o equilíbrio e paridade de forças, mas também contra eventuais riscos dos produtos e serviços que são inseridos no mercado de consumo conforme traz o texto consumerista em seu artigo 6º, inciso I, que dispõe, como direito básico 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 (BRASIL, 1990)”.

Esta tutela fundamenta-se no reconhecimento da existência de interesses legítimos dos consumidores, bem como uma proteção conferida aos seus próprios direitos básicos, preceituados no artigo 6º e seus incisos da Lei Consumerista, como mencionado, como a vida, a segurança e a saúde, de modo que estes produtos e serviços colocados a disposição de uma gama de consumidores, não os coloquem em exposição de danos ou até mesmo lhe acarretem lesões (BRASIL, 1990).

Diante disso, o CDC impõe respeito aos interesses dos consumidores, considerando que há uma confiança social de adequação e segurança de que os produtos e serviços introduzidos no mercado são seguros ou que atendem a finalidade que o consumidor legitimamente espera (MIRAGEM, 2016, p.568).

Desta forma, a proteção da confiança legítima dos consumidores, pressuposto da boa fé objetiva, exige a imposição de responsabilidade aos fornecedores que introduzam no mercado de consumo produtos ou serviços que não cumpram aos padrões básicos de segurança, de modo a comprometer a integridade física e psíquica dos consumidores e gerando danos, bem como os que não venham a atender a legítima expectativa gerada que o objeto da relação consumerista atenda ao seu objetivo.

Em outras palavras, há a responsabilização civil ao fornecedor que viole os direitos básicos dos consumidores, bem como os que não cumpram com os deveres regulados pelo CDC, em máxima observância aos princípios norteadores das relações consumeristas.

Portanto, em breve resumo, a responsabilidade nasce da violação de um dever jurídico, estando todo aquele que violar um bem jurídico relevante, causando

danos a outrem, obrigado a repará-lo. Isto é, consiste na imputação do dever de reparação aos danos materiais e/ou imateriais causados ao consumidor lesado.

A responsabilidade civil apresenta três elementos para sua caracterização: o ato ou atividade que acarreta violação ao bem jurídico, aquele que tem seu bem violado (lesado) e o dano acarretado. Em outras palavras, para a verificação da responsabilidade civil é necessário a presença do nexu causal, isto é, a conduta do agente deve estar relacionada com a ocorrência do dano, que pode ser por ação ou omissão, por ato lícito ou ilícito, imputando a responsabilidade de indenizar o lesado.

Por meio da Teoria do Risco, em que o fornecedor deve arcar com os riscos que sua atividade produz, perante o CDC sua responsabilização é independentemente de culpa, considerando que este tem o dever de agir de modo ético, transparente, em consonância com o princípio da boa fé objetiva, como determina os artigos 8º e seguintes do CDC, seção que trata especificadamente da proteção à saúde e segurança dos consumidores.

Todavia, toda regra comporta exceção, que pode ser aplicada em relação aos profissionais liberais, que terão sua responsabilização de forma subjetiva, isto é, passível de verificação de culpa entre a conduta do fornecedor e o dano causado ao consumidor.

Para melhor compreensão é necessário a distinção entre as esferas da responsabilidade subjetiva e objetiva. No que se refere à responsabilidade subjetiva, é imperioso destacar o elemento de culpa como sua principal característica e que a difere da responsabilidade objetiva.

Desta maneira, a responsabilidade subjetiva apresenta-se como a análise do comportamento do sujeito infrator, isto é, se este ao causar o dano agiu com negligência (falta de zelo, cuidados), imprudência (inobservância das precauções necessárias) ou imperícia (falta de habilidade, competência para realizar determinadas atividades), ou se teve a intenção em causar o dano, que caracterizaria o dolo. Assim, para haver a configuração da responsabilidade subjetiva é necessária a comprovação do elemento culpa ou dolo.

Em contrapartida, em seara da responsabilidade objetiva, o elemento culpa é dispensável para sua imputação, restando somente que o agente, ao praticar o ato, tenha violado os direitos de outra pessoa.

Salienta-se, ainda, que, a responsabilidade de forma objetiva imposta ao fornecedor deriva da Teoria do Risco, tendo em vista que a partir deste pressuposto,

de que o fornecedor ao exercer sua atividade deve arcar com os riscos que esta proporciona, bem como deve ser responsável pelos riscos a saúde, segurança do consumidor, em observância e respeito aos seus direitos básicos e interesses legítimos, previstos na própria Lei Consumerista, descarta a ideia de análise de elementos subjetivos, como a culpa, isto é, a intenção ou não de causar dano a outrem, tendo em vista os diversos deveres impostos aos fornecedores, regulados pelo CDC, como o dever de informação, bem como aos próprios direitos básicos dos consumidores.

Neste diapasão, há disposto na Lei Consumerista, vários dispositivos que corroboram tal entendimento, notadamente ao seu artigo 12, *caput* e artigo 14, *caput*, que impõe, além da responsabilidade de forma objetiva e a reparação de danos ao consumidor, responsabiliza fornecedor ou prestador de serviços pelo fato do produto ou serviço, isto é, por riscos e prováveis danos que estes podem acarretar ao consumidor, no que se refere a sua integridade física ou psíquica (BRASIL, 1990):

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** (BRASIL, 1990).

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** (BRASIL, 1990).

Considerando os três elementos basilares da responsabilidade civil na teoria do risco (ato/atividade, nexo causal e dano), para haver a configuração da responsabilidade do fornecedor, é indispensável que este tenha introduzido o objeto de consumo no mercado ou, que tenha contribuído e/ou participado de algum modo para o seu fornecimento a uma gama de consumidores, bem como que o dano ocasionado ao consumidor seja por decorrência lógica da sua conduta, restando configurado a responsabilidade civil de consumo. Todavia, para a imputação da responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço, conforme preceituado no artigo 12 e 14 do texto consumerista é imprescindível que o objeto de consumo seja **defeituoso** (BRASIL, 1990).

Deste modo, podemos conceituar, de forma breve, que o objeto de consumo é defeituoso quando não oferece a segurança que dele se espera, isto é, a legítima

expectativa gerada de que não cause danos ao consumidor em virtude da sua regular utilização ou consumo, conforme disposto nos artigos 12, §1º e 14, §1º e seus incisos²⁶, da Lei Consumerista (BRASIL, 1990).

A conceituação de defeito não abrange somente uma eventual falha na concepção do produto ou serviço, mas todo o caminho percorrido até a sua disposição no mercado de consumo. Em outras palavras, abarca também a forma da apresentação do produto ou serviço ao consumidor, as informações necessárias (completas, precisas, claras) que devem ser prestadas sobre sua utilização e riscos, eventuais controles na sua comercialização que devem ser tomados, bem como a sua conservação adequada, como é o caso dos produtos perecíveis, determinado pelo artigo 13, inciso III²⁷ da Lei Consumerista. São, assim, condutas exigidas e reguladas pelo CDC, que não atendidas, resultam em evidente violação do dever de informação e de segurança, que acarretam na responsabilização pelo produto ou serviço defeituoso (BRASIL, 1990).

Deste modo, dado o fornecimento de produto ou serviço que acarrete danos ao consumidor, no que se refere a sua integridade física e psíquica, está caracterizado a responsabilização pelo fato do produto ou serviço. Desta maneira, na cadeia dos responsáveis pelo fornecimento, dentro das disposições trazidas pelo artigo 12, encontram-se o fabricante, produtor, construtor e/ou importador, ao que se refere ao fato do produto, quanto ao serviço, o CDC estendeu a imputação da responsabilidade a qualquer fornecedor de serviços, considerando a dificuldade de identificação exata do responsável, tendo em vista que muitas vezes a prestação de

26 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.

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 (BRASIL, 1990).’

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

III – não conservar adequadamente os produtos perecíveis (BRASIL, 1990).”

serviço pode ser terceirizada, conforme dispõe o artigo 14 da Lei Consumerista. Além do mais, a responsabilidade imputada a eles (fornecedores de produtos e/ou serviços), por força da Lei Consumerista será independentemente de culpa e solidária.

Por solidariedade, entende-se, que, todos os que integram a cadeia de responsáveis serão responsabilizados objetivamente pelo serviço ou produto defeituoso, deste modo, é facultado ao consumidor a escolha em relação a qual fornecedor pretende dirigir sua ação reparatória. Trata-se, portanto, da regra estabelecida pelo Código Consumerista. Todavia, a exceção refere-se aos fornecedores diretos, previstos nos artigos 18, §5º e 19, §2º²⁸ do CDC, isto é, quando o CDC estipula diretamente uma responsabilidade a esses tipos de fornecedores, de forma específica e individual, sendo, portanto, uma responsabilidade estabelecida expressamente por lei (MIRAGEM, 2016, p.662 e 663).

Ademais, no artigo 13 do CDC, encontra-se o comerciante, podendo este, eventualmente, pertencer a cadeia de responsáveis, contudo, a doutrina apresentou distinções entre as classes mencionadas nos dispositivos em questão (artigo 12 e 13), denominando-os como responsáveis reais, presumidos ou responsáveis aparentes (MIRAGEM, 2016, p.583).

Na categoria dos responsáveis reais encontram-se os fornecedores (fabricantes, produtores e construtores) que participaram efetivamente da produção do objeto de consumo, isto é, na sua concepção, criação, sendo, portanto, responsáveis pela origem do defeito, que eventualmente poderá causar danos aos consumidores. No que se refere ao âmbito dos responsáveis presumidos, encontra-se o importador, no sentido que presume-se que este é responsável, por ter

28 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.

§ 5º No caso de fornecimento de produtos in natura, será responsável perante o consumidor o fornecedor imediato, exceto quando identificado claramente seu produtor.

Art. 19. Os fornecedores respondem solidariamente pelos vícios de quantidade do produto sempre que, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, seu conteúdo líquido for inferior às indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou de mensagem publicitária, podendo o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha:

§ 2º O fornecedor imediato será responsável quando fizer a pesagem ou a medição e o instrumento utilizado não estiver aferido segundo os padrões oficiais (BRASIL, 1990)”.

introduzido no mercado nacional produto defeituoso, ocasionando danos aos consumidores brasileiros. Por fim, na categoria de responsáveis aparentes estão os comerciantes, que devem ser responsabilizados na forma como determina o artigo 13 e seus incisos²⁹, sendo, portanto, uma responsabilização subsidiária, quando não se puder identificar o fabricante, produtor, construtor e importador do produto, ou até mesmo de forma direta, quando este não conservar adequadamente os produtos perecíveis, ensejando o dano assim, pela sua própria conduta (MIRAGEM, 2016, p.583).

De modo geral, o CDC aplica a responsabilização dos fornecedores de forma objetiva, como anteriormente mencionado. Porém, destaca-se, novamente, com mais ênfase, a exceção trazida pelo artigo 14, §4º³⁰ do CDC, que dispõe que a responsabilidade civil de consumo será de forma subjetiva em relação ao profissional liberal, verificando-se, portanto, se este agiu com culpa ou dolo para a geração do dano. Tal tratamento diferenciado se deve ao fato de que o profissional liberal ao realizar um serviço ou fornecer um produto, o faz de forma mais pessoal, com preponderância do elemento humano e de especialidade técnica, sendo desproporcional sua responsabilização da mesma forma como é aplicada aos demais fornecedores, que ofertam seus produtos e serviços de forma massificada e despersonalizada (MIRAGEM, 2016, p. 584).

É imperioso reforçar que, no que se refere ao fato do produto ou serviço, não há a necessidade de um vínculo contratual antecedente entre as partes, para possibilitar a responsabilização do fornecedor. Deste modo, demonstrado o defeito do produto ou serviço e sua correlação lógica com a causa e o resultado do evento danoso, há a caracterização da responsabilidade pelo fato do produto ou serviço. Percebe-se assim, uma clara expressão da abrangência da tutela conferida pelo CDC, ao que a doutrina consagrou como consumidores *standards* ou equiparados,

29 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 (BRASIL, 1990).”

30 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.

§ 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa (BRASIL, 1990).”

denominando o fato do produto ou serviço como acidentes de consumo, conforme determina o artigo 17 da Lei Consumerista (MIRAGEM, BRUNO, p.585).

Ademais, o fornecedor ao colocar no mercado de consumo produto ou serviço que não atenda ao objetivo que dele se espera, isto é, ao vício do produto ou serviço (artigo 18 e 20), é igualmente responsável, considerando que deve atender as legítimas expectativas geradas aos consumidores, pois o inverso, também acarretaria em lesão aos seus direitos (BRASIL, 1990).

Entende-se como vício do produto ou serviço, o objeto de consumo que não atenda ao seu dever de adequação. Em outras palavras, o vício pode ser compreendido em relação ao objeto de consumo que não seja útil ao seu objetivo e/ou que não faça jus ao que foi apresentado e ofertado ao consumidor, como no caso dos vícios por qualidade e quantidade, sendo, deste modo, em ambos, também uma violação ao dever de informação. Nesta linha de entendimento, o vício de qualidade do produto ou serviço ocorre quando o objeto da relação de consumo não apresenta as propriedades necessárias para atender aos objetivos que legitimamente deles se espera, tornando-se impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou que lhes diminuam o valor, conforme determina os artigos 18 e 20 do CDC, que tratam dos vícios quanto ao produto e serviço, respectivamente (BRASIL, 1990):

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 (BRASIL, 1990).

Art. 20. O fornecedor de serviços responde pelos vícios de qualidade que os tornem impróprios ao consumo ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade com as indicações constantes da oferta ou mensagem publicitária, podendo o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha: (BRASIL, 1990).

Como podemos depreender do texto consumerista em comento, o vício de qualidade abrange desde ao mau funcionamento de um eletrodoméstico ou a não realização de um serviço contratado, por exemplo, (isto é, a expectativa gerada no consumidor de que o produto ou serviço atenderia a sua finalidade), até mesmo a divergência entre o produto apresentado na embalagem em relação ao seu recipiente, bem como quando o objeto de consumo não apresente correspondência em relação a sua própria mensagem publicitária. Destes últimos podemos destacar

uma nítida violação ao dever de informação exigido do fornecedor, ferindo o direito de ser informado do consumidor, seja pela informação insuficiente ou incompleta, seja pela ausência da mesma (MIRAGEM, 2016, p.654).

Todavia, é facultada ao fornecedor a possibilidade de comercialização de produtos com pequenos vícios, desde que devidamente informados ao consumidor sobre o objeto de consumo que está adquirindo, bem como que apresente valor inferior a outro produto em perfeitas condições, consoante e em observância ao princípio da boa fé objetiva. Deste modo, o consumidor, desde que previamente informado, não poderá exercer as prerrogativas concedidas pelo artigo 18 da Lei Consumerista ((MIRAGEM, 2016, p.654).

Reforça-se, contudo, que nenhum produto ou serviço poderá conter vício que comprometa totalmente sua utilidade, nem apresentar riscos a saúde e segurança do consumidor (fato do produto e serviço), sob pena de violar toda a principiologia protecionista do CDC. Deste modo, o texto consumerista trouxe, em seu artigo 18, §6º e seus incisos ³¹, exemplos de produtos impróprios para o consumo, também reconhecidos como vícios de qualidade (MIRAGEM, 2016, p.654).

No que se refere ao vício de quantidade, como o próprio nome faz jus, consiste na divergência entre a quantidade apresentada, seja pela embalagem ou por publicidade, conforme determina o artigo 19 do CDC ³², com o conteúdo disponibilizado ao consumidor. Deste modo, tanto o vício de qualidade e de quantidade se estenderiam até mesmo a oferta, por força do artigo 30 do texto consumerista, considerando que o conceito de oferta trazido pelo artigo é de que toda informação ou publicidade suficientemente precisa, obrigaria o fornecedor e integraria o contrato que viesse a ser celebrado; logo, o vício se estenderia, portanto,

31 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.

§ 6º São impróprios ao uso e consumo:

I – os produtos cujos prazos de validade estejam vencidos;
II – os produtos deteriorados, alterados, adulterados, avariados, falsificados, corrompidos, fraudados, nocivos à vida ou à saúde, perigosos ou, ainda, aqueles em desacordo com as normas regulamentares de fabricação, distribuição ou apresentação;
III – os produtos que, por qualquer motivo, se revelem inadequados ao fim a que se destinam (BRASIL, 1990).”

32 Art. 19: “Os fornecedores respondem solidariamente pelos vícios de quantidade do produto sempre que, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, seu conteúdo líquido for inferior às indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou de mensagem publicitária, podendo o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha (Brasil, 1990).”

até mesmo a oferta inicial (BRASIL, 1990).

Nesta discussão de danos e o dever de reparação, existem na doutrina e jurisprudência o reconhecimento das respectivas espécies de danos: danos morais, materiais e os danos individuais, coletivos e difusos, conforme preceituado pelo artigo 6º, inciso VI, que trata, como direito básico do consumidor, a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais, morais, individuais, coletivos e difusos (BRASIL, 1990).

O dano moral, também conhecido como dano extrapatrimonial, consiste na lesão aos direitos da personalidade em geral, como a imagem, honra, privacidade, entre outros. Desta maneira, o dano moral, como uma lesão a um interesse extrapatrimonial, descarta a necessidade de mensurar a dor ocasionada ao indivíduo, podendo ocorrer independentemente das alterações psíquicas ocasionadas à vítima.

Ainda, cabe destacar também, o dano moral presumido, também conhecido como dano moral *in re ipsa*, em que o próprio fato já presume a existência do dano, dispensando-se a vítima do ônus da prova da ofensa moral, como no caso de inscrição indevida do nome do consumidor nos órgãos restritivos de crédito. Não há a necessidade de comprovação da situação lesante, considerando que a inscrição do nome do consumidor já é fato gerador do dano, tendo em vista que a inscrição não surte efeitos somente sobre a dignidade da pessoa, mas também há, em decorrência, uma limitação ao seu poder aquisitivo, a sua livre autonomia para realizar transações comerciais mediante créditos, podendo, inclusive, lhe acarretar danos materiais.

O dano moral, como uma lesão a direitos da personalidade, exige maiores análises para a sua quantificação econômica, cabendo ao juiz, através de um juízo de ponderação entre o direito/interesse lesado e a conduta do fornecedor, determinar sua indenização de forma efetiva e satisfatória.

Todavia, sob a ótica do Código de Defesa do Consumidor, considerando a responsabilidade objetiva imputada aos fornecedores, não há, em seara consumerista, o regime vigente no Código de Civil de reparação de danos mediante análise da gravidade da conduta do agente, quantificando a indenização pelo grau de culpa do ofensor. O CDC, por outro lado, é regulado pela Teoria da Reparação Integral dos Danos, em que, através deste princípio, busca-se uma reparação total, pertinente a todos os prejuízos acarretados pelo dano ao bem jurídico, de forma a tentar alcançar o modo como se encontrava o lesado antes da ocorrência do evento

danoso, reparando-se, portanto, todos os prejuízos que foram suportados pelo consumidor (MIRAGEM, 2016, p.597).

Entende-se, que, embora o juiz realize o juízo de ponderação ao decidir, sua decisão deve refletir a ótica do CDC, que vislumbra critérios mais rígidos no que se refere à reparação de danos, tendo em vista que ao analisar todos os elementos do caso concreto, busca-se, através da indenização, a sua função preventiva, de modo a inibir que ocorra a repetição das práticas ilícitas pelos fornecedores, ou até mesmo como um instrumento que estimule a adoção de condutas que busquem aperfeiçoar a segurança e o atendimento dado aos consumidores (MIRAGEM, 2016, p.598).

Os danos materiais, diferentemente dos danos morais, são mais fáceis de serem avaliados e quantificados, considerando que consistem em danos que causam a diminuição patrimonial do consumidor, abrangendo, conforme os termos do artigo 402 do Código Civil³³, os danos emergentes (o que efetivamente se perdeu) e/ou lucros cessantes (o que razoavelmente se deixou de lucrar), novamente, em uma demonstração de diálogo entre as fontes. Desta maneira, pela maior facilidade em se demonstrar a ocorrência de danos ao patrimônio, não necessitam de maiores análises para a estipulação do *quantum* indenizatório (BRASIL, 2002).

Salienta-se, ademais, da possibilidade de cumulação entre danos morais e materiais, considerando que a conduta do fornecedor, bem como o dano ocasionado, poderá ofender mais de um bem jurídico, acarretando não só lesões a personalidade, mas como ao próprio patrimônio do consumidor (TARTUCE, 2017, p.62).

Não podemos olvidar, principalmente, ao que se refere a âmbito consumerista, da existência do dano individual, coletivo e difuso. Isto é, quando a ofensa e o interesse lesionado ultrapassa o indivíduo, atingindo a coletividade.

Neste sentido, em virtude de diversas relações de consumo massificadas, que atingem cada vez mais um maior número de consumidores, é plenamente possível que mais consumidores possam estar expostos a lesões causadas por produtos e serviços defeituosos, podendo atingir não somente um consumidor em específico, mas uma gama de consumidores, que traduzem-se em danos coletivos e difusos (transindividuais). O artigo 81³⁴ da Lei Consumerista traz essa classificação em seus

33 Art. 402: “Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar (BRASIL, 1990).”

34 Art. 81: “A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

incisos, possibilitando a defesa coletiva de direitos quanto aos interesses ou direitos difusos (I); interesses ou direitos coletivos (II) e interesses ou direitos individuais homogêneos (III), em destaque ao seu *caput*, que engloba também as vítimas de acidentes de consumo.

Quanto ao primeiro inciso, no que se refere aos interesses ou direitos difusos, como determina o texto consumerista, são titulares pessoas indeterminadas e ligadas pelas circunstâncias de fato. Em outros termos, é a espécie de dano que atinge diversas pessoas, sendo, deste modo, indeterminado os sujeitos titulares destes direitos, como um caso de uma fábrica que acabe por poluir rios, lagos, em que a ofensa transpassa o indivíduo ou uma coletividade específica de pessoas, considerando que atinge um bem jurídico pertencente a todos, o meio ambiente, não sendo possível assim, identificar todos os sujeitos titulares do direito lesionado.

A diferenciação entre os direitos difusos dos coletivos se verifica pelo fato, de que, nos casos dos primeiros, não há como identificar os sujeitos titulares destes direitos e os coletivos, conforme preceitua o inciso II, é a espécie de dano que atinge um grupo ou uma coletividade de pessoas, e presume-se, que, por pertencerem ao mesmo grupo ou coletividade, todos os seus integrantes foram atingidos, sendo impossível assim, sua divisibilidade. Deste modo, a reparação é de forma coletiva, não cabendo, portanto, ação individual de cada um de seus membros. A indivisibilidade, isto é, o fato da ofensa ter sido coletiva, não havendo, portanto, a possibilidade de pleitear ação individual, é fato comum entre os direitos difusos e coletivos.

No que concerne aos interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum, conforme disposto no inciso III do mencionado dispositivo consumerista, se referem a danos individualmente sofridos por diversos consumidores, porém, cada qual fará jus à reparação correspondente a extensão do dano causado. Havendo, de acordo com o texto consumerista, a faculdade dos consumidores vítimas de acidentes de consumo, optarem pela ação

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I – interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II – interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base (BRASIL, 1990)”.

III – interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

individual ou coletiva, conforme o artigo 91³⁵ do dispositivo consumerista (BRASIL, 1990).

Resumidamente, a responsabilidade trazida pelo Código de Defesa do Consumidor exige determinadas condutas dos fornecedores, pautadas principalmente, em observância aos direitos básicos consumeristas, que abrangem resumidamente toda a ótica principiológica das relações de consumo.

Todavia, a responsabilidade aplicada ao fornecedor de forma objetiva, apresenta excludentes de responsabilidade, em atenção aos elementos constitutivos da responsabilidade civil. Estas excludentes correspondem a demonstração da inexistência do nexo causal entre a conduta do fornecedor e o dano ocasionado ao consumidor, isto é, quando a conduta do fornecedor não teria o condão de acarretar o dano sofrido. As excludentes de responsabilidade encontram-se nos artigos 12, §3º e seus incisos³⁶, quanto ao produto, no artigo 14, §3º e incisos³⁷, quanto ao serviço, ambos em relação a objetos de consumo defeituosos (fato do produto ou do serviço), que excluem o nexo casual quando o fornecedor provar que não colocou o produto no mercado, ou que embora tenha colocado, o defeito inexiste, ou no caso de culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro. No mesmo modo verifica-se no caso do serviço: a inexistência de prestação de serviço defeituoso ou culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

Nota-se, que o ônus probatório é atribuído ao fornecedor, que deverá demonstrar que não teve responsabilidade pela ocorrência do efeito danoso,

35 Art. 91: “Os legitimados de que trata o art. 82 poderão propor, em nome próprio e no interesse das vítimas ou seus sucessores, ação civil coletiva de responsabilidade pelos danos individualmente sofridos, de acordo com o disposto nos artigos seguintes (BRASIL, 1990).”

36 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.

§ 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 (BRASIL, 1990).”

37 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.

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

I – que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste;

II – a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro (BRASIL, 1990).”

considerando, ainda, que o CDC limitou e restringiu as hipóteses em que a responsabilidade do fornecedor poderá ser excluída.

A primeira excludente de não colocação do produto no mercado, não abrange a introdução do mesmo de forma não intencional, e haverá responsabilização do fornecedor mesmo no caso de amostras grátis, isto é, mesmo quando o produto não é exposto a uma gama de consumidores para gerar um eventual contrato de consumo; ainda assim, tais produtos restam submetidos, em regra, aos deveres de segurança, bem como de informação, e acarretando danos aos consumidores, estes deverão ser reparados, não sendo hipótese de excludente de responsabilidade (MIRAGEM, 2016, p.604).

A inexistência do defeito, seja em relação ao produto ou serviço introduzido no mercado de consumo, deve ser realizada por meio de comprovação cabal que o objeto de consumo não representa riscos a integridade física e/ou psíquica do consumidor. Por ser uma prova difícil, necessitando, muitas das vezes, de perícias técnicas para averiguação dos fatos, é atribuído o ônus ao fornecedor, considerando que tal demonstração também exige conhecimentos aprofundados sobre o objeto de consumo.

A última excludente consiste na demonstração de culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro. Em outros termos, é a interrupção do nexo causal, considerando que pela conduta da vítima (consumidor) ou de terceiro, que ocorreu o evento danoso. Destaca-se, que, para a exclusão de responsabilidade do fornecedor, critérios devem ser preenchidos, não se admitindo como hipótese de afastamento da responsabilidade culpa concorrente de ambas as partes; deste modo, mesmo que o consumidor tenha agido de maneira a acarretar o evento danoso, se o fornecedor contribuiu de algum modo, mesmo que parcialmente, para o dano, continuará responsável, de forma objetiva, admitindo, nesta hipótese, a redução da indenização ao consumidor.

No que se refere à culpa exclusiva de terceiro, caracteriza-se como terceiro aquele que não esteja incluído na cadeia de fornecimento, previstos nos artigos 12, 13 e 14, do CDC, quais sejam, fabricante, construtor, produtor, importador e o comerciante, e o fornecedor de serviços (em atenção a amplitude de responsabilização conferida a estes últimos pelo CDC). Deste modo, verificando que a conduta do terceiro foi suficiente para a geração do dano, isto é, culpa exclusiva e não concorrente, constitui-se a excludente de responsabilidade.

Entende-se, por fim, que o CDC trata-se de um instrumento efetivo, que tem como objetivo maior a proteção da parte considerada vulnerável na relação de consumo, buscando a paridade de forças, equilíbrio e harmonização de interesses, protegendo o consumidor de eventuais riscos e danos a sua saúde, segurança, patrimônio, bem como aos seus direitos extrapatrimoniais, exigindo condutas éticas dos fornecedores, em observância ao princípio da boa fé objetiva e da função social dos contratos de consumo, servindo também como meio de tutela da coletividade e ao meio ambiente.

4.2 A discussão entre teorias maximalistas e finalistas e a teoria finalista atenuada para configuração do consumidor.

O estudo da teoria do risco não se deu sem razão. Acoplado aos conhecimentos que serão adiante expostos, cria-se um suporte de argumentação sólido para a devida responsabilização dos sites de intermediação de produtos e serviços em mercados virtuais.

O Código de Defesa do Consumidor preceituou, de forma básica, a definição de consumidor, em seu artigo 2º. Todavia, considerando as frequentes inovações tecnológicas, bem como sociais que refletiram nas relações de consumo, necessitou, portanto, de revisão e releitura do conceito consumerista, para adequação do texto normativo a nova realidade que se vislumbra nas relações consumeristas, principalmente ao que se refere à seara dos mercados de consumo virtuais (BRASIL, 1990).

Salienta-se, que, além das teorias desenvolvidas pela doutrina, é importante o entendimento acerca da conceituação de consumidor equiparado, isto é, pessoas, que, para serem qualificadas como consumidoras, não há a necessidade que estas tenham praticado um ato de consumo (adquirir ou utilizar produto ou serviço), mas, que ensejam a incidência das normas protetivas do CDC por estarem sujeitas as práticas dos fornecedores nesse mercado, seja pela proteção a direitos difusos, como a coletividade (artigo 2º, parágrafo único³⁸), considerando a tutela coletiva dos

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

direitos e interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, preceituados nos artigos 81 e seguintes da Lei Consumerista, seja por acidentes ocasionados por fato de produto ou serviço (artigo 17³⁹), isto é, dano que atinge a integridade física ou psíquica do consumidor ocasionado pelo fornecimento de algum produto ou serviço defeituoso, mesmo que as vítimas não tenham realizado o ato de consumo, seja por estarem expostos as práticas comerciais que podem ser abusivas, elencadas no artigo 29⁴⁰ da Lei em comento (BRASIL, 1990).

Ademais, é importante dizer que os consumidores equiparados, mesmo que não se qualifiquem, em primeiro momento e de forma absoluta, como determina o artigo 2º, *caput* do CDC, em destinatários finais de produto ou serviço, acabam sendo amparados pela Lei Consumerista, que, bem interpretada, permite a possibilidade de aplicação mais extensiva do conceito de consumidor, até mesmo abarcando o consumidor profissional que adquire ou utiliza produto ou serviço e não possui o conhecimento ou especialidade sobre o objeto de consumo que lhe é fornecido, não estando o seu ato de consumo ligado diretamente ao resultado final da sua atividade profissional exercida (escritório odontológico que compra um sofá, por exemplo), demonstrando, deste modo, uma eventual vulnerabilidade frente ao fornecedor (MIRAGEM, 2016, p.159).

Assim, a doutrina aponta três principais teorias sobre a conceituação de consumidor: a Teoria Finalista, a Maximalista e a Finalista Aprofundada ou Mitigada.

Destarte, no que concerne a Teoria Finalista, esta consiste na interpretação restritiva do disposto no artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor, tendo em vista que consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. A expressão “destinatário final” possui cunho limitador das pessoas que podem ser consideradas ou não como consumidoras e por consequência, a aplicação do CDC não se estenderia a aquelas que não apresentassem esta qualidade. Assim, consumidor seria somente aquela pessoa que adquire ou utiliza produto ou serviço para seu uso privado ou de sua família, retirando-o do mercado de consumo ou o consumindo de modo que sua finalidade seja exaurida, isto é, em outras palavras, o consumidor acarretaria a destinação

Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo (BRASIL, 1990).”

39 Art. 17: “Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento (BRASIL, 1990).”

40 Art. 29: “Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas (BRASIL, 1990).”

fática, retirando o produto ou serviço da cadeia de produção, mas também seria o destinatário final econômico, considerando que a utilização do produto ou serviço não visaria o lucro, ou ser empregado em alguma atividade profissional, bem como também, a revenda, que acaba por colocar o produto ou serviço novamente no mercado (MIRAGEM, 2016, p.167).

Portanto, por meio desta teoria, estariam excluídos aquelas pessoas que adquirem ou utilizam produto ou serviço para auxiliar em uma atividade profissional (consumidores intermediários), bem como não trata dos consumidores equiparados, reconhecidos pela doutrina e presentes nos artigos da Lei Consumerista. Tal restrição é aplicada sob o fundamento de ser provocar desigualdade na relação jurídica, considerando que seria a concessão de tutela a quem dela não faz jus (MIRAGEM, 2016, p.168).

A Teoria Maximalista, em contrapartida, confere caráter ampliativo ao conceito de consumidor, principalmente o que a doutrina denomina de consumidor equiparado, presentes no artigo 2º do CDC, em seu parágrafo único, artigos 17 e 29 do mesmo *Codex*. Assim, seriam consumidores equiparados a coletividade, as vítimas de acidentes de consumo e aqueles expostos as práticas comerciais, isto é, consumidores que não se enquadram na característica de destinatários finais econômicos do produto ou serviço, conforme a visão restritiva da Teoria Finalista, considerando que, em regra, não praticam o ato de consumo, não adquirem nem utilizam bem ou serviço (NEVES, TARTUCE, 2017, p.90).

Portanto, a teoria maximalista sustenta-se sob o fundamento da finalidade da criação do CDC, buscando a aplicação da proteção ao consumidor de forma extensiva, e não somente aqueles consumidores não profissionais, ou que se caracterizam somente em destinatários finais fáticos do bem ou serviço, reforçando os elementos jurídicos que constituem a estrutura da relação de consumo, principalmente ao seu elemento primordial, a vulnerabilidade.

É necessário, todavia, que a extensão do CDC seja aplicada quando constatada evidente discrepância de forças nas relações de consumo, principalmente no que se refere as pessoas jurídicas consumidoras, sob a exegese da sua vulnerabilidade, do contrário, acarretaria em proteção demasiada as partes que não necessitam, de fato, da proteção aplicada aos demais consumidores, por não estarem em condições de vulnerabilidade perante os fornecedores (TARTUCE, 2017, p.93).

A Teoria Finalista Aprofundada ou Mitigada consiste na junção das duas mencionadas teorias, isto é, tem-se, através desta teoria, em primeira análise, a conceituação de consumidor da mesma forma aplicada pela Teoria Finalista, consumidor seria então, toda pessoa que acarreta a destinação final fática e econômica do produto ou serviço (TARTUCE, 2017, p.93).

Entretanto, a Teoria Finalista Aprofundada ou Mitigada, abarca os consumidores equiparados, conceituados nos artigos 17 e 29 do CDC. Ademais, através desta teoria é possível a caracterização de consumidor ser empregada até mesmo aos consumidores intermediários, desde que comprovado o aspecto da vulnerabilidade. Em outras palavras, a presunção de vulnerabilidade absoluta restaria relativizada, através desta teoria, ao que se refere aos consumidores que utilizam determinado produto ou serviço como meio de auxílio ou ferramenta para sua atividade profissional de subsistência, ou até mesmo as pessoas jurídicas empresárias, desde que constata a sua vulnerabilidade na relação jurídica, a fim de evitar desigualdades, especialmente no que tange as práticas comerciais abusivas. Assim, só será considerado consumidor se este elemento encontrar-se presente na relação, constatando assim, uma relação de consumo e portanto, carente de tutela(MIRAGEM,2016,p.171).

Dessa maneira, a Teoria Finalista encontra-se presente na Teoria em comento, como primeira análise superficial ou quando as relações de consumo estejam bem delimitadas, em que os elementos objetivos e subjetivos que constituem a relação de consumo, e em especial a figura do consumidor, sejam facilmente percebidos, aplicando-se assim a presunção absoluta da vulnerabilidade, conforme o artigo 4º, I, do CDC. Em relação aos consumidores equiparados pela doutrina, também presentes nas normas do CDC, bem como aos consumidores intermediários, o elemento da vulnerabilidade deve ser comprovado, sob o risco de proteção excessiva a uma parte em detrimento de outra e em consequência, a formação de relações, ao contrário do que objetiva o CDC e através da aplicação deste, desiguais (BRASIL, 1990).

A Teoria Finalista Aprofundada ou Mitigada, fruto de desenvolvimento ocasionado, em boa parte, pela jurisprudência, apresenta determinado equilíbrio de conceituação de consumidor, considerando que não se aplica a qualidade de consumidor de forma expansiva, porém, não sendo, por outro lado, excludente ou restritiva, buscando analisar cada caso concreto, a fim de se verificar o elemento

essencial, a vulnerabilidade, para a aplicação da proteção conferida no CDC. Trata-se, portanto, de Teoria tomada como base para o presente texto, por apresentar termos mais exatos para a configuração de consumidor (MIRAGEM, 2016, p.175).

4.3 Breves exposições sobre a responsabilidade civil dos mercadores virtuais na rede mundial de computadores – a natureza da relação entre vendedor e plataforma de vendas.

A caracterização de uma relação de consumo consiste, como mencionado, na presença da figura do consumidor, fornecedor e do objeto de consumo, que se traduz no produto ou serviço fornecido.

Em uma relação clássica de consumo, como a compra de algum produto em uma loja física, por exemplo, não há muitas dificuldades para a identificação dos elementos subjetivos (consumidor e fornecedor) dessa relação de consumo. Todavia, em se tratando de seara virtual, as relações de consumo via contratos eletrônicos e a distância, refletem uma realidade mais complexa, a exemplos dos mercados virtuais que oferecem serviço de intermediação, em que a venda se realiza por meio de uma plataforma que permite a aproximação entre vendedor do produto e o interessado comprador.

Entretanto, por ser tratar de uma situação recente e de rápida expansão, como é o caso em relação ao campo virtual, há lacunas normativas quanto a regulamentação da internet, quanto as normas específicas no que se refere às relações de consumo realizadas nestes tipos de mercados, além de lacunas doutrinárias, sendo pouco discutido ou desenvolvido o tema, principalmente ao que se refere à figura do vendedor que utiliza esta plataforma de intermediação para vender um produto próprio.

Desta maneira, ao realizar uma análise dos elementos que estruturam as relações de consumo, temos, por um lado, o vendedor que utiliza este site de intermediação para vender produto privado e no outro, o fornecedor deste serviço de intermediação. Consumidor seria, então, o sujeito que utilizaria desse serviço para a realização de venda, considerando que, pelo artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor, consumidor é todo aquele que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final, isto é, sem o objetivo de comercialização (BRASIL, 1990).

Reforça-se, que, a figura do consumidor encontra-se caracterizada pela venda de produto sem a finalidade de auferimento de lucro, considerando que se trata de produto não destinado à circulação ou revenda. Isto é, o consumidor utiliza esse serviço para consumo próprio, tendo em vista não pretender exercer uma atividade empresarial por meio do serviço fornecido, não buscando assim, circulações de mercadorias ao colocar um produto próprio, por exemplo, a venda, nem almeja, assim, a revenda para outro vendedor, inserindo o produto novamente no mercado de consumo. O objetivo da realização da venda é desfazer-se de um bem particular.

Destaque-se ainda, a título exemplificativo e informacional, que através da Teoria de conceituação de consumidor adotada por este trabalho, Teoria Finalista Aprofundada ou Mitigada, haveria a qualificação de consumidor até mesmo aquele que utiliza o site para comercialização de produtos (pessoa física que vende várias peças de roupas pela internet, por exemplo), desde que demonstrada a sua vulnerabilidade na relação de consumo estabelecida, não aplicando-se, portanto, a presunção absoluta conferida aos destinatários finais.

Nesse diapasão, verifica-se que nestes tipos de serviços de intermediação, há participação do provedor do site em toda a comercialização de produtos. Em termos mais claros, o site intermediador não se resume a somente um espaço cedido para a divulgação e exposição de produtos de terceiros, com o intuito de atrair eventuais interessados, mas também como garantidor de qualidade, procedência, pontuando e distinguindo os negociantes que são cadastrados no site, bem como oferecendo formas diversificadas de pagamento (via boleto, cartão de crédito, dentre outros), confirmação do recebimento do pagamento para encaminhamento do produto ao comprador, bem como pacotes que tem como objetivo prolongar a exposição do produto no site, mediante o pagamento de taxas pelo vendedor, tendo como atividades, deste modo, que ultrapassam as consideradas comuns em comparação com os veículos que possuem como finalidade somente o anúncio de produtos (MIRAGEM, 2016, p.558).

Ademais, toda a comunicação e contato entre as partes negociantes é realizada por intermédio do site, isto é, na própria plataforma. Deste modo, a atividade exercida pelo fornecedor (provedor) desse tipo de plataforma de intermediação pode ser qualificada como a espécie de serviço trazida pelo texto consumerista, em seu artigo 3º, §2º, considerando que é remunerado, direta ou

indiretamente, há o espaço cedido para a divulgação de produtos (remuneração indireta), o oferecimento de pacotes que tem como finalidade a prolongação da exposição de produtos, percentual de lucro sobre a própria comercialização realizada, isto é, por meio de contraprestações das partes (formas de remuneração direta).

Dessa forma, a relação de consumo encontra-se caracterizada, entre o fornecedor desse serviço de intermediação e o vendedor, por apresentar os três elementos essenciais para sua formação: o consumidor que utiliza o serviço, o fornecedor do serviço que está sendo utilizado e o seu objeto, o próprio serviço de intermediação. Portanto, estamos diante de uma relação de consumo.

Nessa linha de pensamento, por estamos diante de uma relação consumerista, ocorre, por consequência, a incidência das normas protetivas do CDC, havendo sobre o fornecedor deste tipo de serviço, a aplicação do regime de responsabilização de forma objetiva trazido pelo Código. Deste modo, considerando os diversos deveres e condutas exigidas aos fornecedores, em observância aos princípios que norteiam as relações de consumo, dentre eles o princípio da boa fé objetiva, destacamos o dever de informar, preceituado no artigo 6º, inciso III e de segurança, artigos 12 e 14 *caput*, e artigo 9º⁴¹, todos do CDC.

Nas relações estabelecidas por meio dos mercados virtuais, em razão do próprio espaço onde é constituída a relação consumerista, isto é, a Internet, percebe-se *a priori*, uma vulnerabilidade técnica por parte do consumidor. Isto é, em vista do homem comum, conceito trazido, principalmente, em relação à elaboração dos conteúdos dos contratos consumeristas, considerando que o fornecedor não deve apenas informar, mas assegurar que a informação seja compreendida pelos eventuais consumidores, presume-se o *status* de desconhecimento dos consumidores quanto à tecnologia da informação, não se exigindo que estes sejam especialistas na área. Deste modo, os consumidores encontram-se em posição de desvantagem quanto as informações básicas da rede, bem como quanto a forma de armazenamento de determinados dados e da estrutura cibernética onde está inserido (MIRAGEM, 2016, p.554).

41 Art. 9º: “O fornecedor de produtos e serviços potencialmente nocivos ou perigosos à saúde ou segurança deverá informar, de maneira ostensiva e adequada, a respeito da sua nocividade ou periculosidade, sem prejuízo da adoção de outras medidas cabíveis em cada caso concreto (BRASIL, 1990).”

Portanto, o dever de informação em seara virtual é de suma importância, e ganha um justificado destaque, em virtude da complexidade dos contratos celebrados via internet, tanto em relação ao desconhecimento do consumidor sobre a estrutura do campo virtual, isto é, sua vulnerabilidade fática, até mesmo pela ausência de conhecimentos aprofundados sobre o tipo de serviço que lhe é fornecido, devendo o fornecedor, deste modo, prestar as devidas informações, de modo que o consumidor possa estar informado sobre os riscos da fruição e utilização de produtos e serviços, considerando que a principal finalidade do dever de informar é a prevenção de danos (MIRAGEM, 2016, p.555).

Contudo, o dever de informação sobre eventuais riscos aos consumidores da utilização do produto ou serviço (em destaque ao serviço, objeto do presente trabalho) não anula o dever de segurança imposto aos fornecedores. Em outros termos, haverá responsabilidade pelo fato do serviço, incidindo a disposição do artigo 14 do CDC, quando o fornecedor deste tipo de serviço de intermediação, não observar os deveres de segurança da rede ou outras condutas que acabem por acarretar a facilitação de fraudes aos consumidores, por parte de terceiros, lhe acarretando danos patrimoniais e/ou pessoais.

Sanção também decorre da violação do dever de informação por parte do fornecedor. Em outras palavras, quando, por falta de informações claras e precisas, bem como suficientes, ocorra o comprometimento da adequação do produto (vício), isto é, quando não há informação sobre a correta utilização do mesmo, por exemplo, ensejando a aplicação do artigo 12, *caput* do CDC, ou acarrete danos a integridade física e/ou patrimonial (defeito) do consumidor, artigo 14 do texto consumerista, imputando, por força dos artigos mencionados, a responsabilidade civil ao fornecedor (MIRAGEM, 2016, p.559 e 299).

Reforça-se, ainda, que, o consumidor/vendedor do produto, ao utilizar o serviço fornecido, acredita tratar-se de uma relação segura, pautada na transparência e confiança, pressupostos da boa fé objetiva. Ademais, há a presunção de que o fornecedor detém dos conhecimentos necessários da estruturação do serviço que oferece, sendo deste modo, apto a solucionar eventuais problemas, bem como que realiza providências quanto à segurança da plataforma. Neste sentido, colaciono o julgado:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO INDENIZATÓRIA - DANOS MATERIAIS E MORAIS - SITE DE COMPRAS - MERCADOLIVRE.COM - MERCADOPAGO.COM - FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO -

CONFIGURADA - RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA - PREJUÍZO MATERIAL - DEVER DE REPARAR - DANO MORAL - CONFIGURADO - REPARAÇÃO - CABIMENTO - "QUANTUM" INDENIZATÓRIO - REDUÇÃO - INVIABILIDADE - CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS DE MORA - SUBSTITUIÇÃO PELA TAXA SELIC - AFASTADA - HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS - APRECIÇÃO EQÜITATIVA DO JUIZ -

- Tratando-se de responsabilidade civil, a obrigação de indenizar pressupõe três requisitos: comprovação de culpa, do dano e nexa causal entre a conduta antijurídica e o dano.

- A teor do art. 14, do CPC, o fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços.

- Não se pode falar em culpa exclusiva da vítima que isente a parte ré de responsabilidade, se configurada a falha na prestação de seus serviços, consubstanciada na negligência quanto à segurança do sistema de venda e compra "on line".

- Comprovado o prejuízo patrimonial efetivamente suportado a condenação ao pagamento de indenização por dano material é medida que se impõe.

- Se a parte autora faz prova do dano moral que alegou ter sofrido, há de se dar por procedente o pedido de indenização nesse sentido.

(MINAS GERAIS, 2015).

Salienta-se ainda, que o Código Consumerista adota a Teoria do Risco-proveito, que consiste que o fornecedor ao exercer sua atividade, de forma habitual e profissional, visando e obtendo vantagem econômica sobre a venda realizada, o espaço cedido, dentre outros, assume para si todos os riscos de sua atividade empresarial, principalmente quanto aos riscos razoavelmente esperados, como as tentativas de fraudes por terceiros.

A responsabilidade objetiva, portanto, impõe ao fornecedor a responsabilidade perante a sua atividade comercial exercida e dos danos que esta vier a causar, independentemente de culpa, não podendo este simplesmente se eximir transferindo-a ao consumidor ou a terceiros, acarretando lhes um ônus excessivo.

A transferência de responsabilidade a terceiros, como cláusula, em um contrato consumerista, caracteriza-se em disposição abusiva, conforme o entendimento do Código do Consumidor.

O Código de Defesa do Consumidor não trouxe a conceituação de cláusulas abusivas, porém, estipulou, de forma exemplificativa, os tipos de cláusulas que afrontam e violam a proteção conferida ao consumidor, em seu artigo 51 da Lei Consumerista. Embora não aja um conceito formulado pelo Código Consumerista, a abusividade pode ser compreendida como determinadas condutas dos fornecedores que podem ser ilícitas, isto é, contrárias não só ao Código de Defesa do Consumidor, mas a todo o ordenamento jurídico, bem como derivadas do

abuso de direito, que pode ser melhor compreendido quando o fornecedor insere determinada cláusula no contrato, mas deturpa o entendimento de tal cláusula ou ultrapassa, na constituição do seu conteúdo, aquilo que seria considerado lícito, em detrimento do consumidor, lhe acarretando prejuízos e/ou danos (MARQUES, 2005, p.901).

A abusividade consiste, assim, na realização de atos ilícitos ou mesmo em abuso de direitos, que violam o princípio da boa fé objetiva, da confiança e da transparência, denominados pela exegese consumerista, quando em fórmula de disposições contratuais, como cláusulas abusivas, que acabam por ocasionar um maior desequilíbrio em uma relação em que já há o elemento da vulnerabilidade (MARQUES, 2005, p.905).

Deste modo, o CDC confere proteção ao consumidor contra a imposição dessas determinadas cláusulas, conforme se verifica em seu texto, principalmente ao disposto nos artigos 6º, inciso IV⁴², bem como a geração de nulidade absoluta quando constatada a presença de cláusulas abusivas em um contrato de consumo, determinado pelo artigo 51, *caput* (BRASIL, 1990).

Reforça-se, que as cláusulas presentes no artigo 51 e seus incisos, são apenas exemplificativas dadas as diversas relações de consumo que podem ser constituídas, principalmente ao que se refere ao comércio eletrônico, os chamados mercados virtuais (BRASIL, 1990).

Desta maneira, o fornecedor não pode se eximir da responsabilidade perante os prejuízos e danos causados ao fornecedor, em observância aos deveres que lhe são impostos pelo Código Consumerista, bem como pela restrição e limitação ao conteúdo dos contratos de consumo, em vista da proteção a parte considerada frágil, o consumidor.

Ademais, a frequente imposição de transferência da responsabilidade a terceiros, caracterizada como cláusula abusiva pelo artigo 51, inciso III, principalmente ao que se refere aos mercados virtuais, constitui uma grande preocupação em seara consumerista considerando que transfere, não apenas o ônus à custa do consumidor, que não deu causa, violando a responsabilidade objetiva adotada pelo Código, bem como todo o risco derivado da atividade

42 Art. 6º: “São direitos básicos do consumidor:

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 (BRASIL, 1990);”

econômica exercida pelo fornecedor ou prestador de serviços, de modo a agravar a vulnerabilidade do consumidor, já reconhecida, tendo em vista que tais figuras são quem detém o *poderio* da relação de consumo, possuindo conhecimentos específicos sobre o produto que fornecem, bem como sobre toda a estrutura de seus serviços, além de que cabe a eles a adoção e criação de mecanismos que visem o fornecimento do seu objeto de consumo de forma segura.

Em outros termos, de forma breve, a imposição de cláusulas abusivas gera a nulidade destas no contrato de consumo, mas, presente o dano, estas cláusulas podem gerar o dever de reparar, ensejando, deste modo, a responsabilidade objetiva do fornecedor.

Reforça-se que, a proteção prevista no CDC irradia seus reflexos até mesmo as fases pré-contratuais, como a oferta, mas intensificando a proteção na execução do contrato, conforme se verifica pelos artigos 30 a 54 do dispositivo consumerista, principalmente no que se refere aos contratos de adesão, em que as disposições trazidas em seus conteúdos são constituídas unilateralmente pelo fornecedor.

O contrato de adesão, conceituado pelo artigo 54 da Lei Consumerista, trata-se de contrato que tem suas disposições formuladas unilateralmente pelo fornecedor, sem a participação (ao menos efetiva, conforme a exceção trazida em seu artigo, §1º, já aprofundado em tópico anterior), na constituição do conteúdo de um contrato de consumo.

Todavia, mesmo com os deveres determinados e exigidos aos fornecedores, regulados pelo código, bem como que as condutas dos fornecedores sejam pautadas na boa fé objetiva, confiança, transparência, além da observância a principiologia consumerista, não podemos olvidar que, os contratos de adesão, exatamente pela sua característica de aderir, sem negociações sobre seus termos e cláusulas, além de ser um contrato solene e massificado, tornam-se um local propício para a inserção de cláusulas abusivas, que visam vantagens exageradas para o fornecedor ou ônus e desvantagens aos consumidores.

Ademais, os contratos de adesão são comumente utilizados nas relações de consumo por meio eletrônico, especialmente aos contratados entre o fornecedor do serviço de intermediação e o vendedor que utiliza este serviço. Deste modo, forma-se uma relação jurídica em que o consumidor adere às condições impostas pelo fornecedor, como a especificação do produto que será vendido e demais medidas de segurança que devem ser adotadas. Não há, portanto, negociações ao que se refere

aos termos dessa relação consumerista, sendo uma relação já pré-estabelecida pelo fornecedor, restando ao consumidor somente a opção de aderir ou não.

Deste modo, intensifica-se o dever de informar do fornecedor e o direito de se informado do consumidor, considerando que o consumidor não teve participação na formulação do conteúdo contratual, devendo, desta maneira, que os termos contratuais estejam de fácil compreensão.

Além do mais, é dever do fornecedor prestar as devidas informações necessárias, de forma clara e precisa, de imediata compreensão pelo consumidor, não só em virtude da natureza jurídica do contrato formulado, mas pela presunção da falta de conhecimentos sobre o campo virtual que o consumidor está inserido, o serviço fornecido e os riscos que este pode acarretar, bem como criar mecanismos e adotar medidas, fornecendo o objeto de consumo de forma segura. Principalmente ao que se refere ao serviço de intermediação, em que a própria negociação é realizada no âmbito do site, é imperioso que o fornecedor crie um ambiente seguro, confiável e transparente, para ambas as partes (vendedor e comprador que utilizam o serviço de intermediação), com a adoção de métodos que coíbam e evitem danos e prejuízos aos consumidores, principalmente no caso de fraude.

Por fim, entende-se que o serviço de intermediação, pela análise aos elementos que estruturam as relações de consumo, trata-se de um serviço englobado pelo Código Consumerista, em seu artigo 3º, §2ª, além da evidente existência de uma relação de consumo entre o fornecedor do serviço de intermediação e o vendedor que utiliza a plataforma, considerando que este se caracteriza como destinatário final do serviço, usando-o somente para desfazer de um bem privado, sem o objetivo de comercialização. A vulnerabilidade, elemento primordial as relações consumeristas é constatada pelo desconhecimento do consumidor, seja ele vendedor ou comprador, sobre o ambiente virtual em que está inserido, bem como ao serviço que lhe é fornecido. O fornecedor do serviço de intermediação é quem detém do poder e do controle do seu objeto de consumo, tendo em vista que tem total conhecimento sobre a estruturação do serviço que oferece.

Deste modo, pela incidência do CDC, cabe ao fornecedor a adoção de medidas que não acarretem danos aos consumidores, o dever de informar sobre os riscos e a correta utilização do serviço, o dever de segurança e a aplicação, pela Lei Consumerista, da Teoria do Risco, que impõe ao fornecedor que este arque com os

riscos previsíveis e esperados da sua atividade empresária, não podendo eximir-se ao transferir a terceiros, frente a toda a imposição da ordem principiológica do CDC.

5 CONCLUSÃO

O crescente avanço tecnológico contribuiu para a expansão dos mercados virtuais, que possibilitaram a realização de compras e vendas pela internet. Assim, este evento tecnológico permitiu a expansão de relações jurídicas via Internet e o fornecimento dos mais diversos produtos e serviços por meio do campo virtual.

A expansão dos mercados virtuais acarretou não só uma transformação social, considerando a mudança de hábitos e comportamentos, em que se tem a preferência em fazer compras pela Internet do que em uma loja física, mas uma transformação econômica e jurídica, sendo esta última evidente, pelo fato de necessitar da adequação das normas em razão de um fator novo, mais complexo: os contratos eletrônicos.

Os contratos eletrônicos, assim compreendidos aqueles realizados pela internet, bem como a distância, considerando a inexistência de contato pessoal entre as partes da relação jurídica, exigiram adequação das normas para abranger essa nova realidade.

Deste modo, os contratos eletrônicos foram equiparados aos demais contratos realizados fora do âmbito virtual, considerando que se referem à extensão da realidade, isto é, como um espaço para a ampliação de relações jurídicas, apresentando o mesmo caráter negocial presente nos contratos em geral. Ademais, tratando-se de fornecimento de produto ou serviço dirigido ao mercado de consumo, equipara-se as relações consumeristas, ensejando a aplicação do CDC.

Todavia, o campo virtual não apresenta regulamentação que trata das relações de consumo realizados neste meio, e o CDC, considerando que é uma Lei específica da área consumerista, como o próprio nome faz jus, abarca, de forma prevista em seu texto normativo, somente os contratos à distância, por força de seu artigo 49, que dispõe sobre o direito de arrependimento em relação a contratos em que não há o contato pessoal entre as partes (BRASIL, 1990).

Desta maneira, em virtude das lacunas jurídicas e doutrinárias que tratam diretamente o tema e dadas à complexidade das relações de consumo estabelecidas via Internet, necessitou uma adequação dos elementos e conceitos que estruturam as relações de consumo, por meio da análise do Código Consumerista, principalmente ao que se refere aos fornecedores de serviços de intermediação de vendas e a figura do vendedor que utiliza este serviço.

Nesse diapasão, entende-se que o vendedor, ao utilizar-se do serviço que lhe é fornecido, busca, somente, desfazer-se de um bem privado, não tendo como objetivo a comercialização, não procurando a circulação de mercadorias, enquadrando-se na categoria de consumidor trazido pelo artigo 2^a do Código Consumerista, principalmente por haver o elemento primordial para configuração da relação de consumo: sua vulnerabilidade (BRASIL, 1990).

A vulnerabilidade do consumidor, seja ele usuário do serviço de intermediação como comprador ou vendedor, encontra-se presente pela sua vulnerabilidade fática, isto é, há a presunção de desconhecimento sobre o ambiente em que está inserido (o campo virtual), bem como pelo próprio serviço que lhe é fornecido (a plataforma de intermediação). O consumidor, deste modo, encontra-se em posição de desvantagem, considerando que o fornecedor detém dos conhecimentos aprofundados sobre a estruturação do serviço que oferece no mercado de consumo.

Ademais, o fornecedor deste tipo de serviço de intermediação, obtém vantagem econômica sobre o espaço cedido, mesmo que gratuito, (remuneração indireta), pelo oferecimento de pacotes que buscam prolongar a exposição do produto na plataforma, bem como há margens de lucro sobre a própria realização de compra e venda, oferecendo meios de pagamento diversos, confirmação do mesmo mediante a liberação do produto ao comprador (atividades que caracterizam a remuneração direta), dentre outros métodos que ultrapassam as atividades consideradas comuns em relação aos veículos que tem como objetivo apenas a divulgação de produto e serviços em seu espaço.

Diante do exposto, sendo um serviço fornecido de forma habitual e profissional, em destaque pelo fato da intermediação só ser possível no âmbito da plataforma, caracteriza-se na conceituação de serviço trazido pelo artigo 3^o, §2^o do CDC (BRASIL, 1990).

Portanto, por estar identificada a relação de consumo, ocorre a incidência das normas protetivas do CDC, irradiando a responsabilização de forma objetiva ao fornecedor, que, além dos diversos deveres regulados e impostos aos fornecedores por força da Lei Consumerista, o impõe o dever de informar, bem como os deveres implícitos da boa fé objetiva, principalmente em decorrência do desconhecimento do consumidor sobre a área virtual que está inserido, quanto ao serviço que lhe é oferecido, devendo o fornecedor prestar as devidas informações necessárias e

substanciais sobre o objeto de consumo, como sua correta utilização, fruição e eventuais riscos, em garantia e observância aos direitos básicos dos consumidores, indispensavelmente o dever de segurança.

Diante disso, o fornecedor, por meio da Teoria do Risco-Proveito, obtendo vantagem econômica por meio do serviço que oferece, deve arcar com os riscos que sua atividade exercida produz, criando um ambiente seguro, confiável, que não acarrete danos aos consumidores, sob pena de incidir a responsabilidade civil do fornecedor, seja pela violação ao dever de informar (ausência de prestação de informações, bem como informações insuficientes ou confusas), seja pela geração de danos aos consumidores, conforme preceituado pelos artigos 12 e 14, ambos do CDC (BRASIL, 1990).

Entende-se, deste modo, que pela incidência da Teoria do Risco e da responsabilidade objetiva, o fornecedor deve arcar com os riscos que sua atividade gera, indenizando-os e reparando, de forma integral, todos os prejuízos ocasionados aos consumidores. Bem como, pelo dever de segurança, devem-se criar métodos e instrumentos que visam à segurança do serviço que fornece, em virtude de riscos previsíveis e razoavelmente esperados, como no caso de fraudes por terceiros, não podendo o fornecedor eximir-se de sua responsabilidade ao transferi-la para outros.

Ademais, o CDC apresenta um rol exemplificativo de cláusulas, que presentes em contrato de consumo, são consideradas abusivas, conferindo nulidade a elas e se passíveis de acarretarem danos aos consumidores, a imposição do dever de reparação.

Percebe-se, que, os contratos celebrados pela internet e a distância, são contratos formulados, em sua maioria, unilateralmente pelo fornecedor. Assim, em razão do seu caráter de adesão, em que não há a participação do consumidor na composição de seus termos e disposições, se destaca e reforça as normas protetoras presentes no CDC, que visam coibir e punir comportamentos abusivos, bem como a presença de dispositivos que buscam a efetiva proteção ao consumidor.

Entende-se, por fim, que dada às lacunas normativas que tratem diretamente do tema, abriu margem para imposições de cláusulas abusivas, bem como a frequente tentativa dos fornecedores de descaracterizarem essa relação como sendo de consumo.

Portanto, por meio do aprofundamento do tema e uma visão mais específica, com fundamento em toda a norma consumerista, bem como constitucional e a

presença de diálogo de fontes entre o Código Civil, a própria doutrina que analisa os elementos das relações consumeristas, com análise de julgados, possibilitaram a identificação da existência de uma relação de consumo entre o fornecedor deste serviço de plataforma de intermediação e o vendedor que o utiliza, conferindo e reforçando a tutela determinada pelo CDC.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Código Civil, Lei n^o 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (texto compilado). Brasília. Diário Oficial da União, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 12 de outubro de 2018.

BRASIL. Código de Defesa do consumidor, Lei n^o 8.078, de 11 de setembro de 1990 (texto compilado). Brasília. Diário Oficial da União, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em 12 de outubro de 2018.

BRASIL. Marco Civil da Internet no Brasil, Lei n^o 12.965, de 23 de abril de 2014 (texto compilado). Brasília. Diário Oficial da União, 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>. Acesso em 16 de novembro de 2018.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, 05 de outubro de 1988 (texto compilado)*. Brasília. Diário Oficial da União, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 12 de outubro de 2018.

DISTRITO FEDERAL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL, 2008. *Ação Cível do Juizado Especial.nº. 20070110173619 DF*, Relator: Fábio Eduardo Marques, julgado em 30 de setembro de 2008. Distrito Federal: Diário do Judiciário Eletrônico, publicado em 04 de novembro de 2008, p.214. Disponível em: <<https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2431520/apelacao-civel-no-juizado-especial-acj-20070110173619-df/inteiro-teor-100940160>>. Acesso em: 10 de maio de 2018.

MINAS GERAIS. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS, 2015. *Apelação cível n. 1.0396.11.003083- 2/001*, Relator: Des.(a) Evandro Lopes da Costa Teixeira, julgado em 29 de janeiro de 2015. Minas Gerais: Diário do Judiciário Eletrônico, publicado em 10 de fevereiro de 2015. Disponível em: <<https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0396.11.003>>

083-2%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar. Acesso em: 18 de novembro de 2018.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Súmula nº. 381*. Brasília: Diário Oficial Eletrônico, 2009. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/docs_internet/SumulasSTJ.pdf>. Acesso em 18 de novembro de 2018.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática*. 2ª ed. rev., ampl. E atual. Pela BBR 14.724 e atual. Pela ABNT 30/12/05. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 6ª edição. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2016. 941p.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção, TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito do Consumidor*. 6ª edição. São Paulo, Método, 2017. v. único. 1008p.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 5ª edição. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005. 1342p.

MERCADO LIVRE. *Como receber com cada meio de pagamento*. Osasco, [entre 1999 e 2018]. Disponível em: <https://www.mercadolivre.com.br/ajuda/Como-receber-com-cada-meio-de-pagamento_1383>. Acesso em 09 de novembro de 2018.