

JUSTIÇA & CIDADANIA

Edição 149 • Janeiro 2013



Celso de Mello | Ministro do STF

STF, GUARDIÃO DA ORDEM CONSTITUCIONAL

Editorial: Legítimos defensores da dignidade nacional

Ensaio sobre o comércio à distância e o direito do consumidor

Alexandre Chini | Juiz de Direito do Estado do Rio de Janeiro



Sem dúvida alguma, as interações comerciais encontram-se dentre as mais relevantes e antigas atividades do ser humano. E talvez nenhuma outra relação social tenha sofrido mais mudanças nos últimos séculos do que o comércio.

Há três mil anos, por exemplo, um mercador tinha que, por sua conta e risco, levar o cedro do Líbano ao Egito, o âmbar do Mar Báltico para o Mar Egeu e as especiarias do Extremo Oriente pelo Mar Vermelho até o Egito, em jornadas perigosas e muitas vezes de resultados imprevisíveis. Certamente, esse mesmo comerciante não imaginaria que, centenas de anos mais tarde, um consumidor, de seu computador pessoal, poderia instantaneamente adquirir nos Estados Unidos um produto produzido na China, distribuído por uma empresa com sede no Japão para ser entregue no Brasil.

A atual complexidade das relações de consumo e as novas técnicas de comercialização de produtos e serviços à distância desafiam a todos, demandando por parte dos aplicadores do direito uma profunda reflexão acerca dos princípios atinentes à matéria, sobretudo aqueles de índole protetiva, estabelecidos pela Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990.

O comércio à distância

As novas modalidades de venda à distância, assim como o marketing utilizado neste tipo de comércio, ao mesmo tempo em que trouxeram vantagens para os consumidores e fornecedores, aumentaram de forma exponencial o número de demandas ajuizadas.

A ampliação da vulnerabilidade do consumidor nesta modalidade de contrato, celebrado fora do estabelecimento comercial, é uma preocupação internacional, aqui retratada pela Diretiva 2011/83/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 25 de outubro de 2011, relativa aos Direitos dos Consumidores, que alterou a Diretiva 93/13/CEE do Conselho, bem como a Diretiva 1999/44/CE, do já mencionado Parlamento Europeu e Conselho, além de, também, revogar a Diretiva 85/577/CEE.

A citada Diretiva 2011/83/UE estabelece regras relativas à informação, ao direito de retratação, bem como harmoniza certas disposições relativas à execução e outros aspectos relativos aos contratos celebrados à distância e aos ajustes celebrados fora do estabelecimento comercial.

Mas o que é um contrato celebrado à distância?

Para Fernanda Neves Rebelo, “os contratos celebrados à distância constituem uma particular forma de contratação, cuja característica principal reside no fato de as partes não se encontrarem presentes fisicamente no momento da celebração do contrato, como é habitual no comércio tradicional.”

Cláudia Lima Marques, ao definir o contrato eletrônico, dispõe que “o chamado ‘comércio eletrônico’ é realizado através de contratações à distância, por meios eletrônicos (e-mail etc.), por internet (on-line) ou por meios de telecomunicações de massa (telemarketing, TV, TV a cabo etc.), é um fenômeno plúrimo, multifacetado e complexo, nacional e internacional, em que há realmente certa ‘desumanização do contrato’ (disumanizzazione del contratto). A expressão escolhida pela doutrina italiana (Oppo, Rivista, p. 525) choca, é esta sua principal finalidade. Assim como Ghersi denominava de ‘contrato sem sujeito’ o principal tipo de contrato pós-moderno, em que a impessoalidade é elevada a graus antes desconhecidos e no qual todas as técnicas de contratação de massa se reunirão: do contrato de adesão, das condições gerais dos contratos, ao marketing agressivo, à catividade do cliente, à internacionalidade intrínseca de muitas relações, à distância entre o fornecedor e o consumidor.”

Dessa maneira, todos os casos em que os contratos são celebrados entre o profissional e o consumidor, no âmbito de um sistema de vendas ou prestação de serviços dirigido para o comércio à distância, mediante a utilização exclusiva de um ou mais meios de comunicação para tais fins (ex.: por correspondência, internet, telefone ou fax), incluem-se na concepção de contrato à distância.

Direito Positivo

No que se refere ao direito positivo brasileiro, deve ser observado que à época da promulgação do Código de Defesa do Consumidor, o comércio eletrônico nem sequer existia, sendo a venda de porta em porta, por telefone, pela TV, ou por malote postal, as modalidades de venda à distância mais utilizadas naquele tempo.

Diante do desconcertante dinamismo da vida, é intuitivo que o nosso sistema necessita ser atualizado e, atento a essa nova realidade, a Comissão de Juristas do Senado Federal Brasileiro elaborou um Anteprojeto de Lei para alteração do Código Consumerista, a fim de aperfeiçoar os direitos de informação, transparência, lealdade, autodeterminação, cooperação e segurança nas

relações de consumo estabelecidas através do comércio eletrônico, buscando, ainda, a proteção do consumidor em relação à mensagens eletrônicas não solicitadas (spams), além de disciplinar o exercício do direito de arrependimento.

Contudo, mesmo sem haver até então norma específica regulamentando o comércio eletrônico, os consumidores não se encontram desprotegidos, visto que podem amparar-se nos princípios da vulnerabilidade, da informação, da transparência, da boa-fé, da efetividade e da confiança, todos já consagrados no atual Código de Defesa do Consumidor, constituindo tais premissas as bases fundamentais de todo o sistema, sendo plenamente aplicáveis aos contratos celebrados à distância.

Código de Defesa do Consumidor

Espalhados pelo Diploma Consumerista já é possível vislumbrar a presença de alguns artigos garantidores desse tipo de relação comercial, como é o caso do artigo 33 do CDC, que se aplica ao comércio eletrônico, ao impor o dever de informar ao consumidor, nas fases pré-contratual, contratual ou pós-contratual, o nome do fabricante e seu endereço.

Da mesma forma, destaca-se a regra do artigo 49 do CDC, a qual permite ao consumidor desistir do contrato, “independente de justificativa, e sem incidir perdas e danos”, no prazo de 7 (sete) 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, prevalecendo “na doutrina e na jurisprudência o entendimento no sentido de ser aplicável também os contratos celebrados via internet”.

Nesse sentido, caso haja exercício do direito de arrependimento previsto no citado artigo, os valores, eventualmente pagos a qualquer título, durante o prazo de reflexão, serão devolvidos, de imediato, monetariamente atualizados, devendo o consumidor, em razão da desistência, devolver o produto nas condições que recebeu, ou seja, “deverá cuidar para que o bem não pereça e não sofra qualquer tipo de desvalorização, devendo evitar usá-lo ou danificá-lo” e, caso não possa devolver o produto nas condições que recebeu, terá que ressarcir o prejuízo suportado pelo fornecedor, evitando-se, dessa maneira, o enriquecimento ilícito e afronta ao princípio da boa-fé, o qual, também, está vinculado o consumidor.

Deve-se atentar, contudo, para a possibilidade do conteúdo objeto do contrato ser produzido e fornecido em formato totalmente digital, como programas e aplicações de computador, jogos, música, vídeos ou textos, independentemente da forma de acesso.

Analisando a questão, ressaltou Cesar Viterbo Matos Santolin que o “comércio eletrônico voltado ao consumidor (B2C) impõe uma prévia distinção entre duas situações: aquela que envolve os chamados ‘bens digitais’ (*digital goods*) e a que trata dos ‘bens convencionais’, ou ‘comuns’ ou ‘ordinários’ (*ordinary goods*). Lena Olsen destaca que no primeiro caso o consumidor não apenas usa o meio eletrônico para o aperfeiçoamento do negócio, mas também a execução ou o cumprimento do contrato é feita do mesmo modo. Isso pode ocorrer na aquisição de *softwares*, por exemplo, onde a entrega do ‘bem digital’ é feita por meio eletrônico (via *download* do programa). Outra hipótese ocorre quando, embora o aperfeiçoamento do contrato se faça por meio eletrônico, a sua execução opera-se pela tradição, através do encaminhamento físico do ‘bem’, pelo correio ou outro meio de transporte.”

Nestas hipóteses, em caso de eventual desistência do consumidor, a devolução do produto parece gerar alguns questionamentos, por conta de sua natureza diferenciada. Isso porque o produto poderá ficar gravado no HD do computador do consumidor, o que não ocorre com um suporte material ou por qualquer outro meio, como CD ou um DVD, que são passíveis de devolução. Nesse caso, poderia se dizer que existe uma exceção à regra do artigo 49 do CDC.

A Diretiva 2011/83/UE do Parlamento Europeu, em seu artigo 16º, impõe várias exceções ao direito de retratação relativamente aos contratos celebrados à distância e fora do estabelecimento comercial, dentre elas, cite-se o fornecimento de conteúdos digitais que não sejam fornecidos num suporte material, caso a execução tiver início com o consentimento prévio e expresso do consumidor, haverá o seu reconhecimento de que deste modo perderá o direito de retratação.

Newton de Lucca ao analisar o tema nos traz o pensamento de Fábio Ulhoa Coelho, que excepciona a aplicação da norma do artigo 49 do CDC, quando as informações constantes do site são as mesmas fornecidas na loja física, destacando: “se o site permite ao consumidor ouvir faixas de um CD e apresenta todas as informações constantes da capa e contracapa (isto é, franquias rigorosamente tudo o que teria acesso o mesmo consumidor se estivesse examinando o produto numa loja física), então não há razões para reconhecer o direito de arrependimento”.

Contudo, segundo Lucca, a aplicação do artigo 49 do CDC deve ter uma abordagem sob o enfoque do princípio da boa-fé: “sou partidário, no entanto, da introdução de uma ressalva no sentido de ser possível aquele exercício nos casos de comprovada boa-fé por parte do consumidor, harmonizando-se, assim, o disposto no art.49 do CDC

com o princípio da boa-fé objetiva previsto no art.4º, III, do mesmo diploma legal”.

Assim, encarando a boa-fé como uma via de mão dupla, deverá o julgador no caso concreto, verificar se o consumidor atuou com uma consciência ética. Segundo o professor Diógenes Faria de Carvalho: “o princípio da boa-fé objetiva se constitui numa cláusula geral que demanda um esforço de concretização do aplicador do direito. Seu reconhecimento, como ficou demonstrado, insere-se num processo de retomada da consciência ética. Possui desta feita, uma função integradora da obrigação, que impõe lealdade entre as partes”.

Cancelamento por ilicitude

Outra questão relevante a ser destacada é a do cancelamento de uma compra feita com cartão de débito ou crédito, em decorrência da indevida utilização, por terceiros, do cartão, do número ou da senha (fraude, furto, roubo etc.). Nesse caso, o cancelamento tem um motivo especial, qual seja, a ocorrência de um crime. Diferente do arrependimento, do art. 49 do CDC, cujo cancelamento decorre do exercício de um direito potestativo, o qual não necessita ser motivado.

Com relação à fraude e outros tipos de crime passíveis de acontecer por este meio, o fornecedor de produtos e serviços tem o dever de adotar todas as medidas necessárias para que seu sistema não seja suscetível a tal ocorrência, não se tornando um ambiente propício para que ilicitudes desse gênero aconteçam. Até porque, possui responsabilidade objetiva decorrente do próprio fortuito interno, inerente ao risco do negócio.

Competência

Finalizando o exposto, cumpre indagar qual o foro competente para dirimir eventual conflito existente nesta globalizada relação de consumo, como na hipótese de um consumidor brasileiro comprar pela internet um produto produzido no México, comercializado por uma empresa com sede na Itália, distribuído por uma empresa estabelecida no Cairo?

Nos termos do que dispõe nossa lei principiológica consumerista vigente, o foro competente será o do domicílio do consumidor (art. 101 do CDC), sempre que o apoio da responsabilidade tiver como base os artigos 12 a 14 do CDC, em relação à responsabilidade pelo fato do produto ou serviço e artigos 18 a 20 do CDC, em se tratando de responsabilidade por vícios do produto ou do serviço.

Essa regra protecionista tem como fundamento a facilitação do acesso do consumidor à defesa de seus interesses em juízo (art. 6º. do CDC), constituindo-se um direito básico, que lhe permite propor a ação de

responsabilidade civil contra o fornecedor de produtos ou serviços da forma menos onerosa.

Sérgio Cavalieri Filho destaca de forma clara que “o objetivo da norma é facilitar o acesso do consumidor à justiça, que pela regra do Código de Processo Civil (foro do domicílio do réu) teria que acionar o fornecedor, na maioria das vezes, na justiça de outro Estado ou cidade muito distante, v.g., consumidor domiciliado no Rio de Janeiro e fornecedor com sede em Porto Alegre”.

Por sua vez, Cesar Viterbo Matos Santolin, estabelece que “no tocante à relações de consumo, indica-se a possibilidade do exercício de jurisdição tendo como referencia o domicílio do consumidor, consequência da sua caracterização como hipossuficiente, como ocorre, por exemplo, no Tratado de Roma (Comunidade Européia), art.5º, ou, no Brasil, na Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), art.101.I.”

Em razão da complexidade da matéria, não se pode esquecer que todos aqueles que participam da cadeia de fornecedores tem responsabilidade obrigacional solidária, mesmo possuindo personalidade jurídica distinta do fabricante, ainda que com sede no exterior. Até porque, a “economia globalizada não mais tem fronteiras rígidas e estimula e favorece a livre concorrência, imprescindível que as leis de proteção ao consumidor ganhem maior expressão em sua exegese, na busca do equilíbrio que deve reger as relações jurídicas.”

Conclusão

Destarte, não podemos olvidar que o Código de Defesa do Consumidor, cuja promulgação completou 22 (vinte e dois) anos, passará por mudanças, tendo como ponto inicial o Projeto de Lei proposto pela mesa do Senado Federal. A Comissão de Juristas que alicerçou o projeto de reforma em três pontos: prevenção ao superendividamento, regras sobre comércio eletrônico e disciplinamento de ações coletivas. Tais normas, no que toca o comércio eletrônico, versam sobre a divulgação dos dados do fornecedor, da proibição do spam, do direito de arrependimento da compra e das penas práticas abusivas contra o consumidor, visando, principalmente sanear problemas corriqueiros evidenciados pelo Poder Judiciário. Aguardemos a vigência e eficácia da *novatio legis* que certamente têm o condão de minimizar vícios nas relações de consumo advindas dos meios eletrônicos.

Por tudo o que foi visto aqui, é de se concluir que assim como as relações comerciais vão se desenvolvendo, progredindo e mudando seus paradigmas, não estatizado pode ficar o direito, pois nem os antigos mercadores do período minóico como aqui se fez alusão ficaram estáticos. Na visão Tridimensional do Direito, ideia inovadora do

notável jurista Miguel Reale, o direito é um fato social, é valor, refletido dos adotados pela sociedade e é norma, esse impulso dialético mostra a sua dinamicidade e é deste modo que deve ser, já que só assim os interesses, sobretudo dos mais vulneráveis, não ficarão sobrestados, evitando serem “engolidos” pelo Mercado de Consumo. 

Referências bibliográficas

- AQUINO JUNIOR, Geraldo Frazão de. *Contratos Eletrônicos: a boa-fé e a autonomia da vontade* – Curitiba: Juruá Editora, 2012.
- CARVALHO, Diógenes Faria de. *O princípio da boa-fé objetiva nos contratos de consumo*. Goiânia: PUC Editora, 2011.
- CARVALHO, José Carlos Maldonado de. *Direito do Consumidor Fundamentos Doutrinários e Visão Jurisprudencial*, 2ª. Edição, Editora Lúmen Júris.
- CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Direito do Consumidor*, Editora Atlas S.A.
- FROTA, Mário. *A Causa dos Direitos dos Consumidores*, Liber Amicorum em homenagem ao Jurista Mário Frota, Editora Almedina.
- GRINOVER, Ada Pellegrini, Antonio Herman de Vasconcellos e Benjamin, Daniel Roberto Fink, José Geraldo Brito Filomeno, Kazuo Watanabe, Nelson Nery Junior e Zelmo Denari. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*, comentado pelos autores do anteprojeto, 6ª edição – Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.
- LUCCA, Newton, “Comercio Eletrônico na Perspectiva de Atualização do CDC”, *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*, Vol II, nº 03, Setembro 2012- – Editora Bonijuris/J.M. Editora. pp. 113/130.
- MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*, 6ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- MARQUES, Claudia Lima. Antônio Herman V. Benjamin, Bruno Miragem. *Comentário ao Código de Defesa do Consumidor*, Editora Revista do Tribunal, 3ª. edição.
- MARQUES, Claudia Lima. A proteção do Consumidor de produtos e serviços estrangeiros no Brasil: primeiras observações sobre os contratos a distância no comércio eletrônico - *Revista de Direito do Consumidor* – nº 41 – Janeiro-março de 2022 – Editora Revista dos Tribunais. pp. 38/79.
- MARQUES, Claudia Lima. Proteção do Consumidor no comércio eletrônico e a chamada nova crise do contrato: por um direito do consumidor aprofundado. *Revista de Direito do Consumidor* – nº 57 – Ano 15 janeiro-março 2006, Editora Revista dos Tribunais pp. 09/59.
- REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*, 27ª. edição, Editora Saraiva, 2009.
- SANTOLIN, Cesar Viterbo Matos. “Os Princípios de Proteção do Consumidor e o Comércio Eletrônico no Direito Brasileiro”, *Revista de Direito do Consumidor* n. 55, pp. 52/84, Editora Revista dos Tribunais.
- SENADO FEDERAL - Relatório-Geral Comissão de Juristas de Atualização do Código de Defesa do Consumidor- Antonio Herman Benjamin (Presidente), Cláudia Lima Marques (Relatora-Geral), Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe, Leonardo Roscoe Bessa, Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer, BRASÍLIA – 2012.
- KLAUSNER, Eduardo Antonio. *Direito do Consumidor no Mercosul e na União Europeia: acesso e efetividade*, Editora Juruá, 2006.
- GUGLINSKI, Vitor. “O Chargeback e suas Repercussões no E-commerce e nos Direitos do Consumidor e da Empresa”, *R. EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 14, n. 56, pp. 235-244, out.-dez. 2011.