

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO

**COMÉRCIO ELETRÔNICO E CLÁUSULAS ABUSIVAS NOS
CONTRATOS DE ADESÃO**

MARIA CLARA HALFELD VILARDE

Rio de Janeiro
2018 / 2º Semestre

MARIA CLARA HALFELD VILARDE

**COMÉRCIO ELETRÔNICO E CLÁUSULAS ABUSIVAS NOS
CONTRATOS DE ADESÃO**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação da **Professora Ma. Juliana de Sousa Gomes Lage**.

Rio de Janeiro
2018 / 2º Semestre

CIP - Catalogação na Publicação

V697c Vilarde, Maria Clara Halfeld Comércio eletrônico e cláusulas abusivas nos contratos de adesão / Maria Clara Halfeld Vilarde. - Rio de Janeiro, 2018.
70 f.

Orientadora: Juliana de Sousa Gomes Lage.
Trabalho de conclusão de curso (graduação)
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito, Bacharel em Direito, 2018.

1. Comércio eletrônico. 2. Cláusulas abusivas. 3. Contratos de Adesão. 4. Vulnerabilidade. I. Lage, Juliana de Sousa Gomes, orient. II. Título.

MARIA CLARA HALFELD VILARDE

**COMÉRCIO ELETRÔNICO E CLÁUSULAS ABUSIVAS NOS
CONTRATOS DE ADESÃO**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação da **Professora Ma. Juliana de Sousa Gomes Lage.**

Data da Aprovação: ___/___/_____.

Banca Examinadora:

Orientadora

Membro da Banca

Membro da Banca

Rio de Janeiro

2018 / 2

RESUMO

Atualmente, com o avanço das mais variadas formas de tecnologia, todos os tipos de relação acontecem no mundo virtual. Ao mesmo tempo, a sociedade em geral está cada vez mais habituada a contratar na Internet. Deste modo, há vários mecanismos que são utilizados pelos fornecedores para destacar ainda mais a vulnerabilidade do consumidor no comércio eletrônico, ao passo que a legislação já está se adequando para garantir maior proteção à figura do consumidor, como por meio da previsão do direito de arrependimento, reconhecimento da nulidade de cláusulas abusivas e proibição de publicidades enganosas. O presente trabalho busca fazer uma análise da vulnerabilidade do consumidor sob o ponto de vista da doutrina, jurisprudência e legislação pertinente, de modo a compreender até que ponto os direitos do consumidor são respeitados, especialmente nos contratos de adesão. Além disso, o objetivo do trabalho é demonstrar como o sistema jurídico brasileiro atua para diminuir o desequilíbrio nas relações de consumo realizadas no meio eletrônico, seja por meio de garantias de proteção na lei, como a própria presunção de vulnerabilidade, seja na fase processual, como por meio da inversão do ônus da prova.

Palavras-chave: comércio eletrônico; contratos de adesão; cláusulas abusivas; vulnerabilidade.

ABSTRACT

Currently, with the advance of the most varied forms of technology, all types of relationships take place in the virtual world. Meanwhile, the society as a whole is becoming even more accustomed to hire on the Internet. Thus, there are a lot of mechanisms that are used by suppliers to further highlight consumer's vulnerability on the e-commerce, while legislation is already adjusting itself to ensure greater protection for the consumer, such as through the provision of the right to regret, the recognition of the nullity of unfair terms and the prohibition of misleading advertising. The present paper seeks to analyze consumer vulnerability from the point of view of the doctrine, jurisprudence and pertinent legislation, in order to understand the extension of the respect of the consumer's rights, especially in membership agreements. Yet, the objective of the paper is to demonstrate how the Brazilian legal system acts to reduce the unbalance in consumer relationships that exists on the e-commerce, either through guarantees of protection in the law, such as the presumption of vulnerability, or in the procedural phase, as by reversing the burden of proof.

Keywords: e-commerce; membership agreements; unfair terms; vulnerability.

Sumário

1. INTRODUÇÃO	8
2 APLICAÇÕES DO COMÉRCIO ELETRÔNICO	10
2.1 Conceitos de consumidor, fornecedor, comércio eletrônico e contratos de adesão	10
2.2 As vantagens do comércio eletrônico	16
2.3 As ofertas eletrônicas ao consumidor vulnerável e legislação pertinente	18
3 A PROBLEMÁTICA ACERCA DOS CONTRATOS DE ADESÃO	23
3.1 Particularidades do contrato de adesão apresentado na Internet e dificuldades para interpretá-lo	23
3.2 Desfazimento do contrato de adesão e garantias aplicáveis ao consumidor	29
3.3 O direito de arrependimento	32
3.4 Cláusulas abusivas na Internet.....	36
4 A VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR	49
4.1 Vulnerabilidade do consumidor e a aplicação da hipossuficiência ao caso concreto ...	49
4.2 Publicidades enganosas	54
4.3 Recursos virtuais voltados à realização de denúncias: os PROCONS.....	57
4.4 Inversão do ônus da prova.....	59
5 CONCLUSÃO	64
6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	67

1. INTRODUÇÃO

Em primeiro lugar, faz-se importante contextualizar o tema, a fim de demonstrar a carga histórica do mesmo e os motivos que o tornam relevante na atualidade.

O direito do consumidor é um ramo do direito de extrema importância, tendo em vista que uma boa quantidade de pessoas da população em geral já se envolveu, ao menos uma vez, em uma relação de consumo. Ou seja, é um ramo do direito muito presente no cotidiano dos brasileiros, que, diversas vezes, não possuem nenhum tipo de conhecimento jurídico.

No Brasil, os primeiros órgãos de defesa do consumidor surgiram na década de 1970, após mobilizações sociais em decorrência dos altos índices da inflação e do aumento de custo de vida na época. Na década de 1980, esses movimentos se intensificaram em busca de agregar à legislação brasileira normas de direito do consumidor. Com isso, a Constituição Federal de 1988 consagrou a defesa do consumidor como direito fundamental em seu artigo 5º, inciso XXXII.

Outrossim, o maior avanço no ramo do direito do consumidor se deu em 1990, com o advento da Lei 8.078 de 11 de Setembro de 1990 - o Código de Defesa do Consumidor, cuja elaboração se deu por determinação do artigo 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT).

A preocupação do Brasil em legislar e regulamentar as relações de consumo ocorreu por consequência de diversos fatores econômicos, históricos e culturais, como as transformações na forma de produção e circulação de riqueza após, principalmente, a Revolução Industrial, o que afetou o modo de comercialização de produtos e serviços¹.

Atualmente, apesar de diversas disposições legais sobre a proteção do consumidor, ainda ocorrem no Brasil diversas práticas inadequadas e ilegais nas relações de consumo. Algumas delas podem ser verificadas nos contratos de adesão relacionados a compras de produtos via internet.

¹SILVA, Juliana Pereira da (Coord.). **Manual de direito do consumidor**. 4. ed. Brasília: Escola Nacional de Defesa do Consumidor, 2014. p. 29.

Com os avanços tecnológicos, atualmente é possível fazer compras sem sair de casa por meio dos comércios eletrônicos. E tais compras configuram relações de consumo pactuadas por meio de contratos de adesão. Assim sendo, observa-se que, apesar dos diversos avanços no Brasil em busca de regulamentação das relações de consumo e garantia da proteção aos direitos do consumidor, ainda ocorrem abusos dos fornecedores, especialmente relacionadas a questões pontuais e muito recentes, como a inserção de cláusulas abusivas nos contratos de adesão e a veiculação de publicidades enganosas, espécie das publicidades ilícitas.

A preocupação deste trabalho é a de demonstrar que mesmo com toda a proteção garantida ao consumidor na Constituição da República de 1988 e nas leis que regulam as relações de consumo, como o Código de Defesa do Consumidor, ainda assim a vulnerabilidade do consumidor é muito marcante, especialmente nas relações firmadas por meio de contratos de adesão na Internet.

2 APLICAÇÕES DO COMÉRCIO ELETRÔNICO

2.1 Conceitos de consumidor, fornecedor, comércio eletrônico e contratos de adesão

A Lei nº 8.078/90, o Código de Defesa do Consumidor, traz os conceitos de consumidor e fornecedor, respectivamente, em seus artigos 2º e 3º. Consumidor “é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”, havendo também o conceito de consumidores equiparados, sendo “a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo”. Já fornecedor, para a lei consumerista, “é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços”. Ainda, o Código de Defesa do Consumidor traz a definição de consumidor nos artigos 17 e 29, citando pessoas equiparadas à figura do consumidor.

Enquanto isso, a doutrina traz definições mais específicas dos dois conceitos mais importantes da relação de consumo, uma vez que o Código de Defesa do Consumidor não consegue, nos dispositivos supramencionados, esgotar todo o conceito de consumidor e fornecedor, mesmo utilizando definições amplas, de modo a não definir minuciosamente todas as possibilidades fáticas e do cotidiano. A doutrina se preocupa em interpretar a lei consumerista e explicar quem são aqueles consumidores e fornecedores amplamente abrangidos por ela.

Claudia Lima Marques² ressalta que a definição de consumidor também é ampla sob a ótica material, tendo em vista que o consumidor não é apenas o adquirente, mas também aquela pessoa vítima de ilícitos até mesmo pré-contratuais, como a publicidade enganosa, e das práticas abusivas. A definição ultrapassa os limites contratuais, atingindo, inclusive, relações extracontratuais, sejam individuais ou coletivas. A autora também chama atenção para o aspecto relacional ligado à ideia do consumidor, de modo que haverá consumidor se houver o fornecedor na relação, o que a leva às teorias finalista e maximalista.

² BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 92-93.

Para tornar mais didática a compreensão de ambas as teorias, o professor Sergio Cavaliere Filho³ ressalta a classificação dos elementos da relação de consumo: o subjetivo, relacionado aos sujeitos da relação jurídica, e o objetivo, relacionado ao objeto das prestações ali surgidas. Nesse sentido:

A corrente maximalista ou objetiva entende que o CDC, ao definir o consumidor, apenas exige, para sua caracterização, a realização de um ato de consumo. A expressão destinatário final, pois, deve ser interpretada de forma ampla, bastando à configuração do consumidor que a pessoa, física ou jurídica, se apresente como destinatário fático do bem ou serviço, isto é, que o retire do mercado, encerrando objetivamente a cadeia produtiva em que inseridos o fornecimento do bem ou a prestação do serviço.

Já a corrente finalista ou subjetivista restringe mais a expressão destinatário final prevista no artigo 2º da Lei nº 8.078/90. Nas palavras de Sergio Cavaliere Filho⁴:

(A corrente finalista) entende ser imprescindível à conceituação de consumidor que a destinação final seja entendida como econômica, isto é, que a aquisição de um bem ou a utilização de um serviço satisfaça uma necessidade pessoal do adquirente ou utente, pessoa física ou jurídica, e não objetive o desenvolvimento de outra atividade negocial.

Há também a corrente finalista mitigada, que surgiu no Superior Tribunal de Justiça⁵. Claudia Lima Marques (2013)⁶ também leciona sobre tal corrente, que denomina como teoria finalista aprofundada, aplicada em casos difíceis que envolvam pequenas empresas que *“utilizam insumos para a sua produção, mas não em sua área de expertise ou com uma utilização mista, principalmente na área dos serviços”*. Trata-se da hipótese de uma pessoa jurídica que comprove sua vulnerabilidade ao atuar em ramos fora da sua especialidade.

³ CAVALIERI FILHO, SERGIO. **Programa de direito do consumidor**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 66.

⁴ *Ibidem*, p. 68.

⁵ Um exemplo da aplicação da teoria pelo STJ na seguinte ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. RELAÇÃO DE CONSUMO. TEORIA FINALISTA MITIGADA. VULNERABILIDADE. REVISÃO DO JULGADO. INVIABILIDADE. REEXAME DE FATOS E PROVAS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. 1. A alteração das conclusões adotadas pela Corte de origem implica, necessariamente, novo exame do acervo fático-probatório constante dos autos, providência vedada em recurso especial, conforme o óbice previsto no enunciado n. 7 da Súmula desta Corte Superior. 2. A jurisprudência desta Corte tem mitigado a teoria finalista para autorizar a incidência do Código de Defesa do Consumidor nas hipóteses em que a parte (pessoa física ou jurídica), embora não seja tecnicamente a destinatária final do produto ou serviço, se apresenta em situação de vulnerabilidade, o que foi configurado na hipótese dos autos. 3. Ademais, tendo o Tribunal local concluído com base no conjunto fático-probatório dos autos, impossível se torna o confronto entre o paradigma e o acórdão recorrido, uma vez que a comprovação do alegado dissídio jurisprudencial reclama consideração sobre a situação fática própria de cada julgamento, o que não é possível de ser feito nesta via excepcional, por força do enunciado n. 7/STJ. 4. Agravo regimental a que se nega provimento.

⁶ BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 5. ed. rev., aum. e atua. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 92-93

Importante destacar o conceito de consumidor por equiparação, também conceituado como *bystander*. São as pessoas que mesmo sem participar de forma direta da relação de consumo, terão proteção da lei consumerista ao serem vítimas de evento danoso decorrente de tal relação. É o caso do exemplo dado pelo professor Flávio Tartuce⁷:

“Quem, por exemplo, numa festa ingeriu bebida ou comida deteriorada pode agir, em busca de reparação do dano sofrido, contra o fabricante da bebida ou contra o buffet que preparou os alimentos. Não importa que nenhuma relação direta tenha sido previamente estabelecida entre a vítima e os fornecedores em questão”.

Já o conceito de fornecedor previsto no Código de Defesa do Consumidor é criticado por Flávio Tartuce⁸, que ensina que “*o dispositivo amplia de forma considerável o número de pessoas que podem ser fornecedoras de produtos e prestadoras de serviços*”. Ele ressalta que, nesse parâmetro amplo do conceito de fornecedor do CDC, uma entidade beneficente poderia perfeitamente ser enquadrada como fornecedora ou prestadora.

Enquanto isso, a professora Cláudia Lima Marques⁹ fala sobre a definição de fornecedor ser ampla na Lei nº 8.078/90 justamente pelo fato da definição de consumidor ser relacional e depender da presença de um fornecedor no outro lado da relação jurídica submetida ao CDC.

Sem dúvidas, são poucas as controvérsias no que tange à definição de fornecedor – a contrario sensu do conceito de consumidor, dividido, majoritariamente, em três teorias. Sérgio Cavalieri Filho¹⁰ leciona que fornecedor é gênero, mas destaca que “*não caracterizam relação de consumo as relações jurídicas estabelecidas entre não profissionais, casual e eventualmente*”.

A respeito do comércio eletrônico, o PLS nº 281/2012, já aprovado pelo Senado Federal e atualmente tramitando na Câmara dos Deputados como PL 3514/2015¹¹, que promove

⁷ NEVES, Daniel Amorim Assumpção; TARTUCE, Flávio. **Manual de direito do consumidor**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2017. p. 54-55

⁸ *Ibidem*, p. 55

⁹ BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 112

¹⁰ CAVALIERI FILHO, SÉRGIO. **Programa de direito do consumidor**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 81.

¹¹ BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 3514 de 4 de novembro de 2015. Altera a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), para aperfeiçoar as disposições gerais do Capítulo I do Título I e dispor sobre o comércio eletrônico, e o art. 9º do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), para aperfeiçoar a disciplina dos contratos internacionais comerciais e de consumo e dispor sobre as obrigações extracontratuais. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2052488>>. Acesso em: 7 nov. 2018.

alterações no Código de Defesa do Consumidor, adicionando a tal diploma o artigo 44-G, fala sobre a oferta de produto ou serviço por meio da rede mundial de computadores (internet) ou qualquer modalidade de comércio eletrônico. Essa, basicamente, seria a definição de comércio eletrônico: a relação de consumo firmada na internet.

Nesse sentido, Leonardo Roscoe Bessa e Walter José Faiad de Moura afirmam¹²:

A relação de consumo eletrônica está inserida na contratação fora do estabelecimento comercial físico, abarcando todo e qualquer modelo de negócio voltado para a contratação com consumidores por meio, por exemplo, da Internet ou dos demais meios eletrônicos pelos quais é possível a formação de um contrato de consumo

Sergio Cavalieri Filho¹³ conceitua contratos eletrônicos de forma simples e clara, ao considerar que não se trata de um novo tipo de contrato, mas sim de um contrato de consumo comum firmado no meio eletrônico, entendendo que apenas o meio para firmar o contrato que é diferente do tradicional, bem como a forma da contratação. Nesse sentido:

A designação *contratos eletrônicos*, tal como a expressão *contratos* de adesão, não indica um novo tipo de contrato, ou categoria autônoma; refere-se apenas ao meio ou instrumento pelo qual é celebrado. São contratos comuns – compra e venda, prestação de serviços, locação de coisas e outros, celebrados por meio eletrônico, para o seu cumprimento ou para a sua execução. O objeto dos contratos eletrônicos, portanto, é o mesmo dos contratos tradicionais (produtos, serviços, transferência de numerário, compra de ações), diferindo apenas no que diz respeito à forma da contratação ou meio de entrega.

Acompanhando a tese de que o contrato eletrônico não é um novo tipo de contrato, o professor Humberto Theodoro Júnior¹⁴ ensina que:

O uso generalizado das vias eletrônicas para comunicação de vontade entre os participantes dos atos e negócios jurídicos não importa, por si só, alteração alguma na natureza e eficácia dos contratos concluídos por meio da Internet. O instrumento de intercâmbio de vontade é que se inovou, não a natureza e os efeitos dos negócios, que se conservam as mesmas tradicionalmente definidos e validados pelas leis civis. Assim, uma compra e venda não passa a ser outro contrato pelo fato de a pactuação ter sido ultimada por via eletrônica, nem a quitação da dívida muda de natureza, nas mesmas circunstâncias.

¹² SILVA, Juliana Pereira da (Coord.). **Manual de direito do consumidor**. 4. ed. Brasília: Escola Nacional de Defesa do Consumidor, 2014. p. 262.

¹³ CAVALIERI FILHO, SERGIO. **Programa de direito do consumidor**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 302.

¹⁴ JUNIOR, Humberto Theodoro. **Direitos do consumidor**. 9. ed. ref., rev., e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 117.

A jurista Silvia Fernandes Chaves¹⁵ leciona que a “*manifestação de vontade não materializada e a existência da internet são basilares na contratação eletrônica*”, se referindo ao conceito de Marques Neto (2002) acerca de contratos eletrônicos:

Contratos eletrônicos? São aqueles negócios jurídicos travados entre pessoas, utilizando-se da internet, por meio da internet ou por outro meio telemático, e que envolvam a convergência de vontades não materializadas, em princípio ou necessariamente, em suportes físicos.

Mas, como será desenvolvido à frente, é preciso ressaltar que o consumidor é uma figura considerada vulnerável e, diante das peculiaridades do contrato eletrônico, tal vulnerabilidade fica ainda mais evidente. Isto porque mesmo que ao se firmar um contrato de consumo fisicamente, em um estabelecimento comercial, por exemplo, ao consumidor não seja ofertado um contrato por escrito, para dele anuir ou não, ao menos o objeto é apreciado e visualizado pelo aderente. No meio virtual, o consumidor apenas visualiza uma imagem do produto ou a descrição do serviço antes de contratar.

Nesse sentido, o clique para efetuar a compra é muito importante. O clique é a manifestação de vontade do consumidor aderente daquele contrato. Isso é o que entende Silvia Fernandes Chaves¹⁶ ao discordar de parte da doutrina que entende que a primeira manifestação de vontade ocorre no momento do envio de dados que permitem o débito da compra. A referida jurista não se filia a tal entendimento por acreditar que “*os cliques que antecedem o pagamento nos ícones “comprar”, “prosseguir” e “avançar” já demonstram manifestação de vontade*”.

A jurista prossegue, considerando fabulosa a tentativa dos fornecedores de fazer com que o consumidor leia o contrato antes de concluir a negociação. Ela ressalta, também, que apesar de haver consenso quanto à vulnerabilidade do consumidor, é de se destacar que muitas vezes o seu descaso não pode ser ignorado face ao esforço do fornecedor em garantir que as cláusulas sejam lidas. E ainda, há o clássico link em que o aderente tem que clicar para afirmar que leu e aceita os termos do contrato. Sobre esse assunto, Silvia Fernandes Chaves destaca que:

Os consumidores, muitas vezes, são obrigados a clicar no link “li e aceito as condições do contrato”, sob pena de não prosseguirem com a compra e, não raro, se não tiverem passado o contrato do início ao fim na barra de rolagem, o computador não aceitará o clique na concordância com o instrumento. Esse é um problema que os fornecedores

¹⁵ CHAVES, Silvia Fernandes. **A vulnerabilidade e a hipossuficiência do consumidor nas contratações eletrônicas**. 1. ed. Barueri: Manole, 2015. p. 28.

¹⁶ *Ibidem*, p. 37.

estão enfrentando no comércio eletrônico, até que haja uma legislação específica para este tipo de contratação.

Neste mesmo aspecto, o professor Sergio Cavalieri Filho¹⁷ ressalta em sua obra que “a aceitação pode ser feita mediante um simples clique com o *mouse*”.

Por fim, o contrato de adesão é conceituado pelo próprio Código de Defesa do Consumidor no artigo 54 deste diploma como sendo “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”.

Pela própria definição da lei, é possível perceber que o contrato de adesão é um tipo de contrato em que não há uma participação efetiva de ambas as partes em sua estipulação. Em verdade, o que se vê é o estipulante estipulando todo o contrato de adesão e o aderente fazendo seu juízo para decidir se vai aderir ou não àquele instrumento. Apesar de ser possível que o aderente faça ressalvas ou até mesmo estipule cláusulas – o que, muitas vezes, é o interesse do fornecedor –, na prática isso não ocorre. É o que leciona o professor Guilherme Magalhães Martins¹⁸:

Será sempre possível, no caso da contratação eletrônica de consumo via Internet, evitar a incidência do contrato de adesão, dando ao cliente a oportunidade de propor um texto alternativo, ou a modificação de algumas cláusulas, o que poderia ocorrer até mesmo mediante a introdução de outro botão junto àquele relativo à aceitação pura e simples das cláusulas, remetendo a um formulário específico para a proposta de um texto alternativo.

Sergio Cavalieri Filho denomina de contratação padronizada a contratação em que não há margem para negociação. O autor cita que “*esses contratos são homogêneos em seu conteúdo porque os fornecedores pré-elaboram um complexo uniforme de cláusulas a serem aplicadas, indistintamente, a toda uma série de relações contratuais*”.¹⁹ Ele ressalta também que “no contrato de adesão, não há tratativas, como há nos contratos paritários; não há a possibilidade do aderente influenciar a formação da proposta, como ocorre nos demais contratos”.

¹⁷ CAVALIERI FILHO, SERGIO. **Programa de direito do consumidor**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 305.

¹⁸ MARTINS, Guilherme Magalhães. **Contratos eletrônicos de consumo**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016. p. 130

¹⁹ CAVALIERI FILHO, SERGIO. **Programa de direito do consumidor**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 163

Sobre os contratos de adesão, ensinam os autores Leonardo Roscoe Bessa e Walter José Faiad de Moura²⁰:

Em regra, são documentos impressos, digitados, com um ou outro espaço em branco para ser preenchido com dados pessoais do consumidor. A inserção de uma ou outra disposição manuscrita não afeta a característica do contrato de adesão. O próprio § 1º do art. 54 esclarece: “A inserção de cláusula no formulário não desfigura a natureza de adesão do contrato”.

Flavio Tartuce também traz a definição de contratos de adesão em seu Manual²¹:

Em suma, pode-se dizer que o *contrato de adesão* é aquele em que uma parte, o *estipulante*, impõe o conteúdo negocial, restando à outra parte, o *aderente*, duas opções: *aceitar ou não o conteúdo desse negócio*. Esse conceito deve ser visto em sentido amplo, de modo a englobar todas as figuras negociais em que as cláusulas são preestabelecidas ou predispostas, caso do *contrato-tipo* e do *contrato formulário*, categoria em que as cláusulas são predeterminadas até por um terceiro. Como se sabe, os últimos contratos até são comercializados, em alguns casos (v.g., modelos de contratos vendidos em papelerias ou pela internet).

2.2 As vantagens do comércio eletrônico

A tecnologia está cada vez mais presente no cotidiano do ser humano. As inovações de aparelhos eletrônicos são quase diárias: basta abrir um jornal ou até mesmo acessar as redes sociais para ver uma novidade, como um lançamento de aparelho celular, videogames cada vez mais realistas e televisões multifuncionais.

Nesse sentido, pesquisa²² do IBGE realizada em 2016 – cujos resultados foram divulgados em fevereiro de 2018 – demonstrou que o Brasil tem 116 milhões de pessoas conectadas à internet, o que corresponde a 64,7% da população.

A conexão com o mundo virtual cresce constantemente, de modo que cada vez mais os costumes do dia-a-dia são envolvidos nesse ciberespaço. As pessoas utilizam a internet para a comunicação, como por exemplo a realização de video chamada para ver um ente querido que

²⁰ SILVA, Juliana Pereira da (Coord.). **Manual de direito do consumidor**. 4. ed. Brasília: Escola Nacional de Defesa do Consumidor, 2014. p. 210

²¹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção; TARTUCE, Flávio. **Manual de direito do consumidor**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2017. p. 202

²² BRASIL tem 116 milhões de pessoas conectadas à internet, diz IBGE. **G1**, Rio de Janeiro, 21 fev. 2018. Disponível em <https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/brasil-tem-116-milhoes-de-pessoas-conectadas-a-internet-diz-ibge.ghtml>>. Acesso em: 6 nov. 2018

mora fora do país e está distante, bem como para fazer pesquisas – o site de buscas *Google* encontra em segundos o que levaria talvez horas em uma biblioteca – e também para realizar compras.

Uma vitrine virtual é muito mais interessante que a física: o consumidor no meio eletrônico consegue ver todos os produtos disponíveis, bem como as respectivas especificações, junto com variedade de cores, tamanhos, modelos, entre outros, sem sair do conforto do lar. Além disso, não é necessário se deparar com aquele vendedor insistente, que precisa fechar a venda.

Outra vantagem no comércio online é a de pesquisar preços do mesmo produto em diferentes lojas, para garantir o melhor preço ou até mesmo o maior desconto. E ainda existem os cupons de descontos, que tornam mais ainda atrativos os produtos. Há de se falar também das compras coletivas, que são aquelas em que as ofertas são oferecidas para um número mínimo de “*consumidores interessados em um mesmo produto ou serviço, de forma a obter de outros fornecedores preços ou condições particularmente vantajosos e que dificilmente seriam replicados em uma situação individual de negociação*”²³.

Os bônus não são apenas para os consumidores, que têm toda a facilidade de efetuar compras, ou melhor, firmar contratos, sem precisar sair de casa. Há vantagens também para o outro polo da relação: o fornecedor.

Uma vantagem do ponto de vista do fornecedor enfatizada pelo professor Guilherme Magalhães Martins²⁴ consiste no fato de que “*a Internet possibilitou aos sujeitos da cadeia de fornecimento novas formas de atuar em relação aos consumidores*”.

Além disso, o comércio eletrônico é muito interessante para o fornecedor que pretende aumentar seu lucro, tendo em vista ter custos muito inferiores ao comércio físico, bem como o número crescente de pessoas que utilizam a Internet para realizar compras. Também é importante ressaltar que por meio do comércio eletrônico é possível alcançar muito mais

²³SILVA, Juliana Pereira da (Coord.). **Manual de direito do consumidor**. 4. ed. Brasília: Escola Nacional de Defesa do Consumidor, 2014. p. 263.

²⁴MARTINS, Guilherme Magalhães. **Contratos eletrônicos de consumo**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016. p. 140.

pessoas do que em uma loja física, de modo que o meio virtual auxilia na quebra de barreiras geográficas: uma loja na capital de um estado só atinge os moradores daquela cidade e os turistas que por ali passam. Mas se essa mesma loja começar a vender online, ela poderá atingir o estado inteiro e, até mesmo, todo o território nacional.

Logo, firmar contratos eletrônicos é muito interessante e cômodo, principalmente por todas as facilidades promovidas pelo fornecedor ao indivíduo que está fortemente ligado ao meio virtual, tendo em vista haver um vínculo mais intenso e sem intermediários entre fornecedores e consumidores. Por esse motivo, como lecionado pelo professor Guilherme Magalhães Martins²⁵, os deveres de informação imputáveis aos fornecedores na Internet são especializados pelo meio, incluindo dados que deverão ser obrigatoriamente prestados ao consumidor por ocasião da contratação eletrônica de consumo.

2.3 As ofertas eletrônicas ao consumidor vulnerável e legislação pertinente

A seção II do capítulo V – das práticas comerciais – do Código de Defesa do Consumidor traz disposições sobre a oferta e é inaugurada pelo artigo 30²⁶. Segundo o Ministro do Superior Tribunal de Justiça Herman Benjamin, este dispositivo revela o princípio da vinculação. O artigo 30 da lei consumerista garante a vinculação de duas maneiras, nas palavras do Ministro²⁷: *“primeiro, obrigando o fornecedor, mesmo que se negue a contratar; segundo, introduzindo-se (e prevalecendo) em contrato eventualmente celebrado, inclusive quando seu texto o diga de modo diverso, pretendendo afastar o caráter vinculativo”*.

Já o artigo 31 da Lei nº 8.078/90 dispõe que “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”.

²⁵MARTINS, Guilherme Magalhães. **Responsabilidade civil por acidente de consumo na Internet**. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 307.

²⁶Art. 30. Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado.

²⁷ BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 215

Citando o jurista francês Jérôme Huet²⁸, o professor Guilherme Magalhães Martins²⁹ destaca que o contrato eletrônico pode ser situado a partir de duas modalidades principais, quanto ao objeto. Na primeira delas, “*o fornecedor pode propor uma prestação suscetível de ser consumida diretamente pelo meio da multimídia*”. Já na segunda, nas palavras de Caio Mário³⁰, “*podem ser propostas a compra e venda de bens ou a prestação de serviços a serem executados ou entregue por um outro meio, de maneira diferida ou retardada*”.

As facilidades do comércio eletrônico são enfatizadas por Guilherme Magalhães Martins, ao explicitar que “*até mesmo profissionais liberais, como advogados, médicos, professores e escritores, dentre outros, têm prestado serviços on-line, sob a forma de consultas, seja respondendo a mensagens dos usuários, seja em tempo real*”.

Não à toa, é crescente o número de ofertas eletrônicas nas mais diversas áreas, desde o mercado de roupas, sapatos e acessórios até o de cursos online de preparação para concursos públicos, com videoaulas e material escrito disponibilizado eletronicamente. As vantagens, para o consumidor, continuam sendo as mesmas: realizar compras ou consumir conteúdos sem precisar sair de casa.

Para Flávio Tartuce³¹, a oferta e a propaganda envolvem a formação do contrato de consumo, especificamente a fase pré-contratual. O autor conceitua oferta como:

“o termo oferta é genérico, devendo ser visto em sentido amplo (lato sensu), a englobar qualquer forma de comunicação ou transmissão da vontade que visa a seduzir ou a atrair o consumidor para a aquisição de bens. A construção, portanto, inclui a publicidade, principal artifício utilizado para fins de prestação de serviços ou fornecimento de produtos”.

²⁸ HUET, Jérôme. **Le commerce électronique**. In: HUET, Pierre. (Coord). Le droit de multimédia: de le télématique à l'Internet. Paris: Les Éditions du Téléphone, 1996. p. 213.

²⁹ MARTINS, Guilherme Magalhães. **Contratos eletrônicos de consumo**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016. p. 178-179

³⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil. v. III**. 8. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990. p. 48.

³¹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção; TARTUCE, Flávio. **Manual de direito do consumidor**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2017. p. 211.

A Pesquisa Anual de Comércio (PAC) realizada pelo IBGE em 2016 e divulgada em Junho de 2018³² registrou um crescimento de 8,2% em vendas online em relação ao anterior, mesmo em época recessão econômica. O crescimento não é tão alto como nos anos anteriores, que atingiu uma média de 30% de 2007 a 2015. Mas, no atual contexto econômico brasileiro, o número é bastante significativo.

Ainda, pesquisa do *Google*³³ divulgada em outubro de 2016 mostra que o comércio eletrônico crescerá, em média, 12,4% ao ano até 2021, momento em que o próprio comércio eletrônico deve dobrar sua participação no faturamento do varejo.

Porém, quando se fala em um comércio que apresenta um crescimento tão significativo, é necessário também falar em regulamentação, tendo em vista o número já considerável e em crescimento exponencial de pessoas que se envolvem nessas relações, tanto consumidores quanto fornecedores.

Nesse sentido, o CONAR (Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária) possui o Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária³⁴, que apresenta princípios gerais, como os da respeitabilidade, honestidade e apresentação verdadeira, bem como regulamenta categorias especiais de anúncios, como lojas e varejos.

Há também o Decreto nº 7.692/2013, que regulamentou o Código de Defesa do Consumidor para trazer à lei consumerista a regulamentação sobre a contratação no comércio eletrônico. O Decreto se preocupava em informar ao consumidor não só a respeito do produto, mas também a respeito da figura do fornecedor, justamente por não haver um contato físico e direto entre ambas as partes. O professor Humberto Theodoro Junior³⁵, em sua obra, destaca que devido às “*circunstancias do negócio, que é realizado fora do estabelecimento comercial e, muitas vezes, sem contato direto com o fornecedor, coloca o consumidor numa condição específica de vulnerabilidade*”. Isso representaria “*claro obstáculo de acesso ao fornecedor*”.

³²IBGE: Em meio à crise, vendas pela internet crescem e somam R\$ 44 bi. **Valor Econômico**, Rio de Janeiro, 28 jun. 2018. Disponível em <<https://www.valor.com.br/brasil/5624881/ibge-em-meio-idade-vendas-pela-internet-crescem-e-somam-r-44-bi>>. Acesso em: 6 nov. 2018.

³³VENDAS pela internet devem dobrar até 2021, diz pesquisa do Google. **G1**, São Paulo, 17 out. 2016. Disponível em <<http://g1.globo.com/economia/noticia/2016/10/vendas-pela-internet-devem-dobrar-ate-2021-diz-pesquisa-do-google.html>>. Acesso em: 6 nov. 2018.

³⁴ O Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária pode ser consultado em <http://www.conar.org.br/codigo/codigo.php>

³⁵ JUNIOR, Humberto Theodoro. **Direitos do consumidor**. 9. ed. ref., rev., e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

para o exercício de qualquer pretensão, seja reclamação por vícios ou o exercício do direito de arrependimento” (MIRAGEM, 2013)³⁶.

O artigo 2º³⁷ do referido Decreto dispõe sobre as informações que devem ser disponibilizadas pelos sítios eletrônicos e demais meios eletrônicos utilizados para oferta ou conclusão de contrato de consumo. Entre elas: nome empresarial e CNPJ (inciso I) – o que facilita o consumidor, quando do acesso ao Judiciário, para designar o fornecedor que constará do polo passivo –, endereço físico e eletrônico (inciso II), características essenciais do produto ou serviço (inciso III) e informações claras e ostensivas a respeito de quaisquer restrições à fruição da oferta (inciso VI).

Para Guilherme Magalhães Martins³⁸, outra aplicação marcante da boa-fé objetiva no Dec. Nº 7.962/2013, especificamente em seu artigo 4º, I, é a previsão da obrigação, a cargo do fornecedor, para garantir atendimento facilitado ao consumidor, de apresentar sumário do contrato antes de sua conclusão, com as informações necessárias ao pleno exercício do direito de escolha do consumidor, enfatizadas as cláusulas que limitam direitos.

O sumário traria um resumo claro e completo das principais cláusulas e condições, segundo os autores Leonardo Roscoe Bessa e Walter José Faiad de Moura³⁹, de forma a reduzir a assimetria informacional. Ainda segundo os professores:

O sumário do contrato (Art. 4º, I do Decreto), sob qualquer denominação que lhe seja dada pelo fornecedor, deverá ser um instrumento claro, intuitivo e auxiliar ao consumidor, durante a transação eletrônica, e deve ser fornecido ao consumidor antes de concluída a contratação. Presta-se à comunicação clara e rápida ao consumidor acerca dos pontos fundamentais do contrato que celebrará.

³⁶ MIRAGEM, Bruno. **Aspectos característicos da disciplina do comércio eletrônico de consumo**. Comentário ao Decreto 7962, de 15/03/2013. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

³⁷ Art. 2º Os sítios eletrônicos ou demais meios eletrônicos utilizados para oferta ou conclusão de contrato de consumo devem disponibilizar, em local de destaque e de fácil visualização, as seguintes informações:

I - nome empresarial e número de inscrição do fornecedor, quando houver, no Cadastro Nacional de Pessoas Físicas ou no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas do Ministério da Fazenda;

II - endereço físico e eletrônico, e demais informações necessárias para sua localização e contato;

III - características essenciais do produto ou do serviço, incluídos os riscos à saúde e à segurança dos consumidores;

IV - discriminação, no preço, de quaisquer despesas adicionais ou acessórias, tais como as de entrega ou seguros;

V - condições integrais da oferta, incluídas modalidades de pagamento, disponibilidade, forma e prazo da execução do serviço ou da entrega ou disponibilização do produto; e

VI - informações claras e ostensivas a respeito de quaisquer restrições à fruição da oferta.

³⁸ MARTINS, Guilherme Magalhães. **Contratos eletrônicos de consumo**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016. p. 217.

³⁹ SILVA, Juliana Pereira da (Coord.). **Manual de direito do consumidor**. 4. ed. Brasília: Escola Nacional de Defesa do Consumidor, 2014. p. 264.

Há também a Lei nº 12.965/2014, que estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil, denominada o Marco Civil da Internet no Brasil. A lei mencionada consagra a proteção a diversos direitos, como à intimidade e à privacidade. Em contrapartida, possui em seu texto alguns paradoxos, o que resultou em críticas à sua constitucionalidade. O professor Guilherme Magalhães Martins⁴⁰, inclusive, acredita que “*o art. 19, §2º, do Marco Civil é eivado de inconstitucionalidade material, por afrontar a dignidade da pessoa humana, eleita como princípio fundamental da República Federativa do Brasil no art. 1º, IV, da CF/88*”.

⁴⁰ MARTINS, Guilherme Magalhães. **Contratos eletrônicos de consumo**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016. p. 260.

3 A PROBLEMÁTICA ACERCA DOS CONTRATOS DE ADESÃO

3.1 Particularidades do contrato de adesão apresentado na Internet e dificuldades para interpretá-lo

Primeiramente, é importante destacar que nem todo contrato de consumo será um contrato de adesão. De mesmo modo, nem todo contrato de adesão será um contrato de consumo. Entretanto, devido às peculiaridades do comércio eletrônico, como por exemplo o fato do consumidor não ter um contato direto, olho no olho, com o fornecedor no momento da pactuação do contrato, o contrato de adesão se mostra como alternativa mais adequada para este tipo de negócio.

Isto porque, em tese, o contrato de adesão apresenta-se como um contrato simples, previamente organizado pelo estipulante, ao qual o consumidor optará por aderir ou não. Assim sendo, nos casos em que ambas as partes não se comunicam diretamente, é muito mais prático que o contrato já esteja pronto para ser aderido por quem bem entender.

Ocorre que, na prática, nada é tão simples como na teoria. Quando há variadas pessoas envolvidas, desde aquelas que possuem mais conhecimento até as mais leigas, um mesmo contrato padronizado pode ser interpretado de forma diferente por cada uma delas. E, quando se fala em relação de consumo, sabe-se que a vulnerabilidade do consumidor é vista como regra. A própria legislação consumerista, especialmente o Código de Defesa do Consumidor, dedica-se explicitamente a proteger a figura mais fraca da relação de consumo.

O CDC entende que o consumidor precisa ter a oportunidade de conhecer previamente o conteúdo do contrato, nos termos do artigo 46⁴¹ deste diploma. E, sobre esse aspecto, principalmente sobre a boa-fé que possui o consumidor ao aderir ao contrato, justamente por conta da sua falta de conhecimento jurídico, ensinam os professores Leonardo Roscoe Bessa e Walter José Faiad de Moura⁴²:

⁴¹Art. 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.

⁴²SILVA, Juliana Pereira da (Coord.). **Manual de direito do consumidor**. 4. ed. Brasília: Escola Nacional de Defesa do Consumidor, 2014. p. 211

O consumidor que adere a um contrato de adesão não possui tempo ou conhecimento suficientes para uma análise detalhada e refletida das obrigações que está assumindo. Ele normalmente confia que está se obrigando a prestações equivalentes ou proporcionais ao produto ou serviço adquirido. O consumidor, ademais, interpreta de boa-fé as disposições que, posteriormente, podem significar uma verdadeira armadilha.

Acerca dos aspectos negativos dos contratos de adesão, Sérgio Cavalieri Filho⁴³ fala sobre a contratação padronizada:

Esse método de contratação padronizada, homogênea e massificada é chamado de adesão, que, a par das inúmeras vantagens que oferece, em termos de racionalização, rapidez, praticidade, segurança e economia, proporciona, lamentavelmente, a prática de abusos de toda a sorte, principalmente quando há desigualdade entre as partes. O consumidor adere ao contrato sem conhecer as suas cláusulas, confiando nas empresas que as pré-elaboraram, mas nem sempre essa confiança é correspondida.

Assim sendo, os contratos de adesão podem apresentar um grande perigo para os consumidores que carecem de conhecimento jurídico. E, quando se fala em contrato de adesão apresentado na Internet, os riscos são ainda mais alarmantes, tendo em vista que o meio virtual possui mecanismos com maior maleabilidade, o que, segundo Humberto Theodoro Junior⁴⁴, propicia um grande número de serviços e possibilidades negociais. O autor continua: *“Daí porque essas variações funcionais deverão de ser levadas em conta para buscar a mais adequada configuração do ato ou negócio jurídico afinal consumado, por meio da comunicação eletrônica de dados”*.

Deste modo, é possível compreender que o contrato de adesão firmado no meio eletrônico é dotado de peculiaridades, particularidades, quando comparado ao contrato físico, realizado pessoalmente. A jurista Silvia Fernandes Chaves⁴⁵ fala um pouco sobre este assunto, ao afirmar que

Parece-nos uma verdadeira revolução da maneira de contratar, em que a imaterialidade e a abstração predominam por meio de imagens e caracteres que se transformam em frases de aceite ou de recusa. Os pagamentos são realizados por meio de cartão de crédito, e o dinheiro confeccionado em papel-moeda já não se mostra muito importante, pois o cartão de crédito estimula o consumo virtual. O dinheiro é intangível, assim como vários bens adquiridos.

⁴³ CAVALIERI FILHO, SERGIO. **Programa de direito do consumidor**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 162.

⁴⁴ JUNIOR, Humberto Theodoro. **Direitos do consumidor**. 9. ed. ref., rev., e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 118

⁴⁵ CHAVES, Silvia Fernandes. **A vulnerabilidade e a hipossuficiência do consumidor nas contratações eletrônicas**. 1. ed. Barueri: Manole, 2015. p. 21

Ela também afirma que há determinada ausência de realidade nestes contratos realizados no ciberespaço e que o computador torna tanto o ambiente quanto a contratação inseguros. Já Bruno Miragem⁴⁶ fala em despersonalização

É constantemente afirmado pelos estudos sobre contratos, o traço da despersonalização das relações contratuais decorrentes da maior complexidade das relações sociais e econômicas e em última análise, também dos meios eletrônicos e telemáticos da celebração dos ajustes. A rigor por despersonalização caracteriza-se, antes de tudo: o distanciamento entre as partes das contratações celebradas pela Internet. Neste contexto, a informação prestada ao destinatário dos serviços oferecidos pela Internet passa a configurar o instrumento mais eficaz na aproximação dos parceiros contratuais. Mediante a transmissão de informação entre as partes, ambas passam a observar uma certa equidade informacional sobre os termos da relação jurídica estabelecida, aproximando-se, mesmo no ambiente virtual

Uma peculiaridade marcante do contrato de adesão eletrônico decorre da globalização. Como já discutido, uma vantagem do comércio eletrônico consiste no fato de que o fornecedor não se limita a barreiras geográficas, podendo estabelecer ofertas para todo o território nacional ou até mesmo para fora do país, em âmbito internacional. A Internet, portanto, parece um novo mundo, no qual seus habitantes não se prendem a divisórias físicas. Sérgio Cavalieri Filho⁴⁷, inclusive, fala que a Internet é “*o território da liberdade; viaja-se para qualquer lugar do mundo sem passaporte. Tornamo-nos cidadãos do mundo globalizado*”.

Em razão dessa facilidade do fornecedor em atingir grupos maiores e fora do território físico de um país, cria-se a necessidade de definir qual lei será aplicada à relação formada no contrato de consumo eletrônico. Nesse sentido, ensina Carlos Roberto Gonçalves⁴⁸:

No entanto, o contrato de consumo eletrônico internacional obedece ao disposto no art. 9º, § 2º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, que determina a aplicação, à hipótese, da lei do domicílio do proponente. Por essa razão, se um brasileiro faz a aquisição de algum produto oferecido pela Internet por empresa estrangeira, o contrato então celebrado rege-se pelas leis do país do contratante que fez a oferta ou proposta.

Continua o professor:

Assim, malgrado o Código de Defesa do Consumidor brasileiro (art. 51, I), por exemplo, considere abusiva e não admita a validade de cláusula que reduza, por qualquer modo, os direitos do consumidor (cláusula de não indenizar), o internauta

⁴⁶MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 555

⁴⁷CAVALIERI FILHO, SERGIO. **Programa de direito do consumidor**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 170

⁴⁸GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, volume 3: contratos e atos unilaterais**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 103

brasileiro pode ter dado sua adesão a uma proposta de empresa ou comerciante estrangeiro domiciliado em país cuja legislação admita tal espécie de cláusula, especialmente quando informada com clareza aos consumidores. E, nesse caso, não terá o aderente como evitar a limitação de seu direito.

Ocorre que, no meio eletrônico, como citado acima, não há barreiras físicas, não há demarcação de territórios. Isso quer dizer que nem sempre será uma tarefa simples a de determinar em qual local – ou melhor, sob a égide de qual lei – foi firmado o contrato eletrônico. É o que destaca o doutor Guilherme Magalhães Martins⁴⁹: “*ocorre que, no caso das relações originadas via Internet, os instrumentos do Direito tradicional e codificado mostram-se mais uma vez insuficientes, haja vista que se mostra praticamente impossível determinar em qual território foram as mesmas levadas a efeito*”.

Um outro problema relacionado à questão em debate é o do acesso do consumidor ao Poder Judiciário. Uma vez aplicada a regra do artigo 9º, §2º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) – *locus regit actum* –, a ação deveria ser proposta no domicílio do proponente. Em contrapartida, o consumidor, que é considerado vulnerável, em boa parte dos casos, deixaria de ingressar com a devida ação em busca de efetivar o direito que entende ter sido violado. O professor Guilherme Magalhães Martins brilhantemente leciona que a aplicação da lei e do foro do domicílio do fornecedor levaria à conclusão de que se estaria dando prevalência a regras de mercado.

Logo, a solução mais adequada é a de se permitir a propositura da ação no domicílio do consumidor, entendimento inclusive já firmado pelo Superior Tribunal de Justiça. Trata-se do caso Panasonic – REsp 63981 SP⁵⁰–julgado pelo STJ no ano 2000. Em seu voto, o Ministro Relator Ruy Rosado argumentou que:

O Código brasileiro de proteção ao consumidor é um dos mais avançados textos legais existentes, diversamente do que se dá, em regra, com o nosso direito privado tradicional. (...) Destarte, se a economia globalizada não tem fronteiras rígidas e estimula e favorece a livre concorrência, é preciso que as leis de proteção ao consumidor ganhem maior expressão em sua exegese.

⁴⁹ MARTINS, Guilherme Magalhães. **Contratos eletrônicos de consumo**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016. p. 122

⁵⁰ Ementa: DIREITO DO CONSUMIDOR. FILMADORA ADQUIRIDA NO EXTERIOR. DEFEITO DA MERCADORIA. RESPONSABILIDADE DA EMPRESA NACIONAL DA MESMA MARCA ("PANASONIC"). ECONOMIA GLOBALIZADA. PROPAGANDA. PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR. PECULIARIDADES DA ESPÉCIE. SITUAÇÕES A PONDERAR NOS CASOS CONCRETOS. NULIDADE DO ACÓRDÃO ESTADUAL REJEITADA, PORQUE SUFICIENTEMENTE FUNDAMENTADO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO NO MÉRITO, POR MAIORIA.

Deste modo, aplica-se o artigo 101, I⁵¹ do CDC para permitir que a ação seja proposta no domicílio do consumidor, de modo a garantir o devido acesso à Justiça e, conseqüentemente, o respeito ao direito fundamental – previsto na Constituição da República de 1988 – da proteção ao consumidor⁵².

Importante ressaltar, entretanto, que ainda é um desafio para o legislador definir qual a lei mais adequada a ser aplicada. Nesse sentido, o professor Bruno Miragem argumenta que

O caráter desterritorializado da internet, em grande medida, desafia a atividade legislativa tradicional, baseada na aplicação territorial da norma legal. Todavia, é inegável a necessidade de disciplina das relações estabelecidas pela internet, prescrevendo padrões de conduta, direitos e obrigações das partes envolvidas, consideradas as características do meio.

Bruno Miragem também destaca uma especificidade dos contratos eletrônicos, que consiste no fato de que, nos contratos eletrônicos realizados por meio da Internet, deve existir o dever de informar. Ou seja, ao fornecedor incumbe o dever de prestar todas as informações necessárias ao consumidor com a finalidade de diminuir ao máximo as disparidades existentes entre ambas as partes. Assim sendo, busca-se reduzir a vulnerabilidade do consumidor que, no meio virtual, não é apenas técnica e jurídica, mas também informacional.

Para o professor⁵³:

Em se tratando das relações de consumo por intermédio da Internet, o dever de informar do fornecedor decorre de positivação legal de um direito básico do consumidor à informação, desdobrado por uma série de disposições específicas relativas a informações de distintos aspectos da relação de consumo. [...] Daí porque o dever de informar na Internet atende, em primeiro lugar, uma de suas finalidades básicas no sistema de proteção do consumidor, que é justamente a prevenção de danos. Da mesma forma, permite a formação livre e racional do consumidor quanto às relações estabelecidas por intermédio da Internet, permitindo a reflexão sobre suas restrições e riscos, ao assegurar a equidade informacional das partes.

⁵¹Art. 101. Na ação de responsabilidade civil do fornecedor de produtos e serviços, sem prejuízo do disposto nos Capítulos I e II deste título, serão observadas as seguintes normas:

I - a ação pode ser proposta no domicílio do autor;

⁵²Art. 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;

⁵³MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 554.

Logo, é possível depreender que nas relações de consumo eletrônicas, a vulnerabilidade do consumidor não é apenas presumida, mas também um pressuposto essencial para garantir à parte mais fraca da relação todos os seus direitos, de modo a tornar a contratação eletrônica a mais segura e correta possível.

Todavia, é importante destacar que mesmo com todas as tentativas de tornar o meio eletrônico menos “intimidador” para o consumidor, nem sempre ele conseguirá interpretar o contrato da maneira devida. Isto porque, como ocorre na maioria das compras realizadas pela Internet, o contrato de adesão não aparece na íntegra para o consumidor: muito pelo contrário, para que o consumidor tenha acesso às cláusulas às quais está aderindo, será preciso clicar em cima de um link que aí então o levará para o instrumento de contrato. Assim sendo, é possível que o consumidor contrate pela Internet apenas aceitando os termos do contrato sem ao menos ter a oportunidade de lê-lo o que, infelizmente, é o que mais comumente acontece. O consumidor tem pressa em realizar a compra, e tem tendência a acreditar que aquele fornecedor, com quem já realizou contratos eletrônicos anteriormente, está sempre de boa-fé e que a contratação está de acordo com os seus desejos.

A respeito da interpretação do contrato, da boa-fé do consumidor e sua respectiva vulnerabilidade, ensina o professor Bruno Miragem⁵⁴:

A justificativa de interpretação mais favorável ao consumidor, em vista da boa-fé e da proteção dos interesses legítimos do consumidor será, em primeiro lugar, a vulnerabilidade da posição contratual do Consumidor. Entretanto, diferente da proteção que dispõe o Código Civil com relação à interpretação favorável ao aderente (artigo 423), a interpretação favorável ao consumidor não alcança apenas as cláusulas ambíguas ou contraditórias, mas sim todo o conteúdo do contrato. Da mesma forma, o conteúdo do contrato a ser interpretado não se resume às cláusulas que integram o instrumento contratual. No regime dos contratos de consumo, ao lado das estipulações contratuais expressas, nascidas do consentimento entre consumidor e fornecedor há de se considerar também todas as disposições legais estabelecidas pelo CDC em vista destes contratos, como, por exemplo, as regras sobre vícios, oferta, publicidade, informação e cláusulas abusivas

Então, importante destacar que, em razão de toda essa problemática, a Lei nº 8.078/90 se dedica a proteger ao máximo a figura do consumidor na contratação, nos termos do artigo 47⁵⁵, de modo a garantir ao consumidor uma interpretação mais favorável das cláusulas contratuais.

⁵⁴ MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 414

⁵⁵Art. 47. As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor.

Bruno Miragem⁵⁶, então, conclui que *“a interpretação do contrato de modo mais favorável ao consumidor vai encontrar seu fundamento não apenas na proteção do contratante mais vulnerável, mas também em vista dos novos princípios do direito contratual contemporâneo, como a boa-fé e a função social dos contratos”*.

3.2 Desfazimento do contrato de adesão e garantias aplicáveis ao consumidor

Quando um contrato é pactuado, espera-se que as partes envolvidas cumpram suas obrigações e que o mesmo seja integralmente respeitado, encerrando-se de forma natural, ou seja, com o adimplemento das respectivas obrigações. Entretanto, o Direito se preza justamente a estudar todas as possibilidades relacionadas a negócios e atos jurídicos, inclusive as de descumprimento das obrigações, tendo em vista que, no mundo real, nem sempre as relações jurídicas ocorrem como previsto na teoria.

É o caso da extinção do contrato de consumo realizado por meio de contrato de adesão, que nem sempre se encerra da forma esperada.

Em primeiro lugar, o contrato de adesão eletrônico poderá ser extinto com o adimplemento. A título de exemplo, a partir do momento em que um consumidor compra uma roupa na Internet, efetua o pagamento e recebe o produto, que está de acordo com as descrições e informações prestadas pelo fornecedor, ficando satisfeito, ambas as partes cumpriram suas obrigações – a do consumidor, de efetuar o pagamento e a do fornecedor, de enviar o produto de acordo com o que foi ofertado em sua página virtual – e, assim sendo, o contrato será extinto. Essa hipótese é o que se espera de uma relação de consumo entre pessoas dotadas de boa-fé e que cumprem as obrigações às quais se comprometem.

O doutor Bruno Miragem brilhantemente leciona que o contrato de consumo é bastante peculiar, uma vez que existem os deveres implícitos, como o acompanhamento posterior à

⁵⁶MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 415

entrega do produto ou serviço – casos de garantia estendida de aparelhos eletrônicos, por exemplo. Ensina o professor⁵⁷:

Entretanto, a noção de adimplemento não se esgota na realização da prestação principal do contrato. Se na disciplina contratual em geral destacam-se os deveres implícitos dos contratantes, decorrentes da boa-fé, com mais razão isto ocorre nos contratos de consumo. A satisfação dos interesses das partes em uma relação de consumo diz respeito não apenas à posse física do produto, ou à realização da atividade que caracteriza o serviço, mas sim de toda uma multiplicação de outros deveres legais -como o de informação - quanto os relativos às características do negócio (entrega, montagem, acompanhamento posterior, assistência técnica, serviços de reparo etc.).

A outra hipótese de desfazimento do contrato de consumo decorre do inadimplemento das obrigações, que gera para a parte prejudicada o direito de resolução do contrato. Todavia, o Direito do Consumidor preza sempre pela proteção do consumidor, como já discutido neste trabalho, tendo em vista o reconhecimento da sua vulnerabilidade. Nesse sentido, entende a doutrina que a resolução do contrato em caso de inadimplemento vai ocorrer apenas para o consumidor quando o fornecedor for inadimplente. Quando a inadimplência ocorrer por parte do consumidor, a interpretação é diversa, havendo obstáculos para a resolução contratual.

É o caso do princípio da manutenção do contrato, previsto expressamente no Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 52, §2º⁵⁸. O professor Sérgio Cavalieri Filho⁵⁹ ensina que *“nula, entretanto, é a cláusula, e não o contrato. Este, em princípio, persiste e é eficaz a despeito da cláusula”*.

Há de se falar da teoria do adimplemento substancial, enquadrada dentro do princípio da manutenção do contrato. Trata-se das hipóteses em que o consumidor é inadimplente em poucas parcelas resultantes do contrato, o que, do ponto de vista do fornecedor, é apenas substancial. Ocorre que, na prática, incumbe ao juiz fazer juízo de valor quanto ao que pode ser considerado substancial, mas sempre em respeito ao princípio da boa-fé. Bruno Miragem⁶⁰ fala um pouco dessa teoria:

⁵⁷MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 418.

⁵⁸Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

§ 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.

⁵⁹CAVALIERI FILHO, SERGIO. **Programa de direito do consumidor**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 210.

⁶⁰MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 422.

Dentre as situações que impedem a extinção do contrato pelo exercício do direito de resolução pelo fornecedor, está a chamada teoria do adimplemento substancial. [...] Da aplicação da teoria do adimplemento substancial resulta que o credor que tenha sofrido o inadimplemento de uma pequena parcela do valor devido pelo devedor poderá fazer uso dos direitos previstos no contrato e na lei, de natureza indenizatória e pecuniária (cláusula penal e juros, por exemplo). Mas não poderá exercer direito de resolução, ou negar-se a realizar a prestação, uma vez que seus interesses patrimoniais estão quase totalmente satisfeitos, sendo desmesurado e abusivo, porque contrário à boa-fé, o exercício do direito de extinguir o contrato e negar a prestação a que faria jus o devedor.

Outro obstáculo para a resolução do contrato ocorre quando há a modificação do contrato. Trata-se de direito básico do consumidor previsto no artigo 6º, V, da Lei nº 8.078/90⁶¹. Nas palavras de Sérgio Cavalieri Filho⁶², “*reconhecida a nulidade da cláusula abusiva, caberá ao juiz proceder à adequação da cláusula mediante provocação do consumidor*”.

A revisão do contrato ocorrerá quando houver cláusulas abusivas e, em decorrência disso, desequilíbrio entre as partes. Nesses casos, cabe ao consumidor ir ao Judiciário em busca da revisão contratual. A doutora Cláudia Lima Marques⁶³ fala em combate à onerosidade excessiva, argumentando que:

A possibilidade da revisão judicial da cláusula de preço, que era equitativa quando do fechamento do contrato, mas que em razão de fatos supervenientes tornou-se *excessivamente onerosa* para o consumidor. A onerosidade excessiva e superveniente que permite o recurso a essa revisão judicial é unilateral, pois o art. 6º do CDC institui direitos básicos apenas para o *consumidor*.

Ainda sobre a modificação do contrato pelo juiz, explica o professor Bruno Miragem⁶⁴:

Daí porque, poderá o consumidor, frente ao exercício do direito de resolução por inadimplemento da prestação, evitar a extinção do contrato mediante ação revisional, hipótese em que, havendo a procedência da demanda, a prestação devida será modificada, visando alcançar o equilíbrio contratual. Nesta situação, o critério para determinação do inadimplemento será a satisfação da prestação determinada pela sentença judicial. Daí porque o direito à revisão do contrato constitui obstáculo à resolução pelo fornecedor. Todavia, ocorrendo a improcedência da ação revisional proposta pelo consumidor, será mantida a prestação original como devida desde o momento do vencimento previsto no contrato.

⁶¹ 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;

⁶² CAVALIERI FILHO, SÉRGIO. **Programa de direito do consumidor**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 211.

⁶³ BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 3. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 76

⁶⁴ MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 424.

Por fim, há de se ressaltar que a ilustre professora Claudia Lima Marques⁶⁵ enfatiza em seu manual que há uma tendência de crescimento dos casos de modificação judicial dos contratos. Nesse sentido, ensina:

Há tendência de contínuo crescimento em importância deste permissivo legal de revisão judicial dos contratos. Dois aspectos devem ser ressaltados: o limite imposto pelo próprio CDC, ao mencionar apenas as cláusulas referentes à prestação do consumidor, geralmente uma prestação monetária, envolvendo o preço e demais acréscimos, despesas e taxas (logo, não englobando todos os tipos de cláusulas abusivas); e o consumidor é livre para requerer ou a modificação da cláusula e a manutenção do vínculo, ou a rescisão do contrato com o fim do vínculo e concomitante decretação seja da nulidade, se abusiva, ou da modificação, se excessivamente onerosa a cláusula (Capítulo XI).

Em suma, nas hipóteses de extinção do contrato de consumo, mais uma vez é possível visualizar a dedicação do legislador – acompanhado pela doutrina e pela jurisprudência – de garantir a proteção ao consumidor. Mesmo nas hipóteses de extinção do contrato pelo adimplemento, que seria a regra nas relações contratuais, a doutrina enxerga a possibilidade de proteção do consumidor ao falar em deveres implícitos e a possibilidade de buscar em juízo a indenização pelos danos causados após o cumprimento da obrigação – como supracitado, nos casos em que o fornecedor se compromete a garantir a manutenção do bem ou serviço.

3.3 O direito de arrependimento

Nos contratos eletrônicos de consumo, o consumidor possui o direito ao arrependimento, previsto no Código de Defesa do Consumidor em seu artigo 49⁶⁶. A Lei determina que esse prazo de sete dias de arrependimento ao consumidor somente será aplicado quando a contratação ocorrer fora do estabelecimento comercial. Deste modo, torna-se claro, pela interpretação literal da lei, que uma das hipóteses de aplicação do direito ao arrependimento ocorre nos contratos eletrônicos.

⁶⁵BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 3. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 78

⁶⁶Art. 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.

O mesmo direito ao arrependimento é previsto nos artigos 1º, III, 4º, V e 5º do Decreto nº 7.962/2013⁶⁷, que regulamente o Código de Defesa do Consumidor para dispor justamente sobre a contratação no comércio eletrônico. Sobre este assunto, ensina o professor Guilherme Magalhães Martins⁶⁸ que *“na medida em que o consumidor, nessas condições, possui menor possibilidade de avaliar o que estava contratando, deve lhe ser assegurado o prazo de arrependimento, não só nos contratos em distância em geral [...] como também nos contratos via Internet”*.

A respeito da regulamentação do direito de arrependimento no Decreto nº 7.962/2013, o professor Humberto Theodoro Junior⁶⁹ leciona que tal decreto *“regulou os aspectos práticos do exercício do direito de arrependimento e individualizou deveres referentes a cada um dos participantes do contrato, inclusive das instituições financeiras que, muitas vezes, viabilizam o pagamento on-line pelo consumidor”*.

Bruno Miragem⁷⁰ ressalta que o direito de arrependimento é uma forma de extinção do contrato, ao afirmar que *“este direito de arrependimento ou desistência tem natureza de direito formativo extintivo do contrato, uma nova espécie de direito de resolução contratual, cuja eficácia depende exclusivamente do seu exercício por parte do consumidor”*.

O autor também destaca que a aplicação do direito de arrependimento foi construída justamente em razão da vulnerabilidade do consumidor que, fora do estabelecimento comercial, não consegue, nestas condições, fazer um juízo de conveniência e oportunidade do negócio. Por este motivo, o prazo de sete dias é decadencial e, uma vez que o consumidor opte pelo desfazimento do contrato, não precisará externar seus motivos. É o que explica o professor⁷¹:

⁶⁷Art. 1º Este Decreto regulamenta a [Lei no 8.078, de 11 de setembro de 1990](#), para dispor sobre a contratação no comércio eletrônico, abrangendo os seguintes aspectos:

III - respeito ao direito de arrependimento.

Art. 4º Para garantir o atendimento facilitado ao consumidor no comércio eletrônico, o fornecedor deverá:

V - manter serviço adequado e eficaz de atendimento em meio eletrônico, que possibilite ao consumidor a resolução de demandas referentes a informação, dúvida, reclamação, suspensão ou cancelamento do contrato;

Art. 5º O fornecedor deve informar, de forma clara e ostensiva, os meios adequados e eficazes para o exercício do direito de arrependimento pelo consumidor.

⁶⁸MARTINS, Guilherme Magalhães. **Contratos eletrônicos de consumo**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016 p. 212.

⁶⁹JUNIOR, Humberto Theodoro. **Direitos do consumidor**. 9. ed. ref., rev., e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 131.

⁷⁰MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 416

⁷¹MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 417

Dada a natureza do direito em questão, espécie de direito formativo extintivo, o prazo em questão, estipulado por lei, será decadencial. O direito de desistir do contrato não está condicionado a qualquer espécie de situação, quanto à existência de vícios ou demonstração de equívoco quanto às qualidades do produto ou serviço. Basta que haja a decisão do consumidor, sem a necessidade de motivá-la ao fornecedor. Está ausente de motivação, por sua vez, não tem por finalidade promover decisão arbitrária do consumidor, senão de impedir que o fornecedor possa evitar ou dificultar o exercício do direito, mediante a contradição ou impugnação dos motivos alegados por quem desista do contrato. Por esta razão, o exercício do direito fica limitado exclusivamente ao prazo fixado em lei.

Ainda sobre esse aspecto, os professores Leonardo Roscoe Bessa e Walter José Faiad de Moura⁷² explicam a aplicação do direito ao arrependimento, ao argumentar que *“a ideia é tutelar a possibilidade de escolhas maduras e refletidas do consumidor. Quer-se evitar as compras por impulso, quando o vendedor vai até a residência ou trabalho do consumidor que, pelas circunstâncias, não tem como avaliar adequadamente as vantagens da compra”*. Os autores também destacam a aplicação do artigo 49 da Lei nº 8.078/90 aos contratos celebrados na Internet, pois *“nenhuma fotografia ou imagem substitui o toque, a percepção da qualidade do produto”*.

O doutor Sérgio Cavalieri Filho⁷³ também argumenta que o direito de arrependimento é uma forma de *“conceder-lhe (ao consumidor) uma oportunidade de refletir calmamente sobre a compra que fez premido pelas técnicas agressivas de vendas fora do estabelecimento comercial”*. Isto por que *“o sistema de vendas externas, mormente pela TV, Internet e telemarketing, é altamente agressivo, atinge o consumidor em casa, no momento em que ele está mais vulnerável, criando-lhe a necessidade artificial sobre algo de que não precisa, tanto assim que não saiu de casa para procura-lo”*.

A respeito da natureza jurídica do prazo, o doutor Guilherme Magalhães Martins⁷⁴ também enxerga o mesmo como sendo um prazo decadencial, visto que *“a manifestação de arrependimento do consumidor é um direito potestativo, ou seja, o poder de alterar a situação jurídica de outrem, independentemente ou mesmo contra a vontade deste”*.

⁷²SILVA, Juliana Pereira da (Coord.). **Manual de direito do consumidor**. 4. ed. Brasília: Escola Nacional de Defesa do Consumidor, 2014. p. 213.

⁷³CAVALIERI FILHO, SERGIO. **Programa de direito do consumidor**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 170

⁷⁴MARTINS, Guilherme Magalhães. **Contratos eletrônicos de consumo**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016 p. 213.

Também é entendimento consolidado que todas as despesas relativas ao exercício do direito de arrependimento do consumidor devem ser arcadas pelo fornecedor, tendo em vista a sua força frente à vulnerabilidade daquele. Isso quer dizer que, em um contrato firmado na Internet, quando o consumidor resolve devolver o produto que recebeu em sua residência ao exercer o seu direito ao arrependimento, as despesas relativas ao frete devem ser arcadas pelo fornecedor, bem como a devolução dos valores eventualmente pagos juntamente com a respectiva correção monetária. É o que se depreende da interpretação do parágrafo único⁷⁵ do artigo 49 do CDC. O Superior Tribunal de Justiça também é partidário deste entendimento, haja vista o julgamento do Recurso Especial nº 1.340.604 - RJ⁷⁶, de relatoria do Ministro Mauro Campbell Marques.

Nesse sentido, Bruno Miragem⁷⁷ explicita:

Quaisquer custos de reenvio, frete ou demais encargos estão abrangidos pelo risco do fornecedor, que ao decidir sua estratégia de negócio vinculada a esta espécie de venda direta ao consumidor, usufruído das vantagens a ela inerentes, passa a responder também pelos ônus decorrentes da regulação legal destas contratações.

Ainda, acerca do direito de arrependimento, é importante destacar que a interpretação do artigo 49 da Lei nº 8.078/90 deve ser realizada de modo favorável ao consumidor. Ou seja, a contagem desses sete dias previstos no citado artigo deve ter como termo inicial da contagem do prazo o dia do recebimento do produto adquirido pelo consumidor. Logo, não basta a

⁷⁵Parágrafo 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.

⁷⁶ADMINISTRATIVO. CONSUMIDOR. DIREITO DE ARREPENDIMENTO. ART. 49 DO CDC. RESPONSABILIDADE PELO VALOR DO SERVIÇO POSTAL DECORRENTE DA DEVOUÇÃO DO PRODUTO. CONDUTA ABUSIVA. LEGALIDADE DA MULTA APLICADA PELO PROCON. 1. No presente caso, trata-se da legalidade de multa imposta à TV SKY SHOP (SHOPTIME) em razão do apurado em processos administrativos, por decorrência de reclamações realizadas pelos consumidores, no sentido de que havia cláusula contratual responsabilizando o consumidor pelas despesas com o serviço postal decorrente da devolução do produto do qual pretende-se desistir. 2. O art. 49 do Código de Defesa do Consumidor dispõe que, quando o contrato de consumo for concluído fora do estabelecimento comercial, o consumidor tem o direito de desistir do negócio em 7 dias ("período de reflexão"), sem qualquer motivação. Trata-se do direito de arrependimento, que assegura o consumidor a realização de uma compra consciente, equilibrando as relações de consumo. 3. Exercido o direito de arrependimento, o parágrafo único do art. 49 do CDC especifica que o consumidor terá de volta, imediatamente e monetariamente atualizados, todos os valores eventualmente pagos, a qualquer título, durante o prazo de reflexão, entendendo-se incluídos nestes valores todas as despesas com o serviço postal para a devolução do produto, quantia esta que não pode ser repassada ao consumidor. 4. Eventuais prejuízos enfrentados pelo fornecedor neste tipo de contratação são inerentes à modalidade de venda agressiva fora do estabelecimento comercial (internet, telefone, domicílio). Aceitar o contrário é criar limitação ao direito de arrependimento legalmente não previsto, além de desestimular tal tipo de comércio tão comum nos dias atuais. 5. Recurso especial provido.

⁷⁷ MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 418

confirmação da compra ou a postagem do bem de consumo nos Correios ou na transportadora, o prazo começa a fluir no momento em que o consumidor recebe e tem em mãos o produto adquirido fora do estabelecimento comercial.

Além disso, é possível que esse prazo seja convencionado pelas partes, desde que o prazo seja superior ao previsto na lei, ou seja, superior a sete dias⁷⁸.

Por fim, é essencial também enfatizar que há casos em que o fornecedor permite que o consumidor realize trocas ou até mesmo devolva o produto quando o contrato é realizado dentro do estabelecimento comercial, mesmo sem haver vícios no produto ou serviço. Todavia, essa prática do fornecedor deve ser interpretada como uma cortesia para agradar o cliente que não ficou satisfeito, e não como direito de arrependimento. Como bem destaca Flávio Tartuce⁷⁹, “*os fornecedores assim o fazem para não perder a clientela, mantendo um bom relacionamento com a coletividade consumerista*”.

Fabrizio Bolzan⁸⁰ também fala sobre esta prática corriqueira de fornecedores dentro do estabelecimento comercial:

É prática comum no comércio a possibilidade de trocar determinado produto, em especial peças de vestuário, dentro do prazo de 30 dias, desde que não seja retirada a etiqueta de referência da roupa, por exemplo. Trata-se de mera liberalidade e não de obrigação do fornecedor. Assim, uma vez ofertada a possibilidade de troca nesses casos, obrigado está o fornecedor a cumprir o prometido, em razão do princípio da vinculação da oferta.

3.4 Cláusulas abusivas na Internet

As cláusulas contratuais abusivas representam uma perigosa forma de desequilibrar a relação consumerista entre o fornecedor e o consumidor, podendo ser a causa de diversos danos causados a estes, tendo em vista sua vulnerabilidade. Não à toa, o Código de Defesa do Consumidor dedica uma seção exclusivamente às cláusulas abusivas, do artigo 51 ao artigo 53 (Seção II).

⁷⁸ LENZA, Pedro (Coord.). **Direito do consumidor esquematizado**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 627

⁷⁹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção; TARTUCE, Flávio. **Manual de direito do consumidor**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2017. p. 177

⁸⁰ LENZA, Pedro (Coord.). **Direito do consumidor esquematizado**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 625

Essas espécies de cláusulas também preocupam quando inseridas em contratos eletrônicos, tendo em vista que, conforme já argumentado no presente trabalho, os contratos eletrônicos de consumo são, em boa parte das vezes, contratos de adesão, ou seja, aqueles em que justamente a parte vulnerável da relação – o consumidor – opta apenas por aderir ou não aos termos do contrato, sem a possibilidade, na maior parte das vezes, de discutir alguma cláusula do instrumento.

Nesse sentido, a partir do momento em que o contrato de adesão já foi previamente elaborado, sendo apenas disponibilizado para que o consumidor decida se vai aderir ou não a ele, a presença de cláusulas abusivas pode estar marcada naquele instrumento, e, então, o aderente será prejudicado sem ao menos ter ciência disso.

Portanto, a Lei nº 8.078/90 se dedicou a apresentar um rol exemplificativo – ou seja, não exaustivo – de cláusulas que são consideradas abusivas e determinou, no caput do seu artigo 51, que as mesmas serão nulas de pleno direito.

Nas palavras de Flávio Tartuce⁸¹, “*as cláusulas são consideradas ilícitas pela presença de um abuso de direito contratual. Além da nulidade absoluta, é possível reconhecer que, presente o dano, as cláusulas abusivas podem gerar o dever de reparar, ou seja, a responsabilidade civil do fornecedor ou prestador*”.

Passo, então, a uma breve análise das mesmas.

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;

⁸¹NEVES, Daniel Amorim Assumpção; TARTUCE, Flávio. **Manual de direito do consumidor**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2017. p. 180

Este inciso trata da chamada cláusula de não indenizar ou limitativa de responsabilidade⁸², também conhecida como cláusula de limitação ou exoneração da responsabilidade civil⁸³.

Esta cláusula estipulada pelo fornecedor tem como objetivo isentá-lo da responsabilidade civil quando houver dano causado ao consumidor, ou seja, o próprio determina a sua liberação da reparação do dano. O professor Sérgio Cavalieri Filho⁸⁴ ressalta que tal cláusula tem um campo de incidência bem limitado, aplicando-se apenas à responsabilidade contratual. A doutrina⁸⁵ concorda que o CDC praticamente repetiu no artigo 51, inciso I, as disposições do artigo 25 do mesmo diploma.

Flavio Tartuce⁸⁶, didaticamente, exemplifica uma hipótese de incidência da cláusula abusiva de não indenizar:

Como ilustração concreta da falta de vinculação da cláusula de não indenizar na realidade dos contratos de consumo, cite-se a conhecida placa encontrada em estacionamentos, com dizeres próximos a “o estacionamento não se responsabiliza por objetos deixados no interior do veículo”. Ora, o estacionamento deve, sim, responder pela segurança no seu interior, o que é inerente à própria contratação, pois esse é o fator buscado pelos consumidores (*causa contratual*).

A respeito desse caso específico de relação de consumo, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 130⁸⁷, entendendo que os responsáveis por estacionamentos de *shopping centers*, mesmo que gratuitos, têm o dever de vigilância e guarda dos veículos.

Ademais, importante diferenciar a cláusula de não indenizar da cláusula limitativa de direito. A cláusula abusiva que exonera o fornecedor de indenizar o consumidor pelos danos contratuais causados é expressamente vedada pela Lei nº 8.078/90. Já a cláusula limitativa de

⁸²CAVALIERI FILHO, SERGIO. **Programa de direito do consumidor**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 190.

⁸³MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 393.

⁸⁴CAVALIERI FILHO, SERGIO. **Programa de direito do consumidor**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 192.

⁸⁵Os professores Flávio Tartuce e Sérgio Cavalieri Filho, por exemplo, possuem este mesmo entendimento.

⁸⁶NEVES, Daniel Amorim Assumpção; TARTUCE, Flávio. **Manual de direito do consumidor**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2017. p. 181.

⁸⁷BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula n.º 130: A empresa responde, perante o cliente, pela reparação de dano ou furto de veículo ocorridos em seu estacionamento.

direito do consumidor é permitida nos contratos de adesão, desde que redigida em destaque, permitindo fácil e imediata compreensão pelo consumidor. É o que dispõe o artigo 54, §4^o⁸⁸.

As cláusulas abusivas de não indenizar, conforme ensina o professor Sérgio Cavalieri Filho⁸⁹, “*objetivam excluir ou restringir o dever de indenizar decorrente do descumprimento de uma obrigação regularmente assumida pelo fornecedor enquanto a cláusula limitativa de direito tem por finalidade restringir a própria obrigação a ser assumida pelo fornecedor*”.

Logo, no primeiro caso, o fornecedor assume a obrigação, mas não quer cumpri-la. No segundo caso, o fornecedor não quer assumir sequer a obrigação, o que lhe é permitido pela liberdade de contratação.

Ainda sobre a cláusula limitativa de direito, Fabrício Bolzan⁹⁰ ressalta que a mesma é uma característica do contrato de adesão, nos termos do artigo 54, §4^o⁹¹, do CDC, mas deverá ser redigida em destaque, para compreensão do consumidor. Para ele, “*o destaque na cláusula limitativa tem por objeto, mais uma vez, conceder ao consumidor o acesso material e efetivo do conteúdo do contrato em maior grau de evidencia, justamente em razão de se tratar de uma restrição ao seu direito*”.

Sobre a segunda parte do inciso, há de se destacar a hipótese de cláusula limitativa da indenização – “Nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis”. Essa cláusula somente se aplica a pessoas jurídicas, nos termos da própria lei consumerista.

⁸⁸Art. 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. § 4º As cláusulas que implicarem limitação de direito do consumidor deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão.

⁸⁹CAVALIERI FILHO, SERGIO. **Programa de direito do consumidor**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 197.

⁹⁰LENZA, Pedro (Coord.). **Direito do consumidor esquematizado**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 619.

⁹¹Art. 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.

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

A respeito da cláusula limitativa aplicada a pessoas jurídicas consumidoras, o professor Bruno Miragem⁹² conclui que:

Em relação ao consumidor pessoa jurídica, a segunda parte da norma admite a limitação da responsabilidade quando esta se der em situações justificáveis. O que se considere como situações justificáveis será matéria de apreciação judicial, a partir da concreção do significado da norma em acordo com o caso concreto. Contudo, frise-se que esta limitação é admitida pelo regime do Código, quando previamente estabelecida em contrato. Ou seja, estabelece a norma que a cláusula contratual com este conteúdo não será considerada abusiva, quando se considere a presença de uma situação justificável.

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

Trata-se, neste inciso, de uma forma de proteger o consumidor do enriquecimento sem causa do fornecedor. Este inciso reforça a possibilidade do exercício do direito de arrependimento, já analisado neste trabalho, tendo em vista vedar a estipulação de cláusula que vede a opção de reembolso ao consumidor. Como bem se sabe, nas compras realizadas na Internet, o consumidor possui um prazo de reflexão de sete dias para desistir do contrato e devolver o bem adquirido, sem precisar motivar sua decisão.

O contrato de adesão que vede essa possibilidade de reembolso das despesas arcadas pelo consumidor terá, portanto, uma cláusula abusiva, que será declarada nula, nos termos do caput do artigo em comento.

III - transfiram responsabilidades a terceiros;

O professor Sérgio Cavalieri Filho argumenta que esta cláusula está plenamente contida na cláusula de não indenizar, prevista no inciso I. Já Flávio Tartuce⁹³ destaca que “*a abusividade é patente por afetar o sistema de solidariedade e de responsabilidade objetiva adotado pelo Código Consumerista*”.

⁹²MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 395.

⁹³NEVES, Daniel Amorim Assumpção; TARTUCE, Flávio. **Manual de direito do consumidor**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2017. p. 182.

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

Trata-se de cláusula geral, que se relaciona com todas as obrigações que possam ser estabelecidas em um contrato de consumo. Sérgio Cavalieri Filho⁹⁴ cita o ensinamento da professora Cláudia Lima Marques, ao destacar que “*a norma do inciso IV do art. 51 do CDC, com a abrangência que possui e que completada pelo disposto no §1º do mesmo art. 51, é verdadeira norma geral proibitória de todos os tipos de abusos contratuais, mesmo aqueles já previstos exemplificadamente nos outros incisos do art. 51*”.

O professor Flávio Tartuce⁹⁵ enxerga esse inciso como um sistema aberto, podendo englobar diversas situações, principalmente por mencionar expressamente a boa-fé e a equidade. Justamente por abranger um conteúdo amplo, é importante a leitura deste inciso em conjunto com o §1º⁹⁶ do mesmo artigo, como já ressaltado na citação acima.

Ainda, é importante destacar que a própria jurisprudência, principalmente o Superior Tribunal de Justiça⁹⁷, bem como os Tribunais de Justiça dos estados e do Distrito Federal, costuma aplicar este inciso para considerar diversas cláusulas como abusivas, logo, esse aspecto amplo da cláusula geral depende muito da interpretação do contrato em si, sendo uma tarefa para o Judiciário apreciar frente a casos concretos, principalmente por envolver a boa-fé e a equidade.

V - (Vetado);

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

⁹⁴ CAVALIERI FILHO, SERGIO. **Programa de direito do consumidor**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 199.

⁹⁵ NEVES, Daniel Amorim Assumpção; TARTUCE, Flávio. **Manual de direito do consumidor**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2017. p. 182.

⁹⁶ § 1º Presume-se exagerada, entre outros casos, a vantagem que:

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

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

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

⁹⁷ Um exemplo de caso concreto em que o STJ reconheceu como sendo abusiva cláusula contratual nos termos do artigo 51, IV, do CDC ocorreu no Recurso Especial nº 1.330.919/MT (2012/0127708-3)

A inversão do ônus da prova, que será trabalhada no próximo capítulo deste trabalho, é uma matéria de ordem pública, considerada uma faculdade para determinação do juiz sempre em favor do consumidor que, em razão disso, não pode ser objeto de disposição contratual. Logo, é manifesta a abusividade da cláusula contratual que determine a inversão do ônus da prova em prejuízo da figura considerada vulnerável pelo próprio Código de Defesa do Consumidor.

O professor Bruno Miragem fala sobre esta cláusula abusiva em seu Curso⁹⁸, quando menciona que:

O caráter abusivo da cláusula contratual em destaque, neste sentido, abrange especialmente a proteção do consumidor contra vícios, assim como nas hipóteses de ausência da entrega do produto ou prestação do serviço como originariamente ajustado, situações em que o consumidor nem sempre terá como comprovar cabalmente a existência do vício ou do prejuízo, razão pela qual se estipula a presunção.

Nos contratos de adesão eletrônicos, muitas vezes já vem embutida a cláusula abusiva de inversão do ônus da prova em desfavor do consumidor. É missão, então, do Judiciário declarar a nulidade da cláusula abusiva.

VII - determinem a utilização compulsória de arbitragem;

Importante destacar que este inciso veda a estipulação de cláusula que compulsoriamente determine a arbitragem como fora de solução do litígio. A arbitragem convencionalmente consensualmente pelas partes, ou seja, com a concordância do consumidor, não é vedada, desde que recaia apenas sobre direitos disponíveis do consumidor.

Em contrapartida, é preciso compreender que nas hipóteses de cláusula de arbitragem consensualmente estipulada, o consumidor deve participar e consentir não só no momento da assinatura do contrato, como também no momento posterior à ocorrência do fato litigioso, como por exemplo na escolha do árbitro. Essa é a preocupação de Bruno Miragem⁹⁹.

⁹⁸ MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 406.

⁹⁹ *Ibidem*, p. 406-407.

Para ele, essa foi uma das razões para o veto da Presidente da República a dispositivo da Lei 13.129/2015 – Lei de Arbitragem –, que expressamente permitia a arbitragem nas relações de consumo estabelecidas por meio de contratos de adesão¹⁰⁰.

O argumento do veto é acompanhado pelos autores Flávio Tartuce e Bruno Miragem. A decisão da Presidência¹⁰¹ determina que:

Da forma prevista, os dispositivos alterariam as regras para arbitragem em contrato de adesão. Com isso, autorizariam, de forma ampla, a arbitragem nas relações de consumo, sem deixar claro que a manifestação de vontade do consumidor deva se dar também no momento posterior ao surgimento de eventual controvérsia e não apenas no momento inicial da assinatura do contrato. Em decorrência das garantias próprias do direito do consumidor, tal ampliação do espaço da arbitragem, sem os devidos recortes, poderia significar um retrocesso e ofensa ao princípio norteador de proteção do consumidor

Em suma, é permitida a arbitragem nas relações de consumo, desde que o objeto da mesma seja um direito disponível do consumidor e que tal cláusula não tenha sido compulsoriamente estipulada.

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

Trata-se da vedação à chamada cláusula-mandato. Nesta hipótese, há presunção absoluta do desequilíbrio contratual, “*afastando do vulnerável negocial o exercício efetivo de seus direitos*”¹⁰².

O professor Bruno Miragem interpreta este inciso como ao determinar que “*o que o CDC estabelece, em essência, é a abusividade da cláusula que autorize a nomeação de procurador do consumidor que atue, em representação deste, no exclusivo atendimento dos interesses do fornecedor*”¹⁰³.

¹⁰⁰ O texto vetado determinava: “Na relação de consumo estabelecida por meio de contrato de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar expressamente com a sua instituição”.

¹⁰¹ BRASIL. Presidência da República. Mensagem nº 162, de 26 maio 2015. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Msg/VEP-162.htm>. Acesso em 9 nov. 2018.

¹⁰² NEVES, Daniel Amorim Assumpção; TARTUCE, Flávio. **Manual de direito do consumidor**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2017. p. 186.

¹⁰³ MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.p. 409.

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;

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

Estes quatro incisos devem ser estudados em conjunto, tendo em vista tratarem da hipótese de cláusulas potestativas, conforme denominado pela doutrina.

Para Bruno Miragem, estas cláusulas trazem desequilíbrio ao contrato e, apesar de em outros ramos do direito civil serem tratadas como similares às cláusulas abusivas, no sistema de defesa do consumidor as cláusulas potestativas surgem como espécie de cláusulas abusivas, uma vez que, nas palavras do professor¹⁰⁴

Estabelecem tão forte poder de direção do fornecedor na direção do contrato de consumo, que termina por diminuir ou suprimir a possibilidade do consumidor promover com alguma utilidade seus interesses, comprometendo o equilíbrio do contrato e, por isso, a validade das cláusulas contratuais abusivas que dão causa a esta desigualdade.

O caráter abusivo se dá justamente pelo fato destas cláusulas desequilibrarem a relação consumerista. Nesse sentido, depreende-se que, se ambas as partes pudessem unilateralmente modificar o conteúdo ou a qualidade do contrato (inciso XIII), não haveria desequilíbrio, de modo que a cláusula não seria abusiva.

O professor Fabrício Bolzan¹⁰⁵ se afilia ao entendimento de supracitado, e faz breves ponderações sobre cada uma destas cláusulas. Sobre os incisos IX e X, ele ressalta que “*pelo princípio da vinculação da oferta, não é possível deixar ao arbítrio do fornecedor a opção de concluir ou não o contrato [...] No mesmo sentido, também são abusivas as cláusulas que permitam ao fornecedor variação direta ou indireta do preço de maneira unilateral*”.

¹⁰⁴ MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 410.

¹⁰⁵ LENZA, Pedro (Coord.). **Direito do consumidor esquematizado**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 671.

Ainda, o autor encontra na jurisprudência¹⁰⁶ a justificativa da abusividade da cláusula prevista no inciso XI, ao destacar ser “*muito comum instituição financeira praticar tal conduta abusiva ao cancelar o ‘limite de crédito em contrato de conta corrente vigente, sem que o correntista seja previamente comunicado’*”. Ressalta, por fim, que o STJ vem coibindo práticas abusivas no sentido de fornecedores modificarem unilateralmente o conteúdo ou a qualidade do contrato¹⁰⁷.

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

Esta cláusula somente será abusiva se o consumidor não possuir os mesmos direitos do fornecedor, nos termos do inciso em estudo. Logo, mais uma vez, a abusividade da cláusula está no fato de desequilibrar a relação, conferindo oportunidade apenas ao fornecedor, e não a consumidor, reconhecidamente vulnerável, conforme será estudado no próximo capítulo deste trabalho.

XIV - infrinjam ou possibilitem a violação de normas ambientais;

Trata-se de um diálogo estabelecido entre duas áreas do direito, qual sejam o Direito do Consumidor e o Direito Ambiental, graças ao artigo 225¹⁰⁸ da Constituição da República, que dispõe sobre a proteção do bem ambiental.

O professor Flávio Tartuce¹⁰⁹ leciona que o bem ambiental é um bem difuso, e que “*o contrato que viola valores ambientais é nulo por desrespeito à função social do contrato (função socioambiental) [...] Não poderia ser diferente com os contratos de consumo, em que a proteção coletiva é marcante*”.

¹⁰⁶ Trata-se do Recurso Especial nº 621.577/RO, Rel. Ministra Nancy Andrighi, 3ª Turma, Publicado em 23/08/2004.

¹⁰⁷ LENZA, Pedro (Coord.). **Direito do consumidor esquematizado**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 672.

¹⁰⁸ Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

¹⁰⁹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção; TARTUCE, Flávio. **Manual de direito do consumidor**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2017. p. 189-190

Logo, o contrato que permite violação a normas ambientais será nulo e, como destaca o professor¹¹⁰, em decorrência disso, também será possível “retirar o produto do mercado, diante de seu índice de periculosidade ao meio ambiente”.

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

Este inciso é bastante amplo, por abranger qualquer cláusula que esteja em desacordo com o sistema de proteção do consumidor. Para Cláudio Bonatto¹¹¹, este inciso “*configura uma verdadeira norma de fechamento de sistema, a qual possibilita ao julgador ampla margem para integrar o conceito jurídico indeterminado, explicitando, no caso concreto, o significado da expressão ‘estar em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor’*”.

Logo, para ilustrar melhor o que este inciso pretende atingir, ou melhor, como este inciso pretende proteger o consumidor, faz-se importante citar um exemplo de cláusula abusiva que seria declarada nula em razão da proibição prevista neste inciso.

O professor Cláudio Bonatto, então, fala sobre a cláusula de eleição de foro, ressaltando que não se trata apenas sobre matéria de direito processual, como também deve ser examinada sob o ângulo do direito material. Para o autor¹¹², “*a cláusula de eleição de foro, nas relações contratuais de consumo, somente será admissível quando não atentar contra o sistema de proteção do consumidor*”.

Já para o doutor Flávio Tartuce¹¹³, a solução apresentada pelo artigo 63, §3^o¹¹⁴ do CPC/2015 “*não é das melhores, havendo aqui um retrocesso. Isso porque a abusividade da cláusula de eleição de foro, por envolver ordem pública – a tutela do aderente como vulnerável contratual -, não deveria gerar a mera ineficácia do ato, mas a sua nulidade absoluta*”.

¹¹⁰ NEVES, Daniel Amorim Assumpção; TARTUCE, Flávio. **Manual de direito do consumidor**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2017.

¹¹¹ BONATTO, Cláudio. **Código de Defesa do Consumidor: Cláusulas abusivas nas relações contratuais de consumo**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 63.

¹¹² *Ibidem*, p. 68.

¹¹³ NEVES, Daniel Amorim Assumpção; TARTUCE, Flávio. **Manual de direito do consumidor**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2017. p. 190.

¹¹⁴ Art. 63. As partes podem modificar a competência em razão do valor e do território, elegendo foro onde será proposta ação oriunda de direitos e obrigações.

§ 3º Antes da citação, a cláusula de eleição de foro, se abusiva, pode ser reputada ineficaz de ofício pelo juiz, que determinará a remessa dos autos ao juízo do foro de domicílio do réu.

Logo, o presente inciso é bastante amplo, e é possível concluir que caberá ao juiz, no caso concreto, declarar a nulidade da cláusula considerada abusiva por violar o sistema de proteção ao consumidor, nos termos deste dispositivo.

XVI - possibilitem a renúncia do direito de indenização por benfeitorias necessárias.

O Código Civil de 2002 define, no artigo 96, §3º, as benfeitorias necessárias como “as que têm por fim conservar o bem ou evitar que se deteriore”. Logo, para Flávio Tartuce¹¹⁵, *“diante da relação de essencialidade com o bem principal, o Código de Defesa do Consumidor deduz como abusiva a cláusula de renúncia às benfeitorias necessárias”*.

Nesse sentido, Cláudio Bonatto¹¹⁶ ressalta que o CDC busca a harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo, e, em razão disso, *“não há qualquer razão de justiça para a imposição de cláusula que proíba a restituição de importâncias dispendidas pelo consumidor para a implementação das benfeitorias necessárias, eis que estas [...] têm como escopo conservar a coisa ou evitar que a mesma se deteriore”*.

Ainda, o autor¹¹⁷, para ilustrar melhor seu argumento, apresenta um exemplo:

Imaginemos a situação em que um consumidor loque um automóvel de uma locadora e este, na utilização normal, apresente vazamento do ácido da bateria. O consumidor, cômico de seus deveres na relação, procura a assistência técnica, a qual constata que o serviço de limpeza do ácido derramado deve ser imediato, sob pena de causar graves danos ao sistema elétrico do automóvel. O consumidor, então, sem outra alternativa, autoriza a realização do serviço e arca com o devido pagamento. Ora, sem dúvida, estes gastos devem ser suportados pela locadora-proprietária do automóvel, sob pena de configurar-se a figura, sempre combatida pelo Direito, do enriquecimento sem causa, eis que os riscos da atividade econômica mencionada já se encontram projetados no valor da locação. Desse modo, a não-indenização ao consumidor, pelas benfeitorias necessárias, implicaria bis in idem, ou seja, o consumidor pagaria duas vezes por um problema mecânico que sequer tinha condições de evitar.

§ 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.

¹¹⁵ NEVES, Daniel Amorim Assumpção; TARTUCE, Flávio. **Manual de direito do consumidor**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2017. p. 191.

¹¹⁶ BONATTO, Cláudio. **Código de Defesa do Consumidor**: Cláusulas abusivas nas relações contratuais de consumo. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 62.

¹¹⁷ *Ibidem*, p. 63.

§ 4º É facultado a qualquer consumidor ou entidade que o represente requerer ao Ministério Público que ajuíze a competente ação para ser declarada a nulidade de cláusula contratual que contrarie o disposto neste código ou de qualquer forma não assegure o justo equilíbrio entre direitos e obrigações das partes.

Para finalizar o estudo do artigo 51, há de se falar também sobre os parágrafos 2º e 4º, ambos bem literais. O parágrafo 2º esclarece que a nulidade referida no caput se aplica somente à cláusula abusiva, não ao contrato por inteiro. Todavia, se a declaração de nulidade de cláusula gerar ônus excessivo – ressalte-se que o ônus precisa ser excessivo – ao consumidor ou ao fornecedor, o contrato poderá ser completamente invalidado. Já o parágrafo 4º dispõe sobre a cláusula que é passível de ser declarada como nula: aquela que contrarie o disposto no CDC ou que de qualquer forma não assegure o justo equilíbrio entre direitos e obrigações das partes. Quando um fornecedor coloca no mercado um contrato de adesão com cláusulas abusivas, que poderá ser aderido por um número indeterminado de consumidores, cabe ao Ministério Público intervir para alcançar o maior número de pessoas que poderiam ser prejudicadas.

4 A VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR

4.1 Vulnerabilidade do consumidor e a aplicação da hipossuficiência ao caso concreto

A defesa do consumidor é um dos princípios asseguradores da ordem constitucional econômica elencados no rol do artigo 170 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988¹¹⁸. Ainda, o texto constitucional destina ao Estado a defesa do consumidor, na forma da lei, em seu artigo 5º¹¹⁹, que abrange alguns dos direitos fundamentais explícitos previstos em seu corpo. Por fim, o artigo 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT – determina que o Congresso Nacional elaborará o Código de Defesa do Consumidor¹²⁰ no prazo de 120 dias da promulgação da Constituição.

Assim sendo, torna-se clara a preocupação da nossa Constituição em proteger e garantir o direito dos consumidores. Nesse sentido, torna-se mais fácil compreender porque o Código de Defesa do Consumidor é tão importante, e porque essa lei federal se dedica a defender a figura que considera vulnerável.

A vulnerabilidade do consumidor é um princípio da Política Nacional das Relações de Consumo, nos termos do artigo 4º, I, do CDC¹²¹. Todavia, é importante destacar que a vulnerabilidade é muito mais do que um princípio: ela é a base da existência do direito do consumidor. Como brilhantemente lecionado por Bruno Miragem¹²², “*a existência do direito do consumidor justifica-se pelo reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor. É esta vulnerabilidade que determina ao direito que se ocupe da proteção do consumidor*”. Ainda, o

¹¹⁸Art. 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;

¹¹⁹Art. 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;

¹²⁰Art. 48. O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor.

¹²¹Art. 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;

¹²² MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.p. 128.

professor Flávio Tartuce¹²³ chama atenção para a expressão consumidor vulnerável, argumentando que a mesma é pleonástica. Logo, parte-se do princípio que o consumidor é vulnerável para então surgir a ideia de que o mesmo precisa ser tutelado, ou seja, ter seus direitos protegidos.

A vulnerabilidade do consumidor decorre de manifesto desequilíbrio na relação contratual de consumo que possui com o fornecedor, sendo o consumidor a parte mais fraca da relação. A professora Claudia Lima Marques¹²⁴ ensina que existem três tipos de vulnerabilidade: a técnica, a jurídica e a fática, além da vulnerabilidade informacional, bem típica do comércio eletrônico. Passa-se, então, ao estudo de cada uma delas.

A vulnerabilidade técnica envolve a ausência de conhecimento específico sobre o produto ou serviço. Nas palavras de Bruno Miragem¹²⁵, a vulnerabilidade técnica “*se dá em face da hipótese na qual o consumidor não possui conhecimentos especializados sobre o produto ou serviço que adquire ou utiliza em determinada relação de consumo*” ao passo que presume-se que o fornecedor “*tenha conhecimento aprofundado sobre o produto ou serviço que ofereça*”. A expertise é toda do fornecedor, enquanto presume-se que o consumidor não profissional é leigo. Já o consumidor profissional terá a sua vulnerabilidade técnica excepcionalmente reconhecida de acordo com o caso concreto, quando for a destinatária final daquele produto ou serviço. A respeito disso, entende o Superior Tribunal de Justiça¹²⁶:

“O que qualifica uma pessoa jurídica como consumidora é a aquisição ou utilização de produtos ou serviços em benefício próprio; isto é, para satisfação de suas necessidades pessoais, sem ter o interesse de repassá-los a terceiros, nem empregá-los na geração de outros bens ou serviços. Se a pessoa jurídica contrata o seguro visando a proteção contra roubo e furto do patrimônio próprio dela e não o dos clientes que se utilizam dos seus serviços, ela é considerada consumidora nos termos do art. 2º do CDC”

¹²³ NEVES, Daniel Amorim Assumpção; TARTUCE, Flávio. **Manual de direito do consumidor**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2017. p. 34.

¹²⁴ BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 98.

¹²⁵ MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 129.

¹²⁶ O referido entendimento foi consolidado no julgamento do Recurso Especial nº 733.560/RJ, 3ª Turma. Julgamento em 11 abr. 2004. Relatora Ministra Nancy Andriahi.

A vulnerabilidade jurídica significa a ausência de conhecimentos jurídicos. A doutora Cláudia Lima Marques¹²⁷ também chama este tipo de vulnerabilidade de científica, englobando a falta de conhecimentos sobre contabilidade ou economia. Ela ensina que são presumidamente vulneráveis as pessoas físicas consumidoras e para o consumidor não profissional. Já as pessoas jurídicas profissionais não possuem presunção de vulnerabilidade jurídica, tendo em vista que espera-se que estas tenham um mínimo de conhecimento jurídico. E Bruno Miragem¹²⁸, nesta mesma linha, leciona que “*a vulnerabilidade jurídica, a nosso ver, se dá na hipótese da falta de conhecimentos, pelo consumidor, dos direitos e deveres inerentes à relação de consumo que estabelece, assim como a ausência da compreensão sobre as consequências jurídicas dos contratos que celebra*”.

Os autores Leonardo Roscoe Bessa e Walter José Faiad de Moura explicam¹²⁹ de forma sucinta o desequilíbrio entre as partes em razão da vulnerabilidade jurídica do consumidor, ao afirmarem:

Em linhas gerais, verifica-se quando é marcante que, enquanto o fornecedor trabalha frequentemente com seu ramo econômico, contando com assessoramento jurídico especializado, habitualmente defendendo causas semelhantes, o consumidor que precisa com ele lidar (defender-se ou ajuizar ação judicial), terá, em contraste, poucos recursos. Obviamente, a experiência, os argumentos, os documentos e provas nestes assuntos já estão previamente organizados pelo fornecedor.

A vulnerabilidade fática, ou socioeconômica, por sua vez, é aquela em que o fornecedor aparece mais visivelmente em posição de superioridade em face do consumidor. Para Sérgio Cavalieri Filho¹³⁰, ela é “*a mais facilmente perceptível, decorrendo da discrepância entre a maior capacidade econômica e social dos agentes econômicos – detentores dos mecanismos de controle da produção [...] e prestígio social – e a condição de hipossuficiente dos consumidores*”.

¹²⁷ BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 101.

¹²⁸ MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 129.

¹²⁹ SILVA, Juliana Pereira da (Coord.). **Manual de direito do consumidor**. 4. ed. Brasília: Escola Nacional de Defesa do Consumidor, 2014. p. 80.

¹³⁰ CAVALIERI FILHO, SERGIO. **Programa de direito do consumidor**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 51-51.

Acerca do conceito de hipossuficiente – que não é sinônimo de vulnerável – presente no trecho acima, a professora Cláudia Lima Marques destaca que dentro da vulnerabilidade fática ou socioeconômica, é possível ver a citada figura do hipossuficiente. Ela ensina¹³¹ que “*os consumidores desfavorecidos (ou pobres) podem ser chamados de hipossuficientes, criando assim uma graduação (econômica) da vulnerabilidade em direito material*”. A doutora ainda leciona sobre a figura dos hipervulneráveis, que se encontram nessa posição em razão da idade (idosos e crianças, por exemplo) ou por condições especiais de saúde (como pessoas contaminadas pelo vírus HIV). Bruno Miragem¹³² também cita uma categoria que pode ser considerada hipervulnerável, que é a dos analfabetos.

Assim sendo, vulnerável e hipossuficiente são figuras distintas. Pelo Código de Defesa do Consumidor, todo consumidor é vulnerável – com exceção dos consumidores profissionais, a depender do caso concreto -, mas nem todo consumidor é hipossuficiente. A vulnerabilidade pode ser técnica, jurídica, fática ou informacional. Já a hipossuficiência não é regra, e se relaciona exclusivamente à capacidade econômica do consumidor. Logo, o consumidor pode ser vulnerável, mas não ser hipossuficiente, bem como ser vulnerável e hipossuficiente ao mesmo tempo.

Enquanto isso, a vulnerabilidade informacional é de extrema importância para os contratos eletrônicos, bem como para as atuais relações de consumo em geral. Cláudia Lima Marques, pioneira na doutrina a falar sobre a vulnerabilidade informacional, ensina que a mesma

É a vulnerabilidade básica do consumidor, intrínseca e característica deste papel na sociedade. Hoje merece ela uma menção especial, pois na sociedade atual são de grande importância a aparência, a confiança, a comunicação e a informação. Nosso mundo de consumo é cada vez mais visual, rápido e de risco, daí a importância da informação.

O professor Guilherme Magalhães Martins ressalta que com o aumento do acesso à internet em razão da crescente utilização de aparelhos celulares, “*os indivíduos continuam se isolando e emergindo cada vez mais no ambiente virtual. O acesso a uma gama extensa de informações introduz uma nova forma de isolamento, na qual o usuário fica irreversivelmente*

¹³¹ BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 104.

¹³² MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 130.

conectado, o que afeta sua capacidade crítica". Assim sendo, é necessária proteção mas afetiva ao consumidor e, não atoa, *“os deveres de informação imputáveis aos fornecedores na Internet são especializados pelo meio, incluindo dados que deverão ser obrigatoriamente prestados ao consumidor por ocasião da contratação eletrônica de consumo”*¹³³.

Logo, fica cada vez mais clara a preocupação do CDC em garantir ao consumidor o acesso às informações necessárias antes de contratar no meio eletrônico. Além disso, conforme estudado neste trabalho, sabe-se que o comércio eletrônico cresce mais e mais, com projeções gigantescas para o futuro cada vez mais próximo. Destacam os professores Leonardo Roscoe Bessa e Walter José Faiad de Moura¹³⁴ que *“neste contexto de relações massificadas concluídas com cada vez maior agilidade, verifica-se que os contratos de adesão são a realidade do mercado de consumo brasileiro”*. Nesse sentido, o contrato de adesão precisa sempre ser claro e direto, sem deixar o aderente em dúvidas sobre as informações essenciais ali prestadas.

Cláudia Lima Marques¹³⁵ também destaca em sua obra a preocupação em adequar a lei que protege o consumidor ao que vem acontecendo nas relações de consumo, em especial aquelas realizadas na Internet, ao ressaltar que *“cada vez mais o direito e a sociedade valorizam essa vulnerabilidade informacional das pessoas físicas consumidores, em especial nas novas tecnologias e no comércio eletrônico, como demonstra o atual processo de atualização do CDC”*.

Por fim, é importante ressaltar que, mais uma vez, as contratações eletrônicas se mostram de suma importância para que se compreenda conceitos relacionados à defesa do consumidor. Isto porque aquela pessoa que navega na Internet e recebe dezenas de informações em cada site por onde passa, na maioria das vezes não vai entender tudo aquilo que viu, tampouco compreender o sentido de cada cláusula contratual quando efetuar uma compra pela Internet – isso se tiver acesso facilitado ao contrato. Ou seja, a proteção do consumidor com o reconhecimento de sua vulnerabilidade presumida é muito importante, principalmente no meio eletrônico, tendo em vista que é um local em que as pessoas navegam principalmente por

¹³³ MARTINS, Guilherme Magalhães. **Contratos eletrônicos de consumo**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016. p. 118-119.

¹³⁴ SILVA, Juliana Pereira da (Coord.). **Manual de direito do consumidor**. 4. ed. Brasília: Escola Nacional de Defesa do Consumidor, 2014. p. 81.

¹³⁵ BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 107.

diversão, à mercê de se envolver em uma relação de consumo desequilibrada, principalmente em razão de publicidades enganosas.

4.2 Publicidades enganosas

A Lei nº 8.078/90 proíbe a publicidade enganosa em seu artigo 37¹³⁶. O professor Sérgio Cavalieri Filho¹³⁷ comenta este artigo e conclui que a lei consagrou o princípio da veracidade da publicidade ao proibir a publicidade enganosa. Sem dúvidas, ao proibir esta prática, o Código busca garantir maior lisura na veiculação de publicidade de produtos e serviços aos consumidores em geral. A doutora Maria Eugênia Finkelstein¹³⁸ ressalta em sua obra que a publicidade é um direito do fornecedor, não devendo ser confundida com o dever de informar.

A publicidade enganosa é aquela que induz o consumidor ao erro sendo uma espécie de publicidade ilícita. O ato de indução exercido pelo fornecedor indica dolo, ou seja, segundo Flávio Tartuce¹³⁹, “*uma atuação maliciosa praticada com intuito de enganar outrem e ter benefício próprio*”. A respeito do erro, Sérgio Cavalieri Filho¹⁴⁰ ressalta que este é uma falsa representação da realidade, e, em razão disso, “*será enganosa a publicidade capaz de levar o consumidor a fazer uma falsa representação do produto ou serviço que está sendo anunciado, um juízo equivocado, incorreto a respeito da suas qualidades, quantidade, utilidade, preço ou de qualquer outro dado*”.

Para o autor, há dois tipos de publicidade enganosa: a comissiva e a omissiva. Na primeira, o fornecedor vai afirmar algo na publicidade que não corresponde com a realidade do produto ou serviço, ao passo que na segunda, o anúncio deixa de trazer alguma informação relevante¹⁴¹. Nestes termos, o Ministro Herman Benjamin¹⁴², em seu Manual, ensina que é importante diferenciar a omissão do fornecedor do que é ou não possível informar dentro do

¹³⁶ Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva.

¹³⁷ CAVALIERI FILHO, SERGIO. **Programa de direito do consumidor**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 144.

¹³⁸ FINKELSTEIN, Maria Eugenia Reis; SACCO NETO, Fernando. **Manual de Direito do Consumidor**. 1. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 111.

¹³⁹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção; TARTUCE, Flávio. **Manual de direito do consumidor**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2017. p. 224.

¹⁴⁰ CAVALIERI FILHO, SERGIO. **Programa de direito do consumidor**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 144-145.

¹⁴¹ *Ibidem*, p. 146.

¹⁴² BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 269.

anúncio. Ele cita o exemplo de um comercial televisivo de 15 segundos, em que é praticamente impossível informar todos as características e riscos do produto ou serviço, concluindo que somente as informações essenciais são obrigatórias. O artigo 37, §3º, do CDC¹⁴³ define a publicidade enganosa por omissão em consonância com o entendimento dos autores citados. Importante citar, também, o artigo 38¹⁴⁴ do CDC, que dispõe sobre o ônus de provar a veracidade da publicidade veiculada.

Então, quais seriam as hipóteses de publicidade enganosa? O artigo 37, §1º, se encarrega dessa definição, ao dispor que:

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.

Os autores Leonardo Roscoe Bessa e Walter José Faiad de Moura¹⁴⁵ citam um exemplo de publicidade enganosa comissiva:

Também comuns são as publicidades de produtos milagrosos que prometem emagrecimentos, perda de peso, rejuvenescimento e outros efeitos estéticos quase que instantâneos, apoiando-se em depoimentos de pessoas bem afeiçãoadas que nem sempre alcançaram beleza ou porte atlético consumindo tais complementos alimentares.

Trata-se de claro exemplo de publicidade que induz o consumidor ao erro: ele quer emagrecer e, ao ver uma pessoa magra, de corpo atlético, dizendo que conseguiu alcançar aquele porte físico utilizando o produto veiculado na publicidade enganosa, vai querer adquirir aquele produto contando que vai também conseguir o mesmo resultado, o que, na prática, não vai ocorrer.

Enquanto isso, no meio eletrônico, as publicidades enganosas também são muito recorrentes e preocupantes para a defesa do consumidor. O professor Guilherme Magalhães

¹⁴³ Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva.

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

¹⁴⁴ Art. 38. O ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina.

¹⁴⁵ SILVA, Juliana Pereira da (Coord.). **Manual de direito do consumidor**. 4. ed. Brasília: Escola Nacional de Defesa do Consumidor, 2014. p. 157.

Martins¹⁴⁶ sobre a má-fé do fornecedor ao usar os chamados “metatags” para atrair o consumidor. Ele cita Emilio Tosi para exemplificar o assunto:

Deve ser coibida a publicidade enganosa na Internet por meio do uso da má-fé dos chamados “metatags”, ou seja, palavras-chaves codificadas em linguagem HTML (“*hypertext markup language*”), que numerosos *sites* de busca colocam à disposição de seus usuários, e cujo uso é suscetível de análises estatísticas, podendo ser incluídas em certa página algumas das palavras mais empregadas pelos usuários (o que se mostra comum, por exemplo, nos termos ligados à ideia de sexo), de modo a atrair o consumidor.

A grande questão acerca do uso de “metatags” se dá pelo fato de muitos fornecedores utilizarem este mecanismo para atrair consumidores por meio da publicidade enganosa: lança-se uma palavra-chave que não possui nenhuma relação com o produto ou serviço ofertado, mas o consumidor, ao pesquisar na Internet algo relacionado àquela palavra-chave, será direcionado ao fornecedor de má-fé. Ressalte-se que o consumidor não consegue visualizar quais são essas palavras-chave. Nesse sentido, leciona Guilherme Magalhães Martins¹⁴⁷:

A mecânica dos “metatags”, basicamente, é a seguinte: toda vez que o usuário escrever a palavra em questão, aparece a página de determinado fornecedor de produtos e serviços, propositadamente associada ao termo digitado, a partir das informações sobre as expressões mais empregadas pelos “navegantes”, ainda que não tenha qualquer relação direta com o objeto da busca.

Por fim, importante destacar a outra espécie de publicidade ilícita, que é a publicidade abusiva, também prevista no caput do artigo 37 do CDC e definida no §2º de mesmo artigo¹⁴⁸. O professor Bruno Miragem¹⁴⁹ destaca que o Código de Defesa do Consumidor no artigo 37, §2º, traz um rol exemplificativo de publicidade abusiva, que será na maioria das vezes verificada ao caso concreto, “*podendo o juiz e demais autoridades ocupadas da defesa dos direitos dos consumidores, identificarem situações específicas em que o anúncio publicitário termine se revestindo de abusividade. A regra, é de que a publicidade não seja ofensiva*”.

¹⁴⁶ MARTINS, Guilherme Magalhães. **Contratos eletrônicos de consumo**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016. p. 200.

¹⁴⁷ *Ibidem*, p. 200.

¹⁴⁸ Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva.

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

¹⁴⁹ MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 284.

Em suma, o artigo 37 em comento prova mais uma vez que a Lei nº 8.078/90 se preocupa em proteger a figura vulnerável do consumidor quando em face de práticas adotadas pelo fornecedor de má-fé, como ao incluir cláusulas abusivas no contrato de adesão, ou ao veicular publicidades enganosas.

4.3 Recursos virtuais voltados à realização de denúncias: os PROCONS

O PROCON é um órgão do Poder Executivo que poderá se estabelecer em âmbito municipal ou estadual, sendo criado por meio de lei ou decreto municipal ou estadual. É o órgão que mantém o contato mais próximo e direto com os consumidores¹⁵⁰. O PROCON emana decisões nos processos administrativos gerados para apuração das reclamações realizadas pelos consumidores, e preza pela publicidade destes processos.

O ideal é que o PROCON atenda pessoalmente o consumidor que necessita de ajuda, mas nada impede que o atendimento seja realizado por meio de telefone ou até mesmo eletronicamente, que é o objeto desta parte do presente trabalho. A intenção no atendimento presencial é a de passar uma orientação mais efetiva ao consumidor, bem como dar oportunidade a este de apresentar toda a documentação relativa a provas¹⁵¹.

Já o atendimento por meio eletrônico possui algumas vantagens, entre elas o fato do consumidor não precisar se deslocar fisicamente até o local do atendimento, que muitas vezes pode ser muito longe de sua residência ou trabalho. A título de exemplo, o PROCON-RJ possui um e-mail disponibilizado para ouvidoria dos consumidores, bem como possui o serviço PROCON online¹⁵², no qual os consumidores podem ter acesso eletronicamente às reclamações efetuadas.

Além disso, os PROCONS possuem atuação bastante ativa na defesa do consumidor no meio eletrônico. Anualmente, é de praxe que seja elaborada lista de sites que devem ser evitados

¹⁵⁰SILVA, Juliana Pereira da (Coord.). **Manual de direito do consumidor**. 4. ed. Brasília: Escola Nacional de Defesa do Consumidor, 2014. p. 34.

¹⁵¹ *Ibidem*, p. 34.

¹⁵² Trata-se de iniciativa do PROCON do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em <<http://www.procononline.rj.gov.br/>>. Acesso em 15 nov. 2018.

pelos consumidores na famosa *Black Friday*¹⁵³, normalmente disponibilizada pelo PROCON de São Paulo. Atualmente, a lista¹⁵⁴ possui mais de 400 sites não recomendáveis aos consumidores. Ainda, é de praxe que os PROCONS atualizem os consumidores interessados em seus sites, trazendo notícias sobre atuações do órgão.

Importante destacar que os PROCONS são legitimados a aplicar sanções administrativas aos fornecedores. O objetivo primeiro é a de realização de acordo entre o consumidor e fornecedor. Todavia, após sanado o motivo da reclamação, o processo administrativo não é extinto automaticamente, tendo em vista que o PROCON fará acompanhamento futuro daquele fornecedor.

As sanções administrativas aplicadas pelos PROCONS estão previstas no artigo 56¹⁵⁵ do Código de Defesa do Consumidor. As sanções transcendem às reclamações individuais. Nesse sentido, os professores Leonardo Roscoe Bessa e Walter José Faiad de Moura¹⁵⁶ ensinam que “*a solução do conflito individual com o consumidor não impede que seja aplicada multa ao estabelecimento como destacado anteriormente*”. Isto porque o consumidor vai entrar em uma relação de consumo única com aquele fornecedor, ao passo que o fornecedor terá diversas outras relações consumeristas semelhantes com outros consumidores, podendo causar algum tipo de dano que poderá resultar em reclamações futuras ao PROCON competente.

¹⁵³ A *Black Friday* é um evento anual que ocorre, normalmente, na última sexta-feira do mês de Novembro, e tem como objetivo oferecer aos consumidores grandes descontos que normalmente não são ofertados ao longo do ano.

¹⁵⁴ Essa lista pode ser acessada em <http://sistemas.procon.sp.gov.br/evitesite/list/evitesites.php>.

¹⁵⁵ Art. 56. As infrações das normas de defesa do consumidor ficam sujeitas, conforme o caso, às seguintes sanções administrativas, sem prejuízo das de natureza civil, penal e das definidas em normas específicas:

- I - multa;
- II - apreensão do produto;
- III - inutilização do produto;
- IV - cassação do registro do produto junto ao órgão competente;
- V - proibição de fabricação do produto;
- VI - suspensão de fornecimento de produtos ou serviço;
- VII - suspensão temporária de atividade;
- VIII - revogação de concessão ou permissão de uso;
- IX - cassação de licença do estabelecimento ou de atividade;
- X - interdição, total ou parcial, de estabelecimento, de obra ou de atividade;
- XI - intervenção administrativa;
- XII - imposição de contrapropaganda.

Parágrafo único. As sanções previstas neste artigo serão aplicadas pela autoridade administrativa, no âmbito de sua atribuição, podendo ser aplicadas cumulativamente, inclusive por medida cautelar, antecedente ou incidente de procedimento administrativo.

¹⁵⁶ SILVA, Juliana Pereira da (Coord.). **Manual de direito do consumidor**. 4. ed. Brasília: Escola Nacional de Defesa do Consumidor, 2014. p. 39.

4.4 Inversão do ônus da prova

A questão probatória é uma grande discussão dentro do direito processual. Quando no direito do consumidor fala-se em vulnerabilidade, bem se sabe que o Código de Defesa do Consumidor prevê diversos mecanismos para tentar diminuir o desequilíbrio entre fornecedor e consumidor, ou melhor, proteger a figura vista como vulnerável. E um dos momentos em que o consumidor mais encontra dificuldades é justamente ao produzir provas. Como bem destaca Sérgio Cavalieri Filho¹⁵⁷:

É no campo da prova que o consumidor encontra as maiores dificuldades para fazer valer os seus direitos em juízo. A inversão do ônus da prova em favor do consumidor, [...] é a mais importante técnica que possibilita vencer essas dificuldades do caso concreto, de modo a permitir a igualdade substancial também no plano processual. [...]

A vulnerabilidade é de fato a principal justificativa para a inversão do ônus da prova em favor do consumidor em face das suas naturais dificuldades em produzi-la. Como produzir provas sobre fatos técnicos (defeito do produto ou serviço) que lhe são absolutamente desconhecidos? Quem tem o domínio do processo produtivo (fórmulas, cálculos, projetos etc.) é que pode produzi-las.

A regra do Código de Processo Civil de 2015 – artigo 373¹⁵⁸ – é que o ônus da prova incumbe ao autor, quanto a fato constitutivo de seu direito, e ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. Mas, para toda regra, há uma exceção que, no caso, é a inversão do ônus da prova. Segundo Daniel Amorim Assumpção Neves¹⁵⁹, há três espécies de inversão deste ônus da prova: a convencional, a legal e a judicial.

A inversão do ônus da prova convencional, ou seja, prevista em contrato, é a mais incomum no direito do consumidor. Isto porque é considerada cláusula abusiva, nos termos do artigo 51, VI¹⁶⁰, do CDC. Todavia, importante destacar que somente será abusiva a cláusula que determine a inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor. Ou seja, se o ônus de provar de incumbência do consumidor lhe for favorável, é possível sim ocorrer a inversão convencional.

¹⁵⁷ CAVALIERI FILHO, SERGIO. **Programa de direito do consumidor**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 378-379.

¹⁵⁸ Art. 373. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

¹⁵⁹ Manual de Direito do Consumidor (2017) Tartucefl 328

¹⁶⁰ Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

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

A inversão legal, conforme leciona Daniel Amorim Assumpção Neves¹⁶¹, “*vem prevista expressamente em lei, não exigindo o preenchimento de requisitos legais no caso concreto*”. Na Lei nº 8.078/90, há diversas previsões de inversão do ônus da prova. O artigo 12, §3º, da referida lei dispõe que o fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar que não colocou o produto no mercado; que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste; ou a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro. Logo, cabe ao fornecedor demonstrar causa excludente de responsabilidade, nos termos do artigo supracitado, provando suas alegações.

Outra previsão da inversão legal no CDC está em seu artigo 14, §3º: “*o fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste; ou a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro*”. Ou seja, havendo defeito no produto ou serviço, o ônus de provar a inexistência do mesmo ou culpa exclusiva do consumidor ou terceiro será sempre do fornecedor.

A terceira previsão na lei consumerista de inversão do ônus da prova está no artigo 38 do CDC, que dispõe que “o ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina”. Trata-se de hipótese em que o fornecedor responsável pela comunicação publicitária deve estar especificamente no polo passivo da ação. Isto porque, se estiver no polo ativo, não haverá inversão, tendo em vista que o próprio CPC/15 prevê o ônus da prova ao autor no artigo 373, I (ob. cit. 157).

Já a inversão judicial é a mais importante a ser estudada, tendo em vista depender do caso concreto, ou seja, da observância dos requisitos previstos no artigo 6º, VIII¹⁶², do Código de Defesa do Consumidor: verossimilhança da alegação ou hipossuficiência¹⁶³ do consumidor.

¹⁶¹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção; TARTUCE, Flávio. **Manual de direito do consumidor**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2017. p. 329.

¹⁶² Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

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

¹⁶³ Quando debatida neste trabalho a vulnerabilidade do consumidor, foi destacado que vulnerabilidade e hipossuficiência não são sinônimos. A vulnerabilidade é um princípio do CDC, sendo aplicável a todos os consumidores pessoas físicas e consumidores não profissionais. Já a hipossuficiência se relaciona à capacidade econômica do consumidor, não sendo regra aplicável indistintamente a todos. Há autores que se referem a hipossuficiência como sendo apenas a técnica, dispensando a condição econômica do consumidor.

Conclui, então, Sérgio Cavalieri Filho¹⁶⁴ que “*a verossimilhança das alegações e a hipossuficiência do consumidor são os pressupostos para a inversão do ônus da prova ope judicis*”.

A doutrina já divergiu muito acerca da cumulatividade ou alternatividade desses pressupostos. Entretanto, hoje já é pacífico o entendimento de que a verossimilhança das alegações e a hipossuficiência são pressupostos alternativos, tendo em vista que o próprio legislador cuidou ao colocar a conjunção “ou” no inciso em comento, segundo o professor Sérgio Cavalieri Filho. Em contrapartida, o professor Daniel Amorim Assumpção Neves¹⁶⁵ discorda dessa posição, ao afirmar em sua obra que custa a crer que “*uma alegação absolutamente inverossímil, ainda que presente a hipossuficiência do consumidor, seja apta por si só à inversão do ônus da prova, sob pena de termos de admitir a presunção de veracidade dos fatos absurdamente inverossímeis*”. Ele ressalta que deve haver, ao menos, alguma plausibilidade na alegação do consumidor.

Mas o próprio professor Sérgio Cavalieri Filho¹⁶⁶, que defende a alternatividade dos requisitos, afirma que

No caso da verossimilhança, não há dúvida quanto à dispensabilidade de qualquer outro requisito. O mesmo já não ocorre, entretanto, com a hipossuficiência. Em nosso entender, não bastará que alguém alegue a ocorrência de um fato inverossímil, sem nenhuma probabilidade de ser verdadeiro, e mesmo assim tenha o ônus da prova invertido em seu favor por ser hipossuficiente.

O autor Bruno Miragem¹⁶⁷ acrescenta que é no exame da verossimilhança das alegações do consumidor “*que se encontram os limites interpretativos para rejeitar-se a possibilidade de inversão do ônus da prova em situações nas quais a versão não pareça crível, no que se exigirá a demonstração dos fatos constitutivos que afirmam seu direito*”.

O que seria, então, verossimilhança?

¹⁶⁴ CAVALIERI FILHO, SERGIO. **Programa de direito do consumidor**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 380.

¹⁶⁵ NEVES, Daniel Amorim Assumpção; TARTUCE, Flávio. **Manual de direito do consumidor**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2017. p. 331.

¹⁶⁶ CAVALIERI FILHO, SERGIO. **Programa de direito do consumidor**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 380.

¹⁶⁷ MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 715.

Para Sérgio Cavalieri Filho¹⁶⁸, trata-se de conceito jurídico indeterminado, cujo conteúdo deve ser fixado pelo juiz. Ele define verossimilhança como sendo a “*aparência de veracidade que resulta de uma situação fática com base naquilo que normalmente acontece*”.

E a hipossuficiência?

Para Daniel Amorim Assumpção Neves¹⁶⁹, a hipossuficiência é a técnica, sendo irrelevante a condição econômica do consumidor, que poderá ser até mesmo mais favorável que a do fornecedor. Ele ressalta que a hipossuficiência é decorrência da dificuldade de acesso às informações pelo consumidor e aos meios necessários à produção da prova. E o professor Sérgio Cavalieri Filho¹⁷⁰ fala que “*o Código utilizou aqui o conceito de hipossuficiência em seu sentido mais amplo para indicar qualquer situação de superioridade do fornecedor que reduz a capacidade do consumidor – de informação, de educação, de participação, de conhecimentos técnicos e de recursos econômicos*”.

Logo, é possível concluir que que a inversão judicial do ônus da prova é a espécie mais importante, tendo em vista depender do caso concreto, bem como da interpretação judicial. Os dois requisitos – verossimilhança das alegações e hipossuficiência do consumidor – não devem ser vistos de forma cumulativa, mas sim alternativa. Entretanto, mesmo que o consumidor seja comprovadamente hipossuficiente, não ocorrerá automaticamente a inversão do ônus da prova, tendo em vista que as suas alegações precisam ter, ao menos, mínimo de verossimilhança também, não sendo então compreendidas diretamente como verdadeiras. Como bem destaca o professor Bruno Miragem¹⁷¹, mesmo que haja hipossuficiência, isso não quer dizer que a inversão do ônus da prova ocorrerá em caráter absoluto.

Em geral, a inversão do ônus da prova é um mecanismo muito útil ao consumidor que não tem condições de produzir provas, tanto em razão da sua vulnerabilidade presumida, quanto em razão da dificuldade de acesso aos documentos necessários, que na maioria das vezes estão apenas em posse do fornecedor – como, por exemplo, o inteiro teor de um contrato de adesão

¹⁶⁸ CAVALIERI FILHO, SERGIO. **Programa de direito do consumidor**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 381.

¹⁶⁹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção; TARTUCE, Flávio. **Manual de direito do consumidor**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2017. p. 332.

¹⁷⁰ CAVALIERI FILHO, SERGIO. **Programa de direito do consumidor**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 381.

¹⁷¹ MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 715.

que foi apresentado e aderido pelo consumidor em uma compra online por meio de um simples clique em “li e aceito os termos do contrato”, que possivelmente não será disponibilizado após seu aceite.

Assim sendo, quando o consumidor sofrer algum dano decorrente da relação de consumo e tiver a necessidade de ingressar com a ação judicial cabível, sem ter condições de provar suas alegações, a inversão do ônus da prova, nas três espécies estudadas – convencional, judicial e legal – será muito eficaz para diminuir as desigualdades da relação, inclusive no campo processual, garantindo maior equilíbrio entre fornecedor e consumidor.

5 CONCLUSÃO

O comércio eletrônico vem crescendo muito nos últimos anos, e há projeções para que continue crescendo cada vez mais nos próximos. São diversas as vantagens que este tipo de comércio oferece aos consumidores, desde a possibilidade de realizar compras de produtos ou serviços sem precisar sair do conforto do lar, até a chance conseguir comprar produtos de fornecedores que não possuem lojas físicas em suas cidades, estados ou até mesmo em seu país.

Assim sendo, o comércio eletrônico é de suma importância justamente por não estar limitado a barreiras geográficas e físicas: ele funciona dentro do chamado mundo virtual, onde as pessoas estão passando cada vez mais tempo, seja pelo computador, seja por meio de aparelhos celulares. Na Internet, tudo funciona durante 24 horas por dia, 7 dias por semana. Lá, o tempo não para.

Todavia, a despeito das diversas vantagens oferecidas pelo comércio online, ainda há muitas desvantagens do ponto de vista do consumidor: se o mesmo já é considerado vulnerável quando realiza contratos de consumo em um ambiente físico, ou seja, obtendo contato direto com o produto ou serviço, ou sendo informado de todas as características destes, dentro da Internet, a vulnerabilidade do consumidor fica ainda mais em evidência. Então, o desequilíbrio entre fornecedores e consumidores é mais gritante ainda.

No meio eletrônico, o fornecedor utiliza diversos artifícios para obter vantagem frente à figura vulnerável do consumidor, como por exemplo a inclusão de cláusulas abusivas nos contratos de adesão, tendo a plena consciência de que a grande maioria dos consumidores não terá a oportunidade – ou até mesmo capacidade – de ler e compreender todo o teor do instrumento de contrato. Do mesmo modo, o fornecedor utiliza de publicidade enganosa para atrair a parte mais fraca da relação de consumo, muitas vezes omitindo informações sobre o produto ou serviço, ou até mesmo veiculando informações falsas. Trata-se da publicidade ilícita, atualmente proibida pelo Código de Defesa do Consumidor.

Nesse sentido, a legislação busca sempre tentar diminuir essa discrepância, essa desigualdade entre as duas partes. O próprio Código de Defesa do Consumidor prevê a nulidade de pleno direito das cláusulas abusivas nos contratos de consumo, bem como garante ao consumidor o direito de arrependimento quando realizar compras fora do estabelecimento

comercial do fornecedor, garantindo à figura vulnerável um prazo de sete dias – que poderá ser superior, a critério do fornecedor, mas nunca inferior – para que possa refletir acerca daquela contratação: se ela é vantajosa, justa, adequada, etc. Além disso, a própria presunção de vulnerabilidade é uma forma de garantir proteção ao consumidor.

Ainda, a inversão do ônus da prova é muito importante para garantir ao consumidor menor desigualdade no âmbito processual, dando a oportunidade do mesmo fazer alegações e cabendo ao fornecedor, a parte forte da relação, se encarregar de produzir provas em contrário. A ideia desta inversão se dá pelo fato do consumidor não possuir, muitas vezes, acesso a todas as informações e documentação necessárias, bem como não possuir conhecimento técnico para comprovar os danos sofridos, ou defeitos e vícios do produto ou serviço.

De volta ao comércio eletrônico, local onde, como já ressaltado, a vulnerabilidade do consumidor fica ainda mais em evidência, importante lembrar que o Decreto nº 7.962/2013 regulamentou o Código de Defesa do Consumidor para dispor sobre a contratação no meio eletrônico. Há também a lei nº 12.965/2014, mais conhecida como o Marco Civil da Internet, que estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil.

Como bem se percebe, essas regulamentações são muito recentes – 2013 e 2014 –, logo, ainda há muito que se explorar e compreender sobre o comércio eletrônico e sobre as contratações realizadas neste ambiente. Principalmente no que tange aos contratos de adesão, que representam a maioria dos contratos eletrônicos. Ainda há muito o que se discutir sobre a forma como o contrato é apresentado ao consumidor, que não é obrigado a lê-lo por completo antes de aderir aos seus termos. Esta é uma missão para o Legislativo e para o Judiciário para os próximos anos, bem como para a doutrina, tendo em vista os números crescentes de consumidores que estão utilizando do meio virtual para realizar compras, até mesmo fora de seu país.

Por fim, por se tratar de um tema bastante atual – e que permanecerá atual nos anos que estão por vir – é de se esperar mudanças na legislação ou ao menos na interpretação desta, tendo em vista que o meio eletrônico sempre se renova, cada vez mais aparecendo novidades e inovações. Todavia, o consumidor permanecerá sendo vulnerável, necessitando de proteção. E a ideia é que sempre ocorra o devido acompanhamento para que os direitos do consumidor não

sejam desrespeitados, seja no mundo físico em quem vivemos, seja no mundo virtual que todos gostam de participar.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 3. ed. São Paulo: RT, 2010.

_____. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BONATTO, Cláudio. **Código de Defesa do Consumidor: Cláusulas abusivas nas relações contratuais de consumo**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2017]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 19 nov. 2018.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, [2017]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078compilado.htm>. Acesso em: 5 nov. 2018.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília: Presidência da República, [2017]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 19 nov. 2018.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 3514 de 4 de novembro de 2015. Altera a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), para aperfeiçoar as disposições gerais do Capítulo I do Título I e dispor sobre o comércio eletrônico, e o art. 9º do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), para aperfeiçoar a disciplina dos contratos internacionais comerciais e de consumo e dispor sobre as obrigações extracontratuais. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2052488>>. Acesso em: 7 nov. 2018.

BRASIL. Presidência da República. Mensagem nº 162, de 26 maio 2015. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Msg/VEP-162.htm>. Acesso em 9 nov. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). Recurso Especial 63981/SP. DIREITO DO CONSUMIDOR. FILMADORA ADQUIRIDA NO EXTERIOR. DEFEITO DA MERCADORIA. RESPONSABILIDADE DA EMPRESA NACIONAL DA MESMA MARCA ("PANASONIC"). ECONOMIA GLOBALIZADA. PROPAGANDA. PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR. PECULIARIDADES DA ESPÉCIE. SITUAÇÕES A PONDERAR NOS CASOS CONCRETOS. NULIDADE DO ACÓRDÃO ESTADUAL REJEITADA, PORQUE SUFICIENTEMENTE FUNDAMENTADO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO NO MÉRITO, POR MAIORIA. Recorrente: Plínio Gustavo Prado Garcia. Recorrido: Panasonic do Brasil Ltda. Relator: Min. Aldir Passarinho Junior, 11 de abril de 2000. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=REsp+63981+SP&b=ACOR&p=true&l=10&i=4>>. Acesso em 19 nov. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2. Turma). Recurso Especial 1340604/RJ. ADMINISTRATIVO. CONSUMIDOR. DIREITO DE ARREPENDIMENTO. ART. 49 DO CDC. RESPONSABILIDADE PELO VALOR DO SERVIÇO POSTAL DECORRENTE DA DEVOLUÇÃO DO PRODUTO. CONDUTA ABUSIVA. LEGALIDADE DA MULTA APLICADA PELO PROCON. Recorrente: Estado do Rio de Janeiro. Recorrido: TV Sky Shop S/a. Relator: Min. Mauro Campbell Marques, 15 de agosto de 2013. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=1340604&b=ACOR&p=true&l=10&i=2>>. Acesso em 19 nov. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). Recurso Especial 1330919/MT. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. OFENSA AO ARTIGO 535 DO CPC/73. INOBSERVÂNCIA. PLANO DE SAÚDE. CONDICIONAMENTO DE DEFERIMENTO DE EXAME, PROCEDIMENTO, INTERNAÇÃO E CIRURGIA À SUBSCRIÇÃO DE MÉDICO COOPERADO. CLÁUSULA ABUSIVA RECONHECIDA. Recorrente: UNIMED Cuiabá Cooperativa de Trabalho Médico. Recorrido: Ministério Público do Estado de Mato Grosso. Relator: Min. Luis Felipe Salomão, 02 de agosto de 2016. Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=1330919&&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR>. Acesso em 20 nov. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). Recurso Especial 733560/RJ. Consumidor. Recurso especial. Pessoa jurídica. Seguro contra roubo e furto de patrimônio próprio. Aplicação do CDC. - O que qualifica uma pessoa jurídica como consumidora é a aquisição ou utilização de produtos ou serviços em benefício próprio; isto é, para satisfação de suas necessidades pessoais, sem ter o interesse de repassá-los a terceiros, nem empregá-los na geração de outros bens ou serviços. - Se a pessoa jurídica contrata o seguro visando a proteção contra roubo e furto do patrimônio próprio dela e não o dos clientes que se utilizam dos seus serviços, ela é considerada consumidora nos termos do art. 2.º do CDC. Recurso especial conhecido parcialmente, mas improvido. Recorrente: Sul América Companhia Nacional de Seguros. Recorrido: ALLPARK ESTAPAR Empreendimentos Participações e Serviços S/C Ltda. Relatora: Min. Nancy Andrighi, 11 de abril de 2006. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=733560&b=ACOR&p=true&l=10&i=14>>. Acesso em 19 nov. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). Recurso Especial 733560/RJ. Consumidor. Recurso especial. Pessoa jurídica. Seguro contra roubo e furto de patrimônio próprio. Aplicação do CDC. - O que qualifica uma pessoa jurídica como consumidora é a aquisição ou utilização de produtos ou serviços em benefício próprio; isto é, para satisfação de suas necessidades pessoais, sem ter o interesse de repassá-los a terceiros, nem empregá-los na geração de outros bens ou serviços. - Se a pessoa jurídica contrata o seguro visando a proteção contra roubo e furto do patrimônio próprio dela e não o dos clientes que se utilizam dos seus serviços, ela é considerada consumidora nos termos do art. 2.º do CDC. Recurso especial conhecido parcialmente, mas improvido. Recorrente: Sul América Companhia Nacional de Seguros. Recorrido: ALLPARK ESTAPAR Empreendimentos Participações e Serviços S/C Ltda. Relatora: Min. Nancy Andrighi, 11 de abril de 2006. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=733560&b=ACOR&p=true&l=10&i=14>>. Acesso em 19 nov. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). Recurso Especial 621577/RO. Direito civil e processo civil. Recurso especial. Ação de indenização por danos morais. Embargos de declaração. Ausência de omissão, contradição ou obscuridade. Alegação de ofensa a Resolução

do Banco Central. Ato ilícito. Configuração. Cancelamento do limite de crédito em contrato de conta-corrente. Abusividade. Reexame de provas. Valor arbitrado a título de danos morais. - Os embargos de declaração são corretamente rejeitados quando o acórdão recorrido aprecia os temas levantados pelas partes, não havendo omissão, contradição ou obscuridade a ser sanada. - A contradição que autoriza os embargos de declaração é aquela interna ao acórdão, verificada entre a fundamentação do julgado e a sua conclusão. - Alegações de ofensa a Resoluções do Banco Central escapam do âmbito da competência atribuída ao Superior Tribunal de Justiça. - É abusivo o cancelamento do limite de crédito em contrato de conta-corrente vigente, sem que o correntista seja previamente comunicado. - Não é possível modificação da conclusão do acórdão no sentido da ocorrência do ato ilícito, ante a impossibilidade do reexame do acervo fático-probatório dos autos em sede de recurso especial. - O valor da indenização por dano moral só está sujeito a controle pelo STJ quando se mostrar irrisório ou excessivo em razão das circunstâncias que levaram à sua aplicação. Recurso não-conhecido. Recorrente: Banco do Brasil S/A. Recorrido: Sergio Alberto Nogueira de Lima. Relatora: Min. Nancy Andrighi, 03 de agosto de 2004. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=621577&b=ACOR&p=true&l=10&i=4#>>. Acesso em 20 nov. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula n.º 130: A empresa responde, perante o cliente, pela reparação de dano ou furto de veículo ocorridos em seu estacionamento. Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal – Anexo ao Regimento Interno. Edição: Imprensa Nacional, 1964, p. 77.

BRASIL tem 116 milhões de pessoas conectadas à internet, diz IBGE. **G1**, Rio de Janeiro, 21 fev. 2018. Disponível em <https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/brasil-tem-116-milhoes-de-pessoas-conectadas-a-internet-diz-ibge.ghtml>>. Acesso em: 6 nov. 2018

CAVALIERI FILHO, SERGIO. **Programa de direito do consumidor**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CHAVES, Sílvia Fernandes. **A vulnerabilidade e a hipossuficiência do consumidor nas contratações eletrônicas**. 1. ed. Barueri: Manole, 2015.

FINKELSTEIN, Maria Eugenia Reis; SACCO NETO, Fernando. **Manual de Direito do Consumidor**. 1. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, volume 3: contratos e atos unilaterais**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

HUET, Jérôme. **Le commerce électronique**. In: HUET, Pierre. (Coord). *Le droit de multimédia: de le télématique à l'Internet*. Paris: Les Éditions du Téléphone, 1996.

IBGE: Em meio à crise, vendas pela internet crescem e somam R\$ 44 bi. **Valor Econômico**, Rio de Janeiro, 28 jun. 2018. Disponível em <<https://www.valor.com.br/brasil/5624881/ibge-em-meio-crise-vendas-pela-internet-crescem-e-somam-r-44-bi>>. Acesso em: 6 nov. 2018.

JUNIOR, Humberto Theodoro. **Direitos do consumidor**. 9. ed. ref., rev., e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

LENZA, Pedro (Coord.). **Direito do consumidor esquematizado**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MARTINS, Guilherme Magalhães. **Contratos eletrônicos de consumo**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.

_____. **Responsabilidade civil por acidente de consumo na Internet**. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MIRAGEM, Bruno. **Aspectos característicos da disciplina do comércio eletrônico de consumo**. Comentário ao Decreto 7962, de 15/03/2013. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. **Curso de direito do consumidor**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção; TARTUCE, Flávio. **Manual de direito do consumidor**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2017.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil. v. III**. 8. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

SILVA, Juliana Pereira da (Coord.). **Manual de direito do consumidor**. 4. ed. Brasília: Escola Nacional de Defesa do Consumidor, 2014.

VENDAS pela internet devem dobrar até 2021, diz pesquisa do Google. **G1**, São Paulo, 17 out. 2016. Disponível em < <http://g1.globo.com/economia/noticia/2016/10/vendas-pela-internet-devem-dobrar-ate-2021-diz-pesquisa-do-google.html>>. Acesso em: 6 nov. 2018.