

Cadernos

*da Defensoria Pública
do Estado de São Paulo*

v. 3 n. 16 2018

Direito do Consumidor **Defesa do consumidor: temas atuais e desafios**

ISBN 978-85-92898-17-5



**DEFENSORIA PÚBLICA
DO ESTADO DE SÃO PAULO**

EDEPE Escola
da Defensoria Pública
do Estado de São Paulo

©2018 EDEPE

Escola da Defensoria Pública do Estado de São Paulo – EDEPE

Defensoria Pública do Estado de São Paulo

Cadernos da Defensoria Pública do Estado de São Paulo

v. 3 n.16 2018 – ISSN 2526-5199

Defensor Público Geral

Davi Eduardo Depiné Filho

Defensor Público Diretor da EDEPE

Rafael Folador Strano

Defensores/as Públicos/as Assistentes da EDEPE

Carolina Dalla Valle Bedicks

Bruno Martinelli Scignoli

Guilherme Krahenbuhl Silveira Fontes Piccina

Corpo Editorial

Rafael Folador Strano

Carolina Dalla Valle Bedicks

Bruno Martinelli Scignoli

Guilherme Krahenbuhl Silveira Fontes Piccina

Diagramação e Projeto Gráfico

Laura Schaer Dahrouj

Escola da Defensoria Pública do Estado de São Paulo – EDEPE

Rua Líbero Badaró, 616 - 4º andar

CEP 01008-000 - São Paulo-SP

Tel.: (11) 3105-0919 - ramal 401

escola@defensoria.sp.gov.br

Todos os direitos reservados à Escola da Defensoria Pública do Estado de São Paulo.

Os conceitos e opiniões expressos nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

É permitida a reprodução total ou parcial dos artigos desta revista, desde que citada a fonte.

Rodrigo Serra Pereira (Org.)

Cadernos da Defensoria Pública do Estado de São Paulo
Defesa do consumidor: temas atuais e desafios

1ª edição

São Paulo
Escola da Defensoria Pública do Estado de São Paulo
2018

Cadernos da Defensoria Pública do Estado de São Paulo / Escola da Defensoria Pública do Estado de São Paulo. – Vol. 1 (2016)- . – São Paulo : EDEPE, 2016- .

ISSN 2526-5199

ISBN 978-85-92898-17-5 (v. 3, n. 16, 2018)

1. Direito – Periódico. I. Escola da Defensoria Pública do Estado de São Paulo.

CDU 34(05)

Elaborado por Giliardi Pereira Delli Paoli – CRB-8/10114

APRESENTAÇÃO DA SÉRIE

No exercício de sua missão constitucional de realizar a assistência jurídica gratuita aos necessitados (art. 134, da Constituição Federal), a Defensoria Pública veicula ao sistema de justiça realidades e pleitos até então inexplorados pela doutrina jurídica tradicional. Esta atuação peculiar, criativa e inovadora merece o respectivo registro.

Publicados pela Escola da Defensoria Pública do Estado de São Paulo – EDEPE, os Cadernos da Defensoria Pública do Estado de São Paulo pretendem concentrar a produção de conhecimento pautada pela vulnerabilidade dos usuários dos serviços de assistência jurídica gratuita, consolidando artigos, pesquisas, anais de eventos, dentre outras produções de Defensores/as Público/as e Servidores/as da Instituição.

Embora este caminho já tenha sido trilhado por outros atores e instituições, é certo que ainda se encontra em seus passos iniciais, de modo que a série ora apresentada pretende somar e contribuir para a construção de arcabouço de produção escrita que não apenas reproduza os institutos doutrinários clássicos, mas que inove e tenha como objetivo a consecução dos direitos da população vulnerável.

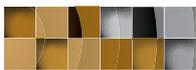
A série é dividida em onze áreas temáticas: 1. Cidadania e Direitos Humanos; 2. Ciências Penais; 3. Infância e Juventude; 4. Direito das Famílias e Sucessões; 5. Direito Processual e Litigância Estratégica; 6. Habitação e Urbanismo; 7. Direito das Mulheres; 8. Diversidade e Igualdade racial; 9. Direitos da Pessoa Idosa e da Pessoa com Deficiência; 10. Direito do Consumidor; 11. Questões Institucionais e Atuação Interdisciplinar.

A EDEPE está à disposição para críticas e sugestões através do e-mail: escola@defensoria.sp.def.br



Sumário

Apresentação.....	7
<i>Rodrigo Serra Pereira</i>	
A súmula 603 do STJ e a contratação de empréstimo mediante débito em conta.....	9
<i>Adriana Vinhas Bueno</i>	
O fenômeno do superendividamento individual na sociedade de consumo brasileira.....	18
<i>Alvimar Virgílio de Almeida</i>	
A proteção do consumidor e a educação financeira na perspectiva da Defensoria Pública.....	33
<i>Horácio Xavier Franco Neto</i>	
Direito a saúde: saúde suplementar Do contrato de plano de saúde e a aplicação do Código de Defesa do Consumidor segundo os entendimentos sumulados pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.....	39
<i>Leandro de Marzo Barreto</i>	
A proteção de dados pessoais do consumidor nas transações efetuadas por meio da rede mundial de computadores: breves considerações à luz do direito à intimidade e dos princípios protetivos do Código de Defesa do Consumidor.....	51
<i>Renata Oliva Monteiro Matos</i> <i>Paulo André Costa Carvalho Matos</i>	
Responsabilidade civil no comércio eletrônico: relações de consumo na internet.....	67
<i>Rodrigo Serra Pereira</i>	



Apresentação

É com grande satisfação que trazemos a lume esta edição de Direito do Consumidor dos “Cadernos da Defensoria Pública do Estado de São Paulo”. Trata-se de coletânea de artigos que abordam temas extremamente atuais e de interesse da Defensoria Pública na defesa dos consumidores hipervulneráveis.

Além de direito fundamental e princípio da ordem econômica insculpido na Carta da República (respectivamente, art. 5º, XXXVII e art. 170, V), a defesa do consumidor é uma das atribuições mais caras à Defensoria Pública.

Com efeito, é direito básico do consumidor – nos termos do art. 6º, VII, do Código de Defesa do Consumidor – *o acesso aos órgãos judiciários e administrativos com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção Jurídica, administrativa e técnica aos necessitados.*

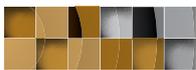
Nessa toada, conforme dispõe o art. 4º, VIII, da Lei Complementar Federal nº 80, de 12 de janeiro de 1994 (que organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, e dá outras providências), entre as funções institucionais da Defensoria Pública está o exercício da defesa dos direitos e interesses individuais, difusos, coletivos e individuais homogêneos e dos direitos do consumidor, na forma do inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal.

No âmbito da Defensoria Pública do Estado de São Paulo a tutela individual e coletiva dos interesses e direitos do consumidor necessitado (art. 5º, inciso VI, “d”, da Lei Complementar Estadual nº 988, de 09 de janeiro de 2006), é realizada tanto pelos Defensores Públicos lotados em órgãos de execução que tenham atribuição para atuar na área quanto pelo Núcleo Especializado de Defesa do Consumidor, instância consultiva e propositiva, cuja atuação tem por parâmetros os critérios de complexidade, de amplitude e de relevância da matéria ventilada e/ou por ausência de órgão de execução da Defensoria Pública do Estado.

Criado em junho de 2010, o Núcleo de Defesa do Consumidor vem progressivamente ampliando a sua atuação, dando suporte e qualificando a atuação da instituição, individual e coletivamente, bem como exercendo a tutela coletiva de forma estratégica, judicial e extrajudicialmente.

Os artigos que compõem esta edição, além de aproveitar a experiência de defensores que atuam na tutela de interesses de consumidores necessitados, trazem à baila argumentação técnico-jurídica relevante na reflexão do direito constituído e do direito a se constituir.

O direito do consumidor na era da informação é o mote dos artigos que tratam da responsabilidade civil no comércio eletrônico e da proteção de dados pessoais. Ambos os temas com déficit legislativo, atingem, ademais, em larga escala os consumidores mais vulneráveis atendidos pela Defensoria Pública. A preocupação – entre outras questões – com os dados sensíveis e com a segurança e integral reparação de danos sofridos no comércio eletrônico se faz presente, ponderando-se soluções e caminhos.



A saúde suplementar também se faz presente. Em um momento de grave risco de retrocessos na área de planos de saúde, com a tentativa de implementação legislativa de planos com menores coberturas, a contrassenso da lei de planos de saúde (Lei 9.656 de 03 de junho de 1998) que prima pela preocupação com a atenção integral e com a imprevisibilidade características da atenção à saúde, sempre oportuno que se reflita sobre a temática.

Outra vertente trazida nesta coletânea é relativa a contratos bancários. Em uma sociedade de consumo em que se estimula a consumir, e, mais do que isso, a consumir a crédito, fundamentais são os temas da educação financeira e do superendividamento (de jure constituendo). Não menos importante, a análise da súmula 603 do Superior Tribunal de Justiça que trata da contratação de empréstimo mediante débito em conta.

A luta pelo direito é ao mesmo tempo uma luta pela lei, e, ademais, como bem consignou Ihering, somos sempre responsáveis pelo nosso direito, este trabalho nacional que é sempre originário da luta.

Concluimos esse prólogo deixando aqui a nossa convicção de que a luta pelo direito deve ser permanentemente feita em busca de uma ordem jurídica justa, bem como do papel da Defensoria Pública em uma sociedade tão injusta e desigual como a brasileira, não sendo sem razão que a República Federativa do Brasil (art. 3º da Carta da República) tem entre os seus objetivos fundamentais, a construção de uma sociedade livre justa e solidária, bem como a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais e regionais.

Rodrigo Serra Pereira

Defensor Público Coordenador do Núcleo Especializado de Defesa do Consumidor



A súmula 603 do STJ e a contratação de empréstimo mediante débito em conta

The 603 STJ summons and the contracts of loan through account debit

Adriana Vinhas Bueno

Defensora Pública Coordenadora Auxiliar do Núcleo de Defesa do Consumidor da
Defensoria Pública do Estado de São Paulo
abueno@defensoria.sp.def.br

Resumo

A Constituição e a legislação brasileiras estabelecem diversas formas de proteção do salário enquanto verdadeiros instrumentos de concretização da garantia da dignidade humana e da preservação do mínimo existencial. Neste contexto, o Superior Tribunal de Justiça editou a súmula 603, a qual esclarece que: “*é vedado ao banco mutuante reter, em qualquer extensão, os salários, vencimentos e/ou proventos de correntista para adimplir o mútuo (comum) contraído, ainda que haja cláusula contratual autorizativa, excluído o empréstimo garantido por margem salarial consignável, com desconto em folha de pagamento, que possui regramento legal específico e admite a retenção de percentual*”. Este entendimento deve ser adotado para considerar abusiva também a contratação de empréstimos mediante débito em conta em condições praticamente idênticas ao crédito consignado, por colocar o consumidor em desvantagem exagerada e implicar em quebra da boa-fé contratual.

Palavras-chave: Crédito. Abusividade. Endividamento.

Abstract

The Brazilian Constitution and legislation establish various forms of wage protection as true instruments of ensuring the human dignity and preserving the existential minimum. In this context, the Superior Court of Justice issued a summary 603, which clarifies that: "it is forbidden for the lending bank to withhold, to any extent, the wages, salaries, and / or proceeds of an accountant to pay the mutual (common) that there is a contractual clause authorizing, excluding the loan guaranteed by payable salary margin, with payroll deduction, that has specific legal regulation and admits the retention of percentage." This understanding should be adopted to consider abusive also the contracting of loans by debit on account in conditions practically identical to paycheck credit, for placing the consumer at an exaggerated disadvantage and implying a breach of contractual good faith.

Keywords: Credit. Abusiveness. Indebtedness.



A proteção do salário e a concessão de crédito na legislação brasileira

A Constituição Federal conferiu proteção especial ao salário (*lato sensu*), considerando tal proteção como um direito dos trabalhadores urbanos e rurais (art. 7º, X). Trata-se de um importante instrumento na busca pela garantia da dignidade humana, expressamente reconhecida como um fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, inciso III, da Constituição Federal) e tida por diversos doutrinadores como o valor constitucional supremo de nosso ordenamento jurídico.

Uma das formas de concretização desta proteção especial pode ser encontrada no que a doutrina denomina de princípio da integralidade do salário, descrito no art. 426 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), o qual estabelece que:

Art. 462 - Ao empregador é vedado efetuar qualquer desconto nos salários do empregado, salvo quando este resultar de adiantamentos, de dispositivos de lei ou de contrato coletivo.

Como se nota, à exceção dos adiantamentos e dos descontos decorrentes de contrato coletivo, quaisquer outros descontos passíveis de incidência sobre verbas salariais devem ser previamente autorizados em lei. Isto ocorre, por exemplo, nos casos de contribuição previdenciária oficial, de imposto de renda retido na fonte, de contribuição sindical obrigatória, de prestações alimentícias judicialmente determinadas e, no que interessa aos propósitos deste estudo, nos casos de empréstimo por retenção e consignado em folha de pagamento ou benefícios previdenciários (os chamados “empréstimos consignados”).

O empréstimo consignado é uma modalidade de contrato de mútuo cujas prestações são deduzidas diretamente da folha de pagamento ou do benefício previdenciário do mutuário. A Lei nº 10.820/2003, que regulamenta o instituto, estabelece que o limite máximo de desconto nos proventos e/ou benefícios dos servidores públicos federais, dos trabalhadores regidos pela CLT e dos aposentados pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) é de 35%, dos quais 5% devem ser destinados exclusivamente para despesas e saques feitos por meio cartão de crédito (também denominado “cartão de crédito consignado”), ressalvando-se que Estados e Municípios podem fixar limites de descontos e retenções diferentes para seus servidores públicos.

Os juros e demais encargos são variáveis de acordo com o valor contratado, o prazo e a instituição financeira responsável. Contudo, em relação a aposentados e pensionistas, a Portaria INSS nº 1.959/2017 estabelece uma taxa máxima de juros de 2,08% ao mês para o empréstimo e 3% ao mês para o cartão consignado, taxa que deve contemplar todos os custos da operação de empréstimo ou cartão de crédito, ou seja, o custo efetivo do contrato.

Quanto aos empregados e servidores públicos, embora não exista limite máximo, uma pesquisa no endereço eletrônico do Banco Central referente ao período de 17/04/2018 a 23/04/2018 indica que suas taxas de juros variam de 0,04% (Pernambucanas Financ S.A. CFI) a 5,41% ao mês (Portocred S.A. CFI), o que, ao menos em relação às demais taxas de juros praticadas no mercado, pode ser considerado bastante vantajoso ao consumidor.

Por outro lado, a concessão desta modalidade de crédito é extremamente vantajosa para a instituição financeira, que passa a ter uma segurança muito maior de que o consumidor pagará



a dívida e o fará pontualmente, já que a cobrança é automática e de responsabilidade da empresa empregadora, do sindicato ou do órgão público correspondente. Aliás, é isto que justifica a existência de taxas de juros relativamente reduzidas praticadas nestes tipos de contratação.

Foi necessário sopesar estes fatores (redução de juros, por um lado, e retenção do salário, por outro) para que o Judiciário validasse a própria possibilidade jurídica da contratação de crédito consignado. Isto porque, há pouco tempo, parte da jurisprudência ainda sustentava a abusividade desta previsão, considerando-a como uma verdadeira burla à garantia da impenhorabilidade de salários e benefícios previdenciários, prevista no art. 649, IV do Código de Processo Civil de 1973 e no art. 833, IV do Código de Processo Civil de 2015, como podemos observar na decisão exarada pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro:

APELAÇÃO CÍVEL. Ação indenizatória em que se objetiva a abstenção do Banco de descontar diretamente da conta da autora valores referentes a mútuo pactuado, bem como a devolução em dobro de parcelas já debitadas. Sentença julgando improcedente o pedido. Reforma do decisum em virtude do art. 7º, X, CF, que protege o salário de retenções dolosas e o art. 649, IV, CPC, que proíbe a penhora do salário. O devedor deve poder escolher quais os débitos que adimplirá em primeiro lugar, conforme as suas necessidades. Assim, deve o Banco devolver em dobro (art. 42, CDC) os valores descontados, acrescidos de correção monetária desde a data da cobrança e juros de mora, e se abster de efetuar novos descontos. A indenização por danos morais se impõe em razão da prática de ato ilícito, eis que o credor deve utilizar a via adequada para reclamar seus créditos, que não seja invadindo a privacidade econômica do devedor. Juros de mora a partir da citação e correção monetária a partir do julgado. PROVIMENTO DO RECURSO.SENTENÇA REFORMADA.

(TJ-RJ – APL: 44146802078190001 RJ 0044146-80.2007.8.19.0001. Relator: DES. BINATO DE CASTRO. Data de Julgamento: 20/10/2009, DÉCIMA SEGUNDA CÂMARA CÍVEL. Data de Publicação: 06/11/2009).

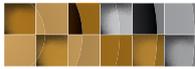
Prevaleceu, entretanto, a posição contrária, a qual pode ser exemplificada pelo voto do Ministro Aldir Passarinho Júnior no julgamento do Recurso Especial nº 728.563/RS, para quem a cláusula de consignação não constitui simplesmente uma forma de pagamento, mas “*a garantia do credor de que haverá o automático adimplemento obrigacional por parte do tomador do mútuo, permitindo a concessão do empréstimo com margem menor de risco.*” A ementa deste importante julgado pode ser observada abaixo:

CIVIL. CONTRATO DE AUXÍLIO FINANCEIRO. DESCONTO EM FOLHA DE PAGAMENTO. CLÁUSULA INERENTE À ESPÉCIE CONTRATUAL. INOCORRÊNCIA DE ABUSIVIDADE. PENHORA SOBRE REMUNERAÇÃO NAO CONFIGURADA. SUPRESSAO UNILATERAL DA CLÁUSULA DE CONSIGNAÇÃO PELO DEVEDOR.IMPOSSIBILIDADE.

I. É válida a cláusula que autoriza o desconto, na folha de pagamento do empregado ou servidor, da prestação do empréstimo contratado, a qual não pode ser suprimida por vontade unilateral do devedor, eis que da essência da avença celebrada em condições de juros e prazo vantajosos para o mutuário.

II. Recurso especial conhecido e provido.

(STJ – Resp: 728563 RS 2005/0033209-4. Relator: Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR. Data de Julgamento: 08/06/2005. S2 – SEGUNDA SEÇÃO. Data de publicação: DJ 22/08/2008 p. 125)



Assim, pela jurisprudência dominante, o empréstimo consignado deve ser considerado lícito porque, *a priori*, representa uma vantagem considerável ao consumidor, que a ele anuiu de forma consciente, renunciando a uma garantia (a integralidade de seu salário) em troca de condições vantajosas na tomada do crédito, além de, é claro, estar previsto expressamente na legislação brasileira.

Os empréstimos mediante débito em conta que reproduzem a consignação

Não obstante a possibilidade jurídica de retenção de parte dos salários e benefícios previdenciários para pagamento de um mútuo ou da fatura de consumo de um cartão de crédito especial (os “consignados”), é certo que estas são apenas duas modalidades de crédito disponíveis no mercado, entre tantas outras. Isto é, o consumidor pode optar por contratar um mútuo comum, um financiamento, um cartão de crédito comum, um consórcio, etc.

Se comparados com os créditos consignados, estas outras modalidades de crédito podem apresentar a desvantagem de terem taxas de juros consideravelmente superiores, mas, em contrapartida, apresentam a vantagem de não estarem atreladas ao salário ou benefício previdenciário do consumidor. Assim, em caso de necessidade, este pode priorizar o suprimento de suas necessidades básicas (contas de água e energia, moradia, alimentação, etc.), deixando de adimplir, temporariamente ou não, a avença estipulada com a instituição financeira.

Ocorre que, atentas ao menor risco apresentado pelo crédito consignado e também às suas restrições, as instituições financeiras passaram a comercializar um produto apelidado de “empréstimo mediante débito em conta”, que consiste na prática de debitar diretamente da conta corrente onde o consumidor recebe verbas salariais ou benefícios previdenciários as parcelas decorrentes de um contrato de mútuo comum (não consignado), exatamente na data em que seriam creditados tais valores. Na prática, este proceder retira do consumidor a opção de deixar de adimplir o mútuo, minimizando os riscos inerentes ao negócio por parte da instituição financeira, exatamente como ocorre com o empréstimo consignado, mas sem que, em contrapartida, o consumidor obtenha a vantagem da taxa de juros reduzida. Ademais, a depender do entendimento doutrinário e jurisprudencial, esta prática também retira do consumidor a proteção especial face ao superendividamento que decorre do estabelecimento de uma porcentagem máxima de retenção (35%) e, no caso dos aposentados e pensionistas, pela previsão por meio de Portaria do INSS de uma taxa de juros máxima.

Em suma, a instituição financeira obtém com esta modalidade de empréstimo as mesmas vantagens que teria com a concessão de um empréstimo consignado, mas não repassa ao consumidor a contrapartida consistente na taxa de juros diferenciada e na proteção especial que lhe são inerentes.

A reprodução do efeito da consignação em tais empréstimos é observada pelos operadores do direito hodiernamente. Em um caso especial atendido na Defensoria Pública de Barretos/SP, tive a oportunidade de observar e impugnar judicialmente a seguinte cláusula:

“(…) as parcelas devidas pelo(a) Contratante serão pagas através de desconto na conta corrente descrita no “Anexo 1” deste contrato até liquidação total da dívida. Havendo mudança ou transferência da movimentação bancária do(a) Contratante para outra agência ou banco, ou seja, caso o salário do(a)



Contratante passe a ser creditado em conta corrente diversa da ora indicada, a Contratada fica expressa e irrevogavelmente autorizada a obter, por qualquer meio, os dados da nova conta corrente do(a) Contratante (número da conta corrente e número da agência) na qual será creditado seu salário junto aos seguintes bancos: Caixa Econômica Federal, Banco do Brasil, Bradesco, Itaú, HSBC, Santander Banespa, SICREDI, Banestes ou qualquer outro. Caso o empregador do(a) Contratante transfira o pagamento dos salários para outro banco, dentre os acima relacionados, ou para qualquer outro, fica o banco autorizado a fornecer à Contratada os dados da nova conta corrente do(a) Contratante (número da conta corrente e número da agência) para que sejam promovidos os débitos vincendos e vencidos referentes ao contrato de empréstimo pessoal celebrado nesta data.”

Ora, fica absolutamente claro que com esta cláusula a instituição financeira pretende reservar para si o direito de perseguir o salário ou o benefício previdenciário do mutuário, reproduzindo o efeito da consignação, mas sem autorização legal para tanto, vez que não se trata, de fato, de um empréstimo consignado, mas sim de um mútuo comum com “opção” de débito automático em conta corrente.

Cabe ressaltar que a cláusula em estudo decorre de um contrato de adesão, absolutamente padronizado, e que muito provavelmente é imposto a todos os outros consumidores que contratam o mútuo com a mesma instituição financeira.

Trata-se, obviamente, de cláusula nula, de pleno direito, nos termos do artigo 51, inciso IV, do Código de Defesa do Consumidor, na medida em que impõe ao consumidor as mesmas desvantagens do crédito consignado (impossibilidade de acesso à verba salarial) sem assegurar-lhe as vantagens inerentes ao instituto (notadamente os juros reduzidos). Também constitui uma verdadeira burla à garantia da impenhorabilidade prevista no art. 833, IV, do Código de Processo Civil, a ver:

Art. 833. São impenhoráveis:

(...)

IV - os vencimentos, os subsídios, os soldos, os salários, as remunerações, os proventos de aposentadoria, as pensões, os pecúlios e os montepios, bem como as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e de sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, ressalvado o § 2o;

Isto porque, como afirmou a Min. Nancy Andrighi por ocasião do julgamento do Resp. 1.012.915/PR, “se nem mesmo ao Judiciário é lícito penhorar salários, não será a instituição privada autorizada a fazê-lo”.

Neste sentido, no mês de fevereiro de 2018, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) editou nova súmula que veda a retenção de verbas remuneratórias de mutuários inadimplentes pelas instituições financeiras. O enunciado foi assim redigido:

É vedado ao banco mutuante reter, em qualquer extensão, os salários, vencimentos e/ou proventos de correntista para adimplir o mútuo (comum) contraído, ainda que haja cláusula contratual autorizativa, excluído o empréstimo garantido por margem salarial consignável, com desconto em folha de pagamento, que possui regramento legal específico e admite a retenção de percentual. (Súmula 603, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 22/02/2018, DJe 26/02/2018)



Os argumentos que fundamentam o entendimento podem ser observados nos precedentes que deram origem à súmula:

[...] “Ainda que expressamente ajustada, a retenção integral do salário do correntista com o propósito de honrar débito deste com a instituição bancária enseja a reparação moral” (AgRg nos EDcl no AREsp n. 215.768/RJ, Relator Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, DJe 29/10/2012). [...] (AgRg nos EDcl no AREsp 425992 RJ, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 03/02/2015, DJe 10/02/2015).

[...] “Nos termos da jurisprudência do STJ, é ilegal a apropriação do salário, depositado em conta-corrente, para a satisfação de saldo negativo existente na sua conta, cabendo a esta a satisfação do crédito por meio de cobrança judicial [...]” (AgRg nos EDcl no AREsp 429476 RJ, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 18/09/2014, DJe 03/11/2014).

[...] “Ainda que expressamente pactuado pelo cliente que quaisquer valores depositados em sua conta corrente possam ser utilizados para o pagamento do débito contraído, a retenção integral de seu salário pela instituição financeira para esse fim resulta em ilícito passível de indenização por dano moral. [...]” (AgRg no AREsp 175375 RJ, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, julgado em 06/08/2013, DJe 22/08/2013)

[...] “A retenção de salário do correntista para fins de saldar débito relativo ao contrato de cheque especial, ainda que conste cláusula autorizativa, não se reveste de legalidade, porquanto a instituição financeira pode buscar a satisfação de seu crédito pelas vias judiciais. 2. ‘Não é lícito ao banco valer-se do salário do correntista, que lhe é confiado em depósito, pelo empregador, para cobrir saldo devedor de conta-corrente. Cabe-lhe obter o pagamento da dívida em ação judicial. Se nem mesmo ao judiciário é lícito penhorar salários, não será a instituição privada autorizada a fazê-lo.’ [...]” (AgRg no REsp 876856 MG, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/03/2013, DJe 13/03/2013)

[...] “Inadmissível a apropriação, pelo banco credor, de salário do correntista, como forma de compensação de parcelas inadimplidas em contrato de mútuo. [...]” (AgRg no REsp 975464 SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 26/04/2011, DJe 02/05/2011)

[...] “Consoante jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, é ilegal o desconto em conta-corrente de valores referentes a salários ou outra verba alimentar para pagamento de empréstimo, situação que se distingue do contrato de mútuo com cláusula de desconto em folha de pagamento. 2. In casu, o acórdão recorrido assenta tratar-se de descontos em conta-corrente em que são creditados os salários da parte agravada, razão pela qual é inviável a sua reforma, uma vez que decidiu em consonância com a orientação desta Corte Superior de Justiça. [...]”

(AgRg no REsp 1108935 RS, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 04/09/2012, DJe 26/09/2012)

[...] CONTRATO DE MÚTUO. DEDUÇÃO DO SALÁRIO DO CORRENTISTA, A TÍTULO DE COMPENSAÇÃO, DE VALORES



INADIMPLIDOS. IMPOSSIBILIDADE. [...] Inadmissível a apropriação, pelo banco credor, de salário do correntista, como forma de compensação de parcelas inadimplidas de contrato de mútuo. [...]" (AgRg no REsp 1214519 PR, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/06/2011, DJe 28/06/2011)

"[...] A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça não admite que a instituição financeira credora retenha valores decorrentes de salário ou vencimentos do devedor depositados em sua conta para se creditar de débitos contratuais. [...]" (EDcl no REsp 988178 PB, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 23/08/2011, DJe 31/08/2011)

"[...] BANCO. Cobrança. Apropriação de depósitos do devedor. O banco não pode apropriar-se da integralidade dos depósitos feitos a título de salários, na conta do seu cliente, para cobrar-se de débito decorrente de contrato bancário, ainda que para isso haja cláusula permissiva no contrato de adesão. [...]" (REsp 492777 RS, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, julgado em 05/06/2003, DJe 01/09/2003)

"[...] RESPONSABILIDADE CIVIL. DÍVIDA DE CORRENTISTA. RETENÇÃO INTEGRAL DE VENCIMENTOS. DANO MORAL. CONFIGURAÇÃO. Ainda que expressamente ajustada, a retenção integral do salário de correntista com o propósito de honrar débito deste com a instituição bancária enseja a reparação moral. [...]" (REsp 595006 RS, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, QUARTA TURMA, julgado em 15/08/2006, DJe 18/09/2006)

"[...] Não se confunde o desconto em folha para pagamento de empréstimo garantido por margem salarial consignável, prática que encontra amparo em legislação específica, com a hipótese desses autos, onde houve desconto integral dos proventos de aposentadoria depositados em conta corrente, para a satisfação de mútuo comum. - Os proventos advindos de aposentadoria privada de caráter complementar têm natureza remuneratória e se encontram expressamente abrangidos pela dicção do art. 649, IV, CPC, que assegura proteção a 'vencimentos, subsídios, soldos, salários, remunerações, proventos de aposentadoria, pensões, pecúlios e montepios; as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal'. - Não é lícito ao banco reter os proventos devidos ao devedor, a título de aposentadoria privada complementar, para satisfazer seu crédito. Cabe-lhe obter o pagamento da dívida em ação judicial. Se nem mesmo ao Judiciário é lícito penhorar salários, não será a instituição privada autorizada a fazê-lo. - Ainda que expressamente ajustada, a retenção integral do salário de correntista com o propósito de honrar débito deste com a instituição bancária enseja a reparação moral. [...]" (REsp 1012915 PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/12/2008, DJe 03/02/2009)

"[...] Não se confunde o desconto em folha para pagamento de empréstimo garantido por margem salarial consignável, prática que encontra amparo em legislação específica, com a hipótese desses autos, onde houve desconto integral do salário depositado em conta corrente, para a satisfação de mútuo comum. - Não é lícito ao banco valer-se do salário do correntista, que lhe é confiado em depósito, pelo empregador, para cobrir saldo devedor de conta-corrente. Cabe-lhe obter o pagamento da dívida em ação judicial. Se nem mesmo ao Judiciário é lícito penhorar salários, não será a instituição privada



autorizada a fazê-lo. – Ainda que expressamente ajustada, a retenção integral do salário de correntista com o propósito de honrar débito deste com a instituição bancária enseja a reparação moral. [...]” (REsp 1021578 SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/12/2008, DJe 18/06/2009)

Ressalta-se que, com a aplicação da legislação consumerista, ratificada pela súmula em comento, somente o empréstimo garantido por margem salarial consignável pode inviabilizar o acesso do consumidor/mutuário ao seu salário ou benefício previdenciário, e no percentual máximo de 35%.

Consequentemente, o chamado “empréstimo mediante débito em conta” só pode existir de maneira lícita se o débito em conta correspondente for considerado facultativo, ou seja, se meramente uma forma de pagamento, não inerente ao contrato (comumente chamada de “débito automático”), de modo que o consumidor possa optar por suspender o pagamento do mútuo temporária ou definitivamente, como sói acontecer com todo e qualquer pagamento feito mediante débito em conta corrente.

Assim, poderia o mutuário, administrativamente, informar o banco responsável pelo recebimento de sua verba alimentar que deseja revogar a autorização para o débito automático das parcelas do mútuo comum (não consignado), por motivos que não precisa explicitar, e, em caso de inadimplemento, deverá a instituição financeira credora recorrer ao Poder Judiciário para buscar a satisfação de seu crédito, não lhe sendo permitido em hipótese alguma “confiscar” os valores havidos na conta corrente do mutuário para tal.

Inclusive, por não se tratar de empréstimo garantido por margem salarial consignável, não há possibilidade de imposição da retenção nem mesmo em percentuais inferiores a 35%.

Em suma, qualquer cláusula que trate a opção pelo débito automático em conta nos mútuos comuns como algo inerente ao contrato e, portanto, irrevogável, só pode ser considerada absolutamente nula, podendo o consumidor optar por afastá-la, e assim decidir livremente o destino de seu salário ou de seu benefício previdenciário, como determina a Constituição Federal e a legislação ordinária.



Referências

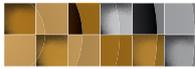
SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 13.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.

[«FAQ - Empréstimos consignados»](#). Banco central do Brasil. Maio 2017. Consultado em 11 de janeiro de 2018

<https://www.inss.gov.br/orientacoes/emprestimo-consignado/>. Instituto Nacional do Seguro Social. Acesso em: em 12 de janeiro de 2018.

<https://dizerodireitodotnet.files.wordpress.com/2018/04/sc3bamula-603-stj.pdf>. Acesso em: em 12 de janeiro de 2018.

FERREIRA, Isabel Cristina. Crédito Consignado e Superendividamento. Artigo extraído do Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial à obtenção de grau de Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, em 11 de junho de 2008, p. 9. Disponível em: http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2008_1/isabel_cristina.pdf. Acesso em: 23 de abril de 2013.



O fenômeno do superendividamento individual na sociedade de consumo brasileira

Alvimar Virgílio de Almeida
Defensor Público do Estado de São Paulo
aalmeida@defensoria.sp.def.br

Resumo

O escopo do presente trabalho é apresentar os principais aspectos do superendividamento da pessoa física na sociedade atual – de consumo – brasileira. Para tanto, por meio de pesquisa documental e bibliográfica especializada, buscou-se estabelecer o que se entende por superendividamento, traçar suas principais causas, bem como apresentar as formas de possível tratamento para este fenômeno social. Com isso, pôde-se verificar que o superendividamento é um grande desafio atual que a sociedade brasileira precisa lidar e tratar, a fim de garantir e manter o desenvolvimento sustentável da economia brasileira, bem como a efetiva proteção dos consumidores.

Palavras-chave: Sociedade de consumo. Superendividamento. Proteção do consumidor.

Abstract

The scope of this work is to present the main aspects of the over indebtedness of the individual people in the current society – of consumption – brazilian. To do so, by documentary research and specialized literature, it was meant to establish what is understood by over indebtedness, to define its main causes, as well as submit the forms of possible treatment for this social phenomenon. With that, it was possible to check that the over indebtedness is a huge and current challenge that brazilian society have to deal and treat, in order to guarantee and maintain the sustainable development of the brazilian economy, as well as the effective protection of consumers.

Keywords: Society of consumption. Over indebtedness. Consumers protection.



Introdução

A pesquisa para produção deste artigo surgiu, originariamente, dentro do programa de Mestrado da PUC-SP, em crédito realizado na disciplina de Filosofia do Direito¹, cujo tema específico abordado foi “uma visão filosófica dos direitos difusos materiais”.

Sob este contexto, em que se estudou as principais mudanças da sociedade e, respectivamente, do direito material nos séculos XX e XXI, trataremos aqui do fenômeno do superendividamento na atual sociedade brasileira.

Abordaremos, portanto, no específico tema do superendividamento, consoante as pesquisas e estatísticas especializadas disponíveis, bem como por meio da produção documental e bibliográfica existentes, suas conceituações, tipificações, origens e, ao final, possíveis formas de contenção e tratamento deste sério e crescente problema social.

A Sociedade de consumo brasileira

Especialmente após os adventos das Revoluções *Francesa* (séc. XVIII) e *Industrial* (séc. XIX), que imprimiram profundas e relevantes transformações socioeconômicas², o *consumo* e a defesa do *consumidor* passaram a ser temas centrais de discussões acadêmicas e políticas.

O filósofo francês Gilles Lipovetsky, em seu livro *A felicidade paradoxal: ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo*, ao explicar o que chamou de “sociedade do hiperconsumo”, divide em três fases a formação do *capitalismo de consumo*³.

Consoante o autor, na primeira fase, que ocorre entre os anos 1880 a 1945, nasce o que conhecemos hoje como *produção de massa* com o modelo fordista (ou fordismo)⁴ de linha de produção, que pregava, em síntese, a realização das tarefas com o máximo de eficiência operacional para a criação de produtos padronizados.

Em uma segunda fase, cita o autor o fenômeno da *democratização do consumo*, com o surgimento, na economia, da chamada classe média. Nesta fase, o consumo começa a se transformar como um *modo de viver*.

Já na terceira fase, a que atualmente vivemos, ocorre uma aceleração do consumo observado na 2ª fase. Dessa forma, o consumo majoritariamente impulsionado por estrita necessidade cede lugar ao “consumo emocional”, realizado, pois, para além das necessidades vitais, gerando a cognominada sociedade de *hiperconsumo*, *pós-fordista*, consoante as palavras do citado autor.

Nesta fase (3ª), o consumo assume novos papéis. Extrapola-se a simples aquisição, por si só, de bens ou serviços, eis que outros significados a eles são incorporados, à medida que a *distinção social* que o produto ou serviço simboliza, passa a suplantiar o próprio bem em si. Nasce, neste contexto, a figura do *homo consumericus*⁵, ou seja, do consumista insaciável.

Ainda de acordo com Lipovetsky (2007, p. 14/15):



(...) A hora é do consumo-mundo em que não apenas as culturas antagonistas foram eliminadas, mas em que o ethos⁶ consumista tende a reorganizar o conjunto das condutas, inclusive daquelas que não dependem da troca mercantil. Pouco a pouco, o espírito de consumo conseguiu infiltrar-se até na relação da família e a religião, com a política e o sindicalismo, com a cultura e o tempo disponível. Tudo se passa como se, daí em diante, o consumo funcionasse como um império sem tempo morto cujos contornos são infinitos.

Daí a condição profundamente paradoxal do hiperconsumidor. De um lado, este se afirma um “consumator”, informado e “livre”, que vê seu leque de escolhas ampliar-se, que consulta portais e comparadores de custo, aproveita as pechinchas do low-cost, age procurando otimizar a relação qualidade/preço. Do outro, os modos de vida, os prazeres e os gostos mostram-se cada vez mais sob a dependência do sistema mercantil. Quanto mais o hiperconsumidor detém um poder que lhe era desconhecido até então, mais o mercado estende sua força tentacular; quanto mais o comprador está em situação de auto-administração mais existe a extrodeterminação ligada à ordem comercial .

O hiperconsumidor não está mais apenas ávido de bem-estar material, ele aparece como um sollicitante exponencial de conforto psíquico, de harmonia interior e de desabrochamento subjetivo, demonstrados pelo florescimento das técnicas derivadas do desenvolvimento pessoal bem como pelo sucesso das sabedorias orientais, das novas espiritualidades, dos guias da felicidade e da sabedoria.

Esta é a quadra social que ora atravessamos, onde a produção e o desejo de consumo nunca estiveram em escalada tão acentuada. Entretanto, o que observamos é total ausência de contrapartida; não há estruturada qualquer instrução ou educação para uma *sociedade de poupança*, mas sim – e tão somente – à sociedade de consumo. Neste diapasão, portanto, nasce o fenômeno social do consumidor superendividado.

O Superendividamento

Breve contextualização

Como já introduzido e sustentado, ainda que brevemente, é notório que no Brasil vivemos em uma *sociedade de consumo*. Somos cotidianamente *inundados* por campanhas publicitárias e continuamente incentivados ao consumo; o significado de bem-estar está intimamente ligado, na atual sociedade, ao nível de consumo e de aquisições dos mais diversos bens que alguém pode alcançar. Fruto, portanto, da cultura social e do sistema capitalista de produção, o consumo traz consigo uma série de fatores, cujas consequências são nem sempre desejadas.

A fim de facilitar o acesso aos bens de consumo, a sociedade capitalista lança mão de diversos mecanismos de fomento da economia. Os principais deles são o financiamento e o fornecimento do crédito. Esses serviços vêm sendo cada vez mais democratizados em nossa sociedade. Nunca foi tão simplificado conseguir alguma linha de crédito. Essa democratização – diga-se – é majoritariamente positiva, considerando-se que vivemos sob o pálio do sistema capitalista⁷.

Todavia, com essa democratização do crédito, observamos a criação de uma série de problemas, em especial o maior endividamento – e superendividamento – das pessoas.



Consoante preleciona a eminente professora Claudia Lima Marques, o superendividamento é a outra face da democratização do crédito⁸.

Conceituação

Atualmente, não temos no Brasil uma legislação específica que disponha do superendividamento ou da pessoa superendividada. Não há, portanto, uma conceituação de base legal para o tema.

Há, entretanto, ao lado do projeto em trâmite na Câmara dos Deputados⁹, um projeto de lei que visa atualizar o Código de Defesa do Consumidor – CDC, Lei. 8.078/1990 – em relação ao superendividamento, que é o atual PL nº 3.515/2015¹⁰, do qual, mais adiante, nos referiremos de maneira mais detalhada.

Assim, ante a atual ausência de proposição legal acerca do que se deve entender pelo fenômeno do superendividamento, valemo-nos do escólio doutrinário já produzido a fim de suprir esta lacuna.

Nessa esteira, conforme ensina a catedrática portuguesa Maria Manuel Leitão Marques¹¹, superendividamento, que também é entendido como *falência* ou *insolvência da pessoa física* pela doutrina portuguesa, poderia ser definido como “a impossibilidade do devedor, de uma forma durável ou estrutural, de pagar o conjunto de suas dívidas, ou mesmo quando existe uma ameaça séria de que não possa fazê-lo no momento em que elas se tornarem exigíveis”.

A doutrina francesa, por sua vez, trouxe um conceito legal de superendividamento de pessoas físicas. Tal conceituação está plasmada no artigo 330-1 do Código de Consumo Francês, como a “impossibilidade manifesta do devedor de boa-fé de enfrentar o conjunto de suas dívidas não profissionais, exigíveis e vincendas”¹².

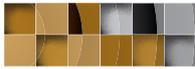
No Brasil, a professora gaúcha Claudia Lima Marques trata do tema da seguinte forma:

o superendividamento pode ser definido como impossibilidade global do devedor-pessoa física, consumidor, leigo e de boa-fé, de pagar todas as suas dívidas atuais e futuras de consumo (excluídas as dívidas com o Fisco, oriundas de delitos e de alimentos) em um tempo razoável com sua capacidade atual de rendas e patrimônio.¹³

Todavia, a despeito da já citada ausência de legislação no Brasil que trate do tema do superendividamento, é certo que o atual projeto de lei nº 3.515/2015, em trâmite na Câmara dos Deputados, traz uma proposta de conceituação legal do superendividamento, prevendo a inserção, no CDC, do art. 54-A¹⁴ com a seguinte redação:

Art. 54-A. Este Capítulo tem a finalidade de prevenir o superendividamento da pessoa natural e de dispor sobre o crédito responsável e sobre a educação financeira do consumidor.

§ 1º Entende-se por superendividamento a impossibilidade manifesta de o consumidor, pessoa natural, de boa-fé, pagar a totalidade de suas dívidas de consumo, exigíveis e vincendas, sem comprometer seu mínimo existencial, nos termos da regulamentação. (grifos nossos).



Verificamos que o legislador pátrio, ao menos pelo que indica o projeto de lei em tramitação no Congresso Nacional, adota o conceito *objetivo* de superendividamento, rechaçando os modelos *subjetivos* e *administrativos* de conceituação do fenômeno.

Pelo modelo objetivo (ou quantitativo), conforme explica a professora Clarissa Costa de Lima, citando estudo feito pela União Europeia¹⁵, o conceito de superendividamento toma por base a situação econômica do lar, comparando o valor total das dívidas com a renda e patrimônio do devedor.

Já o método subjetivo de conceituação de superendividamento, ainda de acordo com o estudo da União Europeia, seria aquele que leva em consideração a percepção do próprio devedor acerca de sua capacidade de reembolsar as dívidas vencidas.

E, por fim, o modelo administrativo, vale-se dos registros oficiais existentes nos Tribunais (no Judiciário) para medir o superendividamento.

Segundo a conceituação por ora pretendida pelo legislador brasileiro – ressalte-se que o projeto já fora aprovado por uma das casas do Legislativo Federal – observamos a menção de que considerar-se-á superendividado e, portanto, merecedor da proteção legal, a pessoa física que se veja nessa condição e que ostente o qualificativo da “boa-fé”.

Acerca desse requisito – da boa-fé – teceremos, nos próximos parágrafos, alguns comentários a fim de promover algum aprofundamento na conceituação do superendividado.

Nessa senda, extraímos da doutrina europeia que o superendividamento pode ser *ativo* ou *passivo*. *Passivo* é o superendividado que não contribui diretamente para ingressar na condição de superendividado, ou seja, aquele que, por circunstâncias extraordinárias ou pelos chamados “acidentes da vida”¹⁶, é colocado em situação de superendividado.

Os superendividados *ativos* são os que, por abusarem do acesso ao crédito para além de suas possibilidades econômicas, sem quaisquer eventos especiais que lhe forçassem aumentar o padrão de consumo (sem a presença dos “acidentes da vida”) se colocam em situação de superendividamento. Dentre os superendividados ativos, há a subdivisão dos ativos *inconscientes* e ativos *conscientes*.

Seriam superendividados ativos *inconscientes* os que, a despeito de não terem experimentados qualquer situação indesejada que os fizessem aumentar o padrão de consumo, abusam do crédito sem calcular o impacto das despesas dali decorrentes em seu orçamento, colocando-se, pois, em situação de superendividamento. São pessoas que agem de boa-fé e apenas não conseguem adimplir as despesas seja porque obtiveram acesso ao crédito sem as devidas informações dos encargos contratuais, seja porque tal acesso tenha se dado por irresponsabilidade do fornecedor.

Já os superendividados ativos *conscientes* são os que agem de má-fe, ou seja, já com a deliberada intenção de acessar crédito e de não reembolsar o fornecedor no momento do vencimento da dívida. Tais consumidores estariam desabrigados do amparo legal. Reitere-se, pela redação do projeto de lei no Congresso, somente teriam amparo da especial proteção legal, os consumidores de boa-fé, portanto os superendividados ativos *inconscientes* ou *passivos* (excluindo-se os ativos *conscientes*).



Principais pontos constantes do Projeto de Lei nº 3.515/2.015

É consabido que qualquer legislação é sempre produto e reflexo do tempo em que fora elaborada e promulgada. O CDC, festejada legislação em âmbito nacional e internacional, não foge à esta asserção.

Relativo ao âmbito internacional, conquanto o CDC seja a maior fonte de influência da Lei Modelo de Defesa do Consumidor para a América Latina¹⁷, proposta pela *Consumers Internationa*¹⁸, é certo que, diante das profundas alterações sociais ultimamente experimentadas e das agudas mudanças nos padrões de consumo da população, deve esta legislação, também, ser atualizada a fim de se adequar aos novos desafios sócio-econômicos, de modo a melhor proteger os direitos das pessoas em situação de vulnerabilidade na esfera do consumo.

Diante desse contexto, portanto, como aqui já se afirmara, passaremos a uma sintética análise do conteúdo trazido no projeto de lei que atualmente tramita na Câmara dos Deputados (já aprovado no Senado), que colima atualizar o CDC para que tal microssistema esteja apto a proteger o consumidor que se encontre em situação de superendividamento.

Inicialmente, referido projeto, prevê alterações na própria Política Nacional das Relações de Consumo – prevista no artigo 4º do CDC¹⁹ – evidenciando que a *mens legis*²⁰ é a de se promover verdadeira mudança de concepção da própria forma de proteger o consumidor superendividado, tanto em âmbito judicial como extrajudicial.

Assim, com o escopo de manutenção do mínimo existencial do consumidor, evitando-se sua exclusão social, o projeto adiciona os seguintes princípios, norteadores e informadores da Política Nacional de Defesa do Consumidor:

- *fomento de ações visando à educação financeira e ambiental dos consumidores* (inciso IX); e

- *prevenção e tratamento do superendividamento como forma de evitar a exclusão social do consumidor* (inciso X).

Já no artigo 5º do CDC²¹, que trata da *execução* da Política Nacional das Relações de Consumo, o projeto acrescenta comandos para que tal execução se dê tanto na esfera judicial como na extrajudicial; que o tratamento ao superendividado seja efetivo também por intermédio de mecanismos outros de resolução de conflitos, tais como mediação e conciliação, alternativos ao tradicional (moroso e dispendioso) processo judicial. Dessa forma e com estes propósitos, o projeto traz as seguintes proposições legais:

- *instituição de mecanismos de prevenção e tratamento extrajudicial e judicial do superendividamento e de proteção do consumidor pessoa natural* (inciso VI); e

- *instituição de núcleos de conciliação e mediação de conflitos oriundos de superendividamento* (inciso VII).

Em relação aos direitos fundamentais (ou básicos) do consumidor, previstos no art. 6º do *Codex*²², adiciona as seguintes previsões:



- a *garantia de práticas de crédito responsável, de educação financeira e de prevenção e tratamento de situações de superendividamento, preservado o mínimo existencial, nos termos da regulamentação, por meio da revisão e repactuação da dívida, entre outras medidas* (inciso XI);

- a *preservação do mínimo existencial, nos termos da regulamentação, na repactuação de dívidas e na concessão de crédito* (inciso XII); e

- a *informação acerca dos preços dos produtos por unidade de medida, tal como por quilo, litro, metro ou outra unidade, conforme o caso* (inciso XIII).

No campo contratual, alterando o art. 51 do CDC, o projeto ainda tipifica novas cláusulas contratuais qualificando-as como “nulas de pleno direito”, quais sejam:

- *condicionem ou limitem de qualquer forma o acesso aos órgãos do Poder Judiciário* (inciso XVII);

- *imponham ou tenham como efeito a renúncia à impenhorabilidade de bem de família do consumidor ou do fiador* (inciso XVIII);

- *estabeleçam prazos de carência em caso de impontualidade das prestações mensais ou impeçam o restabelecimento integral dos direitos do consumidor e de seus meios de pagamento a partir da purgação da mora ou do acordo com os credores* (inciso XIX);

- *considerem o simples silêncio do consumidor como aceitação de valores cobrados, em especial em contratos bancários, financeiros, securitários, de cartão de crédito ou de crédito em geral, ou como aceitação de informações prestadas em extratos, de modificação de índice ou de alteração contratual* (inciso XX);

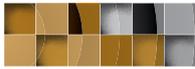
- *prevejam a aplicação de lei estrangeira que limite, total ou parcialmente, a proteção assegurada por este Código ao consumidor domiciliado no Brasil* (inciso XXI).

O ora analisado projeto de lei ainda preve a criação de um novo Capítulo (VI-A) no Título I (Dos Direitos do Consumidor) do CDC dedicado à prevenção e ao tratamento do superendividado. Neste proposto no Capítulo, que conta com 7 artigos (54-A a 54-G)²³, o projeto trata de formas extrajudiciais de proteção ao consumidor.

Com isso, propõe a criação de algumas obrigações aos fornecedores de crédito, especialmente relativas à adequada e efetiva informação (esclarecimento e aconselhamento) ao consumidor. Em adição, estabelece limite de concessão de crédito consignado – que não poderá exceder 30%²⁴ da remuneração mensal líquida do consumidor – dentre outros direitos.

Já no âmbito judicial, há a previsão de se determinar uma audiência de conciliação, visando a repactuação de dívidas, na qual o consumidor poderá efetuar proposta de pagamento das dívidas, dividindo-a em até 5 anos²⁵.

Aliada a esta previsão, o projeto prevê que o não comparecimento injustificado do fornecedor à audiência designada implica a imediata suspensão de exigibilidade da dívida, bem como a interrupção dos encargos da mora.



Por fim, acaso esta audiência reste infrutífera, prevê o projeto de lei que o juiz poderá, a pedido do consumidor, instaurar processo de repactuação de dívidas²⁶ com todos os credores, oportunidade em que o superendividado poderá apresentar plano de pagamento com prazo máximo de 5 anos. Se o plano for judicialmente homologado, torna-se de observância compulsória por todos os envolvidos.

Como evitar o superendividamento e proteger o superendividado?

No item antecedente, abordamos os principais pontos do projeto de lei que visa atualizar o CDC no tocante ao superendividamento. Todavia, a pergunta que pode ser formulada é: até que tal projeto de lei seja sancionado, se o for e quando o for, como fica atualmente a proteção do consumidor superendividado?

Este é o principal desafio para os que lidam com a temática, seja para os órgãos que compõem o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor²⁷, para os fornecedores e, igualmente, para os próprios consumidores.

A prevenção deste indesejado fenômeno do superendividamento, essencialmente, está na educação financeira. Consoante aponta o próprio Banco Central²⁸, dentre as principais causas do superendividamento, está a tomada de crédito irrefletida ou sua concessão irresponsável. A prevenção, pois, é uma atividade comum aos três atores apontados no parágrafo anterior.

No que se refere aos fornecedores, está o dever de bem e fielmente informar os consumidores que pretendem contratar crédito, sobre todas as dimensões dessa operação, do impacto da dívida no orçamento, dos encargos, bem como das diferenças entre a compra com e sem crédito.

Observe-se que a informação – adequada e clara – é direito básico do consumidor, a teor do previsto no art. 6º, inciso III do CDC²⁹. Ademais, como desdobramento desse fundamental direito do consumidor (e, via de consequência, dever dos fornecedores), o CDC, ao tratar da proteção contratual, prevê o rol mínimo de informações que o consumidor deve ter acesso ao buscar crédito/financiamento, *in verbis*:

52. No fornecimento de produtos ou serviços que envolva outorga de crédito ou concessão de financiamento ao consumidor, o fornecedor deverá, entre outros requisitos, informá-lo prévia e adequadamente sobre:

- I - preço do produto ou serviço em moeda corrente nacional;
- II - montante dos juros de mora e da taxa efetiva anual de juros;
- III - acréscimos legalmente previstos;
- IV - número e periodicidade das prestações;
- V - soma total a pagar, com e sem financiamento.

§ 1º As multas de mora decorrentes do inadimplemento de obrigações no seu termo não poderão ser superiores a dois por cento do valor da prestação.

§ 2º É assegurado ao consumidor a liquidação antecipada do débito, total ou parcialmente, mediante redução proporcional dos juros e demais acréscimos.



Quanto aos consumidores, ainda no que pertine à prevenção do superendividamento, mister se faz exercitar e exigir os direitos que lhe já são outorgados pelo Código de Defesa do Consumidor, em especial o respeito à prestação das informações e à vedação das práticas comerciais e cláusulas contratuais abusivas.

Em relação aos órgãos de defesa dos consumidores, para que os direitos previstos sejam realmente verificados na vida de seus destinatários (consumidores), é de fundamental importância a efetiva atuação em relação à prevenção do superendividamento. Nesta seara, é apropriado registrar a previsão legal, qualificada como direito fundamental dos consumidores, de acesso aos órgãos administrativos e judiciários, com vistas à prevenção e reparação de danos, bem como o direito de ser assegurada a assistência jurídica e administrativa e técnica aos consumidores necessitados.³⁰

As atividades de educação em direitos e orientações financeiras prestadas por tais órgãos são reais e efetivos instrumentos materializadores daqueles direitos que, em última análise, podem eficazmente evitar que consumidores cheguem à condição de superendividados.

Já no âmbito judicial, a reparação do superendividamento, a despeito de ainda não contarmos com uma legislação específica de tratamento, conforme já abordado neste trabalho, é oportuno consignar que o ordenamento jurídico detém previsões constitucionais e legais, se não ideais, minimamente suficientes para remediar este problema social. Vejamos.

No plano constitucional, podemos citar, como fundamentos da República Federativa do Brasil, os princípios da Dignidade da Pessoa Humana e da Cidadania³¹. Fundamentada por tais postulados, a República visa, dentre outros objetivos, construir uma sociedade livre, justa e solidária e garantir o desenvolvimento nacional³². Ademais, constitui princípio da própria atividade econômica, a defesa do consumidor³³.

Verifica-se, pois, já no plano constitucional, previsões fundantes do ordenamento jurídico pátrio, qualificadas como ferramentas jurídicas cogentes de eficácia plena e aplicação imediata, que podem ser utilizadas para a reparação da pessoa que se encontra em situação de superendividamento, sempre com vistas a manter sua dignidade e a preservar o mínimo existencial.

Adensando os comandos constitucionais e a eles se somando, verificamos o reconhecimento legal, de presunção absoluta, de que o consumidor é um ente vulnerável³⁴ e que, para sua defesa e proteção, necessita do aparato legal, da estrutura do estado.

A própria Política Nacional das Relações de Consumo – que é executada, dentre outros mecanismos, pela assistência jurídica integral ao consumidor carente, prestada pela Defensoria Pública³⁵ – é construída de forma a manter compatível a defesa do consumidor ao desenvolvimento econômico, a preservar a harmonia de interesses entre os envolvidos nas relações consumeristas, pela boa-fé e pelo equilíbrio nas relações³⁶.

Todos estes mecanismos e formulações legais, cuja vigência e eficácia não se pode afastar, têm plena aplicabilidade – extra ou judicial – não só para a prevenção, mas também para a reparação do consumidor que efetivamente tenha ingressado na condição de superendividado, especialmente àqueles considerados passivos ou ativos inconscientes. Imaginar o contrário, em



um simples raciocínio de inexistência de específica previsão legal, seria justamente negar os comandos constitucionais e legais aqui invocados.

Conclusão

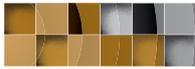
Conforme se buscou sustentar ao longo deste ensaio, vivemos em uma sociedade de consumo, sendo que o superendividamento surge, dentro deste contexto, como um subproduto da atual configuração de nossa tessitura social.

Ainda consoante aqui se asseverou, no tocante à prevenção e reparação deste específico problema social do superendividamento individual (da pessoa física), não contamos com uma legislação específica que trate do tema. Temos atualmente um projeto de lei (PL nº 3.515/2015) que tramita na Câmara dos Deputados que objetiva atualizar o CDC à efetiva proteção – extrajudicial e judicial - do consumidor superendividado.

Contudo, a despeito da atual ausência de legislação específica, sustentou-se que o ordenamento jurídico brasileiro, quer no plano constitucional, quer no plano legal, possui potentes e efetivos instrumentos jurídicos que fundam e informam todo o ordenamento, cuja aplicabilidade é imediata, com eficácia plena e que são, pois, inteiramente empregáveis à esta temática, devendo, via de consequência, serem efetivamente utilizados para uma real proteção do consumidor superendividado.

Esta atividade – de prevenção e tratamento – deve ser de atenção e responsabilidade de todos os atores que promovem as relações de consumo, seja dos órgãos de defesa dos consumidores, dos fornecedores e dos consumidores, cada qual sob sua forma e possibilidade, mas mirando o objetivo comum: o de manter a cidadania, a dignidade da pessoa humana, com a preservação do mínimo existencial, sem a qual aqueles postulados constitucionais restariam inobservados.

O desafio é enorme. Entretanto, não se pode olvidar que as normas de proteção e defesa do consumidor detêm o apanágio de se configurarem como normas de ordem pública e interesse social³⁷. São, dessa forma, de aplicação cogente e inafastável. E como decreta nossa *Carta Cidadã* em disposição pétrea, “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”³⁸.



Referências Bibliográficas

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*, 5ª edição, 2010.

LIMA, Clarissa costa de. *O tratamento do superendividamento e o direito de recomeçar dos consumidores*. Revista dos Tribunais, 2014.

LIPOVETSKY, Gilles. *A Felicidade paradoxal: ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo*. Tradução de Maria Lucia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. Sugestões para uma lei sobre o tratamento do superendividamento de pessoas físicas em contratos de crédito ao consumo: proposições com base em pesquisa empírica de 100 casos no rio Grande do Sul. IN: MARQUES, Cláudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coord.). *Direitos do consumidor endividado: superendividamento e crédito*. São Paulo. Ed. RT, 2006. (Coleção biblioteca de direito do consumidor, vol. 29).

MARQUES, Maria Manuel Leitão (coord.). *O endividamento dos consumidores*. Coimbra: Almedina, 2000.

SCHWARTZ, Fábio. *Direito do consumidor. Tópicos & Controvérsias*. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2018.

SODRÉ, Marcelo Gomes. *A Construção do Direito do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 2009.

¹ O curso deste crédito foi realizado durante o 2º semestre de 2017.

² SCHWARTZ, Fábio. *Direito do consumidor. Tópicos & Controvérsias*. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2018.

³ LIPOVETSKY, Gilles. *A Felicidade paradoxal: ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo*. Tradução de Maria Lucia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

⁴ *Fordismo* foi um termo cunhado, em 1914, por Henry Ford, empresário americano fundador da empresa montadora de veículos *Ford Motor Company*, em seu livro intitulado “Minha filosofia e Indústria”.

⁵ Esta expressão foi originariamente cunhada pelo cientista social libanês Gad Saad, em seu livro “The evolutionary bases of consumption”.

⁶ Ethos: Sociol. Antrop. Aquilo que é característico e predominante nas atitudes e sentimentos dos indivíduos de um povo, grupo ou comunidade, e que marca suas realizações ou manifestações culturais. FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*, 5ª edição, 2010, p. 889.



⁷ Neste ensaio, não se pretende abordar a questão do capitalismo em si. A citação leva em consideração apenas o fato de que vivemos em um sistema capitalista, que é fortemente marcado pelos meios de produção, pelo consumo e concorrência de mercado.

⁸ MARQUES, Cláudia Lima. Sugestões para uma lei sobre o tratamento do superendividamento de pessoas físicas em contratos de crédito ao consumo: proposições com base em pesquisa empírica de 100 casos no rio Grande do Sul. IN: MARQUES, Cláudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coord.). *Direitos do consumidor endividado: superendividamento e crédito*. São Paulo. Ed. RT, 2006. (Coleção biblioteca de direito do consumidor, vol. 29).

⁹ Referimo-nos ao Projeto de Lei, que tramita na Câmara, já aprovado no Senado Federal (originariamente PLS 281/2012), cujo número atual é PL nº 3514/2015, que visa atualizar o CDC referente ao tema “Comércio Eletrônico”.

¹⁰ Tal projeto de lei, inicialmente PLS nº 283/2012, já fora aprovado no Senado Federal, atualmente em andamento na Câmara dos Deputados.

¹¹ MARQUES, Maria Manuel Leitão (coord.). *O endividamento dos consumidores*. Coimbra: Almedina, 2000.

¹² Art. 330-1 do Código de consumo francês.

¹³ In. *Prevenção e Tratamento do Superendividamento*. Caderno de Investigações Científicas, vol. 1, p. 21. Ministério da Justiça, 2010.

¹⁴ Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=FE0586C8E42D3FA3E36D5DF30BEE4913.proposicoesWebExterno2?codteor=1408277&filename=PL+3515/2015>. Acesso em: 04 dez. 2017.

¹⁵ LIMA, Clarissa Costa de. *O tratamento do superendividamento e o direito de recomeçar dos consumidores*. Revista dos Tribunais, 2014.

¹⁶ Situações indesejadas que obrigam as pessoas aumentarem seus padrões de consumo. Tais eventos podem ser exemplificados por situações como divórcios, doenças em família, desemprego ou mesmo o nascimento de um filho etc.

¹⁷ SODRÉ, Marcelo Gomes. *A Construção do Direito do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 116.

¹⁸ A *Consumers International* é uma Instituição internacional, formada em 1960, presente atualmente em mais de 100 países, cujo objeto é promover os direitos do consumidor em âmbito internacional.

Observação: essas informações foram extraídas, e traduzidas livremente pelo autor deste ensaio, do sítio da Instituição: www.consumersinternational.org, consultada no dia 4/05/2018.

¹⁹ O *caput* do artigo possui a seguinte redação:

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

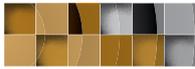
²⁰ *Mens legis*: O espírito da lei; o fim social a que ela visa. FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa, 5ª edição, 2010*, p. 1375.

²¹ O *caput* do artigo possui a seguinte redação:

Art. 5º Para a execução da Política Nacional das Relações de Consumo, contará o poder público com os seguintes instrumentos, entre outros:

²² O *caput* do artigo possui a seguinte redação: Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

²³ “Art. 54-A. (...) “Art. 54-B. No fornecimento de crédito e na venda a prazo, além das informações obrigatórias previstas no art. 52 e na legislação aplicável à matéria, o fornecedor ou o intermediário deverá informar o consumidor, prévia e adequadamente, no momento da oferta, sobre: I - o custo efetivo total e a descrição dos elementos que o compõem; II - a taxa efetiva mensal de juros, bem como a taxa dos juros de mora e o total de encargos, de qualquer natureza, previstos para o atraso no pagamento; III - o montante das prestações e o prazo de validade da oferta, que deve ser no mínimo de 2 (dois) dias; IV - o



nome e o endereço, inclusive o eletrônico, do fornecedor; V - o direito do consumidor à liquidação antecipada e não onerosa do débito. § 1º As informações referidas no art. 52 e no caput deste artigo devem constar de forma clara e resumida no próprio contrato, na fatura ou em instrumento apartado, de fácil acesso ao consumidor. § 2º Para efeitos deste Código, o custo efetivo total da operação de crédito ao consumidor consistirá em taxa percentual anual e compreenderá todos os valores cobrados do consumidor, sem prejuízo do cálculo padronizado pela autoridade reguladora do sistema financeiro. § 3º Sem prejuízo do disposto no art. 37, a oferta de crédito ao consumidor e a de venda a prazo, ou a fatura mensal, a depender do caso, deve indicar, no mínimo, o custo efetivo total, o agente financiador e a soma total a pagar, com e sem financiamento.” “Art. 54-C. É vedado, expressa ou implicitamente, na oferta de crédito ao consumidor, publicitária ou não: I - fazer referência a crédito “sem juros”, “gratuito”, “sem acréscimo”, com “taxa zero” ou expressão de sentido ou entendimento semelhante; II - indicar que a operação de crédito poderá ser concluída sem consulta a serviços de proteção ao crédito ou sem avaliação da situação financeira do consumidor; III - ocultar ou dificultar a compreensão sobre os ônus e riscos da contratação do crédito ou da venda a prazo; IV - assediado ou pressionar o consumidor para contratar o fornecimento de produto, serviço ou crédito, inclusive a distância, por meio eletrônico ou por telefone, principalmente se se tratar de consumidor idoso, analfabeto, doente ou em estado de vulnerabilidade agravada ou se a contratação envolver prêmio; V - condicionar o atendimento de pretensões do consumidor ou o início de tratativas à renúncia ou à desistência de demandas judiciais, ao pagamento de honorários advocatícios ou a depósitos judiciais. Parágrafo único. O disposto no inciso I do caput deste artigo não se aplica à oferta de produto ou serviço para pagamento por meio de cartão de crédito.” “Art. 54-D. Na oferta de crédito, previamente à contratação, o fornecedor ou intermediário deve, entre outras condutas: I - informar e esclarecer adequadamente o consumidor, considerando sua idade, saúde, conhecimento e condição social, sobre a natureza e a modalidade do crédito oferecido, sobre todos os custos incidentes, observado o disposto nos arts. 52 e 54-B, e sobre as consequências genéricas e específicas do inadimplemento; II - avaliar a capacidade e as condições do consumidor de pagar a dívida contratada, mediante solicitação da documentação necessária e das informações disponíveis em bancos de dados de proteção ao crédito, observado o disposto neste Código e na legislação sobre proteção de dados; III - informar a identidade do agente financiador e entregar ao consumidor, ao garante e a outros coobrigados cópia do contrato de crédito. Parágrafo único. O descumprimento de qualquer dos deveres previstos no caput deste artigo, no art. 52 e no art. 54-C poderá acarretar judicialmente a inexigibilidade ou a redução dos juros, dos encargos ou de qualquer acréscimo ao principal e a dilação do prazo de pagamento previsto no contrato original, conforme a gravidade da conduta do fornecedor e as possibilidades financeiras do consumidor, sem prejuízo de outras sanções e de indenização por perdas e danos, patrimoniais e morais, ao consumidor.” “Art. 54-E. Nos contratos em que o modo de pagamento da dívida envolva autorização prévia do consumidor pessoa natural para consignação em folha de pagamento, a soma das parcelas reservadas para pagamento de dívidas não poderá ser superior a 30% (trinta por cento) de sua remuneração mensal líquida. § 1º O descumprimento do disposto neste artigo dá causa imediata à revisão do contrato ou à sua renegociação, hipótese em que o juiz poderá adotar, entre outras, de forma cumulada ou alternada, as seguintes medidas: I - dilação do prazo de pagamento previsto no contrato original, de modo a adequá-lo ao disposto no caput deste artigo, sem acréscimo nas obrigações do consumidor; II - redução dos encargos da dívida e da remuneração do fornecedor; III - constituição, consolidação ou substituição de garantias. § 2º O consumidor poderá desistir da contratação de crédito consignado de que trata o caput deste artigo no prazo de 7 (sete) dias a contar da data da celebração do contrato ou do recebimento da respectiva cópia, sem necessidade de indicar o motivo. § 3º Para exercer o direito a que se refere o § 2º deste artigo, o consumidor deve: I - remeter ao fornecedor ou intermediário do crédito, no prazo previsto no § 2º deste artigo, o formulário de que trata o § 4º, por carta ou qualquer outro meio de comunicação, inclusive eletrônico, com registro de envio e de recebimento; II - devolver ao fornecedor, no prazo de 7 (sete) dias a contar da notificação de que trata o inciso I, o valor que lhe foi entregue, acrescido dos eventuais juros incidentes até a data da efetiva devolução, caso tenha sido informado previamente sobre a forma de devolução dos valores. § 4º O fornecedor facilitará o exercício do direito previsto no § 2º deste artigo mediante disponibilização de formulário de fácil preenchimento pelo consumidor, em meio físico ou eletrônico, anexo ao contrato, com todos os dados relativos à identificação do fornecedor e do contrato, e mediante indicação da forma de devolução das quantias. § 5º Para efeito do disposto neste artigo, o nível de endividamento do consumidor poderá ser aferido, entre outros meios, mediante informações fornecidas por ele e consulta a cadastros de consumo e bancos de dados de proteção ao crédito, observado o disposto neste Código e na legislação sobre proteção de dados. § 6º O disposto no § 1º deste artigo não se aplica quando o consumidor houver apresentado informações incorretas. § 7º O limite previsto no caput não se refere a dívidas do consumidor com cada credor isoladamente considerado, mas abrange o somatório das dívidas com todos os credores.” “Art. 54-



F. São conexos, coligados ou interdependentes, entre outros, o contrato principal de fornecimento de produto ou serviço e os contratos acessórios de crédito que lhe garantam o financiamento, quando o fornecedor de crédito: I - recorre aos serviços do fornecedor de produto ou serviço para a preparação ou a conclusão do contrato de crédito; II - oferece o crédito no local da atividade empresarial do fornecedor de produto ou serviço financiado ou onde o contrato principal é celebrado. § 1º O exercício do direito de arrependimento nas hipóteses previstas neste Código, seja no contrato principal, seja no de crédito, implica a resolução de pleno direito do contrato que lhe seja conexo. § 2º Nos casos dos incisos I e II do caput, havendo inexecução de qualquer das obrigações e deveres do fornecedor de produto ou serviço, o consumidor poderá requerer a rescisão do contrato não cumprido contra o fornecedor do crédito. § 3º O direito previsto no § 2º deste artigo caberá igualmente ao consumidor: I - contra o portador de cheque pós-datado, emitido para aquisição de produto ou serviço a prazo; II - contra o administrador ou emitente do cartão de crédito ou similar quando o cartão de crédito ou similar e o produto ou serviço forem fornecidos pelo mesmo fornecedor ou por entidades pertencentes a um mesmo grupo econômico. § 4º A invalidade ou a ineficácia do contrato principal implicará, de pleno direito, a do contrato de crédito que lhe seja conexo, nos termos do caput deste artigo, ressalvado ao fornecedor do crédito o direito de obter do fornecedor do produto ou serviço a devolução dos valores entregues, inclusive relativamente a tributos.” “Art. 54-G. Sem prejuízo do disposto no art. 39 deste Código e na legislação aplicável à matéria, é vedado ao fornecedor de produto ou serviço que envolva crédito, entre outras condutas: I - realizar ou proceder à cobrança ou ao débito em conta de qualquer quantia que houver sido contestada pelo consumidor em compra realizada com cartão de crédito ou meio similar, enquanto não for adequadamente solucionada a controvérsia, desde que o consumidor haja notificado a administradora do cartão com antecedência de pelo menos 7 (sete) dias da data de vencimento da fatura, vedada a manutenção do valor na fatura seguinte e assegurado ao consumidor o direito de deduzir do total da fatura o valor em disputa e efetuar o pagamento da parte não contestada; II - recusar ou não entregar ao consumidor, ao garante e aos outros coobrigados cópia da minuta do contrato principal de consumo ou do de crédito, em papel ou outro suporte duradouro, disponível e acessível, e, após a conclusão, cópia do contrato; III - impedir ou dificultar, em caso de utilização fraudulenta do cartão de crédito ou meio similar, que o consumidor peça e obtenha, quando aplicável, a anulação ou o imediato bloqueio do pagamento, ou ainda a restituição dos valores indevidamente recebidos. § 1º Sem prejuízo do dever de informação e esclarecimento do consumidor e de entrega da minuta do contrato, no empréstimo cuja liquidação seja feita mediante consignação em folha de pagamento, a formalização e a entrega da cópia do contrato ou do instrumento de contratação ocorrerão após o fornecedor do crédito obter da fonte pagadora a indicação sobre a existência de margem consignável. § 2º Em se tratando de contratos de adesão, deve o fornecedor prestar previamente ao consumidor as informações de que tratam o art. 52 e o caput do art. 54-B desta Lei, além de outras porventura determinadas na legislação em vigor, ficando o fornecedor obrigado a, após a conclusão do contrato, entregar ao consumidor cópia deste. § 3º Caso o consumidor realize o pagamento da dívida do cartão por meio de débito em conta, é vedado à administradora ou ao emissor do cartão debitar quantia contestada pelo consumidor ou em disputa com o fornecedor, inclusive tarifas de financiamento ou outras relacionadas, se a existência da disputa ou da contestação tiver sido informada com antecedência de pelo menos 7 (sete) dias da data de vencimento da fatura.”

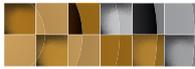
²⁴ No art. 54-E, transcrito na nota anterior.

²⁵ “Art. 104-A. A requerimento do consumidor superendividado pessoa natural, o juiz poderá instaurar processo de repactuação de dívidas, visando à realização de audiência conciliatória, presidida por ele ou por conciliador credenciado no juízo, com a presença de todos os credores, em que o consumidor apresentará proposta de plano de pagamento com prazo máximo de 5 (cinco) anos, preservados o mínimo existencial, nos termos da regulamentação, e as garantias e as formas de pagamento originalmente pactuadas.

²⁶ Art. 104-B. Inexistente a conciliação em relação a quaisquer credores, o juiz, a pedido do consumidor, instaurará processo por superendividamento para revisão e integração dos contratos e repactuação das dívidas remanescentes mediante plano judicial compulsório, procedendo à citação de todos os credores cujos créditos não tenham integrado o acordo porventura celebrado.

§ 1º Serão considerados, se for o caso, os documentos e as informações prestadas em audiência.

§ 2º No prazo de 15 (quinze) dias, os credores citados juntarão documentos e as razões da negativa de aceder ao plano voluntário ou de renegociar.



§ 3º O juiz poderá nomear administrador, desde que isso não onere as partes, o qual, no prazo de até 30 (trinta) dias, após cumpridas as diligências eventualmente necessárias, apresentará plano de pagamento contemplando medidas de temporização ou atenuação dos encargos.

§ 4º O plano judicial compulsório assegurará aos credores, no mínimo, o valor do principal devido, corrigido monetariamente por índices oficiais de preço, e preverá a liquidação total da dívida em, no máximo, 5 (cinco) anos, sendo a primeira parcela devida no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias, contado de sua homologação judicial, e o restante do saldo devido em parcelas mensais iguais e sucessivas.”

²⁷ CDC, Art. 105. Integram o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (SNDC), os órgãos federais, estaduais, do Distrito Federal e municipais e as entidades privadas de defesa do consumidor.

²⁸

http://www.bcb.gov.br/pre/pef/port/folder_serie_II_%C3%A9_possivel_sair_do_superendividamento.pdf.

²⁹ Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

(...)

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

³⁰ CDC, Art. 6º, inciso VII.

³¹ CF/88, art. 1º, incisos II e III.

³² CF/88, art. 3º, incisos I e II.

³³ CF/88, art. 170, inciso V.

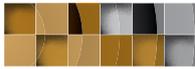
³⁴ CDC, art. 4º, inciso I.

³⁵ CDC, art. 5º, inciso I.

³⁶ CDC, art. 4º, inciso III.

³⁷ CDC, Art. 1º O presente código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos arts. 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias.

³⁸ CF/88, art. 5º, inciso XXXII.



A proteção do consumidor e a educação financeira na perspectiva da Defensoria Pública

Consumer protection and financial education from the perspective of Public Defense

Horácio Xavier Franco Neto

Defensor Público - Defensoria Pública do Estado de São Paulo

hneto@defensoria.sp.def.br

Resumo

A educação financeira e a realidade nacional. O papel da defensoria pública na educação financeira. A educação financeira e o direito do consumidor. Conclusão.

Palavras-Chave: Educação Financeira. Defensoria Pública. Direito do Consumidor.

Abstract

The financial education and the national reality. The role of public defenders in financial education. The financial education and the consumer law. Conclusion.

Key words: *Financial Education. Public Defender. Consumer Law.*



A educação financeira e a realidade nacional

Em nosso país, ao contrário de nações mais desenvolvidas, a educação financeira não é objeto de atenção no seio familiar, tampouco no universo escolar. Desta forma, a criança não aprende, desde o limiar da vida, noções de educação básicas, as quais poderiam ser complementadas pelo ensino em sua essência.

A Constituição Federal garante que a educação é um direito de todos, repartindo a obrigação ao Estado, mas também à família, visando ao desenvolvimento pleno da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania. (art. 205)

Com isso, as pessoas não aprendem, desde o introito, a lidar com suas finanças, nem em casa, nem na escola e como consequência, tem-se graves repercussões na vida das pessoas, do ponto de vista econômico, mas que reflete na economia do país como um todo.

A educação financeira, na realidade, visa auxiliar a pessoa na administração de seus recursos, rendimentos, direcionando a pessoa a um consumo consciente. Uma educação financeira adequada orienta a tomada de decisões, diferenciando necessidade de desejos, ensinando a importância do planejamento e tudo que envolve esse mercado capitalista que vivemos, com todas suas variáveis complexas, como o apelo do marketing e a hiper vulnerabilidade do consumidor, notadamente, aquele mais carente, mais humilde.

Desta forma, pode ser entendida *“como o conjunto de informações que auxilia as pessoas a lidarem com a sua renda, com a gestão do dinheiro, com gastos e empréstimos monetários, poupança e investimentos de curto e longo prazo”*.¹

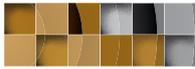
Observa-se, com isso, uma mudança de cenário, com uma maior preocupação da sociedade, embora tímida, mas voltada a percepção da necessidade de iniciativas, políticas públicas, para fomentar a difusão de informações financeiras para população.

Todavia, não se pode olvidar que num país, com dimensões continentais, onde a simples alfabetização já é uma tarefa e uma batalha para erradicação no analfabetismo, a eliminação do analfabetismo financeiro se revela uma tarefa das mais árduas.

Hoje, estima-se que 13 milhões de pessoas¹ são consideradas analfabetas, não sabendo ler e escrever no país, ao passo que esse número aumenta ao se considerar as pessoas que sabem ler, mas não entendem o que lêem, os chamados analfabetos funcionais, para mais de 30 milhões de brasileiros. Outro dado relevante, é que 56% destes estão localizados nas regionais norte e nordeste do país.

É fato que os números vêm diminuindo a cada ano, mas a preocupação se revela quando se verifica que essas pessoas vivem, fazem negócios, participam do mercado e que, inegavelmente, fazem parte das classes sociais mais baixas.

Nos últimos anos, diversas pessoas deixaram a linha da miséria e da pobreza no país e a expansão do crédito levam a um fenômeno de massa, conhecido como superendividamento.



Essa consequência, nada mais é que a constatação da falta de alfabetização financeira da população, que não sabe ainda interagir no mercado, controlando seus impulsos mais comezinhos, o que impõe uma maior responsabilidade pelos agentes financeiros também na oferta responsável de crédito.

Nosso país ainda é um país desigual, onde grande parte de sua população, a título exemplificativo, vive em precárias condições, podendo-se elucidar com a informação que 16 milhões de pessoas vivem em condições de extrema pobreza.

O papel da Defensoria Pública na educação financeira

Atenta a essa realidade, nossa Constituição Federal, pensando no princípio de acesso universal à Justiça, enquanto princípio que consagra o direito de se ter direitos, criou a Defensoria Pública.

A Defensoria Pública que vem insculpida na Constituição Federal como instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados.

Nesse sentido destaca-se o regramento legal da atribuição da educação em direitos: art. 4º, da LC 80/94, o ponto de partida que liga o papel da Defensoria na educação financeira. Justamente um mecanismo hábil a suprir a lacuna legal, notadamente na Lei de Diretrizes e Bases, que regulamenta a educação nacional na efetivação de uma política educacional-financeira.

Essa atuação é ampla e envolve, não somente funcionar como instrumento de demandas perante o Judiciário, como também, a atuação na proteção dos grupos vulneráveis, a atuação na formulação de políticas públicas e, claro, a atuação extrajudicial, como a orientação e educação em direitos.

Nessa peculiar atribuição, a educação em direitos é um gênero que envolve a educação financeira, como forma de evitar-se o litígio, evitar problemas aos consumidores derivados na falta de conhecimento e informações claras e adequadas dos produtos e serviços, notadamente, os financeiros.

Segundo Zygmunt Bauman, no século XXI, com a flexibilização do mercado de trabalho e o declínio do Estado de bem-estar social, os novos pobres são os excluídos do consumo, do mercado globalizado, da sociedade que conhecemos como “sociedade e crédito e de consumo”.

O superendividamento é uma crise de solvência e de liquidez do consumidor (com reflexos em todo o seu grupo familiar), crise que facilmente resulta em sua exclusão total do mercado de consumo, comparável a uma nova espécie de “morte civile”: a morte do “homo economicus”.



Atenta a realidade mundial, a legislação brasileira, avança, primeiro, numa perspectiva de atualização de sua legislação de proteção ao consumidor, para prever expressamente a proteção ao consumidor superendividado, ao mesmo passo que avança ao discutir a inclusão, na grade escolar, a disciplina de educação financeira.

Desta forma, a despeito da previsão constitucional de orientação jurídica, a legislação que regulamenta as atribuições institucionais da Defensoria Pública traz, ao menos em destaque, a orientação jurídica², a promoção da cidadania,³ e claro, a defesa dos direitos e interesses individuais, difusos, coletivos e individuais homogêneos e dos direitos do consumidor.⁴

A proteção dos direitos humanos, envolve inegavelmente uma proteção à educação e essa ligação à defesa dos direitos humanos, igualmente considerado um direito fundamental, levam à conclusão que a Defensoria Pública tem como papel principal a proteção do consumidor, do consumidor carente e um mecanismo para atingir essa finalidade institucional é através da educação financeira.

A educação financeira e o direito do consumidor

Consumidor é toda pessoa, física ou jurídica, que adquire ou utiliza um produto ou serviço como seu destinatário final, sem olvidar a fidejussão da coletividade de pessoas, ainda que indeterminadas, que intervenham nas relações de consumo.

Dentre os princípios que regem a proteção deste consumidor, merece destaque o reconhecimento de sua vulnerabilidade e a necessidade de ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor, seja através de iniciativa própria, seja através da educação e informação de fornecedores e consumidores, quanto a seus direitos e deveres, com vistas à melhoria do mercado de consumo.

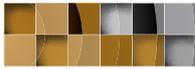
Com isso, perfeitamente encontra-se um liame na atuação da Defensoria Pública, enquanto órgão de Estado, que intervenção para garantir esse direito à educação que é princípio básico deste consumidor.

Acrescente-se a isso, que a política nacional das relações de consumo, que tem por objetivo, dentre outros, o atendimento das necessidades dos consumidores e a proteção de seus interesses econômicos, para sua execução tem como instrumento primeiro a manutenção de assistência jurídica, integral e gratuita, ao consumidor carente.

A leitura deste dispositivo legal deve ser vista em consonância com o artigo 5º, LXXIV, o qual consagra o dever estatal, enquanto direito fundamental, de assistência jurídica e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.

A instrumentalização desta garantia, dá-se através da Defensoria Pública, *ex vi*, do artigo 134 da Lei Maior.

Quando se fala em educação financeira, fala-se em preparar o consumidor para que possa interagir no mercado de consumo de forma livre e consciente, tomando decisões que lhe garantam um mínimo de dignidade, afastando o risco de um superendividamento.



Esse direito à informação é um direito básico, consagrado no artigo 6º, III da Lei 8.078/90, que preceitua a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, tributos incidentes e preço, bem como os riscos que apresentem.

Destaque aqui se faz que num contrato de mútuo feneratício, raramente para não negar peremptoriamente, tem se visto que o consumidor é alertado para os riscos do endividamento excessivo.

Não se mostra claro ao consumidor, muitas das vezes, que ao tomar uma modalidade de crédito ao invés de outra, as consequências são enormes ou então, que muito melhor seria poupar ao invés de tomar o crédito, antecipando de forma desnecessária uma aquisição que não se mostra necessária e premente.

Conclusão

Com isso, vê-se, claramente, que não existe formulação extraordinária para solucionar os problemas da sociedade no que tange ao acesso ao crédito em uma abordagem macroeconômica.

Trabalhar a educação do consumidor, desde sua primária alfabetização, introduzir no seio familiar a integração para discussão das rendas, do caminho a seguir pela família, disseminar a importância de uma educação financeira como grade curricular, para incentivar, desde a tenra idade a o cidadão, preparando-o para viver na sociedade moderna, sem claro, olvidar da incessante luta pela redução das desigualdades sociais e erradicação da pobreza, que, além de ser uma atribuição da Defensoria Pública no país é um objetivo da Republica Federativa do Brasil, conforme previsto na Constituição Federal.



Bibliografia

MATTA, R. O. R. Oferta e demanda de informação financeira pessoal: o programa de educação financeira do banco central do Brasil e os universitários do Distrito Federal. 2007. 214 p. Dissertação (Mestrado em Ciência da Informação) - Faculdade de Economia, Administração, Contabilidade e Ciência da Informação, Universidade de Brasília, Brasília, 2007

BENJAMIN, Antônio Herman V. Manual de Direito do Consumidor/ Antônio Herman V. Benjamin, Cláudia Lima Marques, Leonardo Roscoe Bessa - 4.ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

BULOS, Uadi Lammêgo. Constituição Federal anotada. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

NOVELINO, Marcelo. Manual de Direito Constitucional – 9. Ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

¹ Segundo relatório do Pnad 2012 (Pesquisa Nacional por amostras de domicílios) com dados do IBGE de 2011.

² Lei Complementar 80/94, artigo 4º, inciso I

³ Lei Complementar 80/94, artigo 4º, inciso III

⁴ Lei Complementar 80/94, artigo 4º, inciso VIII



Direito a saúde: saúde suplementar Do contrato de plano de saúde e a aplicação do Código de Defesa do Consumidor segundo os entendimentos sumulados pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

***Right to health: supplementary health
The health plan contract and the application of the Consumer Protection
Code according to the understandings summoned by the Court of Justice
of the State of São Paulo***

Leandro de Marzo Barreto
Defensor Público do Estado de São Paulo
marzobarreto@hotmail.com

Resumo

Trata-se de artigo que objetiva analisar o direito fundamental social à saúde sobre o enfoque do contrato de plano de saúde e a aplicação do Código de Defesa do Consumidor. Considerando a natureza do contrato atípico, em que são envolvidas diversas relações jurídicas para o fim da eficaz e célere prestação de serviço de saúde suplementar, o contrato padrão sofre a intervenção das normas regulamentares do setor.

Reforçam a aplicação do Código de Defesa do Consumidor as características do contrato de plano de saúde, que são a sua essencialidade e sua extrapatrimonialidade, aliado a proteção do consumidor vulnerável e hipossuficiente.

Finalmente, mencionar-se-á entendimentos jurisprudenciais sumulados no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que estão em consonância com a natureza do contrato ora analisado e com o Código de Defesa do Consumidor.

Palavras-Chave: Saúde Suplementar. Código de Defesa do Consumidor. Súmulas do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Abstract

This article aims to analyze the fundamental social right to health about the approach of the health plan contract and the application of the Consumer Defense Code. Considering the nature of the atypical contract, in which several legal relationships are involved for the efficient and rapid provision of supplementary health care, the standard contract is subject to the intervention of the sector's regulatory standards.

The application of the Consumer Defense Code reinforces the characteristics of the health plan contract, which are its essentiality and its extra-patrimoniality, allied to the protection of the vulnerable and hyposufficient consumer.

Finally, mention will be made of jurisprudential agreements summarized in the Court of Justice of the State of São Paulo, which are in line with the nature of the contract analyzed herein and with the Consumer Defense Code.

Keywords: *Supplementary Health. Code of Consumer Protection. Summaries of the Court of Justice of the State of São Paulo.*



Introdução

O direito à saúde, após a edição da Lei n. 8.080/1990, que regulamentou as ações e serviços de saúde, executados isolada ou conjuntamente, em caráter permanente ou eventual, por pessoas naturais ou jurídicas de direito Público ou privado, complementada posteriormente pela Lei n. 9.656/1997, que disciplinou os princípios relativos a operação pelas sociedades empresárias que operam na seara da assistência à saúde, erigiu diversos institutos normativos no direito pátrio, inaugurando uma nova ordem de interpretação e aplicação do direito nesse campo em particular.

Aliado a isso, estabeleceram-se tais diplomas como complementação ou em subsídio jurídico ao direito fundamental à saúde, alçado a categoria de direito social fundamental, marcando, a partir de 1988, uma nova fase de entendimento sobre o direito à saúde e ao sistema único de saúde.

Cumprir mencionar que, a despeito das diversas alterações constitucionais e legislativas ocorridas durante três décadas no sistema jurídico positivo, há que se ressaltar que os artigos bases que fundamentam o sistema único de saúde e a exploração pelo particular da assistência à saúde complementar permaneceram incólumes, mantendo a sistemática pensada pelo Constituinte originário. Assim é que os artigos 196 e 199 da Constituição Federal estabelecem os princípios fundantes da ordem social no aspecto direito à saúde.

Além disso, o que pretende a presente abordagem é analisar os novos paradigmas contratuais, abordando a questão dos contratos atípicos ou multirelacionais, em que diversas operações jurídicas são realizadas para o atendimento de uma gama de direitos e serviços colocados a disposição dos contraentes.

Busca-se conceituar os diversos momentos de validade e existência do contrato, além de buscar aprimorar a técnica jurídica contratual para uma análise específica de como se processa e funciona o sistema de plano de saúde ou a assistência médica complementar ou suplementar, considerando os parâmetros regulamentos e a natureza das relações jurídicas entabuladas.

Outrossim, em outro tópico, buscar-se-á sustentar a aplicabilidade irrestrita do Código de Defesa do Consumidor, ainda que sobrevenha alteração legislativa excluindo de sua aplicação os contratos submetidos a regulamentação da Agência Nacional de Saúde, especialmente por se tratar de direito fundamental social.

Dentro dessa perspectiva, trazer a lume a evolução interpretativa, com lições doutrinárias anteriores ao presente século, que já entabulavam a aplicação irrestrita do Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde, mesmo antes da lei que trata da regulamentação dos planos.

Finalmente, buscar-se-á explorar, ainda que a título enunciativo e como citação, os diversos entendimentos sumulados pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que repousam os entendimentos sobre a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, e toda sua



principiologia protetiva, abordando diversos tópicos específicos em que foi permitida a atuação processual em benefício do consumidor vulnerável.

Não se entrará na abordagem dos protocolos clínicos e do direito regulamentar na área, uma vez que a abordagem centralizar-se-á no entendimento do sodalício paulista, firmado a partir da inteligência dos demais institutos que circundam o direito à saúde e a livre iniciativa limitada nessa área, realizada através das operadoras de plano de saúde.

A abordagem, nesse tópico, será meramente ilustrativa, com breves comentários, próprios ao presente estudo, singelo, a demonstrar que toda a construção jurisprudencial seguiu a tendência doutrinária, e, ainda que sobrevenha legislação restritiva acerca da (in)aplicabilidade do Direito do Consumidor aos contratos de plano de saúde, tal não será suficiente para desconstruir duas décadas de decisões judiciais no sentido de proteção ao consumidor vulnerável e garantia do direito fundamental social de saúde.

Dos contratos que tratam de assistência particular à saúde. Do contrato de Seguro.

Os contratos de plano de saúde são pactos absolutamente especializados, que não atendem diretamente à principiologia contratual clássica, exatamente porque possuem características essenciais e peculiaridades que merecem ser destacadas. Pode-se categorizá-los como contratos atípicos, cuja base interpretativa principal orienta-se pelos contratos de seguro, cuja prestação de dar submete-se a álea, certa ou incerta, gravitando toda a busca dos contratantes em resguardarem-se de eventual resultado que deve ser suportado ao final, pelo contratado ou segurador.

Nos planos de saúde não é diferente, mas que sofre a especialização própria do direito social à saúde, que determina que a todos deve ser garantido o direito à saúde. Uma vez submetido a principiologia do direito fundamental social, que engloba as prestações positivas do poder público, e considerando a autorização deste para funcionar, os particulares devem submeter-se as derrogações publicistas para melhor atendimento e operação de seus contratos, em favor dos consumidores-pacientes.

Nessa ótica, além de se tratarem de contratos atípicos, também devem, por imposição legal, sofrer a incidência do Código de Defesa do Consumidor, já que de serviço se trata, cujos consumidores são os destinatários da cláusula geral constitucional do direito à saúde. O artigo 3º, parágrafo 3º, do Código de Defesa do Consumidor, que trata do fornecedor de serviços, faz questão de frisar que os serviços de natureza securitária estão incluídos dentre aqueles que se vergam ao pálio do Código Protetivo.

Ainda que de natureza atípica, ou que mistura, pela sua especialidade, diversos institutos jurídicos, não se pode excluir os contratos de plano de saúde de diretrizes securitárias, onde se resguardam cobertura para riscos, submetidos a eventos futuros e incertos. São quatro os aspectos que devem ser abordados na relação contratual dos contratos de plano de saúde, em suma.



Por primeiro, tem-se a longa duração do contrato, pois a relação contratual dos interessados se alonga no tempo, muitas das vezes, por décadas. O tempo na contratação atinente aos planos de saúde não é somente perquirido pelas partes, mas essencial ao cumprimento das obrigações, pois o interesse do credor/consumidor não é satisfeito senão com uma prestação continuada e reiterada no tempo.

Segundo, verifica-se a formação de uma verdadeira rede contratual – atuação em rede entre mantenedora do plano, estabelecimentos de saúde e médicos conveniados, e consumidor –, que possui como causa sistemática ou supracontratual da pactuação a manutenção das relações econômicas conexas, que permitem a manutenção do fornecimento do produto e o seu consumo.

Essa situação de conexão contratual atende aos interesses dos dois polos da relação jurídica, pois a união de contratos é um meio para a satisfação de interesses que não poderiam ser realizados, na conformidade desejada pelas partes, através das figuras típicas existentes.

Interessante paradigma teórico se encontra nos modelos contratuais propostos por Ian Macneil (2001, p. 170-196). Salienta o doutrinador norte-americano que no modelo clássico o contrato possui como características a descontinuidade (atos contratuais independentes e autônomos), a impessoalidade (transação definida sem quantificar a qualidade das partes), a presentificação (contrato planeja no presente todos comportamentos futuros) e o individualismo (conduta egoísta e antagônica dos contratantes, visando a obtenção da maior vantagem econômica possível).

Já o chamado modelo relacional, em que se encontra inserto os contrato de longa duração como o dos planos de saúde, detém como peculiaridades as transações contínuas, a abertura (mutabilidade de parâmetros contratuais), a procedimentalidade ou desmaterialização do objeto (pacto se limita a estabelecer processos institucionais pelos quais os termos de trocas e ajustes serão especificados no curso do cumprimento contratual), a alta exigência de relações primárias e a cooperação e solidariedade (contrato estabelece processos de cooperação interorganizacional na atividade comercial).

No que tange aos interesses dos fornecedores, tanto em suas relações internas quanto nas relações com os consumidores, a contratação com conexão está embasada na cooperação que visa baixar custos, diminuir riscos e aumentar a eficiência (produtiva e de vendas), em um mercado marcado pela competitividade e especialização dos agentes econômicos. Sob o prisma dos consumidores, é inegável que esta espécie de contratação lhes concede vantagens, eis que obtém melhores financiamentos, compram o bem mais barato, com menos custo de informação e com menor risco.

Além disso, o elemento tempo é também objeto de proteção, uma vez que a medida que as relações comutativas perduram no tempo, mais segurança se observa no risco a que se submete o beneficiário do plano de saúde, de modo que as proteções submetidas a evento futuro e incerto, podem ser resguardadas de acordo com a progressão relacional que esses contratos encerram.

Conforme acentua RICARDO LORENZETTI, os consumidores “compram el bien más barato porque hay costos que se prorratan entre el grupo, obtienen mejores financiaciones



porque representam um volúmen económico más interesante para el financista, y muchas otras ventajas” (1999, p.45).

Ademais, em diversas situações apenas a diluição de custos e riscos entre o grupo permite a comercialização de determinado produto, como ocorre no caso dos planos de saúde, uma vez que o custo operacional se mostra excessivamente caro, e somente a inclusão do tempo nos cálculos atuariais permitem que se chegam a um resultado esperado com o mínimo de incerteza e o máximo de garantias.

Ainda, há que se ressaltar que o terceiro tópico que merece destaque é o fato de os contratos de planos de saúde serem pactos cujo objeto possui um enorme grau de essencialidade à vida humana. Ao instituir o chamado paradigma da essencialidade, refere TERESA NEGREIROS que cabe ao intérprete diferenciar os pactos que contenham interesses extrapatrimoniais (por exemplo, garantia à saúde) daqueles em que as obrigações assumidas sirvam unicamente para a satisfação de interesses patrimoniais (distinguindo ainda as situações patrimoniais qualificadas em função da utilização existencial do bem contratado), aumentando a intervenção legislativa (interferências estatais na autonomia privada e no domínio econômico) e judicial, conforme o grau de utilidade existencial atribuído ao bem contratado, o qual é enorme no caso das contratações de planos de saúde. (2006, p.122)

Essa essencialidade, como já destacado alhures, no que se refere ao direito fundamental social, cuja intervenção regulatória é mais acentuada, deve ser elemento previsto na composição dos preços e na garantia do risco a ser coberto, sobretudo considerando que por ser um serviço de natureza securitária, as avenças pactuadas entre as operadoras e os “clientes” sejam submetidos ao Código de Defesa do Consumidor.

Em consequência e em razão dos fatores antes mencionados, o quarto fator a ser destacado é a existência de um alto grau de dependência e catividade do consumidor para com a mantenedora e operadora do plano de saúde.

Se este novo direito dos contratos de longa duração e das redes contratuais nasce da especialização das tarefas produtivas que impõe uma racionalização da empresa e da lógica econômica – fulcrada na cooperação que visa baixar custos, diminuir riscos e aumentar a eficiência (produtiva e de vendas) das partes contratantes – é certo que representa enorme risco de imprevisibilidade, dominação e vulnerabilidade, aliada a essencialidade e a operacionalização sistêmica nos planos de validade e existência do contrato de saúde.

Mister se faz destacar que a catividade no caso dos planos de saúde advém de uma série de fatores, tais como a essencialidade do objeto do contrato, as circunstâncias pessoais dos agentes, as falhas de mercado (ex. falta de informação), a complexidade das relações contratuais, a longa duração dos pactos e os desequilíbrios de poder internos da rede de contratos, a submissão a normas regulamentares e ao Diploma Protetivo Consumerista, aumentando a margem de intervencionismo estatal e judicial, a proteção da essencialidade que os contratos objetivam securitizar.

Além disso, o aumento da importância do fator tempo, principalmente atinente ao planejamento futuro no contrato relacional, pode representar enorme risco de imprevisibilidade, dominação e vulnerabilidade do consumidor, sendo que esta noção de catividade ou



dependência deve ser entendida no contexto atual, de indução ao consumo através de publicidade massiva e agressiva e de insegurança quanto ao futuro, o que, além de racionalizar a interpretação judicial, autoriza que a intervenção se dê com muito mais razão, para que os riscos assegurados sejam efetivamente suportados pelas operadoras de plano de saúde, quando efetivamente ocorrerem nas relações contratuais individuais.

Assim é que tais contratos, atípicos por natureza, submetidos a um complexo sistêmico de relações jurídicas e cuja principiologia se aproxima dos contratos de seguro, é bom que se ressalte, sem exaurimento da temática, que :

- i. A natureza jurídica do contrato de prestação de serviço complementar de saúde insere-se nos contratos comutativos de longa duração, cujas prestações de trato sucessivo se prolongam no tempo e cuja essencialidade é traço marcante de sua ontologia, e cuja finalidade é a securitização dos riscos sociais na área do direito fundamental social de saúde;
- ii. A própria essencialidade é o objeto perquirido pelo contrato, justamente para garantir o evento futuro e incerto – a álea – que é o serviço de saúde buscado pelo consumidor;
- iii. O custo operacional do contrato é pago no início, quando o serviço é menos utilizado – fator tempo – e a manutenção da base atuarial nada se relaciona com o implemento de condições outras, como a idade, a regulamentação política e administrativa, a intervenção judicial, a incidência de normas de proteção ao consumo, etc, uma vez que tudo é previsto ou ao menos previsível, de modo que deva compor o custo inaugural da operação de determinado plano ou serviços-base, além de que a sistemática da operação de saúde proporciona a criação de rede dinâmica e interrelacional de serviços suficiente a suportar os gastos vertidos pelos segurados;
- iv. A correspectividade é analisada sob o enfoque integral do contrato, isto é, com relação ao tempo de duração da avença, e não, exclusivamente, sobre a prestação objetiva contratada, de modo bilateral – vale dizer, não se analisa quando o serviço é prestado, mas sim quanto tempo o segurado ou conveniado demorou para utilizar o serviço de saúde.

Aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos contratos de saúde

Ainda que as normas regulamentares e a legislação intervencionista que operam na área do direito à saúde pública ou complementar, um dos tópicos que mais merecem destaque, especialmente no que se refere ao contrato de saúde, tal qual delimitado e aprovado pela Agência Nacional de Saúde, é a incidência do Código de Defesa do Consumidor.

O Código Protetivo dos Consumidores é instrumento jurídico apto a garantir a proteção aos consumidores de plano de saúde privado, em complementação ao Sistema Único de Saúde. Certo que os princípios estabelecidos nas legislações de regência, que disciplinam os instrumentos normativos relacionados a implementação do direito fundamental social de saúde



– Lei n. 8.080/90 e Lei n. 9.656/1997 não excluem a tipificação dos contratos de plano de saúde como verdadeiros contratos de consumo, uma vez que as principais características de se tratar de relação encontram-se nele discriminadas.

Vale dizer, trata-se de prestação de serviço, oferecida e prestada pelo fornecedor, existência inegável de posição de vulnerabilidade do contratante ou beneficiário do plano de saúde, bem como sua posição hipossuficiente técnica e jurídica, já que não dispõe de condições de aferir a interrelacionalidade e tecnicidade dos tratamentos e produtos colocados a sua disposição, de modo a dispor livremente delas, sem mencionar a total adesão a planos adrede preparados, a partir de normas regulamentares da Agência Nacional de Saúde. A definição eventual existente a respeito dos direitos dos usuários nas leis que tratam do serviço público ou privado de saúde não exclui, ao contrário, complementam, aqueles outros destinados a proteção do consumidor ao entabularem os contratos de saúde.

A relação jurídica avençada, no caso em tela, caracteriza-se como uma relação de consumo, disciplinada por normas de ordem pública e interesse social, assim como o são as normas que tratam do direito fundamental social de saúde. Normas que pelo seu grau de essencialidade submetem-se ao direito regulamentar na área específica, e na execução final pela operadora de plano de saúde, ainda invocam a proteção do código consumerista, tudo a propiciar a maior proteção dos beneficiários dos planos de saúde.

Em razão de tal característica, reforçado pelo parágrafo 3º do artigo 3º da Lei n. 8.078/90, que não exclui de seu âmbito de incidência os serviços de natureza securitária, mister impedir o emprego de interpretações restritivas das cláusulas contratuais e a exploração da vulnerabilidade do consumidor.

O contrato firmado entre beneficiários do serviço autorizado de saúde e as operadoras de planos de saúde encerra contrato padronizado de adesão. Além disso, já encontra, por autorização regulamentar da Agência Nacional de Saúde, normas base que devem ser respeitados, o que não permite a elaboração conjunta das partes, mas sim o pré-estabelecimento de todo o seu conteúdo por parte do fornecedor de serviços. É ele que detém o controle produtivo e a rede de serviços a ser oferecidos aos contratantes do plano de saúde.

Não há dúvida de que a saúde, analisada sob o enfoque de relação entre privados, mas que sofre forte influência estatal, pela essencialidade e extrapatrimonialidade do direito em tela – direito fundamental social, na ocasião em que o consumidor opta por adquirir outros meios para tratá-la sem precisar depender do setor público, representa típica relação de consumo, sobre a qual incidirão as disposições do Código de Proteção e Defesa do Consumidor.

Nesse sentido, em balizador artigo, Menezes Direito, sem esgotar a temática, mas estabelecendo parâmetros sólidos, firma posicionamento preciso a respeito, que deve ser trazido a baila:

(...) Para bem analisar a relação entre o Código de Defesa do Consumidor-CDC e a legislação especial sobre planos privados de assistência à saúde, e identificar se existem conflito de normas, sugerindo formas de resolução das mesmas, gostaria de destacar dois pontos: em primeiro, a origem constitucional do CDC, a superior hierarquia da proteção do consumidor como direito e mandamento constitucional (Art. 5º, XXXII, CF/88), e como limite constitucional à livre iniciativa dos operadores de planos privados de



assistência à saúde (Art. 170, V, CF/88). Sem querer entrar na discussão sobre o direito constitucional à saúde, há que se considerar hoje que estes "planos" operados por fornecedores, com intuito de lucro e com livre iniciativa permitida pela CF/88 (Art. 199 CF/88), são relações de consumo e os usuários são pessoas físicas, destinatários finais dos serviços, consumidores, pelo Art. 2º do CDC, de serviços remunerados prestados por fornecedores organizados em cadeia de fornecimento de serviços (Art. 3º e Art. 3º, §2º do CDC), são terceiros vítimas, terceiros expostos e representantes ou terceiros intervenientes, considerados todos consumidores equiparados (Art. 17, 29 e Art. 2º, parágrafo único do CDC). Em segundo lugar, pois, há que se destacar o fato de, no ordenamento jurídico brasileiro hoje, constituírem todos os contratos de Planos Privados de Assistência à Saúde, objeto da Lei 9.656/98 relações de consumo, reguladas também pelo Código de Defesa do Consumidor, Lei 8.078/90. Mencione-se, porém, inicialmente com o Prof. e Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, que 'dúvida não pode haver quanto à aplicação do Código do Consumidor sobre os serviços prestados pelas empresas de medicina de grupo, de prestação especializada em seguro-saúde (sic). A forma jurídica que pode revestir esta categoria de serviço ao consumidor, portanto, não desqualifica a incidência do Código do Consumidor. O reconhecimento da aplicação do Código do Consumidor implica subordinar os contratos, aos direitos básicos do consumidor, previstos no art. 6º do Código(...). (DIREITO, 1994, p. 312-316).

Ou seja, na medida em que se está a verificar que o beneficiário do plano de saúde enquadra-se no conceito de consumidor, e a operadora de plano de saúde enquadra-se no conceito de fornecedor, inegável que a aplicação do Código de Defesa do Consumidor é medida que deve ser buscada pelos operadores do direito.

Vale a ressalva, também, que eventual alteração legislativa que venha a modificar tal exegese, criando norma jurídica abstrata inovadora do mundo jurídico impeditiva da configuração de contrato de consumo para os contratos-bases de plano de saúde, poderá, sem embargo de opiniões em contrário, ser rechaçada de inconstitucional, uma vez que a essencialidade e características contratuais do direito de saúde estão protegidas pelo pálio constitucional do direito fundamental social. É dali que se extraem as consequências jurídicas que fazem com que a submissão ao Código do Consumidor seja interpretação mais consoante aos ditames de âmbito de alcance do direito à saúde, pública e complementar.

Entendimentos Sumulados no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Estabelecida a natureza contratual dos contratos de plano de saúde, e demonstrado que a incidência do Código de Defesa do Consumidor decorre da própria natureza do serviço prestado, sem a exclusão de outros direitos e garantias que se reconheçam na interpretação do sistema específico do direito fundamental social de saúde, importante trazer ao presente artigo breve comentário as Súmulas do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que se inclinam para adoção dos entendimentos esposados alhures, de modo a estabelecer um viés interpretativo seguro na implementação do direito à saúde.

A Súmula 90 do Pretório Excelso Bandeirante prescreve: "Havendo expressa indicação médica para a utilização dos serviços de home care, revela-se abusiva a cláusula de exclusão inserida na avença, que não pode prevalecer".



Interessante notar que o entendimento sumulado reputa não escrita a cláusula que exclui determinado serviço solicitado pelo facultativo, no sentido de que atendimento em casa do beneficiário do plano de saúde – serviço de home care. Vale dizer, existindo expressa indicação do médico responsável, ainda que aja cláusula de exclusão, o serviço de *home care* deve ser prestado pela operadora do plano de saúde.

De se ver que a própria inteligência da súmula, que não oferece nenhuma ressalva, a não ser a expressa necessidade de indicação médica, demonstra a aplicação dos princípios do Código de Defesa do Consumidor, em especial aquele que diz respeito a proteção do consumidor hipossuficiente.

Na mesma esteira é possível citar as seguintes súmulas, trazida a baila em sua integralidade, que tratam das consequências da adoção do Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde. Vejam-se o teor das Súmulas 92, 93, 95 e 96, respectivamente:

Súmula 92: 9 É abusiva a cláusula contratual de plano de saúde que limita o tempo de internação do segurado ou usuário (súmula 302 do STJ). Súmula 93: A implantação de stent é ato inerente à cirurgia cardíaca/vascular, sendo abusiva a negativa de sua cobertura, ainda que o contrato seja anterior à Lei 9.656/98. Súmula 95: Havendo expressa indicação médica, não prevalece a negativa de cobertura do custeio ou fornecimento de medicamentos associados a tratamento quimioterápico. Súmula 96: Havendo expressa indicação médica de exames associados a enfermidade coberta pelo contrato, não prevalece a negativa de cobertura do procedimento. (Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo).

O que vale menção é a aplicação dos princípios de proteção ao consumidor mesmo para os contratos anteriores a vigência da Lei de Plano de Saúde, demonstrando que a essencialidade e extrapatrimonialidade dos contratos atípicos que operam no direito fundamental social de saúde sustentam interpretações judiciais de proteção ao consumidor vulnerável.

Outrossim, insumos e procedimentos circunstanciais, quando necessários ao tratamento médico prescrito pelo facultativo são indissociáveis da prestação oferecida nos contratos de saúde complementar, mesmo que não regulamentados ou ainda que estejam impressos, nos contratos individuais, em cláusula negativa de cobertura.

Isto é, existindo expressa indicação médica, a negativa de cobertura pela operadora do plano de saúde a determinado tratamento, insumos ou aparelhos necessários ao procedimento objetivado pelo médico não prevalece. Isto é, a previsão contratual é reputada abusiva, e por consequência, nula, como prescreve o Código de Defesa do Consumidor, nos princípios referentes a intangibilidade contratual, que resta flexibilizada para a proteção do consumidor vulnerável. O mesmo se diga em relação a cláusulas contratuais que limitam tempo de internação ou limite para reestabelecimento da saúde.

O que se nota, com precisão, é que o Tribunal de Justiça de São Paulo consolidou os entendimentos de que as cláusulas abusivas nos contratos de plano de saúde são nulas, devendo a exegese seguir a determinação médica, quando o facultativo aponta para determinado procedimento ou tratamento de saúde indispensável a saúde do paciente, consumidor de plano de saúde.



Além disso, vale a menção das demais súmulas que tratam especificamente sobre pontos específicos, todas no sentido de que o contrato de plano de saúde admite a aplicação principiológica do Código de Defesa do Consumidor, considerando que todo o vetor interpretativo decorre da maior proteção ao consumidor vulnerável.

Outros entendimentos jurisprudenciais sumulados do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo indicam a prevalência da essencialidade do contrato de plano de saúde, prevalecendo o direito fundamental social de saúde em detrimento de cláusulas contratuais ou questões circunstanciais em relação ao contrato de plano de saúde, como a tabela de reajuste ou a inadimplência de uma ou algumas poucas mensalidades, bem ainda a questão da legitimidade contratual nos planos coletivos.

Súmula 97: Não pode ser considerada simplesmente estética a cirurgia plástica complementar de tratamento de obesidade mórbida, havendo indicação médica. Súmula 91: Ainda que a avença tenha sido firmada antes da sua vigência, é descabido, nos termos do disposto no art. 15, § 3º, do Estatuto do Idoso, o reajuste da mensalidade de plano de saúde por mudança de faixa etária. Súmula 94: A falta de pagamento da mensalidade não opera, per si, a pronta rescisão unilateral do contrato de plano ou seguro de saúde, exigindo-se a prévia notificação do devedor com prazo mínimo de dez dias para purga da mora. Súmula 102: Havendo expressa indicação médica, é abusiva a negativa de cobertura de custeio de tratamento sob o argumento da sua natureza experimental ou por não estar previsto no rol de procedimentos da ANS. Súmula 105: Não prevalece a negativa de cobertura às doenças e às lesões preexistentes se, à época da contratação de plano de saúde, não se exigiu prévio exame médico admissional. (Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo).

Cabe mencionar que as citações dos precedentes jurisprudenciais objeto de conclusão em súmulas de julgamento, para orientação da exegese jurídica no tópico direito à saúde complementar indicam a preocupação do Pretório Bandeirante garantir a máxima proteção ao consumidor vulnerável, em diversos aspectos e tópicos que envolvem o direito a saúde.

Além disso, vale pontuar que as citações das súmulas, sem comentário específico, que foge ao âmbito do presente artigo, que serve para um panorama geral sobre a temática, indica a complexidade do marco legal dos planos regulamentados, e a importância de que a atuação legislativa e política observe a construção interpretativa realizada pelo Tribunal do Estado de São Paulo, que encontra ressonância do Superior Tribunal de Justiça, inclusive, para a preservação dos direitos erigidos, que circundam o direito fundamental social de saúde.

Finalmente, vale a menção da Súmula 100 do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, tudo a demonstrar a juridicidade da aplicação de normas de ordem pública para o setor, fundamentando a aplicação principiológica do direito do consumidor, mesmo quando a contratação tenha se dado anteriormente a vigência das leis de regência: “O contrato de plano/seguro saúde submete-se aos ditames do Código de Defesa do Consumidor e da Lei n. 9.656/98 ainda que a avença tenha sido celebrada antes da vigência desses diplomas legais”.



Conclusão

Com efeito, o direito fundamental de saúde é consubstanciando, especificamente nos artigos 196 e 199 da Constituição Federal. O primeiro trata do Sistema Único de Saúde. O segundo, da permissão constitucional pela exploração do serviço pelos particulares, que se submetem a autorização prévia, mas regulamentada, da exploração do serviço.

Além disso, considerando as normas de ordem pública a que se submete o setor, eventuais alterações legislativas não terão o condão de macular a aplicabilidade da principiologia consumerista, para a proteção do consumidor de plano de saúde, vulnerável e hipossuficiente.

Insista-se, mesmo que aja eventual alteração legislativa, como a pretendida pelo projeto de lei 7.419/2006 e apensados, que trará novo marco legal para o setor de saúde suplementar, e, ainda que seja incluída norma excluindo o Código de Defesa do Consumidor do âmbito de aplicação dos contratos de plano de saúde, tal norma será reputada de inconstitucional, seja pela natureza dos contratos atípicos e multirrelacionais de plano de saúde, seja em razão da previsão expressa no texto constitucional sobre o direito fundamental social de saúde e a intervenção estatal nesse setor, para garantia da essencialidade extrapatrimonial do objeto dos contratos atípicos de plano de saúde.

Além disso, como já reconhecida por diversas decisões jurisprudenciais e sumulado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, a aplicação do Código de Defesa do Consumidor é possível mesmo aos contratos firmados antes do ano de 1990, isto é, de sua vigência, e até mesmo antes do marco legal do setor, que é a Lei n. 9.656/1998, o que já indica sua natureza de ordem pública, a proteção da aplicação e interpretação do direito ora em discussão.

Assim, tratam-se de normas de ordem pública, que sofrem as derrogações legais dessa sistemática interventiva, uma vez que a saúde complementar decorre do sistema constitucional pátrio adotado para o direito fundamental de saúde, que autoriza aos particulares a exploração do serviço, desde que submetidos aos preceitos das legislações de regência: Código de Defesa do Consumidor, Lei dos Planos de Saúde e regulamentações da Agência Nacional de Saúde.



Referência

DIREITO, Carlos Alberto Menezes, O Consumidor e os planos de saúde, in Revista Forense, vol. 328,out/dez.1994, p.312 - 316.

LORENZETTI, Ricardo Luis. Esquema de uma Teoria Sistemica del Contrato. Revista de Direito do Consumidor. n. 33, São Paulo: Revista dos Tribunais, jan/mar 2000;

LORENZETTI, Ricardo Luis. Redes Contractuales: conceptualización jurídica, relaciones internas de colaboracion, efectos frente a terceros. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS. n. 16, Porto Alegre: Síntese, p. 171-202, 1999 e Revista de Direito do Consumidor, n. 28, out-dez 1998, p. 24-28 e LORENZETTI, Ricardo Luis. Tratado de los Contratos. t. 1, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1999;

MACNEIL, Ian. The Relational Theory os Contract: selected works of Ian Macneil. Londres: Sweet & Maxwell, 2001;

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. Contratos Relacionais e Direito do Consumidor. São Paulo: Max Limonad;

MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002;

MARQUES, Cláudia Lima; SCHMITT, Cristiano Heineck. “Visões sobre os planos de saúde privada e o Código de Defesa do Consumidor”. Disponível em:<http://www.saude.ba.gov.br/conferenciaST2005/cdrom/CD%20colet%C3%A2nea%20leis%20e%20texto>, em 02.04.2016.

NEGREIROS, Teresa. Teoria do Contrato: Novos Paradigmas. Rio de Janeiro: 2006, 2ª edição.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.
<http://www.tjsp.jus.br/Download/SecaoDireitoPrivado/Sumulas.pdf>, em 01.05.2018



A proteção de dados pessoais do consumidor nas transações efetuadas por meio da rede mundial de computadores: breves considerações à luz do direito à intimidade e dos princípios protetivos do Código de Defesa do Consumidor

The protection of consumer's personal data in transactions made through the World Wide Web: brief considerations in light of the right to privacy and the protective principles of the Brazilian Code of Consumer Protection and Defense

Renata Oliva Monteiro Matos

Defensora Pública do Estado de São Paulo e Mestre em Direito Civil pela FDUSP

Paulo André Costa Carvalho Matos

Defensor Público do Estado de São Paulo

Resumo

Trata o artigo da proteção dos dados pessoais do consumidor nas transações efetuadas por meio da rede mundial de computadores, tema atual e que merece uma legislação específica a respeito. Parte-se de uma breve análise sobre o direito à intimidade destacando-se sua origem, evolução e configuração atual para, posteriormente, tratar-se especificamente da proteção de dados pessoais nas referidas transações. A matéria é de extrema relevância, uma vez que a utilização indevida dos dados pessoais pode ensejar o mapeamento dos consumidores, criação de perfis, e outras condutas discriminatórias, que podem até mesmo resultar na restrição de acesso à crédito, bens e serviços, prejudicando em especial a população hipossuficiente. Considerando a relevância do tema e, em que pese a inexistência de legislação específica, o que seria extremamente salutar, o ordenamento jurídico já fornece subsídios para salvaguardar o consumidor contra a utilização de seus dados pessoais sem seu consentimento ou com desvio de finalidade. Neste sentido, mencionam-se a proteção constitucional do direito à intimidade, em especial considerando a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, assim como os princípios protetivos previstos no Código de Defesa do Consumidor, ressaltando-se a proibição de práticas abusivas, dever de segurança imposto ao fornecedor e direito do consumidor a ter informações claras, os princípios da prevenção e reparação integral e a previsão de que os dados cadastrais devem ser objetivos, claros e verdadeiros, sendo possível a correção de dados equivocados.

Palavras-chaves: Intimidade. Dados pessoais. Consumidor.

Abstract

This article is about the protection of consumer's personal data in transactions made through the World Wide Web, a subject which is very current and deserves specific legislation. Starting with a brief analysis about the right to privacy, especially its origin, evolution, and present configuration, we will later discuss the protection of personal data specifically in these transactions. This is an extremely relevant matter, since the wrongful use of personal data can give rise to consumer mapping, profiling, and other discriminatory conducts, which can even result in restricted access to credit, goods, and services, thus damaging, especially, the poorer part of the population. Considering the theme's relevance and despite the lack of specific legislation, which would be extremely beneficial, we note that the current legal framework already offers subsidies to safeguard consumers against the use of their personal data without consent or for purposes other than those stated. In this sense, we can mention the constitutional protection of the right to privacy, especially considering the horizontal efficacy of fundamental rights as well as the protective principles present in the Code of Consumer Protection and Defense, such as the prohibition of abusive practices, the supplier's security obligation, the consumer's right to have clear information, the principles of effective prevention and reparation, and the provision that consumer registrations and data must be objective, clear, and truthful, and that inaccurate information can be immediately corrected.

Keywords: Privacy. Personal data. Consumer.



Introdução: apresentando o problema

O presente artigo nasce da genuína curiosidade dos autores sobre o tema em comento. Não tem, como nenhum artigo poderia ter, a pretensão de exaurir as discussões sobre o assunto, longe disso, espera-se apenas, atualizando trabalhos já desenvolvidos, retomar alguns passos importantes do reconhecimento do direito à intimidade, contextualizando-o com sua dimensão atual na chamada sociedade da informação, na qual ocorre progressiva proliferação dos mais diversos bancos de dados pessoais formados à partir das transações eletrônicas. Pretende-se, portanto, falar sobre a proteção destes dados, à luz do direito à intimidade e da aplicação dos princípios protetivos do Código de Defesa do Consumidor.

Direito à intimidade

O ser humano, naturalmente, vive em sociedade, o que, por outro lado, não anula a natureza individual de cada membro da espécie. Essa individualidade, característica também inata e exacerbada pelo processo de evolução cultural, é ressaltada na esfera privada do sujeito, em seu âmbito restrito e, algumas vezes, exclusivo, em que se encontram guardados os mais importantes elementos de sua personalidade.

O Direito à intimidade classicamente se caracterizava pela possibilidade de excluir terceiros de certas situações pessoais. Trata-se, sem dúvida, de típico direito da personalidade ou direito fundamental de primeira dimensão para os que preferem tal tipo de abordagem¹.

Nas sociedades primitivas, todavia, vigia uma espécie de sentimento coletivo, ficando relegado a um plano menor a ideia de uma esfera particular do indivíduo². Com o passar do tempo, porém, como aponta Amaro Moraes e Silva Neto *o direito à vida deixou de ser apenas o direito de viver para se tornar o direito de fruir da vida, que abrange, entre outras coisas, o direito de ser deixado só*³. Verifica, assim, um processo de positivação de direitos que, paulatinamente, foi fortalecendo o indivíduo em face da coletividade e, posteriormente, do Estado. O direito a intimidade, todavia, recebia uma proteção de forma reflexa, com fundamento no direito à propriedade, à honra, o direito contratual, a inviolabilidade de domicílio e de correspondência⁴.

É no Século XIX, com o avanço dos meios de comunicação, que se constata, todavia, a necessidade de proteção do direito à intimidade como um direito autônomo. Como marcos deste processo, costumam ser citados um julgado do Tribunal Civil de Sena em 1858 e o famoso artigo de Warren e Brandeis, *The right to privacy*, datado de 1890, o qual lançou as bases da proteção à intimidade como o direito de estar só (*"The right to be alone"*)⁵. Comentando sobre a autonomia do direito à intimidade, Carlos Alberto Bittar entende que este pode ser definido por um *núcleo próprio* distinguindo-se do direito à imagem e à honra, vislumbrando-o entre os direitos de cunho psíquico⁶. Já na clássica obra de Paulo José da Costa Júnior, é dito que *"honra é a dignidade pessoal refletida na consideração alheia e no sentimento da própria pessoa. O direito à intimidade, pelo contrário, é o direito de que dispõe o indivíduo de não ser arrastado para a ribalta contra a vontade (...) a tutela da intimidade é independente da tutela da honra.*



*Assim, poderá vir a ser ofendida a honra, sem que venha a ser atingida a intimidade. Ou poderá ser lesada a intimidade, sem que seja golpeada a honra*⁷.

O Constituinte Originário de 1988, seguindo tendência de outros diplomas internacionais⁸, expressamente consagrou a proteção à intimidade estabelecendo no art. 5º, inciso X, serem *invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas*. Tal previsão normativa, de início, trouxe um relevante problema, sobre o qual parte da doutrina se debruça, que é o da distinção entre intimidade e vida privada. Perfilhamos o entendimento de que, a rigor, a distinção se dá pelo nível de exclusão de terceiros, sendo a intimidade *stricto sensu* um plano de acesso mais restrito que a vida privada (privacidade), nas palavras de Tércio Sampaio Ferraz Júnior *no recôndito da privacidade se esconde pois a intimidade. A intimidade não exige publicidade porque não envolve direitos de terceiros. No âmbito da privacidade a intimidade é o mais exclusivo dos seus direitos*⁹. Muitas vezes, porém, os termos são tratados como sinônimos, não sendo tecidas grandes distinções¹⁰, prática recorrente na doutrina nacional, motivo pelo qual também serão empregados desta forma no presente artigo, utilizando a expressão "intimidade em sentido estrito", para fazer referência à esfera mais restrita, sem nos esquecermos, todavia, que relevante parcela da doutrina, pela atualidade e suposta abrangência prefere o emprego do termo privacidade.

Direito à intimidade na internet?

Com os avanços tecnológicos do mundo contemporâneo, ainda seria possível se pensar no direito à intimidade? Teria a *internet* com seus bancos de dados, redes de relacionamento, mídias virtuais, arquivamento ilimitado, etc, abolido o direito à intimidade? A resposta a tais questionamentos foge da simplicidade.

Hodiernamente, é praticamente impossível se pensar em uma esfera de segredo onde vige a completa exclusão de qualquer interferência. Prova disso é a existência de micro-câmeras, equipamentos avançados de escuta e vigilância, drones, lentes de zoom inimagináveis, monitoramento por satélites, etc. Isso sem mencionar o monitoramento de dados e metadados, projetos Echelon e PRISM - este último denunciado por Edward Snowden (ambos atribuídos a Agência de Segurança Nacional dos Estados Unidos da América atingindo não somente o direito à intimidade, mas também a própria inviolabilidade da comunicação de dados), e, mais recentemente, o escândalo envolvendo o Facebook e a Cambridge Analytica.

Amaro Moraes da Silva Neto, em seus precursores escritos, era enfático ao afirmar:

Se, no Mundo Físico a invasão à nossa privacidade dá mostras de ímpar crueldade, no sistema neuro-social que se resolveu designar como ciberespaço essa invasão alcança cores que buscam sua pigmentação entre o sádico e sórdido...

Tudo leva a crer que voltamos a ser como os habitantes daquelas primeiras tribos, onde todos sabiam tudo sobre todos (ressalvados os chefes que sabiam muito mais). De certo modo, comunicamos-nos com sinais de fumaça (que todos vêem) ou com tambores (que todos ouvem). A roda girou trezentos e sessenta graus, voltamos ao ponto inicial. Novamente a ausência de privacidade tem vez. Talvez David Brin esteja certo quando afirma que a



privacidade deverá acabar e é bom refletirmos sobre isso. Afinal, nem mesmo no útero materno a privacidade é autorizada. O ultra-som não consente...¹¹.

Entendemos, todavia, que, ao contrário do que concluiu o citado autor, é justamente agora, quando a evolução técnica parece querer subtrair do indivíduo sua intimidade, que a proteção deste direito ganha ainda mais importância. A difusão do acesso à internet trouxe euforia ao mundo, de modo que nitidamente verificavam-se dois grandes grupos: aqueles que viam a possibilidade do nascimento de uma nova sociedade absolutamente livre e democrática e aqueles outros que, verdadeiros arautos do apocalipse, previam o fim da sociedade moderna com a derrocada de todos seus mais sublimes valores e, em casos mais gritantes, da própria humanidade, suplantada no processo evolutivo por máquinas dotadas de inteligência artificial.

Passadas algumas décadas, contata-se que nenhuma das previsões foi acertada. O impacto das mudanças tecnológicas, de fato, foi grande, sem dúvida, as relações sociais tiveram mudança muito superior à experimentada com a popularização do uso da energia elétrica, por exemplo. Tais mudanças repercutem, também, na atual conformação do direito à intimidade. Se, anteriormente, o grande sujeito passivo do direito à intimidade era o Estado e muitos tratavam-no como um direito pequeno-burguês¹², hoje são as grandes corporações que o vilipendiam, estruturando seu modelo de negócio para a finalidade única e exclusiva de obter, manipular e vender dados pessoais, a grande moeda do mundo atual. Se, antes, apenas as informações das grandes figuras midiáticas tinham algum valor (os precedentes embrionários da tutela à intimidade sempre envolviam reis, presidentes, atrizes, aristocratas), hoje, pelo ganho de escala e possibilidade de tratamento, a vida de qualquer pessoa passou a ser alvo da intrusão indevida.

Relevante é, assim, evoluir-se da clássica visão da intimidade para se buscar se conceito atual e uma forma por meio da qual esse direito pode hoje ser tutelado. Danilo Doneda, após tecer interessantes considerações sobre a evolução técnica e a privacidade, demonstrando como aquela sempre influenciou diretamente neste, afirma:

Parecemos ter chegado a um momento inicial de maturação da relação entre técnica e os valores presentes no ordenamento jurídico, no qual tanto o sustento quanto a recusa incondicionados das novas tecnologias deixaram de ser proponíveis. Reforça esta constatação o fato de estarem em desenvolvimento várias tentativas de construir o espaço de coexistência das novas tecnologias com os vários interesses em jogo com respeito aos direitos fundamentais. E desta, as mais interessantes não são propriamente “revolucionárias”, porém as que privilegiam uma abordagem mais pragmática.

Tal pragmatismo é indispensável a qualquer tentativa de trabalho no campo jurídico com a proteção da privacidade. Tendo-o em conta, várias tentativas de definir ou delimitar o conteúdo deste “direito à privacidade” hoje soam parciais ou, na pior das hipóteses, como uma falsa proposição do problema. Não que tenha havido uma efetiva ruptura com a privacidade de outras épocas – reafirmamos uma continuidade histórica e uma tendência da tutela da privacidade em integrar suas diversas manifestações- mas sem que seu centro de gravidade tenha se reposicionado decisivamente em função da multiplicidade de interesses envolvidos e da sua importância na tutela da pessoa humana.

A privacidade nas últimas décadas reuniu uma série de interesses ao redor de si, o que modificou substancialmente o seu perfil. Assim, chegamos ao ponto de verificar, de acordo com a lição de Stefano Rodotà, que o direito à



privacidade não mais se estrutura em torno do eixo “pessoa-informação-segreto”, mas sim no eixo “pessoa-informação-circulação-controle”¹³.

No mesmo sentido é, também, a posição de Antonio Enrique Perez Luño¹⁴ para quem, na dimensão atual, intimidade, “*más que una facultad de aislamiento implica hoy un derecho de participación y de control en las informaciones que conciernen a cada persona*”. É necessária, assim, uma mudança de paradigma. Novamente, valendo-se de Danilo Doneda, afirma-se:

Vale por fim mencionar a definição que Stefano Rodatà propõe para a privacidade: “o direito de manter o controle sobre as próprias informações e de determinar as modalidades de construções da própria esfera privada”. Nela a informação (mais precisamente informações pessoais) coloca-se como elemento objetivo; e a construção da esfera privada, a finalidade, tomada em consideração juntamente com a cláusula geral da personalidade que a ressalta com um dos aspectos do livre desenvolvimento da personalidade¹⁵.

Se o avanço da técnica torna praticamente impossível que se contenham os ataques à intimidade, o direito deve também avançar para, regular, sancionar e, desestimular estes ataques. A chave para a maximização desta tutela é a exata ciência de que, salvo raras exceções, os dados pessoais, cerne da preocupação com a intimidade nos dias atuais, são visados na exata medida em que tenham valor mercantil, reduzindo-se a possibilidade de comercialização destas informações reduzem-se às vilipendências ao direito à intimidade.

Uma pequena digressão, todavia, deve ser feita neste ensaio. Ela diz respeito ao alcance da proteção de dados prevista na Constituição Federal. Teria o Constituinte, vislumbrando os avanços do porvir, previsto de forma expressa a proteção dos “dados armazenados” no art. 5º, inciso XII, da Constituição Federal¹⁶. De fato, certos autores defendem que a Constituição consagrou em tal dispositivo o sigilo das informações pessoais constantes dos bancos de dados, nesse sentido, por exemplo, Antônio Vital Ramos de Vasconcelos¹⁷, estudando o tema, conclui que os bancos de dados não só foram protegidos pelo citado dispositivo como ainda foi estabelecida uma cláusula de reserva de jurisdição só podendo o sigilo ser restringido mediante ordem judicial para a investigação criminal.

O entendimento majoritário, no entanto, e é nesse sentido que se encaminha a jurisprudência, inclusive do Supremo Tribunal Federal¹⁸, afirma que o dispositivo se refere aos dados em comunicação. Manoel Gonçalves Ferreira Filho¹⁹, ao tratar do tema, deixa clara sua opinião de que os dados protegidos nessa inovação constitucional foram os dados informáticos. Tércio Sampáio Ferraz Júnior, aduz que referido inciso, de fato, refere-se aos dados informáticos. Contudo, o objeto da proteção não seria os dados considerados “de per se”, mas a comunicação dos dados informáticos, no interesse da defesa da intimidade. A Constituição faria, assim, referência à proteção da comunicação em dois blocos simétricos, o que se regula seria a *comunicação por correspondência e telegráfica, comunicação de dados e telefônica*²⁰.

As transações efetuadas na rede mundial de computadores: pontos positivos e negativos

Na vida moderna, cada vez mais, as pessoas se utilizam das facilidades trazidas pela *internet*, para efetuar toda sorte de transações, incluindo a compra e venda de produtos.



Estas facilidades trazem rapidez aos negócios jurídicos praticados, gerando economia de tempo e propiciando a pesquisa de preços em diversos fornecedores, demonstrando seu aspecto positivo.

Por outro lado, tais transações trazem diversas implicações ao consumidor, muitas das quais sequer por ele notadas.

Quando é feita uma compra pela internet, não raro é preciso que o consumidor se identifique, assim como forneça seus dados pessoais²¹, como nome completo, números de documentos, data de nascimento, dados de cartão de crédito, local de residência, dentre outros. Tal situação, na prática comercial, justifica-se pela necessidade de identificação do cliente e remessa dos produtos.

Contudo, após a identificação do consumidor, a partir do fornecimento de diversas de suas informações pessoais, e entregue o produto desejado, há um desconhecimento sobre a utilização destes dados fornecidos à empresa com a qual foi feita a operação, através da *internet*.

A utilização da rede mundial de computadores traz diversas indagações, dentre as quais se pode citar a segurança dos dados pessoais fornecidos pelo consumidor, por conta de uma compra feita, para a qual o seu fornecimento fosse essencial para a finalidade a que se destinava.

Na sociedade de consumo, é difícil saber exatamente como as empresas utilizarão estes dados. Uma das preocupações que surge, por exemplo, seria sua utilização para fazer o mapeamento de seus clientes, de acordo com as diversas informações captadas, muitas das quais sensíveis²², classificando as pessoas de acordo com seus padrões de comportamento, o que se mostra bastante questionável do ponto de vista do direito da personalidade.

Variadas entidades estão tecnicamente capacitadas para realizar vigilância ininterrupta dos consumidores, classificando-os em categorias, conforme a avaliação dos riscos que oferecem ao cumprimento das obrigações ou ao mercado mais compatível com seu perfil, dentre diversas outras possíveis, gerando discriminações com relação ao acesso deles a alguns bens ou serviços e trazendo diversas consequências negativas, na medida em que o consumidor perde o controle sobre quais de suas informações circulam na sociedade, podendo, ainda, ter seu acesso a algum bem ou serviço diminuído.²³

Como a tecnologia pode afetar a população hipossuficiente

A tecnologia, atualmente, é cada vez mais acessível à população, sendo cada vez mais raro, nos dias atuais, encontrar pessoas que não tenham ao menos um celular ou computador e que, em decorrência, acabam por fazer utilização de redes sociais, mecanismos de comunicação digital e, também, sítios de compras *online*.

Todos estão sujeitos, quando preenchem cadastros de compra de produtos, à coleta de seus dados pessoais, que podem acabar implicando na construção de perfis, conforme classificação dada pelo gestor da informação, o chamado *data mining*, ou atividade de extrair padrões a partir de determinado conjunto de dados. Tal situação traz risco à dignidade da pessoa humana, porquanto os indivíduos têm sua personalidade reduzida a determinado



comportamento, sem que sequer tenham participado desta construção, podendo levar à restrição ou negativa de acesso a financiamento, programas de incentivos, dentre outras aplicações prejudiciais.²⁴

Com isso, seus dados pessoais podem ser livremente manejados e controlados, sem que sequer percebam, podendo acarretar controle do seu acesso a bens e serviços e, eventualmente, classificação de risco de inadimplência e outras situações questionáveis do ponto de vista legal e constitucional.

Tal situação é ainda mais preocupante se pensarmos em um intercâmbio de dados pessoais entre empresas, havendo aquelas responsáveis pela coleta e reunião destes dados e classificação deles, o chamado tratamento de dados, e que poderiam repassá-los às demais empresas ou instituições financeiras que, a partir disso, poderiam se utilizar deles de maneira prejudicial ou discriminatória ao consumidor.

Nestes termos, Danilo Doneda fala sobre uma das características atuais da privacidade, que seria sua atual dimensão coletiva, que faz com que verifiquemos a importância do controle, inclusive das classes hipossuficientes, surgindo uma *conotação contemporânea da proteção da privacidade*, que se manifesta também por meio da proteção de dados pessoais e passa a abranger diversos interesses, não só individualistas, mas também outros ligados à personalidade e liberdades fundamentais da pessoa humana.²⁵

Esta dimensão coletiva do direito à privacidade ressalta a importância do tema no que se refere às diversas formas de controle das informações das pessoas, inclusive daquelas menos abastadas, que podem ter seus direitos restringidos a partir da má utilização da tecnologia.

Portanto, a população hipossuficiente, que cada vez mais tem acesso à *internet* e se utiliza dela para fazer compras *online*, pode acabar sendo prejudicada a partir da má utilização de seus dados por fornecedores, que poderiam utilizar estes dados para categorizar os indivíduos, repassando ou não a outras empresas ou instituições financeiras e, com isso, restringindo o acesso das pessoas a determinados bens ou serviços, enviando publicidade dirigida e, em última análise, criando representações virtuais destas pessoas, em prejuízo ao exercício pleno de sua personalidade.

Regulamentação da matéria

O Brasil carece de leis mais específicas sobre o assunto. A lei 12.965, de 23 de abril de 2014, conhecida como “Marco Civil da Internet”, estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da *internet* no Brasil. Nela, é possível encontrar alguns princípios que regulam a matéria, objetivos da disciplina da internet, definições sobre algumas nomenclaturas específicas, além de direitos e garantias dos usuários, dentre as quais o artigo 7º, VII, fala ser assegurado ao usuário da *internet* o *não fornecimento a terceiros de seus dados pessoais, inclusive registros de conexão, e de acesso a aplicações de internet, salvo mediante consentimento livre, expresso e informado ou nas hipóteses previstas em lei*. O artigo 8º, em seguida, menciona que “a garantia do direito à privacidade e à liberdade de expressão nas



comunicações é condição para o pleno exercício do direito de acesso à internet” e seu parágrafo único menciona que são nulas de pleno direito as cláusulas que violem o disposto neste artigo.

Os artigos 10 ao 12, do Marco Civil da Internet falam sobre proteção aos registros, aos dados pessoais e às comunicações privadas. Contudo, observa-se que são normas dirigidas especialmente aos provedores, motivo pelo qual as empresas que se utilizam dos dados pessoais obtidos nas transações comerciais continuam sem legislação específica que disponha sobre a proteção dos dados pessoais por elas captados.

Na Europa, há regulamentação nova sobre o assunto, qual seja, o Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados, que revogou a Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre Proteção de Dados) e passou a ser aplicável a partir de 25 de maio de 2018.

No Brasil, há projetos de lei sobre proteção de dados pessoais, projetos de lei nº 4.060/2012²⁶, 5276/2016 e 6291/2016, mas ainda não há lei específica sobre o assunto.

Na sociedade de informação atual, é fundamental que haja lei regulamentando a matéria, diante da especificidade do tema e para que seja dada maior uniformidade nas decisões, além de ser um norte aos aplicadores do direito. Contudo, na atualidade, já é possível extrair das normas jurídicas existentes em nosso ordenamento jurídico alguns princípios gerais de proteção, como na Constituição Federal, principalmente por meio da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, no Código de Defesa do Consumidor e na Lei 12.965/2014.

Aplicação dos princípios protetivos do Código de Defesa do Consumidor

Como visto, nos dias atuais, a proteção dos dados pessoais também abrange o direito à privacidade, de maneira que não apenas aquele que se vale de uma luneta para captar a intimidade do vizinho que a viola, mas também uma empresa que capta dados como endereço e número de telefone de um consumidor e que os repassa a outra empresa, sem autorização do titular. Desta maneira, nas palavras de Anderson Schreiber, *a tutela da privacidade, nessa nova acepção, não se contenta com a proibição à intromissão alheia na vida íntima (dever geral de abstenção). Impõe, também deveres de caráter positivo, como o dever de solicitar autorização para a inclusão do nome de certa pessoa em um cadastro de dados ou o dever de possibilitar a correção de dados do mesmo cadastro pelo seu titular, a qualquer tempo.*²⁷

Os dados pessoais do indivíduo passam a ser valiosos, pois podem ensejar, conforme já mencionado, a construção de seu perfil, em que constariam inúmeros dados, como sua faixa de salário, profissão, gostos, aquilo que tem possibilidade de consumir, número de membros da família, dentre outros, situação que pode originar alguns problemas jurídicos, caso não tenha havido consentimento do usuário para tanto. Contudo, mesmo que haja consentimento inicial em utilização e repasse dos dados a terceiros, é preciso ter cautela com esta conduta, porquanto, a princípio, quando os dados pessoais foram coletados, visavam a determinada finalidade, não podendo ser utilizados com outros propósitos.²⁸



Enquanto não há legislação específica regulamentando a matéria, é possível inferir alguns princípios protetivos constantes do Código de Defesa do Consumidor, que podem ser aplicados para resolução de casos envolvendo a proteção de dados no comércio eletrônico.

O Código de Defesa do Consumidor entrou em vigor em março de 1991, atendendo ao mandamento constitucional previsto no artigo 5º, XXXII, que previu que *o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor*, assim como ao previsto no artigo 170, V, da Constituição Federal, no sentido de que a ordem econômica observará a defesa do consumidor. Em seu artigo 1º, mencionou que suas normas são de ordem pública e interesse social, positivando alguns valores básicos da sociedade.

Sua primordial intenção é a defesa do consumidor, garantindo um equilíbrio e igualdade nas relações de consumo.

A venda de produtos via comércio eletrônico implicará em aplicação do Código de Defesa do Consumidor, caso seja um negócio jurídico praticado entre fornecedor de serviço e consumidor. Nestes termos, alguns negócios jurídicos, como aqueles praticados entre duas pessoas físicas, que compram e vendem algum produto de maneira esporádica, sem haver relação de consumo, não implicariam na aplicação desta legislação.

O fornecedor poderá se utilizar da Internet para comercializar seus produtos de maneira exclusiva ou de maneira complementar à atividade convencional, com entrega *online* ou no mundo convencional, havendo entendimento dominante no sentido de que se aplicará o Código de Defesa do Consumidor, caso a transação efetuada entre consumidor da internet com o fornecedor o seja em território nacional. Podem decorrer alguns problemas jurídicos advindos desta transação, como os efeitos da publicidade *online*, defeitos no produto, taxas não especificadas, dentre outros²⁹, como a coleta e utilização de dados pessoais, situação esta objeto do presente artigo.

Ao oferecer um produto ao consumidor para compra, o fornecedor, não raro, exige o preenchimento de algumas informações cadastrais, essenciais à finalidade específica a que se destina, qual seja, a aquisição do produto. Tal situação é bastante corriqueira nos dias atuais e, a princípio, apenas não enseja violação à privacidade, caso os dados preenchidos sejam necessários para possibilitar a compra. Isto porque, para que alguém possa obter um produto *online*, que seja entregue em sua residência, por exemplo, deverá fornecer dados pessoais, constando seu nome completo, endereço, dados de pagamento, dentre outros que se mostrem essenciais para aquela finalidade.

Estes casos, nos quais o fornecimento dos dados pessoais pelo consumidor é etapa necessária para a aquisição do produto, parecem não ensejar maiores celeumas, na medida em que consumidor, de maneira consentida, os fornece com intenção de obtenção do produto. Tal consentimento, contudo, se aplicará tão somente à finalidade a que se destinou a transação, não podendo haver desvio para utilização dos dados pessoais para outras finalidades.

O artigo 6º, do Código do Consumidor, prevê alguns direitos básicos do consumidor, dentre os quais se pode destacar aquele do inciso I, o qual prevê *a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos*, bem como o inciso III, que menciona o direito à informação



adequada e clara sobre os produtos e serviços, com especificação inclusive dos riscos que apresentem. Ainda, no inciso VI, é previsto o direito à efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais, morais, individuais, coletivos e difusos.

Ainda, o artigo 6º, inciso IV, do Código de Defesa do Consumidor, fala que é um direito básico do consumidor a proteção contra *métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços*.

A ideia de abusividade relaciona-se com a teoria do abuso do direito, em que o exercício do direito acaba sendo abusivo, por ser irregular ou desviante, causando dano a outrem.³⁰

Nestes termos, aplicando-se esta teoria à proteção de dados pessoais do consumidor, é possível concluir que qualquer subordinação do consumidor, quando faz alguma compra pela *internet*, ao preenchimento de cadastro que não se destine exclusivamente à efetivação do negócio jurídico visado, poderá caracterizar uma prática abusiva.

E mais, a utilização de dados fornecidos pelo consumidor para finalidades diversas, como elaboração de perfil de consumo ou transferência para outras empresas, configura um método comercial desleal, que deve ser coibido pelo direito, na medida em que afeta seu direito à intimidade, vida privada, honra e imagem, previstos constitucionalmente no artigo 5º, X.

Percebe-se, assim, que o Código de Defesa do Consumidor é uma lei principiológica, baseada em princípios e cláusulas gerais, podendo ser destacados os princípios da reparação integral, da prevenção, da informação e da segurança. Sérgio Cavalieri Filho salienta, com relação a este último, que se poderia dizer ser o mais importante, porquanto o principal fundamento da responsabilidade do fornecedor não seria o risco, mas o princípio da segurança, pois a responsabilidade surgiria com a violação a um dever jurídico, que é o dever de segurança, cabendo ao fornecedor de produtos ou serviços fornecer produtos e serviços seguros, sob pena de responder pelos danos ao consumidor, independentemente de culpa.³¹

O artigo 43, do Código de Defesa do Consumidor³², menciona o direito de acesso do consumidor às suas informações, de maneira que se pode inferir do artigo em comento algumas normas gerais, como a de que os cadastros de dados devem ser objetivos, claros e verdadeiros, além de que sua abertura deve ser comunicada ao consumidor, que tem direito à correção de dados incorretos.

Ao fornecedor, gestor da base de dados pessoais, caberão alguns deveres, como de lealdade e boa fé, exatidão, atualização, utilização restrita quanto ao fim a que se destina e a seu prazo, além de confidencialidade e segurança.³³

Inclusive, a obtenção de alguns dados pessoais, como número de telefone e endereço eletrônico, à primeira vista, pode parecer inofensiva, mas pode gerar classificação de perfis de consumidores, guiando ações e estratégias, de modo que a singularidade e individualidade da pessoa humana acabe ficando categorizada, fruto de sua representação virtual, seja essa captação de dados consentida ou não.³⁴

Caso os dados pessoais sejam utilizados com finalidade diversa para a qual foram entregues, haverá ofensa à intimidade, situação que se mostra clara se forem dados sensíveis,



em que a pessoa que guardou a informação e a repassou terá responsabilidade objetiva, respondendo pelo dano moral causado³⁵.

No caso dos dados sensíveis, há ainda maior dever de cuidado do fornecedor quando à segurança destes dados, que podem ser protegidos pelo dever de sigilo³⁶. A título de exemplo, pode-se mencionar um consumidor que adquiriu remédio para AIDS e que guarda segredo sobre a doença, ou consumidor que adquiriu artigos religiosos e tampouco gostaria de ter revelada sua opção religiosa, dentre outros.

Tem-se assim que a utilização de dados pessoais, sensíveis ou não, sem consentimento ou com desvio à finalidade para o qual foram coletados, caracterizará prática abusiva, passível de repressão e responsabilização civil do fornecedor. Se forem dados sigilosos, isso repercutirá no montante a ser fixado a título de indenização.

Portanto, é essencial que haja informação ao consumidor sobre a finalidade da obtenção de seus dados pessoais e seu consentimento, caso sejam utilizados para finalidade diversa da pura e simples aquisição do bem objeto de venda *online*. Contrariada a finalidade ou não obtido o consentimento devido, haverá incidência das normas do Código de Defesa do Consumidor que proíbem práticas abusivas.

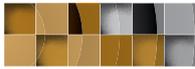
Ainda, mesmo que haja consentimento e utilização para a finalidade específica mencionada, deve o gestor dos dados guiar-se pelos princípios da lealdade, boa-fé, atualidade dos dados e sua exatidão, não os utilizando de maneira contrária aos ditames da ordem legal e constitucional³⁷.

Conclusão

O presente artigo, longe de esgotar o assunto, discorreu brevemente sobre o tema apresentado, a fim de traçar um panorama geral da questão.

Cada vez mais as pessoas se utilizam da *Internet* para fazer compras *online* e, com isso, estão sujeitas a que sejam coletados seus dados, não sabendo previamente a destinação dada a eles. É de fundamental importância o tema, na medida em que os dados pessoais obtidos podem ser utilizados indevidamente, acarretando envio de publicidades dirigidas, formação de perfis e catalogação das pessoas de acordo com sua renda, condição social, dentre outras, acarretando prejuízos para o pleno exercício de sua personalidade.

Se, por um lado, o Brasil ainda não tem regulamentação específica sobre a proteção de dados nas transações comerciais eletrônicas, havendo projetos de lei sobre o assunto, por outro, é possível resguardar o consumidor a partir da aplicação das normas constantes da Constituição Federal, que prevê a proteção à intimidade, e dos princípios protetivos previstos de forma esparsa na legislação, em especial no Marco Civil da Internet e no Código de Defesa do Consumidor, como a proibição de práticas abusivas, dever de segurança imposto ao fornecedor e direito do consumidor a ter informações claras, além dos princípios da prevenção e reparação integral e a previsão de que os dados cadastrais devem ser objetivos, claros e verdadeiros, sendo possível ao consumidor corrigir dados incorretos.



Em suma, o consumidor deve consentir com a obtenção de seus dados quando efetua uma compra por meio digital e o fornecedor, obtendo este consentimento, deve se ater à utilização dos dados de acordo com a finalidade específica a que se destinou, sob pena de infringência às normas constitucional e legal.

Contudo, fundamental se faz seja o tema regulamentado, de modo a coibir condutas abusivas por parte das empresas que praticam comércio eletrônico, trazendo maior previsibilidade e segurança para as relações comerciais, destacando-se, nesse sentido, a aprovação da Câmara dos Deputados do Projeto de Lei 4060/2012.

Bibliografia

BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 3ª edição, rev., atual. e ampl., por Eduardo C. B. Bittar, São Paulo: Forense Universitária, 1999.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4ª edição, Coimbra: Almedina, 2000.

CAVALERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 9ª edição. São Paulo: Atlas, 2010

COSTA JÚNIOR, PAULO JOSÉ DA. *O direito de estar só: Tutela penal da intimidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.

DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

LUÑO, Antônio Enrique Perez. *Derechos humanos, estado de derecho y constitucion*. 8ª edição, Madri: Tecnos, 2003.

FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. 3ª edição, São Paulo: Saraiva, 2000

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado*. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, v. 88, p. 439-459, jan. 1993. ISSN 2318-8235. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67231/69841>>. Acesso em: 30 may 2018. doi:<http://dx.doi.org/10.11606/issn.2318-8235.v88i0p439-459>

_____, *Parecer* – in *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, Ano 5, n. 9, janeiro/junho de 2002, p. 161/177.

FERREIRA, Ivete Senise. *A intimidade e o direito penal*, in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, jan./mar. 1994, p. 96/106.

MENDES, Laura Schertel. *Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: linhas gerais de um novo direito fundamental*. São Paulo: Saraiva. 2014.

NUNES, Rizzatto. *Curso de Direito do Consumidor*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva. 2017.



SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direito à intimidade e à vida privada: Uma visão jurídica da sexualidade, da família, da comunicação e informações pessoais, da vida e da morte*. Belo Horizonte: DelRey, 1998.

SANTOS, Antônio Jeová. *Dano moral na Internet*. São Paulo: Método, 2011.

SANTOS, Inês Moreira. *Persecução criminal*, in Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana. MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco A M (Coord.). São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 105.

SILVA NETO, Amaro Moraes e. *Privacidade na Internet: um enfoque jurídico*, Bauru/SP: Edipro, 2001.

SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2011.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da; SANTOS, Manoel J. Pereira dos (coords). *Responsabilidade Civil na Internet e nos demais Meios de Comunicação*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

YARSHELL, Flávio Luiz – MORAES, Maurício Zanoide de (Orgs.), *Estudos em Homenagem à Professora Ada Pellegrine Grinover*, 1. ed., São Paulo, DPJ Editora, 2005.

¹ Deve-se, porém, ser lembrado o aviso de José Joaquim Gomes Canotilho no sentido de que *muitos dos direitos fundamentais são direitos de personalidade, mas nem todos os direitos fundamentais são direitos de personalidade* in *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 4ª ed., Coimbra, Almedina, 2000, p. 390.

² Leciona Inês Moreira Santos que *Na Grécia Antiga, “na época da polis”, predominava a ideia de comunidade, ao invés de privacidade. No entanto, alguns autores desta época começaram a abordar essa temática, ainda que, de uma forma muito rudimentar. Como foi o caso de, entre outros, Eurípedes, Sófocles, Platão e Aristóteles. Sendo que, este último, foi um dos primeiros autores a relacionar o conceito de privacidade com conceito de liberdade. Com o cristianismo, surge uma forte demarcação entre o que é íntimo e o que é público, como se denota em várias passagens do Antigo Testamento. Na obra de Santo Agostinho, podemos já encontrar uma preocupação crescente com a questão da intimidade, nomeadamente no que concerne ao ênfase dado, à temática das confissões*, in *Direito Fundamental à privacidade vs. Persecução criminal*, in Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana. MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco A M (Coord.). São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 105.

³ *Privacidade na Internet: um enfoque jurídico*, Bauru/SP, EDIPRO, 2001, p. 19.

⁴ José Adércio Leite Sampaio, *Direito à intimidade e à vida privada: Uma visão jurídica da sexualidade, da família, da comunicação e informações pessoais, da vida e da morte*. Belo Horizonte: DelRey, 1998, p. 54.

⁵ Paulo José da Costa Júnior. *O direito de estar só: Tutela penal da intimidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970, p. 10. Tãmanha é a relevância deste artigo que uma tradução para o português compõe o Apêndice B do livro citado livro de Amaro Moraes de Silva Neto, fls. 135/174.

⁶ *Os direitos da personalidade*, 3ª ed., rev., atul. e ampl., por Eduardo C. B. Bittar, São Paulo, Forense Universitária, p. 106.

⁷ *Op. Cit.*, p. 39/40.

⁸ Destaca-se a positivação deste direito na Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem de 1948 (art. 5º - toda a pessoa tem direito à proteção da lei contra os ataques abusivos à sua honra, à sua reputação e à sua vida particular e familiar), seguida pela Convenção Europeia dos Direitos do Homem (Cujo art. 8º dispõe que qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar... e que não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem-estar econômico do país, a defesa, a proteção



da saúde ou da moral, ou a proteção dos direitos e das liberdades de terceiros), e pelo Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, votado em 1966, pela Assembleia Geral da ONU (17 – 1 – Ninguém será objeto de ingerências arbitrárias em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ataques ilegais à sua honra e à sua reputação. 2 – Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra essas ingerências ou esses ataques).

⁹ Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 88, p. 439-459, jan. 1993, fls. 442.

¹⁰ Ivete Senise Ferreira, aponta que é frequente o uso da palavra intimidade, possivelmente pela influência francesa, enquanto o vocábulo privacidade estaria mais ligado ao direito anglo-saxão, in *A intimidade e o direito penal*, in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, jan./mar. 1994, p. 98.

¹¹ Ob. Cit., fls. 25 e 38.

¹² Comentando o clássico artigo de Warren e Brandeis, Antonio Enrique Perez Luño conclui que ele distanciava-se muito de ser altruísta e desinteressado. Perseguiu-se, em suma, “*dejar a salvo a la alta burguesía de las críticas e indiscreciones de la prensa que, por aquel entonces, comenzaba ya ser en Estados Unidos un poder importante*, in *Derechos humanos, estado de derecho y constitucion*, 8ª ed., Madri, Tecnos, 2003, p. 323.

¹³ Danilo Doneda. Da privacidade à proteção de dados pessoais. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 22/23.

¹⁴ *Op. Cit.*, p. 331.

¹⁵ Ob. cit., fls. 147.

¹⁶ *XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.*

¹⁷ *Cadernos de Direito Constitucional e Eleitoral*, nº 19, ano V, julho/setembro de 1992, p. 13/14.

¹⁸ *Da minha leitura, no inciso XII da Lei Fundamental, o que se protege, e de modo absoluto, até em relação ao Poder Judiciário, é a comunicação ‘de dados’ e não os ‘dados’, o que tornaria impossível qualquer investigação administrativa, fosse qual fosse* (MS 21.729, voto do Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 5-10-95, DJ de 19-10-01). No mesmo sentido: *Não se questiona que a apreensão dos computadores da empresa do recorrente se fez regularmente, na conformidade e em cumprimento de mandado judicial. Não há violação do art. 5º, XII, da Constituição que, conforme se acentuou na sentença, não se aplica ao caso, pois não houve ‘quebra de sigilo das comunicações de dados (interceptação das comunicações), mas sim apreensão de base física na qual se encontravam os dados, mediante prévia e fundamentada decisão judicial’* (RE 418.416, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 10-5-06, DJ de 19-12-06). É de se destacar a opinião minoritária do Min. Marco Aurélio de Mello que, no julgamento do MS 21.729-4, afirmou: *Em última análise, tenho que o sigilo bancário está sob proteção do disposto nos incisos X e XII do artigo 5º da Constituição Federal. Entendo que somente é possível afastá-lo por ordem judicial* (STF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 19.10.2001).

¹⁹ *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, 3. ed., São Paulo, Saraiva, 2000 v.1, p. 38.

²⁰ *Parecer* – in *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, Ano 5, n. 9, janeiro/junho de 2002, p. 162. Conclui o autor que “*a proteção não é para o que consta da mensagem (tecnicamente o chamado relato ou conteúdo comunicado), mas para a ação de enviá-la e recebê-la*”. Ocorreria, assim, a violação do sigilo sempre que um terceiro intercepta um ato comunicacional do qual não era destinatário, o sigilo estaria violado, por exemplo, caso um e-mail contendo apenas cópia de uma notícia de jornal fosse interceptado. O autor prossegue afirmando que existiria uma impossibilidade absoluta da interceptação da comunicação, salvo no caso da comunicação telefônica, pois esta seria instantânea. Isto ocorreria porque, nos outros casos, o conteúdo comunicado sempre poderia ser recuperado (por exemplo, a apreensão da carta enviada, a realização de perícia em um computador, etc.). Esse argumento deve, no entanto, ser refutado, pois no mundo atual a comunicação de dados pode possuir, em determinadas circunstâncias, as mesmas características da comunicação telefônica, sendo ambas passíveis de interceptação mediante ordem judicial.

²¹ Dados pessoais, na definição do Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de



dados pessoais e à livre circulação desses dados é a *informação relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável («titular dos dados»); é considerada identificável uma pessoa singular que possa ser identificada, direta ou indiretamente, em especial por referência a um identificador, como por exemplo um nome, um número de identificação, dados de localização, identificadores por via eletrônica ou a um ou mais elementos específicos da identidade física, fisiológica, genética, mental, econômica, cultural ou social dessa pessoa singular.* Ademais, a legislação mencionada prevê definição de tratamento, a seguir: *Tratamento», uma operação ou um conjunto de operações efetuadas sobre dados pessoais ou sobre conjuntos de dados pessoais, por meios automatizados ou não automatizados, tais como a recolha, o registo, a organização, a estruturação, a conservação, a adaptação ou alteração, a recuperação, a consulta, a utilização, a divulgação por transmissão, difusão ou qualquer outra forma de disponibilização, a comparação ou interconexão, a limitação, o apagamento ou a destruição;*

No Brasil, o projeto de lei 40660/2012 define dado pessoal como *qualquer informação que permita a identificação exata e precisa de uma pessoa determinada.* O projeto de lei 5276/2016 dispõe sobre a definição de dado pessoal, nos seguintes termos: *dado relacionado à pessoa natural identificada ou identificável, inclusive números identificativos, dados locais ou identificadores eletrônicos quando estes estiverem relacionados a uma pessoa.* E segue definindo tratamento: *toda operação realizada com dados pessoais, como as que se referem a coleta, produção recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração.* Ainda, há o projeto de lei 6291/2016, que insere um inciso XIV no artigo 7º, da Lei 12.965/2014, definindo dado pessoal como *qualquer dado relacionado à pessoa natural identificada ou identificável, inclusive números identificativos, dados locais ou identificadores eletrônicos quando estes estiverem relacionados a uma pessoa, além de dados relacionados à origem racial ou étnica, às convicções religiosas, às opiniões políticas, à filiação a sindicatos ou organizações de caráter religioso, filosófico ou político, bem como dados referentes à saúde ou à vida sexual e dados genéticos ou biométricos.*

²² Com relação aos dados sensíveis, não há consenso sobre o que seriam, conforme mencionado em obra coordenada por Regina Beatriz Tavares da Silva e Manoel J. Pereira dos Santos, em que se fala que a doutrina entende que são de acesso restrito e que sua inclusão em base de dados seria ilícita, caso não seja de conhecimento da pessoa. Nas palavras descritas na obra: *Geralmente, são considerados aqueles relativos à raça, opiniões políticas e religiosas, crenças e ideologia, saúde física e mental, vida sexual, registros policiais, assuntos familiares, profissão e outros que a lei assim definir.* In SILVA, Regina Beatriz Tavares da; SANTOS, Manoel J. Pereira dos (coords). *Responsabilidade Civil na Internet e nos demais Meios de Comunicação.* 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 352.

²³ Laura Schertel Mendes. *Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: linhas gerais de um novo direito fundamental.* São Paulo: Saraiva. 2014. pags. 91/92. Aqui não se pode esquecer dos chamados cadastros positivos de consumidores, instituto polêmico e controverso entre os estudiosos das relações de consumo.

²⁴ Anderson Schreiber. *Direitos da personalidade.* São Paulo: Atlas, 2011, pp. 149/150.

²⁵ Ob. cit., 30.

²⁶ O Projeto de Lei 4060/2012, de autoria do deputado Milton Monti (PR/SP) foi aprovado pela Câmara dos Deputados em 29 de maio de 2018 e será debatido no Senado.

²⁷ Anderson Schreiber. *Direitos da personalidade.* São Paulo: Atlas, 2011, p.131.

²⁸ Antônio Jeová Santos. *Dano moral na Internet.* São Paulo: Método, 2011. pp.185/186. O autor menciona a questão dos dados pessoais sensíveis, aduzindo que *a posse de dados comuns, que não interfiram na vida do indivíduo, como nome completo, profissão e endereço, podem configurar imissão indevida à intimidade. A invasão, contudo, começa a tomar coloração e merece cabal proteção quando se tratam de dados sensíveis, como os rendimentos, a preferência sexual, doenças, raça, cor, credo religioso, porque aí a intimidade da pessoa começa a ser vasculhada para variados fins.* Continua o autor discorrendo sobre o caráter público dos dados pessoais, como nome, domicílio, estado civil, filiação, números de identificação, atividade profissional, etc, que, em sua opinião, também podem ser objeto de proteção, porquanto podem parecer insignificante isoladamente, mas têm potencial para ensejar lesões irreparáveis (pp. 187 e 193).

²⁹ Regina Beatriz Tavares da Silva e Manoel J. Pereira dos Santos (coords). *Responsabilidade Civil na Internet e nos demais Meios de Comunicação.* 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 146.



³⁰ Rizzatto Nunes. Curso de Direito do Consumidor. 11ª ed. São Paulo: Saraiva. 2017. pags. 187/188.

³¹ Sérgio Cavaleri Filho. *Programa de Responsabilidade Civil*. 9ª edição. São Paulo: Atlas, 2010, pp. 485/487.

³² Dispõe o artigo em comento: *Art. 43. O consumidor, sem prejuízo do disposto no art. 86, terá acesso às informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados sobre ele, bem como sobre as suas respectivas fontes. § 1º Os cadastros e dados de consumidores devem ser objetivos, claros, verdadeiros e em linguagem de fácil compreensão, não podendo conter informações negativas referentes a período superior a cinco anos. § 2º A abertura de cadastro, ficha, registro e dados pessoais e de consumo deverá ser comunicada por escrito ao consumidor, quando não solicitada por ele. § 3º O consumidor, sempre que encontrar inexatidão nos seus dados e cadastros, poderá exigir sua imediata correção, devendo o arquivista, no prazo de cinco dias úteis, comunicar a alteração aos eventuais destinatários das informações incorretas. § 4º Os bancos de dados e cadastros relativos a consumidores, os serviços de proteção ao crédito e congêneres são considerados entidades de caráter público. § 5º Consumada a prescrição relativa à cobrança de débitos do consumidor, não serão fornecidas, pelos respectivos Sistemas de Proteção ao Crédito, quaisquer informações que possam impedir ou dificultar novo acesso ao crédito junto aos fornecedores. § 6º Todas as informações de que trata o caput deste artigo devem ser disponibilizadas em formatos acessíveis, inclusive para a pessoa com deficiência, mediante solicitação do consumidor.*

³³ Regina Beatriz Tavares da Silva e Manoel J. Pereira dos Santos (coords). *Responsabilidade Civil na Internet e nos demais Meios de Comunicação*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012, pp. 352/353.

³⁴ Anderson Schreiber. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2011, pp. 131/132. O autor divide a problemática da privacidade em uma dimensão procedimento e dimensão substancial. A primeira, se exprimiria na coleta e eliminação do dado pessoal, não podendo aquela ser clandestina ou desautorizada. Ainda, quando inevitável, para preenchimento de cadastro para obtenção de produto ou aquisição de serviço, não poderia implicar em alienação desses dados, devendo haver relação entre o fornecimento de dados e a finalidade para a qual se destinou. Em sua dimensão substancial, se referiria ao emprego da informação obtida, pois *toda pessoa tem direito a controlar a representação de si mesma que é construída a partir de seus dados pessoais*. Explica o autor que a violação à privacidade poderia acabar ensejando a violação a outros direitos fundamentais, como liberdade religiosa, liberdade sexual, liberdade de pensamento, entre outras (pp. 132/134).

³⁵ Antônio Jeová Santos. *Dano moral na Internet*. São Paulo: Método, 2011, pp. 194/195. Para o autor, a finalidade, a motivação que será dada à informação captada seria irrelevante para configuração de dano moral, se houver ofensa à intimidade que o configure, sendo que a gravidade da conduta será importante para estabelecer critério para fixação do montante indenizatório.

³⁶ Fernanda Dias Menezes de Almeida, analisando a questão do sigilo no sistema democrático, destaca que este possui uma dupla feição na defesa dos valores a que é ligado. Em suas palavras: *De uma parte, quando se proclama inviolável determinado bem jurídico, cria-se uma aura sigilosa a envolvê-lo para impedir a devassa de tal bem por terceiros. Identifica-se aí o sigilo como escudo preventivo contra agressões à inviolabilidade. Nesse caso o próprio sigilo torna-se um direito do titular do bem protegido. De outra parte, sendo consequência natural do direito ao sigilo que não haja a exposição pública do bem inviolável, surge, paralelamente, para quem, por qualquer razão, vier a conhecer o que se passa na esfera da inviolabilidade, o dever de manter segredo a respeito*. In Flávio Luiz Yarshell – Maurício Zanoide de Moraes (Orgs.), *Estudos em Homenagem à Professora Ada Pelegrinne Grinover*, 1. ed., São Paulo, DPJ Editora, 2005, p. 222.

³⁷ Mereceria especial destaque os dados sensíveis, alguns dos quais sigilosos, tema apaixonante que sobre o qual seria necessário artigo específico, diante das peculiaridades e implicações de sua utilização no direito da personalidade.



Responsabilidade civil no comércio eletrônico: relações de consumo na internet

Liability in electronic commerce: internet consumer affairs

Rodrigo Serra Pereira

Defensor Público - Defensoria Pública do Estado de São Paulo

rpereira@defensoria.sp.def.br

Resumo

O presente trabalho visa estabelecer critérios para a definição da responsabilidade civil no comércio eletrônico, tema este de crescente importância devido ao aumento exponencial do tráfego negocial pela rede mundial de computadores. Para cumprir tal tarefa, abordaremos o Projeto de Lei do Senado nº 281/2012 que trata da atualização do Código de Defesa do Consumidor no tocante ao comércio eletrônico, estabelecendo deveres específicos aos fornecedores de produtos e serviços pela Internet, bem como, brevemente, cuidaremos do Decreto da presidência da república nº 7.962, de 15 de março de 2013. Feito isso, após considerações prévias, traremos à baila questões tópicas sobre a responsabilidade civil no comércio eletrônico: publicidade online, sites intermediários (shopping virtual, leilão virtual, compra coletiva), demora ou não entrega do produto ou serviço. Ao final teceremos alguns comentários sobre o comércio eletrônico internacional: a lei aplicável e a necessidade de uniformização da legislação.

Palavras-chave: Responsabilidade civil. Comércio eletrônico. Código de Defesa do Consumidor.

Abstract

This study aims to establish criteria for the definition of liability in e-commerce, a topic of increasing importance due to the exponential increase traffic negotiating the world wide web. To accomplish such a task, we discuss the Bill Senate No. 281/2012 which deals with the updating of the Code of Consumer Protection with regard to e-commerce, establishing specific obligations to suppliers of products and services on the Internet, as well as, briefly, take care of the Decree of the president of the republic nº. 7962 of March 15, 2013. Done that, after preliminary considerations, we will bring to the fore topical issues on liability for e-commerce: advertising online, intermediate sites (virtual shopping, virtual auction, buying collective), delay or non-delivery of the product or service. At the end we will make some comments on international commerce: the applicable law and the need for uniformity of legislation.

Key words: *Liability. E-commerce. Code of Consumer Protection.*



Introdução

Nas últimas décadas, a evolução das tecnologias de informação e de transmissão de dados e a criação da *Internet* marcaram uma nova fase do processo de globalização da economia. Como grande inovação no mundo econômico, o comércio eletrônico surge possibilitando a realização de operações comerciais sem fronteiras, o consumidor pode comparar preços e comprar no Brasil e no exterior sem sair de casa.

Em 2017 o setor cresceu 12% com projeção para aumento de 15% em 2018. Foram mais de 203 milhões de pacotes enviados pelas lojas virtuais brasileiras no ano de 2017. O cupom médio, no período, alcançou R\$ 294,00, com destaque para as categorias Eletroeletrônicos (R\$ 558,20), Óticas e Acessórios (R\$ 454,40) e Acessórios Automotivos (R\$ 418,20)¹. De acordo com o levantamento realizado pela Câmara E-net (Câmara Brasileira de Comércio Eletrônico), o segmento com maior participação nas vendas é o dos eletrodomésticos, seguido pelos produtos de saúde, beleza e medicamentos terceira posição vem o segmento de moda, vestuário e acessório. O segmento literário composto por revistas, livros e assinaturas de jornais segue na quarta posição. Há cerca de dez anos a categoria que ocupava o ponto mais alto do ranking era o segmento dos CDs e DVDs, com cerca de 40% das vendas².

Com o aumento do tráfego negocial na *Internet* surgem problemas jurídicos que devem ser solucionados pela doutrina e pela jurisprudência. Conflitos de interesses exsurtem no âmbito da contratação eletrônica e da responsabilidade civil e os operadores precisam dar uma resposta para solucioná-los³.

No Brasil poucos são os estudos sobre o direito aplicado à *Internet*, mas crescente é a preocupação dos juristas com o tema. Nos Estados Unidos e na Europa criou-se a *Cyberlaw*, nova matéria de Direito constante dos cursos de Universidades, sendo de se destacar duas correntes principais sobre o destino da rede⁴: a) aqueles que defendem a auto-regulamentação da rede⁵; b) aqueles que defendem a regulamentação.

Em se tratando de comércio eletrônico podemos diferenciar as seguintes vertentes, distinguidas pelas siglas: B2B (*business-to-business*); B2C, (*business-to-consumer*); C2C (*consumer-to-consumer*); C2B (*consumer-to-business*), G2G (*government-to-government*), G2B (*government-to-business*); B2G (*business-to-government*), G2C (*government-to-consumer*); C2G (*consumer-to-govenment*). No presente artigo cuidaremos exclusivamente do B2C, caracterizado pelas relações de consumo do tipo fornecedor-consumidor.

Entendemos que a regulamentação se faz necessária em certa medida para que deveres e parâmetros mínimos de condutas no tráfego negocial sejam fixados expressamente, o que poderá ser complementado pelo uso da cláusula geral da boa-fé objetiva⁶, evitando-se conflitos futuros e facilitando-se a solução daqueles nascentes, trazendo maior segurança jurídica.

Haja vista o viés internacional do comércio eletrônico, diversas são as iniciativas no âmbito de organismos internacionais e de blocos regionais no sentido de se estabelecer diretivas para que as legislações nacionais não sejam conflitantes. Destacamos aqui as iniciativas da Comissão das Nações Unidas para o Comércio Internacional (Uncitral)⁷ – Lei Modelo sobre comércio eletrônico, de 1996, define vários conceitos, incluindo o de mensagem eletrônica,



regula as formalidades legais para as mensagens eletrônicas e regulamenta a comunicação via mensagens eletrônicas -, da Organização de Cooperação e de Desenvolvimento Econômico (OECD) – lançou em 09 de dezembro de 1999 diretrizes para a proteção do consumidor no contexto do comércio eletrônico (*Guidelines for Consumer Protection in the Context of Electronic Commerce*)⁸ – e da União Européia, que em 1997 adotou a Diretiva de Proteção aos Consumidores em Contratos de Longa Distância⁹.

No Brasil cabe destacar o Projeto de Lei do Senado nº 281/2012 – atualmente em trâmite na Câmara dos Deputados (Projeto de Lei nº 3514/2015), que trata da atualização do Código de Defesa do Consumidor no tocante ao comércio eletrônico, estabelecendo deveres específicos aos fornecedores de produtos e serviços pela *Internet*.

Sendo assim, analisaremos os principais aspectos dessa legislação projetada. Feito isso, após considerações prévias, traremos à baila questões tópicas sobre a responsabilidade civil no comércio eletrônico: publicidade online, sites intermediários (*shopping* virtual, leilão virtual, compra coletiva), demora ou não entrega do produto ou serviço. Ao final teceremos alguns comentários sobre o comércio eletrônico internacional: a lei aplicável e a necessidade de uniformização da legislação.

Projeto de Lei do Senado nº 281/2012 e o Decreto da presidência da república nº 7.962, de 15 de março de 2013.

Os principais aspectos da legislação projetada dizem respeito aos deveres dos fornecedores de produtos ou serviços que utilizam o meio eletrônico, ao direito de arrependimento, suspensão temporária de oferta e de comércio eletrônico e o uso de *SPAMS*.

No artigo 45-B¹⁰ existem disposições que protegem o consumidor no tocante à obrigatoriedade de todas as informações que devem constar no comércio eletrônico ao consumidor (ex.: preço, prazo de entrega, especificações do produto/serviço, endereço geográfico e informações necessárias para a sua localização, etc.).

Ademais, a legislação projetada prevê expressamente o direito de arrependimento¹¹ nas compras via internet (art. 49¹²), sendo que, neste caso, os contratos de crédito decorrentes daquela relação de consumo também devem ser igualmente rescindidos, sem qualquer ônus ao consumidor.

A proposta do art. 56, XIII¹³ prevê uma interessante ferramenta de proteção ao consumidor. Ele trata da proibição ou suspensão temporária de oferta e de comércio eletrônico aos fornecedores que tiverem lesado direitos dos consumidores.

No caso de descumprimento dessa medida de proibição ou suspensão por parte do fornecedor, há a previsão no §4º do art. 59¹⁴ da possibilidade de determinação aos prestadores de serviços financeiros e de pagamentos utilizados pelo fornecedor de suspensão de pagamentos e transferências financeiras para o fornecedor de comércio eletrônico, bem como bloqueio de suas contas bancárias.



Outro aspecto importante é aquele relativo ao envio de mensagens eletrônicas não solicitadas pelo destinatário relacionadas à oferta ou publicidade de produto ou serviço, regulamentada no art. 45-E¹⁵ da legislação projetada.

Por fim, oportuno mencionar que o parágrafo único do art. 101¹⁶ da legislação projetada dispõe que “aos conflitos decorrentes do fornecimento a distância internacional, aplica-se a lei do domicílio do consumidor, ou a norma estatal escolhida pelas partes, desde que mais favorável ao consumidor, assegurando igualmente o seu acesso à justiça”.

Antecipando várias nuances da legislação projetada, por sua vez, o Decreto da presidência da república nº 7.962, de 15 de março de 2013¹⁷, que regulamenta a Lei no 8.078, de 11 de setembro de 1990, para dispor sobre a contratação no comércio eletrônico, traz as seguintes regulamentações: a) informações claras a respeito do produto, serviço e do fornecedor; b) atendimento facilitado ao consumidor; c) respeito ao direito de arrependimento; d) sites de compra coletiva.

Questões tópicas sobre a responsabilidade civil no comércio eletrônico

Considerações prévias

A responsabilidade civil no comércio eletrônico deve ser vista no contexto da chamada sociedade de risco¹⁸, devido à sua dinâmica de acelerado progresso técnico e científico. A fluidez das relações travadas na internet pode ser ilustrada pelo *click* de um *mouse*¹⁹, tendo características próprias no tocante aos negócios de consumo entabulados, em que a segurança²⁰ cede espaço ao rápido tráfego negocial das ofertas de consumo²¹.

Para a definição da responsabilidade dos provedores de serviços deve se atentar às suas peculiaridades. Marcel Leonardi²² distingue as diferentes espécies de provedores: a) o de *backbone* seria o gestor da rede de telecomunicações, sem o qual o acesso à Internet não seria possível; b) o de acesso seria a pessoa física ou jurídica que possibilita acesso de seus consumidores à Internet; c) o de correio eletrônico, que possibilita o envio de mensagens do usuário aos seus destinatários, mediante o uso de um nome de usuário e senhas exclusivos; d) de hospedagem, que seria a pessoa jurídica que fornece o serviço de armazenamento de dados em serviços próprios de acesso remoto, possibilitando o acesso de terceiros a esses dados, de acordo com as condições estabelecidas com o contratante do serviço; e) o de conteúdo, que seria toda pessoa natural ou jurídica que disponibiliza na Internet as informações criadas ou desenvolvidas pelos provedores de informação, utilizando para armazená-las serviços próprios ou os serviços de um provedor de hospedagem.

Como proficuamente ressalta Manoel J. Pereira dos Santos²³, e tendo em vista os limites deste artigo, centrado nas relações B2C (*business to consumer*), devemos distinguir para fins de determinação da responsabilidade civil no comércio eletrônico²⁴ dois modelos de negócios na internet: a) *sites* de fornecedores ou lojas virtuais²⁵; b) os *sites* de facilitadores ou intermediários²⁶.



No caso dos *sites* de fornecedores ou lojas virtuais não há maiores dificuldades em se verificar que a reponsabilidade civil será regida pelo Código de Defesa do Consumidor, dado que se estabelece direta relação de consumo – arts. 2º e 3º do referido diploma legal -, conforme os seus arts. 12 e 14²⁷ e 18 a 20²⁸, que trata da responsabilidade pelo fato e pelo vício de produtos e serviços e fixa regra de responsabilidade objetiva.

Já em relação à responsabilidade dos *sites* de facilitadores ou intermediários²⁹ a questão é mais intrincada, posto que muitas vezes não há relação direta entre estes e o consumidor final, muitas vezes os *sites* de intermediação são meros provedores de hospedagem. Entendemos ser aplicável para a solução desta *vexata quaestio* a teoria do risco proveito³⁰, para a qual aquele que auferiu proveito deve arcar também com os ônus.

Como esclarece Teresa Ancona Lopez³¹, ao tratar do risco em sentido jurídico:

Porém, foi na responsabilidade civil que a noção de risco tomou impulso. Na primeira metade do século XX, preocupados com a invenção do automóvel e das máquinas, perceberam os juristas que a vítima estava enfraquecida, desprotegida caso a culpa continuasse sendo a teoria informadora da responsabilidade civil. Era preciso reverter o ônus da prova. Dá-se a partir daí a evolução da responsabilidade civil e aparece a “teoria do risco” (no singular), que fundamenta a responsabilidade não na culpa mas no risco que correm as pessoas por causa dos veículos ou máquinas (transporte, acidentes de trabalho).

A teoria do risco evoluiu para outros setores sociais (consumidores, meio ambiente), sempre tendo como idéia nuclear o perigo ou a ameaça de dano a que estão expostas as pessoas por causa de certas atividades. Portanto, o risco ainda não é o dano ou o prejuízo, mas a sua possibilidade.

A noção jurídica de risco se afasta de sua noção econômica, apesar de a teoria do risco ter fundamento econômico, pois quem lucra com determinada atividade que põe em perigo outras pessoas deve pagar os prejuízos – “ubi emolumentum, ibi ônus”. O risco dentro da economia está ligado às perdas e aos ganhos financeiros ou econômicos dentro dos negócios, como graus de risco ou perigo dos investimentos.

Destarte, quando o site de facilitação ou intermediação auferir proveito direito da relação facilitada ou intermediada haverá relação de consumo e a responsabilidade será objetiva³², regida nos moldes estabelecidos no Código de Defesa do Consumidor.

Outro aspecto importante do comércio eletrônico é a publicidade³³. As suas formas mais comuns são aquelas realizadas através de *banners* (publicidade em forma de imagem gráfica utilizada na página da *Internet*, normalmente, possui um *link* direcionando para um *site* promocional ou que traga mais informações sobre o produto mencionado na publicidade)³⁴ e *SPAMS* (envio não autorizado de e-mails, geralmente em grandes quantidades)³⁵.

Feitas essas considerações, as questões jurídicas mais relevantes que trataremos topicamente são os efeitos da publicidade, a responsabilidade dos *sites* facilitadores ou intermediários e a demora na entrega do produto ou do serviço.



Publicidade “online”

Toda publicidade de produto ou serviço suficientemente precisa obriga o fornecedor (art. 30 do Código de Defesa do Consumidor). Vige nesta seara o princípio da boa-fé objetiva. Como bem esclarece Claudia Lima Marques:

Assim, na visão tradicional, o consumidor, motivado a adquirir um determinado bem em virtude de oferta transmitida pelos meios de comunicação, entrava no estabelecimento comercial e fazia uma oferta ao fornecedor para adquirir aquele determinado bem pelo preço e nas condições anunciadas (três vezes sem juros, por exemplo). O fornecedor ou seu preposto, verificando ainda existir tal bem em seu estoque, conduzia o consumidor ao local onde seria fechado o negócio, mas os instrumentos assinados pelo consumidor deixavam claro que se tratava de uma “proposta de contrato, isto é, juridicamente, de uma oferta vinda do consumidor. O fornecedor não estaria vinculado por suas iniciais – ao contrário, a posição mais gravosa, que é a do ofertante, era reservada para o consumidor. O art. 30 do CDC, porém, modificou e ampliou consideravelmente a noção de *oferta* no direito brasileiro, dispondo o seguinte: “art. 30. Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado”. Segundo essa norma, portanto, toda informação, mesmo a publicidade, suficientemente precisa constitui uma oferta (uma proposta contratual), vinculando o fornecedor.

Nesta temática, destacamos inicialmente a questão relativa à ação fraudulenta de terceiro que altera o valor da oferta para patamares irrisórios. Pergunta-se, nesta hipótese o fornecedor ficará vinculado por esta oferta?

Sustentamos que o fornecedor ficará vinculado, salvo se demonstrado algum fortuito externo à sua atividade na *Internet* ou a violação de algum dever específico³⁶, tal como a manutenção de ambiente virtual seguro, que tenha gerado a ação fraudulenta de terceiro, respondendo pelo fortuito interno.

Discute-se na jurisprudência, como critério para a vinculação ou não da oferta por valores irrisórios o fato de se estar diante de erro grosseiro ou não do consumidor em relação ao referido valor do bem ou serviço ofertado, argumentando-se que ao consumidor também se impõe a boa-fé objetiva, assevera-se que “não é possível obrigar o fornecedor a cumprir o prometido quando o valor da promoção se mostrar tão irrisório que a constatação do erro do anúncio seja perceptível de plano”³⁷, de modo que tem o dever de distinguir uma oferta séria de outra equivocada.

Entendemos de forma diversa da referida posição jurisprudencial. Nos termos do art. 30, do Código de Defesa do Consumidor, “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”. Sendo assim, tendo em vista que a oferta de bem ou serviço por valor irrisório não deixa de ser suficientemente precisa e que vige aqui a teoria do risco proveito (*ubi emolumentum, ibi onus*), tal oferta obriga o fornecedor³⁸.



Outra questão a ser abordada neste item é utilização de “SPAMS”. Em nosso sentir, enquanto não há regulamentação específica para o uso deste mecanismo de publicidade, a responsabilidade civil resta regrada pelos ditames do art. 187 do Código Civil. A cláusula geral de ilicitude prevista no referido artigo, é a válvula de controle dos direitos subjetivos, conformando-os com o espírito da legislação civil, materializado nos princípios da socialidade e da eticidade. O ilícito decorrente do abuso de direito poderá gerar, além do dever de indenizar os danos causados, nos termos do art. 927, do Código Civil, outras respostas do ordenamento jurídico, tais como a invalidade do ato, ou a perda de um determinado direito.

No campo da responsabilidade civil, o exercício dos direitos subjetivos, seja no âmbito de uma relação jurídica ou não (o ilícito pode ser relativo ou absoluto, no dizer de Pontes de Miranda³⁹), que exceder manifestamente os limites da finalidade econômica ou social desse mesmo direito, da boa-fé ou dos bons costumes, causando danos, gerará o dever de indenizar, independentemente de dolo ou culpa. A ilicitude objetiva do art. 187 se verificará quando o exercício do direito exceder manifestamente os limites do seu fim econômico ou social, da boa-fé ou dos bons costumes. Caracterizada a ilicitude - que prescinde da culpa e do dano - e havendo dano, nascerá a responsabilidade nos termos do art. 927 e seguintes do Código Civil.

Consoante abordado no item II deste artigo, a legislação projetada para atualização do Código de Defesa do Consumidor prevê regulamentação específica para o uso dos *SPAMS*, de modo que em sendo aprovada esta legislação ficarão estabelecidos deveres específicos que preencherão o conteúdo deste direito subjetivo de realizar publicidade, servindo de parâmetro para a incidência da responsabilidade civil no caso de violação de tais deveres.

Responsabilidades dos sites intermediários

a) *Shopping* virtual;

Trata-se aqui de *sites* que reúnem diversas lojas virtuais. A receita é obtida através de uma taxa mensal + comissão sobre as vendas realizadas ou pagamentos por anúncios⁴⁰. Neste caminhar a aplicável a teoria do risco proveito, sendo a responsabilidade objetiva nos termos do Código de Defesa do Consumidor.

Neste sentido, recente julgado do Tribunal de Justiça de Santa Catarina cuja ementa a seguir se colaciona:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. COMPRA DE PRODUTO EFETUADA ATRAVÉS DO "SHOPPING UOL". NÃO RECEBIMENTO DA MERCADORIA. ILEGITIMIDADE PASSIVA REFUTADA. NEXO DE CAUSALIDADE DEMONSTRADO. TEORIA DO RISCO-PROVEITO. RESPONSABILIDADE DO SÍTIO DA INTERNET EVIDENCIADA. SERVIÇO DE APROXIMAÇÃO PRESTADO PELA RÉ QUE É REMUNERADO. PRODUTOS DIVULGADOS NO SITE APÓS APROVAÇÃO DO CADASTRO. DEVER DE INDENIZAR BEM RECONHECIDO. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. A empresa que, utilizando-se de sítio perante a internet, atua



incisivamente perante o mercado consumidor, divulgando produtos e atraindo clientela para comerciantes que se utilizam de tal serviço para negócios virtuais, sendo remunerada para tal atividade, deve responder pelos prejuízos ocasionados pela ausência da entrega da mercadoria. (TJSC; Apelação Cível: AC 20100779450 SC 2010.077945-0; Quarta Câmara de Direito Civil; Relator(a): Jorge Luis Costa Beber; Julgado em 28/08/2013).

Como bem exposto no julgado, a responsabilidade do sítio da internet fica evidenciada pelo serviço de aproximação prestado que é remunerado pelos produtos divulgados no *site* após cadastro prévio⁴¹. Acrescentamos aqui a boa-fé objetiva e a proteção da confiança⁴², que devem dirigir a análise de relações de consumo como esta, posto que, para o consumidor, não existe distinção aparente entre o *site* que faz a intermediação e o efetivo vendedor⁴³.

b) *Sites* de leilão virtual

Sites de leilão virtual representam um ambiente virtual que possibilita a oferta de mercadorias e a realização de lances até se chegar a melhor oferta disponível. A Receita é obtida através de taxas de cadastramento + comissão no caso de empresas (B2B) ou comissão sobre venda no caso de pessoas físicas (C2C). Existem variantes como o Leilão reverso, onde os vendedores é que fazem os lances, e o menor preço ofertado leva o pedido⁴⁴. Esses *sites* fazem a intermediação entre compradores (consumidor final) e vendedores (empresas – B2B - ou pessoas físicas – C2C).

Destacamos como exemplo de *site* que intermedia a realização de leilão virtual o Mercado Livre (www.mercadolivre.com)⁴⁵. A atividade desta empresa de comércio eletrônico pode ter seu funcionamento assim resumido: O Mercado Livre disponibiliza um sítio na Internet (www.mercadolivre.com.br), em que presta serviços de intermediação entre vendedores e compradores de produtos e serviços. Para consultar os anúncios veiculados pelo Mercado Livre, os usuários têm acesso livre a todas as páginas do seu sítio de Internet. Para vender ou comprar no âmbito do Mercado Livre os usuários devem preencher previamente um cadastro *on-line*. Os usuários que pretendem vender produtos ou serviços, após o cadastro pessoal, devem cadastrar o próprio anúncio, por cuja divulgação pagam preço estipulado pelo Mercado Livre⁴⁶. O usuário-vendedor pode estabelecer preço fixo para a venda ou estipular uma espécie de “leilão” (venda pela melhor proposta), com prazo para que todos os interessados apresentem propostas (“lances”). Para apresentar uma proposta de compra (a preço fixo ou por “leilão”), o usuário que pretenda realizar uma compra, também deve se cadastrar previamente. As propostas de compra (a preço fixo ou por sistema de “leilão”) só podem ser apresentadas no ambiente eletrônico do sítio do Mercado Livre. Recebida uma proposta, o usuário-vendedor deve enviar para o Mercado Livre uma “qualificação” da oferta (sua avaliação sobre a oferta), em prazo pré-determinado, sob pena de ser considerada concluída a negociação para efeito da comissão. Concluída a negociação entre usuário-comprador e usuário-vendedor, ou presumida a conclusão, o Mercado Livre cobra do usuário-vendedor uma comissão, calculada sobre o preço ajustado com o usuário-comprador, independentemente da efetiva ou satisfatória entrega do produto ou prestação do serviço.



Entre os julgados atuais parece haver orientação majoritária favorável à tese de que o *site* de intermediação de leilão virtual deve ser tratado como fornecedor de serviços, pois auferir proveito direto do negócio entabulado – há relação de consumo entre este e o usuário do site – respondendo solidariamente pelas operações que intermedia⁴⁷. Em diversos julgados a responsabilidade somente é excluída por restar cabalmente provada a culpa exclusiva da vítima.

Em julgado que trata da matéria o Superior Tribunal de Justiça entendeu que o Mercado Livre responde objetivamente pela falha de segurança do serviço de intermediação de negócios e pagamentos oferecidos ao consumidor⁴⁸. Ou seja, responde pelo fortuito interno decorrente do exercício da sua atividade (*ubi emolumentum, ibi onus*). Ademais, como bem ressaltado na decisão a estipulação pelo fornecedor de cláusula exoneratória ou atenuante de sua responsabilidade é vedada pelo art. 25 do Código de Defesa do Consumidor.

c) Sites de compra coletiva

Neste tipo de negócio os consumidores acessam o *site* e adquirem cupons de desconto, que podem chegar até 90% do valor normal de mercado, em produtos e serviços, tais como: restaurantes, salões de beleza e prestadores de serviços em geral. Uma oferta, seja ela de produtos ou serviços, é colocada no site por um tempo limitado. Qualquer pessoa que esteja cadastrada no *site* pode realizar a compra e, na maioria das vezes, imprimir um cupom, que tem data de validade e exigências para o uso. Esse cupom dá direito a descontos, mas é necessário que seja apresentado em algum estabelecimento. As ofertas ficam no site por pouco tempo, geralmente por um dia, exceto alguns *sites* que oferecem promoções de eletrônicos, que podem ficar em oferta por três dias ou mais, estimulando e impulsionando os usuários a comprar⁴⁹.

O sistema de compras coletivas é muito recente. Uma das primeiras empresas a utilizar o sistema foi o GroupOn, em 2008. Essa empresa já atinge um valor de Mercado superior a US\$ 1,2 bilhão, o que é uma medida do sucesso desse modelo de negócio. No Brasil, já temos mais de mil empresas atuando nesse mercado. Algumas delas são: Groupon, Peixe Urbano, ClickOn, Imperdível, Oferta Unica⁵⁰.

Os artigos 2º e 3º do Decreto presidencial 7.692/2013 estabelecem um conteúdo mínimo de informações que as ofertas devem conter. O art. 3º, tratando especialmente dos *sites* de compras coletivas estabelece os seguintes deveres: 1- quantidade mínima de consumidores para a efetivação do contrato; 2- prazo para utilização da oferta pelo consumidor; 3- identificação do fornecedor responsável pelo sítio eletrônico e do fornecedor do produto ou serviço ofertado, nos termos dos incisos I e II do art. 2º.

Destacamos aqui julgado do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro em que se decidiu pela responsabilidade objetiva de *site* de compras coletivas que fez a intermediação de pacote de viagens, em que ocorreu falha na prestação do serviço. Cabe colacionar a seguir o aresto do julgado:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. DIREITO DO CONSUMIDOR. PACOTE DE VIAGENS ADQUIRIDO EM SITE DE COMPRAS COLETIVAS. PEIXE URBANO. FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. CANCELAMENTO



DA HOSPEDAGEM. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO FORNECEDOR. ARTGO 14 DA LEI Nº 8.078/90. DANO MATERIAIS E MORAIS CONFIGURADOS. INCONFORMISMO DAS CONSUMIDORAS APRESENTADO NO RECURSO CINGE-SE AO VALOR DA INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS FIXADO NA SENTENÇA. PRETENSÃO DE MAJORAÇÃO QUE NÃO MERECE ACOLHIDA. VERBA INDENIZATÓRIA ARBITRADA EM CONFORMIDADE COM AS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO E QUE ATENDE AOS CRITÉRIOS DE RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. RECURSO A QUE SE NEGA SEGUIMENTO COM FULCRO NO ARTIGO 557 CAPUT DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO, DES. LUCIA HELENA DO PASSO - JULGAMENTO: 18/10/2013 - VIGESIMA SETIMA CAMARA CIVEL CONSUMIDOR; APELAÇÃO CÍVEL Nº 0360203-27.2012.8.19.0001).

Entendemos que a decisão foi acertada, pois o *site* de compra coletiva que faz a intermediação para a aquisição do produto ou serviço auferir proveitos dessa intermediação, devendo arcar também com os ônus, respondendo objetivamente, nos termos do Código de Defesa do Consumidor.

d) Demora ou não entrega do produto ou serviço

Devido à dinâmica da contratação pela *Internet*, feita à distância, em que os produtos ou serviços são entregues posteriormente ao pagamento efetuado, normalmente via cartão de crédito⁵¹, fundamental é a aplicação do princípio da boa-fé objetiva. As informações, concernentes ao prazo de entrega, fornecidas pela empresa de comércio virtual no momento da contratação podem ser fundamental para o consumidor contratar ou não. Se o prazo de entrega não é observado há violação da confiança despertada no consumidor e gera responsabilidade objetiva de indenizar⁵².

Para ilustrar a hipótese carreada neste tópico, trazemos à baila, emblemático julgado do Colégio Recursal dos Juizados Especiais Cíveis de São Paulo, em que presente de casamento comprado via *Internet* não foi entregue no prazo gerando situações gravemente constrangedoras para o consumidor. Vejamos o teor da ementa:

1. Compra e venda de produto via internet – pagamento efetuado e comprovado junto à ré – presente de casamento não entregue por falta de estoque – ré não avisou o autor, nem os noivos, em tempo oportuno – falta de comunicação expressa e eficaz que fere o Código de Defesa do Consumidor – cópia de e-mails enviados não provam efetivo conhecimento de seu conteúdo por parte do autor – ré deveria ter-se utilizado, também, de outra forma de comunicação, ainda mais quando constatada ausência de resposta do autor. 2. Página do site da ré indica que o produto está sujeito ao estoque, mas determina que o produto será entregue somente após o pagamento – portanto, autor seguiu os passos indicados pela ré – falha de comunicação no site que gera responsabilidade objetiva da ré. 3. Devolução do dinheiro feito somente após quarenta dias da compra e, ainda, sem correção monetária, demonstrando descaso para o consumidor. 4. Danos morais cristalinos – autor que passou constrangimentos perante seus amigos noivos, pois, mesmo achando que o presente foi entregue, não recebeu os agradecimentos de praxe. 5. Valor dos danos morais foi fixado de acordo com o seu caráter ressarcitório e punitivo (R\$ 1.200,00). 6. Recurso improvido. (TJSP; Quarta Turma Cível do Colégio Recursal dos Juizados Especiais Cíveis; julgado em



08 de abril de 2008 , Recurso Inominado nº 1.818, Relatora Juíza Denise Andréia Martins Retamero).

No caso colacionado, verifica-se que a julgadora observa judiciosamente que o fornecedor anunciou no seu site de comércio eletrônico que o produto estaria sujeito ao estoque, porém anuncia que a entrega se daria somente após o pagamento, ou seja, despertando a confiança do consumidor de que feito o pagamento o produto seria entregue. Destarte, feito o pagamento e não entregue o produto – com a agravante de se tratar de um presente de casamento – responde objetivamente o fornecedor, haja vista que não veiculou as informações no seu *site* adequadamente.

Comércio eletrônico internacional

O comércio eletrônico se caracteriza pela sua internacionalidade, não há fronteiras para a sua expansão, basta um *click* para se adquirir um produto em qualquer lugar do mundo, sendo entregue rapidamente devido à rapidez do transporte aéreo associada à logística das empresas de entrega de bens.

Destarte, tendo em vista a necessidade de uniformização das legislações nacionais, como destacamos no item I deste artigo, diversas são as iniciativas no âmbito de organismos internacionais e de blocos regionais no sentido de se estabelecer diretivas para que as legislações nacionais não sejam conflitantes⁵³. É de vital importância o tratamento dessas questões no âmbito do direito internacional privado, estabelecendo-se tratados para a uniformização das legislações nacionais sobre a matéria⁵⁴.

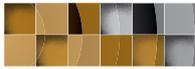
Questão que surge quando se cuida da matéria do comércio eletrônico internacional é a seguinte: Qual a lei aplicável? Para a solução deste problema devemos recorrer às regras do direito internacional privado e ao direito do consumidor.

Para as relações civis e comerciais em geral a regência se dá pelo previsto no art. 9º, §2º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, ou seja, a lei aplicável é a lei do lugar em que constituída a obrigação: domicílio do proponente. Já para as relações de consumo sustentamos que se aplica a lei do domicílio do consumidor.

Como destaca Cesare Massimo Bianca⁵⁵, no direito comunitário europeu, a Convenção de Roma de 1980, que dispõe sobre as regras gerais de direito internacional privado no tema das obrigações contratuais, traz o princípio de que nos contratos concluídos com os consumidores a legislação aplicável é a do país em que estes têm sua residência habitual.

No direito brasileiro, os arts. 47, 51, IV e 101, I, do Código de Defesa do Consumidor autorizam que a demanda seja proposta no foro do domicílio do consumidor⁵⁶, da mesma forma que se extrai que a lei aplicável no caso de conflito envolvendo relação de consumo é a do domicílio do consumidor.

Como destacamos no tópico II deste artigo - Projeto de Lei do Senado nº 281/2012 e o Decreto da presidência da república nº 7.962, de 15 de março de 2013 - o parágrafo único do art. 101 da legislação projetada dispõe que “aos conflitos decorrentes do fornecimento a distância internacional, aplica-se a lei do domicílio do consumidor, ou a norma estatal escolhida pelas



partes, desde que mais favorável ao consumidor, assegurando igualmente o seu acesso à justiça”.

Conclusão

Nesse breve estudo, buscamos demonstrar como o crescimento da *Internet* e do comércio eletrônico trazem novas questões a serem tratadas pelo direito. Sustentamos que a posição tradicional de que a *Internet* deve se auto-regulamentar não traduz a melhor solução para os problemas advindos, devendo se adotar legislação que traga critérios para a definição de deveres específicos dos participantes da rede mundial de computadores, o que vem sendo feito pelas legislações estrangeiras e diretivas de organismos internacionais.

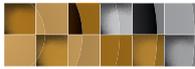
Sendo assim, tratamos a seguir do Projeto de Lei do Senado nº 281/2012 – atualmente em trâmite na Câmara dos Deputados (Projeto de Lei nº 3514/2015) –, que atualiza o Código de Defesa do Consumidor no tocante ao Comércio eletrônico, através dos seus principais aspectos: a) deveres dos fornecedores de produtos e serviços que utiliza o meio eletrônico; b) direito de arrependimento; c) suspensão temporária de oferta e de comércio eletrônico; d) uso de *SPAMS*. Outrossim, destacamos o Decreto da presidência da república nº 7.962, de 15 de março de 2013, que antecipa várias formulações da legislação projetada.

Por fundamental, quanto à responsabilidade civil no comércio eletrônico relativa às relações de consumo na *Internet*, procuramos localizá-la dentro da chamada sociedade de risco e demonstrar que para a definição da responsabilidade dos provedores de serviços deve se atentar às suas peculiaridades e aos modelos de negócios realizados.

Centramos a nossa análise tópica em relação à responsabilidade dos *sites* de facilitadores ou intermediação, em que sustentamos ser aplicável a teoria do risco proveito, sendo a responsabilidade objetiva nos termos do Código de Defesa do Consumidor. Tratamos também da publicidade “*online*” e da demora ou não entrega do produto ou serviço.

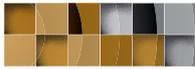
Por fim, abordamos sucintamente os aspectos que entendemos fulcrais para o comércio eletrônico internacional, consistentes na unificação da legislação internacional sobre o tema e a definição da legislação aplicável sobre a matéria. Defendemos que a lei aplicável nas relações civis e comerciais é a do domicílio do proponente, nos termos do art. 9º, §2º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, e que na hipótese de relação de consumo aplica-se a lei do domicílio do consumidor.

Feito isso, acreditamos ter tratado, dentro da proposição deste artigo, topicamente das principais questões atinentes à responsabilidade civil no comércio eletrônico, sem olvidar que a internet é extremamente dinâmica, sendo plataforma para o surgimento contínuo de novos modelos de negócios e de novas questões atinentes à responsabilidade civil.



Bibliografia

- ALPA, Guido. *Il diritto dei consumatori*. Bari: Editori Laterza, 2002.
- ASCENSÃO, José de oliveira. *Estudos Sobre Direito da Internet e da Sociedade da Informação*. Coimbra: Almedina, 2001.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BALACHE, Mireille. *Les nouveaux défis du droit de la responsabilité : l'article 15 de la loi pour la confiance dans l'économie numérique consacre-t-il un nouveau cas de responsabilité contractuelle autonome du fait d'autrui ?*. In : ROCHFELD, Judith (Sous la direction de). *Les nouveaux défis du commerce électronique*, Tome 1. Paris : LGDJ, 2010.
- BECK, Ulrick. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. São Paulo: Editora 34, 2010.
- BIANCA, Cesare Massimo. *Diritto Civile. 3: il contratto*. Milano: Giuffrè editore, 2000.
- CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Edições Almedina, 2011.
- FABRE-MAGNAN, Muriel. *Droit des obligations. 2- Responsabilité civile et quasi-contrats*. Paris : Presses Universitaires de France, 2007.
- FINKESTEIN, Maria Eugênia. *Direito do comércio eletrônico*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.
- LEONARDI, Marcel. *Responsabilidade civil dos provedores de serviços de internet*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005.
- LESSIG, Lawrence. *Code: version 2.0*. New York: Basic Books, 2006.
- LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1960.
- LIMA, Eduardo Weiss Martins de. *Proteção do consumidor brasileiro no comércio eletrônico internacional*. São Paulo: Atlas, 2006.
- LISBOA, Roberto Senise. *Contratos difusos e coletivos: a função social do contrato*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- LOPEZ, Teresa Ancona. *Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil*. Tese para concurso de Professor Titular de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2008.
- LORENZETTI, Ricardo Luis Lorenzetti. *Informática, Cyberlaw, E-Commerce*. In: SIMÃO FILHO, Adalberto; LUCCA, Newton de. *Direito & internet - Aspectos jurídicos relevantes*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, pp. 465-508.
- LUCCA, Newton de. *Aspectos Jurídicos da Contratação Informática e Telemática*. Saraiva, São Paulo, 2003.



LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Competência no comércio e no ato ilícito eletrônico*. In: SIMÃO FILHO, Adalberto; LUCCA, Newton de. *Direito & internet - Aspectos jurídicos relevantes*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, pp. 389-410.

MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Analyse économique du droit*. Paris : Dalloz, 2008.

MANARA, Cedric. *Droit du commerce électronique*. Paris : LGDJ, 2013.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. *Confiança no Comércio Eletrônico e a Proteção do Consumidor*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004.

MIRAGEM, Bruno. *Abuso do Direito. Ilicitude objetiva e limite ao exercício de prerrogativas jurídicas no Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, t. II.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Responsabilidade civil por acidentes de consumo*. In: AGUIA JUNIOR, Ruy Rosado; LOPEZ, Teresa Ancona. *Contratos de consumo e atividade econômica*. São Paulo: Saraiva, 2013.

SANTOS, Manoel J. Pereira dos. *Responsabilidade civil dos provedores de conteúdo pelas transações comerciais eletrônicas*. In: SILVA, Regina Beatriz Tavares da; Manoel J. Pereira dos Santos (coordenadores). *Responsabilidade Civil na Internet e nos demais meios de comunicação*. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, pp. 143-195.

SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. São Paulo: Atlas, 2013.

SIMÃO FILHO, Adalberto. *Dano ao consumidor por invasão do site ou da rede – Inaplicabilidade das excludentes de caso fortuito ou força maior*. In: SIMÃO FILHO, Adalberto; LUCCA, Newton de. *Direito & internet - Aspectos jurídicos relevantes*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, pp. 127-140.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Eficácia probatória dos contratos celebrados pela internet*. In: SIMÃO FILHO, Adalberto; LUCCA, Newton de (Coordenadores). *Direito & internet - Aspectos jurídicos relevantes*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, pp. 311-319.

ZULIANI, Ênio Santarelli. *Responsabilidade civil pelos vícios dos bens informáticos e pelo fato do produto*. In: SILVA, Regina Beatriz Tavares da; Manoel J. Pereira dos Santos (coordenadores). *Responsabilidade Civil na Internet e nos demais meios de comunicação*. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, pp. 369-407.



¹ Disponível em: <<https://ecommercenews.com.br/noticias/balancos/e-commerce-cresce-12-em-2017-e-projecao-para-2018-vai-a-15/>>. Acesso em: 02.05.2018.

² Disponível em: <<https://www.internetinnovation.com.br/blog/a-evolucao-do-comercio-eletronico-no-brasil/>>. Acesso em: 02.05.2018.

³ BALACHE, Mireille. *Les nouveaux défis du droit de la responsabilité : l'article 15 de la loi pour la confiance dans l'économie numérique consacre-t-il un nouveau cas de responsabilité contractuelle autonome du fait d'autrui ?*. In : ROCHFELD, Judith (Sous la direction de). *Les nouveaux défis du commerce électronique*, Tome 1. Paris : LGDJ, 2010, pp. 31-32: Le développement du numérique n'a pas manqué d'étendre et de diversifier les occasions d'actions dommageables. La question s'est alors posée de savoir si le droit commun de la responsabilité pouvait suffire à répondre aux besoins nouveaux d'indemnisation ou si la nature électronique du support de l'activité imposait d'écarter le droit commun au profit d'un régime spécifique de réparation. Faut-il adapter le droit commun de la responsabilité aux particularités du commerce électronique ? Pour répondre à cette question, il convient de distinguer selon la nature de la responsabilité en cause. La responsabilité délictuelle a vocation à s'appliquer lorsque la victime n'est pas liée par un contrat au responsable. Il en est ainsi lorsque la diffusion de contenus porte atteinte à ses droits subjectifs, tels que les droits de la personnalité, les droits de propriété littéraire et artistique ou les droits conférés aux titres des marques ou autres signes distinctifs... La difficulté consiste alors à déterminer précisément les responsables, en raison de la pluralité d'intervenants sur internet. Si la responsabilité de l'internaute auteur de l'acte dommageable, notamment de la contrefaçon, ne fait pas de doute et relève du droit commun, la responsabilité des prestataires techniques est en revanche plus délicate. En l'absence de dispositions législatives spécifiques relatives à la responsabilité encourue à l'occasion des activités de commerce électronique, la jurisprudence avait, dans un premier temps, eu recours au principe de la responsabilité pour faute de l'article 1382 du Code civil. Elle avait condamné sur ce fondement des hébergeurs des sites de fournisseurs d'accès pour violation de l'obligation générale de prudence et de diligence. Les prestataires techniques étaient ainsi tenus non seulement de surveiller le contenu des sites hébergés mais également de réagir après le constat d'une illicéité ».

⁴ FINKESTEIN, Maria Eugênia. *Direito do comércio eletrônico*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 11: "A regulamentação do comércio eletrônico encontra defensores e opositores em todo o mundo. Seus opositores lembram que o seu desenvolvimento é tão rápido que sua regulamentação logo seria seguida por uma necessidade de revisão. A sua regulamentação logo seria seguida por uma necessidade de revisão. A sua desregulamentação, por outro lado, gera algumas inseguranças aos usuários. É sabido, porém, que no começo a Internet passou uma ideia de que ninguém a regulamentava, ideia essa que parece prevalecer até hoje".

⁵ LESSIG, Lawrence. *Code: version 2.0*. New York: Basic Books, 2006, pp. 77-78: "But isn't it clear that government should do something to make this architecture consistent with important public values? If commerce is going to define the emerging architectures of cyberspace, isn't the role of government to ensure that those public values that are not in commerce's interest are also built into the architecture? Architecture is a kind of law: It determines what people can and cannot do. When commercial interests determine the architecture, they create a kind of privatized law. I am not against private enterprise; my strong presumption in most cases is to let the market produce. But isn't it absolutely clear that there must be limits to this presumption? That public values are not exhausted by the sum of what IBM might desire? That what is good for America Online is not necessary good for America? Ordinarily, when we describe competing collections of values, and the choices we make among them, we call these choices "political." They are choices about how the world will be ordered and about which values will be given precedence. Choices among values, choices about regulation, about control, choices about the definition of spaces of freedom—all this is the stuff of politics. Code codifies values, and yet, oddly most people speak as if code were just a question of engineering. Or as if code is best left to the market. Or best left unaddressed by government".

⁶ Antonio Junqueira Azevedo, fazendo analogia à aplicação do direito pelo pretor romano, nos fala de tríplice função da cláusula geral da boa-fé no campo contratual (arts. 113 e 442, do CC/2002): *adjuvandi*, ajudar na interpretação do contrato; *supplendi*, suprir algumas falhas do contrato, acrescentar o que nele não está incluído (deveres anexos, de informação, sigilo, colaboração, cuidado); *corrigendi*, corrigir alguma coisa que não é de direito no sentido de justo (cláusulas abusivas). (*Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 153).

⁷ Disponível em: <http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/electronic_commerce/1996Model.html>. Date d'adoption: 12 juin 1996 (le nouvel article 5 bis a été adopté en 1998). Objet: La Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique (LTCE) a pour objet de permettre et de faciliter le commerce électronique en proposant aux législateurs nationaux un ensemble de règles internationalement acceptables dont le but



est de lever les obstacles juridiques et d'augmenter la sécurité juridique dans ce type de commerce. En particulier, elle vise à surmonter les obstacles résultant des dispositions légales auxquelles les parties ne peuvent déroger conventionnellement en offrant une égalité de traitement à l'information sur support papier et support électronique. Une telle égalité de traitement est indispensable pour faciliter l'utilisation de communications sans support papier et, partant, promouvoir l'efficacité du commerce international. Acesso em 02.05.2018.

⁸ Disponível em: <<http://www.oecd.org/internet/consumer/>>. Acesso em: 02.05.2018.

⁹ Diretiva Comunitária 97/7/CE.

¹⁰ Art. 45-B. Sem prejuízo do disposto nos arts. 31 e 33, o fornecedor de produtos e serviços que utilizar meio eletrônico ou similar deve disponibilizar em local de destaque e de fácil visualização: I- seu nome empresarial e número de sua inscrição no cadastro geral do Ministério da Fazenda; II- seu endereço geográfico e eletrônico, bem como as demais informações necessárias para sua localização, contato e recebimento de comunicações e notificações judiciais ou extrajudiciais. III- preço total do produto ou do serviço, incluindo a discriminação de quaisquer eventuais despesas, tais como a de entrega e seguro; IV- especificidades e condições da oferta, inclusive as modalidades de pagamento, execução, disponibilidade ou entrega; V- características essenciais do produto ou do serviço; VI- prazo de validade da oferta, inclusive do preço; VII- prazo da execução do serviço ou da entrega ou disponibilização do produto.

¹¹ MACKAAY, Ejan ; ROUSSEAU, Stéphane. *Analyse économique du droit*. Paris : Dalloz, 2008, p. 420: « Comme le client ne peut pas inspecter le bien avant l'achat, il faudra prévoir des modalités pour qu'il puisse l'inspecter à l'usage et de le retourner s'il n'est pas satisfait (faculté de débit) ».

¹² “Art. 49. O consumidor pode desistir da contratação à distância, no prazo de sete dias a contar da aceitação da oferta ou do recebimento ou disponibilidade do produto ou serviço, o que ocorrer por último. § 1º § 2º Por contratação a distância entende-se aquela efetivada fora do estabelecimento, ou sem a presença física simultânea do consumidor e fornecedor, especialmente em domicílio, por telefone, reembolso postal, por meio eletrônico ou similar. § 3º Equipara-se à modalidade de contratação prevista no § 2º deste artigo aquela em que, embora realizada no estabelecimento, o consumidor não teve a prévia oportunidade de conhecer o produto ou serviço, por não se encontrar em exposição ou pela impossibilidade ou dificuldade de acesso a seu conteúdo. § 4º Caso o consumidor exerça o direito de arrependimento, os contratos acessórios de crédito são automaticamente rescindidos, sem qualquer custo para o consumidor; § 5º Sem prejuízo da iniciativa do consumidor, o fornecedor deve comunicar de modo imediato a manifestação do exercício de arrependimento à instituição financeira ou à administradora do cartão de crédito ou similar, a fim de que: I- a transação não seja lançada na fatura do consumidor; II- seja efetivado o estorno do valor, caso a fatura já tenha sido emitida no momento da comunicação; III- caso o preço já tenha sido total ou parcialmente pago, seja lançado o crédito do respectivo valor na fatura imediatamente posterior à comunicação. § 6º Se o fornecedor de produtos ou serviços descumprir o disposto no § 1º ou no § 5º, o valor pago será devolvido em dobro. § 7º O fornecedor deve informar, de forma clara e ostensiva, os meios adequados, facilitados e eficazes disponíveis para o exercício do direito de arrependimento do consumidor, que devem contemplar, ao menos, o mesmo modo utilizado para a contratação. § 8º O fornecedor deve enviar ao consumidor confirmação individualizada e imediata do recebimento da manifestação de arrependimento. § 9º O descumprimento dos deveres do fornecedor previstos neste artigo e nos artigos da Seção VII do Capítulo V do Título I desta lei enseja a aplicação pelo Poder Judiciário de multa civil em valor adequado à gravidade da conduta e suficiente para inibir novas violações, sem prejuízo das sanções penais e administrativas cabíveis e da indenização por perdas e danos, patrimoniais e morais, ocasionados aos consumidores.”

¹³ “Art. 56. (...) XIII- suspensão temporária ou proibição de oferta e de comércio eletrônico”.

¹⁴ “Art. 59. (...) § 4º Caso o fornecedor por meio eletrônico ou similar descumpra a pena de suspensão ou de proibição de oferta e de comércio eletrônico, sem prejuízo de outras medidas administrativas ou judiciais de prevenção de danos, o Poder Judiciário determinará, a pedido da autoridade administrativa ou do Ministério Público, no limite estritamente necessário para a garantia da efetividade da sanção, que os prestadores de serviços financeiros e de pagamento utilizados pelo fornecedor, de forma alternativa ou conjunta, sob pena de pagamento de multa diária: I- suspendam os pagamentos e transferências financeiras para o fornecedor de comércio eletrônico; II- bloqueiem as contas bancárias do fornecedor”.

¹⁵ “Art. 45- E. É vedado enviar mensagem eletrônica não solicitada a destinatário que: I- não possua relação de consumo anterior com o fornecedor e não tenha manifestado consentimento prévio em recebê-la; II- esteja inscrito em cadastro de bloqueio de oferta; ou III- tenha manifestado diretamente ao fornecedor a opção de não recebe-la. § 1º Se houver prévia relação de consumo entre o remetente e o destinatário, admite-se o envio de mensagem não solicitada, desde que o consumidor tenha tido oportunidade de recusá-la. § 2º O fornecedor deve informar ao destinatário, em cada mensagem enviada:



I- o meio adequado, simplificado, seguro e eficaz que lhe permita, a qualquer momento, recusar, sem ônus, o envio de novas mensagens eletrônicas não solicitadas; e II- o modo como obteve os dados do consumidor. § 3º O fornecedor deve cessar imediatamente o envio de ofertas e comunicações eletrônicas ou de dados a consumidor que manifestou a sua recusa em recebê-las. § 4º Para os fins desta seção, entende-se por mensagem eletrônica não solicitada a relacionada a oferta ou publicidade de produto ou serviço e enviada por correio eletrônico ou meio similar. § 5º É também vedado: I- remeter mensagem que oculte, dissimule ou não permita de forma imediata e fácil a identificação da pessoa em nome de quem é efetuada a comunicação e a sua natureza publicitária. II- veicular, hospedar, exibir, licenciar, alienar, utilizar, compartilhar, doar ou de qualquer forma ceder ou transferir dados, informações ou identificadores pessoais, sem expressa autorização e consentimento informado do seu titular, salvo exceções legais.”

¹⁶ “Art. 101. (...) Parágrafo único. Aos conflitos decorrentes do fornecimento a distância internacional, aplica-se a lei do domicílio do consumidor, ou a norma estatal escolhida pelas partes, desde que mais favorável ao consumidor, assegurando igualmente o seu acesso à Justiça.”

¹⁷ “Art. 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: I - informações claras a respeito do produto, serviço e do fornecedor; II - atendimento facilitado ao consumidor; e III - respeito ao direito de arrependimento.

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.

Art. 3º. Os sítios eletrônicos ou demais meios eletrônicos utilizados para ofertas de compras coletivas ou modalidades análogas de contratação deverão conter, além das informações previstas no art. 2o, as seguintes: I - quantidade mínima de consumidores para a efetivação do contrato; II - prazo para utilização da oferta pelo consumidor; e III - identificação do fornecedor responsável pelo sítio eletrônico e do fornecedor do produto ou serviço ofertado, nos termos dos incisos I e II do art. 2o.

Art. 4º. Para garantir o atendimento facilitado ao consumidor no comércio eletrônico, o fornecedor deverá: I - apresentar sumário do contrato antes da contratação, com as informações necessárias ao pleno exercício do direito de escolha do consumidor, enfatizadas as cláusulas que limitem direitos; II - fornecer ferramentas eficazes ao consumidor para identificação e correção imediata de erros ocorridos nas etapas anteriores à finalização da contratação; III - confirmar imediatamente o recebimento da aceitação da oferta; IV - disponibilizar o contrato ao consumidor em meio que permita sua conservação e reprodução, imediatamente após a contratação; 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; VI - confirmar imediatamente o recebimento das demandas do consumidor referidas no inciso, pelo mesmo meio empregado pelo consumidor; e VII - utilizar mecanismos de segurança eficazes para pagamento e para tratamento de dados do consumidor. Parágrafo único. A manifestação do fornecedor às demandas previstas no inciso V do caput será encaminhada em até cinco dias ao consumidor.

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. § 1º. O consumidor poderá exercer seu direito de arrependimento pela mesma ferramenta utilizada para a contratação, sem prejuízo de outros meios disponibilizados. § 2º. O exercício do direito de arrependimento implica a rescisão dos contratos acessórios, sem qualquer ônus para o consumidor. § 3º. O exercício do direito de arrependimento será comunicado imediatamente pelo fornecedor à instituição financeira ou à administradora do cartão de crédito ou similar, para que: I - a transação não seja lançada na fatura do consumidor; ou II - seja efetivado o estorno do valor, caso o lançamento na fatura já tenha sido realizado. § 4º. O fornecedor deve enviar ao consumidor confirmação imediata do recebimento da manifestação de arrependimento.

Art. 6º. As contratações no comércio eletrônico deverão observar o cumprimento das condições da oferta, com a entrega dos produtos e serviços contratados, observados prazos, quantidade, qualidade e adequação. Art. 7º. A inobservância das condutas descritas neste Decreto ensejará aplicação das sanções previstas no art. 56 da Lei no 8.078, de 1990.



Art. 8º. O Decreto no 5.903, de 20 de setembro de 2006, passa a vigorar com as seguintes alterações:

‘Art. 10.’

Parágrafo único. O disposto nos arts. 2o, 3o e 9o deste Decreto aplica-se às contratações no comércio eletrônico.’(NR)

Art. 9º. Este Decreto entra em vigor sessenta dias após a data de sua publicação”.

¹⁸ BECK, Ulrick. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. São Paulo: Editora 34, 2010, pp. 31-32: “Riscos, assim como riquezas, são objeto de distribuição, constituindo igualmente posições – posições de *ameaça* ou posições de *classe*. Trata-se, entretanto, tanto num como noutro caso, de um bem completamente distinto e de uma e de outra controvérsia em torno de sua distribuição. No caso das riquezas sociais, trata-se de bens de consumo, renda, oportunidades educacionais, propriedade etc., como bens escassos cobiçados. Em contraste, as ameaças são um subproduto modernizacional de uma *abundância* a ser *evitada*. Cabe ou erradicá-la ou então negá-la, reinterpretando-a. A *lógica positiva da apropriação* é assim confrontada por uma *lógica negativa do afastamento pela distribuição*, rejeição, negação e reinterpretação”.

¹⁹ Para Claudia Lima Marques, na contratação pela Internet “a vulnerabilidade do consumidor aumenta. Como usuário da net, sua capacidade de controle fica diminuída, é guiado por links e conexões, em transações ambigualmente coordenadas, recebe as informações que desejam lhe fornecer, tem poucas possibilidades de identificar simulações e ‘jogos’, de proteger sua privacidade e autoria, de impor sua linguagem” (*Confiança no Comércio Eletrônico e a Proteção do Consumidor*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004, p. 72).

²⁰ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Eficácia probatória dos contratos celebrados pela internet*. In: SIMÃO FILHO, Adalberto; LUCCA, Newton de. *Direito & internet - Aspectos jurídicos relevantes*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, pp. 313-314: “Forçoso é reconhecer que não têm sido poucos os problemas levantados pelos especialistas no concernente à efetiva certificação das transações eletrônicas. Argumenta-se, em primeiro lugar, quanto à dificuldade de detectar-se a autoria daquelas, porquanto, além de serem constituídos, na maioria das vezes, por diferentes sujeitos, não há como serem firmados nos moldes tradicionais. É de ser ressaltado, por outro lado, que a navegação pela Internet e o respectivo acesso à possibilidade de efetivação do comércio são relativamente vulneráveis. Exatamente por tais relevantes motivos é que se procura, na atualidade, encontrar mecanismos que possam conferir um grau elevado de segurança à autenticidade dos negócios celebrados pela *Internet*”.

²¹ MACKAAY, Ejan ; ROUSSEAU, Stéphane. *Analyse économique du droit*. Paris : Dalloz, 2008, p. 420: « Sur l’internet, on ne peut généralement inspecter les choses à acheter ; elles deviennent toutes des « experiences goods ». Toutefois, comme l’information circule plus facilement, les vendeurs ont l’intérêt à fournir de l’information pour décrire ou montrer leur biens et les acheteurs, à partager leurs expériences avec d’autres acheteurs potentiels. Différents systèmes d’accréditation et de partage d’expériences sont proposés. On peut avoir recours à des engins (bots) pour recueillir l’information sur laquelle baser des comparaisons avant l’achat. Les comparaisons sont plus faciles à effectuer que dans le marché classique. Le paiement est simplifié. En revanche, l’accès plus facile pour tous crée également des problèmes de sécurité : les malfrats aussi ont un accès plus facile. On doit se plier à des précautions particulières pour le placement des commandes et pour le paiement. On rencontre des systèmes où un jouer à qui l’on fait confiance accrédite un jouer que l’on ne connaît pas encore, comme le fait Amazon pour les vendeurs d’objets d’occasion accessibles par son site ».

²² *Responsabilidade civil dos provedores de serviços de internet*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005, pp. 19-31.

²³ SANTOS, Manoel J. Pereira dos. *Responsabilidade civil dos provedores de conteúdo pelas transações comerciais eletrônicas*. In: SILVA, Regina Beatriz Tavares da; Manoel J. Pereira dos Santos (coordenadores). *Responsabilidade Civil na Internet e nos demais meios de comunicação*. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 145.

²⁴ Importante destacar as “Diretrizes do Comércio Eletrônico”, aprovadas pelo Ministério da Justiça no âmbito do “Sistema Nacional de Defesa do Consumidor”, em 20.08.2010, que abordam a questão da responsabilidade: “7) RESPONSABILIDADE. 7.1. A responsabilidade dos fornecedores de produtos e serviços pela Internet esta baseada no reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor, nos termos do Código de Defesa do Consumidor. 7.2 Nos casos de danos sofridos pelos consumidores, a responsabilidade dos fornecedores será analisada, considerando o nexos causal entre o dano sofrido e o defeito do serviço, na exata medida de como ele é ofertado”.

²⁵ Temos aqui os *sites* de fornecedores (lojas virtuais) que utilizam a Internet como canal de comercialização de seus produtos ou serviços de forma exclusiva, como por exemplo www.submarino.com, de forma complementar, tal como www.walmart.com.br, ou ainda o “comércio virtual puro”, de comercialização de produtos digitais ou serviços cuja entrega seja realizada pela própria



Internet, por exemplo: www.weblinguas.com.br. Disponível em: <http://www.e-commerce.org.br/modelo_de_negocio.php>. Acesso em: 02.05.2018.

²⁶ Dentro desta categoria devemos destacar: a) “shopping virtual” – portal contendo diversas “lojas virtuais” (p.ex.: <http://shopping.uol.com.br/>) -, b) os denominados sites de “leilão virtual”; c) sites de “compra coletiva”.

²⁷ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Responsabilidade civil por acidentes de consumo*. In: AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado; LOPEZ, Teresa Ancona. *Contratos de consumo e atividade econômica*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 297: “A responsabilidade civil por acidentes de consumo, regulada pelos arts. 12 e 14 do Código de Defesa do Consumidor, consiste na atribuição ao fornecedor da obrigação de indenizar o consumidor pelos danos causados por produtos ou serviços defeituosos. Abrange a reparação de prejuízos cada vez mais comuns na sociedade de consumo, como os causados por medicamentos, automóveis, eletrodomésticos, brinquedos, refrigerantes, que se amoldam como fatos do produto (art. 12), ou aqueles provocados por uma prestação defeituosa de serviços em hotéis, hospitais, escolas, bancos, empresas de transporte, energia elétrica (art. 14)”.

²⁸ LISBOA, Roberto Senise. *Contratos difusos e coletivos: a função social do contrato*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 355: “O Código de Defesa do Consumidor consagrou, tal como fez na responsabilidade pelo fato do produto e serviço, a responsabilidade objetiva dos fornecedores pelo vício do produto e serviço (arts. 18, 20 e 22 do CDC). Dessa feita, a responsabilidade é objetiva e, no que diz respeito ao vício do produto, em regra, é solidária de todos os fornecedores, mediatos e imediatos, que compuseram a cadeia de consumo, até a aquisição final do produto ou serviço”.

²⁹ MANARA, Cedric. *Droit du commerce électronique*. Paris : LGDJ, 2013, p. 104 : « Dans l’Union européenne et en France, la jurisprudence relatives aux intermédiaires internet s’est progressivement consolidée en faveur de ces derniers. À chaque étape de sa construction, il a été asséné que la régulation des activités électroniques ne saurait s’accommoder de compromis avec les libertés fondamentales. Il est remarquable que la Cour de justice se soit saisie du principe de la liberté d’entreprise pour rappeler que doivent en jouir pleinement des intermédiaires sans lesquels il ne saurait, par exemple, y avoir de libre circulation des services de la société de l’information entre les États membres – ce qui est l’objectif de la directive commerce électronique. Le libre exercice du commerce électronique n’autorisant toutefois pas les excès, c’est la question de la responsabilité qui doit maintenant être soulevée ».

³⁰ FABRE-MAGNAN, Muriel. *Droit des obligations. 2- Responsabilité civile et quasi-contrats*. Paris : Presses Universitaires de France, 2007, pp. 63-64 : « Est alors apparue une autre théorie doctrinale de nature à fonder le nouveaux types de responsabilité civile et que l’on a appelé la théorie du risque. Ses principaux théoriciens en ont été deux grands juristes du début du XX^e siècle : Raymond Salleilles et Louis Josserand. Cette théorie a eu plusieurs versions. On a tout d’abord évoqué l’idée de « risque-profit » : celui qui profite de l’activité d’une autre personne (on pense en premier lieu à l’employeur) doit en assumer également les risques, c’est-à-dire réparer les dommages liés à cette activité. Comme le résume l’adage, *ubi emolumentum, ibi onus* (là où est le profit doit également être la charge) ».

³¹ *Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil*. Tese para concurso de Professor Titular de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2008, p. 19

³² LIMA, Alvinio. *Culpa e risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1960, p. 124: “A questão da responsabilidade, que é mera questão de reparação dos danos, de proteção do direito lesado, de equilíbrio social, deve, pois ser resolvida atendendo-se somente àquele critério objetivo; quem guarda os benefícios que o acaso da sua atividade lhe proporciona deve, inversamente, suportar os males decorrentes desta mesma atividade”.

³³ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 829: “Preferimos, porém, entender como publicidade, no sistema do CDC, toda informação ou comunicação difundida com o fim direto ou indireto de promover junto aos consumidores a aquisição de um produto ou a utilização de um serviço, qualquer que seja o local ou meio de comunicação utilizado. Logo, fica excluída a propaganda política, já regulada em lei eleitoral, e também a chamada publicidade governamental, que não tenha como fim promover atos de consumo, separando-se, assim, claramente o que é propaganda (difusão de ideias) e o que é publicidade (promoção, incitação ao consumo). Este parece ter sido o caminho adotado pelo CDC – sendo assim, o elemento caracterizador da publicidade é a sua finalidade consumista”.

³⁴ Disponível em: < <http://www.e-commerce.org.br/dicionario.php#B>>. Acesso em: 02.05.2018.

³⁵ Disponível em: < <http://www.e-commerce.org.br/dicionario.php#S>>. Acesso em: 02.05.2018.

³⁶ Verifica-se aqui a importância da regulamentação da Internet para o estabelecimento dos direitos e deveres dos provedores de serviços, servindo como parâmetro para a atuação destes e a apuração de responsabilidades. Cabe destacar aqui a importância da Lei nº 12.965/2014, popularmente conhecida



como “Marco civil da *Internet*”, e do Projeto de Lei do Senado nº 281/2102, que atualiza o Código de Defesa do Consumidor no tocante ao comércio eletrônico, aborda no item II deste artigo.

³⁷ Neste sentido, o seguinte aresto de julgado do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios: CONSUMIDOR. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. OFERTA VEICULADA EM SITE DA INTERNET. VALOR DA PROMOÇÃO IRRISÓRIO. EQUÍVOCO DO PREÇO CONSTATADO DE PLANO (ERRO GROSSEIRO). PLEITO PELO CUMPRIMENTO DA OFERTA ANUNCIADA E ENTREGA DOS PRODUTOS. IMPROCEDÊNCIA. NÃO-VINCULAÇÃO DA EMPRESA OFERTANTE. POSSIBILIDADE DE CANCELAMENTO DA VENDA POR PARTE DO FORNECEDOR. RECURSO IMPROVIDO. 1. Toda informação ou publicidade suficientemente precisa, veiculada na Internet ou em outro meio, obriga o fornecedor que a fizer veicular, ou que dela se utilizar, passando a integrar o contrato que vier a ser celebrado (artigo 30 da Lei 8.078/90). Nesse sentido, não pode o fornecedor cancelar compra efetivada, sob alegação de equívoco na oferta anunciada. 2. Contudo, não é possível obrigar o fornecedor a cumprir o prometido quando o valor da promoção se mostrar tão irrisório que a constatação do erro do anúncio seja perceptível de plano (Câmara Digital DSC - S2000 10MP c/ 3x de Zoom Óptico, LCD de 2,5” e Smile Shutter + Memory Stick Pro Duo 2GB - Sony + Carregador pelo valor de R\$ 44,00). 3. ‘DIREITO DO CONSUMIDOR. OFERTA. ERRO EVIDENTE. DANOS MORAIS NÃO DEMONSTRADOS. 1 - É dever do fornecedor garantir as condições ofertadas para o produto. Entretanto, não é exigível vender pelo preço, se resta evidente o erro justificável. Não é compatível com a boa-fé que deve presidir as relações de consumo obrigar a venda de produto por preço que representa apenas 10% do valor de mercado em face de evidente erro material. 2 - Não demonstrado o tratamento desrespeitoso e agressivo por parte do fornecedor, não há obrigação de indenizar o consumidor por danos morais. 3 - Recurso conhecido e provido. (20100710367639ACJ, Relator AISTON HENRIQUE DE SOUSA, 2ª Turma Recursal dos Juizados Especiais do Distrito Federal, julgado em 13/09/2011, DJ 11/10/2011 p. 198).’ 4 - Recurso improvido. Sentença mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos, com súmula de julgamento servindo de acórdão, na forma do artigo 46 da lei nº 9.099/95. Honorários advocatícios fixados em 10% do valor da condenação, mais custas processuais, a cargo dos apelantes. (Acórdão n.562702, 20100710193489ACJ, Relator: JOSÉ GUILHERME, 2ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do DF, Data de Julgamento: 24/01/2012, Publicado no DJE: 06/02/2012. Pág.: 228)”.

³⁸ Neste sentido, o seguinte aresto de julgado do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul: CONSUMIDOR. ANÚNCIO DE MICROCOMPUTADOR. DESCUMPRIMENTO DA OFERTA PUBLICADA NO SITE DA EMPRESA RÉ. PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO DA PUBLICIDADE. AUSÊNCIA DE ERRO EVIDENTE. DANOS MORAIS NÃO CONFIGURADOS. 1. In casu, não verifico que o autor teria obrigação de saber que o valor constante no anúncio estava equivocadamente, ainda que o valor real do bem seja muito superior, uma vez que não se está diante de erro grosseiro, perceptível a qualquer consumidor. Ademais, o reconhecimento posterior do equívoco não afasta a responsabilidade da demandada pelo produto ofertado, incidindo, na espécie, o princípio da vinculação da publicidade, nos termos do art. 30 do CDC. 2. Dano moral. Para o reconhecimento dos danos morais faz-se necessário, além de quebra contratual, a demonstração de que, em virtude do fato, advieram ao consumidor transtornos, inconvenientes e aborrecimentos que ultrapassam o padrão de normalidade, situações que não restaram comprovadas nos autos. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. PREJUDICADO O APELO DA RÉ. (Apelação Cível Nº 70031191216, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Paulo Antônio Kretzmann, Julgado em 26/11/2009).

³⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, t. II, pp. 213-214.

⁴⁰ Disponível em: <http://www.e-commerce.org.br/modelo_de_negocio.php>. Acesso em: 02.05.2018.

⁴¹ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 226: “No modelo liberal-individualista da responsabilidade civil, a reparação do dano era fruto de uma relação pessoal estabelecida entre a vítima e o ofensor. A dualidade deste vínculo vinha quebrada tão somente nas raras hipóteses de responsabilidade solidária previstas nas codificações da Idade Moderna. A solidariedade passiva no dever de indenizar vinha, usualmente, limitada nos casos de cumplicidade na produção do dano e da responsabilidade por fato alheio, restando, a princípio, afastada a interpretação extensiva destas hipóteses, por força do antigo axioma segundo o qual a solidariedade não se presume. Por toda parte, porém, a jurisprudência passou a romper esta restrição. É emblemática a construção da já mencionada teoria da causalidade alternativa, em que os potenciais causadores de um evento lesivo são, à falta de possibilidade de identificação do causador específico, considerados todos solidariamente responsáveis perante a vítima”.

⁴² MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Edições Almedina, 2011, p. 1250: “Nas suas manifestações subjectiva e objectiva, a boa fé está ligada à



confiança: a primeira dá, desta, o momento essencial; a segunda confere-lhe a base juspositiva necessária quando, para tanto, falte uma disposição legal específica. Ambas, por fim, carregam as razões sistemáticas que se realizam na confiança e justificam, explicando, a sua dignidade jurídica e cuja proteção transcende o campo civil”.

⁴³ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 415-417: “A cadeia de fornecimento é um fenômeno econômico de organização do modo de produção e distribuição, do modo de fornecimento de serviços complexos, envolvendo grande número de atores que unem esforços e atividades para uma finalidade comum, qual seja a de poder oferecer no mercado produtos e serviços para os consumidores. O consumidor muitas vezes não visualiza a presença de vários fornecedores, diretos e indiretos, na sua relação de consumo, não tem sequer consciência — no caso dos serviços, principalmente — de que mantém relação contratual com todos ou de que, em matéria de produtos, pode exigir informação e garantia diretamente daquele fabricante ou produtor com o qual não mantém contrato. A nova teoria contratual, porém, permite esta visão de conjunto de esforço econômico de ‘fornecimento’ e valoriza, responsabilizando solidariamente, a participação destes vários atores dedicados a organizar e realizar o fornecimento de produtos e serviços.

(...) Quanto ao primeiro fenômeno [pluralidade passiva], devemos mencionar que na sociedade de massa a ‘personalização’ do fornecedor quase que desapareceu, para ser então substituída, na sociedade da informação ou pós-moderna, por uma ‘repersonalização’ desmaterializada do fornecedor, através de símbolos (aquele que apõe a sua marca ou empresta seu nome ou denominação comercial), de fazeres (aquele que veicula uma informação ou publicidade), de condutas sociais (aquele que organiza o *mix* do shopping center, o estacionamento e a segurança conexa), de práticas comerciais (aquele que organiza o site, a vitrine, a festa com representantes autônomos, aquele que telefona, que vai ao domicílio do consumidor, que aparece em sua televisão ou que manda seu nome para um banco de dados) ou da própria organização da cadeia (aquele que contrata com o consumidor um plano de saúde e organiza os serviços credenciados ou autorizados, aquele que contrata um cartão de crédito não-bancário e deve organizar o financiamento do crédito eventual, aquele que ‘vende’ um pacote turístico, aquele que contrata e organiza os vários serviços de um banco múltiplo, aquele que organiza uma incorporação).”

⁴⁴ Disponível em: <http://www.e-commerce.org.br/modelo_de_negocio.php>. Acesso em: 02.05.2018.

⁴⁵ É pessoa jurídica de direito privado, empresa que se dedica ao desenvolvimento, manutenção e exploração do serviço popularmente conhecido apenas por “Mercado Livre”, prestado por intermédio da Internet, no sítio www.mercadolivre.com.br — um portal de Internet destinado à compra e venda de produtos e serviços. Segundo reportagem da Reuters de 12.07.2017, via portal G1: “Para a empresa de pesquisa de mercado Ebit, o comércio eletrônico brasileiro deve faturar cerca de R\$ 50 bilhões este ano, um crescimento de 12% sobre 2016, apesar do cenário de crise econômica atravessada pelo país. O dado não inclui os números do Mercado Livre, que no ano passado teve faturamento de US\$844,4 milhões. um crescimento de 30% sobre o ano anterior. Tolda, que está no Mercado Livre desde 1999, tendo passado antes pelos bancos de investimento BTG Pactual e Merrill Lynch, não deu dados específicos sobre o Brasil, mas afirmou que a operação brasileira representa cerca de metade dos negócios do Mercado Livre no mundo. E é com base nesse desempenho que ele previu que a companhia deverá em 2017 superar pela primeira vez a B2W -dona de marcas que incluem Submarino e Americanas.com e Shoptime- como maior empresa de comércio eletrônico do Brasil. No primeiro trimestre, a B2W teve um GMV, indicador que mede vendas próprias de mercadorias e vendas de terceiros, de R\$ 2,67 bilhões, crescimento de 8,4% sobre o mesmo período do ano passado. Já as operações brasileiras do Mercado Livre, considerando que o Brasil representa cerca de 50% da companhia, teriam tido um GMV de cerca de US\$ 1,17 bilhão de dólares, ou R\$ 3,7 bilhões, crescimento anual de 31%, segundo cálculos da Reuters”. Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/negocios/noticia/mercado-livre-amplia-sua-atuacao-para-se-manter-na-lideranca-de-comercio-eletronico.ghtml>>. Acesso em: 02.05.2018.

⁴⁶ Conforme item 14 dos “Termos e Condições do MercadoLivre”. Disponível em: <http://www.mercadolivre.com.br/brasil/ml/org_ayuda.main?as_faq_id=557>. Acesso em 02.05.2018.

⁴⁷ Neste sentido, o seguinte julgado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, cuja ementa se colaciona: “COMPRA E VENDA 'Notebook' adquirido através da 'internet' pelo 'site' 'Mercado Livre' Produto recebido com defeito Depósito de mais da metade do valor do produto pelo apelante Responsabilidade solidária do 'site' e do vendedor que integram a cadeia de fornecedores Devolução em dobro do valor depositado, nos termos do art. 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor. Recurso nesta parte provido. Responsabilidade Civil Dano moral Compra de 'notebook' com defeito Descaso do vendedor e do 'site' quando tomaram conhecimento do fato. Transtornos decorrentes da impossibilidade de utilização do equipamento e da necessidade de efetuar reclamações Indenização devida - Réus que devem pagar solidariamente ao autor o valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) Recurso



nesta parte provido. Responsabilidade Civil - Lucros cessantes Inexistência de prova neste sentido Recurso nesta parte improvido." (Apelação 0006041-47.2010.8.26.0223, Relator(a): J. B. Franco de Godoi, 23ª Câmara de Direito Privado, julgado em 04/09/2013).

⁴⁸ DIREITO DO CONSUMIDOR. RECURSO ESPECIAL. SISTEMA ELETRÔNICO DE MEDIAÇÃO DE NEGÓCIOS. MERCADO LIVRE. OMISSÃO INEXISTENTE. FRAUDE. FALHA DO SERVIÇO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO PRESTADOR DO SERVIÇO. 1. Tendo o acórdão recorrido analisado todas as questões necessárias ao deslinde da controvérsia não se configura violação ao art. 535, II do CPC. 2. O prestador de serviços responde objetivamente pela falha de segurança do serviço de intermediação de negócios e pagamentos oferecidos ao consumidor. 3. O descumprimento, pelo consumidor (pessoa física vendedora do produto), de providência não constante do contrato de adesão, mas mencionada no site, no sentido de conferir a autenticidade de mensagem supostamente gerada pelo sistema eletrônico antes do envio do produto ao comprador, não é suficiente para eximir o prestador do serviço de intermediação da responsabilidade pela segurança do serviço por ele implementado, sob pena de transferência ilegal de um ônus próprio da atividade empresarial explorada. 4. A estipulação pelo fornecedor de cláusula exoneratória ou atenuante de sua responsabilidade é vedada pelo art. 25 do Código de Defesa do Consumidor. 5. Recurso provido. (STJ; REsp 1107024 / DF RECURSO ESPECIAL 2008/0264348-2; DJe 14/12/2011, Relatora Minstra Maria Isabel Gallotti).

⁴⁹ Disponível em: <<https://www.e-commerce.org.br/compra-coletiva/>>. Acessado em 02.05.2018.

⁵⁰ Idem, ibidem.

⁵¹ FINKESTEIN, Maria Eugênia. *Direito do comércio eletrônico*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 203: "Nas compras via Internet, o pagamento normalmente é efetivado via cartão de crédito. Claro está, porém, que o consumidor poderá pagar pelos bens ou serviços adquiridos com dinheiro ou mesmo cheque; nestes últimos casos, o pagamento dar-se-á contra a entrega dos bens e/ou serviços adquiridos. No entanto, a tendência de pagamento pela Internet, por sua simplicidade, parece ser o desenvolvimento do chamado dinheiro eletrônico".

⁵² MIRAGEM, Bruno. *Abuso do Direito. Ilicitude objetiva e limite ao exercício de prerrogativas jurídicas no Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 168: "Boa-fé objetiva e confiança são conceitos que se aproximam. A confiança é, em regra, a base de comportamentos sociais ou jurídicos individuais e, considerando-se a perspectiva da comunidade, há nestes comportamentos a crença de uma conduta correta por parte dos demais, ou à falta desta, a realização de consequências (sanções) na hipótese de violação. Daí porque a proteção da confiança abrange essencialmente *as expectativas de cumprimento de determinados deveres de comportamento*".

⁵³ Conforme destacamos inicialmente neste artigo, podemos destacar os seguintes esforços de unificação levadas a termo por organismos internacionais: a) Comissão das Nações Unidas para o Comércio Internacional (Uncitral) – Lei Modelo sobre comércio eletrônico, de 1996, define vários conceitos, incluindo o de mensagem eletrônica, regula as formalidades legais para as mensagens eletrônicas e regulamenta a comunicação via mensagens eletrônicas; b) Organização de Cooperação e de Desenvolvimento Econômico (OECD) – lançou em 09 de dezembro de 1999 diretrizes para a proteção do consumidor no contexto do comércio eletrônico (*Guidelines for Consumer Protection in the Contexto of Eletronic Commerce*); c) União Européia, que em 1997 adotou a Diretiva de Proteção aos Consumidores em Contratos de Longa Distância.

⁵⁴ LIMA, Eduardo Weiss Martins de. *Proteção do consumidor brasileiro no comércio eletrônico internacional*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 176-177: "Como vimos, a tentativa de uniformização da proteção dos direitos do consumidor internacional ou transfronteiriço, principalmente aquele que compra pela *Internet*, a partir de sua casa, do escritório ou de um *cybercafé*, restringe-se a estudos, diretrizes, projetos de lei e acordos esparsos ou restritos em matéria de comércio eletrônico com ênfase nas questões técnicas, principalmente relacionadas aos sistemas de segurança, identificação e certificação. Por outro lado, a uniformização de regras de DIPr tem ocorrido em âmbito das organizações internacionais, mas ainda de forma pontual em assuntos específicos, ou mesmo referindo-se ao consumidor comum, não ao consumidor digital, no comércio eletrônico. A União Européia apresentou avanços, mas os países ditos do Terceiro Mundo carecem de regulamentação neste sentido, quando o assunto é a proteção do seu nacional enquanto consumidor internacional".

⁵⁵ BIANCA, Cesare Massimo. *Diritto Civile. 3: il contratto*. Milano: Giuffrè editore, 2000, p. 398.

⁵⁶ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Competência no comércio e no ato ilícito eletrônico*. In: SIMÃO FILHO, Adalberto; LUCCA, Newton de. *Direito & internet - Aspectos jurídicos relevantes*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, pp. 389-410, p. 397.

Agência Brasileira do ISBN
ISBN 978-85-92898-17-5



9 788592 898175

