

COMÉRCIO ELETRÔNICO E SUAS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS

1.1 Exposições Sumárias

A relevância deste estudo encontra seu fundamento neste capítulo, uma vez que toda a problemática circunda a existência de uma nova realidade jurídica de comércio, cujo nascimento se deu em concomitância com a legislação consumerista, sendo, pois, que o Direito não a abarcou em suas normas legais de conduta.

Após entender o funcionamento desse mercado, é necessário que se entenda também suas consequências jurídicas, haja vista, a necessidade da solução de conflitos, sem norma legal que ampare especificamente a questão, e surge então a lide de frente os órgãos administrativos ou judiciais, na expectativa de tutela trazida pelo consumidor e um ponto de interrogação acerca de como tratar a demanda.

É sabido que o Código de Defesa do Consumidor, trouxe grandes inovações ao Direito brasileiro, de forma que além de definir parâmetros específicos para a aplicabilidade da tutela ao consumidor hipossuficiente em uma relação jurídica cujos alicerces se mantêm em princípios diferentes das relações civis comuns, determinou a aplicabilidade do Direito de forma difusa, coletiva '*stricto sensu*' e individual homogenia, porém não possui dispositivos específicos sobre o comércio de produtos e serviços em sua forma eletrônica.

Assim, a forma como a legislação consumerista ampara esse tipo de circunstância jurídica se encontra passível de análise e discussão, para assim fazer do Direito o que ele de fato se propõe a ser, ciência social aplicada, com fins de dirimir as pendências geradas entre os entes de direito através da pretensão resistida.

1.2 Apontamentos Históricos

O bojo da história, no que tange ao homem como ser social, inserido em grupos cuja organização ocorre inicialmente por meio dos costumes e valores morais, traz a evolução dos sistemas mediante o crescimento científico, tecnológico e cultural.

Se desde os primórdios, a atividade mercantil foi geradora das relações internacionais e, paralelamente, tinha seus parâmetros fixados não só segundo o sistema político vigente, mas adequando-se aos interesses do grupo

economicamente dominante, com a globalização e os avanços tecnológicos do último século, surgem envolvimento bem mais complexos.¹

Nesta esteira, ao se observar o progresso da história, percebe-se que o homem adaptou sua cultura de subsistência, em conformidade com as condições locais e a situação econômica em que se arraigava.

O crescimento da sociedade levou ao implemento dos métodos e sistemas, que cada vez mais se consolidaram no comércio de produtos e serviços, partindo-se do escambo e da troca do excedente de produção.

O Estado medieval, que se ergueu sobre os escombros das invasões bárbaras, como já foi dito, recebeu a influência preponderante dos costumes germânicos. As tradições romanas pouco ou nada influíram. Os reis bárbaros, francos, godos, lombardos e vândalos, uma vez completada a dominação dos vastos territórios e integravam a órbita de hegemonia do extinto império cesarista, passaram a distribuir cargos, vantagens e privilégios aos seus chefes guerreiros, resultado daí a fragmentação do poder. E como fossem imensos os territórios e impossível a manutenção da sua unidade sob um comando central único, criaram uma hierarquia imperial de condes, marqueses, barões e duques, os quais dominavam determinadas zonas territoriais, como concessionários do poder jurisdicional do Rei. Em compensação, tais concessionários se comprometiam a defender o território, prestar ajuda militar, pagar tributos e manter o princípio da fidelidade de todos os súditos ao Rei.²

Numa época em que o medo alardeou toda a sociedade européia pelos ataques bárbaros, os grandes latifundiários, se propuseram a ofertar segurança, abrigo e alimento, àqueles que se dispusessem a se incorporar em suas propriedades, então denominadas feudos, mediante o pagamento com trabalho e impostos, e toda a produção excedente servia como moeda de troca, pelo excedente em outro feudo, cuja produção se fixava em outro tipo de mercadoria.

Um dos primeiros expoentes do absolutismo monárquico que se inicia no século XV foi Luiz XI, Rei da França, o qual anexou à coroa os feudos, subjugou a nobreza guerreira e pôs em prática uma violenta política unificadora que seria sustentada por Richelieu e Mazarin, até atingir o seu apogeu com Luiz XIV. O absolutismo monárquico que compõe o período de transição para os tempos modernos teve as duas fulgurações produzidas pelo verniz teórico dos humanistas da Renascença, os quais, afastando os fundamentos teológicos do Estado, passaram a encarar a ciência política por um outro prisma.³

¹ MACEIRA, Irma Pereira. **A Responsabilidade Civil no Comércio Eletrônico**. São Paulo: RCS, 2007, p. 13.

² MALUFE NETO, Miguel Alfredo. **Teoria Geral do Estado**. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 109.

³ MALUFE NETO, Miguel Alfredo. **Teoria Geral do Estado**. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 115.

A época das trevas, como restou conhecida pelos historiadores e estudiosos das ciências tanto humanas, quanto exatas e biológicas, encontrou o início de seu fim com a crise do feudalismo, que cumoulou a diminuição das guerras civis, pestes, crises econômicas e principalmente Revoluções Burguesas, ocorridas entre os séculos XVII e XVIII; tornando-se um divisor de águas entre o sistema feudal e o sistema capitalista, em que pese ser o marco transacional delimitado pelo desenvolvimento comercial, principalmente.

No período que vai do século XI ao século XV - a chamada Baixa Idade Média - percebe-se uma decadência no feudalismo. O aumento populacional provocado por essa fase de estabilidade levou à necessidade de mais terras, nas quais os trabalhadores desenvolveram técnicas agrícolas que lhes facilitaram o trabalho. Em torno dos castelos começaram a estabelecer-se indivíduos que comerciavam produtos excedentes locais e originários de outras regiões da Europa. A moeda voltou a ser necessária, e surgiram várias cidades importantes junto às rotas comerciais e marítimas e terrestres.⁴

A decadência do sistema feudal findou-se de fato, em meados do século XVIII, com o apogeu do Sistema Absolutista, no qual os Monarcas apoderaram-se de toda a riqueza, controle e poder, e com fins de obtenção de lucros e crescimento econômico, além do aumento considerável dos impostos, deu-se a efetivação da mercancia de produtos e serviços.

Na Europa também ocorreram alguns fatores internos que ocasionaram a expansão do comércio. O crescimento demográfico ocasionado pela cessação das invasões árabes, húngaras e eslavas ocasionou elevado crescimento dos mercados. Essa grande aumento populacional refletiu de forma negativa nos feudos, pois a sua produção era estruturada para uma economia de subsistência, sendo assim o consumo crescente gerou um desequilíbrio na produção que era mais suficiente para atender a demanda. Com toda essa crise, os habitantes do feudo começaram a abandonar as suas terras em busca de outras alternativas de trabalho. Alguns indivíduos optaram pelo comércio ambulante, iniciando as atividades comerciais, que com o passar do tempo se transformaria na burguesia.⁵

O período foi marcado então, pelo estabelecimento concreto da nova classe, qual seja, a burguesia, bem como do sistema capitalista, e da instauração da Revolução Industrial, que trouxe ao mundo o ‘boom’ de crescimento econômico na Inglaterra, que posteriormente se alastrou pela Europa, atingindo também os continentes recém descobertos, como os Estados Unidos da América.

⁴ A BAIXA IDADE MÉDIO. Disponível em: < <http://www.historiadomundo.com.br/idade-media/baixa-idade-media.htm>> Acesso em 02. mai. 2011.

⁵ O RENASCIMENTO comercial e o surgimento da burguesia. Disponível em: < <http://www.colegioweb.com.br/historia/o-renascimento-comercial-e-o-surgimento-da-burguesia-.html>> Acesso em 02, mai. 2011.

Utilizava-se no início do período, os métodos de produção da manufatura e artesanato, que foram substituídos pelos métodos fabris, com a utilização do carvão, em ambiente composto por máquinas cumulado com a mão de obra humana dos profissionais específicos para determinado produto.

A experiência histórica inglesa demonstrou, então, que somente uma revolução política poderia abrir espaço para uma revolução industrial, completando um longo período de transição do capital comercial ao capital industrial, pondo uma pá de cal sobre as relações pré-capitalistas e seu “antigo regime econômico”, parindo de forma arrebatadora o capitalismo e seu “novo regime econômico”. Nessa passagem revolucionária, três mudanças são levadas a cabo: em primeiro lugar, a predominância da agricultura é substituída pela preponderância da produção industrial; em segundo lugar, a precariedade dos meios locomoção dá lugar a uma rede de transportes cada vez mais rápida e diversificada; em terceiro lugar, as crises periódicas de subsistência que atravessaram o feudalismo transmutam-se em crises de superprodução e de baixa de preços.⁶

A Inglaterra então tornou-se precursora da revolução política e industrial, através da produção industrializada em massa, com custos diminuídos pelo modo de produção bem como a quantidade, deu origem a outra situação também inerente a Revolução Industrial no quesito desenvolvimento tecnológico, pelo escoamento de mercadorias comercializadas internacionalmente através dos trens e navios movidos a vapor.

O comércio então se tornou mote principal do novo sistema instaurado, sendo, portanto, o meio mais eficiente de obtenção de lucros, como princípio basilar do capitalismo, seguido obviamente pela prestação de serviço, mesmo que esta não se desse além das fronteiras do prestador tal qual a compra e venda de produtos.

O desenvolvimento tecnológico permaneceu em continuação, ultrapassando os limites do carvão e do vapor, para novos modos de produção de energia, como motriz, associado a toda sorte de equipamentos, maquinários, sistemas de comunicação, hardwares e softwares, modificando a formação dos contratos de compra e venda de produtos e prestação de serviços.

[...] Os fatos de maior destaque, assim com na Primeira Revolução Industrial, foi em relação a inventos e descobertas, dessa vez o que impulsionou foi, sem dúvida, o petróleo, o motor a combustão, utilização do aço e o uso da força das águas na geração de energia elétrica, com a criação das usinas hidrelétricas. O conjunto de novidades tecnológicas favoreceu uma flexibilização produtiva na atividade industrial, posicionando países que lideram o processo de industrialização como algumas nações européias,

⁶ PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla Bassanezi. **História da Cidadania**. São Paulo: Contexto, 2003, p.119.

além dos Estados Unidos e Japão que ingressaram na Segunda Revolução Industrial. A Segunda Revolução Industrial focalizou a produção no seguimento de indústrias de grande porte (siderúrgicas, metalúrgicas, petroquímicas, automobilísticas, transporte ferroviário e naval). Essa etapa da indústria mundial produziu profundas modificações no contexto do espaço geográfico no qual essa revolução foi desenvolvida. [...] ⁷

Como alhures dito, as Revoluções Burguesas determinaram a mudança de regime e de sistema econômico, caracterizando a evolução humana e social, e neste sentido, vale ressaltar que apesar da constância das pesquisas e da busca por novos modelos científico-tecnológicos, em caráter pacífico, não há que se negar que a maior precursora de novas tecnologias, é a situação crítica da Guerra.

Nos séculos VI e V a.C. falava-se na influência da Guerra na economia mundial. Heráclito, filósofo grego pré-socrático, que floresceu entre os séculos VI e V a.C.. formulou esse pensamento numa frase lapidar: A guerra é a origem de tudo. Assim, é verdade que muitas tecnologias fantásticas desenvolvidas pelo homem tiveram como precursores fatos históricos sangrentos. ⁸

Quando instauradas, as Guerras e Revoluções atuam como propulsoras dos sistemas de pesquisa e desenvolvimento, inclusive pelos valores exorbitantes depositados nos Institutos de Pesquisa, objetivando a obtenção de melhorias, e apesar do fim bélico, posteriormente as questões de peleja, essas tecnologias, restam liberadas ao público, ainda que vagarosamente, e incorporam as modificações sociais e jurídicas, cuja determinação se vincula ao uso efetivo dos novos métodos e meios determinados pela evolução das ciências.

Destarte, na seara que compreende a informática, fator essencial desta pesquisa, a Segunda Grande Guerra, travada entre 1939 e 1945, gerou perdas humanas em massa, bem como demarcou a queda de grandes potências mundiais; e possibilitou a emergência de novos personagens no cenário econômico, como a ONU (Organização das Nações Unidas), os Estados Unidos da América e a União Soviética.

O marco inicial ocorreu no ano de 1939, quando o exército alemão invadiu a Polônia. De imediato, a França e a Inglaterra declararam guerra à Alemanha. De acordo com a política de alianças militares existentes na época, formaram-se dois grupos: Aliados (liderados por Inglaterra, URSS, França e Estados Unidos) e Eixo (Alemanha, Itália e Japão). [...] Com o final do conflito, em 1945, foi criada a ONU (Organização das Nações Unidas), cujo objetivo principal seria a manutenção da paz entre as nações. Inicia-se também um período conhecido como Guerra Fria, colocando agora, em

⁷ A SEGUNDA revolução industrial. Disponível em: <
<http://www.mundoeducacao.com.br/geografia/segunda-revolucao-industrial.htm>> Acesso em 18, mai, 2011.

⁸ SALGARELLI, Kelly Cristina. **Direito do Consumidor no Comércio Eletrônico: Uma Abordagem sobre Confiança e Boa-fé**. 1 ed. São Paulo: Ícone, 2010, p. 49-50.

lados opostos, Estados Unidos e União Soviética. Uma disputa geopolítica entre o capitalismo norte-americano e o socialismo soviético, onde ambos países buscavam ampliar suas áreas de influência sem entrar em conflitos armados.⁹

Os primeiros foram fruto da tentativa de se restabelecer a paz e cuidar de questões sócio-financeiras que pudessem impedir novas perdas em razão de guerra, já os novos detentores do poder, Estados Unidos e União Soviética, embrenharam por mais uma batalha, porém sem ataques diretos em razão da disputa a distância que envolveu apenas discussões em âmbito tecnológico.

A denominada Guerra Fria, que se iniciou pós Segunda Guerra Mundial, com o escopo de detenção da hegemonia política e poder, subsistindo de 1940 a 1989, e sobejou no advento e desenvolvimento de ciências e tecnologias jamais vistas, até então, atingindo níveis espaciais.

Na busca pela hegemonia mundial tecnológica, em 1950 a União Soviética lança o *Sputnik*, primeiro satélite artificial da Terra. Em resposta, os Estados Unidos criam o *Advanced Research Projects Agency* dentro do Departamento de Defesa para estabelecer a liderança dos Estados Unidos na ciência militar. [...] A nova era, dentro do movimento de globalização dos blocos econômicos, e a livre utilização da Rede por pesquisadores domésticos, acelerou o processo de desenvolvimento da *Wide World Web*. O conteúdo ficou mais atraente com a possibilidade de incorporar imagens e sons. [...] ¹⁰ (grifos do autor)

A possibilidade de alcance dessas tecnologias se fundamentou nos pacotes de dados e informações que necessitavam de transmissão rápida e eficiente, de modo que os responsáveis pelos sistemas de comunicação o fizeram desdobrar-se em redes de comunicação e interação, que foi entregue a um público restrito, sendo este os Centros de Pesquisa, e após alguns acordos, disponibilizado ao público em geral; seguindo-se da criação da *Wide World Web*, que permitiu a utilização da Internet de modo mais atrativo e facilitado, extrapolando a simples comunicação e atingindo o comércio, que adquiriu uma nova face, a eletrônica.

Considerando sempre que o homem em sociedade necessita da normatização e regulamentação legal de forma a organizar e manter a ordem e a paz social, percebeu-se a necessidade de se trazer as questões sociais para os diplomas legais, de modo que se as relações de consumo e todas as suas especificidades fossem tratadas pela

⁹ SEGUNDA guerra mundial (1939-1945). Disponível em: <
<http://www.suapesquisa.com/segundaguerra/>>. Acesso em 17, mai. 2011.

¹⁰ SALGARELLI, Kelly Cristina. **Direito do Consumidor no Comércio Eletrônico: Uma Abordagem sobre Confiança e Boa-fé**. 1 ed. São Paulo: Ícone, 2010, p. 50-52.

legislação a fim de se obter a efetiva concretização do que define a Constituição Federal, em seus princípios como equidade e justiça.

1.3 Comércio Eletrônico

O desenvolvimento tecnológico foi o precursor da adaptação do comércio no meio eletrônico, principalmente quando se tornaram evidentes os efeitos da globalização, tornando toda a comunidade do que se denomina aldeia global, instituindo uma nova forma de transmissão de informação, cumulada com a rapidez exigida pelo mercado, de forma que quanto mais facilidade e celeridade para compras, contratação de serviços ou mesmo de comunicação, maior o potencial de crescimento das empresas que oferecem essas possibilidades de grande comodidade ao consumidor.

Quando o sistema social mundial se põe em movimento e se moderniza, então o mundo começa a parecer uma espécie de aldeia global. Aos poucos, ou de repente, conforme o caso, tudo se articula em um vasto e complexo todo moderno, modernizante, modernizado. E o signo por excelência da modernização parece ser a comunicação, a proliferação e generalização dos meios impressos e eletrônicos de comunicação, articulados em teias multimídia alcançando todo o mundo.¹¹

Estabelecido então, o comércio por meio eletrônico, é necessário que se entenda seu modo de funcionamento, ou seja, como ele acontece e quais suas consequências jurídicas, e neste diapasão, estabelece-se que firma-se contrato de consumo entre as partes, aplicando-se a ele, portanto, todas as regras contratuais comuns a esse tipo de relação e todos os princípios a ela inerentes, ainda que a relação seja virtual.

O contrato eletrônico é diferenciado do meio tradicional apenas pelo meio empregado em sua celebração, motivo pelo qual a ele são aplicadas as mesmas regras aplicáveis aos contratos celebrados por meio físico. [...] Todas as vantagens da contratação pela Internet, como redução drástica de custos, facilidade na obtenção de diversos tipos de bens, conforto aos contratos eletrônicos de consumo, o que fez aumentar, sobremaneira, a incidência do consumo por meio virtual.¹²

Para realização desse tipo de comércio, é necessário que haja acesso a Internet e a oferta em site individuais de empresas ou mesmo sites de compra coletiva, atualmente em alta, principalmente por apresentarem grande redução de valores, o que atrai o consumidor de maneira inexorável.

¹¹ IANNI, Octavio. **Teorias da Globalização**. 11 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 119.

¹² SALGARELLI, Kelly Cristina. **Direito do Consumidor no Comércio Eletrônico: Uma Abordagem sobre Confiança e Boa-fé**. 1 ed. São Paulo: Ícone, 2010, p. 62-73.

Nos contratos celebrados por meio eletrônico, a declaração de vontade será expressa por meios de transferência de dados digitais. São os *hardwares* e *softwares* que irão expressar a vontade daqueles que o operaram e o programaram, de modo que a declaração de vontade será imputada ao sujeito cujo interesse pertence aquele equipamento.¹³ (grifos do autor)

O consumidor acessa o sítio em que o fornecedor faz a oferta, escolhe aquilo que mais lhe interessa e em seguida parte ao pagamento, que pode ser efetuado mediante boleto bancário, transferência eletrônica ou cartão de crédito, e nesse último caso, há uma maior complexidade no processo, haja vista que nas demais, adimplido o contrato o produto segue para entrega ou o serviço passa a ser prestado, e aqui, empresas especializadas atuam como intermediárias da negociação, e assim, a operadora do cartão libera a compra e o valor resta retido junto à empresa intermediária para posterior confirmação do consumidor, dentro de prazo pré-estabelecido, e se este não o fizer, entende-se que não houve nenhum problema quanto à entrega ou prestação, ou mesmo com o produto ou serviço especificamente.

Hoje, temos como contratos mais utilizados, exercendo uma porcentagem que chega a quase 95%, restando 5% aos contratos de natureza solene, os seguintes contratos: *homebanking*, de acesso a provedor, compra de bens, serviços, buscas, compra de obras digitais, tais como: mp3, jogos, filmes e programas de computador.¹⁴ (grifos do autor)

Para além do uso do comércio eletrônico como forma virtual de comprar e vender produtos ou oferecer e contratar serviços de um modo geral tem-se questões específicas que exigem ainda mais atenção, como a utilização dos serviços bancários através da rede, haja vista que nesse caso, o risco a segurança financeira e de dados sigilosos ultrapassa os limites dos direitos básicos do consumidor e alcança princípios constitucionais.

O poder público brasileiro não é indiferente aos fatos e entende que o meio virtual é também instância de realização de sua aproximação com os cidadãos, com as diversas instâncias governamentais da federação, com as empresas. Assim, o uso da internet para aproximar os diferentes agentes de mercado (empresas e empresas; empresas e consumidores; consumidores e consumidores entre si) é ampliado e o que é eminentemente comércio eletrônico, passa a ser também governo eletrônico. No marco jurídico-legislativo regulatório, os agentes procuram assimilar a nova realidade ao que já existia ou era tradicionalmente utilizado. Entretanto, o meio virtual revela-se mais complexo que esse simples “transporte” de realidades, sendo que questionar aqui até que ponto seria possível adequar o velho ao novo, que

¹³ Ibidem, p. 63.

¹⁴ ALVES, Paulo Antonio Nevares; ALVES, Priscilla Pacheco Nevares. **Implicações Jurídicas do Comércio Eletrônico no Brasil: Um Estudo Preliminar Acerca do Âmbito de Aplicação da Disciplina nas Relações de Consumo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 31.

requer talvez novas visões e mudanças de posturas por suas próprias condições presentes nesse singular meio virtual.¹⁵

É nesse diapasão que jaz a necessidade de uma tutela especial inserida dentro do contexto específico já estabelecido pelo Direito do Consumidor, de forma a abranger essa realidade virtual que ainda resta sem legislação própria, porém com consequências jurídicas que exigem a prestação estatal para solução de conflitos.

1.4 Aspectos Jurídicos Relevantes

1.4.1 Proteção do Consumidor

O sistema capitalista gerador da produção em massa, tem como foco para manter a dinamização do mercado, a venda de seus produtos ou serviços, de modo que tudo que se produz é destinado ao consumo, todavia, como alhures mencionado, esse meio de produção em massa determina a circunstância de desigualdade entre as partes contratantes, de maneira a exigir uma tutela diferenciada.

E a resposta é simples: parte o Código de Defesa do Consumidor da premissa de que o consumidor é **vulnerável**. Ou seja, diante do fornecedor, aquele que oferece produtos e serviços no mercado, ele é considerado a personagem **menos informada**, ao contrário do fornecedor, que detém todas as informações a respeito do seu produto ou do serviço que presta. Além disso, **tem pouco ou quase nenhum poder** diante de um conflito que possa surgir entre eles. Por outro lado, **é obrigado**, em última análise, **a submeter-se às práticas de mercado e, sobretudo, a cláusulas contratuais, na sua grande maioria constantes de contratos de adesão**, não tendo qualquer oportunidade de **influir na sua redação**.¹⁶ (grifos do autor)

Tem-se assim, a oposição de interesses que se completam dentro da cadeia de produção, quando de um lado figura o detentor dos meios de produção e do outro o adquirente daquilo que é produzido, ou seja, o fornecedor que comanda a cadeia produtiva em detrimento do consumidor de forma a obter lucros sob uma relação evidentemente desequilibrada, que dá origem a vulnerabilidade e a hipossuficiência do consumidor.

É neste sentido, e com aparo dos princípios constitucionais da igualdade e equidade que se baseia a idéia de proteção ao consumidor, uma vez que, sua participação na relação de consumo está sujeita as regras dispostas pelo fornecedor, e então o Estado, como Democrático de Direito deve agir sob a égide de seus princípios basilares e atuar de forma a tutelar todas as relações jurídicas, não sendo portanto, uma

¹⁵ ROVER, Aires José. **Direito e Informática**. São Paulo: Manole, 2004, p. 192-193.

¹⁶ FILOMENO, José Geraldo Brito. **Curso Fundamental de Direito do Consumidor**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 3.

escolha, que a relação de consumo esteja protegida pelo Direito e pelo Estado, com o escopo de se dirimir quaisquer pendências em relação ao desequilíbrio contratual já mencionado, sanando-o.

1.4.2 Compra Fora do Estabelecimento Comercial e Prazo de Arrependimento

As formas de se adquirir produto ou contratar serviços podem ultrapassar a questão física de sede do estabelecimento comercial, podendo ocorrer por telefone, a domicílio e hodiernamente aplica-se com propriedade ao comércio eletrônico.

Art. 49. O consumidor pode desistir do contrário, no prazo de 7 dias a contar de sua assinatura ou do ato de recebimento do produto ou serviço, sempre que a contratação de fornecimento de produtos e serviços ocorrer fora do estabelecimento comercial, especialmente por telefone ou a domicílio.¹⁷

Conforme já mencionado, o advento do Código de Defesa do Consumidor se deu em mesmo período que o surgimento da Internet como meio de comunicação e transmissão de dados, e sua liberação ao público em geral, e dessa forma, não haveria qualquer possibilidade de a Lei Federal nº 8.078/90 abranger tal circunstância, todavia a legislação trouxe em seu artigo 49, a única possibilidade de adequação da atual situação comercial a aplicabilidade efetiva do Direito do Consumidor.

Esse dispositivo permite que aquele que efetuou compras ou contratou serviços ainda que tenha tido contato com os mesmos, se arrependa da compra ou da contratação e possa devolvê-los ou cancelá-los, porém, apesar de ser o único instituto que de fato é aplicável como específico para o comércio eletrônico, sua atuação se restringe ao arrependimento, não cabendo, portanto nos casos em que não há o remorso e sim o vício ou o fato do produto ou serviço, e aí reside à necessidade de tutela do Estado através de seus órgãos administrativos e/ou judiciais.

1.4.3 Responsabilidade Solidária e Subsidiária

A responsabilidade civil surge como instituto de Direito Civil, disposto nos artigos 186, 927 e seguintes do Código Civil de 2002, que visa à proteção dos direitos daquele que foi lesado em seu direito ou mesmo expectativa de direito, quando inserido numa relação jurídica, contratual ou extracontratualmente considerada.

O agente que, por ação ou omissão, provocar danos fica sujeito aos efeitos do ilícito, cujas consequências deverá suportar em nome do equilíbrio social.

¹⁷ ANGHER, Anne Joyce (org.). **Vade Mecum**: Acadêmico de Direito. São Paulo: Rideel, 2010, p.. 576.

Assim gerando a obrigação de natureza pessoal a reparar o dano, o instituto da responsabilidade civil integra-se ao direito das obrigações.¹⁸

Torna-se relevante para esta pesquisa, o levantamento da subjetividade ou objetividade da responsabilidade, haja vista sua aplicabilidade definida pelo Código de Defesa do Consumidor, quando se considera vício ou o fato do produto ou serviço, trazidos pelos artigos 12 e 18 do Código de Defesa do Consumidor, de forma que o responsável também é alterado, dependendo do caso concreto e de seu cabimento dentro do regimento legal.

Finalmente, a responsabilidade civil, ao considerar o ofensor responsável, deve fundamentar esta posição, justificando o seu porquê. Perseguindo este objetivo, a partir das polêmicas que se instalaram, a responsabilidade civil pode se apresentar como *subjetiva* ou *objetiva*.¹⁹ (grifos do autor)

Assim tem-se que a responsabilidade é subjetiva quando trata da comprovação da ação ou omissão do agente, de modo a causar dano, que deve ser comprovado pelo nexo de causalidade, que nada mais é que a comprovação de culpa, e aqui entende-se a negligência, a imprudência e a imperícia, como causadoras do dano.

A regra basilar da responsabilidade civil, no direito privado, é a responsabilidade *com culpa*, derivada de ilícito extracontratual, também chamada de aquiliana. Por ela, todo aquele que causar dano a outrem, por dolo ou culpa, está obrigado a repará-lo [...] Para a defesa do consumidor, individual, difusa ou coletivamente considerado, a responsabilidade do réu é objetiva, ou seja, independe de demonstração de culpa (CDC, arts. 12 e 14), exceto no que tange a alguns profissionais liberais, em que se exige a verificação de culpa (art. 14, §4º). [...] ²⁰

Já por responsabilidade objetiva apresenta-se a situação na qual existe o dano, e aquele que responde pelo mesmo, sem que haja a necessidade de comprovação de culpa, pelo simples fato de que a lei determina aquele a quem recai a responsabilidade pelo fato e sua possibilidade ou real ocorrência de dano, situação que é aplicada no Direito do Consumidor, com única exceção no tange ao profissional liberal, sendo de suma importância salientar que são requisitos dessa responsabilidade a colocação do produto no mercado, a relação da causalidade e o dano ressarcível.

¹⁸ MACEIRA, Irma Pereira. **A Responsabilidade Civil no Comércio Eletrônico**. São Paulo: RCS, 2007, p. 51.

¹⁹ MACEIRA, Irma Pereira. **A Responsabilidade Civil no Comércio Eletrônico**. São Paulo: RCS, 2007, p. 67.

²⁰ ALMEIDA, João Batista. **Manual de Direito do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 86-87.

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

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

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

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

III – não conservar adequadamente os produtos perecíveis.

Art. 18 – os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com as indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas.²¹

Desta feita, como alhures dito, sendo a responsabilidade no âmbito consumerista, o Código de Defesa do Consumidor, traz que no caso de fato pelo produto ou serviço, a essa responsabilidade objetiva é atribuída à característica de subsidiariedade, de forma que se não encontrados os primeiros responsáveis apontados no rol taxativo da lei, outros responsáveis são trazidos a lide; e se há vício do produto ou serviço, independentemente de qualquer circunstâncias, todos os fornecedores ali especificados respondem conjuntamente pela inadequação de consumo do produto ou serviço, caracterizando-se assim a responsabilidade como solidária.

Todavia, quando se depara com a situação eletrônica, a lei não traz como fornecedores os sites de compra e venda, ou mesmo aqueles que fazem a intermediação entre consumidor e fornecedor de fato, e ainda as demais empresas que fazem parte do processo de pagamento, entrega ou prestação de serviço, e aqui reside um obstáculo a defesa do consumidor em caso de lesão a direito.

Na interpretação, parte-se da lei, para precisar-lhe o sentido e o alcance. (...) Se existe a norma, o aplicador, grosso modo, enquadra o fato na norma. Na pesquisa da relação entre o caso concreto e o texto abstrato, entre a norma e o fato social, a tarefa do aplicador, sobretudo a do juiz, não se resume, contudo, a um mero silogismo, no qual fosse a lei a premissa maior, o caso, a premissa menor, e a sentença judicial, a conclusão.²²

²¹ ANGHER, Anne Joyce (org.). **Vade Mecum**: Acadêmico de Direito. São Paulo: Rideel, 2010, p. 572.

²² HERKENHOFF, João Batista. **Como Aplicar o Direito**. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 10-11.

Ao julgador do caso cabe assim, interpretar a norma legal de forma a ampliar a significância do rol taxativo por ela imposta, enquadrando ali cada ente que participa do processo exigido pelo comércio eletrônico, para que se possa aplicar às questões de responsabilidade ao sujeito que deve responder pelo vício ou fato do produto ou serviço.

1.4.4 Tutela Administrativa e Judicial

Faz-se imprescindível às sociedades contemporâneas a existência de normas que as rejam, conotando às mesmas, condição de submissão a tais leis e tornando-as passíveis de represálias caso haja práticas que possam abalar as relações interpessoais, que se dão de variadas formas na atualidade.

O que se observa na prática se tratando da temática abordada, no Estado brasileiro é uma disparidade material que ocasiona um desequilíbrio na relação fornecedor - consumidor, fator que se procurou amenizar a partir da promulgação da Constituição de 1988 que determinou a elaboração de um Código do Consumidor a fim de normatizar as práticas de compra e venda no país.

O Estado então, não alheio as necessidades de se oferecer ao consumidor uma tutela especial, determinada pela legislação consumerista, criou administrativamente, órgãos que atuam no estudo, na pesquisa, na educação e na efetiva proteção dos direitos trazidos pela Lei Federal nº 8.078/90.

A atuação concreta da legislação protetiva do consumidor é feita pelos órgãos administrativos e entidades civis que atuam direta ou indiretamente na sua defesa. Vem a ser, muitas vezes, o primeiro e único atendimento do consumidor, em face dos excelentes resultados obtidos na mediação dos conflitos, culminando, na grande maioria, em conciliação das partes. É o aparato estatal, descentralizado e abrangente, colocado a serviço do cidadão-consumidor, no atendimento de suas queixas e reclamações e no esclarecimento de suas dúvidas bem como na apuração das fraudes contra ele cometidas.²³

Apesar de possuir uma estrutura nacional, com o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor e o Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (DPDC), a população está mais habituada a lidar diretamente com os órgãos municipais ou regionais, quais sejam os Procon's, que figuram no cenário jurídico como um dos

²³ ALMEIDA, João Batista. **Manual de Direito do Consumidor**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 171.

maiores mecanismos de defesa do consumidor se valendo principalmente da aplicação de multas aos fornecedores que por ventura descumpram seus deveres enquanto responsáveis por oferecer produtos de qualidade a quem possa comprá-los.

Art. 3º Compete ao DPDC, a coordenação da política do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, cabendo-lhe:

I - planejar, elaborar, propor, coordenar e executar a política nacional de proteção e defesa do consumidor;

II - receber, analisar, avaliar e apurar consultas e denúncias apresentadas por entidades representativas ou pessoas jurídicas de direito público ou privado ou por consumidores individuais;

III - prestar aos consumidores orientação permanente sobre seus direitos e garantias;

IV - informar, conscientizar e motivar o consumidor, por intermédio dos diferentes meios de comunicação;

[...]

VI - representar ao Ministério Público competente, para fins de adoção de medidas processuais, penais e civis, no âmbito de suas atribuições;

VII - levar ao conhecimento dos órgãos competentes as infrações de ordem administrativa que violem os interesses difusos, coletivos ou individuais dos consumidores;

VIII - solicitar o concurso de órgãos e entidades da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, bem como auxiliar na fiscalização de preços, abastecimento, quantidade e segurança de produtos e serviços;

[...]

X - fiscalizar e aplicar as sanções administrativas previstas na Lei nº 8.078, de 1990, e em outras normas pertinentes à defesa do consumidor;

[...] ²⁴

Os órgãos administrativos têm função fiscalizatória, educativa, de conscientização, pesquisa, atendimento e processual tanto como ente de recebimento de reclamações referentes a lesões de direito, quanto para figurar em processos judiciais a favor do consumidor.

E nesse sentido, o consumidor que tem seu direito lesado, tem a sua disposição, principalmente em causas de pequeno valor, os órgãos administrativos, no que tange a fiscalização; atendimento ao público; abertura de processos administrativos, compostos por procedimentos semelhantes aos do processo judicial apesar de mais simples, porém mais célere, de forma que para além do apoio ao consumidor, estes órgãos atuam como válvula de escape do Poder Judiciário, retirando a necessidade de processos judiciais, quando a lide se resolve por acordo ou ainda de forma forçada pela imposição da pena de multa.

²⁴ BRASIL, Decreto nº 2.181 de 20 de março de 1997. Brasília: Ministério da Justiça, 2009.

Conforme já salientamos, o Código de Defesa do Consumidor deve ser entendido como um microssistema jurídico, ou seja, uma lei especial composta de princípios e objeto próprios, além das normas específicas, mas também **multidisciplinar** e **interdisciplinar**. E é nesse sentido que se pode dizer que o mesmo código cuida de matérias diversas, que podem ser sintetizadas em administrativas, civis e penais, donde a tríplice tutela enunciada acima.²⁵ (grifos do autor)

O Código de Defesa do Consumidor abarcou a proteção consumerista em todas as searas possíveis, quais sejam administrativa, civil e criminal, e sendo estas, judiciais, nas quais o Poder Judiciário, por meio de inquérito e processo presta sua tutela de forma a amparar o consumidor hipossuficiente.

No que tange as questões civis, o judiciário opera principalmente sobre a responsabilidade civil e a reparação de danos, ainda que já tenha havido discussão do mérito em âmbito administrativo, pois, se como primeira tentativa de solução, esta restou sem resultados positivos, cabe a justiça comum a análise e julgamento da demanda.

Para além dos processos administrativos frustrados, surgem ainda o acordo firmado em conciliação junto ao Procon e a gama de possibilidades de procedimentos inerente ao processo judicial de que se abstém o processo administrativo.

Art. 475-N. São títulos executivos judiciais:

[...]

III – a sentença homologatória de conciliação ou de transação, ainda que inclua matéria não posta em juízo;²⁶

Quanto ao acordo, o Código de Processo Civil Brasileiro, determina que após firmado em conciliação, seu termo passa a ter validade de título executivo extrajudicial, poupando o consumidor de todas as fases do processo de conhecimento, levando-o diretamente a fase executória.

O processo, visto como fenômeno que permite a solução de conflito de interesses, desencadeia-se através da prática dos atos processuais, a maioria deles originados das partes (como a apresentação de petições nos autos, por exemplo), alguns do juiz (como a prolação das decisões interlocutórias, sentenças ou despachos, a designação das audiências, a determinação para que determinada prova seja colhida de ofício etc.) e outros dos auxiliares da Justiça (como se dá, v.g., com o cumprimento de um mandado por parte do

²⁵ FILOMENO, José Geraldo Brito. **Curso Fundamental de Direito do Consumidor**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2008, p.46.

²⁶ ANGHER, Anne Joyce (org.). **Vade Mecum**: Acadêmico de Direito. São Paulo: Rideel, 2010, p.288.

oficial de justiça encarregado da efetivação da diligência; com as certidões que são lançadas nos autos atestando a fluência de prazos etc.)²⁷

Já no que se refere aos procedimentos judiciais, alguns institutos jurídicos que servem como suporte do processo, tais como citação e aplicabilidade de revelia e seus efeitos por não comparecimento ao processo e possibilidade de perícia técnica, são diferenciais que torna o processo mais completo, complexo e com mais densamente fundamentado para real aplicabilidade do direito daquele que se socorre da justiça. Nesse sentido, é de suma importância salientar que o Código de Defesa do Consumidor é bastante claro quando traz o instituto da inversão do ônus da prova em seu artigo 6º, VIII, todavia, não há que se falar em impossibilidade do consumidor produzir provas a seu favor ou que queira contestar as provas produzidas pelo fornecedor, pela força do artigo supra citado, e dessa forma, em tudo quanto o processo administrativo não consiga atingir fruição, o processo judicial tem possibilidade de fazê-lo.

Interesses difusos: poderíamos elencar como exemplo de tutela coletiva desses interesses a propositura de uma ação civil pública ou coletiva, com o propósito de se obrigar um fabricante de um veículo que apresente defeito em sistema de segurança (freios, direção e outros) a praticar o *recall*, se essa providência não for adotada de forma espontânea pelo mesmo fabricante. Ou seja, a convocação de todos os adquirentes daqueles veículos, para que compareçam às oficinas autorizadas com vistas à reparação do defeito, sem qualquer custo adicional. [...] **Interesses e direitos coletivos:** os interesses coletivos, como visto, são aqueles que pertencem a um grupo, classe ou categoria de pessoas, **mas também são indivisíveis**, na medida em que a providência é adotada de forma genérica a todos beneficia. [...] **Interesses e direitos individuais de origem comum:** ao contrário dos dois demais interesses e direitos, aqui se cuida de interesses manifestadamente individuais, **mas que podem ser tratados coletivamente, em face de terem sido afetados por uma mesma causa ou fato.**²⁸ (grifos do autor)

Ainda sobre a tutela civil, o Código de Defesa do Consumidor, trouxe a efetiva aplicabilidade da lei 7.347/85, sendo esta a lei que regula a Ação Civil Pública, e por seu microsistema atribuiu classificação aos direitos, sendo eles individual homogêneo, coletivo '*stricto sensu*' e difuso.

Essa classificação de direitos permite a eficácia do princípio do acesso à justiça, principalmente para os casos de direitos individuais homogêneos, pois, legítimos a ajuizar ação em prol de direito alheio, quando muitos o têm lesado, porém

²⁷ MONTENEGRO FILHO, Misal. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2007, p.160.

²⁸ FILOMENO, José Geral Brito. **Curso Fundamental de Direito do Consumidor**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 193-194.

individualmente contextualizados a tutela jurisdicional resta prejudicada, principalmente em relação ao valor da causa, além de evitar a lacuna legal existente quando o órgão administrativo não consegue solucionar a questão e o valor da causa não permite o ajuizamento de ação junto ao Poder Judiciário.

A importância da tutela penal reside no fato de outorgar maior efetividade à defesa do consumidor, inibindo procedimentos reprováveis dos infratores e depurando o mercado fornecedor, além, é lógico de punir criminalmente, com detenção, multa, restrição de direitos (CDC, art. 78), aqueles que se dedicam a desrespeitar os direitos dos consumidores, legalmente estabelecidos, praticando as condutas sancionadas.²⁹

O legislador do Código de Defesa do Consumidor, entendeu que alguns direitos consumeristas possuem tamanha importância em razão de seus efeitos jurídicos tanto pela efetiva lesão aos direitos e princípios que regem as relações de consumo, quanto por sua mera possibilidade, e dessa forma os tutelou também de maneira a tipificar determinadas ações contra esses direitos e princípios como crimes contra a relação de consumo, e assim, todas as esferas possuem fundamentos legais de atuação em favor do consumidor hipossuficiente.

Demonstradas todas as possibilidades de atendimento ao consumidor, tanto em âmbito administrativo, quanto em âmbito judicial, passa-se a necessidade de se inserir entre elas a proteção em relação ao Comércio Eletrônico, em que pese, conforme todo o supra explicitado, não haver norma específica que atue nas relações virtuais, e assim dispõe a Lei de Introdução ao Código Civil:

Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

Art. 5º Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.³⁰

O problema dessa pesquisa se resolve então, com o retorno ao início do estudo das ciências jurídicas, de forma que a hermenêutica é quem resolve a aplicabilidade do direito, através da analogia, pois, se o contrato eletrônico se rege como

²⁹ ALMEIDA, João Batista de. **Manual de Direito do Consumidor**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 202.

³⁰ ANGHER, Anne Joyce (org.). **Vade Mecum: Acadêmico de Direito**. São Paulo: Rideel, 2010, p. 151.

se contrato consumerista fosse, a tutela não poderia ser diferente, cabendo aos operadores do direito o ajuizamento de processos administrativos ou judiciais, com essa fundamentação e ao aplicador do direito responsável pelo julgamento do caso, a não abstenção de sua função e o preenchimento das lacunas, efetivando o todo que o microssistema formado pelo Direitos do Consumidor, Civil e Penal e legislações especiais traz em relação à proteção consumerista.