

UNIVERSIDADE FEDERAL DE OURO PRETO

Escola de Direito, Turismo e Museologia

Departamento de Direito

Gustavo Goes Gomes

**As delimitações da responsabilidade civil das plataformas intermediadoras de
comércio eletrônico**

Ouro Preto

2022

Gustavo Goes Gomes

**As delimitações da responsabilidade civil das plataformas intermediadoras
de comércio eletrônico**

Monografia apresentada ao curso de Direito
da Universidade Federal de Ouro Preto como
requisito parcial para obtenção do título de
Bacharel em Direito.

Orientadora: Rafaela Fernandes Leite

Ouro Preto

2022



FOLHA DE APROVAÇÃO

Gustavo Goes Gomes

As delimitações da responsabilidade civil das plataformas intermediadoras de comércio eletrônico

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Federal de Ouro Preto como requisito parcial para obtenção do título de bacharel.

Aprovada em 23 de junho de 2022

Membros da banca

[MESTRA] - Rafaela Fernandes Leite - Orientador(a) (Universidade Federal de Ouro Preto)

[DOUTORA] - Beatriz Schettini - (Universidade Federal de Ouro Preto)

[MESTRA] - Ana Paula dos Santos Diniz (Universidade Federal de Ouro Preto)

RAFAELA FERNANDES LEITE, orientadora do trabalho, aprovou a versão final e autorizou seu depósito na Biblioteca Digital de Trabalhos de Conclusão de Curso da UFOP em 23/06/2022



Documento assinado eletronicamente por **Rafaela Fernandes Leite**, PROFESSOR DE MAGISTERIO SUPERIOR, em 19/07/2022, às 12:50, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site http://sei.ufop.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0, informando o código verificador **0364411** e o código CRC **0FBD1A80**.

Resumo

Este trabalho cuida-se de estudo geral de responsabilidade civil das plataformas de intermediação de comércio virtual acerca dos danos emergentes de negociação por seus usuários. Em outras palavras, busca-se determinar existência ou não de dever de reparar, por parte da plataforma intermediadora, os danos provenientes da frustração de contratos cuja gênese deu-se na plataforma. Este estudo justifica-se na medida que a contratação mediante plataformas intermediadoras tem crescido expressivamente, já tendo consolidado-se como modalidade comum de movimentação e comercialização de bens. Desta senda, faz-se produtivo investigar se este mercado emergente adequa-se, como é, ao sistema normativo de proteção do consumidor, ou se mudanças interpretativas podem ser feitas no interesse de melhor atender à sistemática especial do CDC e a proteção do consumidor como valor constitucional a ser zelado. A operacionalização deste trabalho se deu pela vertente jurídico-dogmática, através de raciocínio indutivo. Este culminou, enfim, com a proposição de mudanças no enquadramento jurídico prescrito pelo STJ sobre caso análogo, com fim de melhor atender à proteção do consumidor.

Palavras-chave: direito do consumidor; responsabilidade objetiva; comércio virtual; reparação civil.

Abstract

This work aims to be an overall study about civil responsibility of e-commerce intermediation platforms in regard to damages emerging from the negotiation between its users. In other words, the goal is to determine (or not) the existence of duty to civil reparation, in regards to the intermediation platform, about the damages resulting from frustrated contracts celebrated in some way through it. This study justifies itself by the growing relevance of e-commerce intermediation platforms, expressed by substantial and consistent growth in use, having already become a standard way of negotiating in society. For this, it becomes productive to investigate if this emergent market adequates itself, the way it already is, to the normative system of consumer protection, or if interpretative changes can be made on the best interest of adequation to the special legal system of the *Código de Defesa do Consumidor* (Consumers's Protection Code) and the protection of the consumer as a constitutional value to be zealed. The operationalization of this work was given through the legal-dogmatic method, through inductive reasoning. This culminated with the proposition of changes to the legal framing of the *Supremo Tribunal de Justiça* (Superior Court of Law) about an analogous case, with the aim to better provide protection to the consumer.

Keywords: consumer law; objective responsibility; e-commerce; civil reparation.

Sumário

1. Introdução	8
2. Os aspectos concretos da relação jurídica de consumo	10
2.1 Os elementos subjetivos da relação de consumo	10
2.2 Os elementos objetivos da relação de consumo	15
2.3 Do acidente de consumo	16
3. Da responsabilidade civil	18
3.1 Da responsabilidade objetiva	20
4 Aspectos abstratos da relação de consumo	24
4.1 Princípios da boa fé objetiva e confiança	24
5. Os veículos de comunicação	28
6. Estudo de caso: O Mercado Livre	37
6.1 O ecossistema <i> Mercado Livre</i>	38
6.2 Os termos de uso da plataforma	38
6.2.1 Termos e condições gerais de uso do site	39
6.2.2 Termos e condições gerais de uso do <i> marketplace</i>	41
7. Entendimento do STJ	44
7.1 Plataformas intermediadoras de comércio eletrônico como provedoras de aplicações	48
7.2 Plataformas intermediadoras de comércio eletrônico e seu enquadramento jurídico face seus usuários	49
7.3 Plataformas intermediadoras de comércio eletrônico e responsabilidade civil	50
7.4 Parametrização geral da responsabilidade conforme o STJ	51
8. Análise crítica do posicionamento do STJ	53
8.1 Nexo causal e fortuitos interno e externo	53
8.2 A "Lei do <i> e-commerce</i> ": O Decreto nº 7962	56
8.3 O risco-proveito e a confiança do consumidor	58
8.4 Tecnologia e descompasso do Direito	59
9. Considerações finais	62
Referências	64

1. INTRODUÇÃO

O comércio eletrônico tem crescido consistentemente nos últimos anos. Tal crescimento exacerbou-se ainda mais com o contexto pandêmico, enfrentado recentemente¹. Seja pelo acesso cada vez maior à tecnologia pela população, ou ao desenvolvimento e consolidação destas plataformas em si, fato é que já dominam uma parcela do mercado que dificilmente diminuirá. A bem da verdade, mantendo-se este crescimento², o comércio virtual apenas ampliará em relevância para o dia a dia do consumidor brasileiro.

É neste contexto que revela-se a utilidade da presente monografia. Com esta realidade em mente, trata-se de investigar se as práticas comerciais das plataformas intermediadoras de comércio eletrônico (doravante designadas apenas como plataformas de comércio eletrônico, ou virtual) adequam-se ao sistema protetivo do consumidor. Isto porque, conforme será explorado adiante, a relação entre o usuário cadastrado e a plataforma tende a ser de consumo, em virtude do fornecimento de serviço constante no oferecimento de um espaço virtual de facilitação de negócios. Sob esta premissa, cabe então analisar quais riscos envolve a utilização deste tipo de plataforma, e se os danos decorrentes destes riscos são de sua responsabilidade. O que situa esta monografia sob a temática do direito do consumidor, portanto.

Sendo assim, pretende-se responder a seguinte pergunta: quais são as delimitações da responsabilidade das plataformas intermediadoras de comércio eletrônico, no tocante aos negócios realizados por seus usuários? Procederá-se com análise jurídico-dogmática, visto o material necessário para o desenvolvimento do tema se restringir à construção dogmática, legislativa e jurisprudencial. Cabe salientar, entretanto, que a despeito do caráter dogmático, a proposta deste estudo envolve a análise de situações hipotéticas e proposições com potencial de alterar relações jurídicas reais. O raciocínio desenvolvido será indutivo, na medida que utiliza dados concentrados, como definições conceituais e enunciados jurisprudenciais para extrapolar parâmetros e perspectivas sobre a realidade, de forma genérica.

Para o desenvolvimento em si será necessário, então, fazer a distinção entre a relação contratual civil comum e a relação contratual de consumo, no tocante ao tema específico

¹ VILELA, Luiza. **E-commerce: o setor que cresceu 75% em meio à pandemia**. Novarejo, Higienópolis, 19 de fevereiro de 2021. Disponível em:

<<https://www.consumidormoderno.com.br/2021/02/19/e-commerce-setor-cresceu-75-crise-coronavirus/>>. Acesso em: 6 de junho de 2022.

² ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Unctad diz que comércio eletrônico segue em alta mesmo após pandemia**. 26 de abril de 2022. Disponível em: <<https://news.un.org/pt/story/2022/04/1787112>> Acesso em: 6 de junho de 2022.

trazido. Isto porque, em virtude de legislação especial, consubstanciada no Código de Defesa do Consumidor, a relação de consumo goza de parâmetros e implicações próprias que alteram radicalmente as atribuições de suas partes. Portanto, a fim de realizar tal distinção, será preciso determinar todo o arcabouço conceitual a ser utilizado, com atenção concentrada no direito consumerista em contraponto à legislação civil comum, no que se diferem, para então aplicar a lógica da proteção legal do consumidor à relação jurídica entre o usuário e as plataformas de comércio virtual.

Desta forma, será preciso, então, que sejam determinados diversos conceitos a serem empregados; dentre estes, os de maior relevância: *consumidor, fornecedor, intermediador, serviço, relação de consumo, vício e fato do produto/serviço, e responsabilidade objetiva*. Para além da base conceitual inicial, será preciso investigar princípios, institutos e hipóteses legais que podem inferir com o trabalho desenvolvido, como o princípio da confiança, a figura dos veículos de comunicação, a excludente de responsabilidade por fato exclusivo de terceiro, e assim em diante. A partir disso, será possível então determinar a existência ou não de responsabilidade da plataforma por danos decorrentes de negociação entre seus usuários. A seguir, e por fim, será vez de analisar, sob o arcabouço construído, os contornos da responsabilidade jurídica de uma plataforma em específico, que servirá de caso de estudo: o *Mercado Livre*. Tal análise demonstrará a concretude dos conceitos e institutos estudados num contexto real, prático. Por último, será realizada análise de acórdão recente do Supremo Tribunal de Justiça sobre o tema, a fim comparativo e prescritivo. O que permitirá que se analise, de forma crítica, se o entendimento do Tribunal é harmônico com o sistema legal especial da proteção do consumidor, ou se há espaço para dissídio propositivo.

2. OS ASPECTOS CONCRETOS DA RELAÇÃO JURÍDICA DE CONSUMO

De início, elabora-se síntese acerca da razão de ser da proteção legal do consumidor. O tratamento jurídico desigual na relação de consumo se dá sob justificativa da vulnerabilidade deste consumidor. Esta se perfaz, em traços gerais, através do domínio do fornecedor sobre o processo produtivo ou ramo de atuação (na hipótese de prestação de serviços). Sendo assim, para que haja justiça na contratação, a relação entre as partes deverá sofrer interferência legal para que aquela menos favorecida seja protegida face a mais favorecida. Surge, desta forma, a figura do fornecedor e do consumidor.

2.1 OS ELEMENTOS SUBJETIVOS DA RELAÇÃO DE CONSUMO

Conforme o art. 2º do CDC³: “consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”. Assim, o sujeito consumidor se configura, em regra, na culminação da rede de fornecimento; ou seja, no destinatário final desta. Pode-se pensar na figura do consumidor como o “alvo” da cadeia de fornecimento, naquele sujeito o qual a utilidade do produto ou serviço encerra-se. Desta senda, é natural concluir que nas hipóteses dissonantes da interpretação literal do dispositivo supracitado há exclusão do agente como consumidor, quando faz uso de produto e serviço sem que estes encerrem-se em seu próprio proveito. Em outras palavras, se não se trata de destinatário final, consumidor não o é. Entretanto, este ponto é tópico de discussão doutrinária e jurisprudencial, conforme será demonstrado.

Há dissídio interpretativo na medida que argumenta-se pela extensão da proteção do consumidor aos entes assim equiparados, por determinação do CDC, e às pessoas vítimas de acidente de consumo, nada obstante serem alheias à relação jurídica de consumo que originou o objeto do acidente (seja produto ou serviço). Entretanto, para que seja possível abordar eficazmente hipóteses de irradiação da proteção consumerista à terceiros, faz-se necessário investigar a construção doutrinária acerca do conceito de destinatário final; visto ser chave para a equiparação legal à consumidor.

Neste tocante, existem três vertentes doutrinárias: finalista, maximalista e finalista mitigada. Conforme a primeira, a definição é categórica, no qual consumidor é apenas o

³ BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm>. Acesso em: 14 jun. 2022.

sujeito ao fim da cadeia de consumo (destinação final fática), unicamente quando não houver mais ninguém adiante na transmissão do produto ou serviço; e ademais, o produto ou serviço não pode ser utilizado para lucro, repasse ou transmissão onerosa (destinação final econômica)⁴. Esta corrente é tida como superada, visto haver previsões legais expressas no CDC que, se não infirmam diretamente este entendimento, pelo menos demonstra uma suposta inadequação com a lógica legislativa que inspirou a lei.

Para a segunda corrente, é exemplar esta passagem de Alinne Arquette Leite Novaes:

Concluimos, então, dizendo que o Código de Defesa do Consumidor é totalmente aplicável aos contratos de adesão, em virtude da extensão do conceito de consumidor, equiparando a este todas as pessoas expostas às práticas previstas nos seus Capítulos V e VI, estando, como é sabido, os contratos de adesão disciplinados dentro desse último. E isso ocorre porque a intenção do legislador, ao elaborar o Código de Defesa do Consumidor, foi garantir justiça e equidade aos contratos realizados sob sua égide, para equilibrar partes contratuais em posições diferentes, tutelando de modo especial o partícipe contratual, que julgou ser vulnerável. Assim, entendeu o legislador que a simples exposição às práticas por ele previstas no CDC era suficiente para gerar uma situação de insegurança e de vulnerabilidade, considerando, portanto, que o simples fato de se submeter a um contrato de adesão colocava o aderente em posição inferior, se equiparando ao consumidor. De toda sorte, em algumas situações de patente discrepância, hipossuficiência ou vulnerabilidade, justifica-se a ampliação do conceito de consumidor e da relação de consumo. Surge, nesse contexto, o que é denominado como teoria finalista aprofundada, uma variante da teoria maximalista que se justifica plenamente.⁵

Para a terceira e última, a classificação categórica da corrente finalista deve ser sopesada sob o prisma da proteção do consumidor como parte contratual vulnerável, em harmonia com o inc. I do art. 4 do CDC⁶. Nesse sentido⁷:

Realmente, depois da entrada em vigor do CC/2002 a visão maximalista diminuiu em força, tendo sido muito importante para isto a atuação do STJ. Desde a entrada em vigor do CC/2002, parece-me crescer uma tendência nova da jurisprudência, concentrada na noção de consumidor final imediato (Endverbraucher), e de vulnerabilidade (art. 4º, I), que poderíamos denominar aqui de finalismo aprofundado. É uma interpretação finalista mais aprofundada e madura, que deve ser saudada. Em casos difíceis envolvendo pequenas empresas que utilizam insumos para a sua produção, mas não em sua área de expertise ou com uma utilização mista, principalmente na área de serviços, provada a vulnerabilidade, conclui-se pela destinação final de consumo prevalente. Essa nova linha, em especial do STJ, tem

⁴ FILHO, Sergio C. Programa de Direito do Consumidor. Grupo GEN, 2019. 9788597022414. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597022414/>. Acesso em: 30 mai. 2022. Pág. 74.

⁵NOVAES, Alinne Arquette Leite. A teoria contratual e o Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: RT, 2001. p. 165. APUD TARTUCE, NEVES, 2021, p. 97.

⁶TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim A. Manual de Direito do Consumidor - Direito Material e Processual - Volume Único. Grupo GEN, 2021. 9786559640270. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559640270/>. Acesso em: 12 abr. 2022, p. 92 e seguintes.

⁷*idem apud* MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman V.; BESSA, Leonardo Roscoe. Manual de Direito do Consumidor. 3. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 87.

utilizado, sob o critério finalista e subjetivo, expressamente a equiparação do art. 29 do CDC, em se tratando de pessoa jurídica que comprove ser vulnerável e atue fora do âmbito de sua especialidade, como hotel que compra gás. Isso porque o CDC conhece outras definições de consumidor. O conceito-chave aqui é o de vulnerabilidade.

Por fim, Tartuce e Neves concluem sobre a teoria finalista mitigada⁸:

Há, portanto, um tempero na teoria maximalista (teoria maximalista temperada, aprofundada ou mitigada), conjugando-a com a teoria finalista, segundo as lições de Claudia Lima Marques. De toda sorte, alguns juristas continuam entendendo tratar-se de aplicação da teoria maximalista, corrente a que está filiado o presente autor, o que está de acordo com uma visão mais simplificada da matéria.

De fato, em muitas situações envolvendo pessoas notadamente hipersuficientes – seja a disparidade econômica, financeira, política, social, técnica ou informacional –, a teoria maximalista justifica-se plenamente. É possível ainda afirmar, na esteira das lições de Claudia Lima Marques, que, pela ampliação categórica, a vulnerabilidade passa a ser elemento pressuposto da relação jurídica de consumo e não um elemento posto, como no capítulo anterior foi demonstrado.

Sendo assim, conclui-se que a vulnerabilidade é condição a ser considerada *in casu*, na ausência de previsão expressa. Comprovada a vulnerabilidade de fato entre o contratante do produto e serviço e o fornecedor, mesmo que não se trate de hipótese expressa, este contratante será considerado consumidor. Para ilustrar esta aplicação, cita-se como exemplo pessoa natural que, produzindo e comercializando sanduíches, encontra-se, em virtude de atuação comercial profissional e habitual, em condição de fornecedora de produto. Sendo assim, num primeiro momento, mesmo estes sendo fabricados com insumos de grande produtora industrial, a protagonista deste exemplo não figuraria como consumidora em relação à produtora dos insumos, visto que não é a destinatária final destes. Entretanto, considerando sua posição no mercado, sua atuação individual e seu aporte econômico, além do fato de não participar do processo produtivo destes insumos de maneira alguma, entende-se, pela teoria finalista mitigada (ou apenas maximalista, conforme Tartuce e Neves acima), que seria considerada vulnerável face a produtora dos insumos. Assim, justifica-se que um agente econômico, a despeito de não ser destinatário final de um produto, seja considerado consumidor em virtude de sua vulnerabilidade.

Do outro lado da relação de consumo figura o fornecedor, o elo forte econômico desta. Conforme o art. 3º do CDC⁹: “fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada,

⁸TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim A. Manual de Direito do Consumidor - Direito Material e Processual - Volume Único. Grupo GEN, 2021. 9786559640270. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559640270/>. Acesso em: 12 abr. 2022, pág. 99.

⁹ BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm>. Acesso em: 14 jun. 2022.

nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços”.

É importante mencionar, entretanto, que entende-se necessário, para a caracterização da figura do fornecedor, habitualidade e profissionalismo na execução do objeto do contrato de consumo. Ademais, há necessidade de remuneração, seja direta ou indireta¹⁰. Enquanto a remuneração direta consiste em contraprestação imediata, a remuneração indireta é um conceito aberto e pode abarcar qualquer tipo de contraprestação que, apesar de não ter valor econômico determinável, gera proveito econômico ao fornecedor. Exemplo de possibilidade extremamente pertinente a este estudo é o tratamento de dados como remuneração indireta. Conforme Sthéfano Divino¹¹:

A contraprestação fornecida pelo usuário do serviço – aparentemente gratuito – é a cessão de dados pessoais para geração de renda oriunda de anúncios publicitários para o fornecedor daquele. Partindo-se dessa premissa, demonstrou-se que existem as condições necessárias para configurar a existência de uma relação consumerista nos contratos eletrônicos de tecnologias interativas: habitual prestação de serviços; remuneração indireta; e prestação por uma pessoa física ou jurídica. [...]Utilizando-se do art. 11, § 2º, da Lei 12.965/2014, essa aplicação (do CDC) será possível. Basta que o serviço que realize a coleta e o tratamento de dados seja ofertado ao público brasileiro para que a legislação pátria recaia e tutele essa relação jurídica.

Denota-se, portanto, este caráter compreensivo da figura da remuneração, devendo abarcar todo tipo de proveito econômico a ser adquirido pelo fornecedor, mesmo aquele de natureza indeterminável. Tal compreensão harmoniza-se, inclusive, com o avanço constante da tecnologia, que sempre traz consigo novas oportunidades de exploração econômica, cuja regulamentação taxativa seria impossível.

Enfim, neste tópico, é importante abordar a ideia do fornecedor equiparado, ou terceiro intermediário. Conforme Sérgio Cavalieri Filho:

A estratégia do legislador permite considerar fornecedores todos aqueles que, mesmo sem personalidade jurídica (“entes despersonalizados”), atuam nas diversas etapas do processo produtivo (produção-transformação-distribuição-comercialização--prestação), antes da chegada do produto ou serviço ao seu destinatário final. Deste modo, não apenas o fabricante ou o produtor originário, mas, também, todos os intermediários (intervenientes, transformadores, distribuidores) e, ainda, o

¹⁰JR., Humberto T. Direitos do Consumidor. Grupo GEN, 2020. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530992941/>. Acesso em: 17 mai. 2022. Págs. 15 e 16.

¹¹ Divino, Sthéfano Bruno Santos. A aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor nos contratos eletrônicos de tecnologias interativas: o tratamento de dados como modelo de remuneração. Revista de Direito do Consumidor. vol. 118. ano 27. p. 221-245. São Paulo: Ed. RT, jul.-ago. 2018.

comerciante – desde que façam disso as suas atividades principais ou profissões, serão tratados pela lei como fornecedores.

[...]Permeiam o conceito de fornecedor, como se vê, as ideias de atividades profissionais, habituais, com finalidades econômicas – o que nos leva a crer que o legislador quis se referir às atividades negociais, dentro de um perfil organizado e unificado, com vistas à satisfação de um fim econômico unitário e permanente.¹²

Desta senda, pode inferir-se que a atividade de fornecimento não se encerra, necessariamente, apenas no sujeito responsável pela obrigação principal do contrato de consumo. Outros sujeitos, os quais podem interferir na relação de consumo para sua conclusão, podem, a depender de sua atuação, serem responsabilizados solidariamente por esta relação. Neste sentido, seria uma espécie de terceiro intermediário do contrato que, em virtude de sua atuação, equipara-se a fornecedor. Como exemplo, cita-se o caso abaixo, no qual a provedora de aplicativo de reservas que intermediou contrato entre o consumidor e o fornecedor do serviço de hospedagem foi equiparada ao fornecedor da obrigação principal¹³:

CONSUMIDOR E CIVIL. RESERVA ON LINE DE HOSPEDAGEM - INTERMEDIADORA - LEGITIMIDADE PASSIVA. HOSPEDAGEM CANCELADA NA DATA DA CHEGADA - SERVIÇO DEFEITUOSO - DANO MORAL CONFIGURADO. QUANTUM FIXADO - PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. RECURSO CONHECIDO. PRELIMINAR REJEITADA. NO MÉRITO, PROVIDO. [...] 2. Os participantes da cadeia de consumo têm responsabilidade por eventuais danos decorrentes da relação jurídica em tela, em razão do princípio da solidariedade e do próprio sistema de proteção, fundado no risco-proveito do negócio, consagrado no artigo 7º, parágrafo único, do CDC. 3. A atuação da empresa ré na intermediação da reserva on line de hospedagens no país e no exterior, disponibilizando espaço virtual ao hotel prestador de serviços e aproximando este dos tomadores do serviço, coloca-a na condição jurídica de solidária e responsável pela reparação de danos decorrentes na falha da prestação de serviços. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA REJEITADA. 4. Nos termos do art. 186 do Código Civil “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. 5. In casu, narra a autora que contratou com a ré hospedagem de uma casa, no Centro de Pirenópolis, para comemorar o Natal no período de 24 a 27 de dezembro de 2020, pelo valor de R\$ 558,63. Afirma que, após realizar o pagamento, foi surpreendida com a informação da proprietária do imóvel de que a casa já estava alugada para a referida data, momento em que entrou em contato com a ré, a qual lhe informou que a reserva era válida, sendo que, se acaso o imóvel não estivesse disponível, outro seria disponibilizado na mesma localidade, de melhor qualidade e sem custos adicionais. Segundo a autora, na referida data, o imóvel estava ocupado por terceiros, o que a obrigou a esperar na rua, junto com sua família, a locação de outro imóvel. A ré providenciou a locação de outro imóvel, porém, afastado da cidade, com características diferentes do imóvel inicialmente locado e pelo preço de R\$ 1.400,00, sendo que o valor pago a maior não foi ressarcido pela ré. [...] 6. Incontroverso o fato de que a autora utilizou o site réu para realizar contrato de locação de imóvel em

¹² FILHO, Sergio C. Programa de Direito do Consumidor. Grupo GEN, 2019. 9788597022414. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597022414/>. Acesso em: 18 mai. 2022. Pág. 91.

¹³BRASIL. Juizados Especiais do Distrito Federal. Acórdão 1356529, 07027727020218070006, Relator: ASIEL HENRIQUE DE SOUSA, Terceira Turma Recursal dos Juizados Especiais do Distrito Federal, data de julgamento: 21/7/2021, publicado no PJe: 17/8/2021.

Pirenópolis com chegada prevista para 24/12/2020, mas que, diante do cancelamento da reserva no dia do check-in, o réu tentou realocar a autora em outro imóvel. Incontroverso também que o réu garantiu à autora que arcaria com a diferença dos custos caso a autora encontrasse uma nova hospedagem por conta própria (ID 26794508 - Pág. 9). 7. Na lição de Sérgio Cavalieri Filho, "dano moral é a lesão de bem integrante da personalidade, tal como a honra, a liberdade, a saúde, a integridade psicológica, causando dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação à vítima" (in Programa de Responsabilidade Civil, 2ª Edição, Malheiros Editores, p. 78). 8. A negativa de hospedagem para consumidor que chega em cidade turística, com sua família, no dia 24 de dezembro para comemorar o Natal, por óbvio causou sentimentos de angústia e de frustração, sobretudo em um momento que deveria ser de lazer, fato capaz de ensejar indenização por danos morais. [...]

Entretanto, cabe salientar que, apesar de parecer um detalhe sutil, por óbvio que para que haja a figura do fornecedor por equiparação, é pressuposto necessário a existência de uma relação de consumo. No caso em tela, por exemplo, caso a contratação se desse com sujeito inadequado para classificação como fornecedor, não seria possível a aplicação do instituto. Sendo o hotel prestador habitual e profissional do serviço de hospedagem, adequa-se, portanto. Em outras palavras: caso o prestador do serviço de hotelaria não fosse fornecedor, a provedora do aplicativo não poderia ter sido responsabilizada nesta modalidade, visto que não haveria um fornecedor a equiparar-se.

2.2 OS ELEMENTOS OBJETIVOS DA RELAÇÃO DE CONSUMO

Conforme se depreende do art. 3º do CDC¹⁴, o que caracteriza a figura do fornecedor é a produção e comercialização (entre outras diversas atividades) de produtos; ou a prestação de serviços. Desta senda, deduz-se que se é necessário a figura do consumidor e fornecedor para existência da relação de consumo, como sujeitos (e portanto elementos subjetivos desta), então será preciso que o objeto desta envolva também pelo menos um produto ou serviço. Sendo, portanto, os elementos objetivos da relação de consumo.

Sobre a definição de produto, constrói Sérgio Cavalieri Filho:

Entretanto, a opção pelo vocábulo produto – bastante difundido no mercado de consumo – indica a intenção do legislador de tornar a lei mais compreensível aos que nela atuam e, por isso, produto é utilizado em seu sentido econômico e universal, isto é, aquilo que resulta do processo de produção ou fabricação. Em princípio, qualquer bem pode ser considerado produto, desde que resulte de atividade empresarial em série de transformação econômica. Quanto aos bens do setor primário, tal como são os de natureza agrícola, entende-se que serão incluídos

¹⁴ BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm>. Acesso em: 14 jun. 2022.

sob a esfera do Código de Defesa do Consumidor, desde que tenham sofrido transformação por intervenção do trabalho humano ou mecânico.¹⁵

Cabe salientar que, em harmonia ao parágrafo primeiro do art. 3º do CDC¹⁶, produto pode ser bem imaterial. Portanto, pela definição trazida, afere-se a qualidade de produto daquele bem imaterial que, de forma semelhante, é resultado de atividade empresarial que atribua-lhe valor comercial.

Por outro lado, serviço é atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, conforme parágrafo segundo ainda do mesmo artigo. Definição muito mais ampla e abstrata, desta vez condicionada ao elemento remuneração. Sendo importante o lembrete de que a remuneração não precisa ser direta, podendo se realizar através de elementos que gerem, grosso modo, qualquer proveito econômico ao fornecedor.

2.3 DO ACIDENTE DE CONSUMO

Por fim, é preciso salientar que a dinâmica legal consumerista existe principalmente para proteger o consumidor nos casos quais seus direitos são violados. Ademais, por ser também de imensa relevância para momento adiante deste trabalho, traz-se definição acerca dos acidentes de consumo. Estas são hipóteses nas quais o elemento objetivo da relação, seja produto ou serviço, falha acerca de sua função esperada, podendo esta falha implicar em sua inutilidade para o fim concebido, ou até mesmo de violação da integridade física e/ou moral de um ou mais sujeitos. A segunda hipótese é tão grave que seus efeitos podem gerar relação de consumo entre um terceiro afetado e o fornecedor do objeto da relação de consumo que originou o produto/serviço defeituoso que causou-lhe o dano, com o fim de favorecer a reparação deste. Em outras palavras: qualquer indivíduo afetado física e/ou moralmente pelo defeito de um produto/serviço torna-se consumidor por equiparação, mesmo sendo completamente alheio à relação de consumo que originou o objeto contratual defeituoso. As implicações decorrentes serão a responsabilização objetiva do fornecedor do objeto da relação de consumo, com consequente dever de reparação integral do dano; que serão objeto de análise mais detida adiante.

¹⁵FILHO, Sergio C. Programa de Direito do Consumidor. Grupo GEN, 2019. 9788597022414. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597022414/>. Acesso em: 18 mai. 2022. Pág. 92.

¹⁶ BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm>. Acesso em: 14 jun. 2022.

Neste momento, é fundamental então diferenciar as duas hipóteses de falha mencionadas. Conforme Humberto Theodoro Junior¹⁷:

A regulamentação sistematizada pelo CDC no tocante às anomalias verificadas nos produtos ou serviços, a que a doutrina denomina “acidentes de consumo”, faz uma distinção entre (i) a responsabilidade pelo fato do produto e do serviço (arts. 12 a 14), que diz respeito ao vício por insegurança verificado na colocação de tais bens no mercado de consumo; e (ii) vício do produto e do serviço (arts. 18 a 20), falha que também se costuma qualificar como vício por inadequação.

A distinção não é meramente conceitual, visto que a disciplina legal redonda em tratamento diverso para cada uma das espécies de acidentes de consumo. A doutrina ressalta, a propósito, que, por natureza, o defeito do produto ou do serviço reveste-se de maior gravidade, pela potencialidade de causar danos à saúde ou à segurança do consumidor; enquanto o vício não chega a esse nível e apenas acarreta a inservibilidade ou diminuição do valor do produto. Vale dizer, o vício está vinculado “à impropriedade, inadequação às finalidades próprias” do produto.

O defeito (fato do produto ou serviço) pressupõe uma repercussão externa, consistente nos danos que podem afetar pessoas e patrimônios físicos ou morais, sem qualquer conotação contratual, podendo a vítima ser um simples terceiro. O vício (do produto ou serviço), por seu turno, corresponde a uma falha interna da própria coisa, cujo efeito é um prejuízo meramente econômico, correspondente à sua impropriedade, inadequação ou desvalorização.

Da passagem, depreende-se portanto que às duas hipóteses trazidas acima correspondem as classificações, respectivamente, de vício do produto/serviço, e fato do produto/serviço. Em síntese: a falha que reduz o valor ou inutiliza o objeto da relação de consumo, seja produto ou serviço, é chamada vício. Enquanto aquela que viola integridade física e/ou moral do consumidor ou terceiro, será fato.

Fixado o arcabouço conceitual básico referente à essencialidade da relação de consumo, avança-se a aspectos de caráter mais abstrato, cuja compreensão é menos dogmática e mais principiológica. Trata-se da teoria da confiança e do risco do empreendimento, que explicam determinações legais muito relevantes a este trabalho; entretanto, passam pela noção de responsabilidade civil, devendo esta ser estudada primeiro. Adiante, traz-se discussão acerca dos veículos de comunicação, cuja caracterização geram implicações profundas que influenciarão a construção deste trabalho.

¹⁷JR., Humberto T. Direitos do Consumidor. Grupo GEN, 2020. 9788530992941. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530992941/>. Acesso em: 25 mai. 2022. Pág. 68.

3. DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil é tida, simplesmente, como o dever, do autor de um dano, de repará-lo. A motivação deste dever pode variar entre a necessidade social de punir aquele que promove dano contra outrem de forma intencional (responsabilidade por culpa), ou um dever social de solidarizar-se com o dano sofrido injustamente por alguém (responsabilidade objetiva). Ou, em síntese de Caio Mário da Silva Pereira¹⁸:

A responsabilidade civil consiste na efetivação da reparabilidade abstrata do dano em relação a um sujeito passivo da relação jurídica que se forma. Reparação e sujeito passivo compõem o binômio da responsabilidade civil, que então se enuncia como o princípio que subordina a reparação à sua incidência na pessoa do causador do dano.

Não importa se o fundamento é a culpa, ou se é independente desta. Em qualquer circunstância, onde houver a subordinação de um sujeito passivo à determinação de um dever de ressarcimento, aí estará a responsabilidade civil.

Entretanto, apesar da motivação parecer irrelevante numa observação superficial, a distinção entre as duas tem implicações extremamente profundas. Cabe saber que, enquanto da primeira decorre a responsabilidade subjetiva, da segunda decorre a responsabilidade objetiva. Ou seja: na primeira hipótese, é preciso haver comprovação não apenas do dano e nexos causal para que surja dever de reparação pelo autor do dano. É preciso ainda a comprovação de culpa, o que implica provar que para além de ter provocado o dano, deverá o autor tê-lo feito sob agir ilícito. Enquanto, para a segunda hipótese, basta a comprovação do nexos causal.

Quanto à responsabilidade subjetiva e o agir ilícito, desenvolve Caio Mário¹⁹:

No lado oposto dos atos lícitos encontram-se os atos jurídicos ilícitos, ou simplesmente atos ilícitos, que se concretizam em procedimentos em desconformidade com o ordenamento legal, ou ao arrepio dele, violando um mandamento ou uma proibição do direito.

Os atos jurídicos, em sentido lato ou estrito, dizem-se jurígenos, porque são aptos a gerar direitos ou deveres para o agente, na conformidade em que consista a finalidade contida na declaração de vontade. Reversamente, os atos ilícitos, por contravirem aos ditames da ordem jurídica, somente dão nascença a obrigações para o agente. Ofendendo ou contrariando direitos ou interesses alheios, ou causando dano a outrem, atraem para o agente os rigores da lei. Transformando relações de direito já existentes, ou dando nascimento a novos direitos que se opõem ao agente, provocam, contra este, efeitos ou consequências jurídicas.

¹⁸PEREIRA, Caio Mário da S. Responsabilidade Civil. Grupo GEN, 2022. 9786559644933. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559644933/>. Acesso em: 23 mai. 2022. Pág. 31.

¹⁹PEREIRA, Caio Mário da S. Responsabilidade Civil. Grupo GEN, 2022. 9786559644933. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559644933/>. Acesso em: 23 mai. 2022. Pág. 57.

O Direito Civil Brasileiro adota a responsabilidade subjetiva como regra, como se depreende dos artigos 186 e 927 do Código Civil²⁰, respectivamente: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”, e “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”. Entretanto, há previsão expressa da responsabilidade objetiva como exceção, em casos previstos em lei.

Em síntese²¹:

No desenvolvimento da noção genérica de responsabilidade civil, em todos os tempos, sobressai o dever de reparar o dano causado. Vige, ao propósito, pacificidade exemplar. Onde surge a divergência, originando as correntes que dividem os autores, é na fundamentação do dever ressarcitório, dando lugar à teoria da culpa ou responsabilidade subjetiva.

A essência da responsabilidade subjetiva vai assentar, fundamentalmente, na pesquisa ou indagação de como o comportamento contribui para o prejuízo sofrido pela vítima. Assim procedendo, não considera apto a gerar o efeito ressarcitório um fato humano qualquer. Somente será gerador daquele efeito uma determinada conduta que a ordem jurídica reveste de certos requisitos ou de certas características. Assim considerando, a teoria da responsabilidade subjetiva erige em pressuposto da obrigação de indenizar, ou de reparar o dano, o comportamento culposo do agente, ou simplesmente a sua culpa, abrangendo no seu contexto a culpa propriamente dita e o dolo do agente.

Enquanto a definição de culpa²²:

[...]Pode-se conceituar culpa como um erro de conduta, cometido pelo agente que, procedendo contra direito, causa dano a outrem, sem a intenção de prejudicar, e sem a consciência de que seu comportamento poderia causá-lo.

[...]A conduta contraveniente pode, em termos genéricos, ser voluntária ou involuntária. Cumpre, todavia, assinalar que se não insere, no contexto de “voluntariedade”, o propósito ou a consciência do resultado danoso, ou seja, a deliberação ou a consciência de causar prejuízo. Este é um elemento definidor do dolo. A voluntariedade pressuposta na culpa é a da ação em si mesma. É a consciência do procedimento, que se alia à previsibilidade. Quando o agente procede voluntariamente, e sua conduta voluntária implica ofensa ao direito alheio, advém o que se classifica como procedimento culposo.

Por fim, é preciso destacar que é imprescindível existir, entre a conduta culposa e o dano, nexos de causalidade. Isto é: para que haja efetiva responsabilização, o dano deve ter sido fruto do agir culposo. Se dele o dano não decorre, então há absoluto descolamento entre o fato danoso e a conduta do autor; e logo, não haverá responsabilidade. Sem causalidade, não

²⁰BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil.. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 14 jun. 2022.

²¹PEREIRA, Caio Mário da S. Responsabilidade Civil. Grupo GEN, 2022. 9786559644933. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559644933/>. Acesso em: 24 mai. 2022. Pág. 66.

²²PEREIRA, Caio Mário da S. Responsabilidade Civil. Grupo GEN, 2022. 9786559644933. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559644933/>. Acesso em: 24 mai. 2022. Pág. 118.

há relação entre o fato e o agir, sendo impossível portanto atribuição da consequência jurídica de um fato em virtude de um ato que lhe é completamente alheio.

Por todo o exposto, é notável que o pivô da responsabilidade civil subjetiva é, como intui o próprio nome, o sujeito culpado. Desta senda, pode dizer-se que a tônica jurídica do evento danoso será portanto, nesta modalidade, a aferição de culpa para a conseguinte responsabilização, transformando este sujeito, de certa forma, no protagonista do evento. Enquanto tal abordagem serve particularmente bem ao fim de coibir condutas danosas, não é o único raciocínio possível para fundamentar-se o instituto da responsabilidade civil. Entretanto, uma mudança radical na razão de ser da responsabilidade gerará, naturalmente, uma potencial alteração radical das implicações jurídicas desta. O exemplo mais proeminente é tratado a seguir.

3.1 DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA

A decorrência do dever de reparação da culpa do agente autor do dano é, conforme mencionado, modo eficaz de punir-se o agir ilícito. Enquanto a responsabilidade fundada na punição do agir culposo traz uma tônica jurídica coibitiva, ou punitiva, uma responsabilidade fundada na simples existência do resultado danoso em virtude de conduta do agente coaduna mais com uma ótica reparativa, de solidariedade social. Explica-se.

A responsabilidade objetiva, como é intuitivo inferir, prescinde da constatação de culpa, advindo simplesmente de um resultado objetivo danoso. Ou seja: para esta modalidade, é necessário apenas observar a existência de uma conduta, seja ela comissiva ou omissiva, e denexo causal entre a conduta em si e o fato danoso; sendo irrelevante sua licitude para a atribuição do dever de reparação.

Tendo em vista que a responsabilidade subjetiva, baseada em culpa, é a modalidade padrão de responsabilização civil no ordenamento brasileiro, cabe apontar portanto que a responsabilidade objetiva será, então, exceção à regra, advindo apenas de expressa previsão legal. O que é o caso das relações de consumo, o que se aduz dos arts. 12 e 14 do CDC²³. Em ambos os artigos, lê-se, em termos gerais, que o fornecedor responde, “independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores”.

²³ BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm>. Acesso em: 14 jun. 2022.

Esta modalidade de responsabilização tende a facilitar o pleito de reparação pelo indivíduo lesado. Isto porque este arranjo remove por inteiro, do sujeito do dano, o ônus de provar um dos elementos da responsabilização civil: a culpa. O que deixa claro ser uma modalidade, por esta razão, mais favorável para aquele que visa ter seu dano reparado. O enfoque na existência simplesmente de nexos causal entre a conduta do autor e o dano provocado remove da discussão a motivação deste, que é o centro da responsabilidade subjetiva. O que finda por pautar a relação jurídica no dano experimentado e na reparação devida, trazendo o protagonismo desta relação para a vítima do dano.

Todavia, cabe apontar que a despeito da intenção legislativa por trás do instituto, seu efeito processual restringe-se à inversão deste ônus de prova, apenas. O que não significa simplesmente uma responsabilização automática do fornecedor, por assim dizer. Entretanto, como pode-se deduzir, uma modalidade de responsabilização que termina por favorecer o indivíduo lesado harmoniza-se perfeitamente com a condição de vulnerabilidade do consumidor, além de coadunar com o princípio da reparação integral do dano (art. 6, inc. VI do CDC²⁴). Um dos fundamentos para o favorecimento processual do consumidor é a chamada teoria do risco do empreendimento, ou risco-proveito.

A teoria do risco do empreendimento parte da premissa de, pelo fato da atividade comercial carregar consigo riscos inerentes, deve o fornecedor, que escolheu por explorar tal atividade e dela extrai lucro, arcar com estes riscos. Ademais, os riscos do empreendimento podem gerar danos excessivamente onerosos, se individualizados, mas compatíveis com o aporte econômico da empresa. Enquanto o consumidor, como vulnerável, não tem qualquer tipo de estrutura para lidar com estes, é razoável que o ônus seja atribuído à empresa que habitualmente explora a atividade e conhece os riscos e danos possíveis, além de deter poderio econômico para lidar com os prejuízos potenciais ao consumidor.

Em síntese, por tais riscos serem incompatíveis com a posição de vulnerabilidade do consumidor, além de gerarem lucro ao agente que dela aproveita-se (daí também ser chamada de teoria do risco-proveito), tem-se portanto a atribuição legal de responsabilidade objetiva pelos danos que vierem a sofrer quaisquer sujeitos em virtude de produto ou serviço objeto da atividade comercial deste agente. Em outras palavras, novamente, não é preciso comprovação

²⁴ BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm>. Acesso em: 14 jun. 2022.

de culpa: a mera percepção de dano na esfera patrimonial ou moral do sujeito gera dever de reparação integral pelo agente. Ou, nas palavras de Flávio Tartuce e Daniel Amorim²⁵:

[...]Na verdade, o CDC adotou expressamente a ideia da teoria do risco-proveito, aquele que gera a responsabilidade sem culpa justamente por trazer benefícios, ganhos ou vantagens. Em outras palavras, aquele que expõe aos riscos outras pessoas, determinadas ou não, por dele tirar um benefício, direto ou não, deve arcar com as consequências da situação de agravamento. Uma dessas decorrências é justamente a responsabilidade objetiva e solidária dos agentes envolvidos com a prestação ou fornecimento.

A par dessa forma de pensar, José Geraldo Brito Filomeno apresenta os seguintes pontos fundamentais para justificar a responsabilidade objetiva prevista na Lei 8.078/1990: a) a produção em massa; b) a vulnerabilidade do consumidor; c) a insuficiência da responsabilidade subjetiva; d) a existência de antecedentes legislativos, ainda que limitados a certas atividades; e) o fato de que o fornecedor tem de responder pelos riscos que seus produtos acarretam, já que lucra com a venda. Relativamente ao último fator, leciona o jurista, mencionando a sua origem romana: “como já de resto diziam os romanos, ‘ubi emolumentum ibi onus, ubi commoda, ibi incommoda’; ou seja, quem lucra com determinada atividade que representa um risco a terceiro deve também responder pelos danos que a mesma venha a acarretar”.

Cabe salientar, entretanto, que existem condições que extraem do fornecedor a responsabilidade por tais danos. Sendo exceções à regra, surgem de expressa previsão legal; são estas hipóteses a não colocação do produto em mercado, a inexistência do defeito do produto ou serviço, ou o fato exclusivo do consumidor ou de terceiro. A primeira e segunda hipóteses tratam-se simplesmente da demonstração, seja da não disponibilização do produto ou da inexistência do defeito alegado. O que significa serem de matriz majoritariamente objetiva. Entretanto, o fato exclusivo do consumidor ou terceiro tem complexas interseções com aspectos subjetivos da relação, podendo envolver inclusive culpa comissiva ou omissiva do próprio consumidor como fator relevante. Ademais, será de grande importância ao discutir-se nexos causais mais adiante, quando será momento mais adequado para abordar o tema.

Por fim, encerra-se este breve estudo principiológico através de abordagem, em linhas gerais, da confiança como princípio do CDC. Apesar de não ter previsão expressa, é irradiação normativa dos princípios da boa fé, com íntima ligação ao princípio da

²⁵FILOMENO, José Geraldo Brito. Manual de direito do consumidor. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 171 *apud* TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim A. Manual de Direito do Consumidor - Direito Material e Processual - Volume Único. Grupo GEN, 2021. 9786559640270. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559640270/>. Acesso em: 18 mai. 2022. Pág. 150.

transparência²⁶. Ademais, também relaciona-se profundamente com o tema do presente trabalho, pelo qual avança-se com sua definição.

²⁶FILHO, Sergio C. Programa de Direito do Consumidor. [Digite o Local da Editora]: Grupo GEN, 2019. 9788597022414. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597022414/>. Acesso em: 25 mai. 2022. Pág. 55.

4. ASPECTOS ABSTRATOS DA RELAÇÃO DE CONSUMO

De matriz principiológica extremamente densa, o CDC traz, meio a esta, a ideia da confiança do consumidor como valor a ser zelado, e do risco do empreendimento como fator a justificar, dentre outros, a responsabilidade objetiva e reparação integral de danos do cliente lesado. A importância do estudo destes conceitos no presente trabalho se dá pelo fato do CDC operar, também, com conceitos e definições abertas, sujeitas a ampla interpretação, no sentido de sempre expandir a proteção ao consumidor quando assim a melhor técnica jurídica puder justificar.

Em exemplo, uma das hipóteses da equiparação de agente como fornecedor se dá exatamente quando este porta elementos de identificação que remetem o consumidor ao senso de confiança conquistado por determinada marca; decorrência direta, portanto, da confiança como princípio. Sobre o risco do empreendimento, este pode motivar a configuração de relação de consumo nos casos onde certa exploração comercial, sem a intervenção legal, eximiria determinado agente de todos os riscos de sua atividade, em detrimento de um ou vários sujeitos, que lidariam com estes ônus em seu lugar. Apesar de hipotéticos, exemplos como esse existem na realidade, demonstrando a concretude da relevância destes conceitos, de matriz mais abstrata; tendo o condão de interferir diretamente com a construção deste estudo, sua síntese será fundamental.

4.1 PRINCÍPIOS DA BOA FÉ OBJETIVA E CONFIANÇA

Cabe sintetizar, de início, a origem da confiança como valor a ser zelado juridicamente pela norma consumerista. Trata-se da boa fé objetiva, princípio de extrema relevância não só no âmbito do Código Civil, mas também no CDC. A seu respeito, explica Sérgio Cavalieri Filho²⁷:

Com o advento do Código de Defesa do Consumidor, o termo boa-fé passou a ser utilizado com uma nova e moderna significação, para indicar valores éticos que estão à base da sociedade organizada e desempenham função de sistematização da ordem jurídica. É a chamada boa-fé objetiva que, desvinculada das intenções íntimas do sujeito, indica o comportamento objetivamente adequado aos padrões de ética, lealdade, honestidade e colaboração exigíveis nas relações de consumo. [...] Como se vê, a boa-fé objetiva constitui um modelo jurídico, na medida em que se reveste de variadas formas. Não é possível catalogar ou elencar, a priori, as hipóteses em que ela pode configurar-se, porque se trata de uma norma cujo

²⁷Idem. Acesso em: 14 jun. 2022. Pág. 49.

conteúdo não pode ser rigidamente fixado, dependendo sempre das concretas circunstâncias do caso.

Nota-se portanto que a essencial diferença entre a boa fé subjetiva e objetiva encontra-se em sua concretude. Enquanto a primeira restringe-se às intenções do sujeito, a segunda é pertinente ao seu comportamento. Feita a distinção, nota-se portanto que a boa fé subjetiva, por tratar-se apenas de intenção, não pode ser considerada no âmbito jurídico, visto ser impossível de aferir. O que faz necessária a figura da boa fé objetiva. Consolidada em comportamentos, é passível de ser aferida, o que torna-a apta a ter relevância jurídica. Relevância esta que ilustra-se pelo inciso terceiro do artigo quarto do CDC: “harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo [...], sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores”.

Entretanto, conforme apontado, a boa fé como valor a ser zelado depende de sua concretude no plano fático. De nada vale sua dimensão subjetiva, no âmbito jurídico. É neste sentido que torna-se relevante a análise do princípio da confiança, vez que aborda uma faceta da boa fé objetiva contratual no contexto das relações de consumo que auxilia na proteção efetiva do consumidor. Ao favorecer a efetividade da boa fé como princípio e valor a ser zelado na relação de consumo, revela-se a importância do princípio da confiança.

Em linhas gerais, o princípio da confiança pode ser caracterizado como a expectativa do consumidor de obter da relação de consumo resultado que razoavelmente possa esperar-se desta. Em outras palavras, ao comprar um produto ou contratar a realização de um serviço, o consumidor tem para si uma imagem pretérita da concretização daquela relação de consumo: se compra um veículo de certa marca, espera dele os padrões de segurança, performance, utilidade, estética e etc.; se contrata um serviço de limpeza para seu veículo, espera encontrá-lo, ao fim da prestação, limpo e com integridade intocada; e assim adiante.

Desta forma, pode concluir-se que o consumidor, ao adquirir produto ou contratar realização de serviço, sempre terá, em seu âmago, uma imagem prévia da realização desta relação de consumo. Esta imagem, que decorre da confiança no fornecedor, poderá ou não corresponder a esta realização; e quando não corresponder, poderá, a depender do caso, gerar responsabilidade sobre o fornecedor. Para que seja confirmada a quebra de legítima confiança do consumidor, será necessário então, através de critérios objetivos, determinar se o escopo da relação consumerista foge daquilo que se podia razoavelmente esperar do produto ou serviço oferecido. Esta determinação se dá, entre outros aspectos relevantes, pela aparência promovida pelo fornecedor de sua atuação; em outras palavras, a publicidade.

Em exemplo, um sujeito avista placa onde se lê “lava rápido, 10 reais”, se interessa e leva seu veículo ao estabelecimento, para contratar o serviço publicizado. Neste caso, as expectativas de que o serviço seja razoavelmente célere, e custe 10 reais, são perfeitamente legítimas, decorrentes da publicidade que o interessou. Além disso, é legítimo esperar que seu veículo não sofrerá qualquer dano durante a prestação deste serviço. Sendo assim, violaria a confiança do consumidor se o serviço fosse demorado demais, ou ao fim não custasse o valor anunciado, ou seu veículo retornasse avariado do mesmo. Portanto, nota-se que existem elementos objetivos que permitem determinar a extensão da confiança do consumidor que deve ser protegida. Sendo assim, é intuitivo que o consumidor não poderia se insurgir contra a relação de consumo alegando ser o preço desleal, ao fim da prestação, quando já conhecia o valor; ou o fato de ter de volta ao fim o mesmo veículo que entregou, e não outro de valor superior. Num último exemplo, mais caricato, é legítimo que um consumidor, que compra perfume após ser seduzido por publicidade, alegue ter sua confiança violada ao receber colônia que cheira a enxofre, ou outra substância de odor universalmente desagradável. É ilegítima, entretanto, a alegação de quebra de confiança por consumidor que esperava obter, ao utilizar do produto, uma lancha de luxo como a utilizada no material publicitário que o persuadiu.

Por fim, conforme Sérgio Cavalieri Filho²⁸:

Confiança é a credibilidade que o consumidor deposita no produto ou no vínculo contratual como instrumento adequado para alcançar os fins que razoavelmente deles se espera. Prestigia as legítimas expectativas do consumidor no contrato.

[...]

No art. 30 do CDC temos um dos principais efeitos do princípio da confiança. A oferta vincula, cria obrigação pré-contratual, para que não se frustrate a legítima expectativa criada no consumidor. [...] No Direito do Consumidor, a promessa é dívida. Confiança é lealdade e respeito nas relações de consumo entre fornecedor e consumidor. Vale o que está escrito.

Claro, é preciso pontuar que nos exemplos trazidos, com traços exagerados, se torna auto evidente os limites da legítima confiança do consumidor. Entretanto, a aplicação em casos concretos pode se tornar muito mais nebulosa e sujeita a um juízo mais subjetivo, onde não há uma resposta clara. Nessas hipóteses, é preciso haver análise que leve em consideração a relação concreta entre o consumidor e o fornecedor, *in casu*.

Adiante, aborda-se tema de difícil determinação. É consenso doutrinário e jurisprudencial a isenção de responsabilidade objetiva dos veículos de divulgação em relação

²⁸FILHO, Sergio C. Programa de Direito do Consumidor. Grupo GEN, 2019. 9788597022414. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597022414/>. Acesso em: 25 mai. 2022. Pág. 55.

a propaganda que veiculam, pelo menos em regra. Entretanto, o alargamento constante das possibilidades de veiculação de publicidade, em virtude da tecnologia, geram desafios ou, ao menos, dúvidas razoáveis quanto ao enquadramento jurídico das plataformas de comércio virtual em relação à figura do veículo de divulgação.

5. OS VEÍCULOS DE COMUNICAÇÃO

Devido a natureza operativa das plataformas de intermediação de comércio virtual, cujo gênese deu-se já no meio eletrônico, existe interseção entre sua atuação e diversas modalidades de exploração comercial; dentre elas, a veiculação de publicidade. Tendo em vista que a intermediação dá-se, em regra, pela criação de um anúncio pelo vendedor, a ser apresentado na plataforma virtual de comércio, é notável sua semelhança com outras formas de veiculação de publicidade. Num primeiro momento, é intuitivo equiparar a atuação das plataformas de intermediação à atuação de agentes que meramente veiculam propaganda de serviços e/ou produtos de outros agentes; ora, a veiculação de anúncio na plataforma feito por usuário não soa essencialmente diferente da propaganda veiculada em programa de televisão ou rádio. Tem-se o anunciante, o objeto do anúncio e o veículo. Nessa estrutura, infere-se que o objeto é pertinente exclusivamente ao anunciante, sendo o veículo apenas o meio pelo qual a propaganda atinge seu público alvo. Nessa toada, é natural inferir que o veículo nada tem a ver com o cumprimento do objeto do anúncio, não sendo fornecedor de coisa alguma. A hipótese tem consequências muito relevantes e tem relação com a natureza operativa das plataformas de comércio virtual, motivo pelo qual procede-se com seu estudo.

Os veículos de comunicação, ou divulgação, conforme o texto legal constante no artigo 4º da Lei 4680 de 1965²⁹, são “quaisquer meios de comunicação visual ou auditiva capazes de transmitir mensagens de propaganda ao público, desde que reconhecidos pelas entidades e órgãos de classe, assim considerados as associações civis locais e regionais de propaganda bem como os sindicatos de publicitários”. Sua definição importa a este estudo na medida que agentes econômicos podem se furta da equiparação com o fornecedor, desde que configurada a categorização como veículo de comunicação e da veiculação da publicidade como propaganda (ainda conforme a mesma Lei, em seu art 5º: “compreende-se por propaganda qualquer forma remunerada de difusão de idéias, mercadorias ou serviços, por parte de um anunciante identificado”).

Neste sentido, veja-se trecho de voto da relatoria do Recurso Especial Nº 1.157.228 - RS (2009/0188460-8)³⁰:

²⁹BRASIL. Lei nº 4.680, de 18 de junho de 1965. Dispõe sobre o exercício da profissão de Publicitário e de Agenciador de Propaganda e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4680.htm>. Acesso em: 14 jun. 2022.

³⁰BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.157.228 - RS 2009/0188460-8. Recorrente: Robson Gerônimo Maciel. Recorridos: Mídia Um Publicidade Propaganda e Marketing LTDA; TV Juiz de Fora LTDA. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 21 de junho de 2012.

[...]Verifica-se, portanto, que a inserção de propaganda em programas de televisão, particularmente nas apresentações "ao vivo", é, presentemente, praxe comum, ditada pelas exigências de um mercado dinâmico e mutante. Isso, todavia, não tem absolutamente o condão de modificar a natureza da coisa. Ela é o que é: uma propaganda. E, como tal, há de se distinguir o anunciante, do veículo de mídia que divulga o anúncio. A responsabilidade pelo produto ou serviço anunciado é daquele que o confecciona ou presta, e não se estende à televisão, jornal ou rádio que o divulga. A participação do apresentador, ainda que este assegure a qualidade e confiabilidade do que é objeto da propaganda, não o torna garantidor do cumprimento das obrigações pelo anunciante. A tese sufragada pelo acórdão a quo está em atribuir à emissora de televisão uma parceria, um coempreendedorismo que não existe nem em contrato, nem na lei. Os jornais, revistas, rádio e televisão têm despesas elevadas e auferem sua receita da propaganda que veiculam. Não são instituições bancárias e financeiras, operadoras de cartões de crédito, de telefonia, fábricas de automóveis, de produtos de beleza e vestuário, empresas de aviação, planos de saúde, etc. Esses anunciam, e as empresas de comunicação, por seus veículos, publicam ou transmitem os anúncios.

Destarte, a denominada "publicidade de palco" não implica a corresponsabilidade da empresa de televisão pelo anúncio divulgado. E o apresentador está, ali, como se dizia no passado, atuando como "garoto-propaganda", e não na qualidade de avalista formal, por si ou pela empresa de comunicação, do êxito do produto ou serviço para o telespectador que vier no futuro a adquiri-los.

Em suma, tratou-se de dissídio quanto ao inadimplemento de contrato firmado com empresa financeira. O consumidor lesado, então, insurgiu-se não apenas contra a empresa em si, principal responsável pelo objeto da relação, mas também contra a emissora de televisão que veiculou-lhe a propaganda pela qual foi persuadido a realizar a contratação. No caso em tela, foi entendido que, por força do art. 38 do CDC³¹, a responsabilidade não pode estender-se à emissora de televisão que veiculou a propaganda; em outras palavras, não pode a emissora ser equiparada a fornecedor, no caso. Isto porque assim determina o supracitado artigo: "O ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina". Nesta linha interpretativa, o veículo de comunicação isenta-se da responsabilidade consumerista decorrente da veiculação de publicidade, sendo esta do fornecedor responsável pelo objeto da relação de consumo.

Nas palavras de Humberto Theodoro Junior³²:

Em suma: quem responde, em regra, pelos desvios (falsidade, enganiosidade) da publicidade é o anunciante, ou aquele a quem o anúncio aproveita. A agência e o veículo de publicidade só responderão excepcionalmente quando tiverem atuado com dolo ou culpa, segundo os padrões do direito civil. Não se lhe aplica a responsabilidade objetiva da legislação de consumo, porquanto a propaganda, na verdade, não é ato do publicitário, mas do anunciante, vale dizer, do fornecedor.

³¹BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm>. Acesso em: 14 jun. 2022.

³²JR., Humberto T. Direitos do Consumidor. Grupo GEN, 2020. 9788530992941. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530992941/>. Acesso em: 21 mai. 2022. Pág. 190.

Cabe mencionar, entretanto, que a exceção do veículo de comunicação da equiparação com o fornecedor isenta-o da responsabilidade objetiva, mas não subjetiva. Conforme passagem acima, se comprovado dolo ou culpa, o veículo ainda poderá ser responsabilizado. Conforme trecho de voto da relatoria do Recurso Especial 997.993 - MG (2007/0247635-6)³³:

[...]

Importa ressaltar, ademais, que o caso em exame não se assemelha às controvérsias já aportadas a esta Corte concernentes a propaganda enganosa, cuja solução foi a não responsabilização dos meios de comunicação nos quais foram veiculados os anúncios (REsp 1046241/SC, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 12/08/2010; REsp 1157228/RS, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 03/02/2011).

Nos precedentes, a fundamentação foi a de que não haveria nexos causal entre o anúncio em si e o dano experimentado decorrente da propaganda enganosa, como foi o caso julgado na Terceira Turma, em que o dano decorreu de estelionato, cuja consumação foi apenas instrumentalizada pelo anúncio publicitário.

No caso em exame, o anúncio foi a causa direta e imediata do dano moral, razão por que se investiga o próprio fato ensejador do dano.

A solução, a meu juízo, dispensa até mesmo a invocação da responsabilidade objetiva do fornecedor por danos ocasionados por serviço defeituoso, uma vez que a culpa da empresa proprietária do site O click afigura-se-me evidente.

[...]

No caso em apreço, o site O click permitiu a veiculação de anúncio em que, objetivamente, comprometia a reputação do autor, sem ter indicado nenhuma ferramenta apta a controlar a idoneidade da informação. Ao contrário, na peça contestatória, limitou-se a afirmar a inexistência de dano moral indenizável, sobretudo ao argumento de não existir comprovação de que o anúncio se referia ao autor.

Ora, é exatamente neste ponto, no fato de o veículo de publicidade não ter se precavido quanto à procedência do nome, telefone e dados da oferta que veiculou, que reside seu agir culposos, uma vez que a publicidade de anúncios desse jaez deveria ser precedida de maior prudência e diligência, sob pena de se chancelar o linchamento moral e público de terceiros.

[...]

Assim, mostrando-se evidente a responsabilidade civil da empresa Mídia 1 Publicidade Propaganda e Marketing, proprietária do site O click, configurada está a responsabilidade civil da TV Juiz de Fora, proprietária do site ipanorama.com, seja por imputação legal decorrente da cadeia de consumo, seja por culpa *in eligendo*, em razão da manifesta parceria comercial.

Na circunstância trazida, percebe-se claramente a atribuição da responsabilidade subjetiva em virtude de dano provocado à parte, sob agir ilícito porquanto culposos. Tal interpretação é utilizada pelo Relator para deixar clara a existência de responsabilidade e

³³BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 997993 MG 2007/0247635-6. Recorrente: Rádio e Televisão Bandeirantes LTDA. Recorrido: Paulo Roberto Merg Jardim. Interessado: Megainvest Empreendimentos e Participações LDTA. Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior. Brasília, 3 de fevereiro de 2011.

obrigação de reparar o dano pela recorrente: se esta se configura pela modalidade subjetiva, a obrigação de reparar o dano se torna indiscutível, não havendo margem para insurreição. Entretanto, o ponto em análise não é pacífico, merecendo abordagem mais detida.

Lucia Ancona elabora sobre a responsabilidade do fornecedor-anunciante, por publicidade ilícita³⁴:

O sistema que informa a responsabilidade civil decorrente de publicidade ilícita, portanto, é o mesmo para toda relação de consumo, ou seja, objetivo. Trata-se de sistemática fundada na teoria do risco do empreendimento e que requer apenas a comprovação do nexo causal entre a ação ou omissão do agente (veiculação de comunicação publicitária ilícita) e o dano gerado, ainda que em sua potencialidade. Não se torna necessário aqui investigar, portanto, a boa ou a má-fé do anunciante e sua intenção em querer enganar os consumidores ou desrespeitar valores fundamentais do ordenamento jurídico. A verificação de dolo ou culpa do fornecedor poderá se mostrar útil apenas como parâmetro para o arbitramento do quantum indenizatório, mas não para fins de sua responsabilização civil, sempre existente quando demonstrada a relação de causalidade entre a publicidade e o dano. Com efeito, o que importa verificar no caso concreto é se a *fattispecie* resta ou não configurada, isto é, a ocorrência do resultado (ou da sua efetiva potencialidade de) previsto em lei, ainda que esse resultado não tenha sido desejado pelo agente. Isso porque, como bem explica Benjamin, o que a lei visa é a proteção do consumidor e não a repressão do comportamento enganoso do fornecedor. E, para fins dessa proteção, o que importa é a análise do anúncio em si mesmo, objetivamente considerado.

Destarte, o que interessa efetivamente à subsunção do caso concreto ao art. 37 do CDC e seus parágrafos não é a vontade do agente (dolo ou culpa), mas os efeitos gerados (ou que potencialmente poderão efetivamente advir) de sua conduta, proibindo-se o dispositivo legal em questão do resultado (ou seja, a indução dos consumidores em erro acerca das características do produto ou do serviço, a publicidade de conteúdo discriminatório etc.).

Nesse contexto, torna-se fundamental observar, no entanto, que o dever de reparar do fornecedor não é automático. Ele surge se, e somente se, verificados os pressupostos da responsabilidade civil objetiva, ou seja, apenas quando demonstrada a ação ou omissão do agente, o dano (individual ou coletivo) e o nexo causal entre o primeiro e o segundo. Prescinde-se, apenas e tão somente, da aferição de culpa do anunciante, exigindo-se, por outro lado, a constatação ao menos do efetivo potencial enganoso ou abusivo da mensagem publicitária (i.e., a relação de causalidade entre a publicidade e o dano). Consoante assentado na jurisprudência, “o fato de se tratar de responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas envolvidas não exime a parte autora de demonstrar o nexo de causalidade entre o ato ilícito e o dano moral coletivo experimentado”

Depreende-se portanto que a publicidade ilícita gera responsabilidade objetiva acerca do dano potencial ou efetivamente provocado. Entretanto, tal responsabilidade é pertinente apenas ao fornecedor anunciante, num primeiro momento. Entretanto, caso a propaganda não tenha sido desenvolvida por este, o agente responsável por sua produção pode responsabilizar-se solidariamente. Não cabe aos veículos de comunicação, em regra, responsabilidade pelos anúncios que veiculam.

³⁴DIAS, Lucia Ancona Lopez de M. *Publicidade e direito*. Editora Saraiva, 2018. 9788547228194. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547228194/>. Acesso em: 23 mai. 2022. Pág. 116.

Entretanto, no caso em tela, é preciso ter em perspectiva que a responsabilização subjetiva ocorreu em virtude do dano não ter sido consequência posterior ao anúncio, por ação ou omissão de fornecedor-anunciante, mas ter sido provocado diretamente pelo próprio anúncio em si, mediante omissão tida como grave pelo veículo de divulgação. A regra de exceção da agência de comunicação como parte da relação de consumo pressupõe inexistência de nexos causal entre a veiculação de publicidade e dano decorrente da interação entre o consumidor e fornecedor-anunciante; em outras palavras, a agência de comunicação apenas veicula propaganda, não tendo relação nenhuma com o consumidor persuadido pela mesma. Vai ao encontro desta linha de raciocínio ainda o fato do veículo não ter ligação alguma com a prestação em si do próprio objeto da relação de consumo, sendo completamente estranho a esta; seja nos meios da prestação, no proveito econômico recebido, etc. Em outras palavras, o veículo traz a publicidade, ficando completamente à margem do negócio que fechará com o anunciante-fornecedor os potenciais clientes.

Sendo assim, exclama atenção o fato do dano, conforme aduzido, ter sido proveniente do próprio anúncio em si. Desta senda, já parece irrazoável o entendimento da isenção de responsabilidade consumerista conforme o art. 38 do CDC³⁵, devido a veiculação do anúncio ter liame causal direto com o dano. Em outras palavras, enquanto é inequívoca a responsabilidade objetiva do anunciante em si, a veiculação descuidada da publicidade danosa parece atrair ao veículo de divulgação a mesma responsabilidade em virtude de concorrência para o dano, não em função de culpa, mas simplesmente por ter sido etapa necessária no itinerário do evento danoso. Assim, seria de se esperar, neste caso, que em virtude da teoria do risco do empreendimento, a condição de fornecedor objetivamente responsável pelos danos causados deveria ser estendida, por equiparação, à plataforma, visto que sua atuação não se encerra apenas a veiculação de publicidade. Ora: considerando-se a indexação de anúncios como prestação de serviço sob remuneração indireta, em virtude dos ganhos econômicos reflexos através do aumento de tráfego virtual e aquisição de dados de acesso pela plataforma e seu provedor (por exemplo), deduz-se que **a)** o exercício comercial e profissional desta atividade requer da plataforma conhecimento acerca dos riscos que esta envolve; e **b)** os danos provenientes da exploração comercial desta atividade devem ser de responsabilidade do agente que dela se beneficia, em regra, e não do consumidor.

³⁵ BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm>. Acesso em: 14 jun. 2022.

Ademais, cabe mencionar, de forma passageira (visto que será tema de análise detida adiante) que a atribuição de responsabilidade objetiva ainda pode ser afastada mediante comprovação do dano ter sido de inteira responsabilidade de terceiro ou do próprio indivíduo, não tendo a plataforma contribuído de forma alguma para o perfazimento deste, nem mesmo omissivamente. E mesmo falhando em afastá-la, a responsabilidade seria solidária, sendo possível simplesmente que a plataforma, que domina a atividade que exerce, utilizar-se de sua condição para buscar o regresso face ao verdadeiro autor do dano.

Entretanto, e novamente nas palavras de Lucia Ancona³⁶:

No que tange aos veículos de comunicação e às celebridades que participam da publicidade, conclusões diversas se apresentam. Os veículos de comunicação, assim como as celebridades, diferentemente das agências, não participam do processo de planejamento, concepção e criação da publicidade. Os veículos são responsáveis apenas pela difusão das mensagens publicitárias aos destinatários, não exercendo qualquer controle acerca de seu conteúdo. Trata-se apenas do meio pelo qual a mensagem alcança os consumidores, não havendo uma “coautoria”, no sentido da norma consumerista estudada, para a produção dos danos. Com efeito, podemos afirmar que não mais existiria patrocínio ou publicidade nas emissoras de televisão e demais veículos de comunicação se estes passassem a responder, objetiva e solidariamente, por todas as mensagens que veiculam diariamente. O argumento que se coloca de que incumbiria aos veículos “checar e avaliar o conteúdo de cada mensagem” se mostra incompatível com a sua atividade e inexecutável, haja vista a dinâmica dos negócios e do mercado concorrencial. Ademais, se admitíssemos um controle prévio por parte dos veículos para que estes avaliassem o conteúdo das mensagens antes de sua difusão, incorreríamos fatalmente na necessidade de censura prévia de determinados conteúdos publicitários, o que seria inadmissível no nosso ordenamento jurídico.

Aos veículos, portanto, não cabe falar em responsabilidade objetiva e solidária. No entanto, entendemos não ser possível afastar eventual responsabilização dos meios de comunicação em casos extremos, isto é, na ocorrência de dolo ou culpa grave (que ao dolo se equipara). Assim, em situações de manifesta enganiosidade (e.g., anunciar produto financeiro de instituição bancária que se sabe falida) ou abusividade (e.g., publicidade que enalteça práticas de tortura), poderá o veículo ser responsabilizado, nos termos do art. 186 do CC, se agiu com dolo ou culpa grave na transmissão de publicidade de conteúdo manifestamente ilícito, gerando danos a terceiros.

Neste sentido, apresenta-se o entendimento já esposado tanto por Benjamin quanto por Maria Elizabete Vilaça Lopes, para quem “a posição do veículo é menos comprometedora do que a da agência. De fato, se se exigisse dele um exame acurado sobre o anúncio, cuja veiculação está sendo acertada, a publicidade na prática sofreria entraves inadmissíveis. A agilidade desses negócios não permite que o veículo se detenha no exame de dados (fáticos, técnicos e científicos), laudos, perícias, etc. A culpa do veículo terá de ser grave, como acontecerá na hipótese de divulgação de uma mensagem publicitária cuja falsidade seja evidente. O veículo não precisa se deter na consideração do abuso ou do engano, mas dele se exige um mínimo de cautela, um pouco de diligência”.

³⁶DIAS, Lucia Ancona Lopez de M. Publicidade e direito. Editora Saraiva, 2018. 9788547228194. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547228194/>. Acesso em: 23 mai. 2022. Pág. 124.

Feito o contraponto, é construtivo apontar que é difícil não subscrevê-lo no exemplo da transmissão televisiva como veículo de divulgação publicitária. Entretanto, a marcha inexorável da tecnologia segue subvertendo a realidade do ser humano dia a dia, sempre expondo o Direito como um eco da vida em sociedade. Isto porque o Direito nunca foi e nunca poderá ser uma expressão do presente, em virtude de sua própria condição. Portanto, é essencial determinar os conceitos de agência de divulgação/comunicação, e propaganda, na medida que a tecnologia permite sempre novas atuações comerciais que podem fugir dos escopos previstos pelo legislador.

O veículo de divulgação é definição legal com potencial de excepcionar a aplicação da responsabilidade objetiva sobre agente comercial que divulga publicidade, o que pode alterar radicalmente as implicações de um caso *sub judice*. Os veículos de comunicação/divulgação são, novamente, “quaisquer meios de comunicação visual ou auditiva capazes de transmitir mensagens de propaganda ao público, desde que reconhecidos pelas entidades e órgãos de classe, assim considerados as associações civis locais e regionais de propaganda bem como os sindicatos de publicitários”. Por este enunciado, deduz-se manifesta intenção, pelo legislador, de legitimar a autorregulamentação como fonte normativa complementar para o tema.

E assim o fez o Conselho Executivo de Normas-Padrão (CENP), órgão de autorregulamentação do mercado publicitário. Definido conforme apresentação em seu próprio endereço eletrônico³⁷:

O Cenp, como entidade de ética-comercial, se dedica a fomentar a livre e leal concorrência, auxiliando na compreensão e incentivando a conformidade (compliance) às normas legais e de autorregulação, pilares do modelo brasileiro de negócios da publicidade. Historicamente fundado nas melhores práticas, promove ambiente ético, seguro, transparente, sustentável e de elevado padrão de qualidade, por meio do convívio respeitoso e participativo dos agentes econômicos em seus organismos, considerados fóruns permanentes para atualização das Normas-Padrão da Atividade Publicitária e solução de conflitos éticos.

Exemplificativo de seu escopo de atuação autorregulatória, menciona-se trecho de questionamento feito ao CENP pela Associação Brasileira de Agências de Publicidade (ABAP) e Federação Nacional das Agências de Propaganda (FENAPRO)³⁸:

³⁷Bem vindo ao CENP. Conselho Executivo das Normas-Padrão. Acesso em: https://cenp.com.br/cenp/#historia_Cenp.

³⁸CONSELHO EXECUTIVO DAS NORMAS-PADRÃO. Resolução 01/2019. Veículo de comunicação/divulgação. São Paulo, 16 de julho de 2019. Disponível em: <<https://cenp.com.br/documentos-cenp/resolucao-no-01-2019/>>. Acesso em: 14 jun. 2022.

É desnecessário dizer que o CENP, por reunir as entidades nacionais representativas dos três setores da atividade – Agências, Veículos e Anunciantes - está legitimado a esclarecer, nos termos do art. 4º da Lei no 4.680/65, mencionado acima, quais os veículos de comunicação e divulgação que atuam no mercado veiculando publicidade, conforme a evolução tecnológica, devendo todos aqueles que concorrem entre si atender quaisquer leis e normas aplicáveis a todos com a mesma qualificação, de maneira isonômica, evitando-se assimetrias regulatórias ou competitivas no que se refere à comercialização de espaços para publicidade.

Ademais, utiliza-se portanto da Resolução 01/2019, do CENP, do qual inclusive se extraiu a passagem acima, para esclarecer então qual é o entendimento firmado sobre a definição de veículo de divulgação/comunicação. Em seus pontos 18, 20 e 29, respectivamente:

Na realidade, o que se verifica é que há diversas formas muito diferentes de veicular propaganda que não envolvem a utilização de veículos de imprensa ou meios de comunicação social stricto sensu, como, por exemplo, a distribuição de panfletos, a afixação de cartazes, a figura tradicional no centro de algumas cidades como São Paulo dos “homens sanduíche” que simplesmente, por meio de cartolinas junto ao corpo, oferecem espaço para divulgação de propagandas de lojas localizadas nas imediações de onde se situam e mesmo a utilização de carros com alto-falantes como é comum nos rincões do País.

[...]

Nas últimas décadas, a realidade evoluiu e surgiram outros meios capazes de divulgação de propaganda, ou seja, novos Veículos de divulgação. Cabe destacar que mesmo Veículos de divulgação já atuantes e reconhecidos, com o desenvolvimento tecnológico, passaram a também disponibilizar outras plataformas, por vezes, para seus clientes anunciantes, como é o caso, por exemplo, de jornais e revistas, que sempre constituíram a mídia impressa de um país, mas hoje também participam ativamente do ecossistema digital, oferecendo tempo/espaço para publicidade online.

[...]

Sendo assim, não resta qualquer dúvida quanto à caracterização como Veículos de divulgação, para os efeitos da Lei n. 4.680/65, de todo e qualquer agente atuante na Internet, independentemente da tecnologia, do formato, do meio utilizado, importando essencialmente que sejam “capazes de transmitir propaganda ao público”, consideradas as características legais mencionadas acima que permitem reconhecer que se está diante de “propaganda”. Pouco importa se o serviço prestado ao anunciante emprega bits, papel ou o éter. Se veicula publicidade, veículo é.

E em seu quinto ponto, define propaganda:

Para a Lei n. 4.680/65, portanto, a propaganda se define por 04 características: a) deve-se tratar de comunicação remunerada; b) a comunicação deve difundir ideias, mercadorias ou serviços; c) o interessado na difusão deve ser um anunciante e d) este deve ser identificado. Cabe salientar que a remuneração da publicidade é a regra geral, existindo, no entanto, casos de permuta ou mesmo de cessão de espaço/tempo gratuito por parte de Veículos devido a alguma particularidade, o que não descaracteriza as partes envolvidas enquanto tais, continuando a se tratar, nesses casos, de anúncio publicitário.

Portanto, conclui-se, em virtude do texto legal e atividade normativa dos órgãos de autorregulação, que as definições de veículo de divulgação e propaganda são extremamente amplas. Constata-se, então, que é uma possibilidade interpretativa a caracterização das plataformas de comércio virtual como veículos de divulgação, nos quais recairia-se destarte a isenção de responsabilidade objetiva pelos anúncios que veiculam. Apesar de não ser pelos exatos mesmos termos, é nesse sentido geral que a jurisprudência tende a julgar casos nos quais figuram tais plataformas; entretanto, por todo o exposto, parece descabida a exceção das plataformas de comércio virtual da atribuição de responsabilidade objetiva, visto que sua atividade comercial é uma mescla entre oferecimento de serviços e a veiculação de publicidade em si, o que fugiria de um suposto escopo original do artigo 38 do CDC³⁹. Entretanto, esta linha será desenvolvida somente adiante.

Findo o breve estudo sobre a caracterização da relação de consumo, em recorte limitado e específico concernente ao presente estudo, dá-se prosseguimento através da análise de um caso de estudo. Isto porque, investigar-se uma das maiores plataformas de comércio virtual no Brasil, do ponto de vista jurídico de sua atuação comercial, será possível extrair parâmetros concretos para melhor análise do arcabouço trazido.

³⁹BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm>. Acesso em: 14 jun. 2022.

6. ESTUDO DE CASO: O *MERCADO LIVRE*

Tendo em vista sua extensão como a maior plataforma de comércio da América Latina⁴⁰, o *Mercado Livre* se mostra como proveitoso estudo de caso para o presente trabalho, vez que sua atuação no mercado brasileiro já é imensamente consolidada. Sendo assim, devido a sua envergadura, pode-se inferir que o modo de operação desta plataforma é um parâmetro válido para a análise em abstrato da intermediação de comércio eletrônico no contexto jurídico brasileiro. Em outras palavras, trata-se da análise em concreto de um exemplo com o fim de utilizar sua compreensão para contextualizar e compreender os institutos abordados nesta monografia, além de comparar a legislação sobre o tema com o contrato celebrado entre a plataforma e seus usuários.

Feito o destaque quanto a perspectiva jurídica do tema, é construtivo elaborar-se brevemente quanto a relevância socioeconômica da plataforma e seu modo de operação. Com o avanço da tecnologia, é natural que novos modos de contratação entre consumidores e fornecedores de serviços surjam, trazendo vantagens e conveniência a ambos, ou simplesmente criando novas possibilidades de prestação que eram antes impossíveis. Tal é a situação do comércio eletrônico. Por ter como meio a internet, prescinde do contato pessoal entre vendedor e comprador, ou comprador e intermediador, por exemplo. O que traz conveniência, mas também desafios; como a identificação das partes, que pode tornar-se dificultada pelo meio virtual. Entretanto, a desnecessidade de deslocar-se para um local específico para a celebração do contrato, como um estabelecimento comercial, não apenas se revela como uma imensa conveniência, mas ainda como vantagem em relação à contratação pessoal que simplesmente possibilita a aproximação e contratação entre indivíduos que não seria possível de outra maneira. Através do meio virtual, o usuário pode não só negociar com um indivíduo em outro município ou até unidade federativa, mas comparar preços de forma livre, sem precisar se deslocar entre estabelecimentos comerciais.

É nesse contexto de inovação e conveniência para o consumidor que prosperou o modelo de negócio da plataforma *Mercado Livre*. Devido à relativa novidade desse meio de contratação, a despeito de sua presença e relevância econômica no país, não há legislação que contemple, de maneira exauriente, o tema. Sendo assim, faz-se preciso contextualizar toda a

⁴⁰COSTA, Danilo. **Mercado Livre registra crescimento de 94% e se firma como a maior plataforma de comércio da América Latina**. GQ Globo. 10 de agosto de 2021. Disponível em: <<https://gq.globo.com/Lifestyle/Poder/noticia/2021/08/mercado-livre-registra-crescimento-de-94-e-se-firma-com-o-maior-plataforma-de-comercio-da-america-latina.html>>. Acesso em: 7 jun. 2022.

matéria trazida até o momento com a realização em concreto do comércio eletrônico, sob recorte da operação do *Mercado Livre*.

6.1 O ECOSSISTEMA *MERCADO LIVRE*

De início, é preciso pontuar que a plataforma expandiu-se para além do comércio virtual, com o abarcamento de outras áreas de atuação vinculadas. Estas se dividem em *mercado livre*, *mercado pago*, *mercado envios*, *mercado livre publicidade*, e *mercado shops*. Tratam-se, respectivamente, de:

- a) *Mercado Pago*: plataforma de comércio virtual/eletrônico, ou “*marketplace*”. É o principal serviço associado à plataforma como um todo;
- b) *Mercado Pago*: sistema de pagamento próprio. Inicialmente usado como solução para garantir a segurança das transações realizadas pela plataforma, acabou extrapolando-a e se tornando um sistema próprio, mas ainda utilizado também para seu propósito original;
- c) *Mercado Envios*: sistema de logística próprio que, assim como as soluções de pagamento, tornaram-se um serviço próprio que ainda atende o propósito original, mas expandiu-se com novas possibilidades;
- d) *Mercado Livre publicidade*: responsável pela “comercialização de publicidade dentro do *marketplace*”⁴¹, pode ser equiparada à veículo de divulgação, por este motivo;
- e) *Mercado Shops*: ferramenta de criação de comércios virtuais, sob provimento da plataforma *Mercado Livre* e suas soluções, como a de pagamento (*mercado pago*).

Ao presente estudo, importará principalmente a plataforma de comércio virtual; entretanto, todos os ramos de atuação são importantes na medida que denotam uma característica multifacetada da atividade comercial, que será de grande relevância adiante.

6.2 OS TERMOS DE USO DA PLATAFORMA

Os termos e condições de uso são relevantes na medida em que informam e vinculam o usuário contratualmente, naquilo que permite a legislação relacionada. Isto significa que

⁴¹**Tudo o que você precisa saber sobre o Mercado Livre.** Mercado Livre. Disponível em: <<https://www.mercadolivre.com.br/institucional/nos-comunicamos/noticia/tudo-sobre-o-mercado-livre/>>. Acesso em: 7 jun 2022.

este documento pode carregar informações relevantes e obrigar o consumidor a certos comportamentos que, se violados, excluem do fornecedor a responsabilidade por eventuais danos. Concretamente, o fornecedor pode informar o consumidor do perigo de certas condutas e lhe urgir a se precaver de riscos através de comportamentos específicos que, sem lhe trazer qualquer prejuízo ilegal ou atribuir ônus injusto, afaste um dano potencial. Sendo adequadamente discriminado nos termos e condições e subscrevendo-os o consumidor, será difícil, por parte deste último, invocar responsabilidade objetiva do fornecedor no evento de ser efetivamente lesado ou prejudicado em virtude do risco que fora avisado. Isto porque, conforme visto anteriormente, esta é hipótese de culpa exclusiva do próprio consumidor, por ignorar os devidos cuidados discriminados e subscritos por si mesmo nos termos e condições de uso.

Entretanto, é essencial ressaltar, com o perdão do pleonasma, que toda a matéria dos termos e condições de uso devem estar de acordo com a legislação pertinente; não apenas aquelas pontuadas de maneira específica, como no art. 51 do CDC, mas ainda as normas principiológicas consumeristas que, se violadas pelos termos de uso e reconhecida a violação em juízo, tornam as cláusulas violadoras absolutamente inoperantes. Sendo assim, todos os ônus e obrigações atribuídas ao consumidor serão eficazes apenas se respeitarem a legislação consumerista e as demais pertinentes ao contrato realizado (como o Decreto nº7962 de março de 2013, que será abordado mais adiante).

6.2.1 TERMOS E CONDIÇÕES GERAIS DE USO DO *SITE*

Demonstrada sua relevância, parte-se para análise breve dos termos e condições de uso da plataforma sob estudo, o *Mercado Livre*, concentrada especificamente sobre as cláusulas pertinentes a este trabalho. Sendo assim, destaca-se do sumário do contrato do *Mercado Livre* as cláusulas primeira, segunda, sexta e sétima⁴²:

O Mercado Livre não é fornecedor de quaisquer produtos ou serviços anunciados no site. O Mercado Livre presta um serviço consistente na oferta de uma plataforma na internet que fornece espaços para que Usuários anunciantes/potenciais vendedores anunciem, oferecendo à venda, os seus próprios produtos e serviços para que eventuais interessados na compra dos itens, os Usuários /potenciais compradores, possam negociar direta e exclusivamente entre si;
Os Usuários anunciantes/potenciais vendedores somente poderão anunciar produtos ou serviços que possam vender e que tenham em estoque, estabelecendo diretamente os termos do anúncio e todas as suas características (como título, descrição e

⁴²Termos e condições gerais de uso. Mercado Livre. 7 de fevereiro de 2022. Disponível em: <https://www.mercadolivre.com.br/ajuda/Termos-e-condicoes-gerais-de-uso_1409>. Acesso em 7 jun 2022.

imagem dos bens, preço, categoria, quantidade, condições de venda, forma e prazo de entrega, além da forma de pagamento);

O Mercado Livre disponibiliza um sistema para que o Usuário comprador opine sobre o Usuário vendedor com relação à negociação realizada. A opinião será disponibilizada no perfil do Usuário vendedor.

O Usuário/potencial comprador, antes de decidir pela compra, deverá atentar-se às informações sobre a reputação do Usuário vendedor, ao preço, às formas de pagamento, à disponibilidade, à forma e ao prazo de entrega dos produtos e serviços.

E adicionalmente, o sétimo e trecho do nono ponto dos termos e condições gerais de uso:

Responsabilidade: O Mercado Livre será responsável por qualquer defeito na prestação de seu serviço, na medida em que lhe seja imputável e com o alcance previsto nas leis vigentes.

Propriedade Intelectual: O Mercado Livre e/ou suas sociedades relacionadas são proprietárias de todos os direitos de propriedade intelectual sobre seus sites, todo seu conteúdo, serviços, produtos, marcas, nomes comerciais, logotipos, desenhos, imagens, frases publicitárias, direitos autorais, domínios, programas de computação, códigos, desenvolvimentos, software, bancos de dados, informações, tecnologia, patentes e modelos de utilidade, desenhos e modelos industriais, segredos comerciais, entre outros (doravante designada a “Propriedade Intelectual”), que estão protegidos por leis nacionais e internacionais.

Embora o Mercado Livre conceda permissão para usar seus produtos e serviços conforme previsto nos Termos e Condições, isso não implica uma autorização para usar sua Propriedade Intelectual, exceto consentimento prévio e expresso do Mercado Livre e/ou suas sociedades relacionadas. Em qualquer caso, os usuários vendedores que utilizem esses produtos e serviços não poderão utilizar a Propriedade Intelectual do Mercado Livre de uma forma que cause confusão no público, e deverão realizar sua atividade comercial sob uma marca ou nome comercial próprio e distintivo, que não seja confundível com a marca Mercado Livre e sua família de marcas “Mercado”.

[...]

O que se pode extrair dos recortes acima, em linhas gerais, é uma delimitação da relação entre a plataforma e o usuário. Além de sugerir os contornos de sua envergadura, também informa o usuário das circunstâncias da prestação do serviço, além de ferramentas e avisos para que este possa tomar a devida cautela na celebração de contratos através da mesma. O que se aduz, em síntese, é:

1. Uma admissão expressa da natureza da relação entre o usuário e a plataforma *Mercado Livre*, sendo esta relação um vínculo de consumo no qual a plataforma propicia o meio no qual usuário e comprador negociam exclusivamente entre si. Destarte, ambos são consumidores de serviço de indexação de anúncios;

2. A negociação entre usuários da plataforma deve observar critérios de cautela, com auxílio de ferramentas desenvolvidas por esta especificamente para aprimorar a precaução do usuário;
3. O anunciante usuário da plataforma não se confunde de forma alguma com a plataforma em si, não podendo este se beneficiar da marca como elemento comercial na negociação.

6.2.2. TERMOS E CONDIÇÕES GERAIS DE USO DO *MARKETPLACE*

Coadunando com esta síntese, parte-se para a menção dos pontos pertinentes do próprio contrato de adesão específico da plataforma de comércio virtual em si (ou *marketplace*)⁴³:

Este anexo explica as regras de uso do Marketplace para todas as Pessoas Usuárias, sejam aquelas que vendem (doravante designados os “Vendedores”) e/ou aquelas que compram (doravante designados os “Compradores”).

[...]Obrigações do Vendedor:

Para vender um produto no Marketplace, é necessário que o Vendedor cumpra todos os requisitos e permissões exigidos por lei.

O anúncio do Vendedor deverá respeitar nossa Política de Anúncios e de Artigos Proibidos.

Em relação a cada Comprador, o Vendedor é obrigado a: Respeitar as condições de venda publicadas no Site.

[...]

Garantir o direito de cancelar ou revogar a compra dentro do prazo legal.

Respeitar as garantias legais aplicáveis, conforme o caso.

[...]

O Vendedor concorda em usar apenas os meios de pagamento que o Mercado Livre disponibiliza para garantir a segurança das operações e o funcionamento dos programas de proteção.

Acerca das ferramentas de precaução mencionadas anteriormente:

[...]Reputação: Cada Vendedor tem um Sistema de Reputação que é atualizado periodicamente, com base em dados que surgem de sua atividade no Site.

Este sistema terá ainda um espaço onde os Compradores poderão opinar sobre o Vendedor e/ou o produto adquirido. Tais comentários serão incluídos sob exclusiva responsabilidade de quem os emitir. [...]

Comprar: O Comprador poderá encontrar no anúncio todas as informações que o Vendedor fornecer em relação ao produto oferecido. Também poderá fazer uso da seção de Perguntas e respostas para resolver qualquer dúvida em relação ao produto, suas características, modalidades de entrega, etc. O Mercado Livre recomenda ao Comprador a leitura atenta de etiquetas, advertências, instruções e certificados de garantia antes de utilizar ou consumir o produto.

⁴³Termos e condições Marketplace. Mercado Livre. Disponível em: <<https://www.mercadolivre.com.br/ajuda/23050>>. Acesso em: 7 jun 2022.

E por fim, sobre a delimitação da responsabilidade das partes e seus deveres:

Proibições e sanções: As Pessoas Usuárias não poderão:

- a) Violar qualquer disposição dos Termos e Condições do Mercado Livre ou das normas aplicáveis.
- b) Manter qualquer tipo de comunicação por outro meio que não seja o serviço de mensagens que oferece o Mercado Livre (incluindo e-mails, redes sociais, WhatsApp, etc.), durante a oferta do bem e até o vencimento do prazo aplicável por Compra Protegida.
- c) Utilizar sua reputação, qualificações ou comentários recebidos no site do Mercado Livre em qualquer âmbito fora do Mercado Livre.
- d) Cancelar uma porcentagem de vendas maior que a permitida.

Se alguma infração for detectada, e sem prejuízo das sanções previstas nos Termos e Condições Gerais, o Mercado Livre poderá suspender ou finalizar os anúncios em questão, e suspender ou desativar as Pessoas Usuárias.

Responsabilidade: O Mercado Livre coloca à disposição das Pessoas Usuárias um espaço virtual que lhes permite oferecer, vender e/ou comprar bens.

Os Vendedores usam o Mercado Livre para publicar e definir as condições de sua oferta.

Por isso, serão responsáveis pela existência, qualidade, quantidade, regularidade, garantia, integridade e/ou legitimidade dos produtos que oferecem, e manterão indene o Mercado Livre por qualquer ação administrativa ou judicial que possa ser gerada por uma oferta ou venda.

O que nota-se, portanto, é a expansão e detalhamento dos principais temas sintetizados anteriormente. Furta-se neste trabalho da análise de possíveis ou até mesmo flagrantes ilegalidades, como da letra b do trecho imediatamente acima, visto fugir do escopo pretendido. Entretanto, é relevante para este escopo apenas pontuar, em primeiro lugar, que os trechos trazidos detalham e ilustram mais precisamente as intenções de delimitar a relação entre plataforma e usuário; os deveres de precaução que esta espera dos usuários; e o controle e vedação desta do uso, principalmente pelos usuários vendedores, da marca da plataforma em benefício próprio.

Porém, em segundo lugar, é extremamente notável o derradeiro fragmento do trecho acima. Tendo sido trabalhada anteriormente a figura dos veículos de comunicação e a exceção de responsabilidade fundada no art. 38 do CDC⁴⁴, a semelhança entre esta exceção e a atribuição de responsabilidade exclusiva do usuário vendedor pela matéria anunciada se torna mais que remanescente, mas gritante. Apesar de não considerar-se veículo de divulgação, conforme art. 4º da Lei 4.680⁴⁵, a posição pretendida pela plataforma parece assim equiparar-se, assemelhando também o usuário vendedor à figura do fornecedor anunciante, por mais que assim não se caracterize de forma literal.

⁴⁴BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm>. Acesso em: 14 jun. 2022.

⁴⁵BRASIL. Lei nº 4.680, de 18 de junho de 1965. Dispõe sobre o exercício da profissão de Publicitário e de Agenciador de Propaganda e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4680.htm>. Acesso em: 14 jun. 2022.

Entretanto, há um último passo necessário para que seja mais arrazoada uma discussão crítica sobre a responsabilidade não apenas do *Mercado Livre*, mas das plataformas de comércio virtual em geral. Trata-se de breve análise de jurisprudência recente sobre o tema, para que possa comparar-se as disposições contratuais da relação de consumo (trabalhadas neste capítulo), o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, e por fim, análise crítica desenvolvida através do arcabouço construído neste trabalho.

7. Entendimento do STJ

O acórdão trazido é especialmente relevante não apenas pela recência e pertinência temática, mas também pelos parâmetros explicitados pelo Tribunal, pois auxiliam grandemente a tarefa de prescrever precisamente quais as delimitações da relação entre a plataforma de comércio virtual e seus usuários, pelo menos no âmbito jurisprudencial. Assim, destaca-se os pontos pertinentes da ementa⁴⁶:

O comércio eletrônico é utilizado em larga escala pelos consumidores e, ante a proliferação dos dispositivos móveis, se tornou, para muitos, o principal meio de aquisição de bens e serviços. Nesse cenário, os sites de intermediação (facilitadores) têm especial relevância, já que facilitam a aproximação de vendedores e compradores em ambiente virtual. O Mercado Livre atua nesse ramo desde 1999, propiciando a veiculação de anúncios na internet e o contato entre ofertantes e adquirentes. A principal finalidade desses sites é viabilizar a circulação de riquezas na internet e equiparar vendedores e adquirentes, de modo a simplificar as transações on-line.

Para o Marco Civil da Internet, os sites de intermediação enquadram-se na categoria dos provedores de aplicações, os quais são responsáveis por disponibilizar na rede as informações criadas ou desenvolvidas pelos provedores de informação. Isso significa que os intermediadores estão sujeitos às normas previstas na Lei 12.965/2014, em especial àquelas voltadas aos provedores de conteúdo.

A relação jurídica firmada entre o site intermediador e os anunciantes, embora tangencie diversas modalidades contratuais disciplinadas no CC/02, é atípica. Tal circunstância impõe ao julgador a laboriosa tarefa de definir o regime de responsabilidade civil aplicável ao vínculo firmado entre o intermediário e o ofertante. O responsável pelo site de comércio eletrônico, ao veicular ofertas de produtos, disponibilizando sua infraestrutura tecnológica e, sobretudo, ao participar das respectivas negociações em caso de aceitação por parte do adquirente, assume a posição de fornecedor de serviços. A remuneração pelo serviço prestado pelo intermediador, por sua vez, é variável e pode ser direta ou indireta. Nesta, a remuneração é oriunda de anúncios publicitários realizados no site, enquanto naquela, normalmente é cobrada uma comissão consistente em percentagem do valor da venda realizada no site.

A relação entre o ofertante e o intermediador será ou não de consumo a depender da natureza da atividade exercida pelo anunciante do produto ou serviço. Se o vendedor for um profissional que realiza a venda de produtos com habitualidade, ele não se enquadrará no conceito de fornecedor instituído no art. 3º do CDC, de modo que a responsabilidade civil do site será regida pelas normas previstas no Código Civil. Lado outro, caso o vendedor não seja um profissional e não venda produtos ou ofereça serviços de forma habitual, havendo falha na prestação de serviços por parte do intermediário, aplicam-se as normas previstas no CDC. Sendo a relação de consumo, para emergir a responsabilidade do fornecedor de serviços, é suficiente a comprovação do dano; da falha na prestação dos serviços e do nexo de causalidade entre o prejuízo e o vício ou defeito do serviço.

E a seguir, demais pontos relevantes no voto da relatoria. Sobre a classificação da plataforma de comércio virtual:

⁴⁶BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.880.344 - SP 2020/0149326-1. Recorrente: Alexandra Aparecida Gonçalves da Rocha. Recorrido: ebazar.com.br LTDA. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 9 de março de 2021.

Consabidamente, o comércio eletrônico é utilizado em larga escala pelos consumidores e, ante a proliferação dos dispositivos móveis, se tornou, para muitos, o principal meio de aquisição de bens e serviços. Nesse cenário, os sites de intermediação (facilitadores), como é o caso da recorrida, têm especial relevância, já que facilitam a aproximação de vendedores e compradores em ambiente virtual. O Mercado Livre atua nesse ramo desde 1999, propiciando a veiculação de anúncios na internet e o contato entre ofertantes e adquirentes.

[...]

A principal finalidade dos sites intermediadores é viabilizar a circulação de riquezas na internet e equiparar vendedores e adquirentes, de modo a simplificar as transações on-line. A confiança depositada nessas plataformas pelos usuários é peça chave do seu crescente avanço, pois “os vendedores e compradores navegam pela Internet, sem assegurar sua identificação precisa e localização exata. O único participante que ostenta certa estabilidade é o site de intermediação” (DA ROCHA, Roberto Silva. Natureza jurídica dos contratos celebrados com sites de intermediação no comércio eletrônico. Revista de Direito do Consumidor. Vol. 61/2007, p. 230-269, jan.-mar./2007, p. 238). Essa sensação de maior segurança advém da utilização, pelos intermediários, de mecanismos de avaliação, interação de pares, resolução de reclamações e da disponibilização de serviços de pagamento.

Para o Marco Civil da Internet, os sites intermediadores no comércio eletrônico enquadram-se na categoria dos provedores de aplicações, os quais são responsáveis por disponibilizar na rede as informações criadas ou desenvolvidas pelos provedores de informação.

[...]

Isso significa que os intermediadores estão sujeitos às normas previstas na Lei 12.965/2014, em especial àquelas voltadas aos provedores de conteúdo.

Acerca do seu modo de operação:

Os sites de intermediação funcionam da seguinte maneira: os vendedores realizam um cadastro no site e anunciam seus produtos e serviços, sendo que a negociação pode ou não ser finalizada na plataforma intermediária (TEIXEIRA, Tarcisio. Comércio Eletrônico: conforme o Marco Civil da Internet e a regulamentação do e-commerce no Brasil. 1º ed. E-book. São Paulo: Saraiva, 2015). Na fase inicial, o comprador não tem acesso aos dados do vendedor e vice-versa. Após o adquirente manifestar sua intenção de compra, o Mercado Livre fornece os contatos um do outro, o que viabiliza a finalização do negócio fora da plataforma (TEIXEIRA, Tarcisio. A Responsabilidade Civil no Comércio Eletrônico: a livre-iniciativa e a defesa do consumidor. In: Direito e Internet III: Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/2014). Tomo II. DE LUCCA, Newton; FILHO, Adalberto Simão; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (Coord.). São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 364).

Por sua vez, a remuneração pelo serviço prestado pelo intermediador é variável e pode ser direta ou indireta. Nesta, a remuneração é oriunda de anúncios publicitários realizados no site, enquanto naquela, normalmente é cobrada uma comissão consistente em percentagem do valor da venda realizada no site. Nesse último modelo, ainda, a remuneração “pode variar de acordo com a quantidade de produto e, ainda, deve observar o tipo de anúncio, ou seja, se se trata de anúncio “diamante”, “ouro”, “prata”, “bronze” ou gratuito; além disso, o valor da remuneração também pode ser alterado de acordo com categorias especiais de produtos e serviços, no que se incluem imóveis, carros, motos e outros automóveis” (NERY JUNIOR, Nelson. Plataforma Eletrônica de Vendas. Natureza Jurídica de Prestação de Serviços. Revista dos Tribunais. Vol. 6/2014, pp. 653-704, Set/2014, p. 05).

Sobre o enquadramento jurídico da relação entre plataforma e usuários, especificamente no tocante ao caso *sub judice*:

Nesse cenário, revela-se mais adequado considerar a relação como sendo ou não de consumo a depender da natureza da atividade exercida pelo anunciante do produto ou serviço. Explique-se, se o vendedor for um profissional que realiza a venda de produtos ou fornece serviços com habitualidade, ele não se enquadrará no conceito de fornecedor instituído no art. 3º do CDC, de modo que a responsabilidade civil do site intermediador será regida pelas normas previstas no Código Civil. Lado outro, caso o vendedor não seja um profissional e não venda produtos ou ofereça serviços de forma habitual, havendo falha na prestação de serviços por parte do intermediário, aplicam-se as normas previstas no CDC.

[...]

Sobre o assunto, lembre-se ainda que “o fato de o serviço prestado pelo provedor ser gratuito não desvirtua a relação de consumo, pois o termo “mediante remuneração” contido no art. 3º, § 2º, do CDC deve ser interpretado de forma ampla, de modo a incluir o ganho indireto do fornecedor” (REsp 1.193.764/SP, DJe 14/12/2010).

[...]

Como se viu, a recorrida realiza a intermediação de vendas no comércio eletrônico. Ajusta-se, assim, ao conceito de provedor de aplicações, fornecendo aos potenciais vendedores serviços de veiculação de ofertas de produtos ou serviços e, se a contratação é finalizada na plataforma, disponibiliza meios de pagamento e gerencia a transferência dos valores entre adquirente e vendedor.

Partindo-se das premissas assentadas, depreende-se que o intermediador de vendas on-line será responsabilizado perante o anunciante se houver, por exemplo, o 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 (art. 7º, VII, da Lei 12.965/2014); falha na entrega de correios eletrônicos ou permissão de acesso indevido de terceiros a e-mails ou conteúdo de mensagens (art. 7º, III, da Lei 12.965/2014); não houver o repasse do valor pago pelo adquirente; forem prestadas informações deficientes sobre a correta utilização do serviço ou faltar advertência acerca dos riscos a ele atrelados (art. 14 do CDC).

Nesse contexto, vale registrar que este Tribunal Superior tem entendimento segundo o qual “a fiscalização prévia, pelo provedor de conteúdo, do teor das informações postadas na web por cada usuário não é atividade intrínseca ao serviço prestado, de modo que não se pode reputar defeituoso, nos termos do art. 14 do CDC, o site que não examina e filtra os dados e imagens nele inseridos” (REsp 1.193.764/SP, DJe 14/12/2010).

Em outra oportunidade, decidiu-se que, em relação à prática de ato ilícito pelos usuários, a obrigação do intermediador restringe-se a “propiciar meios para que se possa identificar cada um dos usuários, a fim de que eventuais ilícitos não caiam no anonimato. Sob a ótica da diligência média que se espera desse intermediador virtual, deve este adotar as providências que, conforme as circunstâncias específicas de cada caso, estiverem ao seu alcance para a individualização dos usuários do site, sob pena de responsabilização subjetiva por culpa in omittendo” (REsp 1383354/SP, DJe 26/09/2013).

Na espécie, num primeiro momento, poder-se-ia pensar que houve o vazamento de dados pessoais da recorrente ao potencial comprador (fraudador), tendo em vista que este, passando-se pelo Mercado Livre e valendo-se de um endereço de e-mail falso, encaminhou mensagem eletrônica ao e-mail da recorrente, informando a compra do produto e a necessidade de encaminhá-lo ao adquirente antes do recebimento do valor cobrado. Entretanto, como destacou-se acima, o compartilhamento dos contatos tão logo demonstrado o interesse do usuário de adquirir o produto é uma característica dos serviços prestados pelo Mercado Livre.

Ademais, a sentença e o acórdão recorrido não fazem menção à eventual falha no dever de informar. Acerca disso, há doutrina esclarecendo que “todos os usuários do consulente são expressa e ostensivamente cientificados, por meio dos “Termos e

Condições Gerais de Uso” e de informações contidas em várias seções do site “www. mercadolivre.com.br”, a respeito da natureza do serviço, assim como sobre os seus deveres, responsabilidades e riscos relativos às negociações travadas direta e exclusivamente entre anunciantes/vendedores e compradores” (NERY JUNIOR, Nelson. Plataforma Eletrônica de Vendas. Natureza Jurídica de Prestação de Serviços. Revista dos Tribunais. Vol. 6/2014, Set/2014, pp. 679-680).

E por fim, acerca do excludente de responsabilidade por quebra do nexo causal, em virtude do fato exclusivo da vítima ou de terceiro:

O nexo causal entre o prejuízo e aquele a quem se atribui a autoria do dano dar-se-á por interrompido caso evidenciada a ocorrência de (i) fato exclusivo da vítima ou de terceiro (art. 12, § 3º, III, do CDC); ou (ii) evento de força maior ou caso fortuito externo (art. 393 do CC/02). Qualquer dessas situações tem o condão de excluir a responsabilidade do fornecedor em razão da inexistência de nexo de causalidade.

O fato exclusivo de terceiro “é a atividade desenvolvida por uma pessoa determinada que, sem ter qualquer vinculação com a vítima ou com o causador aparente do dano, interfere no processo causal e provoca com exclusividade o evento lesivo” (SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. Responsabilidade Civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 302). Então, para a aplicação dessa excludente de responsabilidade o “terceiro não pode ser alguém que mantenha qualquer tipo de relação com o fornecedor” (TEIXEIRA, Tarcisio; FERREIRA, Leandro Taques. As excludentes de responsabilidade além do CDC – o fortuito interno e externo. Revista de Direito Empresarial. Vol. 3, n. 7, jan.-fev./2015, p. 26).

No entanto, se o fato de terceiro ocorrer dentro da órbita de atuação do fornecedor, ele se equipara ao fortuito interno, sendo absorvido pelo risco da atividade. Esclareça-se que “o fortuito interno está relacionado a algo que integra o processo produtivo ou de prestação de serviço, não excluindo a responsabilidade do agente; já o fortuito externo é derivado de um fato alheio ou extrínseco à produção do bem ou à execução do serviço, por isso é uma excludente de responsabilidade” (TEIXEIRA, Tarcisio; FERREIRA, Leandro Taques. As excludentes de responsabilidade além do CDC – o fortuito interno e externo. Revista de Direito Empresarial. Vol. 3, n. 7, jan.-fev./2015, p. 31).

Na hipótese dos autos, a fraude praticada pelo terceiro não guarda conexidade com a atividade de intermediação desenvolvida pelo Mercado Livre. Isso porque, conforme narram os autos, a negociação travada entre a recorrente e o terceiro não se deu no ambiente virtual do site intermediador.

Embora a ofertante tenha anunciado seu celular na plataforma da recorrida, o fraudador e a recorrente trocaram mensagens em aplicativos externos. Sublinhe-se, uma vez mais que, para perpetrar a fraude, o terceiro não se valeu de nenhuma ferramenta colocada à disposição pela recorrida, tampouco de dados da anunciante fornecidos ao intermediador e que deveriam ter sido mantidos sob sigilo.

Desse modo, a fraude que levou a recorrente a encaminhar a mercadoria sem que tenha havido o efetivo pagamento não tem qualquer relação com o comportamento da empresa, tratando-se de fato de terceiro que rompeu o nexo causal entre o dano e o fornecedor.

É importante ressaltar, por fim, que nem toda fraude de terceiro será apta a excluir a responsabilidade do Mercado Livre. Cada situação demanda uma análise pontual do caminho percorrido pelo fraudador, a fim de que se possa definir o fato como fortuito interno ou externo.

Devido a extensão dos trechos colacionados e a complexidade de alguns pontos, procede-se com análise por partes.

7.1. PLATAFORMAS INTERMEDIADORAS DE COMÉRCIO ELETRÔNICO COMO PROVEDORAS DE APLICAÇÕES

Conforme delimitado pela relatoria, as plataformas de comércio virtual, ou intermediação, classificam-se como provedores de aplicação. Define Tarcísio Teixeira⁴⁷:

Já os provedores de conteúdo, os que disponibilizam e armazenam informações criadas por terceiros ou meios próprios (sites, blogs, redes sociais), não poderão ser responsabilizados pelo teor do que for armazenado pelos seus usuários (terceiros), exceto se não houver a remoção, no prazo fixado, por determinação judicial. Na Lei n. 12.965/2014, o provedor de conteúdo é denominado como “provedor de aplicações de internet”, sendo que “aplicações de internet” consistem no conjunto de funcionalidades que podem ser acessadas por meio de um terminal conectado à internet (MCI, art. 5o, incs. II e VII).

A lei ao empregar uma expressão genérica como “funcionalidade”, que significa utilidade ou atividade que pode ser desenvolvida, permite que o conceito de aplicações de internet alcance às operações de e-commerce na medida em que é uma utilidade/atividade que pode ser acessada e desenvolvida por meio de um computador ligado à rede mundial de computadores.

O que percebe-se, portanto, é uma imensa amplitude na categorização de provedores de aplicações. Assim como na hipótese dos veículos de divulgação, se faz necessário diálogo entre fontes para a interpretação jurídica mais precisa quanto aos contornos da responsabilidade destes agentes; sendo este diálogo entendido como a aplicação harmoniosa de diferentes normas legais incidentes simultaneamente num mesmo fenômeno. Coadunando com este entendimento, preconiza o Marco Civil da Internet em seu art. 2⁴⁸, inciso quinto, a defesa do consumidor como fundamento; além da responsabilização dos agentes de acordo com suas atividades, nos termos da lei. Especificamente, a expressão “da lei” no lugar de “desta lei” denota a ideia da possibilidade de responsabilização, por um agente categorizado pelo MCI, por norma contida fora deste diploma. Sendo assim, o enquadramento como provedor de aplicações não elide o agente de responsabilidade por violação de norma diversa do MCI.

Neste sentido, interessa analisar excludente específica de responsabilidade do provedor de aplicações, constante no art. 19 do MCI. Lê-se⁴⁹:

⁴⁷TEIXEIRA, Tarcísio. Comércio Eletrônico - conforme o marco civil da internet e a regulamentação do e-commerce no Brasil, 1^a edição.. Editora Saraiva, 2015. 9788502622494. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502622494/>. Acesso em: 02 jun. 2022. Pág. 93.

⁴⁸BRASIL. Lei n° 12.965, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil.. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm>. Acesso em: 14 jun. 2022.

⁴⁹Idem.

Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário.

É essencial, então, observar que, em primeiro lugar, o dano deve ser decorrente do conteúdo em si; e em segundo lugar, que trata-se de previsão para coibir a prática de censura. Sendo assim, só seria hipótese desta excludente os casos nos quais o dano decorre do anúncio em si, como em exemplo citado anteriormente neste trabalho no qual tratava-se de anúncio de cunho difamatório contra indivíduo alheio.

Já sobre a segunda observação, é preciso mencionar que, conforme apontado em momento passado, a categoria dos provedores de aplicação é extremamente ampla. As plataformas de comércio eletrônico não são, via de regra, redes de expressão pessoal, política ou artística. Desta senda, é difícil que o controle realizado pela plataforma, de parâmetros de segurança dos anúncios, com consequente alteração ou exclusão destes quando cabível, seja entendido como censura. Neste sentido, portanto, o controle exercido pela plataforma é mais que permitido, mas legalmente exigível, visto que, pelo diálogo das fontes, deve-se estudar a atuação das plataformas de comércio virtual não apenas sob a luz de uma legislação aplicável, mas todas, conquanto pertinentes. Sendo assim, o controle com fim de proteger o consumidor não poderia ser visto como censura nesta hipótese, visto as plataformas de comércio virtual não serem, via de regra, palcos de expressão política ou artística.

Quanto às demais previsões de responsabilização dos provedores, tratam-se de hipóteses incrementais aos deveres dos provedores, e não de potencial exclusão de responsabilidade legal. Explica-se: Conforme o artigo sob comento acima, tem-se circunstância na qual, observados certos critérios, o provedor tem sua responsabilidade pelo dano dissolvida. Sendo assim, as demais hipóteses não tem o condão de afastar a responsabilidade por deveres estabelecidos em outros diplomas legais; não se aplicando ao caso, seu estudo faz-se ocioso. Destarte, segue-se com investigação acerca da relação entre plataforma e usuário.

7.2 PLATAFORMAS INTERMEDIADORAS DE COMÉRCIO ELETRÔNICO E SEU ENQUADRAMENTO JURÍDICO FACE SEUS USUÁRIOS

Conforme se depreende do decisório sob estudo, além dos termos e condições de uso da plataforma já analisados, a relação entre usuário e *marketplace* tende a ser de consumo. Isto se dá pelo fornecimento de serviço mediante remuneração, sendo esta direta sob exemplo da comissão por venda, e indireta pelo tratamento de dados e venda de publicidade. Entretanto, a relatoria traz interessante posicionamento, defendido por Tarcísio Teixeira, que lê-se⁵⁰:

A divulgação no site do intermediário dos produtos ou dos serviços oferecidos ou anunciados não deixa de ser uma prestação de serviço do intermediário a estes fornecedores. Havendo vício ou defeito nesta prestação de serviço, o intermediário responde perante o fornecedor que lhe contratou. Se o vendedor realiza venda ou prestação de serviço esporadicamente ele pode ser considerado consumidor, situação passível de aplicação do CDC. Mas tratando-se de vendedor profissional, o serviço prestado pelo intermediário é um insumo para o fornecedor, sendo que neste caso ele não pode ser tido como destinatário final, consumidor, portanto. Dessa forma, aplicar-se-á o regime ordinário da responsabilidade civil, não o CDC.

Portanto, no uso profissional e habitual do serviço ofertado pela plataforma para venda de produtos ou serviços, a prestação da plataforma se torna insumo em sua cadeia produtiva, não caracterizando este usuário como a figura ortodoxa do consumidor. Entretanto, conforme exemplo passado, cabe lembrar que o princípio norteador do CDC é a vulnerabilidade. Havendo comprovada vulnerabilidade em concreto do usuário face a plataforma de comércio virtual, poderia haver a equiparação deste ainda assim à figura do consumidor.

Sendo assim, pode-se partir da assunção que, salvo exceções, o usuário cadastrado na plataforma de comércio eletrônico é consumidor de serviço constante na oferta de espaço virtual para aproximação de compradores e vendedores de produtos e serviços.

Diante todo o exposto, parte-se para o próximo ponto. Neste, serão abordados os critérios, do acórdão sob estudo, de aplicação ou exclusão de responsabilidade da plataforma, mediante análise crítica e propositiva.

7.3 PLATAFORMAS DE COMÉRCIO ELETRÔNICO E RESPONSABILIDADE CIVIL

Inicialmente, é interessante sintetizar a razão de decidir do acórdão sob estudo, de forma a condensar a argumentação da relatoria em pressupostos lógicos mais diretos. Sendo

⁵⁰BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.880.344 - SP 2020/0149326-1**. Recorrente: Alexandra Aparecida Gonçalves da Rocha. Recorrido: ebazar.com.br LTDA. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 9 de março de 2021 *apud* TEIXEIRA, Tarcísio. **Comércio Eletrônico: conforme o Marco Civil da Internet e a regulamentação do e-commerce no Brasil**. 1º ed. São Paulo: Saraiva, 2015

assim, faz-se seguinte interpretação:

a) A plataforma *Mercado Livre*, no tocante ao espaço de comércio virtual, é simultaneamente fornecedora de serviços e provedora de aplicações;

b) Seus deveres, portanto, para além da matéria geral pertinente do Código Civil, são definidos também pelo Marco Civil da Internet e pelo Código de Defesa do Consumidor, quando aplicável este último;

c) Desta senda, caso o dano fluísse do vazamento de dados do usuário lesado, haveria inequívoco nexo causal, visto violar dever particular dos provedores de aplicações. No caso julgado, o autor direto do dano entrou em contato com a vítima através de email, dado este que a Plataforma detinha. Entretanto, face a normalidade da troca de contatos em negociações sob intermediação virtual, e à ausência de demonstração pela vítima de tal dado ter sido obtido através da plataforma contra sua vontade, afasta-se tal hipótese;

d) Restaria, então, nexo de causalidade por agir omissivo da Plataforma, no tocante a cuidados acerca da segurança de seus usuários. Entretanto, é entendimento do Tribunal haver incompatibilidade entre o provimento de aplicações e a fiscalização prévia do conteúdo produzido por cada usuário, não sendo esta intrínseca ao provimento de aplicações. Além disso, os riscos relativos à negociação foram adequadamente apresentados nos termos e condições de uso, cumprindo com o dever de informação e cuidado da plataforma;

e) Ademais, ressalta-se que o artil foi realizado fora da plataforma virtual, sem lançar uso de quaisquer das ferramentas desta, o que evidencia tratar-se de um fortuito externo, porquanto completamente fora do espaço de atuação da plataforma;

f) Afastado o nexo de causalidade, conclui-se então o fato da emergência do dano ser de autoria exclusiva de terceiro, com culpa concorrente da própria vítima, exonerando a responsabilidade da plataforma, portanto.

7.4 PARAMETRIZAÇÃO GERAL DA RESPONSABILIDADE CONFORME O STJ

Conforme a síntese apresentada, parte-se para elaboração de critérios gerais, de natureza não exaustiva, para atribuição de proteção consumerista a negócios realizados (ou pelo menos propostos) em plataformas de comércio virtual.

Inicialmente, é preciso determinar se a relação entre plataforma e usuário é, realisticamente, de consumo. Assim o será caso a utilidade do serviço encerre-se no usuário

em si. Caso contrário, não; pelo menos em regra. Isto porque há de se considerar as hipóteses de equiparação a consumidor em virtude de vulnerabilidade em concreto. Sendo assim, para os casos onde o usuário não é o destinatário final do serviço, é preciso demonstrar que a despeito do serviço prestado pela plataforma ser utilizado como insumo em sua cadeia comercial, a desproporção entre o aporte econômico e o domínio sobre o meio de negociação exercido pela plataforma de comércio virtual torna a relação entre esta e o usuário desigual ao ponto de vulnerabilizá-lo.

Em segundo lugar, é necessário que a plataforma de comércio virtual observe os deveres impostos aos provedores de aplicações, estipulados no Marco Civil da Internet. Dentre eles, proteger os registros, dados e comunicações pessoais dos usuários, preservar-lhes o sigilo, e guardar os registros de acesso por prazo de seis meses.

Observados tais deveres, cabe observar os termos e condições de uso e ulteriores instruções oferecidas ao usuário para determinar se os demais deveres de segurança foram observados, especialmente os previstos no CDC. Sendo comprovado que a plataforma informou corretamente os riscos envolvidos e precaveu o usuário eficientemente, não há que se falar em omissão ilícita.

Ademais, o evento danoso sobre o qual se pleiteia responsabilidade da plataforma deve guardar, com o agir desta, nexos causal. Em outras palavras, o dano não pode existir senão em virtude, mesmo que parcialmente, de conduta comissiva ou omissiva da plataforma. Se o dano não guarda qualquer conexão com a atuação da plataforma, sendo proveniente exclusivamente da atuação da própria vítima ou de terceiro estranho à relação, não pode a plataforma ser responsabilizada, em virtude de inexistência de nexos causal.

Com estes parâmetros definidos, tem-se uma base geral, sustentada pela jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça, para determinar os limites da responsabilização civil das plataformas de comércio virtual por potencial fato do serviço, pelo menos nos casos semelhantes ao paradigma utilizado. O que serve, efetivamente, ao prognóstico processual acerca de litígios relacionados com o tema. Entretanto, o escopo deste trabalho não se encerra na prognose jurídica, mediante delimitação dos pressupostos jurídicos que regem as relações sob estudo. Trata-se, também, de análise crítica destes, na medida que reputa-se haver margem para dissídio interpretativo face o posicionamento do STJ no tocante à melhor proteção do consumidor, mediante a matéria do CDC. Elabora-se.

8. ANÁLISE CRÍTICA DO POSICIONAMENTO DO STJ

Existem duas questões principais acerca do decisório sob estudo que podem evocar divergências interpretativas. Tratam-se das definições de nexos causal e de fortuito interno e externo.

8.1 NEXO CAUSAL E FORTUITOS INTERNO E EXTERNO

O nexo causal, como o nome sugere, é o liame fático que liga certa conduta, comissiva ou omissiva, a um resultado concreto. Este liame pode ser direto e necessário ou potencial e concorrente. Explica-se. Quando há existência de um resultado de forma direta e necessária proveniente de apenas uma conduta, tem-se o nexo causal inteiramente encerrado nesta; ao acender um explosivo e este danificar objeto de outrem, o nexo causal encerra-se inteiramente no acionamento do explosivo. Num exemplo omissivo, se o material explosivo encontra-se no caminho de uma chama, ainda distante, e o detentor deste material apenas ignora a situação, no evento de explosão e subsequente dano a propriedade de outrem, o nexo causal encerra-se na omissão do agente hipotético mencionado. Nestas situações, não costuma haver maiores entraves para a determinação do nexo causal do fenômeno sob litígio. Entretanto, é uma figura distinta quando a causa do fenômeno é complexa, isto é, tem vários motivos concorrentes, sob os quais é difícil determinar qual efetivamente provocou a situação danosa.

Sobre o tema, elabora Caio Mário⁵¹:

Num encadeamento de circunstâncias, cumpre precisar qual dentre elas, é a causa eficiente do prejuízo. Com efeito, um elemento complicador na comprovação do nexo causal é que nem sempre se tem condições de apontar qual a causa direta do fato gerador do dever de ressarcimento. [...] Neste caso, é difícil indicar, dentre eles, o nexo, para estabelecer onde se situa a causa real ou eficiente do dano, e, assim, definir a responsabilidade ou indigitar o responsável.

Os tribunais belgas, em tal caso, engendraram a teoria denominada da “equivalência das condições” [...]. Em sua essência, sustenta que, em havendo culpa, todas as “condições” de um dano são “equivalentes”, isto é, todos os elementos que, “de uma certa maneira concorreram para a sua realização, consideram-se como causas”, sem a necessidade de determinar, no encadeamento dos fatos que antecederam o evento danoso, qual deles pode ser apontado como sendo o que de modo imediato provocou a efetivação do prejuízo. O que prevaleceria no caso seria a ideia de que, na teoria da equivalência, toda condição que contribuiu para o resultado constitui causa, “de forma que ele não se teria produzido se a condição não houvesse ocorrido (conditio

⁵¹PEREIRA, Caio Mário da S. Responsabilidade Civil. Grupo GEN, 2022. 9786559644933. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559644933/>. Acesso em: 06 jun. 2022. Pág. 132 e seguintes.

sine qua non). A causa, portanto, insere-se em cada uma das condições, já que, sem o concurso de todas o resultado não se teria verificado”.

[...]

Segundo o testemunho de Malaurie e Aynès, esta teoria tem sido afastada, “por ter levado muito longe as implicações da responsabilidade ao atribuir a um dano um número infinito de causas. Elas tenderiam a tornar cada homem responsável por todos os males que atingem a humanidade”

A doutrina francesa desenvolve, no mesmo sentido, a doutrina da “causalidade adequada” [...].

Em linhas gerais, e sucintas, a teoria pode ser assim resumida: o problema da relação de causalidade é uma questão científica de probabilidade. Dentre os antecedentes do dano, há que destacar aquele que está em condições de necessariamente tê-lo produzido. Praticamente, em toda ação de indenização, o juiz tem de eliminar fatos menos relevantes, que possam figurar entre os antecedentes do dano. São aqueles que seriam indiferentes à sua efetivação. O critério eliminatório consiste em estabelecer que, mesmo na sua ausência, o prejuízo ocorreria. Após este processo de expurgo, resta algum que, “no curso normal das coisas”, provoca um dano dessa natureza. Em consequência, a doutrina que se constrói neste processo técnico se diz da “causalidade adequada”, porque faz salientar na multiplicidade de fatores causais, aquele que normalmente pode ser o centro do nexo de causalidade, eliminando os demais.

É certo que, depois de ter surgido, bafejada por uma aura de prestígio, a doutrina da “causalidade adequada” sofreu vigorosa crítica (Hebraud, Esmein, Houin), entrando em desprestígio. Argumenta-se que o caráter “adequado” da causalidade depende do grau de probabilidade do dano. Mas a probabilidade não é certeza.

Pelo exposto, cabe o sopesamento entre ambos pontos de vista, quando não for caso de serem mutuamente excludentes. Decerto, há hipóteses onde a opção por uma ou outra mudará o resultado, pela responsabilização ou não do agente; entretanto, há situações onde ambas as perspectivas podem coexistir sem conflito. Assim pode-se considerar o caso paradigma do julgado sob estudo. Apesar do fato causador direto do dano ter sido a fraude perpetrada por terceiro face à vítima, esta não teria sido possível sem o fornecimento do serviço pela plataforma. Mesmo que todas as circunstâncias sejam igualadas (equivalência das condições) ou eleja-se apenas aquelas eficientes para provocar o dano (causalidade adequada), o fornecimento do serviço está intrinsecamente ligado com o evento danoso, portanto. Porém, cabe salientar que esta ligação intrínseca não implica necessariamente na responsabilidade desta. Isto porque, conforme já abordado, o fato exclusivo da vítima ou do terceiro rompe este liame causal. É possível sustentar que o fato danoso foi de exclusiva responsabilidade de terceiro, não tendo havido qualquer agir comissivo ou omissivo da plataforma que pudesse, realisticamente, impedi-lo.

Entretanto, o fato para o qual é imperioso atentar-se é, novamente, da característica inerente do fornecimento do serviço para a emergência do dano, uma vez que sem o fornecimento do serviço, o dano não se concretizaria. Isto porque, partindo desta premissa, a responsabilidade objetiva da plataforma se torna fato posto, que pode ser afastado pelas excludentes já abordadas. Entretanto, este é ônus da plataforma, e não da vítima; aquela sim

deve comprovar que destarte o serviço ter sido gênese do liame causal do dano, este decorreu exclusivamente por agir de ator estranho à relação de consumo. Em outras palavras: deverá haver presunção a favor da vítima, visto a atribuição de responsabilidade objetiva da plataforma. Houve o serviço, houve o dano, houve nexo causal. É dever da plataforma afastar a responsabilidade, e não da vítima comprová-la. Neste sentido, então, discorda-se do julgado sob estudo.

Em segundo lugar, é preciso atentar-se para a ideia dos fortuitos internos e externos. A distinção principal entre os dois conceitos se dá mediante a aferição da ingerência da plataforma sobre a circunstância sob qual teve curso o fato danoso. Em outras palavras, é preciso constatar se aquele evento deu-se sob o controle, em sentido amplo, do fornecedor. A delimitação de qual extensão razoável deve encobrir o controle do processo de fornecimento é essencial para determinar se um fato danoso trata-se de fortuito interno ou externo; interno quando ocorrido sob circunstância que o fornecedor controla ou deveria controlar, externo quando esta foge de seu controle sem que haja culpa ou dever legal.

Por todo o exposto, é evidente que a matéria carrega uma grande carga de subjetividade, tornando impossível uma delimitação inequívoca de critérios jurídicos que gerem segurança jurídica e, simultaneamente, tratem-se da melhor aplicação legal. Para ilustrar este ponto, utiliza-se como exemplo o fornecimento de serviço de transporte de pessoas. Se um consumidor deste serviço, durante a viagem, tem o serviço interrompido por assaltantes, que subtraem-lhe pertences, é possível entender a situação por ambos os ângulos. Elabora-se.

É possível pensar que, por um lado, sem a prestação do serviço não teria havido o assalto, existindo aí nexo causal entre ambos. Ademais, por tratar-se de relação de consumo, a responsabilidade do fornecedor é objetiva, prescindindo de comprovação de culpa. E ademais, sobre o fornecimento de serviço de transporte preexiste riscos diversos, naturais da atuação. Se considera-se que o risco de assalto é relativamente normal e esperado nesta modalidade de serviço, trata-se meramente de fortuito interno; o que evidencia-se ainda mais no fato deste ter ocorrido no próprio veículo do fornecedor, durante a prestação do serviço e em virtude dele. Por outro lado, pode-se alegar que a ocorrência de assalto é um fortuito inesperado, que não integra de forma previsível a prestação de serviço de transporte pessoal. Ademais, observados todos os deveres de cautela e segurança pelo fornecedor e seus prepostos, a ocorrência de fato danoso ainda assim atribui-se exclusivamente, então, a terceiro estranho à cadeia de fornecimento, rompendo completamente o nexo causal entre a prestação do serviço e a emergência do dano.

8.2 A “LEI DO E-COMMERCE”: O DECRETO Nº 7962

Pelo exemplo apresentado, evidencia-se a complexidade deste tema. Devido a dificuldade apresentada, torna-se proveitoso também trazer sob análise alguns pontos do Decreto nº 7962, de 15 de março de 2013, que dispõe sobre contratação no comércio eletrônico. É importante ressaltar que as disposições referem-se principalmente, ou assim o parece, às plataformas virtuais de venda, apenas. Como exemplo, pensa-se em agentes comerciais que utilizam a plataforma virtual como extensão do seu próprio comércio físico em si. Sendo assim, as disposições parecem ter como alvo as plataformas de comércio detidas pelo próprio fornecedor, ou aquelas que cedem espaço para anúncio de outros fornecedores, já consolidados no mercado. Como exemplos, cita-se o Magazine Luiza, que utiliza o meio virtual como extensão da atividade comercial já desenvolvida em meios físicos, e a Amazon, plataforma de comércio virtual especializada, entre outras atividades, em comercializar produtos de outros fornecedores.

Entretanto, é preciso apontar que não há uma diferença fundamental entre a atuação destas plataformas e a realizada pelo *Mercado Livre*, quando analisa-se pelo prisma da proteção do consumidor. E mesmo que considere-se a diferença entre os serviços prestados: se por um lado, a posição como estranha à negociação em si dos bens impossibilita que a plataforma zele por aspectos essenciais como quantidade, qualidade, adequação, segurança e etc., esta mesma posição a privilegia no sentido de excluí-la dos imensos gastos com infraestrutura e logística envolvidos em produzir e movimentar bens.

Sendo assim, parte-se aos critérios. Destaca-se, dos artigos segundo, quarto, quinto e sexto, do Decreto nº 7962⁵²:

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;

⁵²BRASIL. Decreto nº 7962, de 15 de março de 2013. Regulamenta a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, para dispor sobre a contratação no comércio eletrônico. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/decreto/d7962.htm>. Acesso em: 14 jun. 2022.

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. 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 V, 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.

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

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.

Demonstra-se, pelo conteúdo acima, parâmetros legais expressos dos deveres de informação e segurança das plataformas de comércio virtual. Através destes, deduz-se portanto que, na hipótese de uma plataforma especializada na intermediação entre compradores e vendedores, sem atuação direta, é dever desta fiscalizar o cumprimento dos requisitos legais acima elencados, por parte principalmente dos vendedores. Isto significa que pode-se esperar legitimamente que a plataforma exija de seus usuários o fornecimento destas informações, sejam no tocante ao vendedor em si, ou no tocante ao anúncio. Isto não significa que tal fiscalização deva ser prévia ou irretocável, mas que cabe à plataforma desenvolver mecanismos para que estes deveres de informação sejam atendidos. Ademais, todos os deveres previstos ao fornecedor ou vendedor responsável pelo objeto do anúncio devem, portanto, ser estendidos à plataforma, naquilo que lhe couber.

Sendo assim, violados os parâmetros acima quando diretamente atribuídos, ou quando razoavelmente poderia-se estender seus deveres à plataforma, restaria patente a responsabilidade desta. Em exemplo: se um vendedor cria anúncio na plataforma, mas omite desta informações de localização e contato, além de não apresentar no anúncio características essenciais do produto sob negociação, torna-se evidente a violação dos deveres impostos pelo Decreto nº 7962. Entretanto, se a plataforma assim o permitiu, sem demandar tais informações no ato de criação do perfil de usuário e de criação do anúncio, sua culpa torna-se evidente. É preciso fazer contraponto, entretanto, acerca da extensão dessas medidas.

Novamente, não cabe a plataforma realizar fiscalização prévia, via de regra. Pode-se garantir tais informações através dos “campos obrigatórios”, por exemplo; estes tratam-se de tópicos os quais os usuários são obrigados a preencher. Entretanto, não é possível ter por certo que o usuário preencherá este campo de forma veraz e legítima, o que faria proveitosa também a hipótese da fiscalização dos próprios usuários, mediante ferramenta de denúncia. Ao constatar que as informações de um determinado anúncio ou usuário parecem ilegítimas, o usuário denuncia-o, remetendo a matéria para órgão de análise da plataforma. Por fim, deve constar por expresse, nos termos e condições de uso, que cabe ao usuário cautela frente aos anúncios e outros usuários, sendo encorajado que as informações fornecidas sejam conferidas com cuidado. Estes são exemplos banais que, por si só, já seriam capazes de afastar a culpa da plataforma pelo descumprimento dos deveres sob comento, o que demonstra que tal ônus não é, de forma alguma, excessivo ou incompatível.

Entretanto, para além do Decreto nº 7962, é preciso ancorar-se nos princípios e institutos do Código de Defesa do Consumidor para que seja possível alcançar interpretação jurídica mais adequada, a despeito da grande carga de subjetividade contida neste juízo. Feita a ressalva, avança-se.

8.3 O RISCO-PROVEITO E A CONFIANÇA DO CONSUMIDOR

É eminente que a contratação via plataformas de intermediação de comércio virtual faz-se atraente pela facilitação de negócios diretamente entre comprador e vendedor. Sem a atuação destas, seria preciso encontrar o artigo buscado entre diversas lojas, virtuais ou físicas, donde a comparação de preço se torna inviável, por exemplo. No contexto da plataforma de intermediação, pode-se encontrar diversos vendedores oferecendo o mesmo item, facilitando a comparação e escolha pelo mais conveniente. Similarmente, quando o interesse é a venda, é possível negociar itens sem a necessidade de uma loja, ou, mesmo

havendo uma, vender itens que não tem demanda local forte, mas cuja venda na internet se dá em volume a justificar a negociação. Enfim, os exemplos são infínitos.

Entretanto, o que as plataformas de intermediação trazem, para além da facilitação de negócios, é o senso de confiança. A ideia de realizar negócios sob égide de uma plataforma traz, em si mesma, noção mesmo que sutil de que aquela negociação tem o “toque” desta. Nesse sentido, com o perdão da evidência anedótica, não raro é ouvir que a venda ou compra foi realizada “no *Mercado Livre*”, ou “na *Shopee*”, ou em demais plataformas intermediadoras; jamais com indivíduos ou as lojas em si. Coaduna com esta visão o investimento em publicidade, que sempre reafirma a marca da plataforma, conferindo-lhe confiança. Plataforma alguma realizaria campanha publicitária onde afirma, cinicamente, “todas as facilidades do comércio virtual, com todos os riscos da negociação pessoal”.

Neste sentido, torna-se evidente que a intermediação de negócios virtuais facilita e massifica negócios do gênero, extraindo desta atividade proveito econômico, seja direto ou indireto. Porém, é natural dos negócios a existência de riscos, como o simples risco do inadimplemento do objeto pactuado. Isto significa que ao promover as negociações entre partes, a plataforma promove também seus riscos, por mais que de forma colateral e indesejada. Se o risco é inerente à negociação e a plataforma explora sua promoção como atividade, parece natural que deva também arcar com tais riscos.

Coaduna com esta visão o fato de que a plataforma detém poderio econômico e domínio sobre os meios de negociação, o que a coloca numa posição privilegiada para buscar a reparação de eventuais danos. Ademais, o controle sobre a plataforma em si e a interação dos usuários com esta permite a implementação de medidas de segurança que frustram a tentativa de violação da boa fé dos usuários. Cita-se como exemplo o próprio sistema *mercado pago*, que, em linhas gerais, retém o pagamento do comprador e entrega-o ao vendedor apenas quando aquele confirma o recebimento do produto e suas condições. Desta forma, se torna difícil que um negócio realizado na plataforma, de forma usual e segura, seja fulminado por ilícito. E se assim o for, ressalta-se: é risco da atividade que deve ser suportado pela plataforma, sendo absolutamente incompatível com a posição vulnerável do consumidor.

8.4 TECNOLOGIA E DESCOMPASSO DO DIREITO

Sob a perspectiva apresentada, a responsabilidade exclusiva do anunciante pelo descumprimento do contrato, não guardando conexão alguma com o serviço prestado pela

plataforma, é extremamente remanescente à figura dos veículos de comunicação, como apontado em momento anterior. Nesse sentido, é difícil afastar a impressão de que o amoldamento jurídico das plataformas de intermediação tem grande influência da interpretação dada aos veículos de comunicação. Com efeito, a exclusão de responsabilidade apontada pelo art. 38 do CDC⁵³ parece compatível com os veículos de divulgação usuais da década de 60 (a lei que estipula a figura destes veículos é do ano de 1965) até o início dos anos 2000. Ao considerar-se a televisão ou o rádio, a responsabilização solidária do veículo de divulgação soa implacável, visto que o proveito econômico era compatível com a mera veiculação de publicidade. Ademais, estes veículos exerciam atividades culturais e artísticas indispensáveis para cativar e manter público, o que configurava sua principal atividade, da qual a veiculação de publicidade dependia. Desta senda, é incompatível e irrazoável que estes veículos sofram, nestas hipóteses, com responsabilidade solidária por negócios que lhe são estranhos, exclusivamente em virtude dos anúncios veiculados.

Entretanto, com o advento da internet e o sempre constante avanço tecnológico, particularmente das tecnologias virtuais, houve o advento de formas antes inimagináveis de interação entre o indivíduo e a rede mundial de computadores. O que trouxe implicações e inovações imensas para diversos campos de atuação da sociedade; dentre eles, o comércio e a publicidade.

Com a possibilidade de haver inserção de publicidade em plataformas virtuais de notícias, vídeos, jogos e infinitas outras, inclusive de comércio, cumulada com métricas de acesso e visualização, o mercado da publicidade sofreu uma revolução. Desta senda, tornou-se possível o oferecimento de diversos serviços sob pagamento indireto, da seguinte forma: ao acessar a página virtual do serviço, vê-se na tela anúncios. As métricas de acesso da plataforma servem de parâmetro para determinar quantas pessoas foram alcançadas por aquela publicidade, gerando um pagamento proporcional pelo fornecedor-anunciante. Ademais, pela própria natureza dos computadores e o acesso à internet, tornou-se possível que, a depender da aplicação, o provedor determine necessidade de cadastro pelo usuário, no qual há fornecimento de informações pessoais.

É neste contexto que se torna mais e mais evidente que a relação entre os veículos de publicidade e seu público alvo pode ser radicalmente diferente no contexto das interações virtuais. É nessa diferença radical que torna-se aparente certo grau de anacronismo na

⁵³BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm>. Acesso em: 14 jun. 2022.

equiparação das plataformas de intermediação com listas de classificados, por exemplo. O que percebe-se é que a tecnologia possibilitou diversas inovações no campo do comércio virtual, sempre abrindo caminhos para maiores proveitos econômicos das plataformas; o que evidencia-se, por exemplo, na expansão do *Mercado Livre*. Conforme apontado anteriormente, a plataforma desenvolveu-se de serviço de intermediação de comércio virtual até o ponto contemporâneo de atividade multifacetada, com a divisão e expansão de soluções de pagamento, publicidade, logística e até mesmo de desenvolvimento de outros *marketplaces* (*mercado shops*).

Entretanto, apesar do avanço tecnológico do mercado, não parece ter havido resposta jurisprudencial unificada no sentido de adequar a responsabilidade das plataformas de intermediação ao grau de proveito econômico e risco que promovem ao usuário, somado à disponibilidade de ferramentas de segurança tornadas possíveis por este próprio avanço. Quando o consumidor faz uso de uma dessas plataformas, tem legítima confiança de que obterá o objeto do anúncio, ou contraprestação devida ao envio de objeto sob venda. Nenhum consumidor espera fechar negócio, cumprir sua parte e ser lesado. Ademais, conforme já elucidado, a responsabilidade objetiva não significa a condenação automática à reparação do dano, visto que esta ainda pode ser afastada pela demonstração do fato exclusivo da vítima ou do terceiro.

9. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho buscou, em síntese, três objetivos: reunir arcabouço eficaz para enfrentar o tema trazido; estabelecer entendimento genérico jurisprudencial sobre o tema mediante interconexão com análise operacional de uma plataforma intermediadora de comércio virtual, escolhida como estudo de caso; e proposição crítica sobre o entendimento construído, com base no arcabouço colacionado.

O capítulo primeiro tratou de introduzir o tema. O segundo reuniu os conceitos mais primordiais para abordagem do tema. O terceiro abordou aspectos de matriz principiológica, no sentido de consistirem em institutos ou teorias que guiam a aplicação das previsões expressas do Código de Defesa do Consumidor. O quarto abordou hipótese que aplica-se a quase todas as plataformas de comércio eletrônico que se possa pensar, a despeito de raramente ser considerada. Sua relevância encontra-se no fato das disposições legais e construção jurisprudencial ao redor dos veículos de divulgação trazerem, ocasionalmente, paralelos com as plataformas de comércio virtual. O quinto capítulo cuidou de contextualizar a atuação do *Mercado Livre* e seus termos e condições de uso, situando-os no tema desta pesquisa. O sexto capítulo tratou-se de operação similar, entretanto tendo como objeto o Recurso Especial nº 1.880.344 - SP (2020/0149326-1). Fez-se portanto diálogo com o arcabouço construído e a estruturação jurídica do *Mercado Livre*, a fim de conferir concretude à pesquisa, até então exclusivamente teórica. Por fim, no sétimo capítulo, operou-se análise crítica do acórdão sob estudo, a fim de questionar qual interpretação dos elementos do caso julgado seria mais harmônica com a proteção do consumidor, ou, de outro lado, se a interpretação do STJ refletiria de forma inequívoca o entendimento mais preciso e adequado sobre o Código de Defesa do Consumidor.

Cabe destacar que todas as partes são, por si, relevantes em sua medida. O arcabouço reunido cumpre função bibliográfica, como um trajeto guiado que permite introdução eficaz ao tema sob estudo. A análise particular do *Mercado Livre* e do acórdão do capítulo 6 interessam na medida que permitem um prognóstico da interpretação jurídica dada pelos tribunais a respeito da matéria, o que tenderá a ser refletido pelos juízos de piso. E por fim, mesmo que não acolha-se as críticas feitas, subscrevendo-se totalmente ao posicionamento do Supremo Tribunal Federal, fazem-se relevantes na medida que sua própria atividade contestatória tem potencial de sintetizar conhecimento. Em outras palavras, mesmo o afastamento das críticas apresentadas requerem reflexão e interpretação jurídica sistemática,

que certamente são proveitosas para o tema sob estudo e os demais que surgirão do avanço da tecnologia e sua subsequente implementação mercadológica.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Decreto nº 7962, de 15 de março de 2013. **Regulamenta a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, para dispor sobre a contratação no comércio eletrônico.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/decreto/d7962.htm>. Acesso em: 14 jun. 2022.

BRASIL. Juizados Especiais do Distrito Federal. **Acórdão 1356529, 07027727020218070006**, Relator: ASIEL HENRIQUE DE SOUSA, Terceira Turma Recursal dos Juizados Especiais do Distrito Federal, data de julgamento: 21/7/2021, publicado no PJe: 17/8/2021.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 14 jun. 2022.

BRASIL. Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. **Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm>. Acesso em: 14 jun. 2022.

BRASIL. Lei nº 4.680, de 18 de junho de 1965. **Dispõe sobre o exercício da profissão de Publicitário e de Agenciador de Propaganda e dá outras providências.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4680.htm>. Acesso em: 14 jun. 2022.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm>. Acesso em: 14 jun. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.157.228 - RS 2009/0188460-8.** Recorrente: Robson Gerônimo Maciel. Recorridos: Mídia Um Publicidade Propaganda e Marketing LTDA; TV Juiz de Fora LTDA. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 21 de junho de 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.880.344 - SP 2020/0149326-1.** Recorrente: Alexandra Aparecida Gonçalves da Rocha. Recorrido: ebazar.com.br LTDA. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 9 de março de 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.880.344 - SP 2020/0149326-1.** Recorrente: Alexandra Aparecida Gonçalves da Rocha. Recorrido: ebazar.com.br LTDA. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 9 de março de 2021 *apud* TEIXEIRA, Tarcísio. **Comércio Eletrônico: conforme o Marco Civil da Internet e a regulamentação do e-commerce no Brasil.** 1º ed. São Paulo: Saraiva, 2015

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 997993 MG 2007/0247635-6**. Recorrente: Rádio e Televisão Bandeirantes LTDA. Recorrido: Paulo Roberto Merg Jardim. Interessado: Megainvest Empreendimentos e Participações LDTA. Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior. Brasília, 3 de fevereiro de 2011.

CONSELHO EXECUTIVO DAS NORMAS-PADRÃO. **Bem vindo ao CENP**. Disponível em: <https://cenp.com.br/cenp/#historia_Cenp>.

CONSELHO EXECUTIVO DAS NORMAS-PADRÃO. **Resolução 01/2019**. Veículo de comunicação/divulgação. São Paulo, 16 de julho de 2019. Disponível em: <<https://cenp.com.br/documentos-cenp/resolucao-no-01-2019/>>. Acesso em: 14 jun. 2022.

COSTA, Danilo. **Mercado Livre registra crescimento de 94% e se firma como a maior plataforma de comércio da América Latina**. GQ Globo. 10 de agosto de 2021. Disponível em: <<https://gq.globo.com/Lifestyle/Poder/noticia/2021/08/mercado-livre-registra-crescimento-de-94-e-se-firma-como-maior-plataforma-de-comercio-da-america-latina.html>>. Acesso em: 7 jun. 2022.

DIAS, Lucia Ancona Lopez de M. **Publicidade e direito**. Editora Saraiva, 2018. 9788547228194. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547228194/>>. Acesso em: 23 mai. 2022.

DIVINO, Sthéfano Bruno Santos. **A aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor nos contratos eletrônicos de tecnologias interativas: o tratamento de dados como modelo de remuneração**. Revista de Direito do Consumidor. vol. 118. ano 27. p. 221-245. São Paulo: Ed. RT, jul.-ago. 2018.

FILHO, Sergio C. **Programa de Direito do Consumidor**. Grupo GEN, 2019. 9788597022414. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597022414/>>.

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de direito do consumidor**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 171 *apud* TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim A. **Manual de Direito do Consumidor - Direito Material e Processual - Volume Único**. Grupo GEN, 2021. 9786559640270. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559640270/>>. Acesso em: 18 mai. 2022. Pág. 150.

JR., Humberto T. **Direitos do Consumidor**. Grupo GEN, 2020. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530992941/>>.

MERCADO LIVRE. **Termos e condições gerais de uso**. 7 de fevereiro de 2022. Disponível em: <https://www.mercadolivre.com.br/ajuda/Termos-e-condicoes-gerais-de-uso_1409>. Acesso em 7 jun 2022.

MERCADO LIVRE. **Termos e condições Marketplace**. Disponível em:
<<https://www.mercadolivre.com.br/ajuda/23050>>. Acesso em: 7 jun 2022.

MERCADO LIVRE. **Tudo o que você precisa saber sobre o Mercado Livre**. Disponível em:
<<https://www.mercadolivre.com.br/institucional/nos-comunicamos/noticia/tudo-sobre-o-mercado-livre/>>. Acesso em: 7 jun 2022.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Unctad diz que comércio eletrônico segue em alta mesmo após pandemia**. 26 de abril de 2022. Disponível em:
<<https://news.un.org/pt/story/2022/04/1787112>> Acesso em: 6 de junho de 2022.

PEREIRA, Caio Mário da S. **Responsabilidade Civil**. Grupo GEN, 2022. 9786559644933. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559644933/>.

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim A. **Manual de Direito do Consumidor - Direito Material e Processual - Volume Único**. Grupo GEN, 2021. 9786559640270. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559640270/>.

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim A. **Manual de Direito do Consumidor - Direito Material e Processual - Volume Único**. Grupo GEN, 2021. 9786559640270. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559640270/> *apud* MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman V.; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 3. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 87.

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim A. **Manual de Direito do Consumidor - Direito Material e Processual - Volume Único**. Grupo GEN, 2021. 9786559640270. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559640270/> *apud* NOVAES, Alinne Arquette Leite. **A teoria contratual e o Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: RT, 2001. p. 165.

TEIXEIRA, Tarcísio. **Comércio Eletrônico - conforme o marco civil da internet e a regulamentação do e-commerce no Brasil**, 1ª edição.. Editora Saraiva, 2015. 9788502622494. Disponível em:
<<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502622494/>>. Acesso em: 02 jun. 2022. Pág. 93.

VILELA, Luiza. **E-commerce: o setor que cresceu 75% em meio à pandemia**. Novarejo, Higienópolis, 19 de fevereiro de 2021. Disponível em:
<<https://www.consumidormoderno.com.br/2021/02/19/e-commerce-setor-cresceu-75-crise-coronavirus/>>. Acesso em: 6 de junho de 2022.