

AS DIFICULDADES ENCONTRADAS PELO CONSUMIDOR NA TROCA DE EQUIPAMENTOS ELETRÔNICOS ADQUIRIDOS EM LOJAS DE MAGAZINES

*** Raimundo Luiz Vieira**

Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Ipatinga

**** João Bosco Araújo**

Graduado em Direito pela Fundação Presidente Antônio Carlos/ Unipac. Professor da Faculdade de Direito de Ipatinga (FADIPA). Consultor de Recursos Humanos em Capacitação/Qualificação Profissional

RESUMO

Não é de hoje que o consumidor é vilipendiado em seus direitos. É histórica essa relação com o fornecedor. Quase cultural. Diante de tais atitudes do fornecedor, o consumidor se torna vulnerável, não tendo onde buscar mecanismos para se defender, posto que esteja em desigualdade frente ao poder do fornecedor. A partir da Revolução Industrial, instalou-se uma sociedade de consumo desenfreada, caracterizada pela produção e consumo em massa, com um flagrante desequilíbrio nas relações consumeristas. Muitas vezes o fornecedor, agindo de má fé, na busca do lucro fácil, inescrupulosamente coloca à disposição do público, produtos defeituosos e até impróprios ao consumo, bem como métodos nem sempre éticos no que diz respeito aos métodos de venda que iria utilizar para vendê-los. Assim, por exemplo, as lojas estão induzindo os consumidores a erro quando o assunto é prazo para troca de produtos com defeito, segundo o Instituto de Defesa do Consumidor (Idec), a partir de reclamações de consumidores. Considerando-se a vulnerabilidade e hipossuficiência do consumidor é que o legislador adotou regras que responsabilizam o mau fornecedor em seus atos lesivos aos direitos do consumidor. A pesquisa pautou-se na análise bibliográfica, a periódicos especializados e na internet; os enunciados interpretativos relevantes sobre o tema-objeto de estudo, utilizando a metodologia qualitativa.

Palavras-chave: Consumidor. Lesão de direitos. Relações consumeristas. Responsabilidade criminal do fornecedor.

1 INTRODUÇÃO

A pesquisa a ser realizada será monográfica por abordar um único assunto, as dificuldades encontradas pelo consumidor na troca de qualquer equipamento eletrônico adquirido em lojas de magazines.

Esta pesquisa tem por objetivo mostrar que o tema abordado, a importância de fato que venham amenizar a vida das pessoas quando ao se dirigirem em qualquer

estabelecimento comercial de revenda de equipamentos eletrônicos, tais como aparelhos de som, de televisores, computadores, e uma gama de outros produtos, e assim quando apresentarem defeitos possa ser trocados dentro do prazo legal, sem contudo, tornar-se uma tarefa complicada, dolorosa e de difíceis soluções, proporcionando a todos os consumidores menos dificuldades para obterem o êxito de forma legal, conforme os ditames do Código de Defesa do Consumidor.

Segundo Rizzatto Nunes, em seu livro *“Comentários ao Código de Defesa do Consumidor”*, tem a finalidade priorizar os princípios e normas constitucionais aplicadas e assim proporcionar aos consumidores garantias reais de direitos e acima de tudo assegurar a cada consumidor a fórmula mais razoável, possível e menos complicada para soluções das lides.

Assim sendo, tornar-se-á viável, favorecendo para ambas as partes, como reza o princípio geral da compra, troca, e venda destes equipamentos, e não apenas proporcionar aos estabelecimentos comerciais, só vantagens para seu bem estar.

Ressalta-se frisar que, é através da evolução da sociedade, que os consumidores passaram então a obter meios de exigir tudo o que realmente são de direito. No entanto, hoje estão à disposição dos consumidores, as devidas denúncias. São portanto alguns destes órgãos: o PROCON, o CONAR e o CODECOM, além de outros que são especificamente voltados para esse fim. Esses órgãos procuram solucionar os problemas sobre os produtos que se compram nesta rede de lojas e magazines.

A meta que cada órgão tem por finalidade é a resolução dos litígios de uma forma mais fácil, viável menos burocrática possível, proporcionando ao consumidor os meios necessários de serem ressarcidos de algum dano.

Está no Código de Defesa do Consumidor a garantia, o direito, e acima de tudo o bem estar direcionado para soluções menos conflituosas dentro dos parâmetros da lei e da Constituição Federal.

Na Constituição Federal/88 em seu art. 5º inciso XXXII, o estado promoverá a defesa do consumidor, da ordem pública e interesse social nos termos do art. 5º inciso XXXII, 170, inciso V, da CF e art. 48 de suas disposições transitórias. Garantem aos consumidores um prazo de 30a 90 dias para os bens duráveis, para efetuarem as trocas ou reembolso do que foi pago.

Dentre os princípios fundamentais que regem a relação de consumo, estabelecidos pelo artigo 4º do CDC, encontra-se a transparência, que significa uma situação informativa favorável á apreensão racional dos sentimentos, impulsos, interesses, fatores, conveniências e injunções que surgem, interferem ou condicionam o comportamento de consumidores e fornecedores.

O fornecedor tem o dever de bem informar, especificando corretamente as respectivas características, composições, qualidades, quantidades, preços e riscos que por ventura possam apresentar nos termos do artigo 6º, inciso III e IV (parte inicial) do Código.

A pesquisa quanto á natureza será considerada qualitativa por ser procedida através da análise dos conteúdos das teorias existentes publicadas, na busca da explicação do problema, bem como na apuração de dados.

Quanto à técnica a ser utilizada será considerada documentação indireta, visto que serão utilizadas fontes secundárias conforme obras listadas nas referências cujos autores abordam aspectos relevantes relacionados à pesquisa.

2 HISTÓRICO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

A relação de consumo surgiu quando o homem começou a viver em sociedade, onde teve que pensar na busca de produtos para sua sobrevivência, através da troca, aí que surge o conceito de consumidor e de fornecedor, mas sempre houve uma desigualdade.

Começaram a surgir, através disso, normas que regulam indiretamente esta relação, onde podemos citar o Código de Hamurabi.¹

Após isso, surgiu o Código de Massei na Índia, onde responsabilizava o fornecedor em relação de adulteração de alimentos para prejudicar outrem, já no Código Romano no período Justiniano, se tinha a responsabilidade por vício do produto.

A necessidade de uma cooperação internacional após a Segunda Guerra Mundial, visando especialmente a reconstrução da Europa no pós-guerra, bem como a manter a natural expansão do mercado, ocasionado pelo regime capitalista, proporcionaram o crescimento e a criação de diversos organismos com vistas a proteção e defesa do consumidor na Europa e sim em outros países. Observe a cronologia que segue:

No ano de 1948, com a intervenção dos EUA, foi criada a Organização Européia de Cooperação Econômica (OECE), com o objetivo essencial de administrar o auxílio financeiro americano proporcionando pelo Plano Marshall.

Já no ano de 1960, os países membros da OECE, com a adesão dos EUA e do Canadá, decidiram alargar o campo de atuação daquela organização passando a ajudar os países em desenvolvimento. Naquele mesmo ano, foi assinado em Paris o tratado que extinguiu a OECE e instituiu a OCDE (Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico Europeu), sendo ainda no mesmo ano, criado o *IOCU - Internacional Organization Ofconsumers Union*.

Em 1971, na Suécia, a proteção do consumidor passa contar com o Ombudsman e o Juizado de Consumo, cujo modelo, mais tarde, seria seguido pela Noruega, Dinamarca e Finlândia.

No ano de 1976, a comissão dos consumidores, originadas a partir da OCDE, criou a carta dos consumidores, tornando-se o primeiro documento oficial na Europa a

¹Art. 25 §227- Se um construtor edificou uma casa para Awilum, mas não reforçou seu trabalho e a casa que construir caiu e causou a morte do dono da casa, esse construtor será morto.

versar sobre o Direito do Consumidor. Tal Carta, embora se mostrasse um documento bastante sintético, serviu de inspiração para Resolução 87/C092/01 de 1975 (Conselho da Europa), estabelecendo um programa preliminar da CEE para uma política de proteção e informação do consumidor.

Em 1977 foi criado, na Inglaterra, o *Unfair Contract Terms ACT*, consistente num sistema de defesa do consumidor que objetivava o reconhecimento de nulidade de cláusulas abusivas, notadamente aquelas que viessem a excluir a responsabilidade e riscos do fornecedor, fora dos requisitos de razoabilidade, sendo que, naquele caso, a razoabilidade possuía caráter objetivo, seguindo padrões consagrados.

Na França, a legislação consumeirista é vasta. Em 1973, foi editada a *Lei Royer*, destinada à proteção do pequeno comércio e do artesanato, a qual continha normas de regulamentação da publicidade ilícita e a permissão de exercício de ação civil pelas associações de consumidores. Criou-se ainda, em 1978, a Lei nº 78-22 conhecida como *Lei Scrivner*, controladora das cláusulas abusivas, e a Lei nº 78-23, que em seu artigo 35 elenca os elementos caracterizadores da abusividade nas relações de consumo. Em 1995, foi editada a Lei nº95-96, que modificou alguns artigos do código do consumo, introduzindo o artigo 132-1, prevendo que, nos contratos concluídos entre profissionais e não profissionais ou consumidores, são abusivas as cláusulas que criem, em detrimento do não profissional ou consumidor, um desequilíbrio significativo entre os direitos e obrigações das partes contratantes. Figura interessante, recentemente incorporada pelo direito francês são os chamados superendividamento, caracterizado pela concessão desordenada de créditos a consumidores já endividados.

No direito Italiano, ao contrário do que prescreve a lei consumeirista brasileira e a alemã, as cláusulas abusivas nos contratos de consumo não são nulas de pleno direito. Segundo o artigo 1.341 italiano, as cláusulas abusivas podem ter eficácia, uma vez que especificamente aprovadas por escrito, sendo que a “aprovação”, nesse sentido, traduz a ideia de consentimento.

Nota-se, então, que o princípio da autonomia da vontade, conservando o aforismo *pacta sunt servanda*, ainda se faz presente em plano primário na lei italiana.

Entretanto, o código italiano traz a boa-fé expressa em seus artigos 1.175 e 1337. O primeiro dispositivo prescreve que o devedor e o credor devem se comportar segundo regras de correção, enquanto o segundo a boa fé, ou seja, o dever de conduta segundo as regras de correção e o dever de comportamento segundo a boa fé nada mais traduzem do que a boa fé objetiva, pois ambos os dispositivos citados consagram uma regra de comportamento.

As normas consumeiristas espanholas e portuguesas também contribuíram para formação do sistema jurídico brasileiro.

Já no Brasil, as relações começam a surgir nas décadas de 40 e 60, quando foram criadas diversas leis regulando o assunto como a lei da economia popular e, além disso, a Lei Delegada 4162 e a Constituição de 1967 com a primeira EC de 1969.

Já em 1985 a ONU adotou a Resolução 39/248 onde estabelece diretrizes para proteção do consumidor ressaltando a importância da participação dos governos na implementação de políticas de defesa do consumidor.

Com a Constituição de 1988, a proteção do consumidor ganha importância, garantindo a proteção constitucional pois é consagrada por está como uma garantia, além de ser um princípio norteador da atividade econômica, onde o artigo 48 da ADCT, determina a criação do CDC.

Em 11 de setembro de 1990, o CDC foi publicado, onde este só entrou em vigor no dia 11 de março de 1991.

3 ASPECTOS GERAIS DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR EM RELAÇÃO A RESPONSABILIDADE CIVIL

No CDC há a relação entre dois tipos de sujeitos que é o consumidor e o fornecedor.

Segundo Carlos Roberto Gonçalves e o Código de Defesa do Consumidor:

fornecedor é toda pessoa física ou jurídica pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os agentes despersonalizados que se desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.(GONÇALVES, 2011, p.43).

Assim, o fornecedor é aquele que produz, no caso o produto, fabricante, comerciante, prestador de serviço, ou órgãos de poder público que prestam serviços, sendo aquele que desenvolve atividade de produção, montagem e comercialização, onde se trata de atos contínuos e habituais.

De acordo com Carlos Roberto Gonçalves, através desta relação entre consumidor fornecedor é que se estabelece o conceito de responsabilidade objetiva, onde o consumo é em massa, sendo em face dos centros produtores o comerciante perdeu a proeminência de sua função intermediária.

A responsabilidade pelo fato do produto ou serviço vem da responsabilidade objetiva, onde o consumo é em massa, sendo em face dos centros produtores o comerciante perdeu a proeminência de sua função intermediária.

A responsabilidade pelo fato do produto ou serviço vem da responsabilidade objetiva, onde prescinde o elemento culpa a obrigação de indenizar atribuída ao fornecedor.

Pablo Stolze (2012, p.53-54), já define que consumidor de acordo com o artigo 2º do CDC: “Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço com destinatário final.”

Este conceito não é restrito a pessoa física ou jurídica, onde a primeira também recebe essa condição dependendo da circunstância a que se encontra, adotando o critério finalístico.

Alem disso no parágrafo único, fala que a coletividade de pessoas se equipara a condição de consumidor, onde se tem que a coletividade de pessoas que se equipara a condição de consumidor onde se tem o princípio da universalidade tratando-se da natureza coletiva difusa e homogênea, onde pode ser feita através de ação pública e ação civil coletiva, e prol da universalidade.

4 RESPONSABILIDADE CIVIL DO FORNECEDOR NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Maria Helena Diniz fala da responsabilidade civil do fornecedor trata de dois tipos:

I - Pelo fato do produto e do serviço: A responsabilidade do fabricante é objetiva independentemente de averiguação de culpa.

O art. 931 CC, trás o conceito de fato de produto existente imputada no artigo 12 do CDC, que fala da responsabilidade do empresário individual vinculado a circulação de produtos e ao incluir riscos ao desenvolvimento.

A responsabilidade civil situa-se no rompimento do equilíbrio provocado por um dano, ou seja, é como um dever, ante a inobservância de uma das partes que estabelecem um contrato, ante a ocorrência de dano para outrem, trazendo o patrimônio agredido ao estado inicial ou de se compensar a dor sofrida injustamente.

Partindo-se desse principio, aponta-se como fenômeno centralizador da responsabilidade o próprio agente causador do dano, até porque a culpa é o funcionamento da responsabilidade civil subjetiva.

O professor Silvio Salvo Venosa afirma que:

A responsabilidade civil leva em conta, primordialmente, o dano, o desequilíbrio patrimonial, embora em sede de dano exclusivamente moral, o que se tem em mira é a dor psíquica ou o desconforto comportamental da vítima. No entanto, é básico que, se houver prejuízo a ser ressarcido, não temos porque falar em responsabilidade civil: simplesmente não há porque responder. A responsabilidade civil pressupõe um equilíbrio entre dois patrimônios que deve ser restabelecidos. (VENOSA, 2003, p.26).

Dependendo da perspectiva em que é analisada, a responsabilidade civil pode se apresentar sob diferentes subespécies. São elas: a responsabilidade contratual e extracontratual, a responsabilidade subjetiva e objetiva e a responsabilidade nas relações de consumo.

De acordo com artigo 13 CDC, aquele que efetivar o pagamento a parte prejudicada entrará com uma ação regressiva contra os demais que participaram do evento danoso.

Maria Helena Diniz (2007) coloca que o fornecedor de serviços responderá independentemente da existência de culpa pela reparação de danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação de serviços bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre fruição e riscos.

Então se conceitua o serviço defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes entre as quais:

- a) Modo de seu fornecimento;
- b) O resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam;
- c) A época que foi fornecido.

Quando há adoção de novas técnicas, o serviço não poderá ser considerado como defeituoso para fornecedor só poderá ser isentado de sua responsabilidade se inexistir o defeito e que houve culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

De acordo com artigo 17 do CDC devem-se ressarcir os danos físicos e psíquicos causados por consumidor e demais vítimas do evento por vício de qualidade e segurança.²

II - Responsabilidade do fornecedor por vício do produto e do serviço.

De acordo com Pablo Stolze (2012) os defeitos que interferiam na qualidade ou economicidade do produto ou do serviço.

O sistema preparatório dado pela lei de defesa do consumidor, não se distingue o vício oculto do risco aparente, onde o artigo 18 do CDC trata dos produtos

² Art. 17. Para os efeitos desta seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento.

defeituosos, onde o dispositivo legal citado consagra os termos “duráveis” e “não duráveis”, onde confere o consumidor o direito de não apenas se pleitear a reparação que lhe é devida, mas se exigir a substituição das partes que deram defeito (viciadas).

Este tipo de responsabilidade segundo Pablo Stolze (2012, p. 65-68) é objetiva e solidária, fazendo com que facilite defesa da parte listada, que no caso é o consumidor.

De acordo com artigo 18 §1º do CDC, não sendo sanado o defeito dentro do prazo de 30 dias, o consumidor terá como alternativa substituição do produto por uma de mesma espécie, além de restituição do produto sem prejuízo de perdas e danos e abatimentos deste.

A responsabilidade contratual, também chamada de ilícito contratual ou relativo ocorre quando preexiste um vínculo obrigacional, e o dever de indenizar é consequência do inadimplemento. A responsabilidade extracontratual, também chamado de ilícito aquiliano ou absoluto, ocorre se o dever surge em virtude de lesão a direito subjetivo, sem que entre o ofensor e a vítima preexista qualquer relação jurídica que o possibilite.

A responsabilidade contratual envolve a aplicação de sanção às violações de convenções havidas em sede de relações privadas, emanadas das partes que a elas se tornam submissas. Já a extraconjugal é bem mais abrangente, sujeitando à sanção todos os que descumprirem dever estabelecido pela legislação ou norteados por preceito geral de Direito.

A responsabilidade subjetiva se inspira na ideia de culpa e a objetiva esteia-se na teoria do risco. A teoria subjetiva pressupõe a culpa, seja pela capacidade de o agente evitar o fato danoso, seja pela intenção, o dolo, de lesar o direito alheio. A teoria objetiva se despe destes requisitos e abarca a necessidade de se impor a alguém a obrigação de prestar indenização por fato relacionado à atividade ou ato exercido, já que havia ciência da possibilidade de eventual dano.

O Código de Defesa de Consumidor define todos os direitos do consumidor e, em virtude de origem constitucional do mesmo, suas normas estão embasadas em princípios e interesses sociais tendo por esse objetivo que é o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito, a sua dignidade, saúde, segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida bem como a transparência e harmonia das relações de consumo.

Com isso o Código de Defesa do Consumidor não se aplica a fórmula das perdas e danos, e, se há a aplicação subsidiária do CPC, pois se trata de uma tutela jurídica específica que compele o fornecedor a substituição do produto por outro, tendo perfeitas condições de uso.

O prazo decadencial de acordo com o artigo 26 é de 30 dias de produtos não perecíveis em se tratando de vício oculto, o §3º do mesmo artigo fala que o prazo se inicia quando apresentou o defeito.

5 COMÉRCIO ELETRÔNICO EO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Conforme, Venosa (2010, p.87), o CDC já traçava diretrizes básicas no direito pátrio em relação: comércio eletrônico, agora, quando se envolve mais de um país, como a sede provedor de dados, validade de certificados deverá ser feito por normas internacionais.

Esta modalidade, não foge dos conceitos tradicionais da responsabilidade tais como: negociação, ato culposos e dano, sendo estabelecida responsabilidade objetiva do fornecedor de produtos à larga escala, incluindo-se o comércio eletrônico, onde ficará a cargo do legislador o problema da aplicação da norma da informática.

As organizações brasileiras têm-se utilizadas amplamente as tecnologias de informação e comunicação para interligar suas várias áreas, fornecedores e clientes, processar um número grande de transações e atender uma grande quantidade de clientes de forma rápida segura e, muitas vezes, personalizadas.

O ambiente empresarial, tanto em nível mundial quanto em nacional, tem passado por inúmeras mudanças nos últimos anos, aos quais têm sido consideradas diretamente relacionadas com a tecnologia de informática. Um dos aspectos mais importantes desse novo contexto é o surgimento do ambiente digital, que passou a permitir, de fato, a realização de negócios da era digital e do comércio eletrônico.

O comércio eletrônico já é uma realidade em diversos setores da economia, estando em um estágio de evolução intermediário. O cenário atual, mesmo que não uniforme para todas as empresas em um índice ainda não muito elevado, permitir avaliar tal evolução e identificar suas tendências.

Essa evolução apresenta diversas consequências a serem entendidas para aproveitamento efetivo das potencialidades desse ambiente e para o tratamento adequado dos riscos envolvidos em uma situação com tal poder revolucionário. As principais áreas de consequências podem ser resumidas nas mudanças de relevância dos aspectos a serem considerados pelas empresas para a utilização do CE e na importância atribuída para as contribuições desse novo ambiente de negócios na era digital.

O novo ambiente empresarial é fundamentalmente baseado no ambiente digital, que tem como componente básico a Internet, considerada infra-estrutura de comunicação pública de acesso fácil, livre e de baixo custo.

A internet e seus serviços básicos tais como correio eletrônico e a World Wide Web, tem criado um novo espaço para realização de negócios. Esse novo ambiente tem fornecido para agentes econômicos tanto empresas quanto indivíduos, canais alternativos para trocar informações, comunicar-se, transferir diferentes tipos de produtos e serviços e iniciar transações comerciais.

A exploração do ambiente digital, composta pela utilização ampla e intensa das tecnologias de informação e comunicação que formam a infraestrutura de comunicação pública e que inclui a internet, está em um estágio intermediário. A evolução prevê a sua utilização para fornecimento e troca de informação, a comunicação e a realização de transações, tendo sido iniciada com a publicação de

informações institucionais e devendo desenvolver-se até a criação de comunidades, tanto de empresas quanto de pessoas, formando o ambiente de negócios na era digital.

O comércio eletrônico é a realização de toda cadeia de valores dos processos de negócio em um ambiente eletrônico, por meio da aplicação intensa das tecnologias de comunicação e de informação, atendendo aos objetivos de negócio. Os processos podem ser realizados de forma completa ou parcial, incluindo as transações negócio a negócio, negócio a consumidor e infra –organizacional, em uma infra- estrutura de informação e comunicação predominante pública, de acesso fácil, livre e de baixo custo.

Essa definição permite entender que a realização dessa cadeia de valores deve incluir desde a distribuição de informações de produtos e serviços até a realização de transações entre as partes que compõem o ambiente de negócio. Assim. O CE passa pelos estágios da utilização do ambiente digital, devendo essa evolução ser entendida e garantida por meio dos aspectos a serem considerados na utilização do CE, visando a garantir o aproveitamento de suas contribuições, apresentando sinais dos impactos da evolução. Outra dimensão que completa a análise do estágio do CE é a sua aplicação nos processos do negócio.

6 PECULIARIEDADES SOBRE O CONTRATO ELETRÔNICO

6.1 Conceitos de contrato eletrônico

Os contratos eletrônicos são aqueles celebrados por meio de programas de computador ou aparelhos que tenham tais programas, onde podem dispensar ou não a assinatura ou senha.

6.2 Aspectos jurídicos dos contratos virtuais

Em caso de contrato bilateral, serão sempre duas partes, onde é uma que compra e outra que vende.

Os servidores não se enquadram nesta relação, onde estes são chamados de agentes intervenientes, pois cabem a este somente as funções de organização de meios físicos, como equipamentos e logísticos que se refere à parte de software, onde este faz a comunicação entre o computador e a internet.

6.2.1 Agente interveniente ou provedor

Aquele que presta ao usuário um serviço de natureza variada, seja franqueando o endereço na internet, seja disponibilizando o site para a rede, armazenando ou prestando e coletando informações.

Na União Europeia, há certa dificuldade em se estabelecer que tipo de responsabilidade deva ter esses provedores a respeito às informações ilícitas e qual a pessoas que inicialmente colocaram estas informações em linha.

A solução encontrada foi adoção de princípios divergentes nos estados membros que criaram a legislação para o devido tratamento do problema.

6.2.2 Local de estabelecimento

Existe uma diferença entre o estabelecimento físico e o estabelecimento virtual. O estabelecimento virtual é aquele que o consumidor ou adquirente de bens ou serviços acessa exclusivamente, através de transmissão eletrônica de dados, enquanto que o estabelecimento físico é acessível pelo deslocamento no espaço.

Entende-se então que o estabelecimento virtual é aquele que se acessa através computador, *tablet* e *smartphone*, enquanto que o estabelecimento físico é a loja.

Com isso, aquele consumidor que compra através da internet, considera-se realizada no estabelecimento virtual.

Os tipos de estabelecimentos virtuais são três:

- a) Que se dá entre empresário, para a compra de insumos, sendo regido pelo Código Comercial;
- b) Que se dá entre o fornecedor e o consumidor, que se rege pelo Código de Defesa do Consumidor;
- c) É aquele que se dá no caso de leilão, onde empresário só é um mero intermediário e negociação entre os consumidores.

O estabelecimento virtual possui endereço eletrônico e possui duas funções:

A primeira é técnica que é a que proporciona a interconexão dos equipamentos, onde computador do usuário põe-se em rede com os equipamentos do provedor que geram página do empresário, como se fosse um número de telefone.

A segunda é o aspecto jurídico: que tem a função de identificação de estabelecimento na rede onde se registra pelo NIC.BR (núcleo de informação e coordenação do ponto BR), sendo essa uma associação de direito privado sem fins lucrativos.

6.3 Princípios do contrato eletrônico

Existem dois princípios: os gerais e os específicos.

6.3.1 Gerais

6.3.1.1 Autonomia da vontade

É quando as partes compactuem livremente mediante o acordo de vontades, onde é a possibilidade de contrato e de aderir ao contrato que se entende pertinente.

No pacto Sunt Servanda, as partes devem cumprir com que foi pactuado só que há exceção que é quando se trata de caso fortuito e força maior, ou por revisões judiciais de diversas razões.

O princípio do consensualismo quase sempre é um simples acordo de vontades e é o suficiente para validar um contrato, porém existem casos que a lei prevê de certas formalidades e solenidade para plena eficácia contratual.

Já no princípio da relatividade dos efeitos do contrato só gera efeito entre as partes, não podendo que terceiro seja beneficiado ou prejudicado.

No princípio da boa fé parte da ideia de que as partes devem agir com lealdade e confiança recíprocas, auxiliando mutuamente na formação e execução do contrato.

6.3.2 Específicos

O princípio da equivalência funcional por atos produzidos em meio eletrônico e meios tradicionais.

Veda qualquer diferença que haja entre os contratos eletrônicos tradicionais. Sendo assim este não pode ser invalidado porque se celebrou eletronicamente.

Já no princípio da inalterabilidade do direito existente sobre as obrigações e contratos este princípio determina que as obrigações originadas no ambiente virtual não necessitam de uma alteração no direito contratual vigente.

No princípio da identificação tem a finalidade de se evitar conflitos e futuras indagações onde se deve atentar para quem que elas estão lidando acontecendo através de assinatura digital.

No princípio da verificação estes devem ser armazenados para que não seja positivamente alegado como existente e possibilitar qualquer violação futura preservando a prova e celebração contratual.

7 NASCIMENTO DO CONTRATO ELETRÔNICO

Tem as mesmas fases do contrato que não é eletrônico que são:

- a) Negociações preliminares: as negociações preliminares ainda não obrigam os contratantes sendo somente entre as partes. Segundo Pablo Stolze é neste momento prévio que as partes discutem, ponderem, refletem fazem cálculos, estudos, realizam a minuta do contrato, estudos, redigem a minuta do contrato, enfim contemporiza interesses antagônicos, para que possam chegar a uma proposta final e definitiva;
- b) Oferta ou policitização: para se ter uma oferta o Web Site deve seguir alguns requisitos que estão no artigo 4º do projeto de Lei 1589, tratando de um *hol* taxativo, pois o fornecedor deve informar o consumidor de todos os detalhes sobre o produto ou serviço prestado. É de acordo com a fase de oferta ou policitização que deve se iniciar o contrato;
- c) Aceitação ou oblação: onde essa marca o encerramento contratual com a adesão de ambas as partes, tanto o contrato virtual quanto o real pode ser celebrado entre presentes e entre ausentes.

7.1 Classificação dos contratos eletrônicos

7.1.1 Contratos eletrônicos interativos

São os mais utilizados, onde é o mais peculiar. Tem-se a afinidade intrínseca com as condições gerais dos contratos, onde dependendo do molejo e das possibilidades de fazer alteração nem mesmo, onde pode ser transformado em contrato de adesão, onde contém cláusula preestabelecida.

7.1.2 Contratos eletrônicos interpessoais

Aqui o computador, já não é mais usado como um mero instrumento de comunicação e sim como instrumento que se comunica entre as partes.

Aqui nos contratos interpessoais temos a classificação de ausentes e presentes, só que enquanto a simultaneidade, onde se subdividem em:

Interpessoais simultâneos, que são os contratos que estão presentes, sobre isso Venosa diz o seguinte:

Na contratação via computador só podemos reputar entre presentes a formação do contrato quando cada pessoa se utiliza de seu computador de forma simultânea e concomitante, como se ocorresse uma conversa ordinária, materializada na remessa recíproca de dados remeteremos a proposta o destinatário está à espera, lê-la no monitor e enviar a aceitação ou rejeição ou fórmula contraproposta. (VENOSA, 2010, p.88).

Ou seja, para ser considerado entre presentes, o computador tem que ser usado pelas duas partes ao mesmo tempo, como se tivessem em uma conversa, onde se remete a resposta imediatamente se recebe a contraproposta, a aceitação ou não da proposta formulada.

Ocorre muito por mensagem instantânea, por videoconferência e chat.

Já os interpessoais não simultâneos são aqueles realizados entre ausentes.

Quem opera com esse sistema sabe que não é isso que geralmente ocorre. As transmissões são normalmente decorrentes de pré-programação, com horários acertados de transmissão que procuram, por vezes os momentos de menor sobrecarga na rede telefônica. Por sua vez, receptor, ou oblata no caso, raramente estará à espera da mensagem, postos a diante de seu equipamento eletrônico. Destarte, a contratação neste caso, é feita entre ausentes.

A contratação entre ausentes, geralmente é feita por email, porque nem sempre a pessoa estará o tempo todo on-line, onde a mensagem neste caso não é esperada, havendo um certo lapso temporal entre o envio e o recebimento da mensagem.

7.2 Local de celebração do contrato virtual

Em se tratando de consumo internacional, Carlos Roberto Gonçalves fala da prevalência do artigo 9º parágrafo segundo LICC, se valendo da regra do domicílio do proponente³.

³ Art. 9º Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que constituírem.

§1º Destinando-se a obrigação a ser executada no Brasil e dependendo de forma essencial será esta observada, admitidas as peculiaridades da lei estrangeira quando aos requisitos extrínsecos do ato.

§2º A obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar em que residir proponente.

Por exemplo, alguém aqui do Brasil faz compra no exterior via internet, consagra-se feita pelas regras dos países de origem, ou seja, o país de quem ofertou.

Só que há um problema, que é a aplicação do artigo 57 CDC que fala sobre cláusulas abusivas, onde se estes forem permitidas no país em que foi contratado, valer-se-á essa cláusula, não podendo evitar o aderente a limitação do seu direito.

A análise do CE deve ter como base principal duas dimensões: os aspectos a serem considerados na utilização do CE oferecem às organizações que elaboraram a estrutura de análise de comércio eletrônico.

Os aspectos podem ser entendidos como sendo as áreas que devem ser analisadas e tratadas pelas empresas para que possam implementar o CE e ter sucesso nessa estratégia de negócios oferecidas pelo CE, que as empresas poderão aproveitar caso tenham adequadamente os aspectos.

As empresas estão utilizando cada vez mais a infraestrutura internet e das aplicações de CE como os meios para realização de seus processos de negócios, com clara predominância daqueles relativos atendimentos aos clientes.

Essa utilização ainda está significativamente voltada para disponibilização de informações institucionais e de produtos e serviços, mas com clara tendência à realização de transações.

8 PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR E O CONTRATO CELEBRADO EM AMBIENTE VIRTUAL

8.1 Confiança e vulnerabilidade

Em seu artigo de proteção ao consumidor no comércio eletrônico faz com que o princípio da confiança não está positivado no nosso ordenamento jurídico, sendo decorrente dos princípios da transparência e da boa fé. Em se tratando de comércio

eletrônico, o princípio da confiança fora abalado, devido diversos fatores, onde o principal deles é a complexidade do meio virtual, que por sua vez causa pelo fato da:

- a) Distância;
- b) Despersonalização;
- c) Atemporalidade;
- d) Internacionalidade.

O que acaba gerando a desconfiança entre os consumidores, onde a partir disto cita-se Fábio Ulhoa Coelho (2011, p.23), que diz o seguinte: “A confiança é a chave para desenvolvimento eletrônico, pois muitos consumidores temem que suas informações sejam espalhadas.”

Este princípio da confiança é primordial para que o comércio eletrônico possa ser considerado como uma alternativa ao comércio físico, que é obtido através da transparência, levando ao consumidor o consenso ou a declaração da vontade, através de um pensamento racional, onde esta conclui que: “A confiança é o elemento central da venda em sociedade, e, em sentido amplo, é à base da atuação dos consumidores.”

Ou seja, além de ser a base para aplicação do CDC, junto com o princípio da vulnerabilidade, onde enseja em igualar os sujeitos da relação de consumo, além disso, ainda complementa que é importante destacar a vulnerabilidade do consumidor no que tange meio eletrônico, pois este geralmente não é um técnico ou especialista em computadores e, sim se trata de um usuário final.

Além disso salienta-se que o consumidor dentro deste espaço fica vulnerável devido à falta de controle que este tem sobre as próprias informações, onde a internet é considerada como um meio livre de informações e discriminações que são conhecidas, não tendo limites no mundo real e, enquanto mais vai crescendo o número de usuários, mais cresce vulnerabilidade do consumidor perante empresas inidôneas., neste espaço além do consumidor ser considerado como hipossuficiente, considerado também como vulnerável.

8.2 Proteção legal

Como já foi constatado no andamento desta pesquisa, trata-se de contratos celebrados entre os consumidores e fornecedores que através dos meios eletrônicos como internet, onde se aplica todos os requisitos e princípios norteadores de uma contratação tradicional onde se aplica os princípios da publicidade, da vinculação, da veracidade e da não abusividade.

Não se encontra normas específicas no ordenamento jurídico, mas o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor já é o suficiente para sanar a totalidade das divergências e conflitos que são pertinentes ao tema.

Em sua maioria, trata-se de contrato de adesão, onde se mitiga o princípio da autonomia de vontade, por se tratar de cláusulas pré determinadas, onde o consumidor não discute sua cláusula com o fornecedor, onde somente se dirige a loja virtual e adquire-se o produto com as cláusulas já definidas.

Só que se houverem cláusulas abusivas, aplica-se o artigo 51 do CDC.

8.2.1 Propostas legislativas

Destacam-se três propostas:

a) 4902/01 - que se dá pelo Senador Lúcio Alcântara onde fornece a regulamentação do comércio eletrônico e sua definição legal.

Em relação à segurança, o projeto prevê que os fornecedores deverão solicitar apenas informações que serão pertinentes, onde prevê a responsabilidade civil e penal do fornecedor que ceder informação a outrem.

Quanto à segurança do contrato, o projeto prevê o uso de identificação de fornecedor instrução precisa sobre o direito de arrependimento, onde deve-

se ter um meio de armazenamento do contrato, além dos meios empregados para a segurança da informação.

No que tange aos provedores de acesso, estes não devem ter acesso as informações de clientes do fornecedor, a não ser que haja uma ordem judicial para isto.

Só que o último andamento foi em 2002, através da PL7093/02;

- b) 1589/99 - dispõe sobre a validade jurídica do documento digital que foi apensado do Projeto 1483, que teve iniciativa do deputado DR Hélio Oliveira Castro, onde o anteprojeto foi criado pela OAB de São Paulo;
- c) PL 717/07 e PL979/07, onde a primeira previa o meio de cancelamento de compra pelo site e, a segunda previa uma alteração do Código de Defesa do Consumidor, para que fornecedor de produtos por via eletrônica fornecesse informações completas de CNPJ, endereço e o telefone de suas instalações físicas.

8.2.2 Tratados internacionais da América Latina e da Europa

Os países da União Europeia são precursores a adaptar a realidade ao comércio eletrônico destacando as seguintes medidas:

- I - diretiva sobre a base de dados eletrônicos (96/9/CE);
- II - diretiva sobre proteção de dados;
- III - diretiva sobre serviços de telecomunicações (97/13/CE);
- IV - diretiva sobre serviços nas telecomunicações (97/13/CE);
- V - diretiva sobre privacidade nas telecomunicações (97/66/CE);
- VI - diretiva sobre transparência regulamentar (98/94/CE e 48/CE)
- VII - diretiva sobre serviços de acesso condicional (98/84/CE);
- VIII - diretivas sobre a assinatura eletrônica (1999/93/CE) (destacando original).

A União Europeia sempre se preocupa com o consumidor, onde tem uma política de melhor atendimento possível.

Na América Latina, algumas leis foram criadas para disciplinar sobre documentos e assinaturas digitais, que no caso da Argentina por exemplo, se iniciou o âmbito governamental que só existe uma PL que regulamenta a assinatura digital em esfera privada.

8.2.2.1 Lei modelo da Uncitral

Newton de Lucca (2000) faz comentário aos artigos desta lei. O artigo 1º segundo o autor dá uma lição de cidadania dizendo que não será sobreposto ao direito do consumidor e ela sugere um texto para as nações que desejam limitar a aplicação da lei.

Foi feita pelo Congresso Nacional Europeu para que se garanta um elevado nível de defesa do consumidor garantido:

- a) 1º a redução de riscos de atividades ilegais da internet;
- b) 2º a imposição de transparência aos operadores de modo que facilite a tomada de decisão dos consumidores;
- c) 3º o estabelecimento de novas formas de garantias para ambas as partes da relação contratual, onde se deve ter o fornecimento de meios para que os consumidores corrijam erros de manipulação e identificar claramente o caminho do contrato e a necessidade do prestador de serviços ou de bens de imitar avisos de recebimento;
- d) 4º a facilidade para os meios de recursos onde se deve promover o Código de conduta, tornando possível a solução de litígio por meio extrajudicial.

Já o artigo segundo da lei Uncitral traz definições dos termos aplicadas ao da lei:

Artigo 2 – Definições

Para os fins desta lei:

Entende-se por “mensagem eletrônica” a informação gerada, enviada, recebida ou arquivada eletronicamente por meio óptico ou por meios similares incluindo entre outros, “intercâmbio eletrônico de dados” (EDI), correio eletrônico, telegrama, telex e fax;

Entende-se por “intercâmbio eletrônico de dados” (EDI) a transferência eletrônica de computador para computador de informações estruturadas de acordo com um padrão estabelecido para tal fim;

Entende-se por “remetente” de uma mensagem eletrônica a pessoa pelo qual, ou em cujo nome, a referida mensagem eletrônica seja enviada ou gerada antes de seu armazenamento caso este se efetue, mas não quem atue como intermediário em relação a esta mensagem eletrônica;

O intermediário, com respeito a uma mensagem eletrônica particular, é a pessoa que é nome de outrem envie, receba ou armazena esta mensagem eletrônica ou preste outro serviço com relação a esta mensagem.

O sistema de informação é um sistema para geração, envio, recepção, armazenamento, e outra forma de processamento de mensagens eletrônicas.

O capítulo dois fala das formalidades legais que se tem o reconhecimento jurídico de mensagens de dados, incorporação por remissão, escrito, assinatura, originalidade, admissibilidade e força probante das mensagens de dados além da conversão destas.

O capítulo três fala da formação e da validade do contrato entre as partes, das mensagens eletrônicas e suas atribuições, além da confiança do recebimento o tempo e o lugar, enquanto que na parte nº 2, fala-se da parte especial, que segundo Newton de Lucca (2000) está incompleta.

No artigo de proteção do consumidor no comércio eletrônico, o modelo destina-se as relações resultantes de intercâmbio eletrônico de dados, onde incluem desde as relações de fax, até relações de comércio eletrônico, onde incluem desde as relações de fax, até relações de comércio eletrônico, onde está não exclui nenhuma técnica de comunicação onde é aplicada.

A finalidade é o oferecimento ao legislador em conjunto de regras para que se viabilizem de forma segura as negociações do comércio eletrônico que se dá através de princípios norteadores.

Para se alcançar esses objetivos, precisa ter uma adesão por inteiro no ordenamento interno, pois se trata de uma lei bem equilibrada e definida.

8.3 Direito de arrependimento

Segundo o artigo 49 CDC conta-se o prazo de sete dias a partir da assinatura ou do ato do recebimento do produto e do serviço, se ocorrer fora do estabelecimento, sendo tanto através do telefone quanto a domicílio.

Em se tratando de âmbito virtual, aplica-se inteiramente, não havendo restrição a norma.

Em relação ao prazo, vale o que consta da assinatura eletrônica ou senha quando for o caso.

Se não há assinatura, conta-se da data em que se enviou o email, ou do recebimento do serviço e do produto.⁴

O prazo então é de sete dias porque se trata de negociação à distância onde arrependimento é constante, ainda que a lei fale que este será ressarcido com valor reajustado, só que este valor que deverá ser devolvido, terá que ser de forma mais rápida possível.

⁴ Art. 49 o consumidor pode desistir do contrato, no prazo de sete dias a contar de sua assinatura ou do ato de recebimento do produto ou serviço, sempre que contratação e o fornecimento de produtos e serviços ocorrer fora do estabelecimento comercial.

Único se o consumidor exercer o direito de arrependimento neste artigo os valores eventualmente pagos, a qualquer título, durante o prazo de reflexão, serão devolvidos de imediato monetariamente atualizados.

O direito de arrependimento não é mais absoluto pois ambas as partes devem ter a boa fé objetiva, onde o consumidor não deve usar indistintamente causando prejuízos ao fornecedor.

9 DO SISTEMA NACIONAL DE DEFESA DO CONSUMIDOR

O sistema nacional é o conjunto de regras organizadas sob um princípio geral, que se entende a todo território nacional.

A defesa do consumidor é um ato legal de protegê-lo dos prejuízos oriundos das relações de consumo, dada a sua hipossuficiência.

No Brasil, a questão da defesa do consumidor ganhou foro social reclamando normação das situações de consumo e a criação de órgãos para proteção do mais fraco.

Então se busca um equilíbrio nas relações de consumo, uma vez que a igualdade contratual quase sempre anda em descompasso com a realidade social.

No Brasil, o início da preocupação com o consumo se deu com a criação do Conselho Nacional de Defesa do Consumidor (CNDCC), instalado em 1985 mediante o Decreto nº 94508/85, para assessorar o Presidente da República na Política Nacional de Defesa do Consumidor.

Uma vez instalado, o CNDCC procurou conscientizar os governos estaduais da necessidade da criação dos Programas Estaduais de Defesa do Consumidor (PROCON'S), além da implantação das curadorias e delegacias especializadas e dos Juizados Especiais Cíveis.

Os PROCON'S não possuem personalidade jurídica, vinculando-se as secretarias (de Justiça ou de Planejamento) ou Gabinete Civil do Governador.

Tendo por finalidade coordenar o sistema na esfera estadual, assessorar o governo, denunciar irregularidades, exigir providências e informar o consumidor dos seus direitos.

A informação para os consumidores são feitas por campanhas educativas e informativas junto às associações ou por intermédio da imprensa.

Uma vez conscientizado do seu papel na sociedade o consumidor tem a motivação de se defender utilizando os meios jurídicos de seu alcance.

10 CONCLUSÃO

Conclui-se que o consumidor é hipossuficiente e ao mesmo tempo a parte mais fraca da relação de consumo, onde se tratando de contratos e comércio a coisa fica pior ainda pois não se sabe com quem está se contratando, correndo-se um risco maior do consumidor de ser lesionado pela outra parte, além da exposição de dados pessoais dentro da rede.

Como não há uma lei própria falando sobre os contratos eletrônicos, aplica-se para este tipo de contrato a analogia, utilizando-se do Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor principalmente no que tange o arrependimento eficaz, além de direitos e deveres do fornecedor, que basicamente são os mesmos de um que tem a loja física.

Enfim, se trata na sua maioria de contratos de adesão, onde a autonomia é mitigada pela cláusula prontas do contrato, o arrependimento eficaz, se aplica as mesmas regras por comércio feito a domicílio e por telefone, onde se tem prazo de sete dias a partir do recebimento do produto, mas este também é mitigado, só que pelo princípio da boa fé fazendo com que se tenham regras enquanto ao uso deste instituto pelo consumidor, para que este não lese a parte que fornece o produto.

A criação do micro sistema do CDC caracteriza-se um marco histórico para o direito Brasileiro, onde se aplica os princípios constitucionais e Código Civil, mas hoje, pela

evolução da sociedade este tem que enfrentar novos desafios para que pessoas do tempo atual, não tenham seus direitos lesionados por outros através do meio virtual.

De acordo com o que foi dissertado neste trabalho, mesmo se tendo a aplicação por analogia do CDC, quando vai se fazer uma compra em meio virtual tem que tomar conhecimento com quem você está contratando, pois não se sabe quem está por trás do outro lado da rede, pois este pouco ser o que denominamos de craker, além de pessoas que montam empresas somente de fachada para gerar lucros em cima da hipossuficiência do consumidor, ou pessoas estrangeiras em que país dela permita certo uso de cláusulas, que aqui chamamos abusivas, onde se limita os direitos de quem está comprando.

REFERÊNCIAS

BISNOTTO, Edineia Santos, **Breve considerações sobre o código de defesa do consumidor**. Disponível em: <<http://www.ambito-jurídico.com.br/último>>. Acesso em: 27 jan. 2014.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 20 fev. 2014.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 4 de janeiro de 1994**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 20 jan. 2014.

_____. **Lei 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/l8078.htm>. Acesso em: 27 jan. 2014.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de direito comercial, v.1**: direito de empresas. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto (Coord.). **Direito e internet**: aspectos jurídicos relevantes. São Paulo: Edipro, 2000.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro, v.7**: responsabilidade civil. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**: responsabilidade civil. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro v.3:** contratos e atos unilaterais. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

SILVA, NETO, Abdo Dias. **Contratos eletrônicos e a aplicação da legislação moderna.** Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5365>. Acesso em: 27 jan. 2014.

VENOSA, Silvio de Salvo, **Direito civil, v.6:** responsabilidade civil. 10.ed. São Paulo: Atlas, 2010.