



CENTRO UNIVERSITÁRIO PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS – FUPAC
***Campus Magnus* - Barbacena**
FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS/FADI DE BARBACENA
CURSO DE DIREITO

LETÍCIA MARIA DO NASCIMENTO MACEDO

**O DIREITO DIGITAL E O IMBRÓGLIO DO ARTIGO 49 DO CÓDIGO DE DEFESA
DO CONSUMIDOR**

BARBACENA

2019

LETÍCIA MARIA DO NASCIMENTO MACEDO

**O DIREITO DIGITAL E O IMBRÓGLIO DO ARTIGO 49 DO CÓDIGO DE
DEFESA DO CONSUMIDOR**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário Presidente Antônio Carlos, sob orientação da Prof. Fernando Antônio Mont'Alvão do Prado, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

BARBACENA

2019

LETÍCIA MARIA DO NASCIMENTO MACEDO

**O DIREITO DIGITAL E O IMBRÓGLIO DO ARTIGO 49 DO CÓDIGO DE
DEFESA DO CONSUMIDOR**

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito do Centro Universitário Presidente Antônio Carlos-UNIPAC como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Aprovado em: __/__/__

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof: Fernando Antônio Mont'Alvão do Prado

ORIENTADOR

(Banca)

(Banca)

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	6
2 A CRIAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E A REALIDADE ATUAL	8
3 AFINAL DE CONTAS, O QUE É O COMÉRCIO ELETRÔNICO?	14
3.1 Tipos de <i>E-Commerce</i>.....	14
3.2 Principais diferenças entre o e-commerce e o comércio comum.....	16
4 AS ENTREGAS EM CURTO PRAZO, O PERECIMENTO DO PRODUTO/SERVIÇO E A LACUNA EXISTENTE	18
4.1 O direito de arrependimento expresso no artigo 49 do CDC aplicado aos serviços e compras instantâneas	21
5- CONCLUSÃO	25
6- REFERÊNCIAS	28

RESUMO

O Comércio é uma das atividades mais antigas na humanidade, com o passar do tempo evoluíram-se as técnicas e a necessidade de modernização, a partir daí esta atividade passou a tentar adequar-se à essas evoluções e a realidade do fácil acesso à internet. Diante dessa facilidade de negócios jurídicos por aplicativos à mão do consumidor, o novo modelo de mercado representou grandes avanços para as relações consumeristas, mas também inúmeros desafios. Em 1988, a Constituição Federal incluiu a defesa do consumidor como garantia fundamental, haja vista a fraqueza do consumidor frente ao poderio econômico, buscando assim proteger a parte vulnerável (consumidor) desta relação, em cumprimento a Carta Magna, no início da década de 90 criou-se a Lei 8.078/90, conhecida como Código de Defesa do Consumidor, trazendo princípios e normas para proteção desta relação econômica. Neste diapasão temos o artigo 49 que regula a respeito das compras fora do estabelecimento comercial e seu prazo de arrependimento, exercício este sem qualquer necessidade de justificativa ou vício, em contrapartida, o outro lado do mercado (fornecedores) vivem a insegurança jurídica, pois a lei não vem acompanhando a evolução digital, que no final das contas poderá influir nos bens e serviços dispostos ao consumidor, inclusive na lei da oferta e demanda. Portanto, a morosidade legislativa em cumprir o seu papel em uma sociedade contemporânea de crescimento tecnológico exponencial cria o embaraço jurídico de qual a hermenêutica deve ser utilizada para o arrependimento de produtos e serviços instantâneos.

Palavras-chave: Direito do consumidor, Direito de arrependimento, Comércio Eletrônico, Aplicativos, Evolução Digital, Lacuna.

ABSTRACT

The Trade is one of the oldest activities in the humanity, in the course of time the techniques and the modernization need were developed, since then it is him activity passed to try to adapt to the those evolutions and the reality of the easy access to the internet. Due to that easiness of juridical businesses for applications by hand of the consumer, the new market model represented great progress for the consumer relationships, but also countless challenges. In 1988, the Federal Constitution includes the consumer's defense as fundamental warranty, have seen the weakness of the consumer front to the economical might, looking for like this to protect the vulnerable (consuming) part of this relationship, in execution the Letter in the beginning of the decade of 90, grew up the Law 8.078/90, known as Code of Defense of the Consumer, bringing beginnings and norms for protection of this economical relationship. In this pitch we have the article 49 that regulates regarding the purchases out of the commercial establishment and yours period of regret, exercise this without any justification need or I addict, in compensation, the other side of the market (supplying) lives the juridical insecurity, because the law is not accompanying the digital evolution, that in the end of the bills can influence on the goods and services disposed the consumer, besides in the law of the offer and demand. Therefore, the legislative slowness in accomplishing his/her role in a contemporary society of exponential technological growth creates the juridical embarrassment of which the hermeneutic should be used for the regret of products and instantaneous services.

Word-key: the consumer's Right, regret Right, Electronic Trade, Applications, Digital Evolution, Gap.

1 INTRODUÇÃO

As transformações da humanidade em nível exponencial atingiram de forma profunda como o ser humano negocia.

A sociedade de modo geral busca se adaptar sempre ao meio em que vive, e com o modo de consumo não é diferente. Há alguns anos não era possível imaginar a possibilidade de compras por meio de apenas um “click” em sites, aplicativos e outros. O *e-commerce* como é também conhecido o comércio eletrônico, trouxe a vantagem para os consumidores de terem um leque maior de variedades de produtos e serviços, principalmente no que tange a precificação e quanto à qualidade, e tudo isso na comodidade de sua casa, entretanto, nem fornecedor nem consumidor conseguiram compreender a extensão das relações digitais, quiçá o Poder Judiciário. A simbiose consumerista a priori parece ser uma relação comensalista, todavia é necessária uma visão mais acurada para vislumbrar um parasitismo de ambos os lados.

Segundo (Rocha, 2012), o meio de comunicação de mais rápida taxa de adoção da história dos EUA foi a internet, tendo em vista que enquanto a televisão demorou 26 anos, o telefone 25 anos e o celular 13 anos, a internet demorou 7 anos para ser utilizada por um quarto da população, e com isso surgiu um novo tipo de marketing, o digital, que vem sendo utilizado por meio das mídias sociais, tais como: *Facebook, Instagram, WhatsApp e Twitter*.

A *internet* proporcionou uma importante contribuição aos negócios das organizações, de maneira lucrativa ao oferecer acesso mais amplo à informações, serviços e recursos a qualquer hora e à partir de qualquer lugar. (Fernandes, 2011)

A Carta Magna trouxe expresso o direito do consumidor, coincidentemente, pouco tempo depois, na década de 1990, foi o grande “*boom*” da internet no Brasil, e a criação da Lei 8.078/90.

Importante esclarecer que quando se promulgou essa lei, a maioria da população não tinha acesso à internet, nem poderia se imaginar que seria algo essencial ao dia a dia das pessoas. Apesar de abrangente em vários aspectos, o CDC contém várias lacunas quando nos deparamos com a realidade atual do modo de

consumo. Além do legislativo e o judiciário agirem de modo precário em algumas de suas decisões, o rápido crescimento deste tipo de mercado também é um fator que dificulta que o meio jurídico seja adequado com a nova realidade de consumo.

O setor terciário é o que tem tido maior crescimento digital ao longo do século XXI, tal crescimento advindo do consumo aumentou sobremaneira o crescimento econômico dos fornecedores que acompanharam a evolução digital. Nesta onda de terra sem lei onde todos querem uma fatia do mercado, a exemplo de toda esta evolução são os aplicativos de *delivery* (*fast-service*) que têm tido um crescimento significativo no mercado, pois tem se tornado cada vez mais comum, principalmente em grandes cidades que os consumidores tenham a preferência em fazer compras dos mais diversos produtos na comodidade de sua casa, inclusive em aplicativos de supermercados que permitem a compra de produtos classificados como perecíveis. Os aplicativos que oferecem serviços também tiveram um crescimento significativo pela rapidez, economia e facilidade que oferecem a quem os solicita, como exemplos temos os populares *Uber* e *Cabify*. Uma importante regulamentação para a relação consumerista foi o “direito de arrependimento”, que se encontra no artigo 49 do CDC.

Toda essa dinâmica das vendas de produtos ou serviços via internet são denominadas *e-commerce*, e segundo dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios, (PNAD, 2013), nos três meses anteriores à pesquisa cerca de 116 milhões de pessoas utilizaram a internet no Brasil (64,7% de toda a população do país), nesta pesquisa houve também a indicação de que 77,1% dos brasileiros possuíam celular, e a maioria dos internautas do Centro-Oeste acessam internet por meio de dispositivos móveis (celulares e *tablets*).

Como toda evolução, o *e-commerce* trouxe seus “prós” e “contras” para ambos os lados, e é justamente o objetivo deste trabalho, aquilatar e minimizar dentro de uma análise jurídica os contras desta relação.

2 A CRIAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E A REALIDADE ATUAL

Em 1985, a resolução 39/248 da ONU instituiu o direito à proteção do consumidor, e o porquê da criação deste direito, resolução esta que serviu como referência basilar em todo o ordenamento jurídico. Nesta resolução os objetivos básicos de proteção ao consumidor são os que foram trazidos na redação do CDC, como exemplo a segurança à vida do consumidor, o direito às informações sobre os produtos de forma clara e objetiva, e ainda o incentivo às condições de mercado que facilitem a política de precificação dos produtos.

Pouco depois, em 1988, a própria Constituição Federal de 1988 em seus artigos 5º inciso XXXII, 170 inciso V já estabelecia a proteção do consumidor da seguinte forma:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

V - Defesa do consumidor;

Já na década de 1990 foi criada a Lei 8.078/90, promulgada em 11 de setembro de 1990 e entrou em vigência 11 de março de 1991. Sem dúvidas foi uma das grandes conquistas no âmbito legislativo, uma vez que as relações consumeristas ainda não possuíam proteção legal, deste modo eram desequilibradas.

Antes dos referidos dispositivos serem criados, os problemas que surgiam nas relações consumeristas eram dirimidos pelo Código Civil, quando a evolução econômica e comercial foi se tornando evidente, a necessidade da criação da referida lei também se mostrou cada vez mais latente. O CDC foi criado com a finalidade de proteger o hipossuficiente nas relações comerciais, trazendo uma proposta de contratos regidos pela máxima transparência entre fornecedor e consumidor.

Não há dúvidas quanto aos benefícios que a criação do CDC trouxe aos consumidores e a sociedade como um todo, a proteção ao consumidor fez com que as relações consumeristas melhorassem e se tornassem mais harmoniosas.

Atualmente o mais comum é que grande parte das pessoas tem acesso à internet através dos smartphones, que trazem inúmeros aplicativos que oferecem compras e serviços de forma instantânea, e em contrapartida os fornecedores usufruem da facilidade e do alcance dos sites e aplicativos para fortalecerem a atividade comercial e o próprio marketing se perfaz de forma mais econômica para as empresas, foi nessa relação de comensalismo, que fora instituído o CDC.

Os grandes avanços do Comércio Eletrônico, trouxeram a abertura de algumas lacunas na legislação contida no CDC, uma vez que as técnicas comerciais e o modo desse “novo comércio” geraram novas situações nas relações consumeristas, vislumbrando a alta mudança do direito e da sociedade, principalmente depois da nova constituição que deixou de ser normativa passando por alta carga principiológica. O CDC nesse esteio trouxe em seu artigo 4º os princípios norteadores da relação fornecedor e consumidor, sendo eles:

1. Princípio da Dignidade da pessoa humana: é o que garante que todos sejam minimamente respeitados em toda relação jurídica, ligado mais a concepção de direito natural.
2. Princípio da proteção: na Constituição Federal, no seu artigo 5º, XXXII, sendo dever do Estado a proteção do consumidor, aplicando as normas deste Código objetivando equilibrar as relações consumeristas que antes, eram desiguais.
3. Princípio da vulnerabilidade: é reconhecer a fragilidade do consumidor na relação consumerista, é um requisito de suma importância para o reconhecimento do consumidor, pode ser vulnerabilidade jurídica, técnica, socioeconômica, fática ou informacional.

4. Princípio da transparência: em que o fornecedor deve trazer claramente e objetivamente todas as informações de seus produtos ou serviços ao consumidor, o que facilita na escolha de seu produto.

5. Princípio da boa-fé objetiva e do equilíbrio: é um dever inerente tanto ao consumidor quanto ao fornecedor, é regra de conduta, devendo ser pautada na lealdade, cooperação e honestidade.

6. Princípio da Informação: juntamente com o princípio da transparência, este garante que todo produto deve conter as informações de forma clara para o consumidor como qualidade, quantidade, características e preço, e ainda os riscos que o produto pode apresentar.

7. Princípio da facilitação da defesa: com o objetivo de facilitar a defesa do consumidor, pois tem a maior dificuldade de exercitar seus direitos no que diz respeito a comprovação técnica, material, processual, intelectual ou fática, tendo como a inversão do ônus da prova um instrumento que ilustra esse princípio.

8. Princípio da revisão das cláusulas contratuais: o consumidor pode rever as cláusulas contratuais para atingir o equilíbrio entre as partes pois, cláusulas extremamente onerosas ferem o princípio do equilíbrio, portanto podem ser revistas a qualquer tempo, sendo mais uma forma de proteção do consumidor.

9. Princípio da solidariedade: todos respondem solidariamente pela reparação dos danos, é mais um instrumento de defesa processual.

10. Princípio da conservação dos contratos: quando houver a desproporcionalidade ou onerosidade em excesso, deve ser modificado a fim de buscar que seja cumprido o contrato, sendo a extinção do mesmo a última alternativa.

11. Princípio da igualdade: com o intuito de criar uma certa isonomia ao consumidor e ao fornecedor na relação contratual, este princípio consiste na exigência de o fornecedor agir pela boa-fé objetiva em sua atuação.

Todos esses princípios elencados no artigo 4º do Código de Defesa do consumidor reforçam que a ideia de sua criação foi sem dúvidas a proteção do consumidor, buscando equilíbrio contratual de modo que nenhuma das partes sobressaísse à outra.

Na doutrina, segundo Antônio Herman V. Benjamin, é possível ainda encontrar a seguinte definição para o Código de Defesa do Consumidor:

“O Código de Defesa do Consumidor constitui verdadeiramente uma lei de função social, lei de ordem pública econômica, de origem claramente constitucional. A entrada em vigor de uma lei de função social traz como consequência modificações profundas nas relações juridicamente relevantes da sociedade.” (BENJAMIN, 2016, p. 122)

Sendo assim, não há dúvidas quanto a importância de tal criação para o meio jurídico, mesmo sendo positivado a proteção ao consumidor na Constituição Federal em 1988, encontrou-se necessidade em criar legislação específica, uma vez que havia diversas situações da qual a Constituição não era abrangente, uma vez que era amplo o sentido dos artigos 5º, XXXII e 170, V.

Para melhor delimitar essa relação, o CDC trouxe expressamente em seu artigo 2º o que se enquadrava em consumidor:

Art. 2º. Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

Dessa forma facilitando a interpretação das relações consumeristas que eram levadas ao judiciário.

Para a doutrina o conceito de consumidor é bem claro e objetivo, vejamos:

“Conceito de consumidor: Quando se fala em proteção do consumidor, pensa-se, inicialmente, na proteção do não profissional que contrata ou se relaciona com um profissional, comerciante, industrial ou profissional liberal. É o que se costuma denominar de noção subjetiva de consumidor, a qual excluiria do âmbito de proteção, das normas de defesa dos consumidores, todos os contratos concluídos entre dois profissionais, pois estes estariam agindo com o fim de lucro.” (BENJAMIN, 2017, p. 77)

Sempre que mencionamos a palavra consumidor, seja em uma conversa mais formal ou em uma ocasião com amigos, o primeiro conceito que nos vem à mente é de que apenas as pessoas físicas figuram essa posição, entretanto o CDC é bem objetivo quanto a definição de que o mesmo é abrangente, e ainda, menciona também as pessoas jurídicas. Na atual realidade que denominamos *e-commerce* está cada vez mais comum a modalidade *E-commerce Business to Business*, que figuram também como consumidores as pessoas jurídicas (empresas), o que traz amplo crescimento ao novo mercado e novos desafios ao judiciário, podemos considerar desta forma.

É necessário desconstruir a visão de que apenas as pessoas físicas de consumo final são consideradas consumidores, os modelos econômicos têm sofrido avanços a todo instante, e a realidade é que nem sempre a legislação consegue acompanhar as transformações de forma tão rápida quanto o tempo em que elas ocorrem, causando transtornos à quem busca o poder judiciário e também ao legislador que tem que aplicar uma legislação ultrapassada, recorrendo à analogias quando se depara com uma situação em que não há regulamentação que se adequa ao caso.

Apesar de se denominar Código de Defesa do Consumidor, pois seu objetivo era justamente este, proteger essa parte da relação de consumo visto que anteriormente o poder econômico muitas vezes demandava nas relações consumeristas, o CDC também nos traz a definição do que se entende por fornecedor em seu artigo 3º:

Art. 3º. Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

§ 1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.

§ 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

Não somente produtos, mas também a prestação de serviços é abrangida pelo CDC, regulamentação esta que facilitou muito os contratos de consumo, principalmente no atual modelo econômico em que estamos inseridos.

O que tem acontecido em muitos casos que chegam ao judiciário é que quando não se consegue usar uma analogia aos artigos que estão expressos no CDC, se recorre às jurisprudências, que muitas vezes não conseguem suprir a falta de regulamentação específica, apresentando assim lacunas na legislação que infelizmente em alguns casos, ainda não conseguiu se adequar a realidade do novo modelo econômico inserido nessa nova era digital da qual estamos vivendo.

3 AFINAL DE CONTAS, O QUE É O COMÉRCIO ELETRÔNICO?

Com o passar dos anos as técnicas foram se modernizando, e como toda mudança é necessário que haja adaptações perante as inovações, não somente o mercado, mas também os próprios consumidores precisaram mudar a sua forma de fazer compras.

Esse novo modo de fazer compras via internet é denominado *e-commerce*, esse termo é usado para referir-se aos comércios virtuais, portanto, todo site, aplicativo de compras e serviços se encaixa no *e-commerce*. Entretanto, importante destacar que não somente sites e aplicativos fazem parte do que configuram o *e-commerce*, mas também vendas que podem ser feitas através das mídias sociais.

As empresas pioneiras nesse tipo de comércio e as que iniciaram esse mercado foram as conhecidas *Amazon* e *eBay*, mas ao longo desses 19 anos muitas transformações ocorreram, cada dia está mais constante a evolução no âmbito tecnológico e econômico desse tipo de mercado, então é mais do que óbvio que muitas mudanças vieram para melhoria desse tipo de atividade econômica.

Pesquisas realizadas no início do século XXI apontavam que o acesso à internet era em torno de 9,8 milhões de internautas, as últimas pesquisas realizadas pelo IBGE no ano 2016 apontam cerca de 116 milhões de internautas brasileiros. (IBGE, 2017)

Os dados de faturamento também aumentaram de forma expressiva com o passar dos anos desde que se inseriu essa modalidade no comércio brasileiro. A *WebShoppers* da *E-Bit* em 2017, realizou um estudo sobre os dados do faturamento e constatou que esse tipo de mercado faturou cerca de 47,7 bilhões, à medida do passar dos anos esses dados só aumentaram, evidenciando a forte e real tendência de crescimento do *e-commerce*, gerando assim receitas cada vez maiores, e fortalecendo esse novo mercado.

3.1 Tipos de *E-Commerce*

O *e-commerce* é dividido nas seguintes classificações, que são as mais aderidas nesse tipo de comércio, sendo elas:

- ***E-commerce B2B (Business to Business)*** que é a modalidade da qual as negociações são realizadas pelas empresas, relação fornecedor e loja virtual.
- ***E-commerce B2C (Business to Consumer)*** que é entre as modalidades a de maior adesão, que é basicamente o *e-commerce* e o consumidor final.
- ***E-commerce C2C (Consumer to Consumer)*** é quando a negociação é de consumidor para consumidor, podemos usar como exemplo os grupos de classificados em redes sociais, brechós, sendo outra modalidade que tem tido significativo crescimento.

A aplicação do CDC se subdivide em três teorias, estas tornam a interpretação deste códex de forma mais objetiva em cada caso concreto.

A interpretação finalista, é o modo que o CDC interpreta aqueles consumidores que figuram no polo da relação consumerista de forma final, como o consumo familiar, aquele que a finalidade do produto termina ali, estando a vulnerabilidade do consumidor e de pequenas empresas reconhecida e efetivando sua proteção.

De outro lado temos a interpretação maximalista, é de forma abrangente a todos que façam parte de uma relação consumerista, seja a dona de casa como destinatário final, quer seja uma grande empresa que invista em sua obra prima, sendo desta forma uma interpretação mais moderna, buscando com que as regras sejam aplicadas de modo que se tenham equidade entre as partes, e que seja interpretado o artigo 2º do CDC de forma objetiva.

Há ainda uma terceira interpretação, a interpretação finalista aprofundada, que tem sido mais aplicada pelo STJ, no que tange a interpretar a relação consumerista de forma mista, quando uma empresa pode figurar como consumidor final. (BENJAMIN, 2017), em sua obra cita o seguinte exemplo:

“Esta nova linha, em especial do STJ, tem utilizado, sob o critério finalista e subjetivo, expressamente a equiparação do art. 29 do CDC, em se tratando de pessoa jurídica que comprova ser vulnerável e atua fora do âmbito de sua especialidade, como hotel que compra gás.” (BENJAMIN, 2017, p. 1253)

As três teorias são aplicáveis aos tipos B2B, B2C e C2C, sendo a interpretação finalista aprofundada a mais moderna entre as três.

3.2 Principais diferenças entre o *e-commerce* e o comércio comum

Atualmente é muito rotineiro que as pessoas usem sites para realizar compras e com mais frequência os aplicativos instalados em seus smartphones, foi necessária muita evolução para alcançarmos o patamar do *e-commerce* que estamos hoje. Algumas diferenças são notáveis entre um tipo de comércio e outro, vejamos:

• Variedade e precificação dos produtos:

Se tratando da variedade e dos preços dos produtos, o comércio eletrônico traz mais vantagens para o consumidor visto que, nos sites é possível pesquisar e comparar os mais variados tipos de produtos, o que no comércio comum, o consumidor teria muito mais desgaste para fazer essa pesquisa de preços, se deslocando de um estabelecimento ao outro.

No comércio eletrônico é fácil pesquisar, até mesmo em sites especializados em comparação de preços do mesmo produto em várias lojas em tempo real, o que traz facilidades para esse tipo de consumidor, que na maioria das vezes consegue ter um resultado econômico considerável nos produtos, e uma maior comodidade.

• Verificação dos produtos e as trocas:

Mas como dito anteriormente, tudo tem seus “prós” e “contras” e com o *e-commerce* não seria diferente. Uma grande desvantagem desse modo de comércio é o consumidor não visualizar de fato a mercadoria que está comprando, o material, tamanho e qualidade dos produtos, por mais que os sites têm cada vez mais detalhado

seus produtos para tentar evitar transtornos, o consumidor ainda corre o risco de receber um produto adverso do que compra, ou até mesmo comprar em plataformas que são fraudadas, o que no comércio comum já é um risco que geralmente o consumidor não corre, pois consegue escolher o produto tendo o mesmo em mãos, da mesma forma caso seja detectado algum vício redibitório no produto é mais fácil a troca no comércio comum do que no comércio eletrônico.

4 AS ENTREGAS EM CURTO PRAZO, O PERECIMENTO DO PRODUTO/SERVIÇO E A LACUNA EXISTENTE

Com a evolução das tecnologias e celulares mais modernos, denominados de smartphones, os internautas passaram a conhecer não somente os sites das empresas, mas também os aplicativos, estes por sua vez tiveram seu desenvolvimento em razão da necessidade de manter o internauta e consumidor atualizado, que por sua vez também buscou se modernizar de acordo com as evoluções do mercado.

Empresas de tecnologia viram uma oportunidade de aumentar seus lucros criando aplicativos para empresas físicas que já existiam no mercado e possuíam sites, mas se inovaram com novas ideias de empreendimentos através da internet.

É necessário reconhecer que a realidade em que vivemos não condiz com a legislação aplicada, importante destacar que não somente os meios de comunicação evoluíram, o perfil do consumidor atual não é o mesmo de quando criou-se o CDC. Com a facilidade de acesso à internet, as pessoas de modo geral tiveram mais acesso à todo tipo de informação sendo mais fácil até mesmo conhecerem os próprios direitos. Mais informados, consumidores passaram a acionar o judiciário de forma mais frequente, entretanto o julgador sem ter respaldo de uma legislação atualizada, recorre a aplicação de analogias do ordenamento existente.

Segundo Patrícia Peck Pinheiro, “Como instrumento da regulação de condutas, o Direito deve refletir a realidade da sociedade.” Realidade esta que nem sempre encontra abrigo no judiciário pois, é evidente que as transformações sociais interferem no ramo jurídico.

O consumidor também se deparou com novos modelos de serviços, através de aplicativos que foram lançados no mercado e rapidamente tiveram seu “boom”, muitas vezes por trazerem muitas facilidades e até mesmo uma melhor oferta de precificação. Entretanto, como toda mudança, o e-commerce não seria diferente trazendo seus “prós” e “contras”, apesar da rápida adesão por parte dos consumidores de modo geral, como são relações relativamente de novo modo, o CDC deixou lacunas a serem revistas pelos legisladores. O Direito de Arrependimento expresso no artigo 49 do CDC, não traz nenhuma especificação de quais produtos e serviços são abrangidos

por esse dispositivo. Podemos citar como exemplo de aplicativos que tiveram essa rápida adesão os seguintes:

- **Uber:**

Basicamente o Uber é um aplicativo que oferece serviço de transporte particular, como os táxis. O diferencial é que por esse aplicativo o consumidor seleciona o seu trajeto e em tempo real consegue verificar o preço de sua corrida, escolher a forma de pagamento, informações do motorista e quanto tempo aproximadamente seu transporte irá chegar. Esse modelo de aplicativo revolucionou esse seguimento da economia, uma vez que antes só se era possível solicitar esse tipo de serviço através dos taxistas, e o preço era alto se comparado ao do aplicativo. O consumidor quer o serviço rápido e barato contudo não quer arcar com o custo social da desregulamentação do transporte público, e como os microempreendedores poderão ter sucesso frente as novas proteções do consumidor, criando um verdadeiro monopólio.

- **iFood:**

O iFood oferece serviços de delivery (*fast-service*), de modo que o consumidor consegue pelo aplicativo selecionar o estabelecimento que deseja solicitar o serviço, o preço, a forma de pagamento e o tempo de entrega. Antes da chegada dessa ferramenta (os aplicativos) já era comum solicitar serviços de delivery por telefone, essa forma ainda é muito comum, mas cada vez mais consumidores estão aderindo à aplicativos pois em alguns ainda é possível usar cupons de descontos, o que gera economia visível a quem os solicita, sendo um dos motivos da grande adesão por parte do consumidor à esse modelo.

Esses dois aplicativos são os mais populares entre os consumidores e se enquadram em aplicativos de compras e serviços instantâneos, pois o tempo para a realização do serviço é realmente rápido em comparação aos outros.

O Uber por exemplo, dependendo da localização, os motoristas levam cerca de 2 a 3 minutos para chegar à localização em que o consumidor o espera, desta forma, o consumidor pode se encontrar desprotegido no que tange o artigo 49 do CDC, que aduz que nas compras fora do estabelecimento comercial, o prazo de arrependimento expresso no CDC é de 7 dias. Importante destacar que no caso do Uber, dependendo do tempo em que o consumidor cancela a corrida é cobrado uma taxa pela desistência do serviço, e enquanto o consumidor não efetuar o pagamento pendente não é possível solicitar nova corrida, o que juridicamente falando vai de encontro ao artigo 49 do CDC, que legitima a desistência do consumidor mesmo que desmotivadamente em até 7 dias.

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

Parágrafo único. Se o consumidor exercitar o direito de arrependimento previsto neste artigo, os valores eventualmente pagos, a qualquer título, durante o prazo de reflexão, serão devolvidos, de imediato, monetariamente atualizados.

No momento em que o consumidor busca o judiciário, este tendo que se basear em analogias, se torna cada vez mais suscetível a ocorrer a insegurança jurídica, pois a tendência que ocorra novos conflitos entre a realidade e uma legislação com lacunas é grande, a inércia do legislador cria situações embaraçosas tanto para o consumidor quanto para o fornecedor. A necessidade de adaptar-se à realidade das novas relações consumeristas é de extrema importância.

Em sua obra, Patrícia Peck Pinheiro, esclarece a respeito da realidade e a falta de especificações:

“Isso quando há fontes a serem consultadas. Entretanto, adaptar-se a essa nova realidade significa dar continuidade à vocação histórica do Direito, que sempre seguiu transformações ocorridas na estrutura da sociedade.” (PINHEIRO, 2016, p. 157)

Apesar do CDC ser uma legislação consideravelmente recente em comparação às demais, deveria ser analisado e revisado conforme a realidade atual e a necessidade que o judiciário encontra de ter uma legislação moderna para o novo modelo de comércio que cada dia mais se faz presente, que denominamos como comércio eletrônico ou e-commerce.

Ainda se tratando da obra de Patrícia Peck Pinheiro, a autora aborda claramente a dificuldade dos Magistrados no que tange as leis que ainda não abrangem todos os campos relacionados ao consumidor, vejamos:

“A tarefa do Magistrado tem sido enfrentar debates e conflitos em torno de assuntos que ainda não estão devidamente tratados em lei mais específicas, dando margem a gerar diversos tipos de interpretação por parte da Justiça, dentre eles, por exemplo, os limites relacionados ao uso e a proteção de dados pessoais considerando todo o poder do “Big Data”, o direito ao esquecimento que permita a remoção de conteúdos sobre uma pessoa na Internet, a aplicação do direito de arrependimento e compras *online* quando o bem é um ativo intelectual ou mais intangível e a penalização sobre a infração de propriedade intelectual e como fica a análise do princípio da insignificância e do uso social.” (PINHEIRO, 2016, p. 144)

Com a dificuldade em aplicar legislações peculiares aos casos que envolvam o consumidor e as compras feitas pelo e-commerce, relações jurídicas podem ficar suscetíveis à insegurança jurídica, uma vez que analogias não são uma forma “segura” de garantir que os casos levados ao judiciário serão resolvidos de forma eficiente.

Na obra de Pinheiro, a autora cita Don Tapscott, pois, para ele toda essa Revolução Digital, é regida por quatro pilares principais que são eles: a transparência, o compartilhamento de conhecimento, colaboração e mobilização. Gerando assim o que se denomina “capital digital” merecendo a devida proteção.

4.1 O direito de arrependimento expresso no artigo 49 do CDC aplicado aos serviços e compras instantâneas:

Os aplicativos de serviços e produtos sem dúvidas vieram para melhorar e facilitar a vida de consumidor e fornecedor, todavia, esta facilitação traz inúmeros questionamentos.

É verdade que este tipo de comércio veio de modo a se incorporar no cotidiano do ser humano, basta analisarmos quantos aplicativos é hospedado pelo Google Play, aproximadamente 1,43 milhão.

Uber e Ifood estão entre os aplicativos mais populares, o que nos leva a crer que essa popularidade advém pelo tipo de serviço que oferecem e também pela precificação em relação aos outros do mesmo seguimento, entretanto, é necessário pensarmos se todos os direitos que protegem o consumidor estão de fato assegurados por esses aplicativos também em relação ao direito de arrependimento, contido no artigo 49 do Código de Defesa do Consumidor.

A respeito da criação desse instituto da reflexão, Antônio Herman V. Benjamin, esclarece qual a finalidade:

“Finalidade: Para proteger a declaração de vontade do consumidor, para que essa possa ser decidida e refletida com calma, protegida das técnicas agressivas de vendas em domicílio, o art. 49 do CDC inova o ordenamento jurídico nacional e institui um prazo de reflexão obrigatório e um direito de arrependimento.” (BENJAMIN, 2017, p. 1267)

Como os serviços oferecidos pelos aplicativos é de forma instantânea, o direito de arrependimento se perde nestas relações, visto que não é possível exercê-lo no período que a legislação autoriza, neste caso existe por parte do consumidor uma desproteção e em contrapartida uma insegurança para os empresários, tornando o instituto da reflexão de difícil aplicação na prática do mundo digital instantâneo.

Temos como exemplo, a locação de filmes pela internet, se aplicarmos expressamente o artigo 49 do CDC, o consumidor poderá se arrepender da compra mesmo já tendo consumido o produto, pois, poderá ele alegar que não agradou do filme sendo que a previsão do art. 49 é clara que o arrependimento não precisa ser motivado .

Portanto, ao se falar em lei, se tem a máxima, *dura lex sed lex*, no caso apresentado acima, qual a norma deve ser aplicada? A do consumidor ou da boa-fé

e princípios que regem a economia, há de ressaltar que o artigo em comento é norma regra e não norma-princípio, assim de aplicação literal.

Outrossim também temos a Play Store do Google, quando o consumidor adquire aplicativos que são pagos, como jogos, os termos de uso permitem que o consumidor possa desistir daquela compra e solicitar o reembolso no prazo máximo de 48 horas, sendo assim, vai de confronto com o artigo 49 do CDC, fazendo com que o consumidor tenha seu direito de arrependimento mitigado.

A jurisprudência a seguir traz exatamente a aplicação deste entendimento:

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

(STJ - REsp: 1340604 RJ 2012/0141690-8, Relator: Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Data de Julgamento: 15/08/2013, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 22/08/2013)

Por outro prisma, tem que ser considerado que, caso o consumidor aplique o direito de arrependimento inclusive nos aplicativos de serviços e compras instantâneas, a relação entre o fornecedor e o consumidor se torna desequilibrada, uma vez que o fornecedor terá insegurança na prestação de certos tipos de serviços. No momento em que o fornecedor se sente inseguro ou sofrendo prejuízos por conta

da legislação, tende a deixar de oferecer aqueles serviços ao mercado de consumo, o que prejudicaria o próprio consumidor que conseqüentemente teria os benefícios oferecidos pelo *e-commerce* afetados, como por exemplo, a variedade, a precificação, e a comodidade e rapidez das compras feitas pela internet.

Importante trazer a discussão que os princípios elencados no artigo 4º do CDC se aplicam tanto ao fornecedor quanto ao consumidor, portanto, será que somente o consumidor age de boa-fé nas relações de consumo?

A insegurança jurídica gerada ao fornecedor por conta do desequilíbrio das relações, ferem também o artigo 170 da Constituição Federal no que tange à ordem econômica, pois, não havendo consumidores, também não haverá fornecedores, o que desencadearia uma instabilidade grave na ordem econômica pois, não tendo capital do comércio a economia sofreria um enorme abalo.

O artigo 49 do CDC não traz especificações de quais tipos de serviços são abrangidos pelo direito de arrependimento, como supracitado, podendo trazer divergências e desequilíbrio nas relações consumeristas.

No ordenamento jurídico temos o PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE, muitas vezes aplicados ao Código de Processo Civil, entretanto, por que não o aplicar no Código de Defesa do Consumidor em casos específicos como o exemplificado?

Sendo razoável aplicar o artigo 49 do CDC proporcionalmente de acordo com cada caso em concreto, buscando não desfavorecer nenhum dos lados da relação consumerista.

5- CONCLUSÃO

É notório que nas últimas décadas a sociedade vem passando por transformações drásticas e dramáticas, quando do lançamento do CDC no Brasil sem dúvidas era uma lei a frente do seu tempo, mas como tudo neste país burocrata, as leis não acompanham a evolução da sociedade, talvez seja por este motivo um ativismo judicial nunca visto na história da nação brasileira, vez que o legislativo e o executivo demoram atender os anseios da nação.

Esse ativismo judicial é resposta de um poder aos anseios da sociedade, todavia, o judiciário é um sistema lento e ineficaz na maioria dos casos. A bem da verdade, justiça é um termo eloquente que não traz a paz social adequada, quiçá o judiciário.

Neste ponto, vemos que o artigo 49 do CDC ao entabular o direito de reflexão de forma clara e precisa atendia aos anseios de 1990, contudo tal artigo ao que tudo indica irá trazer mais problemas do que soluções para o novo mercado que vem se expandindo.

É nítido que o consumidor necessita ser protegido e amparado, caso contrário o abuso de poder econômico será algo inexorável na relação de consumo, ainda viveremos um tempo em que David vencerá Golias.

Neste desiderato de proteção ao consumidor que o artigo 49 fora cunhado, todavia, a relação de consumo vem tomando outro espectro, fornecedores não são mais pessoas abastas que possuem grandes empresas, grande poderio econômico. As posições vêm se alterando, modificando e com as facilidades dos aplicativos, o padeiro que vivia de porta em porta vendendo seu pão, atualmente já vende além do pão outros produtos através de plataformas digitais.

Com essa nova roupagem, tratamento tributário diferenciado, aliados a alta do desemprego, o Brasil vivencia um crescimento do número de empreendedores e microempreendedores, e a forma que estes pequenos investidores estão encontrando para ganhar o pão de cada dia é através de vendas e serviços oferecidos por estes aplicativos, tornando inclusive um meio de crescimento na economia do país.

Notamos que a visão de proteção do consumidor quando da sua criação não abarcava os excluídos de emprego, de profissão e de pouco recurso financeiro, ou seja, o CDC veio com a leitura, que o consumidor deve ser protegido a qualquer custo e a qualquer preço, não importando quem seja o fornecedor.

Na outra ponta temos consumidores abastados, com celulares e equipamentos arrojados, onde os salários de um não daria o centésimo do que o fornecedor consegue ganhar por ano.

Na relevante missão de proteção ao consumidor estamos caindo na armadilha de desprotegê-lo, pois, em análise perfunctória é nítido que uma pequena parte das grandes empresas detém o monopólio do e-commerce. Neste desiderato se deve a proteção conferida dada pelo artigo 49 do CDC a este monopólio, pois, arcar com toda a despesa para que o produto ou serviço chegue até o consumidor há necessidade de capital considerável para que, caso o consumidor resolva desistir da compra pelo simples motivo que já usou a camisa na festa que queria, não é suportável pelo pequeno e médio empresário.

Vertendo a análise do artigo 49 CDC, verificamos que existem inúmeras empresas de prestação de serviço que se desenvolve no quintal de casa, buscando muitas vezes sair de uma crise econômica, o que chamamos de STARTUP, sendo que o crescimento deste tipo de empresário depende e muito de uma legislação atualizada e um judiciário à altura da sua inovação.

O instituto da reflexão é uma conquista do consumidor, mas tal instituto deve ser sobrepesado e analisado agora considerando o mundo digital, operações instantâneas, consumos imediatos e pedidos quase imperceptíveis aos olhos da burocracia jurídica brasileira devem tornar o direito do consumidor, e principalmente o referido instituto maleável, sob pena de ocorrer uma desproteção ao consumidor e opressão aos pequenos empreendedores, e ainda permitir que as empresas já consolidadas neste ramo de atuação tenham maior segurança jurídica, tendo normas dentro do princípio da proporcionalidade e razoabilidade, princípios estes também esculpidos na Carta Cidadã.

Diante todas as situações explanadas, é necessário que haja uma reforma no CDC, objetivando abordar as compras e serviços instantâneos acompanhando a

evolução tecnológica com escopo de preservar ambas as partes da relação consumerista, sob pena de termos decisões conflitantes entre a norma e o princípio, vez que no entendimento do Supremo Tribunal Federal não há hierarquia principiológica. Desta feita, ao aplicar o prazo de 7 dias para as referidas relações estaremos em confronto direto com diversos princípios que regem a economia, a livre iniciativa, boa-fé e claro com passar do tempo tolhendo inclusive a proteção ao consumidor.

Este trabalho foi realizado com o intuito de apresentar a visão de uma formanda com pensamento crítico e “fora da caixa” para um problema iminente que os tribunais logo terão que enfrentar.

6- REFERÊNCIAS

Blog *DCG*. [Online] Disponível em: <https://www.dcg.com.br/blog/dcg-school/e-commerce-o-que-e-entenda-mais-sobre-comercio-eletronico/>. Acessado em: 23 de Março de 2019.

BENJAMIM, Antônio Herman V. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda, 2017.

Giuliano Gonçalves. **E-commerce Brasil**. [Online] 08 de março de 2018. [Citado em: 11 de abril de 2019.] Disponível em: <https://www.ecommercebrasil.com.br/noticias/37-webshoppers-e-commerce-faturou-r-47-bi-2017/>. Acessado em: 13 de Abril de 2019.

Google, Suporte. <https://support.google.com/googleplay/answer/2479637?hl=pt-BR>. [Online] Acessado em: 18 de Abril de 2019.

IBGE. **Instituto Brasileiro de Geografia Estatística**. [Online] 2017. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/trabalho/17270pnadcontinua.html?edicao=23205&t=sobre>. Acessado em: 20 de Abril de 2019.

PEREIRA, Luiz Fernando. **Jus Brasil**. [Online] 2013. [Citado em: 2019.] Disponível em: <https://drluizfernandopereira.jusbrasil.com.br/artigos/111968098/breves-nocoos-sobre-os-principios-gerais-do-codigo-de-defesa-do-consumidor>. Acessado em: 01 de Maio de 2019.

PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito Digital**. São Paulo: Saraiva, 2016.

PNAD. **Acesso à internet e a televisão e posse de telefone móvel celular para uso pessoal. PNAD – Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios**. [Online] 2013. Disponível em: <http://loja.ibge.gov.br/pesquisa-nacional-por-amostra-de-domicilios-pnad-2013-acesso-a-internet-e-a-televis-o-e-posse-de.html>. Acesso em: 05 de Maio de 2019.