

O DIREITO DE ARREPENDIMENTO DO CONSUMIDOR NO COMÉRCIO ELETRÔNICO DE PRODUTOS DIGITAIS

João Batista Nicoli Textor •
Maurício Nedeff Langaro •

Resumo: O trabalho estuda o exercício do direito de arrependimento pelo consumidor nas compras de produtos digitais realizadas pela internet. O estudo se justifica em razão de que estes produtos são bens imateriais, integrando o patrimônio do consumidor tão logo armazenados no computador, tornando, em tese, inviável o exercício do direito de arrependimento, pois não há meios de o bem ser devolvido ao fornecedor. O objetivo central é analisar se o direito de arrependimento previsto no CDC pode, ou não, ser exercido pelo consumidor que adquire produtos digitais por meio do comércio eletrônico, levando em conta os princípios do direito do consumidor frente aos direitos dos fornecedores. O problema é se é possível aplicar o direito de arrependimento às compras de produtos digitais realizadas por meio da internet. A resposta envolveu duas hipóteses: a possibilidade do direito de arrependimento ser exercido com base na vulnerabilidade do consumidor, aliado a teoria do risco do negócio; a outra seria a impossibilidade de se exercer o direito de arrependimento com fundamento na boa-fé objetiva e a necessidade de se equilibrar as relações de consumo entre consumidor e fornecedor, pelo reconhecimento da má-fé do consumidor que usa o direito. Utiliza-se o método de abordagem dedutivo e o procedimento bibliográfico, e indiretamente do comparativo. Conclui-se, a partir de uma leitura da legislação atualmente existente e dos princípios do CDC, que o ordenamento jurídico brasileiro deve avançar no sentido de regular o caso concreto estudado, mas, não obstante isso, a vulnerabilidade e os demais direitos do consumidor não podem tornar irrestrito o exercício do direito de arrependimento, sob pena de supervalorizar a condição de vulnerabilidade do consumidor e, em

* Bacharel em Direito; Formado pela Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo; email: joaotextor@gmail.com.

* Advogado; Mestre em Direito pela UNISC; Especialista em Direito do Estado pela UFRGS; Titulado pela Escola Superior da Magistratura/Ajuris; Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo (UPF); Professor/Palestrante da Escola Superior de Advocacia (ESA/OAB-RS); email: mauricio@bernardeselangaro.adv.br.

consequência, desestabilizar as relações de consumo e a economia de forma geral.

Palavras-chave: Consumidor. Comércio eletrônico. Direito de arrependimento. Produtos digitais.

Abstract: The paper studies the performance of the consumer by repentance of law in the digital products made by internet shopping. The study is justified on the grounds that these products are intangible property, integrating consumer assets as soon as stored on the computer, making, in theory, impossible to exercise the right of cancellation, as there is no way to good to be returned to the supplier. The main objective is to analyze the right to repentance mentioned in the CDC may or may not be exercised by consumers who purchase digital products through e-commerce, taking into account the principles of consumer law compared to the rights of suppliers. The problem is whether it is possible to apply the law of repentance shopping for digital products made through the internet. The response involved two hypotheses: the possibility of cancellation rights be exercised on the basis of consumer vulnerability, combined with the business risk theory; the other would be the inability to exercise the right of cancellation on the basis of objective good faith and the need to balance consumer relations between consumer and supplier, the recognition of consumer bad faith using the right. We use the deductive method of approach and the literature procedure, and indirectly the comparative. It follows from a reading of the currently existing legislation and the principles of the CDC, the Brazilian legal system should move to regulate the specific case studied, but, despite this, vulnerability and other consumer rights not can make the unrestricted right of repentance, otherwise overvalue consumer vulnerability condition and therefore destabilize consumer relations and the general economy.

Keywords: Consumer. Digital products. Electronic commerce. Repentance of law.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O trabalho trata do direito de arrependimento previsto pelo CDC, mais especificamente quanto à sua aplicação nas compras de produtos digitais realizadas pela internet, ou seja, no comércio eletrônico. A pesquisa se justifica em razão de

que os produtos digitais são bens imateriais, que ao serem salvos no disco rígido de um computador ou em outro meio de armazenamento, passam a integrar definitivamente o patrimônio do consumidor. Diante disso, considerando que um dos pressupostos do exercício do direito de arrependimento é a devolução do produto adquirido para o fornecedor, e que o bem imaterial pode não ser devolvido – podendo inclusive ser copiado inúmeras vezes – questiona-se a efetividade do exercício desse direito.

O objetivo, então, é analisar a extensão do direito de arrependimento, quanto à sua aplicação, passando pelo estudo da base constitucional do CDC e dos seus princípios, afora os contratos de adesão, a fim de resolver o problema: é possível aplicar o direito de arrependimento às compras de produtos digitais realizadas por meio do comércio eletrônico. Os objetivos específicos são analisar a legislação brasileira quanto ao tema, projetos de lei, eventuais jurisprudências e, também, como o caso é tratado em legislações internacionais.

Há duas hipóteses para a resolução do problema. A primeira consiste na possibilidade de aplicação do direito de arrependimento para as compras de produtos digitais por meio da internet, pois o CDC tira sua base da Constituição Federal (CF), tendo como um dos princípios básicos o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor, que seria aliada a teoria do risco do negócio, pela qual o fornecedor assume todos os riscos do mercado de consumo.

De outro lado, tem-se a hipótese da impossibilidade de aplicação do direito de arrependimento, já que o CDC, embora reconheça a vulnerabilidade do consumidor, não pode desqualificar a boa-fé e o equilíbrio nas relações de consumo, além de um dos objetivos do CDC ser garantir direitos ao consumidor frente aos fornecedores, porém não em detrimento única e exclusivamente destes últimos.

Assim, o trabalho estrutura-se em três partes. Primeiro se analisam as bases constitucionais do CDC e os princípios inerentes ao direito do consumidor, especialmente o da vulnerabilidade, o qual se aplica à figura do consumidor, um dos sujeitos da relação de consumo, o outro, o fornecedor. Num segundo momento, se cuidam dos contratos de adesão, os quais intensificam a vulnerabilidade do consumidor, principalmente em razão das cláusulas abusivas, o que tem relação

direta com o instituto da boa-fé objetiva, a qual cria deveres anexos ao contrato. Finaliza-se o ponto com a análise do direito de arrependimento, o qual pode ser exercido pelo consumidor que adquire produtos ou serviços fora do estabelecimento comercial, sua justificativa, extensão, consequências e obrigações.

Por fim, tratam-se das bases do comércio eletrônico, quais as espécies desse comércio e suas características, com sustentação nas obras de Finkelstein, Marques e Andrade. Estuda-se, ainda, o Dec. 7.962/13, que regula as relações de consumo no âmbito do comércio eletrônico, além do Projeto de Lei do Senado (PLS) 281/2012, que também visa regular as relações eletrônicas. Trabalha-se, também, com legislação estrangeira sobre o assunto.

Por conseguinte, se analisa a possibilidade ou não de aplicação do direito de arrependimento nas compras realizadas pelo meio eletrônico, citando as posições doutrinárias favoráveis à sua aplicação (Marques, Tartuce, Nunes) e a posição contrária, minoritária (Coelho).

Assim, se usa o método de abordagem dedutivo, e do procedimento bibliográfico, a partir da análise da doutrina em livros e artigos, e, indiretamente, se usa o método comparativo.

1 CDC: SUJEITOS DAS RELAÇÕES DE CONSUMO E VULNERABILIDADE

O CDC (Lei 8.078/90) foi uma norma revolucionária no ordenamento jurídico brasileiro, pois até o seu advento as relações de consumo eram regidas pelo Código Comercial e pelo Código Civil, que não levavam em conta a fragilidade do consumidor no mercado de consumo. O CDC é uma lei principiológica baseada em ditames constitucionais, que define a figura do fornecedor e do consumidor, reconhecendo este como o extremo mais fraco, vulnerável, da relação de consumo.

O CDC possui base constitucional sólida, em diversos artigos, dentre eles o que trata dos direitos fundamentais (art. 5º, XXXII) e o que define as bases da ordem econômica e financeira (art. 170, V), os quais instituem a defesa do consumidor como um princípio. Assim, verifica-se que o Estado¹ toma uma posição ativa na

¹ Tão importante o tema que, no art. 24, VIII, a CF definiu como concorrente a competência entre a União, os Estados e o Distrito Federal para legislar sobre responsabilidade por danos ao consumidor, demonstrando, assim, a preocupação em relação ao consumidor.

defesa dos direitos consumeristas, indo de frente à ideia de abstenção estatal, preconizada pelo liberalismo econômico, já que o consumidor é a parte vulnerável da relação de consumo e necessita de proteção estatal, conforme Nishiyama (2010, p. 1).²

Como é cediço, o objeto principal de tutela do CDC é a relação de consumo e os elementos a ela inerentes – sujeitos e objeto. Uma relação jurídica consiste em um vínculo entre dois sujeitos, no qual um deles pode exigir uma prestação a que o outro é obrigado a prestar (DINIZ, 2010, p. 515). Assim, quando uma relação jurídica se configurar como uma relação de consumo, esta será regida pelo CDC.

O primeiro sujeito dessa relação a ser conceituado é o fornecedor – sujeito passivo, previsto no art. 3º, *caput*, CDC³. Verifica-se que, toda pessoa física e ou jurídica, e inclusive entes despersonalizados, podem ser enquadrados como fornecedor, bastando, para isso, haver o desenvolvimento de atividades tipicamente profissionais com algum grau de habitualidade (MARQUES, 2006, p. 393).

A habitualidade não significa haver a realização de uma atividade profissional durante um longo período, ela pode ser periódica ou sazonal, mas deve configurar uma atividade econômica (TARTUCE, 2012, p. 63). Ou seja, qualquer indivíduo que, por um período mais ou menos breve, realizou a venda de determinados produtos ou prestou algum serviço, pode ser definido como fornecedor (NUNES, 2011, p. 131).

Do mesmo modo, as pessoas jurídicas não necessitam ter determinado modelo empresarial para se configurarem como fornecedoras. Considera-se sujeito passivo da relação de consumo as fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista, autarquias e outros órgãos da administração pública direta ou indireta (NUNES, 2011, p.131), bem como as concessionárias e permissionárias de

² Ademais, além da defesa do consumidor, o art. 170, CF, define outros princípios gerais para a prática da atividade econômica, como a livre concorrência, que conforme Nunes (2011, p. 100-3), trata-se de um parâmetro que garante a limitação de um explorador pelo outro e pelo próprio mercado, isto é, deve-se colocar em circulação produtos de melhor qualidade, segurança, eficiência e durabilidade, com um preço igual ou inferior aos do seu concorrente, a fim de fidelizar o cliente.

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

serviços públicos, conforme o art. 22, CDC. Ademais, as atividades exercidas por elas podem ser de importação, exportação, distribuição, comercialização, criação, montagem, produção, construção ou transformação de produtos, ou, ainda, a prestação de serviços.

No que se refere aos prestadores de serviços, art. 3º, §2º, CDC, define como serviço apenas as atividades realizadas mediante remuneração. Mas a norma deve ser relativizada, diante das definições de serviços essencialmente gratuitos e aparentemente gratuitos. Enquanto os primeiros não exigem uma contraprestação do usuário para ser prestado, como é o caso dos serviços de filantropia e do Sistema Único de Saúde (SUS), os aparentemente gratuitos são aqueles em que a gratuidade é obtida pela (pré)contratação de um serviço remunerado, sendo que estes últimos são tutelados pelo CDC (DIEHL, 2014, p. 189).

Além disso, Tartuce (2012, p. 88-9) refere que a jurisprudência também trata como relação de consumo aqueles serviços aparentemente gratuitos que geram uma vantagem indireta ao fornecedor, tais como o sistema de milhagem de companhias aéreas e estacionamentos gratuitos em estabelecimentos comerciais, já que esses serviços se tornam um atrativo para os consumidores, podendo ser utilizados até mesmo como uma forma de publicidade.

Finalmente, há de se definir o que se entende por consumidor, o sujeito ativo da relação de consumo. O CDC, já no art. 2º, define consumidor como “toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.” Desse breve conceito, deve-se destacar o fato de que não é necessária a aquisição do produto, pois sua mera utilização por um indivíduo, como destinatário final, já o configura como consumidor (ALMEIDA, 2003, p. 38).

O parágrafo único do art. 2º traz a figura do consumidor equiparado, sendo “a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.”. Além desses, o CDC também define como consumidor, no art. 17, as vítimas de eventual dano causado por produto ou serviço. Já em seu art. 29, a legislação equipara a consumidor “todas as pessoas determináveis ou não” que forem expostas às práticas comerciais previstas no Capítulo V do CDC – Das Práticas Comerciais.

Assim, se nota a existência de um consumidor direto, que adquire ou utiliza o produto ou serviço, e um consumidor indireto, que é classificado pela coletividade, mesmo que não tenha participado diretamente da relação de consumo. É imprescindível, contudo, que o consumidor direto seja destinatário final do produto. A fim de esclarecer o que se entende por destinatário final, devem ser analisadas algumas teorias acerca do tema.

A teoria finalista ou minimalista foi adotada expressamente pelo CDC no art. 2º, ao conceituar o consumidor. Os finalistas interpretam a expressão “destinatário final” de forma restrita (MARQUES, 2010, p. 84), sendo este o *destinatário fático*, pois retira o bem da cadeia de produção, e o *destinatário econômico*, pois não o revende e não o utiliza como elemento para exercício de sua profissão (MARQUES, 2006, p. 304). A teoria finalista defende que a pessoa física seja presumida como consumidora frente a um fornecedor, requerendo que a pessoa jurídica prove sua vulnerabilidade para ser considerada consumidora (MARQUES, 2010, p. 85). Na verdade, a teoria finalista praticamente não aceita a pessoa jurídica como consumidor, salvo se entidade sem fim lucrativo, como APAE.

A teoria maximalista ou objetivista, por sua vez, defende a aplicação mais ampla possível do art. 2º, CDC, tendo ou não, o adquirente do bem, intuito de lucro com a sua aquisição, pois se entende que a nova lei é "um código para a sociedade de consumo, que institui normas e princípios para todos os agentes do mercado, os quais podem assumir os papéis ora de fornecedores, ora de consumidores." (MARQUES, 2010, p. 85). Na verdade, para ser consumidor bastaria tirar o bem/serviço da cadeia de consumo, pouco importando o fim dado ao mesmo, logo, se analisaria meramente o aspecto fático, não o econômico.

Mas na teoria objetivista se analisaria, por exemplo, se a pessoa jurídica que adquiriu o bem o utilizaria para uma atividade de meio – dita de suporte – ou de fim. Exemplo, um fábrica de sapatos que compra couro para fabricar os sapatos, o utiliza para a atividade fim, e, portanto, neste aspecto a relação seria comercial ou empresarial. Já se adquirisse material de escritório, como papel, poderia ser enquadrada como consumidora – atividade meio –.

Atualmente, o STJ admite a aplicabilidade do CDC inclusive para profissionais que adquiriram bens para a própria atividade fim, desde que comprovada a vulnerabilidade – técnica, jurídica ou econômica –, ao que se chama de teoria do finalismo aprofundado, defendida por Miragem (2013).

Esta teoria ficaria num meio termo entre as duas teorias anteriores, dito um *tertium genus*. Tem por base dois critérios: 1) a extensão do conceito de consumidor por equiparação é medida excepcional do CDC (art. 29); 2) o uso desta medida excepcional do item 1 requer necessariamente a análise da vulnerabilidade de quem quer ser equiparado. Contudo, a vulnerabilidade, como adverte Miragem, tanto é usada para determinar o uso do CDC, como também para excluí-lo, ou melhor, para indicar ou não o conceito de consumidor em dada relação.

Importa é que essa vulnerabilidade foi reconhecida de forma inovadora pelo CDC como um princípio, o que se deve a muitos fatores, “dentre os quais as práticas abusivas do fornecedor, o oferecimento de produtos e serviços sem a observância dos princípios gerais das relações de consumo e a inserção de cláusulas abusivas nos contratos.” (LISBOA, 2012, p. 111). Reflexo disso é o art. 6º, CDC, que tem um rol de direitos básicos do consumidor, notadamente o acesso aos órgãos judiciários e administrativos para prevenção e reparação de danos, bem como a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova.

Segundo lições de Marques (2010, p. 88), a vulnerabilidade se apresenta essencialmente em quatro tipos: a técnica, a jurídica, a fática e a informacional. Além disso, Bonatto e Moraes (2003) também tratam da vulnerabilidade psicológica.

A vulnerabilidade técnica diz respeito às características inerentes ao bem, ou mesmo quanto a sua utilidade (MARQUES, 2006, p. 320). O consumidor, por não possuir conhecimentos específicos sobre o objeto adquirido, pode ser facilmente enganado pelo fornecedor no que refere à especificação e utilidade do produto ou do serviço (NISHIYAMA, 2010, p. 67). Já a vulnerabilidade jurídica ou científica é a ausência de conhecimentos jurídicos, de contabilidade e economia, sendo igualmente presumida apenas para o consumidor não-profissional e pessoa física (MARQUES, 2006, p. 323).

A vulnerabilidade fática ou socioeconômica diz respeito à superioridade do

fornecedor em face do consumidor, em termos de poder econômico e por prestar serviços de caráter essencial (MARQUES, 2006, p. 326). Um dos direitos conferidos ao consumidor a fim de amainar essa vulnerabilidade é o direito à inversão do ônus da prova, previsto no art. 6º, VIII, CDC (GRINOVER, 2007, p. 150). Bonatto e Moraes (2003, p. 43), por sua vez, tratam da vulnerabilidade psicológica, que é criada pelos mecanismos de convencimento e manipulação psíquica utilizados pelos meios de comunicação de massa, que criam representações ideais de vida para o consumidor.

Porém, Miragem (2013) vai além, dizendo que em algumas situações a vulnerabilidade se demonstra, por exemplo, mesmo na falta de alguns ou de todos os critérios acima, bastando, por exemplo, estar presente a dependência do produto, a natureza adesiva do contrato, o monopólio da produção de certo bem ou sua qualidade insuperável, a necessidade extrema de certo produto ou serviço, ou, então, as exigências da modernidade relativas a certa atividade.

Então, após tratar sobre os sujeitos da relação de consumo, destacando-se o aspecto do consumidor – parte vulnerável –, se cuidarão dos aspectos dos contratos, sobretudo os de adesão, da boa-fé objetiva e do direito de arrependimento.

2 CONTRATOS DE ADESÃO, BOA-FÉ OBJETIVA E DIREITO DE ARREPENDIMENTO

Um dos direitos que o CDC garante ao consumidor é o direito de arrependimento. A sua incidência é fundada, principalmente, na já reconhecida vulnerabilidade do consumidor frente ao fornecedor no mercado de consumo.

Assim, além dos aspectos da vulnerabilidade tratados adrede, há outros, como a existência de contratos padronizados com cláusulas gerais que não conferem ao consumidor a faculdade de discutir seu conteúdo, além da utilização, pelos fornecedores, de técnicas agressivas de venda e publicidade, que, como se observará, podem colocar em risco a efetivação dos princípios da boa-fé e do equilíbrio contratual, priorizados pelo ordenamento jurídico brasileiro e em especial pelo CDC. Portanto, se aprofundará o estudo dos contratos de adesão, do princípio

da boa-fé objetiva, assim como do próprio direito de arrependimento do consumidor.

Conforme Almeida (2003, p. 139-140), o CDC instituiu três princípios norteadores dos contratos, a saber: o princípio da transparência, o da boa-fé e o princípio da equidade. O primeiro princípio diz respeito à essencialidade de haver sinceridade e clareza em todas as fases da contratação, conforme se verifica no art. 46, CDC. Marques (2006, p. 715) expõe que “transparência significa informação clara e correta sobre o produto a ser vendido, sobre o contrato a ser firmado, significa lealdade e respeito nas relações entre fornecedor e consumidor”.

Já o princípio da boa-fé exige dos contratantes uma atuação sincera e sem fins alheios aos expostos, ou intenção de prejudicar a outra parte (ALMEIDA, 2003, p. 140). Além disso, ressalta-se que o referido princípio deve ser observado na fase de tratativas, na fase de formação do contrato, na fase de execução e, por fim, na fase pós-contratual (MARQUES, 2006, p. 222-6).

Por fim, tem-se o princípio da equidade, utilizado pelo CDC para definir as cláusulas abusivas, nulas de pleno direito (art. 51), a possibilidade de modificação de cláusulas e contratos por superveniência de excessiva onerosidade (art. 6º, VI) e, por fim, a interpretação em favor do consumidor das disposições contratuais (art. 47) (ALMEIDA, 2003, p. 140).

O CDC também trata do contrato de adesão (art. 54), definindo-o como “aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo”. Doutrinariamente, é definido como um negócio jurídico contratual cujo conteúdo é constituído por cláusulas formuladas de modo geral e abstrato pelo fornecedor, antecipadamente, para futuras contratações (GOMES, 1972, p. 3).

Existem quatro características principais nos contratos de adesão, conforme Gagliano (2013, p. 166): a uniformidade, a predeterminação unilateral, a rigidez e a posição de vantagem de uma das partes. A uniformidade consiste na intenção de obter o mesmo conteúdo contratual do maior número de contratantes, visando à segurança das relações estabelecidas em sua atividade profissional. Já quanto à predeterminação unilateral, o doutrinador a define como a fixação, por apenas uma

das partes contratantes, de cláusulas prévias a qualquer discussão sobre o objeto do contrato. A rigidez, por sua vez, se caracteriza pela impossibilidade de (re)discutir as condições expressas no contrato. Por fim, a posição de vantagem de uma das partes se caracteriza pela superioridade material desta, não somente quanto ao seu poder econômico, mas sim no que tange ao fato de o fornecedor eventualmente deter o monopólio de determinado produto ou serviço, fazendo com que esta superioridade reflita diretamente em um contrato rígido e vinculante.

Diante de um contrato visivelmente desfavorável para o consumidor, é imprescindível que as partes ajam de acordo com os ditames da boa-fé objetiva, a qual introduz a ética nos contratos, podendo ser considerada como "a essência do próprio entendimento entre os seres humanos" (AZEVEDO, 2012, p. 193).

A boa-fé objetiva é relacionada diretamente com a conduta dos negociantes (TARTUCE, 2012, p. 34), sendo, pois, uma regra de conduta e um dever das partes de agirem com lealdade e honestidade, visando o equilíbrio nas relações contratuais (NUNES, 2011, p. 177), em todas as fases do contrato. Esse princípio foi positivado nos arts. 4º, III, e 51, IV, ambos do CDC, que prevêm o uso da boa-fé objetiva e o equilíbrio nas relações de consumo, definindo-o, ainda, como um limite para a livre estipulação de cláusulas contratuais.

Marques (2010, p. 325-6) confere ao princípio três funções. Primeiramente, destaca-se a função criadora de deveres anexos, derivados não do contrato, mas do próprio princípio da boa-fé objetiva, "como o dever de informar, de cuidado e de cooperação", manifestados ao longo de todo o texto do CDC. A segunda função se relaciona com a limitação ao exercício de direitos subjetivos pelas partes, traduzindo-se na definição de cláusulas e práticas abusivas. Por fim, a terceira função é a interpretadora, na medida em que "a melhor linha de interpretação de um contrato ou de uma relação de consumo deve ser a do princípio da boa-fé, que permite uma visão total e real do contrato sob exame". (MARQUES, 2006, p. 215).

A fim de garantir a efetividade deste princípio em todas as fases contratuais, tendo em vista a manifesta vulnerabilidade do consumidor, o legislador previu outro direito para resguardar os interesses do consumidor. É o direito de arrependimento,

presente no art. 49, CDC⁴, que tem como finalidade a proteção da "declaração de vontade do consumidor, para que essa possa ser decidida e refletida com calma, protegida das técnicas agressivas de vendas" (MARQUES, 2013, p. 1078).

O dispositivo legal prevê a possibilidade de desistência do contrato no prazo de sete dias a contar da assinatura do mesmo ou recebimento do produto ou serviço, quando a contratação for realizada fora do estabelecimento comercial do fornecedor ou à distância, ou no próprio domicílio do consumidor. Já o parágrafo único prevê a devolução, pelo fornecedor, de eventuais valores adiantados pelo consumidor, monetariamente atualizados, a fim de manter o *status quo*, pressupondo, claro, a devolução do produto/serviço.

Conforme Nunes (2011, p. 700), embora o texto traga apenas os termos "por telefone" e "a domicílio", essas são hipóteses meramente exemplificativas, o que se denota pelo uso do advérbio "especialmente". Dessa maneira, a incidência da norma se dá em relação a qualquer contrato fora do estabelecimento comercial, seja na residência do próprio consumidor, em seu local de trabalho, ou mesmo via malote postal, telefone ou internet.

Em todas essas técnicas de venda o fator que parece imperar é a intensificação da vulnerabilidade do consumidor (MIRAGEM, 2013, p. 365), na medida em que impedem "a reflexão, a decisão racional e refletida, a livre escolha" (MARQUES, 2013, p. 1.079).

Contudo, a modalidade de compra pela internet foi regulamentada de forma especial pelo Decreto 7.962/13, tratando das contratações no comércio eletrônico. O art. 5º impõe ao fornecedor o dever de informar clara e ostensivamente o consumidor sobre os meios adequados e eficazes para que o direito de arrependimento seja exercido. Assim, não restam dúvidas quanto ao alcance da norma contida no art. 49, CDC.

Sendo um direito potestativo colocado à disposição do consumidor, o fornecedor se submete a um estado de sujeição, não havendo necessidade de o

⁴ Para Marques (2006, p. 837), a norma foi editada para: [...] que fosse assegurado um mínimo de boa-fé nestas relações entre fornecedores e consumidores, pois os instrumentos tradicionais que o direito colocava à disposição dos consumidores (o erro, o dolo e a consequente anulação do contrato) esbarravam em evidentes dificuldades práticas e de prova.

consumidor justificar sua conduta (TARTUCE, 2012, p. 259). Além disso, o exercício do direito independe da existência de vícios ou erro quanto às qualidades do produto ou serviço (MIRAGEM, 2013, p. 365). Do mesmo modo, por ser um direito legítimo, não surge obrigação de o consumidor indenizar a outra parte por perdas e danos (TARTUCE, 2012, p. 259), mas deve devolver o produto.

No que se refere ao momento a partir do qual o prazo inicia, a norma traz duas hipóteses: da *assinatura do contrato* ou do ato de *recebimento do produto* ou serviço. Conforme Marques (2010, p. 334), a finalidade da norma é proteger o comprador, e, sendo assim, a interpretação deve ser a mais favorável a este, o que permite concluir que, nas compras à distância, o prazo só começar a contar a partir do recebimento do produto, que é quando o consumidor pode examiná-lo de perto.

A devolução do produto, por sua vez, deve ser custeada pelo próprio fornecedor, tendo em vista o risco do negócio e o fato de que a desistência do contrato é direito do consumidor, que não pode arcar com as despesas do contrato já resolvido, conforme exposto por Nery Júnior (GRINOVER et. al., 2007, p. 563).

Por subsecutivo, se observa que a proteção ao consumidor, como parte vulnerável da relação de consumo, é novamente ampla no que concerne ao direito de arrependimento, muito embora o legislador do CDC tenha tratado do instituto em apenas um artigo com um parágrafo único. E, no ano de 2013 foi editado o Decreto 7.962, que estendeu o exercício do direito em análise, conferindo maior proteção e segurança ao consumidor nas compras realizadas por meio da internet.

Assim, surgem as bases para se iniciar a discussão quanto ao direito de arrependimento quando o produto adquirido for um bem digital, incorpóreo, para o que é necessário se introduzir os fundamentos das relações de consumo no âmbito do comércio eletrônico e investigar o tratamento dado pela legislação atual e pela doutrina quanto ao tema.

3 COMÉRCIO ELETRÔNICO DE PRODUTOS DIGITAIS E O DIREITO DE ARREPENDIMENTO

Analisar-se-á, então, o exercício do direito de arrependimento por parte do consumidor no comércio eletrônico, ou seja, no vulgarmente conhecido mundo

virtual, da internet, e, em especial no que diz respeito aos produtos digitais.

Assim como a contratação por meio telefônico, através de catálogos ou televisão, o uso do ambiente virtual para firmar o negócio jurídico originou um novo tipo de contratação à distância, sem a necessidade de ambos os contratantes estarem presentes fisicamente no mesmo lugar e instante: o comércio eletrônico (MARQUES, 2006, p. 110).

Cada vez mais presente na sociedade contemporânea, o comércio eletrônico engloba todas as atividades negociais, transações ou troca de informações comerciais, prévias ou posteriores à contratação, realizadas por meio da transmissão de dados por redes de comunicação, especialmente a internet (MARQUES, 2004, p. 38).

Nesse sentido, Filkenstein (2004, p. 56) destaca algumas características inerentes ao comércio eletrônico, quais sejam: 1) a apresentação eletrônica de bens e serviços; 2) o recebimento de pedidos na internet e faturamentos; 3) a automatização de pedidos; 4) os pagamentos pela internet e gerenciamento de transações; e, 5) a cadeia de abastecimento automatizada. Essas relações negociais podem ocorrer entre comerciantes (B2B – *business to business*) ou entre comerciantes e consumidores (B2C – *business to consumers*), sendo esta última qualificação o alvo do presente estudo.

É inegável a existência de vantagens no uso do comércio eletrônico, tais como a possibilidade de uso de recursos multimídia, a ausência de fronteiras para divulgação do produto e o baixo investimento inicial se comparado com um estabelecimento físico (CIGNACCO, 2009, p. 273-6).

A fim de adaptar o ordenamento jurídico pátrio à nova realidade, foi editado o Decreto 7.962/13, que traçou normas quanto à oferta, informação sobre produtos e serviços, atendimento ao consumidor e o direito de arrependimento, tudo para tornar o ambiente eletrônico de compra mais seguro e confiável ao consumidor.

Sobre a questão da segurança, pode-se dizer que os contratos eletrônicos exigem muito mais a observância da boa-fé e da confiança entre os contratantes, tendo em vista que a manifestação de vontade é emitida por meio de um computador, e nem sempre pode coincidir com o verdadeiro anseio do sujeito

(FILKENSTEIN, 2004, p. 187). Para isso, pode haver a utilização de um certificado ou uma assinatura digital, que, no Brasil, possui suas diretrizes gerenciadas pelo Comitê Gestor da Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira (ICP-Brasil).

Os contratos eletrônicos, embora bilaterais, são vistos pela doutrina italiana como contratos desumanizados, em que o fornecedor não mais aparece física ou territorialmente, não tem mais um “rosto” (MARQUES, 2006, p. 111-2). Ademais, embora feito à distância, os contratos realizados por meio do site de um determinado fornecedor é considerado uma contratação entre presentes, tendo em vista que o consumidor, com apenas alguns cliques, finalizará a compra de determinado produto, implicando num recebimento imediato da aceitação pelo proponente, o fornecedor (ANDRADE, 2004, p. 41).

Por essa razão, o contrato firmado pelo cliente no meio eletrônico é, geralmente, um contrato de adesão (MARQUES, 2006, p. 111), visto que não há a possibilidade, por parte daquele, de discutir seus termos e cláusulas, tendo em vista que a proposta já se encontra perfeita, isto é, com as especificações do produto ou do serviço, seu preço, valor e prazo da entrega.

Sendo a contratação eletrônica uma espécie de contratação à distância, tem-se que o art. 49, CDC, que traz o direito de arrependimento, é perfeitamente aplicável a ela. Contudo, indo de encontro ao entendimento majoritário da doutrina civilista e também da jurisprudência pátria, mas com uma boa argumentação, Coelho (2011, p. 66) entende que as compras realizadas no site do fornecedor não podem ser enquadradas como tendo sido realizadas fora do estabelecimento comercial, e, logo, não são passíveis de serem desfeitas com fulcro no art. 49, CDC. Para o autor, isso se deve ao fato de que o site consiste em um estabelecimento comercial, mas virtual, o que implica dizer que o consumidor, ao realizar a compra por esse meio, estará acessando o estabelecimento comercial do fornecedor (COELHO, 2011, p. 51).

Por outro lado, Finkelstein (2004, p. 271) explica que o fundamento para o direito de arrependimento no comércio eletrônico é a impossibilidade de o consumidor entrar em contato direto com o bem a ser adquirido. Pensando nisso que foi editado o art. 5º do Decreto 7.962/13, que, em seu *caput*, traz a informação

de que é dever do fornecedor prestar informações claras sobre os meios disponíveis para o exercício do direito de arrependimento, que pode ser o mesmo utilizado para a contratação, ou outros, conforme prevê o §1º do dispositivo. No mesmo sentido é o PLS 281/12, que visa integrar o conteúdo do Decreto no próprio CDC.

Não obstante, embora se tratem de alterações inovadoras, essas legislações falham ao não dar nenhuma regulamentação específica quanto aos produtos ou bens chamados de digitais ou imateriais, como é o caso de filmes, músicas, livros e outros conteúdos digitais, que são adquiridos pela internet e transmitidos pela própria rede mundial de computadores.

Esses produtos, denominados pela doutrina como “bens totalmente desmaterializados” (MARQUES, 2004, p. 209) ou “imateriais” (MARQUES, 2006, p. 114), se incorporam ao patrimônio do consumidor tão logo realizada a transferência por meio da internet (LUCCA, 2011, p. 110). Por esse motivo, podem ser copiados infinitamente por meio de mídias digitais, ou ainda transferidos por correio eletrônico.

Em que pese a atual redação do CDC não traga a disposição exigindo que o consumidor devolva os produtos adquiridos, tal obrigação é inerente ao contrato. Isso porque o CDC tem como um de seus princípios a harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e o equilíbrio entre consumidores e fornecedores, sempre com base na boa-fé.

Portanto, questiona-se qual a garantia que tem o fornecedor de que seu cliente, após exercer o direito de arrependimento, irá, de fato, excluir o produto digital de seu computador ou não fazer – se já não o fez – nenhuma cópia deste conteúdo para uso futuro ou distribuição. Tal ato poderia facilmente se configurar em um enriquecimento sem causa do consumidor, conforme arts. 884 a 886, CC.

Para dirimir tal conflito há diversos pontos de vista. Primeiramente, deve ser considerado o alto grau de protecionismo do CDC, na medida em que reconhece, como princípio, a vulnerabilidade do consumidor frente ao mercado de consumo. Diante dessa lógica, é possível afirmar que mesmo nas compras de produtos digitais o comprador possui direito a se arrepender e ter seu dinheiro restituído. Esse posicionamento pode ainda ser fundamentado por meio da teoria do risco do negócio. Nunes (2011, p. 212) explica que a atividade econômica está sujeita

simultaneamente ao sucesso e ao fracasso, sendo o risco uma de suas características inatas.

Por outro lado, deve-se considerar a necessidade de harmonia entre os interesses dos participantes nas relações de consumo, bem como a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, tudo isto estipulado como princípios do CDC. Nesse sentido, por ser de extrema dificuldade o controle, por parte do fornecedor, sobre os produtos digitais vendidos, necessária se faz a imposição de limites ao exercício do direito de arrependimento. Isso porque, o seu gozo discricionário causaria ao fornecedor grande insegurança, na medida em que não haveria garantias de que seu cliente viesse a se desfazer do produto digital adquirido, causando, portanto, um enriquecimento sem causa deste.

Nesse norte, Lorenzetti (2004, p. 402) destaca que "o direito de arrependimento deve ser considerado antifuncional nos casos de venda de bens digitais. Por esta razão, nestes casos a sua invocação deverá ser considerada abusiva". Nota-se que o autor traz uma presunção de má-fé do consumidor que invoca o direito de arrependimento, o que eventualmente poderia ser aplicado tanto aos bens recebidos pela via eletrônica (*download*) quanto por via física, por meio de mídias digitais (CDs, DVDs e *Blu-rays*).

Embora regulado pelo CDC e pelo Dec. 7.962/13, o direito de arrependimento não comporta nenhuma exceção legal, sendo de ampla aplicação. Tal fato é inquietante, pois uma regra de tão vasta aplicação "poderá trazer situações de injustiça que ferem o escopo do Código de Defesa do Consumidor, qual seja, defender o consumidor tão somente para equipará-lo ao fornecedor e, assim, equilibrar as relações jurídicas de consumo" (ANDRADE, 2004, p. 110).

Cabe destacar que, em âmbito nacional, não há uma única jurisprudência relacionada ao direito de arrependimento na compra de produtos digitais. Dessa forma, não há outra alternativa senão buscar a solução, ou o caminho dela, no direito comparado. Nesse diapasão, destaca-se a recente Diretiva 2011/83/UE, do Parlamento Europeu, relativa aos direitos dos consumidores, que em seu art. 16, traz *exceções ao direito de retractação*, como é chamado o direito de arrependimento na Europa. Dentre essas exceções, mister ressaltar duas, contidas

nas alíneas *i* e *m*.

A primeira prevê que não se aplica o direito de arrependimento às gravações de áudio e vídeo, bem como a programas informáticos, que sejam recebidos por meio físico e tenham o lacre removido. Quanto à segunda exceção, verifica-se não ser aplicável a norma no caso de fornecimento de conteúdos digitais sem suporte material, se a execução tiver sido iniciada com o consentimento expresso do consumidor, desde que este saiba que, ao aceitar, está abdicando do direito de arrependimento.

Além dessa diretiva, pode-se citar, também, o código de defesa do consumidor italiano (*Codice del Consumo*), alterado pelo decreto legislativo 21 de fevereiro de 2014, com atualizações conforme a Diretiva 2011/83/UE. Em seu art. 59, 1, o, restou previsto como exceção ao direito de arrependimento "*la fornitura di contenuto digitale mediante un supporto non materiale se l'esecuzione e' iniziata con l'accordo espresso del consumatore e con la sua accettazione del fatto che in tal caso avrebbe perso il diritto di recesso*". A norma é idêntica a da alínea *m* da diretiva da União Européia, no sentido de vedar o exercício do direito de arrependimento na aquisição de produtos digitais em suporte não material.

Não há como deixar de observar o contraste entre a legislação pátria e a européia quanto ao direito de arrependimento. Aquela se demonstra irrestrita, não comportando restrições de nenhuma ordem. Esta, por sua vez, revela duas restrições concernentes à aquisição de produtos pela internet, se estes forem digitais, recebidos ou não em suporte material.

Assim, em que pese tenham sido leis inovadoras, tanto o CDC como o Decreto sobre o comércio eletrônico, se mostram com um déficit quando diz respeito às novas tecnologias, especialmente quanto ao comércio eletrônico e a cada vez mais crescente difusão dos produtos e serviços digitais. Esta deficiência não pode, de forma alguma, conferir ao consumidor meios de tirar vantagem às custas dos fornecedores, pois, destaca-se, a função primordial dos princípios e direitos conferidos ao consumidor são, tão somente, equipará-lo à parte que é, inerentemente, mais forte na relação jurídica de consumo, de forma a equilibrar os interesses dessas partes, ao mesmo tempo que preserva o desenvolvimento

econômico e tecnológico do país.

Diante disso, entende-se que o Brasil deveria se espelhar na legislação européia e buscar nela os fundamentos necessários ao avanço do ordenamento jurídico pátrio.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considerando os estudos das bases constitucionais do direito do consumidor, os princípios do CDC e as suas peculiaridades, em especial a própria relação de consumo, com especificações quanto aos seus sujeitos – fornecedor e consumidor –, foi possível verificar que o consumidor ocupa uma posição de reconhecida vulnerabilidade nas relações de consumo, a qual se manifesta na seara técnica, jurídica, informacional, fática e psicológica. Assim, é diante dessa qualidade inerente ao consumidor que se justificam os seus direitos por meio do CDC.

Dispôs-se, também, que os contratos de adesão colocam o consumidor em manifesta situação de vulnerabilidade, por possuírem cláusulas pré-estabelecidas pelo fornecedor, que não podem ser alteradas ou removidas do contrato, fazendo com que, muitas vezes, o consumidor firme o negócio jurídico sem ter conhecimento do real alcance de suas obrigações. Nesse norte, demonstrou-se que é imprescindível atender aos ditames da boa-fé objetiva, princípio este que dá base a deveres anexos ao contrato, como o de transparência e o de prestar informações claras e precisas sobre os termos e objeto do contrato de consumo.

Disso, concluiu-se que a boa-fé objetiva garante que os contratos reflitam a verdadeira intenção das partes e possam ser executados sem reservas mentais, em especial no que toca aos contratos realizados à distância ou fora do estabelecimento comercial, pois nessas situações o consumidor se encontra com sua vulnerabilidade ainda mais acentuada. Assim, é exatamente essa vulnerabilidade inata do consumidor que legitima o direito de arrependimento, que, por sua vez, se justifica no fato de que aquele não tem como visualizar e examinar o produto antes de adquiri-lo, no caso de contratações à distância, e também em razão das práticas agressivas de venda, que muitas vezes induzem o consumidor a firmar o contrato.

Estudou-se, por fim, a definição e as espécies de comércio eletrônico, bem

como a figura do contrato eletrônico, verificando-se que as compras realizadas pela internet são consideradas como feitas à distância, motivo pelo qual o direito de arrependimento é aplicável nesse caso, pois as circunstâncias que fundamentam a sua existência subsistem no âmbito eletrônico. Especificamente quanto à aplicação desse direito na compra de produtos digitais, verificou-se a ausência de regulamentação específica no ordenamento jurídico pátrio, bem como a inexistência de jurisprudência dos tribunais. Frente a isso se sopesou o alto grau de protecionismo do CDC e a teoria do risco do negócio para justificar a incidência do direito na hipótese de compras de produtos digitais, e, por outro lado, analisou-se a legislação europeia e a não aplicação do direito de arrependimento, a presunção de má-fé e a necessidade de se equilibrar as relações de consumo, o que embasa a não incidência do referido direito na hipótese estudada.

Conclui-se, diante disso, que, em que pese o consumidor seja considerado vulnerável no mercado de consumo, o legislador brasileiro deveria integrar no ordenamento jurídico pátrio, além do Decreto 7.962/13 – que não inovou no direito de arrependimento –, uma norma semelhante à da União Europeia, prevendo que os contratos eletrônicos cujo objeto são produtos digitais não podem ser resolvidos pelo exercício do direito de arrependimento, ou se o forem, com algumas restrições. Isso porque não se devem vedar com tanta veemência eventuais restrições aos direitos conferidos ao consumidor, em especial no que diz respeito ao direito de arrependimento na compra de produtos digitais, considerando que seu exercício pode ser arbitrário e de má-fé, tendo o condão de causar enriquecimento sem causa do consumidor e um prejuízo aos fornecedores e à própria ordem econômica.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, João Batista de. *A proteção jurídica do consumidor*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

ANDRADE, Ronaldo Alves de. *Contrato eletrônico no novo código civil e no código do consumidor*. Barueri, SP: Manole, 2004.

AZEVEDO, Álvaro. *Teoria geral do direito civil: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2012.

BONATTO, Cláudio; MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Questões controvertidas no código de defesa do consumidor: principiologia, conceitos, contratos*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 5 de outubro de 1988, 1988. Disponível em <<http://goo.gl/0KQrQs>> Acesso em 29/04/2015.

_____. *Decreto n. 7.962*, de 15 de março de 2013, 2013. Disponível em <<http://goo.gl/NpveNb>> Acesso em 29/04/2015.

_____. *Lei n. 8.078*, de 11 de setembro de 1990, 1990. Disponível em <<http://goo.gl/6ffJqN>> Acesso em 29/04/2015.

_____. *PLS n. 281*, de 2012, 2012. Disponível em <<http://goo.gl/2oJk6W>> Acesso em 29/04/2015.

CIGNACCO, Bruno. *Fundamentos de comércio internacional para pequenas e médias empresas*. Saraiva, 2009.

COELHO, Fábio Ulhôa. *Curso de direito comercial: direito de empresa*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. vol. 3.

DIEHL, Bianca Tams (Org.) *Educação para o consumo*. Curitiba: Mutideia, 2014.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FINKELSTEIN, Maria Eugênia. *Aspectos jurídicos do comércio eletrônico*. Porto Alegre: Síntese, 2004.

GAGLIANO, Pablo Stolze. *Novo curso de direito civil: contratos*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. vol. 4. tomo I: teoria geral.

GOMES, Orlando. *Contrato de adesão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972.

GRINOVER, Ada Pellegrini et. al. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

ITÁLIA. *Codice del consumo*. 2005. Disponível em <<http://goo.gl/Cx3id1>> Acesso em 29/04/2015.

LISBOA, Roberto Senise. *Responsabilidade civil nas relações de consumo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LORENZETTI, Ricardo Luís. *Comércio eletrônico*. In: MARQUES, Cláudia Lima.

Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

LUCCA, Newton de. *Aspectos jurídicos da contratação informática e telemática.* São Paulo: Saraiva, 2011.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman V.; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor.* 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman de V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao código de defesa do consumidor.* 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MARQUES, Cláudia Lima. *Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais.* 5. ed. rev. atual. e ampl., incluindo mais de 1.000 decisões jurisprudenciais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor.* 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. *A proteção constitucional do consumidor.* 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2010.

NUNES, Luis Antônio Rizzatto. *Curso de direito do consumidor.* 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

TARTUCE, Flávio. *Manual de direito do consumidor: direito material e processual.* São Paulo: Método, 2012.

UNIÃO EUROPEIA. Diretiva 2011/83/UE. Disponível em <<http://goo.gl/pCHvBt>> Acesso em 29/04/2015.