



AS CLÁUSULAS ABUSIVAS E OS CONTRATOS ELETRÔNICOS DE CONSUMO

*Mariana Luiza Maule Bedin**

RESUMO

O consumo sempre fez parte do cotidiano dos seres humanos, independentemente de época ou classe social. No Brasil, as relações de consumo são regidas pelo Código de Defesa do Consumidor, introduzido pela Lei 8.078/90 em 11 de setembro de 1990. Com a evolução da *internet* surgiram as relações de consumo virtuais, nascendo assim, a contratação eletrônica de produtos e serviços. Entretanto, os problemas já enfrentados pelos consumidores nos contratos presenciais, agravaram-se ainda mais no meio virtual, tendo em vista a despersonalização, a desmaterialização e a desterritorialização deste modo de contratar, bem como, por não haver legislação própria. Facilmente são encontrados abusos de direito por parte de fornecedores no âmbito virtual, inclusive, com a imposição de cláusulas abusivas nos contratos eletrônicos. Tais cláusulas, que estão expostas no artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor, quando encontradas nos contratos eletrônicos, são consideradas nulas de pleno direito, uma vez que afrontam os direitos básicos do consumidor.

Palavras-chave: Cláusulas abusivas. Contratos eletrônicos. Nulidade. Relações virtuais de consumo.

ABSTRACT

The consumption has always been part of the human daily, regardless time or social class. In Brazil, the Consumer Protection Code, introduced by Law 8.078/90, on September 11, 1990. governs the consumer relations. With the evolution of internet emerge the virtual consumer relations, rising thus, the electronic contracting of goods and services. However, the problems already faced by the consumers in presential contracts, worsened in virtual environment, owing to the despersonalization, desmaterialisation and the deterritorialisation of this kind of contract, as well as,

* Graduação em Bacharelado em Direito pela Universidade de Caxias do Sul, Brasil (2014). E-mail: mariana-bedin@hotmail.com.



because there's no specific legislation. Easily are found abuses from suppliers in virtual environment, including, the imposition of unfair terms in electronic contracts. These terms, which are listed in article 51 of the Consumer Protection Code, when founded in electronic contracts, are considered automatically nulls, just because reproached basic rights of consumers.

Keywords: Eletronic contracts. Nullity. Unfair terms. Virtual consumer relations.

INTRODUÇÃO

O costume de contratar não é uma prática exclusiva da modernidade. Este hábito era praticado ainda pelas tribos primitivas que, através dos costumes, regulavam a realização de acordos, a fim de trocarem certos produtos. Com o avanço da sociedade, a prática foi evoluindo, sendo que, atualmente há a positivação das mais diversas formas de contratar.

Outro hábito que acompanha a humanidade desde muito tempo é o de consumir. O ser humano é e sempre foi consumidor, independentemente de época ou classe social.

Atualmente, com os avanços tecnológicos, em especial a *internet*, esta possui as mais diversas funções e finalidades, que vão além da simples comunicação, uma vez que esta dá a seus usuários a possibilidade de interagir em tempo real, podendo estes enviarem mensagens, arquivos, imagens, dados, etc. Assim, tendo em vista a facilidade de tais meios, uma de suas ferramentas mais utilizadas da atualidade é a contratação pelo meio virtual de bens e serviços.

Entretanto, em consequência da facilidade e rapidez de acesso disponibilizada pela *internet*, tornaram-se muito comuns, também, as práticas abusivas, por parte de fornecedores de produtos e serviços. Estes, prevalecendo-se das características envolvidas na constituição de contratos eletrônicos, aplicam cláusulas, visando à prevalência de seus interesses, deixando o consumidor em desvantagem exagerada e que quando interpretadas pelo Código de Defesa do Consumidor, são consideradas abusivas.

Dentro deste contexto, busca-se abordar neste artigo as complicações advindas da contratação eletrônica de consumo e suas sanções em caso de abuso de direito por parte do fornecedor, analisando-se as cláusulas abusivas presentes nos contratos eletrônicos de consumo e suas implicações jurídicas.



1 CONTRATOS: NOÇÕES GERAIS, ORIGEM E EVOLUÇÃO

Contrato é uma espécie de negócio jurídico resultante de mútuo consenso entre duas ou mais vontades, com a finalidade de gerar uma obrigação, ou seja, adquirir, resguardar, transferir, conservar, modificar e/ou extinguir direitos, sendo sempre submetido à lei (GONÇALVES, 2008).

Pode-se compreendê-lo como instrumento destinado à auto-composição dos interesses e realização pacífica das transações jurídicas, sendo que, gera nas partes a segurança de que as obrigações assumidas deverão ser cumpridas e se, caso não sejam, haverá a possibilidade de recorrerem ao Poder Judiciário.

Dispõe Diniz (2008, p. 13) que, “num contrato, as partes contratantes acordam que se deve conduzir de determinado modo, uma em face da outra, combinando seus interesses, constituindo, modificando ou extinguindo obrigações.”

Assim, a base do negócio jurídico é a auto-regulamentação dos interesses particulares, que ganham força quando de acordo com a regulamentação jurídica.

Mesmo o contrato existindo através de certos costumes desde as primitivas comunidades, diversos autores apontam como sendo na Roma Antiga a origem do Direito dos Contratos, a qual teria regulamentado a base do direito contratual.

Pamplona Filho e Gagliano (2008, p. 03), divergindo quanto ao momento de surgimento do negócio jurídico contratual, dispõem que o Direito Romano, de fato catalogou as fontes das obrigações, que dentre elas, incluía-se o contrato. Entretanto, não foi nessa época especificamente que houve o surgimento do negócio jurídico contratual. Os referidos autores, ao discorrer sobre o surgimento dos contratos, entendem que:

[...] portanto, sem pretendermos estabelecer um preciso período de surgimento do fenômeno contratual – o que nunca faríamos sob pena de incorrerem em indesejável presunção intelectual – que cada sociedade, juridicamente produtora, cada Escola Doutrinária – desde os canonistas, passando pelos positivistas e jusnaturalistas – contribuíram, ao seu modo, para o aperfeiçoamento do conceito jurídico do contrato e de suas figuras típicas (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2008, p. 03).

Foi no século XVIII que o direito contratual começou tomar a forma do contrato que se conhece atualmente e, no século XIX, quando incorporou o desenvolvimento e sistematização (LÔBO, 2011).



No século XX, este modelo de contrato passou por uma profunda crise, tendo em vista a chegada do Estado social, que preconizava a justiça social e a proteção dos juridicamente vulneráveis, tendo havido a sua intervenção na atividade econômica, que basicamente perdura até os dias de hoje (LÔBO, 2011).

Atualmente, mais precisamente nos últimos 50 anos, com o aumento da atividade industrial, o avanço tecnológico e o aquecimento dos mercados de consumo, o princípio da igualdade formal entre os contratantes começou a enfraquecer, deixando à mostra as falhas do sistema social (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2008).

Desta forma, em virtude da massificação das relações contratuais, pode-se afirmar que nos dias de hoje, a maioria das contratações não são mais entre iguais, mas sim, “[...] em um negócio jurídico standartizado, documentado em um simples formulário, em que uma parte (mais fraca) incumbe aderir ou não à vontade da outra (mais forte), sem possibilidade de discussão do seu conteúdo” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2008, p. 05-06), ou seja, o chamado contrato de adesão.

É de se ressaltar, que o conteúdo e o alcance do contrato mostram as relações econômicas e sociais exercidas pela sociedade em cada momento da história. Neste sentido, é indiscutível que o modelo liberal-individualista dos séculos XIII e XIX, condizente para aquela época, é totalmente inadequado para a maioria dos negócios jurídicos da atualidade. Assim, o sentido conceitual, material e funcional do contrato muda para adequá-lo às exigências da sociedade atual.

2 AS RELAÇÕES DE CONSUMO E O MEIO VIRTUAL

O consumo sempre foi componente presente no cotidiano da humanidade. Independentemente de época ou classe social, os seres humanos são e sempre foram consumidores.

Foi com o grande crescimento populacional nas metrópoles no período pós-Revolução Industrial no século XIX, que gerou um gradativo aumento na demanda de produtos e serviços e, conseqüentemente, a expansão da oferta. As indústrias passaram a produzir mais, o que possibilitou a diminuição dos custos, para vender a um número elevado de pessoas, uma vez que, passava a haver cada vez maior demanda (NUNES, 2009). Desta forma, conforme ensina Nunes:



Passou-se então a pensar num modelo capaz de entregar, para um maior número de pessoas, mais produtos e mais serviços. Para isso, criou-se a chamada produção em série, a “standartização” da produção, a homogeneização da produção (2009, p. 03).

Tal modelo de produção cresceu ainda mais no XX, com o surgimento da tecnologia e fortalecimento da informática, passando a avançar por todo o mundo, sendo que, é o atual modelo usado pela sociedade capitalista contemporânea (NUNES, 2009).

Em 1985 a ONU estabeleceu diretrizes sobre a proteção ao consumidor, consolidando a ideia de que se trata de um direito humano da nova geração. “Ao fazê-lo, reconheceu expressamente “que os consumidores se deparam com desequilíbrios em termos econômicos, níveis educacionais e poder aquisitivo.” (ALMEIDA, 2011).

Assim, fortaleceu o conceito de direito do consumidor como um direito social, em que deve haver a igualdade material do mais fraco, ou seja, do cidadão civil, em relação às empresas fornecedoras de produtos e serviços, que são consideradas mais fortes ou em posição de poder, e que perdura até os dias de hoje (MARQUES, 2012).

O reconhecimento internacional da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo fez com que surgisse a sua tutela, com legislação própria, na maioria dos países, a fim de que se tratasse com maior cuidado o então reconhecido desamparo educacional, informativo e legislativo do consumidor.

No Brasil, a legislação de defesa do consumidor é tema relativamente novo. Somente em 1978 surgiu o primeiro órgão de defesa do consumidor brasileiro em âmbito estadual, o Procon de São Paulo, criado pela Lei nº 1.903/78. Em âmbito federal, somente em 1985 foi criado o Conselho Nacional de Defesa do Consumidor, pelo Decreto nº 91.469, o qual após foi substituído pela Secretaria Nacional de Direito Econômico. Neste mesmo ano foi promulgada lei que disciplinava, dentre outras tutelas, a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao consumidor (ALMEIDA, 2011).

Contudo, o passo mais importante até então nesse campo, foi a inserção de quatro dispositivos específicos sobre o tema na Constituição Federal de 1988, no inciso XXXII do artigo 5º, que dispõe “O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”. O artigo 24, inciso VIII, atribui competência concorrente entre a



União, Estados e Distrito Federal, de legislar sobre danos ao consumidor. No capítulo que trata da Ordem Econômica - artigo 170, inciso V, a defesa do consumidor é apresentada como um princípio a ser assegurado e, no artigo 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, anunciou-se a edição do Código de Defesa do Consumidor, que entrou em vigor em 11 de setembro de 1990, pela Lei nº 8.078.

Assim, passou-se o século XX inteiro aplicando-se basicamente o Código Civil de 1916 para as relações de consumo, fundado na tradição do direito civil europeu do século anterior, até a entrada em vigor do Código de Defesa do Consumidor (NUNES, 2009).

2.1 AS RELAÇÕES VIRTUAIS DE CONSUMO

A criação da *internet* foi um dos mais importantes acontecimentos da globalização. Este fenômeno que tem o intuito de facilitar a comunicação entre seus usuários, une pessoas do mundo inteiro em um ambiente virtual, que têm a possibilidade de interagir e se comunicar entre si, podendo enviar em tempo real, mensagens, arquivos, imagens, dados, etc. Em outras palavras *internet* é: “[...] um meio, um veículo tecnologicamente evoluído, um amplificador e um difusor das informações disponíveis no mercado de consumo.” (KLEE, 2011, p. 127).

É possível afirmar que, embora a *internet* tenha trazido o enfraquecimento dos laços relacionais, na verdade, o que ocorreu foi o surgimento de novas relações humanas, proporcionadas e provocadas pelo ambiente digital (MARTINS; LONGHI, 2011).

Segundo pesquisa divulgada em 04 de maio de 2011 pelo *site To be Guarany!* (<http://tobeguarany.com/internet-no-brasil/>), o Brasil atualmente é o quinto país com maior número de conexões à Internet (LIMBERGER; BARRETO, 2011).

Conforme dispõem Martins e Longhi:

[...] cada vez mais informações são levadas à *net*, tornando-se acessíveis a milhões de usuários em qualquer parte do globo, inclusive de dados que trazem consigo aspectos intrinsecamente ligados à personalidade dos indivíduos. Nome, sobrenome, endereço, opções religiosas, afetivas e tantas outras são objeto de uma exposição fomentada e enaltecida social e culturalmente (2011, p.193).



A facilidade e a rapidez de acesso às informações, bem como o baixo custo, atraíram e levaram fornecedores do mundo inteiro à ampliar suas redes de comércio para o meio virtual, fazendo surgir um novo meio para negociação de bens e serviços. Desta forma, tendo em vista a facilidade de comunicação, de troca de dados, de divulgação de qualquer informação, bem como, a possibilidade de realização de diversos negócios que a *internet* proporciona, poderá o fornecedor atingir um número maior de consumidores em um tempo menor, em comparação às relações de consumo presenciais.

De tal modo, atualmente, facilmente são encontrados fornecedores de produtos e serviços indo ao encontro de consumidores, a fim de celebrar contratos pela *internet*.

Diferentemente do mundo físico, em que o consumidor deve se deslocar no espaço para chegar ao estabelecimento comercial e celebrar o contrato de consumo, no âmbito virtual será necessário somente o acesso à página virtual (*site*) do fornecedor, que é o seu estabelecimento na *internet*.

Desta forma, conforme expõe Vial (2011, p. 278), a dificuldade de identificação dos contratantes gera uma desconfiança generalizada, que não se dá apenas pela despersonalização, mas também pela desmaterialização e desterritorialização das contratações, que implicam no aumento da vulnerabilidade do consumidor.

Segundo um estudo sobre o comércio eletrônico pela *Consumers International* apenas 53% das empresas dos *sites* pesquisados, possuíam políticas de devolução de bens, e somente 32% forneciam informações de como proceder para efetuar reclamações (LIMBERGER; BARRETO, 2011)

Assim, da mesma forma que tais fatos trazem benefícios tanto para o consumidor, que possui a possibilidade de facilmente comprar o que bem entender a qualquer momento através do meio virtual, quanto ao fornecedor, que pode oferecer e comercializar seus produtos e serviços à uma gama imensurável de pessoas, podem trazer prejuízos, inclusive ao consumidor, tendo em vista que uma das principais características da *internet* é a total ausência de um órgão controlador e regulador centralizado.

A vulnerabilidade já reconhecida aos consumidores nas relações de consumo presenciais usuais, estendem-se igualmente às relações de consumo virtuais, e com



ainda maior ênfase, tendo em vista as circunstâncias para a celebração do contrato eletrônico aumentam tal fato.

Neste sentido, a intensificação da aplicação dos direitos fundamentais para a defesa do consumidor através dos direitos básicos, faz-se necessária, aliando-se à imperativa atualização das normas vigentes, a fim de focalizá-las especificamente nesta nova relação de consumo, a eletrônica.

O público alvo das relações de consumo virtuais é um mercado promissor, com altas perspectivas no que se refere ao sucesso dos contratos estabelecidos no meio eletrônico, tendo em vista a diminuição de custos, a facilidade de comunicação, entre outros fatores, sendo que, a segurança prometida através da instituição de novas regras especificamente para este âmbito, incentiva ainda mais o crescimento das relações virtuais de consumo (KLEE, 2011).

3 CONTRATOS ELETRÔNICOS E AS CLÁUSULAS ABUSIVAS

Grande parte das relações humanas, atualmente, ocorrem por meio da *internet*, e diferente não é com as relações jurídicas de consumo. De fato, a compra e venda não exige mais a presença física dos contratantes, podendo o negócio jurídico ser celebrado através de ‘um clique’.

Diniz (2008, p. 757) conceitua contrato eletrônico como sendo: “[...] uma modalidade de negócio à distância ou entre ausentes, efetivando-se via Internet por meio de instrumento eletrônico, no qual está consignado o consenso das partes contratantes.”

Afinal, como preceitua Marques:

O fornecedor não aparece mais materializado através de um vendedor, o fornecedor não tem mais “cara”, tem sim uma marca, um nome comercial, uma determinada imagem, um *marketing* virtual [...]. O fornecedor não tem endereço comprovável, mas apenas “informável”. Do fornecedor não se sabe sequer se é realmente profissional, pois dada a diminuição dos custos de oferta e transação que a Internet traz, o fornecedor pode ser um “iniciante” ou mesmo um adolescente “genial”, o fornecedor pode ser, em resumo, um outro consumidor [...]. (grifo no original) (2002, p. 106)

Segundo Vial (2011, p. 278) o contrato eletrônico é: “o fenômeno mais claro das relações massificadas e da expansão da Internet [...]”



Com efeito, à medida que as redes, especialmente a *internet*, tornaram-se totalmente acessíveis, percebeu-se que a informação que ali era ofertada atingia um grande número de pessoas, que poderiam se tornar potenciais consumidores (DIAS, 2001). E desta forma ocorreu, sendo que a contratação eletrônica é uma das mais utilizadas da atualidade.

Diversas são as maneiras de contratar pela internet, bastando a manifestação da vontade (seu principal elemento) do contraente em relação à oferta do fornecedor. Neste sentido dispõe Dias (2001, p. 77) que: “A atuação objetiva da vontade [...] se processa à proporção que o sujeito emite um ato positivo ou negativo que possa ser juridicamente considerado como suficiente e apto a promover a realização e constituição do vínculo contratual”

Cumprido destacar, que a maioria dos negócios jurídicos celebrados no âmbito virtual são contratos de massa padronizados, nos mesmos moldes dos contratos de adesão.

Nos contratos eletrônicos, o consumidor compra produtos que serão, posteriormente, entregues no endereço que indicar. Marques (2002, p. 148) destaca que problemas na efetivação do contrato podem ocorrer, sendo os mais comuns: a não entrega do produto, ou entrega em endereço errado, as taxas não especificadas de correio ou de recebimento, o retardo na entrega, a falta de garantia para o produto, as diferenças entre as fotografias expostas no *site* e os produtos recebidos, etc.

Em relação à contratação de prestação de serviços, tais como, contratação com agências de viagens, transportadoras, seguradoras, bancos e financeiras, os problemas mais comuns encontrados são os relacionados à qualidade, quantidade, tempo e modo da prestação do serviço (DIAS, 2001).

No comércio eletrônico são observadas as mesmas regras dos contratos presenciais, com exceção de algumas peculiaridades. Neste sentido, ensina Lôbo:

De tudo se conclui que o contrato eletrônico não é uma espécie distinta dos demais contratos, no que concerne aos seus elementos essenciais. É distinto quanto à forma e o meio utilizado para declaração da vontade. Ou seja, qualquer contrato em espécie pode ser utilizado por meio eletrônico, ou, ainda, como contrato de consumo ou contrato de adesão e condições gerais. Do mesmo modo, condutas negociais típicas também estão presentes no meio virtual (2011, p. 37).



Sendo assim os requisitos de existência e validade dos contratos eletrônicos, são basicamente os mesmos dos contratos presenciais, com exceção de certas particularidades, como qualquer outro contrato.

3.1 AS CLÁUSULAS ABUSIVAS PREVISTAS NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Grande parte, se não um todo, das relações de consumo virtuais são estabelecidas através de contratos eletrônicos de adesão, em que o fornecedor pré-estabelece de maneira unilateral, suas cláusulas da forma que melhor lhe convém.

Desta forma, facilmente são encontrados contratos de massa que contém cláusulas que garantam vantagens excessivas unilaterais para o fornecedor, diminuindo suas responsabilidades em relação ao consumidor.

Ensina Marques (2002, p. 146) que: “as cláusulas contratuais assim elaboradas não têm, portanto, como objetivo realizar o justo equilíbrio nas obrigações das partes, ao contrário, destinam-se a reforçar a posição econômica e jurídica do fornecedor que as elabora.”

São as denominadas cláusulas abusivas, comumente incluídas nos contratos eletrônicos de consumo ou então nos chamados “termos de uso” de *sites*, que prejudicam de maneira exorbitante os direitos do consumidor, ferindo, inclusive, o princípio da boa-fé e equidade.

Conceitua Noronha:

Abusivas são as cláusulas que, em contratos entre as partes de desigual força, reduzem unilateralmente as obrigações do contratante mais forte ou agravam as do mais fraco, criando uma situação de grave desequilíbrio entre elas. ... São cláusulas que destroem a relação de equivalência entre a prestação e a contraprestação (2001, p. 12).

São, portanto, as cláusulas que impõem obrigações injustas, colocando o consumidor em exagerada desvantagem, causando um desequilíbrio dos direitos e obrigações de ambas as partes contratantes.

Marques por sua vez, dispõe:

A abusividade da cláusula contratual é, portanto, o desequilíbrio ou descompasso de direitos e obrigações entre as partes, desequilíbrio de direitos e obrigações típicos àquele contrato específico; é a unilateralidade



excessiva, é a previsão que impede a realização total do objetivo contratual que frustra os interesses básicos das partes presentes naquele tipo de relação, é, igualmente a autorização de atuação futura contrária à boa-fé, arbitrária ou lesionária aos interesses do outro contratante, é a autorização de abuso no exercício da posição contratual preponderante (2002, p. 148)

Ademais, a proteção contra cláusulas abusivas está inclusa no rol de direitos básicos do consumidor (artigo 6º, inciso IV¹), sendo, portanto, considerada um princípio a ser zelado.

O Código de Defesa do Consumidor elencou uma série de hipóteses de cláusulas abusivas em seu artigo 51, as quais, quando encontradas em contratos de consumo, são consideradas como abusivas. Dispõe o referido artigo:

Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

I - impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos. Nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis;

II - subtraíam ao consumidor a opção de reembolso da quantia já paga, nos casos previstos neste código;

III - transfiram responsabilidades a terceiros;

IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;

V - (Vetado);

VI - estabeleçam inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor;

VII - determinem a utilização compulsória de arbitragem;

VIII - imponham representante para concluir ou realizar outro negócio jurídico pelo consumidor;

IX - deixem ao fornecedor a opção de concluir ou não o contrato, embora obrigando o consumidor;

X - permitam ao fornecedor, direta ou indiretamente, variação do preço de maneira unilateral;

XI - autorizem o fornecedor a cancelar o contrato unilateralmente, sem que igual direito seja conferido ao consumidor;

XII - obriguem o consumidor a ressarcir os custos de cobrança de sua obrigação, sem que igual direito lhe seja conferido contra o fornecedor;

XIII - autorizem o fornecedor a modificar unilateralmente o conteúdo ou a qualidade do contrato, após sua celebração;

XIV - infrinjam ou possibilitem a violação de normas ambientais;

XV - estejam em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor;

XVI - possibilitem a renúncia do direito de indenização por benfeitorias necessárias.

§ 1º Presume-se exagerada, entre outros casos, a vantagem que:

I - ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence;

¹ Art. 6º São direitos básicos do consumidor: [...] IV - a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços;



II - restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou equilíbrio contratual;

III - se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso.

§ 2º A nulidade de uma cláusula contratual abusiva não invalida o contrato, exceto quando de sua ausência, apesar dos esforços de integração, decorrer ônus excessivo a qualquer das partes.

§ 3º (Vetado).

§ 4º É facultado a qualquer consumidor ou entidade que o represente requerer ao Ministério Público que ajuíze a competente ação para ser declarada a nulidade de cláusula contratual que contrarie o disposto neste código ou de qualquer forma não assegure o justo equilíbrio entre direitos e obrigações das partes.

Cumprido salientar, que o rol apresentado por este artigo é tão somente exemplificativo, uma vez que em seu *caput* há a expressão “entre outras”, podendo, assim, haver a identificação de novas cláusulas, que através da interpretação poderão ser considerada abusivas.

A caracterização da abusividade de uma cláusula independe de análise subjetiva da conduta do fornecedor, ou seja, se houve ou não a má-fé, o intuito de obter vantagem por parte deste.

Ensina Marques:

Para definir abusividade da cláusula contratual, dois caminhos podem ser seguidos: 1) uma aproximação subjetiva, que conecta a abusividade mais com a figura do abuso de direito, como se sua característica principal fosse o uso (subjetivo) malicioso ou desviado de suas finalidades sociais de um poder (direito) concedido a um agente; 2) ou uma aproximação objetiva, que conecta a abusividade, mas com paradigmas modernos, com a boa-fé objetiva ou a antiga figura da lesão enorme, como se seu elemento principal fosse o resultado objetivo que causa a conduta do indivíduo, o prejuízo grave sofrido objetivamente pelo consumidor, o desequilíbrio resultante da cláusula imposta, a falta de razoabilidade ou comutatividade do exigido no contrato (2012, p. 355).

Portanto, ainda que não haja o dolo do fornecedor em abusar do direito por meio de alguma cláusula, mesmo assim ela será caracterizada como tal.

Ademais, importante destacar, que o Código de Defesa do Consumidor deixou claro que as cláusulas consideradas abusivas serão *nulas de pleno direito*, conforme *caput* do artigo 51.



Diferentemente do Código Civil, que estabelece dois tipos de nulidade, a absoluta (artigo 166²) e a relativa (artigo 171³), a Lei 8.078/90 reconhece somente a nulidade absoluta de pleno direito. Sendo assim, não há cláusula abusiva que possa ser validada, ela sempre será nula (NUNES, 2009).

A nulidade prevista no Código de Defesa do Consumidor segue o mesmo regramento previsto para as nulidades em geral. Sendo assim, podem ser reconhecidas de ofício, alegadas em qualquer momento (em instância ordinária), são insanáveis e insuscetíveis de serem atingidas pelos prazos prescricionais e decadenciais (POPP; SETTI, 2011).

Por outro lado, com base no princípio da conservação do contrato, expresso no parágrafo 2º, do artigo 51, poderá o juiz negar efeito somente à cláusula abusiva, conservando o restante do contrato que não se encontra contaminado por vícios.

Neste sentido explica Bessa:

O magistrado, portanto, após excluir o efeito da cláusula abusiva, deve verificar se o contrato mantém condições – sem a cláusula abusiva – de cumprir sua função socioeconômica ou, ao contrário, se a nulidade da cláusula irá contaminar e invalidar todo o negócio jurídico (2012, p. 355).

Ademais, pode o juiz declarar a nulidade independentemente de pedido (de ofício), com base no artigo 168 do Código Civil⁴, e ainda, determinar somente a alteração de seu conteúdo, promovendo a revisão do contrato, nos termos do artigo 6º, V, do Código de Defesa do Consumidor⁵.

3.2 CLÁUSULAS ABUSIVAS PREVISTAS EM CONTRATOS ELETRÔNICOS NO CASO CONCRETO

² Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando: I - celebrado por pessoa absolutamente incapaz; II - for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto; III - o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito; IV - não revestir a forma prescrita em lei; V - for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade; VI - tiver por objetivo fraudar lei imperativa; VII - a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção.

³ Art. 171. Além dos casos expressamente declarados na lei, é anulável o negócio jurídico: I - por incapacidade relativa do agente; II - por vício resultante de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores.

⁴ Art. 168. As nulidades dos artigos antecedentes podem ser alegadas por qualquer interessado, ou pelo Ministério Público, quando lhe couber intervir. Parágrafo único. As nulidades devem ser pronunciadas pelo juiz, quando conhecer do negócio jurídico ou dos seus efeitos e as encontrar provadas, não lhe sendo permitido supri-las, ainda que a requerimento das partes.

⁵ Art. 6º São direitos básicos do consumidor: (...) V - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas.



As cláusulas dos contratos virtuais, geralmente, são encontradas por meio de ‘termos de uso’ dos *sites*. É nele que estão inseridas todas as condições de uso da página virtual, bem como, as condições para contratar o produto e/ou serviço.

Das cláusulas abusivas dispostas no artigo 51, as que são mais facilmente encontradas nos contratos eletrônicos ou nos ‘termos de uso’, são as que afrontam os incisos I, III, IV, XI, XIII e XV do mesmo dispositivo, ou seja, cláusulas que eximem e/ou transferem a responsabilidade do fornecedor para terceiros, cláusulas que autorizam o cancelamento ou a modificação unilateral do conteúdo do contrato, e cláusulas, que, conseqüentemente, estejam em desconformidade com o sistema protetivo do consumidor e que estabelecem obrigações consideradas iníquas, abusivas e que colocam o consumidor em exagerada desvantagem

Como forma exemplificativa, trechos retirados dos termos de uso dos *sites* do Mercado Livre, Lojas Renner e Vivo, a fim de demonstrar as cláusulas abusivas impostas pelo fornecedor ao consumidor.

Destaque-se que, todas as cláusulas a seguir demonstradas podem ser consideradas, de um modo geral, como em desconformidade com o sistema protetivo do consumidor (inciso XV), bem como, iníquas e abusivas, que colocam o consumidor em exagerada desvantagem (inciso IV).

a) Cláusulas que eximem e transferem a responsabilidade do fornecedor para terceiros (incisos I e III):

O MercadoLivre não se responsabiliza, por conseguinte, pela existência, quantidade, qualidade, estado, integridade ou legitimidade dos produtos oferecidos, adquiridos ou alienados pelos Usuários, assim como pela capacidade para contratar dos Usuários ou pela veracidade dos Dados Pessoais por eles inseridos em seus cadastros. O MercadoLivre não outorga garantia por vícios ocultos ou aparentes nas negociações entre os Usuários. Cada Usuário conhece e aceita ser o único responsável pelos produtos que anuncia ou pelas ofertas que realiza.

O MercadoLivre não será responsável pelo efetivo cumprimento das obrigações assumidas pelos Usuários. O Usuário reconhece e aceita que ao realizar negociações com outros Usuários ou terceiros faz por sua conta e risco, reconhecendo o MercadoLivre como mero fornecedor de serviços de disponibilização de espaço virtual para anúncio dos produtos e serviços ofertados por terceiros. Em nenhum caso o MercadoLivre será responsável pelo lucro cessante ou por qualquer outro dano e/ou prejuízo que o Usuário possa sofrer devido às negociações realizadas ou não realizadas através do MercadoLivre decorrentes da conduta de outros Usuários. (grifo nosso)



(http://contato.mercadolivre.com.br/ajuda/Termos-e-condicoes-gerais-de-uso_1409.>)

Sendo o fornecedor o proprietário do *site* em que a ofertas estão sendo veiculadas, obviamente que este é inteiramente responsável por todos os prejuízos que vierem a ocorrer em decorrência de problemas da página virtual, independentemente da natureza destes.

Ainda que o contrato tenha sido firmado entre o usuário do *site* hospedeiro e o consumidor, como ocorre no presente caso do Mercado Livre, em que este não atua diretamente nas transações, mesmo assim não poderá eximir-se da responsabilidade ou passá-la para terceiros, uma vez que é igualmente responsável, e responderá solidariamente.

No mesmo sentido ocorre com os *sites* que comercializam produtos:

6. EXCLUSÃO DE GARANTIAS E DE RESPONSABILIDADE PELO FUNCIONAMENTO DO SITE E DOS SEUS CONTEÚDOS, PELOS SERVIÇOS PRESTADOS POR TERCEIROS ATRAVÉS DO SITE, PELOS SERVIÇOS E CONTEÚDOS HOSPEDADOS EM PÁGINAS EXTERNAS AO SITE E PELA UTILIZAÇÃO DO SITE, DOS SERVIÇOS E DOS CONTEÚDOS PELOS USUÁRIOS

[...]

6.4 CONFIABILIDADE E UTILIDADE DO SITE E DOS SEUS CONTEÚDOS

A RENNER exime-se de responsabilidade pelos danos, prejuízos e/ou lucros cessantes de qualquer natureza que possam decorrer:

- *da infração aos direitos de propriedade intelectual ou industrial, dos segredos empresariais, de compromissos contratuais de qualquer tipo, dos direitos à honra, à intimidade pessoal e familiar e à imagem das pessoas, dos direitos de propriedade e de toda e qualquer natureza pertencentes a terceiro como consequência da transmissão, difusão, armazenamento, disponibilização, recepção, obtenção ou acesso ao SITE ou aos seus CONTEÚDOS;*
 - *do descumprimento da lei, da moral e dos bons costumes ou a ordem pública como consequência da transmissão, difusão, armazenamento, disponibilização, recepção, obtenção ou acesso ao SITE ou aos CONTEÚDOS;*
 - *da inadequação para qualquer tipo de propósito ou da frustração das expectativas geradas pelo SITE ou seus CONTEÚDOS;*
 - *da falta de precisão, extinção, pertinência e/ou atualidade do SITE ou dos seus CONTEÚDOS;* (grifo nosso)
- (http://lojavirtual.lojasrenner.com.br/default2.jsp?page=/front/termos_condicoes.jsp)

O fornecedor de produtos é inteiramente responsável pela oferta que está sendo publicitada em sua página virtual, não podendo de qualquer maneira se eximir da responsabilidade por danos e/ou prejuízos que esta venha a causar a consumidores.



Tal norma é reforçada também pelo artigo 25 do Código de Defesa do Consumidor⁶, no que se refere à indenização por danos causados ao consumidor.

Desta forma, o fornecedor está obrigado a indenizar o consumidor por danos que seus produtos venham a causar, sendo as cláusulas acima dispostas totalmente nulas de pleno direito.

Da mesma forma com *sítes* que oferecem serviços:

VI. DA LIMITAÇÃO E EXCLUSÃO DE GARANTIAS E RESPONSABILIDADES

VI.1. Não são de responsabilidade da VIVO eventuais danos e/ou prejuízos de qualquer natureza que possam derivar da utilização dos serviços e/ou de informações disponibilizados através do VIVO DIRETO, principalmente, mas não exclusivamente, se tais danos e/ou prejuízos decorrerem de falhas no acesso aos diferentes sites existentes, da transmissão, difusão, armazenagem ou colocação à disposição de terceiros de informações por meio dos serviços disponibilizados aos ASSINANTES. (grifo nosso) (<http://www.vivo.com.br/vivodireto/pdf/termos_vivo_direto.pdf>)

A não responsabilização do fornecedor seria a total falta de proteção do consumidor, portanto, não se pode permitir que através de cláusulas o fornecedor se exonere ou passe à terceiros, responsabilidades que são exclusivamente suas.

A ideia de responsabilização do fornecedor pelo vício do serviço está diretamente interligada ao preceito que os produtos e serviços devem atender a sua finalidade, que é reforçada pelo artigo 24 do Código de Defesa do Consumidor: “A garantia legal de adequação do produto ou serviço independe de termo expresse, vedada a exoneração contratual do fornecedor.”

Sendo assim, não é necessário que esteja expresse a garantia da qualidade do serviço, bem como, impossível a inclusão de cláusula que exonere o fornecedor de suas responsabilidades, sendo esta nula de pleno direito.

b) Cláusulas que autorizem o cancelamento ou modificação dos termos do contrato de forma unilateral (incisos XI e XIII):

1.OBJETO

Através do SITE, a RENNEN disponibiliza o acesso aos USUÁRIOS de

⁶ Art. 25. É vedada a estipulação contratual de cláusula que impossibilite, exonere ou atenua a obrigação de indenizar prevista nesta e nas seções anteriores. § 1º Havendo mais de um responsável pela causação do dano, todos responderão solidariamente pela reparação prevista nesta e nas seções anteriores. § 2º Sendo o dano causado por componente ou peça incorporada ao produto ou serviço, são responsáveis solidários seu fabricante, construtor ou importador e o que realizou a incorporação.



diversos conteúdos. A *RENNER* se reserva o direito de modificar unilateralmente, a qualquer momento e sem prévio aviso, a apresentação e configuração do *SITE*, assim como o de eliminar ou modificar, os *CONTEÚDOS*, os *TERMOS DE USO*, assim como todos os avisos, regulamentos e instruções de uso. (grifo nosso) (http://lojavirtual.lojasrenner.com.br/default2.jsp?page=/front/termos_condicoes.jsp.)

II. DO OBJETO DO TERMO DE USO

[...]
II.3.1 modificar, em qualquer momento e sem prévio aviso, a apresentação e configuração do *VIVO DIRETO*, assim como as condições requeridas para utilizá-lo;

VII. DA RESCISÃO E DA RESILIÇÃO

VII.2. A *VIVO* reserva-se o direito de suspender ou cancelar o *VIVO DIRETO*, mediante prévio aviso com antecedência de 30 (trinta) dias. (grifo nosso) (http://www.vivo.com.br/vivodireto/pdf/termos_vivo_direto.pdf.)

Ocorre que o Código de Defesa do Consumidor veda qualquer situação que reflita o desequilíbrio contratual entre consumidor e fornecedor, destacando a importância do fato de que o fornecedor está vinculado à oferta que realiza, vinculação esta que inclui o seu preço e qualquer dos aspectos, sendo estes patrimoniais ou não. Ademais, só é possível o cancelamento unilateral do contrato se igual direito for assegurado também ao consumidor, devendo, ainda assim, verificar no caso concreto se há ou não abuso de direito.

Assim, é possível concluir que a inclusão de cláusulas abusivas nos contratos eletrônicos é uma prática usual por parte dos fornecedores, sendo estas facilmente encontradas através de uma simples leitura dos contratos eletrônicos, conforme visto anteriormente. Entretanto, ainda que não havendo lei específica que regule as contratações virtuais, o consumidor, em caso de litígio judicial, estará bem protegido por meio das normas vigentes, que também podem ser aplicadas ao caso, em especial as previstas no Código de Defesa do Consumidor.

CONCLUSÃO

Analisando-se alguns contratos estabelecidos nas páginas virtuais de fornecedores, facilmente são encontrados abusos de direito praticados por estes. Inclusive, em relação à prática de incluir nos contratos eletrônicos cláusula que, através da interpretação do artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor, são consideradas abusivas, e que, portanto, são nulas de pleno direito, pois afrontam os direitos básicos do consumidor, deixando-o em desvantagem excessiva.



Contudo, pode-se concluir que, mesmo não havendo legislação própria para a contratação eletrônica de consumo, o consumidor estará protegido em caso de litígio pelas normas vigentes, especialmente, pelo Código de Defesa do Consumidor, que, ao ser criado, preocupou-se em abranger o máximo possível de hipóteses de proteção ao sujeito vulnerável, nas relações de consumo, ou seja, o consumidor.

Ademais, acredita-se que, com efetiva fiscalização dos órgãos de proteção ao consumidor e com a futura instituição de regras específicas para o meio eletrônico, os fornecedores virtuais irão se conscientizar, cada vez mais, que a *internet* é um meio promissor, e que as relações de consumo por este meio celebradas, se praticadas com atos honestos e proporcionais a ambas as partes, todos têm a ganhar.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, João Batista de. *Manual de Direito do consumidor*. 5 ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil*.

_____, *Código Civil Brasileiro*. Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002.

_____, *Código de Defesa do Consumidor*. Lei n. 8.078 de 11 de setembro de 1990.

BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 4 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

DIAS, Jean Carlos. *O direito contractual no ambiente virtual*. Curitiba : Editora Juruá, 2001.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro, 3 volume: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais*. 24 ed. ver., atual. E ampl. De acordo com a reforma do CPC e com o Projeto de Lei n. 276/2007. São Paulo: Saraiva, 2008.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil, volume IV: contratos, tomo 1: teoria geral*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

KLEE, Antonia Espíndola Longoni. *Revista de Direito do Consumidor. O diálogo das fontes nos contratos pela internet. Do vínculo contratual ao conceito de*



estabelecimento empresarial virtual e a proteção do consumidor. Ano 20, vol. 77 - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

LESSING, Lawrence apud MARTINS, Guilherme Magalhães; LONGHI, João Victor Rozatti. *Revista de Direito do Consumidor. A tutela do Consumidor nas Redes Sociais Virtuais. Responsabilidade civil por acidentes de consumo na sociedade da informação*. Ano 20, vol. 78 - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

LIMBERGER, Têmis; BARRETO, Ricardo Menna. *Revista do Direito do Consumidor. Ciberespaço e Obstáculos 3-D. Desafios à concretização dos direitos do consumidor*. Ano 20, vol. 79 – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

LÔBO, Paulo. *Direito Civil: contratos*. São Paulo: Saraiva 2011.

LOJAS RENNER. Termos de uso Lojas Renner S.A. Disponível em: <http://lojavirtual.lojasrenner.com.br/default2.jsp?page=/front/termos_condicoes.jsp> Acesso em: 11 jun. 2013.

MARQUES, Cláudia de Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 4 ed. rev., atual., e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

MERCADO LIVRE. Termos e condições gerais de uso do site. Disponível em: <http://contato.mercadolivre.com.br/ajuda/Termos-e-condicoes-gerais-de-uso_1409> Acesso em: 04 out. 2016.

NUNES, Luis Antônio Rizzato. *Curso de direito do consumidor*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

POPP, Caryle; SETTI, Maria Estela Gomes. *Revista de Direito do Consumidor. O Código de Defesa do Consumidor e a Proteção Contratual*. Ano 20, vol. 79 - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

TO BE GUARANY. Internet no Brasil. Disponível em: <<http://tobeguarany.com/internet-no-brasil>> Acesso em: 04 out. 2016.

VIAL, Sophia Martini. *Revista de Direito do Consumidor. Contratos de Comércio Eletrônico de Consumo: Desafios e Tendências*. Ano 20, vol. 80 - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

VIVO. Termos de uso Vivo Direto. Disponível em: <http://www.vivo.com.br/vivodireto/pdf/termos_vivo_direto.pdf>. Acesso em: 04 out. 2016.