

ORGANIZADORES

Luiz Carlos de Andrade Jr.
Marcelo Chiavassa de Mello Paula Lima

CONTRATOS ELETRÔNICOS

JURISPRUDÊNCIA COMENTADA

AUTORES

Abrahan Lincoln Dorea Silva
André Canuto Muriel Mendes de Almeida
Araya-Alicia Estancona Perez
Cristina Godoy Bernardo de Oliveira
Daniel Rodrigo Ito Shingai
Éverton Willian Pona
Fabiana Aparecida dos Reis Silva
Giovanni Berti de Marinis
Ígor Martins da Cunha
João Victor Rozatti Longhi
José Luiz de Moura Faleiros Júnior
Lygia Maria Moreno Molina Henrique
Lucas Brandão Borges Caiado
Luis Felipe Rasmuss de Almeida
Luiz Carlos de Andrade Jr.
Marcelo Chiavassa de Mello Paula Lima
Rafael Marinangelo
Rafael Meira Silva
Rodrigo Fernandes Rebouças
William Gale Dietrich

tirant
lo blanch

Organizadores

Luiz Carlos de Andrade Jr.
Marcelo Chiavassa de Mello Paula Lima

CONTRATOS ELETRÔNICOS

JURISPRUDÊNCIA COMENTADA



Copyright© Tirant lo Blanch Brasil

Editor Responsável: Aline Gostinski

Assistente Editorial: Izabela Eid

Capa e diagramação: Analu Brettas

CONSELHO EDITORIAL CIENTÍFICO:

EDUARDO FERRER MAC-GREGOR POISOT

Presidente da Corte Interamericana de direitos humanos. Investigador do Instituto de Investigações Jurídicas da UNAM - México

JUAREZ TAVARES

Catedrático de Direito Penal da Universidade do Estado do Rio de Janeiro - Brasil

LUIS LÓPEZ GUERRA

Ex Magistrado do Tribunal Europeu de direitos humanos. Catedrático de Direito Constitucional da Universidade Carlos III de Madrid - Espanha

OWEN M. FISS

Catedrático Emérito de Teoria de Direito da Universidade de Yale - EUA

TOMÁS S. VIVES ANTÓN

Catedrático de Direito Penal da Universidade de Valência - Espanha

C782

Contratos eletrônicos [recurso eletrônico] : jurisprudência comentada / Abrahan Lincoln Dorea Silva ... [et al.] ; organização Luiz Carlos de Andrade Jr. , Marcelo Chiavassa de Mello Paula Lima. - 1. ed. - São Paulo : Tirant Lo Blanch, 2022.

recurso digital ; 1 MB

Formato: ebook

Modo de acesso: world wide web

ISBN 978-65-5908-468-5 (recurso eletrônico)

1. Contratos administrativos - Inovações tecnológicas - Brasil. 2. Jurisprudência.
3. Livros eletrônicos. I. Silva, Abrahan Lincoln Dorea. II. Andrade Jr., Luiz Carlos de.
III. Lima, Marcelo Chiavassa de Mello Paula.

22-80444

CDU: 342:004.738.5(81)



Gabriela Faray Ferreira Lopes - Bibliotecária - CRB-7/6643

DOI: 10.53071/boo-2022-11-01-63613ad427dbd

É proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, inclusive quanto às características gráficas e/ou editoriais. A violação de direitos autorais constitui crime (Código Penal, art.184 e §§, Lei nº 10.695, de 01/07/2003), sujeitando-se à busca e apreensão e indenizações diversas (Lei nº9.610/98).



Todos os direitos desta edição reservados à Tirant lo Blanch.

Avenida Brigadeiro Luiz Antonio nº 2909, sala 44.

Bairro Jardim Paulista, São Paulo - SP CEP: 01401-000

Fone: 11 2894 7330 / Email: editora@tirant.com / atendimento@tirant.com

www.tirant.com/br - www.editorial.tirant.com/br/

Impresso no Brasil / Printed in Brazil

Organizadores

Luiz Carlos de Andrade Jr.
Marcelo Chiavassa de Mello Paula Lima

CONTRATOS ELETRÔNICOS

JURISPRUDÊNCIA COMENTADA

Autores:

Abrahan Lincoln Dorea Silva
André Canuto Muriel Mendes de Almeida
Araya-Alicia Estancona Perez
Cristina Godoy Bernardo de Oliveira
Daniel Rodrigo Ito Shingai
Éverton Willian Pona
Fabiana Aparecida dos Reis Silva
Giovanni Berti de Marinis
Ígor Martins da Cunha
João Victor Rozatti Longhi
José Luiz de Moura Faleiros Júnior
Lygia Maria Moreno Molina Henrique
Lucas Brandão Borges Caiado
Luís Felipe Rasmuss de Almeida
Luiz Carlos de Andrade Jr.
Marcelo Chiavassa de Mello Paula Lima
Rafael Marinangelo
Rafael Meira Silva
Rodrigo Fernandes Rebouças
William Gale Dietrich



tirant
lo blanch

AUTORES

LUIZ CARLOS DE ANDRADE JR.

Professor Doutor de Direito Civil da Universidade Presbiteriana Mackenzie (SP). Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Bacharel em Filosofia pela Universidade de São Paulo. Pós-Doutorando em Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Membro da Rede de Pesquisa de Direito Civil Contemporâneo (USP, Humboldt-Berlim, Coimbra, Lisboa, Porto, Roma II-Tor Vergata, Girona, UFMG, UFPR, UFRGS, UFSC, UFPE, UFF, UFC, UFMT, UFBA, UFRJ e UFAM). Advogado.

MARCELO CHIAVASSA DE MELLO PAULA LIMA

Doutor em Direito Civil pela Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Direito Civil pela Pontifícia Universidade de São Paulo (PUCSP). Especialista em Direito Contratual pela PUCSP. Especialista em Direito Civil italiano pela Universidade de Camerino (UNICAM). Professor de Direito Civil, Direito Digital e Direito da Inovação na Universidade Presbiteriana Mackenzie.

ABRAHAN LINCOLN DOREA SILVA

Mestrando em Direito Civil pela Faculdade de Direito do Largo de São Francisco (USP). Dupla graduação em Direito pela Université de Lyon e pela USP. Ex-pesquisador bolsista da fundação FAPESP. Membro da Rede de Direito Civil Contemporâneo (USP, Un. Humboldt-Berlim, Un. de Coimbra, Un. de Lisboa, Un. do Porto, Un. de Roma II-Tor Vergata, Un. de Girona, UFMG, UFPR, UFRGS, UFSC, UFPE, UFF, UFC, UFMT, UFBA e UFRJ). Advogado associado ao escritório PHA Advogados (SP).

ANDRÉ CANUTO MURIEL MENDES DE ALMEIDA

Advogado e Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

ARAYA-ALICIA ESTANCONA PEREZ

Doctora en Derecho por la Universidad de Cantabria (España). Premio extraordinario de Doctorado de la Universidad de Cantabria y Premio a la mejor tesis en ciencias sociales del Consejo Social de la Universidad de Cantabria. Especialista en Mediación y Gestión de Conflictos. Profesora Ayudante Doctora de Derecho Civil de la Universidad de Cantabria. Co-directora Máster en Mediación y Gestión de Conflictos. Miembro del Grupo de Investigación Derecho e Innovación (D&I) de la Universidad de Cantabria y miembro del Grupo CEDIS (Universidad Nova de Lisboa).

CRISTINA GODOY BERNARDO DE OLIVEIRA

Professora da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto (USP). Pós-doutora pela Université Paris I Pantheon-Sorbonne. Academic Visitor at the University of Oxford. Doutora e Graduada pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. PI do Centro de Inteligência Artificial USP-IBM-FAPESP. Coordenadora do Grupo de Pesquisa em Direito, Ética e Inteligência Artificial USP-CNPq. Associada Fundadora do Instituto Avançado de Proteção de Dados (IAPD).

DANIEL RODRIGO ITO SHINGAI

Advogado, Doutorando e Mestre em Direito Civil, e Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

ÉVERTON WILLIAN PONA

Doutorando em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (Largo de São Francisco). Mestre em Direito Negocial e Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Londrina/PR. Especialista em Direito Constitucional Contemporâneo (IDCC/Unibrasil). Juiz de Direito no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

FABIANA APARECIDA DOS REIS SILVA

Pós-Graduada em Direito Digital pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) em parceria com o Instituto de Tecnologia e Sociedade do Rio de Janeiro (ITS/RJ). Graduada em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Pesquisadora na área de direito e tecnologia. Advogada com atuação na área de direito digital.

GIOVANNI BERTI DE MARINIS

Professore associato di Diritto dell'economia presso l'Università degli Studi di Perugia ed ha conseguito l'abilitazione quale Professore Ordinario nella medesima materia. Ha ottenuto il titolo di Dottore di ricerca in Diritto civile presso l'Università degli Studi di Camerino nella quale ha conseguito anche il diploma di Specializzazione in Diritto civile. Fa parte del Collegio docenti del Dottorato internazionale in "Diritto dei consumi" presso l'Università degli Studi di Perugia. Fa parte dei Comitati scientifici e di redazione di numerose Riviste sia italiane che spagnole. È autore di tre monografie e di numerosi scritti minori in tema di diritto civile, diritto delle assicurazioni, diritto bancario, diritto finanziario, e diritto della concorrenza.

ÍGOR MARTINS DA CUNHA

Doutorando em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestre em Direito pela Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Campinas. Diretor Executivo da Revista Forense (Grupo GEN-Forense). Editor Executivo da RDM - Revista Direito e Medicina (Thomson Reuters - Revista dos Tribunais).

JOÃO VÍCTOR ROZATTI LONGHI

Defensor Público no Estado do Paraná. Professor substituto da Universidade Estadual do Oeste do Paraná (Unioeste) e visitante do PPGD da Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP. Pós-Doutor em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP. Doutor em Direito Público pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP/Largo de São Francisco. Mestre em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ.

JOSÉ LUIZ DE MOURA FALEIROS JÚNIOR

Doutorando em Direito Civil pela Universidade de São Paulo – USP/Largo de São Francisco. Doutorando em Direito, na área de estudo 'Direito, Tecnologia e Inovação', pela Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia – UFU. Especialista em Direito Digital, com extensão universitária na University of Chicago. Associado Fundador do Instituto Avançado de Proteção de Dados – IAPD. Membro do Instituto Brasileiro de Estudos de Responsabilidade Civil – IBERC. Advogado e Professor.

LUCAS BRANDÃO BORGES CAIADO

Mestre em Direito pela Universidade de Cambridge (Inglaterra). LL.M., Columbia Law School (EUA). Bacharel em Direito pela USP.

LUÍS FELIPE RASMUSSEN DE ALMEIDA

Mestrando em Direito Civil pela Faculdade de Direito do Largo de São Francisco – USP. Bacharel em Direito pela USP. Membro da Rede de Pesquisa de Direito Civil Contemporâneo (RDCC).

LYGIA MARIA MORENO MOLINA HENRIQUE

Mestre em Direitos Difusos pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), tendo desenvolvido sua dissertação em proteção de dados pessoais. Advogada, Sócia do escritório Morais Andrade Advogados, tem experiência em Direito Civil, Direito do Consumidor, Direito Digital, Tecnologia e Proteção de Dados. Possui certificações em proteção de dados pessoais pela EXIN: Exin Privacy and Data Protection Essentials (LGPD) e Exin Privacy and Data Protection Foundation (GDPR). Pós-graduada em Segurança da Informação pelo SENAC

RAFAEL MARINANGELO

Graduado, Mestre e Doutor em Direito pela PUC/SP. Especialista em Direito Civil Europeu e Italiano pela Scuola di Specializzazione in Diritto Civile della Università degli Studi di Camerino – Itália.

RAFAEL MEIRA SILVA

Advogado. Professor do Programa de Pós-Graduação Lato Sensu da FAAP. Diretor da Comissão de Política de Estudos Avançados do Instituto Avançado de Proteção de Dados (IAPD). Doutor pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo com período de doutorado-sanduiche na Université Paris I Pantheon-Sorbonne. Graduado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Diretor Técnico III da Corregedoria do Governo do Estado de São Paulo (2010-2014). Membro do Grupo de Estudos em Direito e Tecnologia do Instituto de Estudos Avançados (IEA-USP).

RODRIGO FERNANDES REBOUÇAS

Professor de Direito dos contratos, direito digital, direito do consumidor, direito empresarial, proteção de dados e privacidade. Doutor (2017) e Mestre (2012) em Direito Civil pela PUC/SP. Pós-graduado lato-sensu em Direito Processual Civil pela FMU (1998). Especialista em Direito dos Contratos (2007), Direito das Novas Tecnologias (2004) e Direito Tributário (2002) pelo CEU/IICS, Especialista em Gestão de Serviços Jurídicos pela FGV-Law/SP e Especialista em Gestão de Departamentos Jurídicos pelo Insper. Advogado e Consultor Jurídico no Estado de São Paulo. Coordenador do Núcleo Temático de Direito Digital da Escola Superior de Advocacia da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção São Paulo (2019-). Diretor de Relações Institucionais do IASP, Instituto dos Advogados de São Paulo para os triênios 2013-2015 e 2016-2018. Professor dos programas do pós-graduação no Insper Direito, IBMEC/SP, FIA Online, LCA, FADI, UNIFOR, Escola Paulista da Magistratura e. Professor da Graduação da FADITU (2019-). Professor convidado e palestrante em diversas universidades, entidades de classes, associações e institutos nacionais. Autor de artigos, capítulos de livros e livros jurídicos.

WILLIAM GALE DIETRICH

Doutorando em Direito Civil pela Faculdade de Direito do Largo de São Francisco (USP). Mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), como bolsista CAPES. Bacharel em Direito pela FEEVALE. Membro da Rede de Direito Civil Contemporâneo (USP, Un. Humboldt-Berlim, Un. de Coimbra, Un. de Lisboa, Un. do Porto, Un. de Roma II-Tor Vergata, Un. de Girona, UFMG, UFPR, UFRGS, UFSC, UFPE, UFE, UFC, UFMT, UFBA e UFRJ). Membro da ABDPro – Associação Brasileira de Direito Processual. Advogado no Raatz & Anchieta Advocacia (RS).

SUMÁRIO

AUTORES.....	5
PREFÁCIO.....	10
<i>Giovanni Ettore Nanni</i>	
NOTA DOS ORGANIZADORES	12
<i>Luiz Carlos de Andrade Jr. e Marcelo Chiavassa de Mello Paula Lima</i>	
SISTEMA INTERNO DE TRAMITACIÓN DE RECLAMACIONES DE LOS USUARIOS PROFESIONALES, CONOCIMIENTO DE LAS EMPRESAS INTERMEDIARIAS EN LÍNEA Y SU RESPONSABILIDAD. A PROPÓSITO DE LA STJUE (GRAN SALA) DE 12 DE JULIO DE 2011 [C-324/09].....	14
<i>Araya-Alicia Estancona Pérez</i>	
LA RESPONSABILITÀ DELL'INTERNET SERVICE PROVIDER PER VIOLAZIONE DEI DIRITTI DI PROPRIETÀ INTELLETTUALE ALLA LUCE DELLA SENTENZA 19 MARZO 2019, N. 7708 DELLA CORTE DI CASSAZIONE ITALIANA.....	38
<i>Giovanni Berti de Marinis</i>	
VIACOM INTERNATIONAL V. YOUTUBE - U.S. COURT OF APPEALS FOR THE SECOND CIRCUIT: ANÁLISE CRÍTICA	54
<i>Cristina Godoy Bernardo de Oliveira e Rafael Meira Silva</i>	
COMENTÁRIO AO ACÓRDÃO PROLATADO PELA SEGUNDA SEÇÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NO JULGAMENTO DO RECURSO ESPECIAL Nº 1.787.492/SP, EM 11 DE SETEMBRO DE 2019.....	67
<i>Daniel Rodrigo Ito Shingai e André Canuto Muriel Mendes de Almeida</i>	
UMA VIAGEM PELA RESPONSABILIDADE CIVIL DAS AGÊNCIAS DE TURISMO A PARTIR DO RESP 1.791.010/RO.....	93
<i>Éverton Willian Pona</i>	
COMENTÁRIOS AO RECURSO ESPECIAL Nº 1.639.028/Sp	122
<i>Ígor Martins da Cunha</i>	
COMENTÁRIOS AO RECURSO ESPECIAL Nº 1.444.008/RS, JULGADO PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PROVEDORES DE BUSCA DE PRODUTOS NA INTERNET	133
<i>José Luiz de Moura Faleiros Júnior e João Victor Rozatti Longhi</i>	
A RESPONSABILIDADE POR FATO DO PRODUTO EM FACE DO DESENVOLVIMENTO DE PLATAFORMAS ELETRÔNICAS DE VENDAS (MARKETPLACE) NOS EUA: UMA ANÁLISE DO CASO STINER V. AMAZON.COM, INC. DA SUPREMA CORTE DE OHIO.....	146
<i>Luís Felipe Rasmuss de Almeida e Lucas Brandão Borges Caiado</i>	

KOSTEN V. MERCADO LIBRE S.R.L. (CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EM LO COMERCIAL DA ARGENTINA).....	164
--	------------

Luiz Carlos de Andrade Jr.

RECURSO ESPECIAL 1.383.354 - SP (2013/0074298-9)	186
---	------------

Lygia Maria Moreno Molina Henrique

COMENTÁRIOS AO PROCESSO C18-18 DA CORTE DE JUSTIÇA EUROPEIA E A APLICAÇÃO DA DIRETIVA EUROPEIA DE COMÉRCIO ELETRÔNICO (31/2000 EU).....	198
--	------------

Marcelo Chiavassa de Mello Paula Lima e Fabiana Aparecida dos Reis Silva

RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PRESTADORES DE SERVIÇOS DE ANÚNCIO VIRTUAL DE VEÍCULOS. (COMENTÁRIOS AO AGRAVO INTERNO NO ARESP Nº 862.511/SP – STJ)	215
--	------------

Rafael Marinangelo

COMENTÁRIOS AO ARESP 144832 RJ JULGADO EM 23.11.2016 – MIN. RELATOR RAUL ARAÚJO. CONTRATO ELETRÔNICO POR ADESÃO EM RELAÇÃO DE CONSUMO POR SITE DE CLASSIFICADOS DE PRODUTOS E SERVIÇOS E A NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DO NEXO CAUSAL PARA A CARACTERIZAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL.....	233
---	------------

Rodrigo Fernandes Rebouças

O CASO IMOVELWEB E O SINCRETISMO DE RELAÇÕES CONTRATUAIS (COMENTÁRIOS AO RECURSO ESPECIAL Nº 1.740.942/RS)	247
---	------------

William Galle Dietrich e Abrahan Lincoln Dorea Silva

PREFÁCIO

A publicação de escritos jurídicos em larga escala se tornou comum nos dias de hoje, em tantos veículos, notadamente em revistas, impressas ou eletrônicas, assim como em variados portais na *internet*. Se, de um lado, percebe-se numerosa propagação de artigos, de outro, verifica-se profusão desordenada e, por isso, dificuldade na pesquisa de referências específicas, conforme a necessidade do interessado.

Nesse sentido, trazer a público obra coletiva que aborde tema particular, partindo de rigorosa orientação metodológica quanto ao seu desenvolvimento, é premissa fundamental que a credencia como valiosa fonte de ponderação.

Com base nisso, o trabalho que se propõe a esmiuçar assunto pouco abordado no âmbito do Direito – a rigor, sem exceção, ao versar sobre *evolução, comércio e tecnologia* –, que se mostra decerto hodierno ao que a doutrina tradicionalmente investiga em relação à prática negocial, alcança inegável aptidão para contribuir com a ciência jurídica, mormente na ocasião em que os autores, oriundos de diversos países, se aprofundaram sobremaneira nas questões discutidas.

Não bastasse, outra característica abonadora é retratar sua concretude, mapeando e destrinchando como estão sendo solucionadas as controvérsias decorrentes da temática em pauta perante as cortes judiciais, o que, a propósito, assume maior relevância quando se examina temática presente, que não encontra traço no passado, justamente porque oriunda do progresso digital.

Pois bem, o livro coordenado pelos Professores Doutores Luiz Carlos de Andrade Junior e Marcelo Chiavassa de Mello Paula Lima, os quais me conferiram a honra de prefaciá-lo, apresenta todos esses atributos, sendo merecedor, portanto, de aplausos.

É marcado por fio condutor único, que é refletir sobre o comércio eletrônico na perspectiva atual, dotado, assim, de inegável foco, cuja essência revela diretriz quanto ao método de pesquisa. O leitor encontrará na obra a materialidade que o tema suscita, instigando o raciocínio crítico.

No que tange ao objeto do trabalho, nada mais desafiador no domínio do Direito Privado. É despiendo ressaltar o quanto qualquer reflexão acerca das transformações digitais hoje vivenciadas dá azo a enorme inquietação. Coloca em xeque as soluções codificadas, evidentemente dispostas em outra realidade. Sabe-se que o Direito é incapaz de acompanhar o frenético e irrefreável progresso da realidade social, mas, *in casu*, o imperativo ato de repensar é muito mais ine-

quívoco. Se alguns institutos do Direito Civil remontam a mais de dois mil anos, no que concerne aos assuntos dispostos na obra, talvez nem dez anos represente o marco inicial do debate. Tudo isso, não custa lembrar, foi ainda indiscutivelmente apressado com o advento da pandemia de Covid-19.

O comércio eletrônico rompe fronteiras municipais, estaduais, nacionais. O que se via como estático, é dinâmico. A comunicação e a contratação interpessoal agregam o aspecto virtual; de pessoa a pessoa, acentua-se a interação de máquina com máquina, ou, ao menos, por intermédio de equipamentos informáticos. Visão interdisciplinar desponta como elemento inerente à inquirição.

Por isso, o livro busca analisar diferentes pontos de vista no quesito, o que consubstancia árdua missão. Para tanto, muito apropriado pautar a interrogação na visão dos tribunais, sobretudo porque inexistem paradigmas tradicionais. Assim é que o seu predicado consiste em averiguar julgados intrínsecos à matéria, em que os colaboradores tecem qualificados comentários e externam valiosas posições tendo como premissa o quanto decidido, em selecionados arestos, por juízes da Argentina, Brasil, Espanha, Estados Unidos da América, Itália e União Europeia.

Se é cabível afirmar que se vivencia o mundo sem fronteiras, o propósito do livro de pesquisar decisões proferidas em distintas jurisdições, contando com autores brasileiros e estrangeiros, denota a feição internacional que a conjuntura reclama.

A obra reúne qualidades indiscutíveis, enriquecendo a cena editorial. Traduz segura fonte de citação aos interessados na consulta de tão instigante conteúdo, o qual certamente continuará a impactar a sociedade e a avivar o cenário jurídico.

GIOVANNI ETTORE NANNI¹

1 Livre-Docente, Doutor e Mestre em Direito Civil pela PUC-SP; Professor de Direito Civil nos Cursos de Graduação e de Pós-Graduação *Stricto Sensu* na PUC-SP, na qual também atua em atividades ligadas à Arbitragem e à Mediação; Advogado e Consultor Jurídico em São Paulo.

NOTA DOS ORGANIZADORES

Os impactos do avanço tecnológico na formatação da sociedade é objeto de estudo há centenas de anos pelos historiadores, antropólogos e cientistas políticos. Entretanto, nunca se presenciou um avanço tão veloz e marcante quanto o dos dias atuais, que culminam naquilo que se passou a conceber com 4ª Revolução Industrial.

No centro dela, a confluência do mundo real com o mundo virtual, que não mais podem ser desmembrados e analisados separadamente.

O Direito, enquanto ciência social aplicada, não passa ao largo dessas transformações sociais, e impõe ao jurista, cada vez mais, a necessidade de se manter atualizado nesse mundo cada vez mais complexo e veloz, no qual praticamente só importa o passado remoto (quase nada), o presente e (muito) o futuro.

Listar as tecnologias de maior impacto nas primeiras duas décadas desse século é tarefa bastante inglória. Para que você, leitor, possa se situar no tempo, o ano 2000 ficou marcado por alguns fatos: (i) o fim do projeto Genoma; (ii) apenas cerca de 4% da população mundial tinha acesso à Internet; (iii) a Wikipedia surgiu em 2001; (iv) não existiam redes sociais e tampouco os smartphones; (v) lançamento do jogo The Sims (metaverso?) e (vi) o comércio eletrônico engatinhava no Brasil, com o Mercado Livre tendo sido criado em 1999. Plataformas de streaming, aplicativos de transporte, drones, NFTs, bitcoin, blockchain e outras tecnologias eram figuras praticamente inimagináveis.

Dentre estas diferentes tecnologias, uma daquelas de maior impacto social (comportamental, jurídico e econômico) foi o desenvolvimento do chamado e-commerce, que chegou ao país exatamente no ano 2000.

A tecnologia, cada vez mais complexa, trouxe diversas questões para o mundo jurídico, seja a partir da evolução do modelo de negócio (lojas próprias > revenda de produtos de terceiros > marketplaces), seja pelas dificuldades jurídicas que isso impôs (responsabilidade dos atores; teoria da aparência; responsabilidade do gestor do marketplace; práticas de concorrência desleal entre gestor do marketplace e vendedores na plataforma; percepção sobre o funcionamento do modelo de negócio pelo consumidor e aplicação da teoria da aparência, dentre tantos outros).

Estudar a evolução do comércio eletrônico é estudar a própria evolução da 4ª Revolução Industrial, na medida em que provavelmente é o comércio eletrônico o grande fator formatador da economia do século XXI até o momento,

com impactos nas relações de trabalho (capitalismo de plataformas), no direito administrativo (principalmente em setores como transporte e turístico), no direito privado (responsabilidade civil, contratos e direito imobiliário), na tutela das relações de consumo e concorrencial, dentre tantas outras áreas que poderiam ser listadas.

Ao conversarmos, no início da pandemia – que, a propósito, acelerou ainda mais o comércio eletrônico – sobre esse projeto que agora chega às suas mãos, percebemos que são poucas as obras jurídicas que se proponham a enfrentar as principais questões envolvendo comércio eletrônico. Além disso, a falta de cultura brasileira de analisar julgados, faz com que parte da construção doutrinária muitas vezes fique cientificamente segregada das realidades dos tribunais.

Por conta disso, decidimos propor o desafio de fazer a curadoria de julgados paradigmáticos envolvendo questões que permeiam o debate sobre o comércio eletrônico. A curadoria que ora se apresenta conta com decisões da Argentina, Brasil, Espanha, Estados Unidos da América, Itália e União Europeia.

Para que a obra pudesse alcançar seu objetivo final, contamos com a ajuda de estudiosos do Brasil, da Itália e da Espanha, que, juntos, permitirão ao leitor entender um pouco mais sobre as principais questões que envolvem o comércio eletrônico.

Agradecemos, pelo apoio e confiança, cada um dos autores, os quais dedicaram tempo de suas vidas para que o resultado pudesse ser tão significativo. Agradecemos, ainda, a editora Tirant lo Blanch do Brasil pela parceria e pela belíssima edição da obra.

São Paulo, 01 de março de 2022.

Os Coordenadores

LUIZ CARLOS DE ANDRADE JR.

MARCELO CHIAVASSA DE MELLO PAULA LIMA

SISTEMA INTERNO DE TRAMITACIÓN DE RECLAMACIONES DE LOS USUARIOS PROFESIONALES, CONOCIMIENTO DE LAS EMPRESAS INTERMEDIARIAS EN LÍNEA Y SU RESPONSABILIDAD

A PROPÓSITO DE LA STJUE (GRAN SALA) DE 12 DE JULIO DE 2011 [C-324/09]

ARAYA-ALICIA ESTANCONA PÉREZ¹

1. EL CASO

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea tuvo por objeto conocer la cuestión prejudicial planteada por la High Court of Justice (Inglaterra y Gales) y recibida el 12 de agosto de 2009, derivada del procedimiento entre: L'Oreal SA, Lancôme parfums et beauté & Cie SNC, Laboratoire Garnier & Cie y L'Oreal (UK) Ltd *vs.* eBay International AG, eBay Europe SARL, eBay (UK) Ltd. y varias personas físicas.

Los hechos de los que trae causa la cuestión prejudicial planteada son los siguientes:

1.- L'Oreal, empresa fabricante y comercializadora de perfumes, cosméticos y productos de cuidado del cabello, es titular de marcas nacionales en Reino Unido y marcas comunitarias. La empresa distribuye sus productos a través de red cerrada de distribución –únicamente los autorizados podrán ser distribuidores-.

2.- eBay, empresa que explota un mercado electrónico a través de anuncios de productos ofertados en venta por usuarios previamente registrados, cobra un porcentaje por las transacciones realizadas. Estas transacciones pueden derivar de:

- a. un sistema de puja para adquirir los productos ofertados por los vendedores;
- b. sin subasta y abonando un precio fijado previamente por el vendedor

¹ Doctora en Derecho por la Universidad de Cantabria (España). Premio extraordinario de Doctorado de la Universidad de Cantabria y Premio a la mejor tesis en ciencias sociales del Consejo Social de la Universidad de Cantabria. Especialista en Mediación y Gestión de Conflictos. Profesora Ayudante Doctora de Derecho Civil de la Universidad de Cantabria. Co-directora Máster en Mediación y Gestión de Conflictos. Miembro del Grupo de Investigación Derecho e Innovación (D&I) de la Universidad de Cantabria y miembro del Grupo CEDIS (Universidad Nova de Lisboa).

c. las “tiendas en línea” creadas por los vendedores en los sitios web de eBay –para la venta de un conjunto de productos-

Las transacciones realizadas a través de eBay quedan condicionadas a la aceptación del pliego de condiciones de utilizations del mercado electrónicos establecidas por la empresa, entre las que se encuentran: la prohibición de venta de artículos falsificados y la vulneración de los derechos de marca.

Además, eBay realiza actividades complementarias como la publicidad de algunos productos ofertados en su página web a través de anuncios en motores de búsqueda como Google.

3.- En correo electrónico de 22 de mayo de 2007, L’Oreal manifestó a eBay la posible vulneración de los derechos de propiedad intelectual en las operaciones realizadas a través de los sitios web europeos de eBay.

4.- L’Oreal presentó sendas demandas contra eBay. La demanda presentada ante la High Court solicitaba:

a. se declarara que eBay y las personas físicas demandadas eran responsables por las ventas realizadas de 17 productos a través de www.ebay.co.uk por lesión de la marca figurativa comunitaria de “Amor Amor” y marca nacional de “Lancôme”.

La controversia se limita a 15 productos que, de conformidad con la sostenido por L’Oreal, su venta lesiona sus derechos de marca ya que son:

- i. muestras de productos no destinadas a la venta,
- ii. destinados a la venta en América del Norte y no en territorio europeo,
- iii. además, algunos fueron vendidos sin embalaje.

b. se declarara que eBay era responsable del uso de marcas de L’Oreal por la presentación que se hace en su página web y en motores de búsqueda como Google los enlaces patrocinados en el apartado “anuncios”, localizables con la introducción de palabras clave.

c. subsidiariamente, de no estimarse su responsabilidad por vulneración de derechos asociados a la marca, debería dictarse requerimiento judicial en virtud del art. 11 de la *Directiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual*².

Por resolución de 22 de mayo de 2009, la High Court determinó la necesidad de solicitar al TJUE que interpretara determinadas cuestiones para la resolución del litigio. Sin embargo, realiza determinadas matizaciones en relación a la actuación de eBay: a) ha instalado filtros para identificar anuncios que incumplan condiciones de utilización; b) ha desarrollado un sistema de notificación y reti-

2 Art. 11 Directiva 2004/48: *Los Estados miembros garantizarán que, cuando se haya adoptado una decisión judicial al constatar una infracción de un derecho de propiedad intelectual, las autoridades judiciales puedan dictar contra el infractor un mandamiento judicial destinado a impedir la continuación de dicha infracción. Cuando así lo disponga el Derecho nacional, el incumplimiento de un mandamiento judicial estará sujeto, cuando proceda, al pago de una multa coercitiva, destinada a asegurar su ejecución. Los Estados miembros garantizarán asimismo que los titulares de derechos tengan la posibilidad de solicitar que se dicte un mandamiento judicial contra los intermediarios cuyos servicios hayan sido utilizados por terceros para infringir un derecho de propiedad intelectual, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 8 de la Directiva 2001/29/CE.*

rada (sistema “Vero” – Verified Rights Owner-) para aquellos usuarios que crean vulnerados sus derechos de propiedad intelectual (L’Oreal no quiso participar en el programa); c) sanciona a los vendedores que incumplan las condiciones de uso del mercado electrónico.

La suspensión del procedimiento y consiguiente elevación de las siguientes cuestiones prejudiciales por parte de la High Court of Justice se produjo el 16 de julio de 2009:

1.- el suministro sin cargo de los distribuidores autorizados por el titular de la marca de las muestras de perfume o cosméticos ¿se considerada comercialización a los efectos del art. 7.1 de la Directiva 89/104 y del art. 13.1 del Reglamento núm. 40/94?

2.- ¿puede el titular de la marca oponerse a la comercialización de un perfume o producto cosmético al que se le haya retirado el embalaje sin su consentimiento en virtud del art. 7.2 Directiva 89/104 y art. 13.2 Reglamento núm. 40/94?

3.- ¿cambiaría la segunda respuesta si:

a) la retirada del embalaje externo provocara la eliminación de la información exigida por el art. 6.1 Directiva 76/768; o

b) la falta de información constituyera un ilícito penal?

4.- ¿cambiaría la segunda respuesta si la comercialización dañara o pudiera dañar la imagen y renombre de la marca? ¿Es necesario que el titular de la marca pruebe el daño o debe presumirse?

5.- ¿constituirá la visualización del signo en el enlace patrocinado un “uso” del signo en virtud del art. 5.1.a) Directiva 89/104 y art. 9.1.a) Reglamento núm. 40/94 el hecho de que el operador de un mercado en línea adquiera de un motor de búsqueda el uso de un signo a través de una palabra clave que enlazara hacia el sitio web del operador del mercado en línea?

6.- ¿constituye uso del signo por el operador del mercado en línea para los productos infractores en el sentido del art. 5.1.a) Directiva 89/104 y del art. 9.1.a) Reglamento núm. 40/94 que el enlace patrocinado conduzca directamente al usuario a anuncios u ofertas de venta de productos idénticos a los de la marca registrada)

7.- ¿constituye un uso del signo del art. 5.1.a) Directiva 89/104 y del art. 9.1.a) Reglamento núm. 40/94 que el anuncio o la oferta de venta se dirijan a consumidores en el territorio cubierto por la marca o el titular deberá demostrar que esa venta implica comercialización de los productos?

8.- ¿serían diferentes las respuestas a las cuestiones quinta, sexta y séptima si el uso al que se opone el titular de la marca consistiera en la visualización del

signo en el propio sitio web del operador del mercado en línea en lugar de en un enlace patrocinado?

9.- entendiendo que ha existido uso en sentido del art. 5.1.a) Directiva 89/104 y del art. 9.1.a) Reglamento núm. 40/94 por ser suficiente que el anuncio o la oferta de venta vayan dirigidos a consumidores en el territorio cubierto por la marca:

- a) ¿puede estimarse uso el almacenamiento de datos facilitados por el destinatario del servicio o incluye el almacenamiento en el sentido del art. 14.1 Directiva 2000/31?
- b) ¿puede estar el operador del mercado en línea exento de responsabilidad si el uso no consiste en actividades del art. 14.1 Directiva 2000/31? ¿puede exigirse daños y perjuicios u otra indemnización económica?
- c) ¿constituye conocimiento efectivo o conocimiento en el sentido del art. 14.1 Directiva 2000/31 si el operador del mercado conocía los anuncios, puesta a la venta y efectiva venta de productos en su sitio web con infracción de marcas, así como su continuidad en la infracción?

10.- ¿exige el art. 11 Directiva 2000/48 que los Estados miembro garanticen que el titular de la marca pueda obtener requerimiento judicial contra el intermediario que ha causado perjuicio a una marca registrada para que se ponga fin a su comportamiento o impedir que se causen otros perjuicios?

Ante la presentación de estas cuestiones prejudiciales, la Gran Sala del TJUE da respuesta a las mismas en el sentido que continua:

2. FUNDAMENTOS DEL TRIBUNAL SUPREMO

La Gran Sala del TJUE declara que la interpretación de los preceptos sea realizada en el siguiente sentido:

A. Cuestiones primera a cuarta y séptima, relativas a la venta de productos de marca en un mercado electrónico

A.1. En primer lugar, el Alto Tribunal se encarga de concretar una cuestión clave para la resolución de las cuestiones planteadas, como es la determinación de un uso de la marca realizado por un titular en el *tráfico económico*. En este sentido, que el uso de la marca sea realizado en el contexto de una actividad económica determina que el titular de la marca pueda hacer valer su derecho de conformidad con el arts. 5 Directiva 89/104 y 9 del Reglamento núm. 40/94.

En el caso que nos ocupa, la resolución del órgano jurisdiccional nacional de 22 de mayo de 2009 estimó que el Sr. Potts había vendido vía eBay.co.uk una amplia cantidad de productos de L'Oreal, debiendo precisar que su actividad fue realizada en calidad de comerciante.

A.2. En segundo lugar, merece analizar si, dada la actividad llevada a cabo por el vendedor, L'Oreal podría oponerse a las ofertas de venta y a las ventas

realizadas teniendo en cuenta que se trata de un vendedor que oferta la venta a consumidores sitos en la UE a través de comercio electrónico, no habiendo sido comercializados previamente por el titular de la marca en territorio europeo. En este sentido, el TJUE reitera su doctrina anteriormente sentada por la que estima *esencial que el titular de una marca registrada en un Estado miembro pueda controlar la primera comercialización de designados con esa marca*. Respecto a esta cuestión, el tribunal considera aplicables la Directiva 89/104 y el Reglamento núm. 40/94 en aquellas ofertas de venta de productos de marcas de un tercer Estado que estén destinadas a consumidores en territorio europeo.

Para ello, la cuestión principal radica en determinar en qué casos las ofertas en el mercado de comercio electrónico están destinadas a consumidores de la UE. Se concluye que corresponde a los órganos jurisdiccionales nacionales concretar en cada caso si existen *indicios relevantes que permitan concluir que una oferta de venta, presentada en un mercado electrónico al que se puede acceder desde el territorio cubierto por la marca, está destinada a consumidores situados en este territorio*. En el supuesto de estimarse esta comercialización, el titular de la marca podrá oponerse a esa venta, a esa oferta o al anuncio publicitario.

A.3. En tercer lugar, en relación a la venta de artículos de muestra, el órgano jurisdiccional plantea si la entrega de estos artículos de muestra a los distribuidores, ¿se considera comercialización a efectos de aplicar la Directiva 89/104 y el Reglamento núm. 40/94? El TJUE rechaza esta actividad como comercialización de los artículos ya que el titular de la marca tiene la posibilidad de poner a disposición de sus distribuidores estas pruebas –vid. eg., frascos de muestra- para su entrega gratuita a los consumidores.

A.4. En cuarto lugar, respecto a la comercialización de los productos sin el embalaje o empaquetado del titular de la marca, la cuestión planteada radica en concretar si este comportamiento llevado a cabo por vendedores de eBay puede lesionar el derecho exclusivo del titular de la marca sobre sus productos y oponerse a ello.

Para responder a esta cuestión, el titular de la marca habrá de demostrar, por un lado, que se ha producido un daño a la imagen de marca o a su prestigio (art. 6.1 Directiva 76/768). Por otra parte, el TJUE recuerda que la marca de productos sirve para su identificación y, por lo tanto, como garantía de haber sido fabricados y distribuidos por una única empresa y responsable de su calidad. En este sentido, la retirada de datos de identificación del fabricante o del responsable de la comercialización del producto cosmético que aparecieran en el embalaje permiten a la titular de la marca oponerse a esa comercialización.

B. Sobre las cuestiones quinta y sexta, relativas a la publicidad realizada por el operador del mercado electrónico de su sitio web y de los productos que se ofrecen en el mismo

Las cuestiones tienen por objeto concretar si, al amparo de los arts. 5.1.a) Directiva 89/104 y 9.1.a) Reglamento núm. 40/94, el titular de una marca puede *prohibir al operador de un mercado electrónico hacer publicidad a partir de una palabra clave idéntica a esa marca y que ha sido seleccionada en el contexto de un servicio de referenciación en Internet por tal operador sin contar con el consentimiento del titular.*

Según lo planteado por el TJUE, para otorgar este derecho de oposición al titular de la marca deberán ser analizados dos extremos:

- si anuncios como el utilizado por eBay en Google tienen por objeto productos o servicios idénticos a aquellos para los que la marca esté registrada;
- si los anuncios afectan negativamente o pueden afectar negativamente a alguna de las funciones de la marca.

En este sentido, el Alto Tribunal recoge las conclusiones del Abogado General (Punto 89) por el que se determina que *los anuncios realizados por eBay crean una asociación evidente entre los productos de marca que en ellos se mencionan y la posibilidad de comprarlos a través de eBay.* En aplicación del criterio sostenido en sentencias precedentes, se recuerda la necesidad de salvaguardar la transparencia en la visualización de los anuncios o la publicidad vía Internet de los productos (en concreto, en relación a identificación de la persona física o jurídica en cuyo nombre se haga la comunicación comercial o el operador del mercado electrónico).

En conclusión, el titular de una marca está facultado para prohibir al operador del mercado la publicidad a través de una palabra clave idéntica a la marca, escogida por el operador en un servicio de referencia de Internet, si esta publicidad impide que el consumidor *normalmente informado y razonablemente atento* pueda conocer la procedencia de la publicidad.

C. Sobre la octava cuestión, relativa al uso de signos que se corresponden con marcas en las ofertas de venta presentadas en el sitio web del operador del mercado electrónico.

El órgano jurisdiccional solicita orientación sobre la interpretación del uso de signos idénticos o similares a marcas a través del sitio web del operador de un mercado electrónico. La cuestión radica, por lo tanto, en concretar quién hace “uso” de un signo idéntico o similar a la marca del titular en un caso como el presentado de comercialización a través de eBay.

En este caso, tal y como señaló el Abogado General (conclusiones 119 y 120), el “uso” está siendo realizado por los clientes vendedores en el operador de mercado, no así por el propio operador, por lo que será de aplicación la Directiva 2000/31, a efectos de determinar la responsabilidad de éste.

D. Sobre la novena cuestión, relativa a la responsabilidad del operador de mercado electrónico

En relación a la determinación de la responsabilidad del operador, el TJUE distingue el análisis en virtud de dos fundamentos concretos:

D.1. En primer lugar, es necesario determinar si el operador del mercado electrónico lleva a cabo alojamiento de información facilitada por parte de los clientes vendedores.

El TJUE fundamenta su posición reiterando que la idea subyacente en los arts. 12 a 15 Directiva 2000/31 es la de restringir la extensión de la responsabilidad de los prestadores de servicios de intermediación en la sociedad de la información, haciendo que sean aplicables los criterios de responsabilidad determinados en la normativa nacional. En este sentido, el TJUE se limitará a determinar si cabe invocar la excepción contemplada en la Directiva 2000/31 por parte del operador intermediario.

Entre las cuestiones a analizar, en primer lugar, se encuentra la necesidad de determinar si la actividad realizada por eBay se enmarca en el concepto de “servicios de la sociedad de la información”. En este sentido, eBay almacena en la memoria de su servidor, datos facilitados por sus clientes y, además, percibe normalmente una remuneración consistente en un porcentaje de la transacción realizada. No obstante, esta circunstancia no es suficiente para determinar la aplicación del art. 14.1 Directiva 2000/31.

Por otra parte, es necesario concretar que, para que la actividad desarrollada por el operador esté comprendida en el marco del art. 14.1 Directiva 2000/31, debe ser calificada como intermediación. El operador no será calificado como intermediario en aquellos casos en los venga desempeñando un papel activo respecto a sus clientes *permitiendo adquirir conocimientos y control de sus datos*.

En conclusión, el TJUE determina que, si el operador lleva a cabo un papel activo en el tratamiento de la información suministrada, optimizando la presentación de las ofertas de venta o promoviendo ciertas ofertas, se rechazará que su conducta sea neutral entre los vendedores registrados y los potenciales compradores. De este modo, no podrá acogerse al régimen de exención de responsabilidad del art. 14 Directiva 2000/31. Ello habrá de ser concluido por el órgano jurisdiccional nacional.

D.2. En segundo lugar, en caso de que el órgano jurisdiccional llegue a la conclusión de que eBay no ha desempeñado un papel activo, habrá de comprobar si conocía de la actividad o información ilícita que venía siendo realizada por sus clientes vendedores. Solo quedará exento de su responsabilidad en este sentido si: *no ha tenido el efectivo conocimiento de la actividad o información ilícita*,

no haya tenido conocimiento de hechos o circunstancias por los que la actividad o la información revele el carácter ilícito o, cuando, tras haber adquirido conocimiento de estos extremos, haya actuado con prontitud para retirar los datos o hacer que el acceso a ellos sea imposible.

Lo determinante será, por lo tanto, concretar los supuestos en los que haya tenido conocimiento de tales circunstancias. En virtud de lo sentado por el TJUE, se considerará que el operador tenía conocimiento si ha llevado a cabo cualquier investigación por su propia iniciativa o derivada de cualquier notificación de terceros. En estos casos, la existencia de una notificación no determina automáticamente que el operador pierda la posibilidad de invocar la exención de responsabilidad, *puesto que la notificación puede resultar excesivamente imprecisa o no encontrarse suficientemente fundada.*

E. Sobre la décima cuestión, relativa a los requerimientos judiciales dirigidos al operador del mercado electrónico.

El TJUE concluye que el órgano jurisdiccional nacional puede adoptar medidas destinadas a poner término a cualquier presunta infracción y a evitar que se produzcan nuevos perjuicios contra los intereses afectados, en virtud de lo dispuesto en el art. 18 Directiva 2000/31, a través de las medidas efectivas y disuasorias contenidas en cada ordenamiento jurídico nacional y que no sea contrario a lo dispuesto en el art. 11 Directiva 2004/48.

3. COMENTARIO CRÍTICO

Las empresas de intermediación han adquirido un papel fundamental en las actividades de comercio y prestación de servicios en línea, tomando una función neutral en cuenta a las transacciones que son realizadas a través de su plataforma por aquellas personas físicas o jurídicas que la utilizan –comercio B2B o B2C-. En puridad, los proveedores de servicios de intermediación en línea ofrecen los medios técnicos necesarios para que esas transacciones pueden ser correctamente realizadas, garantizando un nivel de seguridad suficiente y llevando a cabo una actitud pasiva respecto a las mismas. En la actualidad, la denominada “economía de plataformas” pretende posicionarse como eje central de actuación en el seno de las políticas de la Comisión Europea que tiene por objeto desarrollar un moderno marco normativo actualizado a la nueva realidad de las plataformas de intermediación en línea –vid. eg., Amazon, Google, Booking, Facebook, Airbnb, Instagram o eBay, entre otras³.

3 La *Digital Service Act package* pretende superar las dificultades de aplicación normativa que ha ido encontrando la Directiva 2000/31/CE en los últimos años vigencia. Apunta la autora la necesidad de desarrollar una normativa moderna que diseñe una regulación general de la contratación a través de plataformas intermediarias en línea que proteja a los usuarios en función de

En este sentido, centraremos estas reflexiones en el análisis de la responsabilidad de los proveedores de servicios de intermediación en el ámbito de su actuación como *alojadores de datos –hosting–* en el sentido del art. 14 Directiva 2000/31, dejando al margen la protección que pueda precisar el consumidor en el *e-commerce*, recientemente regulada por el legislador europeo⁴ o de la cuestión relativa a la infracción del derecho de marcas producido a través de las *adwords*⁵ –también valorado por la STJUE de 12 de abril 2011 [uso de palabras clave por eBay]⁶-. Se trata del régimen de responsabilidad interpretado en la STJUE, de 12 julio de 2011 [Caso L’Oreal vs. eBay], por carecer, por el momento, de un régimen específico para la protección de derechos en materia de marcas o derechos en materia propiedad intelectual o industrial en el ámbito europeo, en aquellos casos en los que la vulneración se haya producido a través de una plataforma intermediaria. En la actualidad, en materia de protección de marcas, encontramos el *Reglamento (UE) 2017/1001, del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de junio 2017, sobre la marca de la Unión Europea* que, en virtud del art. 17.2., permite la aplicación complementaria de Derecho nacional ante una violación de la marca en relación a las acciones a ejercitar en materia de responsabilidad

su consideración como empresarios o consumidores ya que ambos tipos de contratantes suelen presentar problemas comunes (cuestiones de reputación, clasificación en los motores de búsqueda...) y será deseable no caer en una doble regulación sobre una misma realidad. CUENA CASAS, M., “La contratación a través de plataformas intermediarias en línea” en *Cuadernos de derecho transnacional*, Vol. 12, Núm. 2, 2020, pp. 343-348.

- 4 Sobre la protección del consumidor en *e-commerce* y la responsabilidad de los proveedores en línea, la Directiva (UE) 2019/2161, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de noviembre por la que se modifica la Directiva 93/13/CEE, del Consejo y las Directivas 98/6/CE, 2005/29/CE y 2011/83/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo que atañe a la mejora de la aplicación y la modernización de las normas de protección de los consumidores de la Unión, permite al proveedor del servicio de intermediación determinar que la responsabilidad recae en el tercero comerciante (Considerando 27). La modificación introducida en la Directiva 2011/83/UE, añadiendo el art. 6. bis, apartado 1, d), sobre la información clara, comprensible y adecuada que el proveedor del mercado en línea debe suministrar al consumidor determina que *el consumidor debe conocer cómo se reparten las obligaciones relacionadas con el contrato entre el tercero que ofrece los bienes, servicios o contenido digital y el proveedor del mercado en línea, entendiéndose esta información sin perjuicio de cualquier responsabilidad que el proveedor del mercado en línea o el tercero comerciante tenga en relación con el contrato en virtud de otra normativa de la Unión o nacional*.
- 5 Sobre este extremo también se pronunció el TJUE en el caso *Google France*. En este supuesto el Alto Tribunal concluyó que el uso de palabras clave idénticas o similares a marcas de terceros para hacer aparecer enlaces patrocinados en la pantalla del sitio del buscador con fines distintos del titular de la marca, supone un uso de signos distintivos a efectos de protección de su titular. BARDALES MENDOZA, E., “El Uso de Adwords en la Internet como Supuesto de Infracción de Marcas” en *Derecho & Sociedad*, Núm. 49, 2017, p. 95. La aplicación de la doctrina Google Adwords puede ser aplicada a otros prestadores de servicios como eBay. En este sentido, apuntaba el autor la línea interpretativa sostenida por la Sentencia del Tribunal de Grande Instance de París, núm. 3 Chambre, de 13 de mayo de 2009 (L’Oreal c. eBay France) en la que se apuntaba que eBay, como operador de punto de contacto en línea no deberá ser considerado, por regla general, como mero intermediario en el almacenamiento de datos, sino como editor o responsable de sitio de corretaje en línea, por obtener una remuneración con su actividad. CARBAJO CASCÓN, F., “El caso Google AdWords: Sobre la infracción de marcas en la comercialización de palabras clave y puesta a disposición de enlaces patrocinados y la responsabilidad de intermediarios de la sociedad de la información” en *Revista de Derecho, Comunicaciones y Nuevas Tecnologías*, Núm. 5, 2011, p. 29.
- 6 De acuerdo con la jurisprudencia del TJUE, es necesario distinguir varios supuestos: 1) si eBay utiliza palabras clave que se corresponden con marcas de terceros para promocionar su propios servicios de intermediación en línea, no está haciendo uso de marca en relación con productos o servicios idénticos a aquellos para los que está registrada dicha marca, aunque podría haber una infracción de marcas notorias o renombradas; 2) si eBay utiliza palabras clave que se correspondan con marcas de terceros para promocionar los ofertas de venta de productos de sus cliente-vendedores, si está haciendo este uso de marca para designar productos o servicios idénticos, creando un vínculo o asociación entre la marca y el servicio prestado por quien lo utiliza. Además, el uso de palabras clave asociadas a enlaces patrocinados que no permitan al internauta razonablemente informado y razonablemente atento y perspicaz determinar si los productos o servicios que se anuncian proceden del titular de la marca o de cualquier tercero, provocan riesgo de confusión. CARBAJO CASCÓN, F., “Delimitación de la responsabilidad de los servicios de intermediación de la sociedad de la información (II). Especial atención a la infracción de derechos de propiedad industrial e intelectual a través de servicios hosting-web 2-0”. *Iustitia*, Núm.13, 2016, pp. 228-229.

y competencia desleal, sin realizar una especial referencia a los proveedores de plataformas intermediarias a través de cuyos servicios se pueda producir la vulneración de estos derechos.

La prestación del servicio de intermediación está caracterizada por su pasividad en cuanto a las transacciones que en su seno estén siendo llevadas a cabo, pudiendo distinguirse, según apunta BARTOL BUSTOS, entre los intermediarios Web 1.0 y los intermediarios Web 2.0⁷. Para ser estimado como tal, el intermediario no podrá llevar a cabo *uso de la marca*⁸. Este comportamiento, le haría merecedor de un régimen de exención de responsabilidad por las conductas ilegales llevadas a cabo por los usuarios registrados en la plataforma. Ello debe ser interpretado en coordinación con el régimen de responsabilidad del que puede ser sujeto en virtud del art. 14 Directiva 2000/31/CE, por llevar a cabo el *alojamiento de datos* que deriva de una actividad ilícita del destinatario del servicio de intermediación –*hosting Web 2.0*⁹-. De este modo, aunque la plataforma no lleve a cabo el uso de la marca en el sentido interpretado por el TJUE, la vulneración de los derechos de propiedad industrial por uso de terceros podrá producirse en virtud de los actos llevados a cabo por la plataforma¹⁰.

Y este sentido, se pronuncia la sentencia objeto de comentario, cuyo análisis podría ser acompañado por sentencias posteriores del TJUE centradas en materia de vulneración de derecho de marcas y el régimen de responsabilidad de las empresas intermediarias. Entre otras, las sentencias más recientes son: STJUE (Sala

-
- 7 Los intermediarios Web 1.0 son definidos como los prestadores de servicios meramente técnicos (transmisión de datos, acceso a internet, memoria tampón, servicios de búsqueda...). Por su parte, los intermediarios Web 2.0 van más allá, y llevan a cabo una actuación no neutral, no automático y activa, siendo agregadores de información. BARTOL BUSTOS, A. A., “Evolución de la jurisprudencia sobre la responsabilidad de los intermediarios de la sociedad de la información como facilitadores de infracciones directas” en *Informática y Derecho: Revista Iberoamericana de Derecho Informático (segunda época)*, Núm. 4, 2018, p. 77.
 - 8 La protección de la marca queda enmarcada en la consideración que realiza el TJUE acerca de la actuación realizada en el tráfico económico. De este modo, el autor critica que *los particulares quedan excluidos de posibles reclamaciones por infracción del derecho de marca debido a que su actividad no queda enmarcada dentro del tráfico económico, salvo que dichas operaciones de particulares, por volumen, frecuencia, u otras razones, superen la mera transacción privada se pueda considerar que el particular está operando como un comerciante*. CARBAJO CASCÓN, F., “Problemas de distribución, marcas y responsabilidad indirecta de intermediarios en plataformas de agregación de comercio electrónico. Comentario a la STJUE de 12 de julio de 2012 (Caso L’Oreal vs. eBay) y jurisprudencia relacionada”, *Revista de Derecho de la Competencia y de la Distribución*, Núm. 10, 2012, pp. 167-168.
 - 9 Sin embargo, algunos autores sostienen que la actividad de eBay no consiste simplemente en ser mero alojador de datos o informaciones de terceros usuarios, ya que también presta un servicio oneroso de intermediación en la venta, actividad que se complementa con servicios de organización y publicidad de las ofertas. Estas ofertas, generalmente, se identifican con una marca o signo de una marca concreta, haciendo un uso de tales signos en el tráfico económico. De este modo, en virtud de la STJUE de 12 de abril 2011, el tribunal no cierra la puerta a infracciones marcarias derivadas de una afectación de otras funciones de la marca, como puede ser la vulneración de la función de condensación del *goodwill* o reputación de la marca, o vulneración de la función publicitaria y la función de adquirir o conservar una reputación que permita atraer a los consumidores y ganarse una clientela fiel. CARBAJO CASCÓN, F., “Delimitación de la responsabilidad de los servicios de intermediación de la sociedad de la información (II). Especial atención a la infracción de derechos de propiedad industrial e intelectual a través de servicios hosting-web 2.0”. *Iustitia*, Núm.13, 2016, pp. 226-228.
 - 10 Ante la limitación de las causas de exención de responsabilidad reguladas en la Directiva 2000/31/CE, que regula la exención de responsabilidad ante determinadas actividades (puertos seguros o *safe harbours*) para los prestadores de servicios intermediarios, será el derecho nacional la que, ante actuaciones que no puedan encajar en aquellos puertos seguros, determinará si podrá ser imputable el régimen de responsabilidad de derecho interno, incluso, ante una reglamentación concreta, si cabría atender al régimen general de responsabilidad extracontractual del 1902 Cc. ANTÓN JUÁREZ, I., “Infracción de un derecho de marca en plataformas de e-commerce: la actuación de la plataforma y el impacto de su responsabilidad” en *Cuadernos de Derecho Transaccional*, Vol. 12. Núm. 2, p. 65.

séptima) de 11 septiembre 2014, Caso Sotiris Papasavvas contra O Fileleftheros Dimosia Etaireia LTDD., Takis Kounnafi y Giorgos Sertis, [C-291/13]¹¹; STJUE de 3 marzo 2016 [C-179/15, *Daimler*]¹²; STJUE de 25 julio 2018, [C-129/17, *Mitshubishi*]¹³; y STJUE de 2 abril de 2020 [Caso C-567/18, *Coty Germany vs. Amazon*]. Sobre esta última sentencia, el TJUE considera que Amazon no realiza uso de la marca en aquellos casos en los que ha llevado a cabo un almacenamiento para ofrecer productos o su comercialización, sin perjuicio de la posibilidad otorgada al juzgador nacional de determinar si la marca está siendo “*utilizada por llevar a cabo las ventas por cuenta propia o, no pudiendo ser identificado el vendedor tercero, sean ofrecidos o comercializados por ellas mismas*”¹⁴.

La distinción entre la realización de un servicio de intermediación en sentido técnico o material queda relegada a la cuestión fundamental objeto de análisis: *determinar que sea un verdadero intermediario, sin que exista ejercicio de control alguno tanto sobre el destinatario como sobre la información tratada* (Art. 14.2)¹⁵. Este papel neutral del intermediario no siempre se produce y ello nos lleva a concluir que los supuestos como la presentación de ofertas de venta o promover activamente las ofertas, representan conductas de control activo de la información y datos que los usuarios aportan¹⁶.

11 El TJUE concluye varias cuestiones de interés en relación a la aplicación de los arts. 12 y 14 Directiva 2000/31/CE: 1) las limitaciones de responsabilidad no serán aplicables en los casos en los que se trata de una sociedad editora de prensa que tiene a disposición una página de Internet para la publicación de su versión digital del periódico y que obtiene ingresos publicitarios por ello, por tener conocimiento de la información publicada y control sobre la misma; 2) las limitaciones de responsabilidad pueden aplicarse a litigios entre particulares por difamación; 3) los preceptos no permiten al prestador de servicios de la sociedad de la información oponerse al ejercicio de una acción judicial por responsabilidad civil o la imposición de medidas cautelares; 4) las limitaciones de responsabilidad habrán de ser invocadas en el contexto del derecho nacional que las transponga (a falta de esta, en deben ser interpretadas conforme al derecho nacional), la Directiva no puede generar obligaciones a cargo de un particular ni puede ser invocada en su contra.

12 El TJUE lleva a cabo una interpretación de los arts. 9.2, b) Reglamento núm. 207/2009, de 26 de febrero de 2009, sobre la marca y 9.3.b) Reglamento núm. 2017/1001, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio 2017, en el sentido de considerar que el depositario por cuenta de tercero de productos contrarios al derecho de marcas, sin tener conocimiento de esta infracción, no puede estimarse que el almacenamiento sea con el fin de ofrecerlos o comercializarlos cuando no persigue ella misma estos fines.

13 El TJUE interpreta los arts. 5 Directiva 2008/95/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2008, y art. 9 Reglamento núm. 207/2009, del Consejo, de 26 de febrero de 2009, sobre la marca de la UE, en el sentido de considerar que el titular de una marca puede oponerse a que un tercero, sin su consentimiento, suprima todos los signos idénticos de esa marca y coloque otros signos en productos incluidos en el depósito aduanero con el fin de importarlos o comercializarlos en el Espacio Económico Europeo, sin haber sido previamente comercializados en este espacio.

14 A una conclusión diversa llega el autor, interpretando que se produce “uso de la marca” en aquellos casos en los que existe *almacenamiento de los productos, por lo menos, cuando sus clientes se suscriben a programas como el de logística, debido a que su participación en la comercialización del producto no es pasiva*. De este modo, Amazon, como titular de una plataforma (Amazon Marketplace) *comercializa en su plataforma productos que pone a la venta el propio Amazon Marketplace*. ANTÓN JUÁREZ, I., “Infracción de un derecho de marca en plataformas de e-commerce: la actuación de la plataforma y el impacto de su responsabilidad” en Cuadernos de Derecho Transaccional, Vol. 12. Núm. 2. 2020. p. 59.

15 Este control sobre la información puede producirse en los siguientes supuestos: 1) la determinación de los términos y condiciones del servicio fijados por su prestador, concretando qué contenido puede o no, ser objeto de publicación –vid. eg., Facebook o Wikipedia–; 2) siendo moderador de un chat o un grupo. ANTÓN JUÁREZ, I., “Infracción de un derecho de marca en plataformas de e-commerce: la actuación de la plataforma y el impacto de su responsabilidad” en Cuadernos de Derecho Transaccional, Vol. 12. Núm. 2. 2020. p. 68.

16 El concepto restrictivo de servicio intermediario de la sociedad de la información sentado por la jurisprudencia del TJUE nos lleva a concluir que no cabe deducirse de la naturaleza de la actividad que desempeñen su condición como intermediario, ya que ello nos llevaría a determinar que todas las plataformas son intermediarios. Lo verdaderamente relevante es la neutralidad en la prestación de su servicio. De este modo, señala la autora que las plataformas colaborativas que actúan como mercado *multi-side* no se limitan a la puesta en contacto, sino que generan un valor añadido como la puesta a disposición de los usuarios

Como señalábamos previamente, a falta de una reglamentación particular para los casos en los que la vulneración de los derechos de marca haya sido producida a través de una plataforma intermediaria, y a pesar de la aprobación de la *Directiva 2019/790, de 17 abril de 2019 sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital y por la que se modifican las Directivas 96/9/CE y 2001/29/CE*, el legislador no ha incluido un régimen de responsabilidad particular en la misma y sigue vigente la Directiva 2001/31/CE, al menos hasta la aprobación de las *Digital Services Act and Digital Markets Act* propuestas por la Comisión Europea y en proceso de promulgación tras haber finalizado el periodo de consulta pública¹⁷.

Por lo tanto, en virtud del art. 14 Directiva 2000/31/CE, del simple almacenamiento de datos realizado por el intermediario en línea, aun cuando los datos sean de carácter ilícito, no derivará responsabilidad para este proveedor siempre que: a) *no tenga conocimiento efectivo de que la información es ilícita*; b) *no tenga conocimiento de hechos o circunstancias por los que la actividad o la información revele su carácter ilícito* o, c) *teniendo conocimiento de ello, el prestador de servicios actúe con prontitud para retirar los datos o hacer que el acceso sea imposible* (art. 14.1). Esta causa general de exclusión de responsabilidad del prestador intermediario viene justificada, como señala CUENA CASAS, si atendemos a la necesidad del fomento de la innovación tecnológica y el funcionamiento de Internet¹⁸.

Indisolublemente unido al régimen de responsabilidad de las empresas intermediarias, deberíamos determinar el nivel de diligencias exigible a éstas y que ha quedado limitado por el art. 15 Directiva 2000/31/CE, en cuanto al deber de supervisión. La exigencia de una supervisión total de los contenidos de la plataforma requerida a la empresa intermediaria, resultaría una carga excesiva que pretende ser limitada por parte del legislador europeo¹⁹.

de herramientas de adecuación de la oferta y demanda, imponiendo reglas de comportamiento a sus usuarios, teniendo cierta capacidad de control sobre su comportamiento. CUENA CASAS, M., "La contratación a través de plataformas intermediarias en línea" en Cuadernos de derecho transnacional, Vol. 12, Núm. 2, 2020, p. 318. En el mismo sentido, vid. PEQUERA POCH, M., "Infracción de derechos de marca en las plataformas de subastas en línea y aplicación de las normas de exclusión de responsabilidad" en *Revista de Internet, Derecho y Política*, Núm. 8. 2009.

17 La aprobación de estas normas se encuentra inmersa en el denominado *Plan de Acción para la Democracia Europea*, cuyo objeto se encuentra en el reequilibrio de los derechos y responsabilidades de los usuarios, las plataformas intermediarias y las autoridades públicas de acuerdo con los valores europeos. Vid. https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip_20_2347 (Consultado 14-04-2021).

18 Además, en este sentido, se arguye lo gravoso que resultaría, tanto técnica como económicamente, imponer a los intermediarios la obligación de controlar *todos los contenidos que transmitan o alberguen y que en la práctica supondría una obligación de realizar búsquedas activas de hechos o circunstancias que indiquen la existencia de datos o hechos susceptibles de causar daños ilícitos*. CUENA CASAS, M., "La contratación a través de plataformas intermediarias en línea" en *Cuadernos de derecho transnacional*, Vol. 12, Núm. 2, 2020, p. 314.

19 Para el autor, a Amazon se le debería exigir una diligencia especial por llevar a cabo un papel activo, al no encargarse únicamente de almacenar las mercancías, ya que también realiza el empaquetado, envío y servicio postventa. ANTÓN JUÁREZ, I., "Infracción de un derecho de marca en plataformas de e-commerce: la actuación de la plataforma y el impacto de su responsabilidad" en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 12. Núm. 2. 2020, p. 65

El régimen de responsabilidad de los prestadores de servicios de intermediación en el ordenamiento jurídico español, queda regulado en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico -en adelante, LSSI²⁰- que traspone la Directiva 2000/31/CE, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la sociedad de la información y comercio electrónico en el mercado interior. En virtud del art. 1 LSSI, el prestador de servicios de la información que preste servicios de intermediación, queda sometido al régimen jurídico de la citada norma en lo que respecta a las obligaciones de los prestadores, las comunicaciones comerciales por vía electrónica, la información previa y posterior a la celebración de contratos electrónicos, las condiciones relativas a la validez y eficacia y el régimen sancionador²¹. Centrándonos en el régimen de responsabilidad imputable a la empresa en atención a su actuación como prestador de servicios de la sociedad de la información, y dejando al margen la responsabilidad contractual derivada del incumplimiento de los servicios pactados el art. 13 LSSI diferencia entre el régimen de responsabilidad al que se verá sometido el prestador de servicios de la sociedad de la información del atribuible a aquellos prestadores de servicios que realicen actividades de intermediación. En este sentido, los prestadores de servicios de la sociedad de la información, intermediarios o no, quedarán sujetos a las normas generales del ordenamiento jurídico en materia de responsabilidad civil, penal y administrativa, siendo responsables por los contenidos elaborados por sí mismo o a su cuenta²². En particular, el régimen de responsabilidad de los prestadores de servicios de alojamiento o almacenamiento de datos (en desarrollo del art. 14 Directiva 2000/31/CE) queda contenido en el art. 16 LSSI, en el que se contemplan los supuestos que determinarán el conocimiento efectivo de la ilicitud de los datos e información vertidos en su plataforma:

a.- cuando un órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos, ordenado su retirada o que

20 Sin entrar en la valoración de la norma aplicable a plataformas cuyo establecimiento no se sitúe en territorio español, la citada LSSI será de aplicación a todos los prestadores de servicios establecidos en España (art. 2) o en otro Estado miembro de la UE siempre que el destinatario de sus servicios radique en España y los servicios afecten a las materias contempladas en el art. 3, entre las que se encuentra aquella relativa a las obligaciones nacidas de los contratos celebrados por personas físicas que tengan la condición de consumidores.

21 A los efectos de la figura estudiada, será necesario tener en cuenta los conceptos de «prestador de servicios de la información» y «prestador de servicios de intermediario». Bajo la primera denominación se incluye cualquier persona física o jurídica que proporcione información en la Red con repercusión económica —v. gr. Una empresa que comercializa sus productos en la Red—. Respecto a la segunda, hemos de incluir a la persona física o jurídica que presta la provisión de servicios de acceso a Internet, la transmisión de datos por redes de telecomunicaciones, la realización de copia temporal de las páginas de Internet solicitadas por sus usuarios, el alojamiento en los propios servidores de datos, aplicaciones o servicios suministrados por otros y la provisión de instrumentos de búsqueda, acceso y recopilación de datos o de enlaces a otros sitios de Internet. PLAZA PENADÉS, J., “La Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico” en *Derecho y Nuevas Tecnologías de la Información y la Comunicación*. Aranzadi. Cizur Menor. 2013. pp. 54-55.

22 Por su parte, aquel que realice actividades de intermediación estará, además, sometido a unas normas especiales sobre responsabilidad imputable en función de la actuación que haya llevado a cabo (arts. 14 y ss.) siendo responsable por hecho ajeno —como norma general— y por hecho propio —si existen acciones bajo una grave negligencia como la transmisión o selección y modificación de la información transmitida por terceros—. PLAZA PENADÉS, J., “La responsabilidad civil de los intermediarios en Internet”, en *Derecho y nuevas tecnologías de la información y la comunicación*. Coord. Javier Plaza Penadés, Eduardo Vázquez de Castro, Raquel Guillén Catalán, Aranzadi, Cizur Menor, 2013. pp. 269-270.

*se imposibilite el acceso a los mismos, o se hubiera declarado la existencia de la lesión, y el prestador conociera la correspondiente resolución*²³, sin perjuicio de;

b.- *los procedimientos de detección y retirada de contenidos que los prestadores apliquen en virtud de acuerdos voluntarios y de otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse.*

En virtud del apartado segundo, cobra especial relevancia el hecho de articular mecanismos de investigación y descubrimiento de contenidos ilegales introducidos por los usuarios de la plataforma de intermediación²⁴. En la ST-JUE analizada, el Alto Tribunal determina que la notificación enviada por el sujeto perjudicado por la información contenida en la plataforma, no concluye automáticamente la responsabilidad del intermediario ya que la información suministrada puede ser *excesivamente imprecisa o no encontrarse suficientemente fundamentada*, debiendo ser valorada como un elemento de prueba más por parte del juez²⁵. Así, habremos de determinar el modo en que habrá de llevarse a cabo esta notificación para que desvirtúe la causa de exención de responsabilidad de la plataforma, llevando a cabo un análisis del conocimiento efectivo o hipotético de la infracción cometida por parte del intermediario²⁶.

En este punto, será preciso articular un sistema coordinado entre la Directiva 2000/31/CE y la LSSI que determine la “clase” de conocimiento que será exigible al intermediario para poder ser responsable por el alojamiento de datos de carácter ilícito. Mientras que el legislador nacional parece adoptar un sistema restrictivo favorable a las empresas intermediarias por el que se requiere que el conocimiento de la ilicitud sea *efectivo*, el legislador europeo flexibiliza este criterio abriendo la puerta al conocimiento indiciario –criterio acogido por la jurisprudencia española, como veremos²⁷-. La acogida de este criterio flexible por el que

23 En este sentido, la exigencia de “conocimiento de la resolución” parece requerir que la efectiva retirada o imposibilitar el acceso a los datos en aquellos casos en los que la autoridad competente lo ordene, no teniendo cabida en este precepto las declaraciones generales de retirada *aun cuando varían acompañadas de mecanismos idóneos de publicidad*, si el intermediario no tiene conocimiento de ello. PLAZA PENADÉS, J., “La responsabilidad civil de los intermediarios en Internet”, en *Derecho y nuevas tecnologías de la información y la comunicación*. Coord. Javier Plaza Penadés, Eduardo Vázquez de Castro, Raquel Guillén Catalán, Aranzadi, Cizur Menor, 2013. p. 283.

24 ANTÓN JUÁREZ, I., “Infracción de un derecho de marca en plataformas de e-commerce: la actuación de la plataforma y el impacto de su responsabilidad” en *Cuadernos de Derecho Transaccional*, Vol. 12. Núm. 2. 2020 p. 68.

25 Vid. Considerando 122, [...] *tanto la hipótesis de que el operador de un mercado electrónico descubra la existencia de una actividad o información ilícitas como consecuencia de una investigación realizada por su propia iniciativa como la hipótesis de que le sea notificada la existencia de este tipo de actividad o información. En el segundo caso, si bien es cierto que el hecho de que se realice una notificación no determina automáticamente que el operador pierda la posibilidad de invocar la exención de responsabilidad prevista en el artículo 14 de la Directiva 2000/31, puesto que la notificación de la existencia de actividades o informaciones supuestamente ilícitas puede resultar excesivamente imprecisa o no encontrarse suficientemente fundamentada, no es menos cierto que tal notificación constituye, como regla general, un elemento que el juez nacional debe tomar en consideración para apreciar, habida cuenta de la información que se ha comunicado de este modo al operador, si éste tenía realmente conocimiento de hechos o circunstancias a partir de los cuales un operador económico diligente hubiera debido constatar ese carácter ilícito.*

26 Se plantea así la distinción entre el denominado *constructive knowledge* o *red flag knowledge* que, sobre la base de los indicios que se planteen, determinará la imputación de responsabilidad al intermediario. De este modo, en aplicación del art. 138.2 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, el legislador español no pretende que se lleve a cabo una vigilancia preventiva de las comunicaciones públicas sino asegurar que, si en su obrar ordinario o habitual encuentra indicios de cualquier infracción, deba asumir la obligación de actuar para impedirlo. BARTOL BUSTOS, A. A., “Evolución de la jurisprudencia sobre la responsabilidad de los intermediarios de la sociedad de la información como facilitadores de infracciones directas” en *Informática y Derecho: Revista Iberoamericana de Derecho Informático (segunda época)*, Núm. 4, 2018, pp. 76-77.

27 La acogida de un criterio interpretativo flexible del conocimiento efectivo por parte de la jurisprudencia, plantea diversos

determinar el conocimiento de la ilicitud cometida parece coherente con el deber de diligencia exigible a una entidad empresarial, superior al nivel de diligencia del *buen padre de familia* exigido en el art. 1124 Cc: el deber de diligencia del *ordenado empresario*²⁸.

Por ello, parece deseable y se plantea oportuno, como apuntaba ORTEGO RUIZ²⁹, el desarrollo de mecanismos y procedimientos por los que dar certeza y seguridad del conocimiento adquirido, exigiendo que la notificación/comunicación enviada al intermediario sea *completa*, garantizando la *certeza de la ilicitud* cometida³⁰. De este modo, como indica VÁZQUEZ DE CASTRO, cualquier medio de prueba de los genéricamente referenciados en el art. 16 LSSI, serán aptos para permitir que el prestador del servicio, a partir de hechos o circunstancias concretas y aunque sea mediatamente, tenga una efectiva aprehensión de la realidad de que se trate³¹.

A falta de una concreción sobre este extremo en la Directiva 2000/31/CE, la Comisión Europea emitió la *Recomendación (UE) 2018/334, de la Comisión Europea de 1 de marzo de 2018, sobre medidas para combatir eficazmente los contenidos ilícitos en línea*, destacando, en su Considerando 16, la necesidad de concretar mecanismos de fácil acceso, utilización y flexibles para facilitar esta notificación a todas las personas o entidades³².

A partir de esta recomendación y con el claro objeto de limitar las discrepancias interpretativas de los órganos jurisdiccionales nacionales³³, su plasmación

inconvenientes sin resolver, por el momento: a) ¿es posible adquirir este conocimiento incluso sin una previa comunicación?; b) la interpretación amplia del art. 16.1 LSSI se limita al conocimiento indiciario, y no al desarrollo de mecanismos de detección y retirada; c) ¿quién asume la carga de la prueba? Parece que estamos tratando sobre una presunción *iuris tantum* del conocimiento efectivo y será el intermediario quién debe desvirtuarlo. ORTEGO RUÍZ, M., *Prestadores de servicios de Internet y alojamiento de contenidos ilícitos*. Reus. Madrid. 2015. pp. 49-50.

28 Para un mayor desarrollo sobre el deber de diligencia exigible, como regla general, al empresario, vid. RAMOS HERRANZ, I., “El estándar mercantil de diligencia: el ordenador empresario” en *Anuario de Derecho Civil*, Núm. 1. 2006. pp. 195-225.

29 ORTEGO RUÍZ, M., *Prestadores de servicios de Internet y alojamiento de contenidos ilícitos*. Reus. Madrid. 2015. pp. 52-53.

30 En el mismo sentido, PEGUERA POCH apunta que una lectura de la LSSI no limitativa de los supuestos que fundamentan el conocimiento efectivo del prestador de servicios permite evitar que se conceda la exención de responsabilidad en supuestos en los que el intermediario tenga conocimiento de la ilicitud de los contenidos alojados. PEGUERA POCH, M., “Sólo sé que no sé nada (efectivamente)”: la apreciación del conocimiento efectivo y otros problemas en la aplicación judicial de la LSSI” en *IDP: revista de Internet, derecho y política = revista d’Internet, dret i política*, Núm. 5, 2007, p. 17.

31 VÁZQUEZ DE CASTRO, E. “El Derecho al honor en internet, anonimato y responsabilidad de los prestadores de servicios: ¿evolución e involución?” *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*. Núm. 44. 2017. p. 135.

32 A pesar de la Recomendación 2018/334 sobre la justificación de las razones por las que debe requerirse una conducta del prestador de servicios tendente a localizar contenidos potencialmente ilícitos, la autora plantea la necesidad de unificar criterios a nivel europeo y confeccionar una “hoja de notificación europea”, en la que se establezcan los requisitos comunes a efectos de estimar admisible la notificación. ARROYO AMAYUELAS, E., “La responsabilidad de los intermediarios en Internet, ¿puertos seguros a pruebas de futuro?” en *Cuadernos de Derecho Transaccional*, Vol. 12. Núm. 1. 2020. pp. 824-825.

33 Por lo que respecta a la jurisprudencia alemana, podemos determinar que los órganos jurisdiccionales exigen que la notificación sea redactada de manera precisa y detallada para que la plataforma pueda identificar la normativa aplicable. Por su parte, la jurisprudencia francesa exige que se identifique al notificante, se describan los hechos, se aprueben los mismos y se argumente el motivo de la ilicitud. ANTÓN JUÁREZ, I., “Infracción de un derecho de marca en plataformas de *e-commerce*: la actuación de la plataforma y el impacto de su responsabilidad” en *Cuadernos de Derecho Transaccional*, Vol. 12. Núm. 2. 2020 pp. 72-73. En relación a la jurisprudencia belga, podemos citar la sentencia del Tribunal de Comercio de Bruselas, de 31 de julio 2008 [Caso Lancôme vs. eBay] en la que reconoce el buen funcionamiento de eBay que, tras conocer la ilicitud debidamente notificada extrajudicialmente por Lancôme. Para un mayor desarrollo, vid. PEGUERA POCH, M., “Infracción de derechos de marca en las

normativa ha sido implementada en el *Reglamento (UE) 2019/1150, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre el fomento de la equidad y la transparencia para los usuarios profesionales de servicios de intermediación en línea*, que impone a los proveedores que no sean pequeñas empresas o microempresas, en virtud de la Recomendación 2003/361/CE³⁴, el deber de crear un *sistema interno de tramitación de reclamaciones de los usuarios profesionales* (art. 11) y la *designación de dos o más mediadores* que estén dispuestos a colaborar para alcanzar un acuerdo con los usuarios profesionales en la resolución extrajudicial de litigios entre el proveedor y los usuarios profesionales (art. 12).

A través del establecimiento de estos mecanismos, podrán evitar la dificultad con la que se encuentran los tribunales al llevar a cabo el análisis de la notoriedad de los hechos presuntamente ilícitos para determinar la responsabilidad del alojador de datos. Como podemos observar en la STS núm. 144/2013, de 4 marzo [Rec. Núm. 748/2010], tras la notificación del inicio de acciones civiles a Google por parte de la ofendida sobre la información falsa, el tribunal estimó su insuficiencia a efectos de determinar el conocimiento de hechos, ya que la información aportada no revelaba el carácter ilícito de su conducta, por no haber acreditado la parte actora la remisión de la resolución judicial en la que se estimaba la falsedad de la información referenciada (FD. Quinto) –vid. en el mismo sentido, STS núm. 316/2010, de 18 de mayo [Rec. 1873/2007]³⁵-. Más recientemente³⁶, la STS núm. 235/2020, de 2 junio [Rec. Núm. 1842/2018] representa el criterio interpretativo más amplio desarrollado hasta el momento por el TS, nuevamente en relación a supuestos de vulneración del derecho honor –vid. en el mismo sentido, STS núm. 72/2011, [Asunto *Ramoncín c. Alasbarricadas.org*], STS núm. 68/2014, de 7 enero 2014 `Rec. 340/2011]³⁷-. El TS constata

plataformas de subastas en línea y aplicación de las normas de exclusión de responsabilidad” en *IDP: revista de Internet, derecho y política = revista d’Internet, dret i política*, Núm. 8, 2009, pp. 1-10.

34 Art. 2.2: *se define a una pequeña empresa como una empresa que ocupa a menos de 50 personas y cuyo volumen de negocios anual o cuyo balance general anual no supera los 10 millones de euros*. Art. 2.3: *se define a una microempresa como una empresa que ocupa a menos de 10 personas y cuyo volumen de negocios anual o cuyo balance general anual no supera los 2 millones de euros*.

35 En análisis de la citada sentencia, el autor ya adelantaba la posible variación y flexibilización en el criterio sostenido por parte del TS del criterio tan restrictivo introducido legislativamente en la LSSI. Su mantenimiento supondría introducir al afectado en un callejón sin salida por el que no podría dirigir acción de cesación frente al intermediario por no ser responsable de la conducta ilegal, ni podrá dirigirse contra el infractor directo por no poder identificarlo. CAVANILLAS MÚGICA, S., “Sentencia de 18 de mayo de 2010. Responsabilidad de un prestador de un servicio intermediario de la sociedad de la información, de alojamiento, por la intromisión ilegítima causada por un comentario enviado a un foro”, en *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, Núm. 85, 2011, p. 453.

36 En la jurisprudencia menor podemos encontrar ejemplos de la más rigurosa aplicación del criterio de “conocimiento efectivo”, previa a la flexibilidad introducida por el TS. En este sentido, podemos poner el ejemplo de la SSAP Madrid, de 20 de diciembre de 2005, de 16 de julio 2008, de 22 de septiembre de 2008, en las que la exigencia de la comunicación de la resolución judicial que acordará la ilicitud de los datos o información era imperativa. VÁZQUEZ DE CASTRO, E. “El Derecho al honor en internet, anonimato y responsabilidad de los prestadores de servicios: ¿evolución e involución?” *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*. Núm. 44. 2017. p. 130. Para un mayor desarrollo de la jurisprudencia menor relativa a la imputación u exoneración de la responsabilidad de los intermediarios, vid. BARTOL BUSTOS, A. A., “Evolución de la jurisprudencia sobre la responsabilidad de los intermediarios de la sociedad de la información como facilitadores de infracciones directas” en *Informática y Derecho: Revista Iberoamericana de Derecho Informático (segunda época)*, Núm. 4, 2018, pp. 79-83.

37 El TS negó que la entidad demandada no hubiera tenido un conocimiento efectivo de que los comentarios vertidos por los usuarios habituales de los foros abiertos en su página web lesionaban los derechos de terceros, al constituir una clara intromi-

el conocimiento efectivo del proveedor de SSI que el ofendido solicitara hasta en dos ocasiones a la titular de la página web a través de un correo electrónico en el que se identificaba la noticia origen de los comentarios, dejando constancia de las concretas expresiones que atentaban contra su honor, y, en una segunda ocasiones, a través de un burofax en el que consta con nitidez tanto la persona ofendida, como el origen de los comentarios e identificadas las concretas expresiones.

En primer lugar y en relación al sistema interno de reclamación que imperativamente habrán de implementar los proveedores³⁸, el art. 11 Reglamento 2019/1150, determina que su puesta disposición será gratuita para los usuarios profesionales y garantizará un tratamiento ágil, basado en principios de transparencia e igualdad de trato. Las reclamaciones presentadas podrán versar sobre: a) incumplimientos cometidos por el proveedor en relación a las obligaciones establecidas en el Reglamento que afecten al usuario profesional reclamante; b) problemas tecnológicos relacionados con la prestación de servicios de intermediación en línea que afecten al usuario profesional reclamante; o c) medidas específicas o conductas del proveedor directamente vinculadas a la prestación de servicios de intermediación en línea que afecten al reclamante.

En este sentido, el legislador europeo ha dado un paso más en el ansiado deseo de unificación de las legislaciones nacionales en relación a los mecanismos preventivos de incumplimiento normativo de las personas jurídicas a través de *Directiva (UE) 2019/1937, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre 2019, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho la Unión*, cuya transposición en las legislaciones nacionales habrá de producirse antes del 17 de diciembre de 2021.

Se trata de la implementación en el ámbito empresarial europeo del denominado *compliance* corporativo³⁹, de obligado cumplimiento para aquellas corporaciones que no tengan la condición de pequeñas empresas o microempresas. Al igual que ocurre con sistema interno de tramitación de reclamaciones de los

sión ilegítima en su derecho al honor, dada la gravedad de las opiniones y expresiones utilizadas, pudiendo incluso ser constitutivas de delito, así como que hubiera actuado diligentemente y con prontitud para retirarlos o hacer imposible el acceso a ellos. VÁZQUEZ DE CASTRO, E. "El Derecho al honor en internet, anonimato y responsabilidad de los prestadores de servicios: ¿evolución e involución?" Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías. Núm. 44. 2017. p. 140.

38 El establecimiento de este sistema debería ir acompañado de un sistema de denuncias externo, en relación a las empresas intermediarias, en coherencia con la previsión contenida en el art. 14.3 por la que *un tribunal o una autoridad administrativa, de conformidad con los sistemas jurídicos de los Estados miembros, exijan al prestador de servicios de poner fin a una infracción o impedirla, ni a la posibilidad de que los Estados miembros establezcan procedimientos por los que se rija la retinada de datos o impida el acceso a ellos*, ya que a través de este canal de denuncias externo la autoridad administrativa podrá tener conocimiento de la infracción cometida y adoptar las medidas preventivas concretar sin necesidad de informar al *provider* de la ilicitud de los datos, pudiendo éste quedar informado, a su vez, por personas privadas. MORALES GARCÍA, O., "Criterios de atribución de responsabilidad penal a los prestadores de servicios e intermediarios de la sociedad de la información, *Cuadernos de derecho judicial*. Madrid. 2002. p. 215.

39 A nivel europeo, el paso del *compliance* penal al *compliance* global ha sido automático a través de la Directiva (UE) 2019/1937, ya que se apuesta por la implantación para el aseguramiento del cumplimiento normativo entendido en su más amplio sentido: fiscal o tributario, laboral y de seguridad social, de protección de datos personales, de protección de la competencia y de los consumidores. VÁZQUEZ DE CASTRO, E., *Compliance y contrato de seguro privado*. Aranzadi, Cizur Menor. 2020. pp. 66-67.

usuarios profesionales del Reglamento 2019/1150, una de las medidas que sirve de soporte para el efectivo desarrollo del *compliance* corporativo es el establecimiento del denominado *canal de denuncias interno* (alertar a la propia empresa) o *canal de denuncias externo* (alertar al organismo administrativo correspondiente) que garantice al denunciante o informador que su queja o reclamación sobre cualquier ilegalidad, irregularidad o incumplimiento normativo sea tramitada y recibida por el empresario. La Directiva impone ciertas cautelas en relación a garantizar la “seguridad” del denunciante-informante, haciendo que el empresario deba asegurar que el sujeto pueda comunicarse bajo un seudónimo. Los denunciantes, en el ámbito del canal de denuncias de la Directiva, serán los trabajadores de la entidad (incluidos los no asalariados), los accionistas y personas pertenecientes al órgano de administración, dirección o supervisión de una empresa, voluntarios y trabajadores en prácticas, cualquier persona que trabaje bajo supervisión y dirección de contratistas, subcontratistas y proveedores, así como quienes hayan finalizado su relación laboral con la entidad y comuniquen o revelen información sobre infracciones (art. 8.2).

Como veníamos afirmando, y relacionándolo con la sentencia objeto de análisis, una de las pruebas que fundamentarían la responsabilidad del prestador de los servicios de intermediación en línea, sería la constatación de que el afectado (L’Oreal) notificó la situación lesiva al prestador de servicios (eBay) y, por lo tanto, éste tuvo el conocimiento de la irregularidad o ilegalidad que, en el marco del uso de su plataforma, estaba siendo cometida. En este sentido, se requiere un doble nivel de conocimiento –conocimiento efectivo o hipotético y conocimiento de hechos o circunstancias por los que la actividad o la información revele su carácter ilícito⁴⁰-. El conocimiento real del empresario sobre la reclamación o denuncia tramitada podrá ser demostrado gracias a la implementación de esos mecanismos, de obligado cumplimiento para los empresarios.

La coordinación de ambas normas es manifiesta si se atiende a la siguiente reflexión. Ambas normas serán de obligado cumplimiento para todas aquellas empresas que no tengan la consideración de pequeña empresa o microempresa y, por lo tanto, alcanzarán a la mayor parte de los prestadores de servicios de intermediación en línea. Además, ambas imponen la necesidad de iniciar un proce-

40 Este doble nivel de conocimiento permitirá determinar el deber de actuación del prestador de servicios de intermediación y la responsabilidad exigible a través del conocido como “red-flag-test”, por el que el hecho de tener meras sospechas de ilicitud no sería suficiente para responsabilizarlo del *hosting* realizado. XALABARDER PLANTADA, R., “La responsabilidad de los prestadores de servicios en Internet (ISP) por infracciones de propiedad intelectual cometidas por sus usuarios” en *IDP: revista de Internet, derecho y política = revista d’Internet, dret i política*, Núm. 2, 2006, p. 6. Sin embargo, según algún autor, el TJUE pretende la implementación del denominado “three-step test” por el que puede invocar la existencia de un puerto seguro: el primer escalón sería la determinación del “knowledge standard”, el segundo “post-knowledge reaction” y, finalmente, “absence of authority or control”. OTCHENASH, M., “Demandas a plataformas web por violación de derechos de autor: la decisión del tribunal y jurisdicción en el caso del «Proyecto Gutenberg»” en *IDP: revista de Internet, derecho y política = revista d’Internet, dret i política*, Núm. 29, 2019.

dimiento de tramitación interno de la reclamación o denuncia, respectivamente, debiendo comunicar al denunciante el resultado de la tramitación llevada a cabo (incluso, debiendo enviar acuse de recibo en el plazo de 7 días en el caso del canal de denuncias de la Directiva, art. 9.b)), limitado al plazo 3 meses según el art. 9.1. f) Directiva.

De este modo, podemos concluir que las diferencias se limitan al ámbito personal del sujeto denunciante. El Reglamento 2019/1150 tiene por objeto canalizar las reclamaciones que los usuarios profesionales de la plataforma de intermediación deseen comunicar. Sin embargo, la Directiva 2019/1937 se refiere a las denuncias presentadas por trabajadores, accionistas y personas pertenecientes al órgano de administración, dirección o supervisión de una empresa, voluntarios y trabajadores en prácticas, cualquier persona que trabaje bajo supervisión y dirección de contratistas, subcontratistas y proveedores, etc. Es decir, el *compliance* corporativo y su correspondiente canal de denuncias ha sido desarrollado por el legislador europeo para ofrecer una protección al denunciante-informador que, en su condición de dependencia laboral o profesional, pueda sufrir represalias por la comunicación de determinadas actuaciones irregulares en el marco de su actividad laboral⁴¹. ¿Podríamos decir que L'Oreal se encuentra en esta situación respecto a su alojador o prestador de servicios de intermediación –sea éste eBay o cualquier otro-? Parece evidente que L'Oreal no es dependiente, desde un punto de vista profesional, de cualquiera de estos alojadores ni, por otra parte, encaja entre ninguno de los sujetos en los que esa dependencia queda considerablemente desdibujada –contratistas, subcontratistas o proveedores-. Es evidente que L'Oreal puede estar interesada en que sus proveedores se posicionen en el mercado en línea en un lugar destacado, pero ello no creemos que implique la existencia de esta dependencia en la que el sistema *compliance* está fundamentado.

En definitiva, podemos afirmar que el espíritu o fundamento que subyace en el ideario del legislador europeo se encuentra el impulso de mecanismos preventivos del conflicto, a través de los cuales el empresario pueda auto-gestionar las controversias que surgidas en el seno de su organización o del desempeño de su actividad profesional. De este modo, se otorga un poder de autorregulación por el que se le concede la oportunidad de analizar las reclamaciones o denuncias que hayan sido manifestados a través de canales seguros y garantistas de comunicación, pudiendo gestionar en primera persona la manera en la que abordar su resolución. Cobran especial relevancia los Códigos de Conducta para la lucha contra las declaraciones de incitación al odio en línea promovidos por la Comisión Europea, el Memorándum de Acuerdo sobre la falsificación de mercancías

41 VÁZQUEZ DE CASTRO, E. *Compliance y contrato de seguro privado*. Aranzadi, Cizur Menor. 2020. pp. 80-81.

o el Foro de Internet de la UE, permitiendo a los gobiernos nacionales eludir la prohibición de control general por delegar esta vigilancia en operadores privados, cuya actuación será censurable a falta de un fundamento jurídico que justifique su actividad⁴². Sin embargo, esto no nos puede hacer olvidar que la tendencia de la normativa europea es la autorregulación y gestión de las controversias que surjan en el ámbito de su actividad profesional.

Ambos sistemas de reclamaciones o denuncias pueden venir acompañados de la implementación de mecanismos o técnicas de resolución alternativa de conflictos⁴³. El Reglamento 2019/1150, impone a los intermediarios el establecimiento de servicios de mediación puestos a disposición de los reclamantes con objeto de llevar a cabo una resolución extrajudicial de las controversias planteadas entre los usuarios profesionales y los proveedores de servicios de intermediación en línea⁴⁴. En su art. 12 plantea la posibilidad de someterse a ella en virtud de un principio de buena fe en sus actuaciones. Se trata de un sistema voluntario para las partes -en cualquier momento (antes, después o durante el transcurso del procedimiento de mediación), las partes podrán dar inicio a un proceso judicial-, sin perjuicio de la necesidad de su obligada puesta a disposición de los mediadores designados por parte de los proveedores de servicios de intermediación. Éstos, además, habrán de asumir una parte proporcional del coste del procedimiento, a determinar en cada caso concreto.

4. CONCLUSIONES

El desarrollo de las reflexiones que preceden a estas conclusiones se ha centrado en el régimen de responsabilidad imputable a los proveedores de servicios de intermediación en línea en virtud de lo establecido en la Directiva 2000/31/CE y la LSSI que se encarga de su transposición. Por el momento y hasta la definitiva aprobación de la Digital Services Act and Digital Markets Act propuestas por la Comisión Europea y que responde al auge de la denominada “economía de

42 Se trata de mecanismos criticados por la autora, por considerar que entronca con el límite impuesto en la prohibición de control de contenidos en línea y poder llegar a limitar el acceso a un *Internet abierto*. ARROYO AMAYUELAS, E., “La responsabilidad de los intermediarios en Internet, ¿puertos seguros a pruebas de futuro?” en *Cuadernos de Derecho Transaccional*, Vol. 12. Núm. 1. 2020. pp. 830-831.

43 Los ADR pueden acompañar al *compliance* corporativo a través de su reconocimiento en los Código de Buenas Prácticas que habrán de ser elaborados por los empresarios. En ellos, podrán contemplarse los mecanismos de resolución extrajudicial de conflictos como sistemas que logren la cultura del cumplimiento normativo y, a través de los cuales, ante algún conflicto derivado de un incumplimiento, pueda acudir a métodos amistosos, amables y flexibles, sin necesidad de acudir a la vía judicial. VÁZQUEZ DE CASTRO, E., *Compliance y contrato de seguro privado*. Aranzadi, Cizur Menor. 2020. pp. 123-125. En el mismo sentido, vid. GARCÍA VILLALUENGA, L., y VÁZQUEZ DE CASTRO, E., “Compliance y mediación: generando sinergias entre dos instituciones en auge” en *Anuario de Mediación y Gestión de Conflictos*. 2019-2020, pp. 21-30.

44 El reconocimiento de estos procedimientos resuelve, en este ámbito de relación entre intermediario y profesionales usuarios de la plataforma, la duda planteada en cuanto a los mecanismos judiciales o extrajudiciales a disposición para la resolución de controversias surgidas por el alojamiento de contenidos ilícitos en las plataformas, cuestión que no venía resuelta en la Directiva 2000/31. ARROYO AMAYUELAS, E., “La responsabilidad de los intermediarios en Internet, ¿puertos seguros a pruebas de futuro?” en *Cuadernos de Derecho Transaccional*, Vol. 12. Núm. 1. 2020. p. 833.

plataformas”, se trata del régimen jurídico aplicable a los supuestos en los que la actuación del prestador de servicios de intermediación consiste en el alojamiento de datos o información –*hosting*– que vulneran derechos de propiedad intelectual, industrial o de marcas. No podemos olvidar que, en todo caso, en aquellos casos en los que el destinatario del servicio de intermediación actúe bajo la dirección, autoridad o control del prestador de servicios, será aplicable el art. 1903.4 Cc –culpa in eligendo o culpa in vigilando– por resultar imputable su responsabilidad por hecho ajeno.

La neutralidad del prestador de servicios a través de plataformas que conectan a sus usuarios para llevar a cabo la prestación de determinados servicios o los intercambios de determinados productos, es la que determina su efectiva actuación como intermediario a efectos de aplicar el régimen de responsabilidad de la Directiva 2000/31/CE y la LSSI. Un comportamiento activo de los proveedores de servicios prestados por las plataformas en línea en relación a las actuaciones que sus usuarios hayan desarrollado, plantea la necesidad de analizar la vulneración efectiva producida y su grado de implicación a efectos de determinar su responsabilidad –vid. eg., derechos de propiedad intelectual, propiedad industrial o derechos asociados a la protección de marcas–.

La actualidad normativa europea nos ofrece una oportunidad de analizar el régimen de responsabilidad imputable a los intermediarios, centrado en uno de los supuestos por los que los arts. 14 Directiva 2000/31/CE y 16 LSSI rechazan su exoneración: el *conocimiento* del prestador de servicios de intermediación de la ilicitud de la actividad realizada por sus usuarios y de la información vertida a través de su plataforma. De la anterior afirmación podemos concluir que el conocimiento ha de ser concretado en dos sentidos. En primer lugar, debe tratarse de un conocimiento efectivo, interpretado de manera flexible por la jurisprudencia actual –vid. STS núm. 235/2020, de 2 junio– para evitar que restringir de manera excesiva la imputación de responsabilidad del intermediario por los contenidos vertidos en su plataforma. En segundo lugar, el conocimiento se referirá a la ilicitud de esos datos e información –*red flag test*–.

La cuestión clave será determinar los medios a través de los cuáles pueda demostrarse ese conocimiento del intermediario sobre la ilicitud de los datos o información vertida en su plataforma. En este sentido, siguiendo lo sentado por la Recomendación de la Comisión Europea 2018/334, de 1 de marzo, en la que se abogaba por la necesidad de establecer mecanismos de fácil acceso, utilización y flexibles para facilitar esta notificación, el Reglamento (UE) 2019/1150, del 20 junio 2019, sobre el fomento de la equidad y la transparencia para los usuarios profesionales de servicios de intermediación en línea, impone a los proveedores intermediarios que tengan la condiciones de pequeñas empresas o microempre-

sas, la obligación de crear un *sistema interno de tramitación de reclamaciones de los usuarios profesionales*.

Este sistema de reclamaciones interno puesto a disposición de los usuarios profesionales que hagan uso de los servicios de la plataforma de intermediación, será de gran utilidad a efectos probatorios para determinar el nivel de conocimiento del intermediario y garantizará al usuario profesional lesionado que su notificación sea atendida por el prestador del servicio. A su vez, como mecanismo por el que poner en alerta al empresario por las controversias que puedan estar surgiendo en su entorno laboral o profesional, la Directiva (UE) 2019/1937, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre 2019, implanta en la UE el denominado *compliance corporativo*, también de obligado cumplimiento para todas aquellas empresas que no tengan la condición de pequeña o microempresa. Al amparo de este sistema del *compliance*, el legislador europeo impone una de las medidas que sirven para su soporte: la implantación del canal de denuncias que garantice al empresario la recepción de cualquier denuncia o queja que sea vertida sobre su organización.

La implantación de estos mecanismos garantiza el conocimiento efectivo por parte del empresario intermediario de las reclamaciones planteadas y que manifiesten cualquier conducta irregular o ilegal que pueda estar cometiéndose. Aunque aparentemente parezcan dos mecanismos creados de manera solapada –son canales de reclamación o denuncia de obligada implantación para empresas que no tengan la condición de pequeñas empresas o microempresas–, podemos concluir que la diferencia entre ambos sistemas radica en el ámbito subjetivo de la persona reclamante o denunciante. Mientras que el sistema de reclamaciones del art. 11 Reglamento 2019/1150 servirá para canalizar las reclamaciones de los usuarios profesionales de la plataforma de intermediación, el canal de denuncias creado al amparo de la Directiva 2019/1937 podrá ser utilizado por los trabajadores, accionistas y personas pertenecientes al órgano de administración, dirección o supervisión de una empresa, voluntarios y trabajadores en prácticas, cualquier persona que trabaje bajo supervisión y dirección de contratistas, subcontratistas y proveedores, etc., concurriendo entre el denunciante y la entidad denunciada la condición de dependencia laboral o profesional. Descartamos, por lo tanto, que éste último sea un mecanismo a disposición de los usuarios profesionales en aquellos casos en los que quieran alertar a las empresas intermediarias de posibles incumplimientos, conductas ilegales o ilícitas que estén siendo llevadas a cabo en el ámbito de su plataforma –vid. caso analizado en la STJUE de 12 julio de 2011, Caso L’Oreal vs. eBay–.

En definitiva, podemos afirmar que en el espíritu o fundamento que subyace en el ideario del legislador europeo se encuentra el impulso de mecanismos preventivos del conflicto, a través de los cuales el empresario pueda auto-gestionar las controversias surgidas en el seno de su organización o del desempeño de

su actividad profesional. De este modo, se otorga un poder de autorregulación por el que se le concede la oportunidad de analizar las reclamaciones o denuncias que hayan sido manifestados a través de canales seguros y garantistas de comunicación, pudiendo gestionar en primera persona la manera en la que abordar su resolución. En este sentido, no podemos finalizar este apartado conclusivo sin mencionar la utilidad de los sistemas ADR expresamente reconocidos en el art. 12 Reglamento 2019/1150, a través de la puesta a disposición de mediadores que puedan ayudar y canalizar la resolución extrajudicial de las controversias surgidas entre los usuarios profesionales y las empresas intermediarias.

BIBLIOGRAFÍA

- ANTÓN JUÁREZ, I., “Infracción de un derecho de marca en plataformas de ecommerce: la actuación de la plataforma y el impacto en su responsabilidad” en *Cuadernos de derecho transnacional*, Vol. 12, Núm. 2, 2020.
- ARROYO AMAYUELAS, E., “La responsabilidad de los intermediarios en Internet, ¿puertos seguros a pruebas de futuro?” en *Cuadernos de Derecho Transaccional*, Vol. 12, Núm. 1, 2020.
- BARDALES MENDOZA, E., “El Uso de *Adwords* en la Internet como Supuesto de Infracción de Marcas” en *Derecho & Sociedad*, Núm. 49, 2017.
- BARTOL BUSTOS, A. A., “Evolución de la jurisprudencia sobre la responsabilidad de los intermediarios de la sociedad de la información como facilitadores de infracciones directas” en *Informática y Derecho: Revista Iberoamericana de Derecho Informático (segunda época)*, Núm. 4, 2018.
- CARBAJO CASCÓN, F.,
- “Delimitación de la responsabilidad de los servicios de intermediación de la sociedad de la información (II). Especial atención a la infracción de derechos de propiedad industrial e intelectual a través de servicios *hosting-web 2-0*”. *Iustitia*, Núm.13, 2016.
 - “Problemas de distribución, marcas y responsabilidad indirecta de intermediarios en plataformas de agregación de comercio electrónico.: Comentario a la STJUE de 12 de julio de 2011 (Caso L’Oreal C. Ebay) y jurisprudencia relacionada” en *Revista de derecho de la competencia y la distribución*, Núm. 10, 2012.
 - “El caso Google AdWords: Sobre la infracción de marcas en la comercialización de palabras clave y puesta a disposición de enlaces patrocinados y la responsabilidad de intermediarios de la sociedad de la información” en *Revista de Derecho, Comunicaciones y Nuevas Tecnologías*, Núm. 5, 2011.
- CAVANILLAS MÚGICA, S., “Sentencia de 18 de mayo de 2010. Responsabilidad de un prestador de un servicio intermediario de la sociedad de la información, de alojamiento, por la intromisión ilegítima causada por un comentario enviado a un foro”, en *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, Núm. 85, 2011.
- CUENA CASAS, M., “La contratación a través de plataformas intermediarias en línea” en *Cuadernos de derecho transnacional*, Vol. 12, Núm. 2, 2020.
- GARCÍA VILLALUENGA, L., y VÁZQUEZ DE CASTRO, E., “Compliance y mediación: generando sinergias entre dos instituciones en auge” en *Anuario de Mediación y Gestión de Conflictos*. 2019-2020,
- GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, J. J., “La responsabilidad civil de los prestadores de servicios intermediarios de la sociedad de la información” en *La responsabilidad civil por daños causados por servicios defectuosos: Estudio de la responsabilidad civil por servicios susceptibles de provocar daños a la salud y seguridad de las personas*, Antonio Orti Vallejo (dir.), María del Carmen García Garnica (dir.), Rafael Rojo Alvarez-Manzaneda (dir.), Aranzdi, Cizur Menor, 2015.
- GRIMALT SERVERA, P., “La responsabilidad civil de los prestadores de servicios de la sociedad de la información” en *El derecho a la imagen desde todos los puntos de vista*. M.L. Atienza Navarro, J.R. De Verda y Beamonte, Aranzadi, Cizur Menor, 2011.
- ORTEGO RUIZ, M., *Prestadores de servicios de Internet y alojamientos de contenidos ilícitos*. Reus, Madrid. 2015.

OTCHENASH, M., “Demandas a plataformas web por violación de derechos de autor: la decisión del tribunal y jurisdicción en el caso del «Proyecto Gutenberg»” en *IDP: revista de Internet, derecho y política = revista d’Internet, dret i política*, Núm. 29, 2019.

PEGUERA POCH, M.,

- “Infracción de derechos de marca en las plataformas de subastas en línea y aplicación de las normas de exclusión de responsabilidad” en *IDP: revista de Internet, derecho y política = revista d’Internet, dret i política*, Núm. 8, 2009.

- “Sólo sé que no sé nada (efectivamente)”: la apreciación del conocimiento efectivo y otros problemas en la aplicación judicial de la LSSI” en *IDP: revista de Internet, derecho y política = revista d’Internet, dret i política*, Núm. 5, 2007.

PÉREZ LLUNA, A., “La responsabilidad del intermediario en infracciones de marcas” en *Actualidad jurídica Aranzadi*, Núm. 922, 2016.

PLAZA PENADÉS, J.

- “La responsabilidad civil de los intermediarios en Internet”, en *Derecho y nuevas tecnologías de la información y la comunicación*. Javier Plaza Penadés (dir.), Eduardo Vázquez de Castro, Raquel Guillén Catalán (coord.), Aranzadi, Cizur Menor, 2013.

- “La responsabilidad civil de los intermediarios en internet”, en *Derecho y nuevas tecnologías de la información y la comunicación*. Javier Plaza Penadés (dir.), Eduardo Vázquez de Castro, Raquel Guillén Catalán (coord.), Aranzadi, Cizur Menor, 2013.

MORALES GARCÍA, O., “Criterios de atribución de responsabilidad penal a los prestadores de servicios e intermediarios de la sociedad de la información” en *Cuadernos de derecho judicial*, Núm. 9, 2002.

RAMOS HERRANZ, I., “El estándar mercantil de diligencia: el ordenador empresario” en *Anuario de Derecho Civil*, Núm. 1. 2006. pp. 195-225.

VÁZQUEZ DE CASTRO, E.

- *Compliance y contrato de seguro privado*. Aranzadi, Cizur Menor. 2020.

- “El Derecho al honor en internet, anonimato y responsabilidad de los prestadores de servicios: ¿evolución e involución?” *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*. Núm. 44. 2017.

XALABARDER PLANTADA, R., “La responsabilidad de los prestadores de servicios en Internet (ISP) por infracciones de propiedad intelectual cometidas por sus usuarios” en *IDP: revista de Internet, derecho y política = revista d’Internet, dret i política*, Núm. 2, 2006.

LA RESPONSABILITÀ DELL'INTERNET SERVICE PROVIDER PER VIOLAZIONE DEI DIRITTI DI PROPRIETÀ INTELLETTUALE ALLA LUCE DELLA SENTENZA 19 MARZO 2019, N. 7708 DELLA CORTE DI CASSAZIONE ITALIANA

GIOVANNI BERTI DE MARINIS¹

1. IL CASO

La sentenza della Corte di cassazione italiana del 19 marzo 2019, n. 7708, rappresenta senza dubbio una pronuncia cardine nell'individuazione delle responsabilità gravanti sull'Internet service provider per l'utilizzo illegittimo dei contenuti digitali da parte degli utenti. Il tema è particolarmente complesso e caratterizzato, fino alla sentenza sopra menzionata, da orientamenti del tutto altalenanti in giurisprudenza. La stessa vicenda decisa nella pronuncia qui in commento, appare proprio il riflesso di tali incertezze giurisprudenziali.

Il caso deciso riguarda la presunta responsabilità di Yahoo Italia S.p.a. e di Yahoo Inc. per aver reso disponibili sul proprio portale dedicato alla visione di video, alcuni contenuti sui quali Reti Televisive Italiane S.p.a. (RTI) vantava un diritto esclusivo di privativa. Tali video, che riproducevano programmi televisivi, erano stati caricati sul portale da parte degli utenti della rete.

Nonostante la comunicazione effettuata stragiudizialmente da parte di RTI a Yahoo Italia S.p.a. e di Yahoo Inc. con la quale si comunicava l'illegittimo trattamento dei contenuti e se ne intimava la rimozione, l'Internet service provider rifiutò di ottemperare alle richieste di RTI la quale, quindi, adì in primo grado il Tribunale di Milano chiedendo che venisse accertata la responsabilità dei due convenuti. In primo grado il Tribunale accolse le domande di RTI nei confronti di Yahoo Italia S.p.a. (respingendole, invece, nei confronti di Yahoo Inc.) ritenendo la stessa responsabile della illegittima diffusione dei suddetti materiali in quanto, nonostante fossero stati immessi in rete da soggetti terzi, lo stesso provider aveva assunto un ruolo "attivo". Tramite la sua attività di indiciz-

¹ Ricamatore di tipo B di Diritto dell'economia; Università degli Studi di Perugia – Italia; giovanni.bertidemarinis@unipg.it

zazione, gestione ed organizzazione dei contenuti aveva, infatti, materialmente reso possibile lo sfruttamento commerciale illegittimo da parte degli utenti che avevano consultato i contenuti. L'esimente dalla responsabilità di cui al d.lg. n. 70 del 2003 – che, come si vedrà a breve, disciplina in Italia la responsabilità dell'Internet service provider – poteva, infatti, essere riconosciuta esclusivamente all'Internet Service Provider “passivo”².

Contro tale sentenza di primo grado, propone appello Yahoo Italia S.p.a. chiedendo la riforma della prima pronuncia. La Corte d'Appello di Milano, ribaltando completamente il giudizio di primo grado, afferma che le attività dall'Internet service provider per come accertata nel caso di specie, pur in presenza di un evidente interesse commerciale da parte dello stesso, non poteva essere considerata indice del ruolo attivo che lo stesso ha esercitato sui suddetti contenuti. Yahoo Italia S.p.a. non sarebbe quindi responsabile dell'illegittimo utilizzo di contenuti audiovisivi coperti da diritto d'autore. Esponeva inoltre il Giudice d'appello che la stessa diffida inoltrata da RTI non aveva reso identificabili con certezza i contenuti da rimuovere non essendo stati indicati gli URL dei video oggetto del giudizio³.

La società RTI propone quindi ricorso in Cassazione che, con la sentenza n. 7708 del 2019, accoglie il ricorso, con le motivazioni che di seguito si evidenzieranno, rinviando la causa alla Corte d'appello di Milano in diversa composizione perché torni a verificare nel merito, in particolare, se i contenuti specifici della diffida inoltrata da parte di RTI a Yahoo Italia S.p.a. fossero sufficientemente dettagliati al fine di permettere una univoca identificazione da parte dell'Internet service provider dei contenuti illegittimamente resi fruibili sul web.

La Corte di cassazione, nell'accogliere in parte il ricorso, svolge però interessanti considerazioni che, in un panorama giurisprudenziale così instabile, hanno una grande rilevanza e sulle quali ci si soffermerà di seguito.

2. LE ARGOMENTAZIONI GIURIDICHE DELLA SENTENZA

Il primo profilo di attrito rinvenibile all'interno della sentenza in commento rispetto a quella oggetto di ricorso, è rappresentata da una diversa visione dei giudici circa la rilevanza del ruolo “attivo” o “passivo” assunto dall'Internet service provider nella vicenda in parola. Prescindendo dalla rilevanza che riveste tale punto nel caso di specie, è comunque evidente che le riflessioni svolte in tal senso da parte della Cassazione abbiano ricadute sistemiche. La Corte d'Ap-

2 Trib. Milano, 9 settembre 2011, n. 10893, in *Riv. dir. ind.*, 2011, p. 375.

3 C. app. Milano, 7 gennaio 2015, n. 38, in *Dir. ind.*, 2015, p. 467, con nota di C. MARVASI, *Onere di attivazione autonoma del “provider” se “al corrente” dell’illecito ed ammissibilità di un ordine inibitorio “pro futuro”*.

pello di Milano, infatti, aveva sostenuto la sostanziale inutilità della distinzione ritenendo che il ruolo dell'host provider, limitandosi a rendere fruibili a terzi contenuti caricati da parte degli stessi utenti senza alterare in alcun modo il "prodotto" reso disponibile, debba sempre essere qualificata come passiva. Secondo il giudice di secondo grado, infatti, quando l'Internet service provider opera quale host provider, si limita a sfruttare commercialmente contenuti inseriti da terzi ma non interviene sostanzialmente sugli stessi in maniera tale da alterare i contenuti. Data tale impostazione, la Corte d'Appello di Milano aveva di fatto esteso alla fattispecie oggetto di giudizio l'esimente stabilita dalla dall'art. 14 della direttiva CE/31/2000 come recepita in Italia all'art. 16 del d.lg. n. 70 del 2003.

La Corte di Cassazione, nel ribadire la distinzione sussistente fra i vari servizi che potenzialmente l'Internet service provider può offrire (*Mere conduit, Caching ed hosting*)⁴, evidenzia invece la necessità di distinguere fra ruolo "attivo" o "passivo" svolto dall'Internet Service provider aderendo, così, ad un consolidato orientamento rinvenibile, in primo luogo, nella giurisprudenza europea che in più occasioni ha avuto modo di evidenziare le caratteristiche che devono ricorrere affinché un host provider possa essere qualificato come "attivo" o "passivo"⁵. La sentenza che qui si commenta, effettua però, un ulteriore passo in avanti cercando di schematizzare - a titolo esemplificativo - gli elementi che risultano indizio di un ruolo "attivo" da parte del Internet service provider. Il punto 4.3. della pronuncia, infatti, si conclude affermando: "Gli elementi idonei a delineare la figura o «indici di interferenza», da accertare in concreto ad opera del giudice del merito, sono - a titolo esemplificativo e non necessariamente tutte compresenti - le attività di filtro, selezione, indicizzazione, organizzazione, catalogazione, aggregazione, valutazione, uso, modifica, estrazione o promozione dei contenuti, operate mediante una gestione imprenditoriale del servizio, come pure l'adozione di una tecnica di valutazione comportamentale degli utenti per aumentarne la fidelizzazione: condotte che abbiano, in sostanza, l'effetto di completare ed arricchire in modo non passivo la fruizione dei contenuti da parte di utenti indeterminati".

Una volta ricostruito in tal senso il ruolo svolto dall'Internet service provider, la Corte passa a definire la natura della responsabilità emergente da tale attività che, inquadrata nella teoria generale dell'illecito civile, viene qualificata per quanto riguarda l'host provider attivo come condotta illecita attiva in concorso con quella degli utenti che abbiano caricato e reso fruibili i materiali coperti da

4 Cfr., R. D'ARRIGO, *La responsabilità degli intermediari nella nuova disciplina del commercio elettronico*, in *Danno resp.*, 2004, p. 249 ss.

5 Cfr., Corte di giustizia UE 23 marzo 2010, da C-236/08 a C-238/08, Google c. Luis Vuitton, punti 112, 113, 114 e 120; Corte di giustizia UE 12 luglio 2011, C-324/09, L'Oréal c. eBay, cit., punti 112, 113, 116, 123; Corte di giustizia UE 11 settembre 2014, C-291/13, Sotiris Papasavvas; Corte di giustizia UE 7 agosto 2018, Cooperative Vereniging SNB-REACT U.A. c. Deepak Mehta, C-521/17, punti 47 e 48.

copyright. Si tratta, quindi, di una responsabilità diretta per fatto proprio e non di una responsabilità indiretta per fatto altrui.

Nonostante ciò la Cassazione, pur correggendo le motivazioni della sentenza impugnata, non si discosta dalla decisione della Corte d'Appello di Milano ritenendo che, alla luce delle risultanze probatorie che erano state ampiamente analizzate da parte del giudice di secondo grado, il ruolo svolto nel caso di specie da Yahoo S.p.a. fosse riconducibile a quello di *host provider* “passivo” che, come tale, poteva quindi beneficiare dell'esimente di cui all'art. 16 del d.lg. n. 70 del 2003. Va anche detto che su tale profilo incidono sicuramente anche i limiti che riguardano il giudizio di Cassazione in Italia che, come noto, è giudice di legittimità e non di merito. Alla Corte di cassazione, infatti, è preclusa l'analisi del merito dei giudizi sottoposti alla sua cognizione dovendosi limitare a verificare la corretta applicazione delle disposizioni normative ai fatti per come gli stessi sono stati accertati nei due gradi di giudizio precedenti.

Le argomentazioni della sentenza, quindi, si spostano sull'interpretazione e applicazione della peculiare disciplina introdotta in Italia, sulla scorta degli artt. 14 e 15 della direttiva CE/31/2000, dall'art. 16 del d.lg. n. 70 del 2003. Come noto, tale disposizione non stabilisce una totale esenzione da responsabilità per l'*host provider* “passivo”, la circoscrive solo al ricorrere di determinate circostanze. In particolare, ferma restando la insussistenza ai sensi dell'art. 17, comma 1 del d.lg. n. 70 del 2003 di un generale obbligo di ricercare attivamente contenuti illegittimamente caricati dagli utenti, l'*host provider* “passivo” non potrà essere considerato civilmente responsabile dell'illegittimo utilizzo dei contenuti pubblicati ove non sia a conoscenza del fatto che l'attività o l'informazione sia illecita – o sia a conoscenza di fatti che rendano manifesta l'illiceità - o che, una volta venuto a conoscenza dell'illiceità della stessa su comunicazione dell'autorità competente, “agisca immediatamente per rimuovere le informazioni o per disabilitarne l'accesso”.

Si tratta, secondo la Corte di cassazione, di una specifica scelta di politica normativa svolta da parte del legislatore europeo – e, quindi, da quello nazionale – volta ad evitare di creare un ambiente normativo che non fosse adeguato a permettere lo sviluppo della rete. In questo senso, una eccessiva responsabilizzazione dell'*host provider* o il fatto di onerarli di obblighi di vigilanza eccessivamente onerosi, avrebbe determinato l'impossibilità per gli stessi di offrire servizi che, invece, sono indispensabili per la fruizione di contenuti nella rete. Contestualmente, si cerca di bilanciare tale esigenza con la “libertà di manifestazione del pensiero, la cd. riservatezza informatica del soggetto che immette contenuti in rete, l'indipendenza degli intermediari, i diritti personalissimi dei soggetti i cui dati vengono diffusi”. La disciplina di cui all'art. 16, comma 1, del d.lg. n. 70 del 2003 sintetizza normativamente tale obiettivo limitando la responsabilità

dell'host provider "passivo" ai soli casi in cui ci si attende da questo che si attivi al fine di rimuovere o di rendere non accessibili contenuti illegittimamente resi fruibili da parte degli utenti.

L'attenzione della Corte di cassazione, quindi, si sposta sulla sussistenza nel caso di specie di una effettiva conoscenza da parte dei Yahoo Italia S.p.a. del fatto che i contenuti oggetto del giudizio fossero stati illegittimamente resi disponibili a terzi in violazione dei diritti di esclusiva vantati da RTI. In questo senso, il concreto accertamento di tale consapevolezza avrebbe dovuto indurre l'host provider ad attivarsi rendendo colpevole, in caso di inerzia, l'eventuale omissione e generando, per tal via, una responsabilità dello stesso in concorso con gli utenti che materialmente hanno reso disponibile il materiale coperto da *copyright*. Sotto questo profilo, la Corte ritiene che la verifica circa l'avvenuta conoscenza possa derivare dalla presenza di qualunque tipologia di comunicazione che renda edotto il destinatario della stessa – nella fattispecie oggetto di giudizio Yahoo Italia S.p.a. – dell'illecito caricamento da parte di terzi di contenuti riservati. Specifica la Corte che tale dovere di attivarsi per la rimozione dei contenuti illegittimamente caricati da parte degli utenti non è assolutamente in contrasto con l'insussistenza di un generale obbligo di sorveglianza stabilito dall'art. 17 del d.lg. n. 70 del 2003. A seguito della comunicazione effettuata dal soggetto leso dall'illegittimo utilizzo di contenuti, infatti, si circoscrive l'obbligo di attivarsi solo ad alcuni specifici contenuti che, quindi, possono essere oggetto di controllo ed eliminazione.

Non sfugge alla Corte, sotto tale profilo, il rischio che una tale interpretazione possa di fatto onerare l'host provider "passivo" di un obbligo valutativo che renderebbe lo stesso un vero e proprio "arbitro" nello stabilire l'illiceità della condotta degli utenti che abbiano caricato i contenuti nella rete. In effetti l'host provider, a seguito della comunicazione del soggetto che ritiene lesi i propri diritti, dovrebbe verificare la fondatezza delle pretese del soggetto leso ed eliminare i contenuti solo ove gli stessi siano effettivamente utilizzati in maniera illegittima. Ciò impone all'host provider un onere di valutazione e di prendere una decisione che, a seconda dei casi, potrebbe ledere tanto la libertà di espressione e di informazione degli utenti, quanto il diritto di esclusiva del titolare del *copyright*. Sul punto la Cassazione da un lato afferma che tale valutazione debba essere svolta "secondo criteri di comune esperienza, alla stregua della diligenza professionale tipicamente dovuta" e che, dall'altro, la stessa disposizione limita l'obbligo di attivarsi da parte dell'host provider alle sole ipotesi in cui la violazione sia "manifesta". Sulla scorta di tale specificazione, argomenta la Corte, la responsabilità dell'host provider "passivo" deve essere circoscritta alle sole ipotesi di dolo o colpa grave: "se l'illiceità deve essere "manifesta", vuol dire che sarebbe possibile riscontrarla senza particolare difficoltà, alla stregua dell'esperienza e della conoscenza

tipiche dell'operatore del settore e della diligenza professionale da lui esigibile, così che non averlo fatto integra almeno una grave negligenza dello stesso".

Proprio appoggiandosi su tali considerazioni, la Corte di Cassazione accoglie il ricorso ritenendo la sentenza impugnata carente sotto il profilo della verifica della sussistenza dei presupposti che avrebbero dovuto indurre Yahoo Italia S.p.a., a seguito della diffida effettuata da RTI nei suoi confronti, ad attivarsi al fine di rimuovere o rendere non fruibili i contenuti segnalati. Lascia trasparire la Corte che la mancata indicazione degli URL non è di per sé preclusiva all'individuazione dei contenuti da rimuovere se gli stessi risultano comunque identificabili e se risulti desumibile dalla stessa una illiceità manifesta dei contenuti oggetto di segnalazione. Si tratta, però, di considerazioni che attengono al merito della controversia e, quindi, devono essere verificate dai giudici di merito. Proprio sulla scorta di tali considerazioni, La Corte di Cassazione cassa con rinvio alla Corte d'Appello di Milano in diversa composizione perché la stessa verifichi se la diffida effettuata da RTI era tale da permettere a Yahoo Italia S.p.a. di individuare i contenuti oggetto di contestazione e di verificare la loro manifesta illiceità.

3. COMMENTO ALLA SENTENZA

Non vi è alcun dubbio sul fatto che il progresso tecnologico abbia posto nuove sfide per il giurista⁶. Le ragioni sono molteplici e note, ma va senza dubbio segnalato che proprio per tale materia sia particolarmente evidente il limite posto dalla "territorialità" del diritto. Il web è privo di frontiere geografiche e, quindi, richiede norme il più possibili uniformi e tali da assicurare una disciplina comune⁷. Proprio al fine di permettere uno sviluppo uniforme della rete al livello europeo, l'Unione europea si è dotata fin dal 2000 di una disciplina comunitaria. Si tratta della già menzionata direttiva CE/31/2000 relativa a "taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione"⁸ che pone le prime basi normative, poi ovviamente successivamente riprese ed ampliate da successivi interventi europei di maggior dettaglio, per una regolamentazione uniforme del web⁹. Come detto, sul piano nazionale la suddetta direttiva è stata recepita con il d.lg. n. 70 del 2003¹⁰ che tenta di bilanciare i distinti interessi in gioco. L'am-

6 Già, M. BESSONE, *Economia e commercio elettronico. Quale diritto per i tempi di internet?*, in *Dir. inf.*, 2002, p. 43 ss.

7 V., N. IRTI, *Le domande del giurista e le risposte del filosofo (un dialogo su diritto e tecnica)*, in *Contr. impr.*, 2000, p. 668 ss.

8 Per i primi commenti, F. SANAZANA DI SANT'IPPOLITO, *Approvata la direttiva sul commercio elettronico*, n. 2000/31/CE, in *Corr. giur.*, 2000, p. 1275 ss.; P. LEONANI, *La direttiva UE sul commercio elettronico: cenni introduttivi*, in *Eur. dir. priv.*, 2000, p. 617 ss.; V. ZENO ZENCOVICH, *La tutela del consumatore nel commercio elettronico*, in *Dir. inf.*, 2000, p. 447 ss.

9 Riflettono sulla necessaria transnazionalità del diritto di internet, L. RUGGERI, *Mercato telematico e autonomia privata un nuovo ruolo per la lex mercatoria*, in *Rass. dir. civ.*, 2002, p. 303 ss.; C. ROSSELLO, *La governance di internet tra diritto statale, autodisciplina, soft law e lex mercatoria*, in *Dir. comm. int.*, 2006, p. 45 ss.

10 Su cui, V. ZENO ZENCOVICH, *Note critiche sulla nuova disciplina del commercio elettronico dettata dal d.lgs. n. 70/03*, in *Dir. inf.*, 2003, p. 505 ss.; E.M. TRIPODI, *Alcuni interrogativi sul d.lgs. n. 70 del 2003 di recepimento della direttiva sul commercio elettronico*, in *Corr. giur.*, 2004, p. 829 ss.

pia diffusione dell'utilizzo del web¹¹, infatti, determina la necessità di interventi equilibrati che risecano a proteggere gli utenti del web, i titolari di diritti di proprietà intellettuale o industriale sui beni e materiali distribuiti o diffusi tramite internet e, tutto ciò, cercando di non responsabilizzare eccessivamente gli Internet service provider¹² che, altrimenti, sarebbero fortemente disincentivati ad offrire in maniera generale e tendenzialmente gratuita i propri servizi che sono, però, necessari alla fruizione del web¹³.

Proprio tenendo in considerazione tali peculiarità si devono quindi analizzare le disposizioni che disciplinano la responsabilità dell'Internet service provider in caso di violazione tramite internet di diritti di proprietà intellettuale ed industriale¹⁴. La sentenza, sotto questo profilo, appare sicuramente equilibrata poiché da un lato non esonera in senso assoluto gli Internet service provider ma, a seconda della tipologia di attività che svolgono, modula la loro responsabilità che è particolarmente onerosa nei casi in cui il provider assuma un ruolo attivo e che, invece, lo è meno nel caso in cui il provider assuma un ruolo passivo¹⁵.

Assume quindi centralità la distinzione fatta da parte della Corte di cassazione – e che non sembra oggi possa mettere in discussione - circa la natura passiva o attiva del servizio di hosting da parte dell'internet service provider. Se già la giurisprudenza europea aveva più volte ribadito la necessaria distinzione dei ruoli svolti da parte del provider¹⁶, tale distinzione era già stata valorizzata anche dalla giurisprudenza nazionale che in più di una occasione aveva ribadito che le limitazioni di responsabilità alle quali si è fatto sopra cenno, e sulle quali si tornerà diffusamente a breve, potessero applicarsi esclusivamente all'host provider che non interferisse con i materiali oggetto di pubblicazione¹⁷.

11 Diffusamente, sul punto, M. MORELLI, *Il commercio elettronico. Scenari prospettive e tecniche per vendere in rete*, Milano, 2000, p. 6 ss.

12 Sulla cui definizione, v. F. DE MAGISTRIS, *La direttiva europea sul commercio elettronico*, in G. ROGNETTA (a cura di), *Informatica giuridica*, Napoli, 2001, p. 173 ss.; A. PIERUCCI, *La responsabilità del provider per i contenuti illeciti della rete*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2003, p. 158 ss.

13 P. SANDULLI, *Analisi delle normative a tutela dell'impresa e del consumatore in materia di commercio elettronico*, in *Giust. civ.*, 2000, p. 243 ss.; L. NIVARRA, *La responsabilità degli intermediari*, in *Aida*, 2007, p. 307 ss.; M.L. MONTAGNANI, *Primi orientamenti in materia di responsabilità dei fornitori di servizi cloud per violazione del diritto d'autore in rete*, in *Riv. dir. ind.*, 2014, 178 ss.

14 Per una prima ricostruzione della problematica, L. NIVARRA, *Profili giurisdizionali della tutela del diritto d'autore*, in L. NIVARRA e V. RICCIUTO (a cura di), *Internet e diritto privato. Persona e proprietà intellettuale nelle reti telematiche*, Torino, 2002, p. 139 ss.; P. AUTIERI, *Iperprotezione dei diritti di proprietà intellettuale*, in *Aida*, 2007, p. 155 ss.; M. LIBERTINI, *Contraffazione e pirateria*, *ibidem*, p. 208 ss.; C. GALLI, *I marchi nella prospettiva del diritto comunitario: dal diritto dei segni distintivi al diritto della comunicazione di impresa*, *ibidem*, p. 250.

15 G. CASSANO, *La Cassazione civile si pronuncia sulla responsabilità dell'internet service provider*, in *Dir. ind.*, 2019, p. 353 ss.

16 V. supra.

17 Trib. Milano 12 aprile 2010, in *Dir. inf.*, 2010, p. 474 ss.; Trib. Milano 20 gennaio 2011, in *Dir. ind.*, 2012, p. 243 ss.; Trib. Milano 7 giugno 2011, in *www.medialaws.eu*; Trib. Milano 9 settembre 2011, *ivi*; Trib. Milano 25 maggio 2013, in *Resp. civ. prev.*, 2013, p. 1997; Trib. Roma 27 aprile 2016, in *Dir. ind.*, 2016, p. 460; Trib. Roma 10 gennaio 2019, in *Dir. ind.*, 2019, 4, p. 387.

Nonostante la chiara presa di posizione della giurisprudenza europea ed italiana sul punto, però, si registrava la necessità di sintetizzare gli elementi ricorrendo i quali un host provider potesse essere qualificato come “attivo”. La sentenza della Corte si dimostra, sotto tale profilo, estremamente utile poiché individua tali elementi, indicativi e non esaustivi, nell’indicizzare, catalogare, aggregare, modificare e promuovere attivamente i contenuti ospitati sulla piattaforma. Si tratta di una valutazione di merito che, quindi, risulterebbe preclusa al giudice di ultimo grado ma che lascia desumere che solo in assenza di qualunque manipolazione svolta da parte dell’host provider circa i contenuti ospitati, lo stesso possa essere qualificato come host provider “passivo”. Va infatti segnalato come da parte di una dottrina minoritaria si sia sollevato più di un dubbio circa l’utilità di distinguere gli Internet service provider in funzione del loro coinvolgimento nella manipolazione dei dati. La critica a tale distinzione si fondava proprio sulla impossibilità di individuare con certezza il discrimine fra host provider attivo ed host provider passivo¹⁸. Alla luce della sentenza in commento, però, sembra che tali dubbi possano essere superati grazie ad una elaborazione giurisprudenziale che, in via di consolidamento, chiarisce i tratti essenziali della vicenda permettendo, in primo luogo, agli stessi provider di individuare *ex ante* il ruolo che stanno svolgendo e, quindi, il regime di responsabilità al quale sono assoggettati.

Tornando alla vicenda oggetto di giudizio, proprio facendo leva sulle considerazioni sopra riportate, la Corte di cassazione ricostruisce la responsabilità dell’host provider quale responsabilità per colpa volendo con ciò sottolineare la necessità della presenza di un elemento soggettivo che renda in qualche modo rimproverabile la condotta del provider¹⁹. Tale scelta si dimostra del tutto in linea con l’impostazione del diritto europeo in relazione al quale già i primi commentatori avevano segnalato l’attenzione verso la necessità di verificare la condotta tenuta da parte dell’host provider al fine di verificarne la responsabilità²⁰.

È evidente che tale profilo soggettivo della responsabilità deve essere calibrato sulla scorta delle condotte che l’ordinamento impone di tenere al host provider passivo al quale, come sopra accennato, non viene assegnato il compito

18 V., da ult., sul punto, A. COLARUOTOLO, Facebook e Hyperlinking illecito degli utenti. L’inerzia ingiustificata del prestatore dei servizi è fonte di responsabilità civile e risarcitoria, in *Riv. dir. ind.*, 2019, p. 308 ss.

19 V., M. GAMBINI, La responsabilità dell’Internet service provider approda al vaglio della Cassazione, in *Corr. giur.* 2020, p. 177 ss.

20 G. PONZANELLI, Verso un diritto uniforme per la responsabilità degli Internet Service Providers, in *Danno e resp.*, 2002, p. 10; V. ZENO ZENCOVICH, Profili attivi e passivi della responsabilità dell’utente in Internet, in A. PALAZZO e U. RUFFOLO (a cura di), *La tutela del navigatore in Internet*, Milano, 2002, p. 140 e p. 195 ss.; G.M. RICCIO, La responsabilità civile degli Internet providers, Torino, 2002, p. 57; Id., *La responsabilità civile degli Internet Providers alla luce della direttiva n. 2000/31/CE*, in S. SICA e P. STANZIONE (a cura di), *Commercio elettronico e categorie civilistiche*, Milano, 2002, p. 391; G. GIACOBBE, La responsabilità civile per l’uso di Internet, in V. RICCIUTO e N. ZORZI (a cura di), *Il contratto telematico*, in *Tratt. dir. comm. dir. pubbl. econ.* diretto da F. Galgano, XX, Padova, 2002, p. 222; F. SIGNORELLI, Profili di responsabilità del provider nell’e-commerce, in V. FRANCESCHELLI (a cura di), *Commercio elettronico*, Milano, 2001, p. 570 ss.; M. ASTONE, La responsabilità del prestatore di servizi della società di informazione nella direttiva 2000/31/CE, in *Europa dir. priv.*, 2002, p. 446; A. PIAZZA, La responsabilità civile dell’Internet Provider, in *Contr. e impr.*, 2004, p. 147 ss.

di vigilare costantemente su tutti i contenuti che transitano sulla piattaforma ma, ai sensi dell'art. 16, comma 1 lett. a del d.lg. n. 70 del 2003, gli si attribuisce una responsabilità civile ove sia effettivamente a conoscenza del fatto che l'attività o l'informazione è illecita e, per quanto attiene ad azioni risarcitorie, sia al corrente di fatti o di circostanze che rendono manifesta l'illiceità dell'attività o dell'informazione²¹.

Si tratta, quindi, di una responsabilità colposa per fatto proprio che, inevitabilmente, concorre con la responsabilità dell'utente che, rendendo disponibili i contenuti coperti da copyright, ha materialmente permesso la violazione dei diritti di proprietà intellettuale o industriale²².

La norma, però, si presta a non poche difficoltà interpretative derivanti da una non perfetta trasposizione in Italia delle disposizioni contenute nella direttiva sul commercio elettronico sulle quali, però, la Cassazione contribuisce a porre chiarezza. L'art. 16 del d.lg. n. 70 del 2003, infatti, stabilisce l'irresponsabilità del provider nel caso in cui: "a) non sia effettivamente a conoscenza del fatto che l'attività o l'informazione è illecita e, per quanto attiene ad azioni risarcitorie, non sia al corrente di fatti o di circostanze che rendono manifesta l'illiceità dell'attività o dell'informazione; b) non appena a conoscenza di tali fatti, su comunicazione delle autorità competenti, agisca immediatamente per rimuovere le informazioni o per disabilitarne l'accesso".

Mentre l'art. 16, comma 1, lett. a del d.lg. n. 70 del 2003²³ riproduce testualmente l'art. 14, comma 1, lett. a della direttiva 2000/35/CE, non altrettanto può dirsi della successiva lettera b. La normativa europea, infatti, all'art. 14, comma 1, lett. b non prevede che l'obbligo di rimozione derivi solo dalla presenza di un provvedimento giudiziario che accerti l'illecito, ma afferma che lo stesso sussista sempre quale diretta conseguenza della conoscenza da parte dell'host provider dell'illiceità dei fatti²⁴.

L'interpretazione si fa ancor più complessa in Italia poiché, contestualmente, il comma 3 del successivo art. 17 del d.lg. n. 70/2003 afferma che: "Il prestatore è civilmente responsabile del contenuto di tali servizi nel caso in cui, richiesto dall'autorità giudiziaria o amministrativa avente funzioni di vigilanza, non ha agito prontamente per impedire l'accesso a detto contenuto, ovvero se,

21 Cfr., sul punto, R. BOCCHINI, *La responsabilità civile degli intermediari del commercio elettronico. Contributo allo studio dell'illecito plurisoggettivo permanente*, Napoli, 2003, p. 13 ss.; F. DI CIOMMO, *La responsabilità civile in Internet: prove di governo dell'anarchia tecnocratica*, in *Resp. civ.*, 2006, p. 562 ss.; L. BUGIOLACCHI, *La responsabilità dell'host provider alla luce del d.lgs. n. 70/2003: esgesi di una disciplina "dimezzata"*, in *Resp. civ. prev.*, 2005, p. 193.

22 M. GAMBINI, *La responsabilità dell'internet service provider approda al vaglio della Cassazione*, cit., p. 179.

23 Sull'interpretazione di tale disposizione, v. le considerazioni di L. MANNA, *La disciplina del commercio elettronico*, Padova, 2005, p. 202.

24 C. MENICHINO, *Art. 16*, in V. CUFFARO (a cura di), *Codice del consumo*, 3ª ed., Milano, 2012, p. 1270.

avendo avuto conoscenza del carattere illecito o pregiudizievole per un terzo del contenuto di un servizio al quale assicura l'accesso, non ha provveduto ad informarne l'autorità competente". Dal combinato disposto di tali articoli, infatti, si ricaverebbe la conclusione per cui uno specifico obbligo di rimozione e di impedire a terzi l'accesso ai contenuti deriverebbe solo da una pronuncia dell'autorità competente mentre, nel caso di conoscenza del carattere illecito o pregiudizievole per i terzi dell'attività svolta sui propri server, scatterebbe solo l'obbligo di informare l'autorità competente.

Su tale profilo si riscontra, con tutta probabilità, l'aspetto di maggior rilievo della sentenza che si annota la quale prende posizione su un punto al centro di un ampio dibattito²⁵ e di soluzioni giurisprudenziali di merito di segno totalmente opposto. Una parte della giurisprudenza, infatti, aveva evidenziato la necessità di rimanere aderenti al dato normativo e, dunque, di far discendere l'onere di rimozione dei contenuti illeciti in capo all'host provider solo nelle circostanze in cui fosse risultato accertato da parte dell'autorità competente la commissione di un illecito²⁶. Militavano a favore di tale impostazione ragioni connesse al ruolo che svolgono i professionisti che erogano un servizio di hosting i quali non possono ergersi ad arbitri del web scegliendo, sulla scorta delle proprie opinioni, se dare prevalenza nel caso di specie alla libertà di espressione degli utenti o alle richieste di chi ritiene lesi i propri diritti dall'esercizio della medesima libertà.

Di segno diametralmente opposto erano, però, tutte quelle pronunce che, maggiormente inclini a proporre una lettura in chiave comunitaria delle disposizioni nazionali e tentando di salvaguardare in maniera più immediata e diretta gli interessi di eventuali soggetti lesi dalle condotte degli utenti, hanno invece ritenuto sufficiente a far sorgere l'obbligo di rimozione dei contenuti controversi l'invio al provider di mere segnalazioni ed intimazioni – anche stragiudiziali – da parte dei soggetti che si ritenevano lesi nei propri diritti²⁷.

Come sopra ricordato, la Corte di Cassazione propende proprio per tale ultimo orientamento che, quindi, dovrebbe iniziare ad essere seguito dalla magistratura di merito con maggiore assiduità. La stessa dottrina, peraltro, aveva avuto modo di sottolineare la necessità che in via interpretativa si giungesse ad una

25 F. CASAROSA, Wikipedia: *esonero dalla responsabilità in caso di immediata rimozione dei materiali illeciti*, in *Danno e resp.*, 2009, p. 149; L. BUGIOLACCHI, *(Dis)orientamenti giurisprudenziali in tema di responsabilità degli Internet provider (ovvero del difficile rapporto tra assenza di obblighi di controllo e conoscenza dell'illecito)*, in *Resp. civ. prev.*, 2010, p. 1571.

26 Trib. Milano 16 luglio 2007, in *Dir. internet*, 2008, 134; Trib. Roma 14 aprile 2010, in *Riv. dir. ind.*, 2010, p. 252 ss., con nota di D. MULA, *La responsabilità e gli obblighi degli Internet provider per violazione del diritto d'autore*, Trib. Firenze 25 maggio 2012, in *Dir. inf.*, 2012, p. 1210; Trib. Roma 1° febbraio 2019, in *Foro it.*, 2019 I, c. 2066,

27 Trib. Bari 13 giugno 2006, in *Dir. internet*, 2006, p. 563, con nota critica di L. Trucco, *Pubblicazione d'immagini personali in rete e responsabilità del provider*, Trib. Roma 16 dicembre 2009, in *AIDA*, Milano, 2010, p. 1372; Trib. Roma 11 febbraio 2010, in *Dir. inf.*, 2010, p. 273 ss.; Trib. Roma 20 ottobre 2011, in *Rep. Foro it.*, 2013, voce Comunicazioni e telefono, n. 73; Trib. Napoli Nord 3 novembre 2016, in *Giur. it.*, 2017, p. 629.

lettura delle disposizioni nazionali maggiormente in linea sia con la direttiva²⁸ e, di conseguenza, con le disposizioni di recepimento degli altri Stati membri.

Si tratta, peraltro, di una apertura estremamente ampia da parte della Corte di Cassazione che afferma che la comunicazione con la quale il soggetto che assume di essere stato leso nei propri diritti avvisa il provider della violazione, possa essere effettuata con qualunque mezzo. È evidente, però, che spetterà comunque a colui che effettua la comunicazione l'onere di provare eventualmente in giudizio che la notizia dell'illecito sia effettivamente giunta al provider ed il contenuto della stessa.

Tale posizione, che sicuramente si dimostra particolarmente incline a facilitare l'emersione e la rimozione di contenuti illeciti presenti nel web e a tutelare in maniera più rapida ed immediata gli interessi dei terzi, apre però le porte ad una spinosa problematica relativa al ruolo che i provider assumono all'interno della rete. Se tale accertamento in presenza di un atto di una autorità competente che sancisca l'illiceità nella diffusione di determinati contenuti viene svolto da un soggetto terzo munito dei relativi poteri inquirenti e giudicanti, in presenza di mere segnalazioni sarà lo stesso provider a dover "giudicare" se la segnalazione sia effettivamente fondata o meno²⁹.

Ben inteso che la Corte di Cassazione non ignora il problema ma lo ritiene mitigato facendo leva su due distinti profili connessi entrambi al dato testuale emergente dall'art. 16, comma 1, lett. a del d.lg. 70 del 2003 che esonera il provider da responsabilità a meno che lo stesso sia al corrente di fatti o di circostanze "che rendono manifesta l'illiceità dell'attività o dell'informazione".

Il primo e più complesso aspetto che aiuta a mitigare tale apparente discrezionalità lasciata all'host provider nel giudicare la liceità o meno dei materiali diffusi dagli utenti di internet, risiede nel contenuto dell'intimazione che il titolare di diritti asseritamente lesi deve inviare. Anche qui il problema sorge dal fatto che la stessa disciplina comunitaria – che, come detto, apre in maniera molto più decisa rispetto a quella nazionale alla possibilità che la notizia dell'illecito provenga direttamente dal soggetto leso –, non individua una disciplina di dettaglio contenente degli standard che il soggetto leso è invitato a rispettare affinché la notifica produca una effettiva conoscenza³⁰.

28 O. TROIANO, *L'impresa di content, host e access providing*, in *AIDA*, 2007, p. 367 ss.

29 Cfr., in dottrina, S. RODOTÀ, *Libertà, opportunità, democrazia e informazione*, in AA.VV., *Atti del convegno "Internet e privacy: quali regole"*, Roma, 1998, p. 15; F. DI CIOMMO, *Internet, diritti della personalità e responsabilità aquiliana del provider*, in *Danno e resp.*, 1999, p. 756; M. GAMBINI, *Le responsabilità dell'Internet service provider*, Napoli, 2006; Id., *La responsabilità civile telematica*, in C. PERLINGIERI e L. RUGGERI (a cura di), *Internet e diritto civile*, Napoli, 2015, p. 317; F. VECCHIO, *Libertà di espressione e diritto all'onore in Internet secondo la sentenza Delfi as contro Estonia della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Dir. inf.*, 2014, p. 55 ss.

30 Evidenzia tale carenza E. TOSI, *Contrasti giurisprudenziali in materia di responsabilità civile degli hosting provider - passivi e attivi - tra tipizzazione normativa e interpretazione evolutiva applicata alle nuove figure soggettive dei motori di ricerca, social network e*

Questa *notice*, infatti, pur potendo assumere qualunque forma deve però essere, dal punto di vista contenutistico, sufficientemente completa e dettagliata da far emergere la “manifesta illiceità dell’attività e dell’informazione”. La stessa, quindi, dovrà contenere sia la corretta e specifica indicazione dei contenuti illeciti, sia rendere palese le ragioni che inducono a ritenerli tali.

Il problema è però solo in parte risolto dal momento che rimane ancora incerto il grado di dettaglio richiesto affinché la notizia dell’illecito utilizzo di contenuti nel web possa generare un grado di conoscenza tale da imporre al provider di intervenire. Sul punto, infatti, vanno segnalati diversi orientamenti. Il primo e più rigido orientamento giurisprudenziale richiedeva che la diffida indicasse con precisione gli URL (Uniform Resource Locator) corrispondenti ai contenuti illegittimi. Solo l’indicazione di tali codici permetterebbe infatti al provider di individuare con precisione gli eventuali contenuti da rimuovere o da rendere inaccessibili³¹. A tale orientamento, si contrappone quello meno restrittivo che, al contrario, ritiene superflua l’indicazione dell’URL risultando sufficiente solo ed esclusivamente la menzione dei contenuti oggetto dell’illegittimo trattamento spettando poi al provider individuare in concreto gli stessi³².

A tali due orientamenti, che ovviamente si pongono agli antipodi uno rispetto all’altro, si aggiunge quello portato avanti dalla Corte di Cassazione nella sentenza qui in commento, che ritiene che il livello di specificità e di dettaglio della diffida debba essere apprezzato caso per caso e, cioè, verificando in concreto se la stessa presenti elementi tali da permettere al provider – a prescindere dalla indicazione o meno dei codici URL – una agevole identificazione dei contenuti da rimuovere o bloccare.

Tale posizione appare sicuramente equilibrata e particolarmente attenta alle immancabili peculiarità del caso concreto che rischierebbero di non essere sufficientemente valorizzate, in positivo o in negativo, ove si dovessero affermare impostazioni eccessivamente formalistiche. Ciò su cui la Corte di cassazione chiede ai giudici di soffermare l’attenzione è la verifica se, in concreto, la diffida inoltrata dal soggetto che si assume leso nei propri diritti di proprietà intellettuale o industriale permetta al provider di assumere la necessaria consapevolezza circa

aggregatori di contenuti, in *Riv. dir. ind.*, 2017, 1, p. 56 ss.

31 Trib. Torino, sez. I, 7 aprile 2017, n. 1928, in *Danno resp.*, 2018, p. 87, con nota di V. VOZZA, *La responsabilità civile degli internet service provider tra interpretazione giurisprudenziale e dettato normativo*; Trib. Torino ord, 5 maggio 2014, in *AIDA*, 2015, p. 1684; Corte d’Appello Milano, 7 gennaio 2015, in *AIDA*, 2015, p. 1684; Trib. Roma, sez. spec. impresa, ord., 16 giugno 2011, in *Dir. ind.*, 2012, 1, p. 75.

32 Corte d’Appello Roma, 29 aprile 2017, in *Dir. Ind.*, 2018, p. 2, p. 181 con nota di G. CASSANO, *Nozione di provider e delimitazione della responsabilità: la giurisprudenza prende una direzione*, Trib. Roma, sez. imprese, 27 aprile 2017, n. 8437, in *Dir. Ind.*, 2017, 5, p. 455, con nota di M. SIMONI, *La responsabilità degli hosting provider quali prestatori “tecnici, automatici e passivi” della società dell’informazione*.

quali siano i contenuti che si ritengono illegittimi e le ragioni che rendono l'utilizzo di quei contenuti "manifestamente" illegittimi.

Tutto ciò va ovviamente parametrato e misurato, in secondo luogo, alla luce delle osservazioni che la stessa Corte di cassazione fa in relazione alla particolare diligenza che si richiede all'Internet service provider nell'esecuzione della propria prestazione. È infatti lecito attendersi, secondo la Corte, che professionisti specializzati quali gli internet service provider si attivino prontamente per rimuovere o inibire la consultazione di materiali dei quali, proprio alla luce delle specifiche contestazioni risultanti dall'intimazione della parte lesa, abbia contezza della "manifesta" illiceità degli stessi contenuti³³.

Solo in presenza di tali elementi può quindi ritenersi sorto l'obbligo per l'host provider di attivarsi al fine di rimuovere o rendere non più fruibili i contenuti che sono oggetto di censura da parte del soggetto che vanta sugli stessi diritti di proprietà intellettuale o industriale.

4. CONCLUSIONI

Volendo trarre qualche breve conclusione dalle osservazioni sopra fatte, sembra di poter affermare che la giurisprudenza italiana, nonostante dati normativi non del tutto chiari, stia delineando con sempre maggior dettaglio l'interpretazione da dare alle disposizioni che regolano la responsabilità civile dell'host provider. La sentenza della Cassazione che brevemente viene qui commentata, si colloca proprio in tale filone evolutivo ed aiuta in maniera determinante sia la dottrina che la giurisprudenza a chiarire profili normativi rimasti ancora incerti.

Se per quanto riguarda la distinzione fra host provider attivo e passivo la Cassazione di fatto aderisce, riaffermandolo, al filone dominante nella giurisprudenza di merito che tende a distinguere il ruolo svolto dall'host provider nell'uno e nell'altro caso, propone però decise indicazioni al fine di delineare tale discriminazione che, come segnalato, ha pesanti ricadute in relazione al regime di responsabilità applicabile.

Allo stesso modo, la sentenza della Cassazione contribuisce a dare chiarezza interpretativa ad un punto estremamente controverso della disciplina dettata dal d.lg. n. 70 del 2003. Il riferimento è alla necessità o meno che l'illiceità della diffusione di materiali o di informazioni da parte degli utenti di internet venga accertata giudizialmente. Anche sul punto la Cassazione fornisce oggi chiare indicazioni nel senso di ritenere sufficiente una segnalazione da parte del soggetto leso per lasciare, poi, all'host provider l'obbligo di verificare la fondatezza delle

33 Indicazioni concordanti in tal senso, in Corte di giustizia UE, 12 luglio 2011, C-324/09 cit.

doglianze del soggetto che ha effettuato la segnalazione. Oltre ad essere in linea con quanto dispone la direttiva 2000/31/CE, la posizione assunta dalla Cassazione appare di sicuro equilibrio non essendo ragionevole subordinare l'obbligo di rimozione di contenuti illecitamente resi disponibili ad un accertamento giudiziale che interverrebbe, con tutta probabilità, in un momento in cui lo stesso soggetto leso avrà perso ogni interesse alla rimozione di un contenuto che per anni è circolato liberamente.

Ed ancor più equilibrata appare tale soluzione alla luce delle considerazioni, da leggere chiaramente in diretta connessione con quanto detto sopra, che la Cassazione fa in relazione al contenuto della diffida inoltrata da parte del soggetto che ritiene di essere stato leso nei propri diritti di proprietà industriale o intellettuale. Se è vero che sussiste un obbligo di rimozione di tali contenuti già dal momento in cui intervenga una segnalazione stragiudiziale, è altrettanto vero che l'host provider sarà responsabile della mancata rimozione solo se i contenuti da rimuovere siano correttamente indicati e l'illiceità dei contenuti sia "manifestata". Tutto ciò deve risultare dalla diffida stragiudiziale inviata dal soggetto che si ritiene danneggiato in modo da permettere all'host provider di verificare l'opportunità o meno di rimuovere i contenuti.

Si tratta, quindi, di una pronuncia sicuramente rilevante che rende più agevole l'emersione di eventuali illegittimi utilizzi della rete da parte degli utenti e, quindi, tende ad evitare che i diritti di proprietà intellettuale ed industriale vengano compressi eccessivamente. Nonostante per certi aspetti ampli la responsabilità dell'host provider passivo, la sentenza della Cassazione ha ripercussioni positive anche nei confronti degli Internet service provider. Per tali soggetti, infatti, è importantissimo sapere quali sono i presupposti ed i limiti della loro responsabilità in modo da tenere condotte che li pongano al sicuro da eventuali azioni risarcitorie.

BIBLIOGRAFIA

ASTONE M., *La responsabilità del prestatore di servizi della società di informazione nella direttiva 2000/31/CE*, in *Europa dir. priv.*, 2002, p. 446.

AUTIERI P., *Iperprotezione dei diritti di proprietà intellettuale*, in *Aida*, 2007, p. 155 ss.;

BESSONE M., *Economia e commercio elettronico. Quale diritto per i tempi di internet?*, in *Dir. inf.*, 2002, p. 43 ss.

BOCCHINI R., *La responsabilità civile degli intermediari del commercio elettronico. Contributo allo studio dell'illecito plurisoggettivo permanente*, Napoli, 2003, p. 13 ss.

BUGIOLACCHI L., *(Dis)orientamenti giurisprudenziali in tema di responsabilità degli Internet provider (ovvero del difficile rapporto tra assenza di obblighi di controllo e conoscenza dell'illecito)*, in *Resp. civ. prev.*, 2010, p. 1571.

BUGIOLACCHI L., *La responsabilità dell'host provider alla luce del d.lgs. n. 70/2003: esegesi di una disciplina "dimezzata"*, in *Resp. civ. prev.*, 2005, p. 193.

CASAROSA F., *Wikipedia: esonero dalla responsabilità in caso di immediata rimozione dei materiali illeciti*, in *Danno e resp.*, 2009, p. 149

- CASSANO G., *La Cassazione civile si pronuncia sulla responsabilità dell'internet service provider*, in *Dir. ind.*, 2019, p. 353 ss.
- CASSANO G., *Nozione di provider e delimitazione della responsabilità: la giurisprudenza prende una direzione*, in *Dir. Ind.*, 2018, p. 2.
- COLARUOTOLO A., *Facebook e Hyperlinking illecito degli utenti. L'inerzia ingiustificata del prestatore dei servizi è fonte di responsabilità civile e risarcitoria*, in *Riv. dir. ind.*, 2019, p. 308 ss.
- D'ARRIGO R., *La responsabilità degli intermediari nella nuova disciplina del commercio elettronico*, in *Danno resp.*, 2004, p. 249 ss.
- DE MAGISTRIS F., *La direttiva europea sul commercio elettronico*, in G. ROGNETTA (a cura di), *Informatica giuridica*, Napoli, 2001.
- DI CIOMMO F., *Internet, diritti della personalità e responsabilità aquiliana del provider*, in *Danno e resp.*, 1999, p. 756.
- DI CIOMMO F., *La responsabilità civile in Internet: prove di governo dell'anarchia tecnocratica*, in *Resp. civ.*, 2006, p. 562 ss.
- GALLI C., *I marchi nella prospettiva del diritto comunitario: dal diritto dei segni distintivi al diritto della comunicazione di impresa*, in *Aida*, 2007, p. 250.
- GAMBINI M., *La responsabilità civile telematica*, in C. PERLINGIERI e L. RUGGERI (a cura di), *Internet e diritto civile*, Napoli, 2015, p. 317.
- GAMBINI M., *La responsabilità dell'internet service provider approda al vaglio della Cassazione*, in *Corr. giur.* 2020, p. 177 ss.
- GAMBINI M., *Le responsabilità dell'Internet service provider*, Napoli, 2006.
- GIACOBBE G., *La responsabilità civile per l'uso di Internet*, in V. RICCIUTO e N. ZORZI (a cura di), *Il contratto telematico*, in *Tratt. dir. comm. dir. pubbl. econ.* diretto da F. Galgano, XX, Padova, 2002, p. 222.
- IRTI N., *Le domande del giurista e le risposte del filosofo (un dialogo su diritto e tecnica)*, in *Contr. impr.*, 2000, p. 668 ss.
- LEOCANI P., *La direttiva UE sul commercio elettronico: cenni introduttivi*, in *Eur. dir. priv.*, 2000, p. 617 ss.
- LIBERTINI M., *Contraffazione e pinateria*, in *Aida*, 2007, p. 208 ss.
- MANNA L., *La disciplina del commercio elettronico*, Padova, 2005.
- MARVASI C., *Onere di attivazione autonoma del "provider" se "al corrente" dell'illecito ed ammissibilità di un ordine inibitorio "pro futuro"*, in *Dir. ind.*, 2015, p. 467.
- MENICHINO C., *Art. 16*, in V. CUFFARO (a cura di), *Codice del consumo*, 3ª ed., Milano, 2012, p. 1270
- MONTAGNANI M.L., *Primi orientamenti in materia di responsabilità dei fornitori di servizi cloud per violazione del diritto d'autore in rete*, in *Riv. dir. ind.*, 2014, 178 ss.
- MORELLI M., *Il commercio elettronico. Scenari prospettive e tecniche per vendere in rete*, Milano, 2000.
- MULA D., *La responsabilità e gli obblighi degli Internet provider per violazione del diritto d'autore*, in *Riv. dir. ind.*, 2010, p. 252 ss.
- NIVARRA L., *La responsabilità degli intermediari*, in *Aida*, 2007, p. 307 ss.
- NIVARRA L., *Profili giurisdizionali della tutela del diritto d'autore*, in L. NIVARRA e V. RICCIUTO (a cura di), *Internet e diritto privato. Persona e proprietà intellettuale nelle reti telematiche*, Torino, 2002, p. 139 ss.
- PIAZZA A., *La responsabilità civile dell'Internet Provider*, in *Contr. e impr.*, 2004, p. 147 ss.
- PIERUCCI A., *La responsabilità del provider per i contenuti illeciti della rete*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2003, p. 158 ss.
- PONZANELLI G., *Verso un diritto uniforme per la responsabilità degli Internet Service Providers*, in *Danno e resp.*, 2002, p. 10.
- RICCIO G.M., *La responsabilità civile degli Internet Providers alla luce della direttiva n. 2000/31/CE*, in S. SICA e P. STANZIONE (a cura di), *Commercio elettronico e categorie civilistiche*, Milano, 2002, p. 391
- RICCIO G.M., *La responsabilità civile degli internet providers*, Torino, 2002.
- RODOTÀ S., *Libertà, opportunità, democrazia e informazione*, in AA.VV., *Atti del convegno "Internet e privacy:*

quali regole”, Roma, 1998, p. 15.

ROSSELLO C., *La governance di internet tra diritto statale, autodisciplina, soft law e lex mercatoria*, in *Dir. comm. int.*, 2006, p. 45 ss.

RUGGERI L., *Mercato telematico e autonomia privata un nuovo ruolo per la lex mercatoria*, in *Rass. dir. civ.*, 2002, p. 303 ss.

SANAZANA DI SANT’IPPOLITO F., *Approvata la direttiva sul commercio elettronico, n. 2000/31/CE*, in *Corr. giur.*, 2000, p. 1275 ss.

SANDULLI P., *Analisi delle normative a tutela dell’impresa e del consumatore in materia di commercio elettronico*, in *Giust. civ.*, 2000, p. 243 ss.

SIGNORELLI F., *Profili di responsabilità del provider nell’e-commerce*, in V. FRANCESCHELLI (a cura di), *Commercio elettronico*, Milano, 2001, p. 570 ss.

SIMONI M., *La responsabilità degli hosting provider quali prestatori “tecnici, automatici e passivi” della società dell’informazione*, in *Dir. Ind.*, 2017, 5, p. 455.

TOSI E., *Contrasti giurisprudenziali in materia di responsabilità civile degli hosting provider - passivi e attivi - tra tipizzazione normativa e interpretazione evolutiva applicata alle nuove figure soggettive dei motori di ricerca, social network e aggregatori di contenuti*, in *Riv. dir. ind.*, 2017, 1, p. 56 ss.

TRIPODI E.M., *Alcuni interrogativi sul d.lgs. n. 70 del 2003 di recepimento della direttiva sul commercio elettronico*, in *Corr. giur.*, 2004, p. 829 ss.

TROIANO O., *L’impresa di content, host e access providing*, in *AIDA*, 2007, p. 367 ss.

VECCHIO F., *Libertà di espressione e diritto all’onore in Internet secondo la sentenza Delfi as contro Estonia della Corte europea dei diritti dell’uomo*, in *Dir. inf.*, 2014, p. 55 ss.

VOZZA V., *La responsabilità civile degli internet service provider tra interpretazione giurisprudenziale e dettato normativo*, in *Danno resp.*, 2018, p. 87.

ZENO ZENCOVICH V., *La tutela del consumatore nel commercio elettronico*, in *Dir. inf.*, 2000, p. 447 ss.

ZENO ZENCOVICH V., *Note critiche sulla nuova disciplina del commercio elettronico dettata dal d.lgs. n. 70/03*, in *Dir. inf.*, 2003, p. 505 ss.

ZENO ZENCOVICH V., *Profili attivi e passivi della responsabilità dell’utente in Internet*, in A. PALAZZO e U. RUFFOLO (a cura di), *La tutela del navigatore in Internet*, Milano, 2002, 140 ss.

VIACOM INTERNATIONAL V. YOUTUBE - U.S. COURT OF APPEALS FOR THE SECOND CIRCUIT: ANÁLISE CRÍTICA

CRISTINA GODOY BERNARDO DE OLIVEIRA
RAFAEL MEIRA SILVA

1. INTRODUÇÃO

O caso envolvendo a Viacom e o YouTube destaca-se por diversos motivos, sendo que um deles é o valor da indenização pedida pela Viacom no montante de 1 bilhão de dólares (YOUTUBE, 2010, 07-2103). Apenas para se compreender a proporção do valor, o Google comprou o Youtube por 1.65 bilhões de dólares (SORKIN; PETERS, 2006), ou seja, o valor de aquisição foi aproximado ao da indenização solicitada.

Apenas em custas de preparo processual, o Google gastou mais de 100 milhões de dólares neste caso (SCHONFELD, 2010). O Congresso havia aprovado a Lei dos Direitos Autorais do Milênio Digital (*Digital Millennium Copyright Act* – DMCA) em 1998, ou seja, quase uma década antes do litígio entre a Viacom e o YouTube ocorrer. Dessa forma, não se esperava, no momento da promulgação da lei, uma mudança tecnológica tão rápida que faria com que um *website* encorajasse os usuários a compartilharem os seus vídeos e estes possuiriam mais visualizações do que grandes canais de televisão à cabo.

A DMCA surgiu em um contexto de pressão internacional, pois, em 1996, a Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI) (*World Intellectual Property Organization* – WIPO) aprovou dois importantes tratados: O Tratado da OMPI sobre Direito do Autor (WIPO Copyright Treaty - WCT) e o Tratado da OMPI sobre Prestações e Fonogramas (*WIPO Performances and Phonograms Treaty* – WPPT). Dessa maneira, para aderir ao sistema internacional de proteção dos direitos autorais (OMPI, 2017, p. 15), os Estados Unidos precisaram alterar a sua legislação sobre *copyright* para incluir as determinações do WCT e WPPT. Por conseguinte, neste contexto, a DMCA foi criada e promulgada em 1998, permitindo a adequação dos EUA no sistema internacional protetivo dos direitos autorais.

O caso *Viacom v. YouTube* foi apenas o início do surgimento de inúmeros conflitos envolvendo provedores de serviços. Atualmente, está sendo discutido o Projeto de Lei sobre Copyright Digital de 2021 (AUTHORS ALLIANCE,

2021), ou seja, mais de 20 anos após a entrada em vigor da DMCA, está ocorrendo o debate no Legislativo dos Estados Unidos para atualizar a lei acima mencionada.

Diante do exposto, ao apresentarmos os detalhes do caso e os argumentos dos julgadores, será possível notar que a DMCA não era uma lei adequada para enfrentar litígios como da *Viacom v. YouTube*. Assim, observar-se-á que a lei gera incertezas no plano jurídico e deixa os produtores de conteúdos, protegidos pelo *copyright*, vulneráveis diante dos provedores de serviços no mundo digital.

2. DESCRIÇÃO DO CASO

O Youtube surgiu em 2005 com o intuito de compartilhar os vídeos de um jantar de comemoração (KIM, 2007). Após 1 ano, o YouTube era responsável pela reprodução de 30 milhões de vídeos por dia (KIM, 2007), despertando o interesse do Google que comprou o YouTube em outubro de 2006. Para se compreender a magnitude deste provedor de serviços, em 2007, o YouTube utilizava o equivalente a toda a banda larga da Internet no ano de 2000 (KIM, 2007).

Diante do exposto, pode-se observar que as gravadoras de música e a indústria cinematográfica possuíam diversas preocupações quanto ao respeito dos direitos autorais de suas produções por parte do YouTube que crescia a uma velocidade elevada. Dessa maneira, é possível compreender o porquê da Viacom contratar o famoso advogado Theodore Olson (GARDNER, 2010) para assumir o processo a partir da apelação após a decisão favorável ao YouTube na primeira instância.

Além de se contratar o advogado, que se notabilizou nos casos *Bush v. Gore* e *Perry v. Schwarzenegger*, para protocolar a apelação em dezembro de 2010, é importante ressaltar que a Microsoft, a Motion Picture Association of America (MPAA), o DGA, o SAG, o Electronic Arts, o CBS e o International Intellectual Property Institute apresentaram documentos e explicações em apoio à Viacom como *amicus* (GARDNER, 2010).

Adicionalmente, a Federação Americana dos Músicos (*American Federation of Musicians*) manifestou-se após a decisão da primeira instância favorável ao YouTube, sendo que afirmou que o YouTube representa um dos maiores violadores dos direitos autorais, desenvolvendo um serviço voltado à violação do *copyright* em escala global, abrindo-se a caixa de Pandora que ameaçaria a indústria criativa dos EUA. (AMERICAN FEDERATION OF MUSICIANS, 2010, 10-3342).

Neste contexto, é relevante ressaltar que o YouTube é uma página da *web* que se baseia no recebimento e no armazenamento de vídeos produzidos pelos

usuários, sendo fácil ser realizado o *upload* do material, permitindo a popularização da plataforma *on-line* em tão curto espaço de tempo. Por conseguinte, os vídeos podem ser compartilhados com os amigos e podem ser inseridos em diversas páginas da *internet*, inclusive *blogs*, permitindo com que as pessoas possuam materiais escritos e vídeos explicativos sobre determinados temas.

Com o crescimento e com o sucesso do YouTube, a Viacom passou a acompanhar as atividades do YouTube, que se tornou uma potencial ameaça (HAS-SANABADI, 2011, p. 411), já que a empresa é detentora de diversos canais de TV e de estúdios de gravação cinematográfica (KIM, 2007, p. 139), como, por exemplo, a Paramount Pictures (atualmente, está oferecendo serviço de streaming (SHOARD, 2021), a MTV, Comedy Central e Nickelodeon. Diversos programas populares e famosos da Viacom, como *The Daily Show*, foram encontrados no YouTube e estavam entre os vídeos mais assistidos (KIM, 2007, p. 143), ou seja, a possibilidade de serem fornecidos estes conteúdos populares no portal da Viacom estava lhe sendo subtraída.

Conforme um acordo celebrado em 2006, o YouTube deveria dividir a receita obtida com o conteúdo da Viacom por meio da identificação do ID pelo sistema (KIM, 2007, p. 169). O desgaste ocorrido entre a Viacom e o YouTube, que gerou o início do processo judicial, foi a não aceitação do YouTube em pagar um valor mínimo de garantia (por volta de 1 bilhão de dólares) à Viacom (KIM, 2007, p. 143). Neste contexto, a Viacom enviou uma notificação chamada no direito norte-americano de *notice-and-takedown*, exigindo a remoção de milhares de clips que estavam hospedados no YouTube (ARRINGTON, 2010). A seguir, a Viacom protocolou uma ação de responsabilidade por ato de terceiro (*Vicarious Infringement*) pautada nas diversas violações aos direitos autorais de suas produções realizadas por usuários do YouTube.

2.1. DEFESA DA VIACOM

O argumento principal da defesa da Viacom apresentado foi de que é indiscutível a violação dos direitos autorais de milhares de vídeos que foram publicados no YouTube sem autorização (VIACOM, 2010, 07-2103). Além disso, ressaltou-se que o objetivo do YouTube é aumentar o número de usuários e de visualizações de seus vídeos diariamente, ocasionando o crescente aumento de sua receita, logo, não havia uma atuação séria no sentido de evitar as violações aos direitos autorais. Assim, o YouTube possui como único escopo, ou seja, o lucro crescente independentemente dos meios necessários (VIACOM, 2010, 07-2103).

A apresentação do argumento acima citado possui como finalidade afastar a *safe harbor provision* disciplinada no §512 (c)(1)(A) da DMCA, sendo que a Viacom buscou comprovar (SCHECTER; VANDELL, 2010) que:

1. O YouTube tinha o conhecimento geral dos fatos e circunstância das violações aos direitos autorais;
2. O YouTube tinha conhecimento específico das violações ocorridas;
3. O YouTube, propositalmente, visava a não detectar violações aos direitos autorais (*willful blindness*)

Antes de prosseguir, é necessário compreender o instituto da *safe harbor provision*, pois o debate principal gravitava em torno do disposto no §512(c) (1) da DMCA. O título II do DMCA (*Digital Millennium Copyright Act*) disciplina a matéria relativa à limitação da responsabilidade, sendo que a seção 512 estabelece os requisitos para a aplicação da *safe harbors* para os provedores de serviços *online*. Caso a conduta do provedor de serviço se adequar a todos os requisitos da *safe harbor provision*, a empresa não será responsável pela indenização material decorrente da violação dos direitos autorais (CORNELL, [s.t.]).

Diante do exposto, os requisitos para que a responsabilidade do provedor seja limitada em razão da *safe harbor provision* §512 (c)(1) são:

1. (i) Não possuir conhecimento real da infração decorrente do uso do material ou da atividade realizada no sistema do provedor de serviço. (ii) Na ausência do conhecimento real, o provedor de serviço não deve ser conhecedor de fatos e circunstâncias que aparentam se configurar como sendo prática de violações. (iii) Ao obter o conhecimento sobre a violação, o provedor de serviço busca remover ou desabilitar o acesso ao material;
2. O servidor não deve receber benefício financeiro direto em razão da infração, no caso em que o provedor de serviço possui o direito e a habilidade de controlar a atividade realizada;
3. Após a notificação quanto à infração, a resposta é rápida para remover ou desabilitar o acesso ao material que é indicado como violador da lei.

Adicionalmente, a *safe harbor provision* requer que os provedores de serviços não interfiram nas medidas técnicas empregadas pelos proprietários dos direitos autorais para detectarem violações e para protegerem os seus trabalhos. Além disso, os provedores de serviço devem adotar políticas razoáveis de encerramento de contas de usuários que violam os direitos autorais de forma recorrente. Por último, o provedor de serviço deve remover o material violador dos direitos autorais após a notificação do proprietário (*notice and takedown*).

Consequentemente, os provedores de serviço que cumpram as condições acima apresentadas, não deverão pagar indenização em razão das violações aos direitos autorais praticadas pelos usuários, ou seja, não haverá a responsabilidade da empresa por conduta de terceiro (WEINSTEIN, 2008, p. 587). E, esse é o

motivo da Viacom possuir como principal estratégia apresentar evidências que comprovem não se tratar de hipótese de aplicação da *safe harbor provision*.

Desse modo, as evidências apresentadas pela Viacom para sustentar as suas alegações foram:

<p>Evidência 1: Conhecimento geral das violações</p>	<ul style="list-style-type: none"> • E-mail de Setembro de 2005: discussão entre os fundadores do YouTube sobre a retirada de materiais que “obviamente violavam os direitos autorais” (VIACOM, 2010, JK00007416). • Troca de mensagens entre Steve Chen (co-fundador) e Maryrose Dunton (gerente de produto) em 2006. Em uma pesquisa, verificou-se que, provavelmente, 80% do conteúdo no YouTube possui violações dos direitos autorais (VIACOM, 2010, GOO001- 00507539). • Em 2007, o Credit Suisse estimou que apenas 10% das visualizações dos vídeos do conteúdo <i>premium</i> estavam autorizados a serem compartilhados no YouTube (VIACOM, 2010, CSSU 004071).
<p>Evidência 2: Conhecimento Específico das violações</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Em agosto de 2005, os fundadores do YouTube concordaram em manter o vídeo da CNN do ônibus espacial (VIACOM, 2010, 07-2103). • Em setembro de 2005, o cofundador, Jawed Karim, pediu aos seus empregados a manterem vídeos que violavam os direitos autorais, por exemplo, <i>Conan O'Brien</i> e <i>Jay Leno</i>(VIACOM, 2010, 07-2103). • Apresentação de diversas playlists com vídeos da Viacom que violavam os direitos autorais entre os empregados do YouTube. Um dos fundadores, Jawed Karim, compartilhou com seus amigos 7 vezes vídeos que violavam os direitos autorais (VIACOM, 2010, 07-2103).
<p>Evidência 3: Desconhecimento Proposital das Infrações (<i>willful blindness</i>)</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Uma função que permitia a indicação de vídeos violadores dos direitos autorais pelos usuários foi retirada pelo YouTube após um breve período de experiência (VIACOM, 2010, 07-2103). • Troca de e-mails entre Steven Chen e Jawed Karim demonstra que a funcionalidade de indicação de vídeos violadores dos direitos autorais era arriscada, pois havia muitos vídeos que violavam os direitos autorais, logo, era melhor não permitir a indicação pelos usuários (<i>red flag</i>) (VIACOM, 2010, 07-2103). • O benefício do uso do sistema de identificação de conteúdo (<i>Content ID system</i>) no momento em que há o <i>upload</i> do vídeo apenas favoreceu as empresas que assinaram um acordo com o YouTube. Como o acordo estabelecia a divisão das receitas decorrentes do conteúdo disponível no YouTube, a Viacom acusou o YouTube de “empresa de tecnologia de extorsão” (VIACOM, 2010, 07-2103). • A Viacom acusou o YouTube de não disponibilizar a tecnologia para os que não eram parceiros no acordo celebrado para a implementação do sistema de identificação do conteúdo. A tecnologia apenas foi fornecida à Viacom após maio de 2008. Assim o Youtube não disponibilizou a tecnologia para todos, logo, preferiu se “cegar” quanto às violações dos direitos autorais (VIACOM, 2010, 07-2103).

2.2. DEFESA DO YOUTUBE

O YouTube negou as alegações realizadas pela Viacom e buscou demonstrar que seguiu as determinações da DMCA. Além disso, o YouTube afirmou que o serviço prestado atingia os escopos da legislação (DMCA), pois ocasionava impactos culturais, políticos e sociais no mundo (VIACOM, 2010, 07-2103).

A ferramenta disponibilizada pelo YouTube permitia que a comunicação mudasse as suas características, era possível protestar contra autoritarismo, despontar novos artistas que não possuíam uma gravadora, realizar pronunciamentos políticos etc (VIACOM, 2010, 07-2103). Consequentemente, a finalidade da DMCA realizava-se com os serviços oferecidos pelo YouTube, pois são revolucionários e valiosos, adequando-se aos critérios necessários para aplicação da proteção do *safe harbor*.

Dessa maneira, conforme a defesa do YouTube, o aspecto central da *safe harbor provision* é o processo de notificação e de exclusão do conteúdo. Diante do exposto, para não onerar em demasia os provedores de serviço, é possível compreender que, para atingir a finalidade da DMCA, a responsabilidade por detectar violações aos direitos autorais deve recair sobre os proprietário do (VIACOM, 2010, 07-2103).

Assim, para demonstrar a aplicação da proteção da *safe harbor*, o YouTube demonstrou que cumpriu os critérios exigidos (VIACOM, 2010, 07-2103), ou seja, funciona como um provedor de serviço, possui uma política de reincidência da violação dos direitos autorais e possui medidas técnicas padrões para evitar as violações para conduzir o procedimento do *notice-and-takedown*.

Para atacar as evidências apresentadas pela Viacom, o YouTube mencionou que a Viacom foi responsável por uma parte substancial do problema existente, pois possuíam uma política confusa de *upload* de seus vídeos promocionais, campanhas de marketing etc (VIACOM, 2010, 07-2103). Dessa forma, não era claro o momento em que os vídeos não deveriam ser divulgados no YouTube.

Por fim, o YouTube mencionou que não possuía conhecimento geral ou específicos das violações aos direitos autorais conforme alegado pela Viacom. Além disso, conforme apresentado pela defesa do YouTube, as notificações de remoção de conteúdo (*takedown notices*) foram rapidamente respondidas (VIACOM, 2010, 07-2103). Assim, a seguir, serão apresentados a fundamentação da decisão da Corte, para verificar como foram enfrentadas as questões apresentadas na descrição do caso.

3. ARGUMENTOS DOS JULGADORES

De acordo com a decisão prolatada, pode-se notar que os argumentos do YouTube prevaleceram, perdendo-se a oportunidade de se enfrentar melhor a questão concernente aos provedores de serviço da *internet*. Por conseguinte, cumpre-se analisar a decisão prolatada para se compreender as motivações que guiaram os magistrados. Vejamos os tópicos tratados pela sentença:

- A) *Safe harbor Provision* (§512(c)(1)(A)): A decisão proferida pelo *District Court* estava correta ao afirmar que a aplicação do instituto do *safe*

harbor exige o conhecimento dos fatos e das circunstâncias específicas que permitem a identificação da violação dos direitos autorais;

- B) Julgamento sumário: o não encaminhamento para o Júri decidir acerca da violação dos direitos autorais não foi adequada, logo, o Tribunal decidiu que o Júri poderia analisar se existia conhecimento específico da violação dos direitos autorais em certos vídeos, tratando-se de matéria factual, logo, não foi adequada a decisão da primeira instância. Diante do exposto, o processo foi remetido novamente para a primeira instância, para se determinar se o Youtube possuía conhecimento específico em relação à violação dos direitos autorais dos clips indicados na ação judicial pela Viacom, revendo, portanto, a decisão que concedeu julgamento sumário;
- C) A doutrina do desconhecimento proposital (*willful blindness*): A doutrina da *willful blindness* pode ser aplicada, em determinadas hipóteses, para afastar a aplicação da *safe harbor provision*, desde que seja demonstrado o conhecimento específico sobre os fatos e circunstâncias da violação dos direitos autorais. Consequentemente, o Tribunal decidiu que deveria ser encaminhado o processo para a primeira instância para rever o seu posicionamento, considerando a possibilidade de aplicação da doutrina do desconhecimento proposital;
- D) Direito e Habilidade para Controlar (*right and ability to control*): A primeira instância errou em relação ao entendimento dado ao §512(c) (B), pois considerou que a interpretação do termo “right and ability to control” é relativa ao conhecimento específico do item que está sendo violado conforme a legislação protetiva dos direitos autorais. Assim, foi anulada a decisão nesta temática, devendo ser revisto o posicionamento da primeira instância, levando-se em conta a capacidade financeira e de controle do Youtube frente aos benefícios obtidos por determinadas condutas;
- E) Funcionalidades do Software do YouTube: A primeira instância estava correta ao considerar que as funcionalidades de replicação, repetição e recebimento de sugestões de novos vídeos está de acordo com o §512(c)(1), pois visam a facilitar a experiência do usuário. Por outro lado, decidiu-se devolver o processo para que seja analisada pela primeira instância uma quarta funcionalidade do software, relacionada à sindicância dos vídeos por terceiros, verificando se esta funcionalidade também estava relacionado com o armazenamento e melhor experiência do usuário.

Em razão dos principais pontos da decisão acima apresentados, a segunda instância deliberou que, ao retornar o processo para a primeira instância, deveriam ser abertos os prazos para as manifestações das partes quanto aos pontos que foram encaminhados para a revisão.

Por fim, pode-se notar que o principal aspecto do debate era a questão de ser aplicada a *safe harbor provision*, sendo que a segunda instância confirmou que foram preenchidas as condições para que houvesse a limitação da responsabilidade do YouTube. Diante do exposto, embora alguns itens fossem reconhecidos como merecedores de revisão pela primeira instância, o argumento fundamental da Viacom foi rejeitado na segunda instância, confirmando-se, portanto, a vitória do YouTube conforme se explicará a seguir na análise do caso.

4. ANÁLISE CRÍTICA DA DECISÃO

A concessão de julgamento sumário conforme solicitado pelo Youtube pela primeira instância configurou-se como um erro, sendo adequada a decisão da segunda instância que devolveu o processo para a revisão desta decisão (HASSANABADI, 2011, p. 411). Ao se considerar que a análise da incidência da *safe harbor provision* deve ser vista de maneira geral quanto ao conhecimento da violação dos direitos autorais, afastou-se a verificação atenta de cada uma das evidências apresentadas pela Viacom (KATZ, 2011). Diante do exposto, considerou-se matéria jurídica, afastando-se a análise do Júri. Por outro lado, como bem destacou a decisão da segunda instância, a determinação quanto ao julgamento sumário deveria ser revista, já que há muitos fatos que devem ser investigados com mais profundidade.

Não foi possível constatar nem no julgamento na primeira instância, nem na segunda instância, o enfrentamento do debate decorrente das evidências da Viacom, pois foram apresentadas diversas trocas de mensagens que tornam possível concluir que o YouTube tinha conhecimento específico das infrações aos direitos autorais ocorridas. Além disso, é possível depreender que, por meio de levantamentos estatísticos, os fundadores do YouTube conheciam, de maneira geral, que 80% do conteúdo presente em sua plataforma violava os direitos autorais. Assim, apenas foi possível observar que a segunda instância compreendeu ser possível aplicar a doutrina do desconhecimento proposital (*willful blindness*) no caso em tela; viabilizando, portanto, uma reavaliação pela primeira instância das evidências apresentadas pela Viacom (troca de mensagens e decisões dos fundadores) que poderiam demonstrar o conhecimento específico da violação dos direitos autorais por parte do YouTube.

Assim, foi correto o posicionamento da segunda instância que não afastou a aplicação da doutrina da *willful blindness*, pois uma investigação mais detalhada

deveria ser realizada na primeira instância. É certo que o fato da Viacom possuir uma possível política confusa de disponibilização de alguns vídeos para o acesso público pode afastar a aplicação de mencionada doutrina, pois não é possível deixar a responsabilidade no YouTube para verificar cada um dos conteúdos que foram publicados pelos seus usuários. Assim da mesma maneira que podemos observar que a DMCA foi publicada para promover a inovação e o oferecimento de diversos serviços *online*, é possível observar que as suas concessões não podem ser vistas como uma garantia de impunidade quando identificado o conhecimento da prática das violações aos direitos autorais.

A notificação e remoção do vídeo (*takedown notice*) está atrelada ao *safe harbor provision*, sendo que, tanto na decisão de primeira instância, como na decisão da segunda instância, reconheceu-se que o YouTube removeu o conteúdo que violava os direitos autorais ao serem notificados. Por outro lado, a ferramenta que permitia a “*red flag*” aos usuários, indicando conteúdos que infringiam a legislação protetiva dos direitos autorais, não foi empregada pelo YouTube por alguns motivos que nós verificamos em outros caso, como, por exemplo, com o *Twitter* (CHENG, 2010), pois, muitas vezes, os indivíduos indicam determinado conteúdo como violador dos direitos autorais para removê-lo, pois isso afeta os seus concorrentes, sendo difícil ao provedor de serviços auditar todas as indicações realizadas pelos usuários.

Dessa maneira, é melhor fomentar a notificação com o apontamento pelos proprietários dos direitos autorais dos vídeos que possuem conteúdos que infringem a legislação. Diante do que fora acima articulado, pode-se observar que não se pode acusar o YouTube ou outros provedores de serviço de possuírem uma atitude de desconhecimento proposital das violações aos direitos autorais, pois existe a problemática decorrente do uso abusivo do DMCA, tornando inviável às empresas continuarem as suas atividades no modelo existente. Assim, deve-se compreender que é fato que muitos notificam determinado conteúdo para prejudicar concorrentes ou desafetos, sendo que ao existirem milhares de notificações diárias, apenas resta ao provedor de serviço retirar o conteúdo sem investigar se, realmente, violava os direitos autorais.

Neste sentido, não existem respostas fáceis, pois não se pode analisar o caso partindo do pressuposto de que o YouTube possui como objetivo lucrar a despeito das violações aos direitos autorais dos conteúdos publicados por seus usuários. Por outro lado, considera-se relevante analisar as evidências apresentadas pela Viacom, principalmente, em relação ao conhecimento específico de determinados conteúdos que infringiam o *copyright*. Adicionalmente, cumpre-se notar que foi correta a decisão da segunda instância ao se afirmar que a doutrina do desconhecimento proposital (*willful blindness*) aplica-se em hipóteses em que se preenche as condições para a *safe harbor provision*. No entanto, deve-se ressaltar

que muitos problemas decorrentes da decisão deste caso são devidos à DMCA, pois a legislação foi elaborada em um momento histórico em que não existiam diversos serviços da *internet* difundidos no século XXI (v.g., redes sociais).

Por conseguinte, sustenta-se a necessidade de revisão da DMCA para que sejam atendidas as necessidades da realidade do mundo digital. Esse é o motivo do Senador Thom Tillis (TILLIS, 2021) ter apresentado a proposta de reforma da *Digital Millennium Copyright Act* (DMCA), apresentando a *Digital Copyright Act de 2021*. Conforme a justificativa da proposta do senador da Carolina do Norte, a DMCA não se adequa às necessidades dos proprietários dos direitos autorais e dos usuários individuais, devendo-se modernizar a legislação protetiva dos direitos autorais com o intuito de estimular a criatividade dos produtores de conteúdo e para proteger os consumidores que utilizam conteúdos protegidos pelos direitos autorais de forma adequada.

De acordo com a proposta apresentada pelo Senador Thom Tillis, há as seguintes previsões (TILLIS, 2021):

- A) Aumento das atribuições de diversas agências públicas federais para regularem a proteção dos direitos autorais, permitindo fornecer mais certeza quanto às condutas obrigatórias dos provedores de serviço. Dessa maneira, para que o §512 seja melhor aplicado, devem ser estabelecidas medidas técnicas padrões para os provedores de serviço, sendo que as melhores práticas devem ser alinhadas às diferenças de tamanho, serviço e gravidade da infração;
- B) Os requisitos para identificação do conhecimento das infrações por parte dos provedores de serviço devem ser clarificadas, trocando-se o sistema de *notice-and-takedown* para o sistema de *notice-and-staydown*;
- C) Criar um tribunal para pequenas causas relacionada à matéria de violação dos direitos autorais conforme previsto pelo CASE Act;
- D) Limitação da responsabilidade aos usuários de boa-fé que, embora tenham sido diligentes em suas buscas, não conseguiram identificar o proprietário dos direitos autorais e utilizaram o conteúdo de maneira isolada;
- E) Criação de uma Agência de Direitos Autorais (*Copyright Office*) como uma agência executiva do Departamento de Comércio;
- F) Garantir o direito de ação ao proprietário dos direitos autorais que possui a informação referente aos direitos autorais removida ou alterada.

Os itens acima apontam as principais inovações apresentadas pelo mencionado projeto de lei; contudo, há muitas críticas quanto às disposições acima

mencionadas. A Aliança dos Autores dos EUA (AUTHORS ALLIANCE, 2021) é contrária à proposta de substituir o sistema *notice-and-takedown* pelo *notice-and-staydown*, pois este último sistema poderia ser danoso a autores que acreditam estar utilizando de forma correta determinada licença. O sistema de *notice-and-staydown* apenas beneficia provedores de serviço grandes; tornando-se, portanto um obstáculo para a diversificação de plataformas.

O sistema do *notice-and-staydown* refere-se à remoção do conteúdo violador dos direitos autorais após a notificação e a prevenção da violação do mesmo conteúdo em situações futuras. A Aliança dos Autores critica esta proposta no projeto de lei, pois a única maneira de realizar esta prevenção é por meio dos filtros automáticos; contudo, podem ocorrer falsos positivos para a violação e torna-se difícil diferenciar os usuários que possuem os direitos autorais para divulgarem aquele conteúdo dos que não possuem. Dessa maneira, para implementar este sistema, é preciso existir um monitoramento contínuo dos provedores de serviço e instâncias de revisão das decisões automatizadas, dificultando o surgimento de novas plataformas *online* que não possuirão recursos para atender a implementação do sistema de *notice-and-staydown*.

Diante do exposto, nota-se que a DMCA deve ser reformada para atender as necessidades atuais dos serviços prestados por plataformas digitais, sendo este é o principal problema que se pode notar no caso analisado, uma vez que não há clareza quanto às condutas que devem ser tomadas pelos provedores de serviços.

Neste diapasão, pode-se afirmar que o sopesamento entre as vantagens advindas com a inovação e a proteção dos direitos autorais sempre será necessário como no caso em tela. Diante do exposto, cumpre ao Poder Legislativo fornecer parâmetros mais objetivos para que o Poder Judiciário possa prolatar decisões mais compatíveis com a estratégia nacional para o desenvolvimento tecnológico.

Por fim, analisando este caso, considera-se que seria adequado ser criado um Comitê Científico junto à Agência de Proteção de Direitos Autorais (caso seja aprovada) para receber e avaliar os relatórios anuais das empresas de tecnologia quanto às ferramentas desenvolvidas para a redução das violações dos direitos autorais. Assim, deve existir uma obrigatoriedade de sempre existirem planos estratégicos para a proteção dos direitos autorais pelas plataformas digitais, sendo esta uma das possibilidades para equilibrar o desenvolvimento tecnológico com a proteção dos direitos do autor.

5. CONCLUSÕES

O estudo do caso *Viacom v. YouTube* é importante porque se refere a um marco quanto à limitação de responsabilidade dos provedores de serviço quanto à publicação de vídeos violadores dos direitos autorais por terceiros. Dessa ma-

neira, a discussão jurídica apresentada neste caso é relevante para se compreender os interesses econômicos envolvidos tanto por parte dos provedores de serviço, como pelos proprietários de direitos autorais.

A análise da decisão prolatada em segunda instância reconhece a aplicação da *safe harbor provision* para limitar a responsabilidade dos provedores de serviços que não devem responder diretamente por conduta de terceiro, caso contrário, será impossível oferecer este tipo de serviço digital. Pode-se notar, tanto na primeira como na segunda instância, a preocupação constante para se alcançar a vontade do legislador, qual seja, o incentivo ao desenvolvimento tecnológico.

Por outro lado, foi relevante a decisão da segunda instância que devolveu o processo para a primeira instância com o objetivo de rever a decisão quanto ao julgamento sumário da ação, sem a necessidade da participação do Júri por ser questão estritamente jurídica. Como se pode notar nos autos do processo, a Viacom apresenta diversas provas que necessitam ser analisadas, sendo que a aplicação da *safe harbor provision* não é uma mera análise jurídica, mas também factual.

Adicionalmente, a interpretação da segunda instância foi adequada quanto ao não afastamento da doutrina do desconhecimento proposital (*willful blindness doctrine*) em hipóteses em que se aplica a *safe harbor provision* do §512. Para se analisar se há conhecimento da violação dos direitos autorais ou não por parte dos provedores de serviços *online*, é fundamental verificar se as condutas praticadas visavam a impedir as infrações. Consequentemente, a doutrina do *willful blindness* é conciliável com a aplicação do *safe harbor* e foi bem adequada a decisão da segunda instância ao enviar o processo para a primeira instância para revisão.

Finalmente, constata-se que o caso estudado demonstra a necessidade da atualização da legislação sobre proteção de direitos autorais, sendo uma necessidade mundial em razão do surgimento das novas tecnologias. Da mesma maneira que se está discutindo a modernização da DMCA nos EUA, pode-se notar que o Brasil perdeu a oportunidade de atualizar a sua legislação sobre direitos autorais em conjunto com o Marco Civil da Internet e a promulgação da Lei Geral de Proteção de Dados, permitindo uma melhor harmonia entre essas leis tão relevantes para a inovação no País. A lei sobre direitos autorais pátria é de 1998, mesmo ano da DMCA, logo, pode-se notar que uma atualização de seus dispositivos far-se-á necessária, assim como da DMCA.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMERICAN FEDERATION OF MUSICIANS. Brief for American Federation of Musicians et al. as Amici Curiae Supporting Plaintiffs. In **Viacom v. YouTube** at 17, 718 F. Supp. 2d 514, S.D.N.Y., 2010, appeal docketed, No. 10-3270 (2d Cir. (No. 10-3342).), 3 dec. 2010.

ARRINGTON, Michael. Google Slammed by Viacom Takedown Notice Demand, In **Techcrunch**, 21 dec. 2010. Disponível em: < <http://techcrunch.com/2007/02/02/gootubeslammed-by-viacom-takedown-demand/>>. Acesso em 10 mai.2021.

AUTHORS ALLIANCE. Authors Alliance responds to draft digital copyright act of 2021. In **Authors Alliance Website**, 8 mar.2021. Disponível em: < <https://www.authorsalliance.org/2021/03/08/authors-alliance-responds-to-draft-digital-copyright-act-of-2021/>>. Acesso em: 15 maio 2021.

CHENG, Jacqui. DMCA Abuse Extends to Ttytter Posts. In **Ars Technica**, 23 dec. 2010. Disponível em: < <http://arstechnica.com/tech-policy/news/2010/04/dmca-abuse-extends-totwitter-posts.ars.>>. Acesso em: 10 maio 2021.

CORNELL. Online Copyright Infringement Liability Limitation Act. In **WEX**, [s.l.], [s.t.]. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/wex/online_copyright_infringement_liability_limitation_act>. Acesso em 10 maio 2021.

GARDNER, Eriq. Viacom Hires Superstar Lanyer to Handle YouTube Appeal. In **Hollywood Reporter**, 27 oct. 2010. Disponível em: <<http://www.hollywoodreporter.com/blogs/thresq/viacom-hires-superstar-lawyer-handle-31587>>. Acesso em: 10 maio 2021.

HASSANABADI, Amir. Viacom v. YouTube—All Eyes Blind The Limits of the DMCA in a Web 2.0 World. In **Berkeley Technology Law Journal**, vol. 26, n.1, pp. 405-440, jan.2011. Disponível em: <<https://www.jstor.org/stable/26377543>>. Acesso em 13 maio 2021.

KATZ, Lior. Viacom v. YouTube: An Erroneous Ruling Based on the Outmoded DMCA. In **Loyola of Los Angeles Entertainment Law Review**, vol. 31, pp. 101-141, 2011. Disponível em: <<https://digitalcommons.lmu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1557&context=elr>>. Acesso em: 10 maio 2021.

KIM, Eugene C. YouTube: Testing the Safe Harbors of Digital Copyrght Law. In **Southern California Interdisciplinary Law Journal**, vol. 17, pp. 139-153, 2007.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL. **Adesão Internacional de Direitos Autorais**: o que está em jogo? Genebra: OMPI, 2017. Disponível em: < https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/pt/wipo_pub_flyer_crsystem.pdf>. Acesso em: 03 maio 2021.

SCHecter, Daniel; VANDELL, Colin B.. Viacom v. YouTube: Safe Harbor Protection for Online Service Providers. In **Latham & Watkins LLP**, 9 feb. 2010. Disponível em: < <https://www.lw.com/thoughtLeadership/safe-harbor-protection-youtube-viacom>>. Acesso em 10 maio 2021.

SCHONFELD, Erick. Google Spent \$100 Million Defending Against Viacom's \$1 Billion Lawsuit. In **TechCrunch**, 30 nov. 2010. Disponível em: < <http://techcrunch.com/2010/07/15/google-viacom-100-million-lawsuit>>> Acesso em: 08 maio 2021.

SHOARD, Catherine. Paramount to launch streaming service for new and old films. In **The Guardian**, 25 feb.2021. Disponível em: < <https://www.theguardian.com/film/2021/feb/25/paramount-plus-streaming-service-new-and-old-fims>>. Acesso em: 15 maio 2021.

SORKIN, Andrew Ross; PETERS, Jeremy W.. Google to Acquire YouTube for \$1.65 Billion. In **The New York Times**, NY, 9 oct. 2006. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/2006/10/09/business/09cnd-deal.html>>. Acessado em: 05 maio 2021.

TILLIS, Thom. **Digital Copyright Act of 2021**, North Carolina, 2021. Disponível em: <<https://www.tillis.senate.gov/services/files/0B0551E3-4CA2-4B49-9896-56427B7BF77>> . Acesso em: 10 maio 2021.

VIACOM. **Memorandum of Law in Support of Viacom's Motion for Partial Summary Judgment and Inapplicability of the Digital Millennium Copyright Act Safe Harbor Defense at 1**, 718 F. Supp. 2d 514, 2010, No. 07-2103.

VIACOM. **Decl. of Hohengarten 233**, 718 F. Supp., 2d 514, referencing Ex. 215, JK00007416, at JK00007416, 2010.

VIACOM. **Decl. of Hohengarten 205**, 718 F. Supp. 2d 514, referencing Ex. 193, GOO001-00507535, at GOO001-00507539, 2010.

VIACOM. **Decl. of Hohengarten 205**, 718 F. Supp. 2d 514, referencing Ex. 292, CSSU 004069 at CSSU 004071, 2010.

WEINSTEIN, Debra. Defining Expeditious: Uncharted Territory of the DMCA Safe Harbor Provision. In **CARDOZO ARTS & ENT. L.J.**, vol. 26, pp. 589-641, 2008.

YOUTUBE. Complaint for Declaratory and Injunctive Relief and Damages. In **Viacom v. Youtube**, Appeal, 718 F. Supp 2d 514 (S.D.N.Y), n. 10-3270 (2d Cir. Dec. 3, 2010), n. 07-2103, 2010.

COMENTÁRIO AO ACÓRDÃO PROLATADO PELA SEGUNDA SEÇÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NO JULGAMENTO DO RECURSO ESPECIAL Nº 1.787.492/SP, EM 11 DE SETEMBRO DE 2019

DANIEL RODRIGO ITO SHINGAI¹
ANDRÉ CANUTO MURIEL MENDES DE ALMEIDA²

1. DESCRIÇÃO DO CASO

O presente caso não trata só da pretensão ou não a uma tutela jurídica modificativa dos contratos de consumo, nem só coloca em xeque os limites da intervenção do Estado nos contratos, consumeristas ou não, o caso põe dúvidas sobre a existência de um princípio do equilíbrio contratual com força suficiente para, desafiando os princípios da autonomia da vontade e da livre iniciativa, fazer constar cláusulas *dispositivas* não insertas no contrato.

Por ocasião do julgamento do Recurso Especial nº 1.787.492/SP, realizado em 11 de setembro de 2019 e relatado pela Ministra Nancy Andrighi, a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça (“STJ”), por maioria de votos, deu-lhe parcial provimento e, assim, considerou que o Poder Judiciário não pode intervir nas relações privadas, ainda que consumeristas, para fazer integrar nos contratos uma previsão de cláusula penal, no caso moratória, contra o fornecedor de produto.

A origem da controvérsia se refere a uma ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo (“MPSP”) contra B2W Companhia Digital (“B2W” ou “Ré”). Sob a argumentação de que (i) o contrato padrão da B2W não possui informações suficientes a respeito (i.a) dos prazos de entrega das mercadorias; e (i.b) de devolução de pagamento em hipótese de desistência pelo consumidor; e que, diante dessas omissões e insuficiências, (ii) muitos consumidores se sentem lesados por conta do descumprimento de tais prazos por parte da B2W, o MPSP entende que a prática adotada pela fornecedora é abusiva e lesiva aos consumidores que se encontram em posição de vulnerabilidade. Consequen-

1 Advogado, Doutorando e Mestre em Direito Civil, e Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

2 Advogado e Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

temente, o MPSP pretende, resumidamente, seja a B2W compelida a fazer constar tais informações em seu contrato, além de incluir cláusula penal específica em seu desfavor em caso de descumprimento dos prazos estipulados.

Em primeira instância, a sentença julgou improcedentes os pedidos. De acordo com o juiz, as informações prestadas pela B2W em seus contratos eletrônicos são claras, bem definidas e suficientes. Ainda, a imposição de multa e perdas e danos são desnecessárias, pois decorre de lei, sendo irrelevante que constem expressamente do contrato. O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo reformou a sentença, principalmente em razão do reiterado descumprimento do prazo de entrega dos produtos adquiridos nas lojas eletrônicas administradas pela B2W, bem como da situação de fragilidade e desequilíbrio em que se encontra o consumidor.

Para o que releva neste comentário, em seu Recurso Especial, a B2W sustentou, entre outras questões³, que (i) inexistente amparo legal para se incluir cláusula em contratos de adesão, sob o argumento de que o CDC se limita a facultar a sua modificação ou a declaração de sua nulidade; e (ii) o pedido seria juridicamente impossível, já que o Poder Judiciário pode decretar a anulação ou no máximo a revisão de cláusulas abusivas, mas não teria autorização para se sobrepor à inexistência de manifestação de vontade das partes, impondo uma previsão que jamais foi pactuada por elas.

Ao realizar o julgamento, a Segunda Seção do STJ, por maioria de votos⁴, deu provimento ao Recurso Especial para julgar improcedentes os pedidos formulados na petição inicial e, assim, afastar a condenação da B2W, especialmente, à obrigação de fazer incluir em seu contrato cláusula penal em seu desfavor para o caso de descumprimento dos prazos de entrega e devolução do pagamento.

2. ARGUMENTOS DOS JULGADORES

2.1. VOTO VENCEDOR

Em primeiro lugar, a Relatora reconheceu que (i) o tema posto a julgamento ainda não fora pacificado na Segunda Seção do STJ⁵; e (ii) existem di-

3 Como violação dos artigos 6º, IV, 35, 51, IV, §1º, II, todos do CDC, aos artigos 389, 395, 421, do Código Civil (“CC”), e aos artigos 141, 492, 1.022, do Código de Processo Civil de 2015 (“CPC”). Muito embora se reconheça a importância e relevância das questões processuais levantadas e discutidas no Recurso Especial, tais questões não serão objeto de análise neste artigo.

4 Os Ministros Raul Araújo, Antonio Carlos Ferreira, Villas Bôas Cueva e Marco Aurélio Bellizze votaram com a Ministra Relatora Nancy Andrighi. Foram vencidos os Ministros Paulo de Tarso Sanseverino, Marco Buzzi e Moura Ribeiro. Contra o acórdão que julgou o Recurso Especial, o MPSP interpôs Embargos de Divergência alegando existir divergência entre o acórdão proferido pela Segunda Seção do STJ e o acórdão proferido pela Terceira Turma do STJ no julgamento do Recurso Especial nº 1.548.189/SP, no qual, de forma oposita ao acórdão ora em comento, concluiu-se pela possibilidade de intervenção judicial nos contratos padronizados de consumo de modo a restabelecer o sinalagma negocial, fazendo incidir a mesma multa. Em maio de 2021, os Embargos de Divergência foram rejeitados liminarmente pelo Ministro Luís Felipe Salomão, uma vez que o entendimento exarado pela Segunda Seção superou o entendimento anterior das Turmas que integram a referida Segunda Seção, afastando a existência de dissídio interpretativo atual.

5 Como exemplo, a Relatora mencionou os acórdãos proferidos pela Terceira e Quarta Turmas do STJ no julgamento do Recur-

versas ações civis públicas com o mesmo objeto ajuizadas pelo MPSP em face de diversas empresas do comércio a varejo, culminando em soluções judiciais divergentes. Em síntese, considerou inexistir abusividade das cláusulas contratuais a exigir uma atuação estatal supletiva, não encontrando a pretensão do MPSP respaldo na legislação, nem civil, nem consumerista. Segundo a Relatora, embora haja uma clara relativização da liberdade contratual nas relações de consumo, nas quais o milenar princípio *pacta sunt servanda* é aplicado até o momento em que se detecte a presença de cláusula abusiva ao consumidor⁶, deve-se ter em mente que “a relativização desse princípio não significa sua extinção”.

Assim, embora jurisprudência⁷ e doutrina⁸ entendam que o rol de cláusulas abusivas do artigo 51 do CDC não é exaustivo, a Relatora considerou que a prática imputada à B2W não poderia ser subsumida a nenhum dos seus incisos, tampouco de outros da legislação em vigor, não tendo sido demonstrada a abusividade da cláusula penal a exigir a sua inclusão obrigatória também para os atos da B2W. O fornecedor está obrigado a prestar seu serviço no tempo, lugar e forma contratados, e, caso incorra em mora, responde pelos respectivos prejuízos, mais juros, atualização monetária e honorários de advogado, nos termos dos artigos 394 e 395, ambos do CC.

Além disso, a imposição de multa moratória para a hipótese de atraso no pagamento da compra é revertida, sobretudo, em favor da instituição financeira que dá suporte à compra dos produtos adquiridos a prazo pelo consumidor. Portanto, sob este ponto de vista, inexistente reciprocidade negocial a justificar a intervenção judicial de maneira genérica nos contratos padronizados da B2W.

Por fim, a Relatora afastou a aplicação da tese que havia sido recentemente firmada pela Segunda Seção do STJ em sede de julgamento de Recurso Especial Repetitivo, no sentido de que “no contrato de adesão firmado entre o comprador e a construtora/incorporadora, havendo previsão de cláusula penal apenas para o inadimplemento do adquirente, deverá ela ser considerada para a fixação da inde-

so Especial nº 1.548.189/SP e do Recurso Especial nº 1.412.993/SP, respectivamente.

6 Nesse sentido, a Relatora colacionou alguns julgados do STJ, a saber: AgRg no REsp 732.179, Quarta Turma, DJ 15/05/06; AgRg no REsp 849.442/RS, Quarta Turma, DJ 04/06/2007; AgRg no REsp 1245399/SC, Terceira Turma, DJe 04/03/2013.

7 Nos termos do acórdão citado pela Min. Relatora: “[...] O art. 51 do CDC traz um rol meramente exemplificativo de cláusulas abusivas, num ‘conceito aberto’ que permite o enquadramento de outras abusividades que atentem contra o equilíbrio entre as partes no contrato de consumo, de modo a preservar a boa-fé e a proteção do consumidor. [...]” (STJ, REsp 1.479.039/MG, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, j. 06/10/2015, DJe 16/10/2015 - destacado).

8 Afirma Nelson Nery que: “esse rol não é exaustivo, podendo o juiz, diante das circunstâncias do caso concreto, entender ser abusiva e, portanto, nula determinada cláusula contratual. Está para tanto autorizado pelo *caput* do art. 51 do CDC, que diz serem nulas ‘entre outras’, as cláusulas que menciona» (NERY JR., Nelson. [et al.] *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 517-518). No mesmo sentido: «Todas essas situações experimentam contrariedade à boa-fé, mas o legislador preferiu ser metódico, explicitando cada uma delas, as quais servem para auxiliar o juiz, sem limitar a sua atividade, uma vez que esse rol é apenas exemplificativo. A não adequação do caso concreto ao rol do art. 51 do CDC não impedirá a atividade metódica do magistrado na análise das cláusulas do instrumento, a fim de comprovar a abusividade ou não de uma ou de todas elas» (SCHMITT, Cristiano Heineck. *Cláusulas abusivas nas relações de consumo*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 142).

nização pelo inadimplemento do vendedor. As obrigações heterogêneas (obrigações de fazer e de dar) serão convertidas em dinheiro, por arbitramento judicial”⁹.

Nos termos do voto vencedor, referido entendimento não deve ser aplicado ao caso ora em comento por tratar de realidade muito distinta, com impactos diferenciados sobre o consumidor. Em regra, bens de consumo duráveis, se comparados aos bens imóveis, têm valores reduzidos, o que reduziria na mesma proporção o impacto negativo das cláusulas penais aplicadas sobre seu preço. Além disso, bens de consumo duráveis não contam com a essencialidade que os bens imóveis possuem para aqueles que os adquirem, sendo muitas vezes o projeto de toda uma vida.

Por essas razões, o voto vencedor concluiu ser indevida a intervenção estatal para fazer constar cláusula penal genérica contra o fornecedor em contrato padrão de consumo, pois, além de violar os princípios da livre iniciativa e da autonomia da vontade, a própria legislação já prevê mecanismos de punição daquele que incorre em mora.

2.2. *VOTO VENCIDO*

Embora não tenha divergido com relação às questões processuais, no mérito, o Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, recordando o voto por ele proferido no julgamento do Recurso Especial nº 1.548.189/SP, junto à Terceira Turma do STJ, defendeu a possibilidade de integração judicial dos contratos de adesão e consumo. Naquele caso, o MPSP exerceu pretensão semelhante à do caso em comento em ação civil pública ajuizada contra a Via Varejo S/A e a Terceira Turma do STJ concluiu pela possibilidade de intervenção estatal para integração dos contratos de adesão e consumo para determinar a inclusão de cláusula penal em desfavor da fornecedora.

Nos termos do voto vencido: “Não há afronta às normas do CDC, senão, pelo contrário, a perfeita conformidade do acórdão ao quanto prescrito pelo legislador” quando o Poder Judiciário intervém como no caso em comento. Isso porque o CDC exigiria das políticas públicas o atendimento das necessidades do consumidor, enfatizando o respeito à saúde, à segurança, e à proteção dos seus interesses econômicos e, especialmente, a transparência e harmonia nas relações consumeristas.

Para afastar a conclusão de que eventual cláusula penal reverte em favor da instituição financeira que media o pagamento, em primeiro lugar, o Ministro considerou que o simples fato de haver previsão de multa contra o consumidor

9 STJ, Tema 971, REsp 1.614.721/DF, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 22/05/2019, DJe 25/06/2019.

seria bastante para justificar a equalização realizada. Em segundo lugar, a multa, em tese, não seria aplicada apenas nos casos de parcelamento das compras, bastando conjecturar hipótese em que o pagamento venha a ser feito mediante cheque. Verificada a ausência de fundos, a cobrança do valor, certamente, se fará mediante a aplicação da multa moratória.

Com relação ao princípio da livre iniciativa, asseverou que é necessário registrar que o estatuto consumerista, em sua matriz, mediante um necessário intervencionismo estatal sobre as relações privadas, veio arrefecer a aplicação do princípio da autonomia da vontade, reequilibrando uma relação em que o fornecedor, por sua posição de prevalência técnica e econômica, pode vir a submeter o consumidor contratualmente a obrigações abusivas ou iníquas, ou mesmo a sonegar-lhe direitos em contrato confeccionado por adesão e celebrado com parte presumivelmente vulnerável.

Ainda, a alegação da B2W de que a lei não lhe impõe a previsão de estabelecimento de multa no caso de inadimplemento não observaria os deveres que decorrem da boa-fé objetiva e se divorcia do próprio sistema de defesa do consumidor, que tem por premissa a harmonia, igualdade e equilíbrio da relação consumerista.

Em conclusão, o voto vencido considerou que a intervenção judicial ocorre dentro da hipótese constitucionalmente autorizada e segundo a legislação em vigor, em especial o estatuto de defesa do consumidor, que prevê um necessário equilíbrio e harmonia na relação jurídica de consumo, ou mesmo o próprio CC, ao estabelecer nos seus artigos 395, 394 e 422, os efeitos da mora e a submissão dos contratantes à boa-fé objetiva.

3. CRÍTICA DA DECISÃO/COMENTÁRIOS

3.1. CERNE DA DISCUSSÃO

O caso, em última análise, testa a força do princípio do equilíbrio contratual nas relações civis, em especial consumeristas. A questão que se coloca é se, então, teria a justiça contratual, seja ela formal ou substancial, uma densidade tamanha para justificar, no caso concreto, uma intervenção estatal nas relações privadas, à luz de princípios do CC ou, com muito mais intensidade, do CDC.

E o caso concreto é paradigmático. Não se questiona se o consumidor, diante de eventos posteriores à contratação, pode ou não reequilibrar o contrato; não se questiona se o consumidor, diante de um contrato excessivamente iníquo, pode ou não o reequilibrá-lo. O caso se refere à imposição de um equilíbrio sinlagmático das posições subjetivas ou das prestações do fornecedor e consumidor,

cujas consequências é limitar fortemente a autonomia da vontade do fornecedor ao elaborar o contrato massificado — padronizado e de adesão.

Uma resposta apressada e impensada terá consequências importantes. Não é de hoje que o contrato padronizado é uma preocupação dos juristas. Muito menos não é de hoje que, nesses contratos, os riscos, lícitamente possíveis e, às vezes, até os ilícitamente¹⁰, são alocados à parte aderente. A leitura de qualquer “termo de adesão” — que, normalmente¹¹, nunca é feita pelos consumidores — não nos deixa mentir. Os riscos estão com os consumidores e é competitivamente impensável que sejam assumidos pelas empresas fornecedoras, já que as colocariam, frente aos demais *players* do mercado, em posição mais fraca e menos lucrativa.

Pelo viés das consequências, a eventual solução a ser dada pelo STJ tem condições de mudar esse paradigma. A admissão da procedência da pretensão do MPSP significa que o fornecedor não tem uma ampla liberdade de escolha do conteúdo e de estruturação dos elementos não essenciais do negócio jurídico (“*accidentalitas negotii*”). Quer-se dizer que o fornecedor, ao elaborar o seu contrato de adesão, não poderia, no lugar de regras jurídicas dispositivas, colocar outras regras que prejudicassem somente o consumidor. As regras que se colocariam ao lado do que se concebeu no texto legal só seriam admissíveis se transferissem riscos e deveres para ambas as partes. O princípio do equilíbrio contratual, nas relações consumeristas, teria, sob tal forma de pensar, força de uma regra jurídica cogente proibitiva, limitadora do autorregramento da vontade.

Tal solução tem, porém, os seus entraves e nem *de lege ferenda* é sempre desejável. Apesar de ser uma preocupação “justa” do MPSP, deve-se analisar se juridicamente ela é ou não albergável.

3.2. PARTE HISTÓRICA: ENTRE O JUSTO PREÇO E A AUTONOMIA ABSOLUTA DA VONTADE

Num movimento pendular, a história nos mostra que a intervenção estatal nas relações privadas ora direciona-se à teoria do justo preço, ora direciona-se à autonomia absoluta da vontade. E, assim por diante, com mais ou menos força.

10 “Nos contratos padronizados e de adesão, há todo um quadro extremamente propício a imposições ilegítimas da banda do lado mais forte, geradoras de graves desequilíbrios entre ônus e riscos do disponente e do aderente (...)” (NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 247/248). Em outra passagem, o autor, ao tratar do princípio da distribuição equitativa de ônus e riscos nos contratos padronizados e de adesão, diz que: “empresas industriais, comerciais e de prestação de serviços, quando elaboram os contratos que oferecerão aos clientes aderentes, são levadas, por força do próprio progresso econômico e da luta entre elas por melhores condições de competitividade, a transferir para eles quantos encargos e riscos, possíveis e imaginários, seja-lhes permitido — e, às vezes, mesmo aqueles não permitidos.” (*ibid.*, p. 224).

11 Ficou famoso o caso do contrato de softwares PC Pitstop. Em 2005, tal empresa incluiu nos seus termos um prêmio de mil dólares que, para obtê-lo bastaria entrar em contato com a empresa. Mais de 3 mil cadastros e 5 meses se passaram até que Doug Heckman reclamasse o prêmio.

Em um dos extremos da história, temos a Teoria do Justo Preço¹², difundida, principalmente, por São Tomaz de Aquino. No direito canônico da Idade Média, a equivalência das prestações era um pressuposto de validade dos instrumentos de trocas patrimoniais, cuja moralidade impunha não só a equivalência, mas a igualdade, sob pena de cometimento do pecado¹³ da usura. Representava, assim, uma aplicação da justiça comutativa¹⁴, que, sob uma concepção cristã, refutava a ideia de lucro e de ganho e, por conseguinte, impunha com rigor a equivalência das prestações, em igualdade absoluta entre as trocas¹⁵. A ocorrência de desequilíbrio entre as prestações outorgava o direito a qualquer das partes de solicitar a rescisão contratual por lesão¹⁶. Mesmo no século XVIII, a ideia de equivalência das prestações continuou a ter amparo em obras como a de Robert Pothier, que, mesmo sem o rigor dos canonistas, defendia no *Traité de l'usure* ser a equidade ou a equivalência das prestações um dos princípios maiores do direito dos contratos¹⁷.

Contudo, a proibição da usura representava um grande entrave para o desenvolvimento do comércio. Até como uma consequência da necessidade de lucro para o comércio, a Teoria do Justo Preço começa a declinar e tem o seu fim¹⁸ declarado com a Revolução Francesa de 1789. Passa-se ao extremo oposto quando se defende e codifica, pioneiramente na França, a autonomia absoluta da vontade, da defesa por cada indivíduo dos seus próprios interesses em nome do individualismo e do liberalismo. Assim, sob a égide do *pacta sunt servanda*,

-
- 12 Sobre o conceito histórico de “preço justo”, cf. Contrato de opção de venda (*put option*) de ações. Conflito entre o critério de determinação do valor das ações e o piso mínimo estipulado para transferência. Interpretação do conceito de preço justo. A boa-fé e os usos, visando evitar o enriquecimento sem causa. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Novos Estudos e Pareceres de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 275/278.
 - 13 O usurário era penalizado pelos Tribunais Eclesiásticos que impunham as seguintes sanções religiosas: (i) excomunhão; (ii) a recusa de uma sepultura cristã; (iii) supressão do direito de receber esmolas; e (iv) o inferno, no caso de não restituir todos os seus ganhos. Conforme ensina Laurence Fin-Langer: “Pour l'Eglise, l'usure est un péché, en tant que forme de l'avarice et de la cupidité. C'est aussi un vol. C'est un péché contre la justice.” (FIN-LANGER, Laurence. *L'équilibre contractuel*. Paris: LGDJ., 2002, p. 12)
 - 14 A equidade, no ponto de vista religioso, busca reafirmar o conceito de justiça corretiva aristotélica e confirmar a justiça comutativa, sendo compreendida como uma virtude. Andrea Cristina Zanetti, após ponderar as lições trazidas por Santo Agostinho e São Tomaz de Aquino, ensina que: “Seja pelas lições de Santo Agostinho ou de São Tomás de Aquino percebe-se que a equidade, neste novo contexto, mescla-se com elementos religiosos. Já não se resume, portanto, a justiça aplicada ao caso concreto ou virtude humana (Aristóteles) ou ainda à mera interpretação jurídica da lei positivada e a mitigação de seu rigor como exceções ao direito estrito (Direito romano clássico), mas ultrapassa tais sentidos e atinge a própria razão da existência do Direito, sendo elevado a um direito humano, transcendental, que toca o que é eternamente justo, expresso como *auctor iuris homo, iustitiae deus* (o homem é o autor do direito e Deus da justiça)” (ZANETTI, Andrea Cristina. *Princípio do Equilíbrio Contratual*. Saraiva: 2012, p. 133/134).
 - 15 Sobre a parte histórica, já tivemos oportunidade de tratá-la em SHINGAI, Daniel Rodrigo Ito. *A eficácia das obrigações em relação a terceiros*. Dissertação (mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018, p. 17/18.
 - 16 ZANETTI, Andrea Cristina. *Princípio do Equilíbrio Contratual*. Saraiva: 2012, p. 134.
 - 17 “C'est une règle de l'équité qui doit régner dans tous les contrats, que l'une des parties qui n'a pas intention de faire une donation à l'autre, ne peut être obligée à lui donner que l'équivalent de ce que l'autre de son côté lui a donné, ou s'est obligée de lui donner. Si on l'oblige à donner plus, l'équité qui consiste dans l'égalité, est blessée, et le contrat est inique” (POTHIER, Robert Joseph. *Oeuvres de POTHIER*. 2 ed. Paris: Cosse et Marchal, 1861, t. V, p. 64).
 - 18 Como ressalta Laurance Fin-Langer: “Le concept d'équilibre contractuel ne pouvait exister dans l'ordre juridique classique dominé par le dogme de l'autonomie de la volonté permettant à l'accord de volonté d'expliquer le contrat et son régime.” (FIN-LANGER, Laurence. *L'équilibre contractuel*. Paris: LGDJ., 2002, p. 129).

permitiu-se o desequilíbrio contratual. A equivalência das prestações não mais era um requisito de validade dos contratos, que agora, sob a ótica voluntarista, defendia-se o desequilíbrio contratual na busca dos interesses individuais. Nesse momento da história, a força obrigatória dos contratos enrijece o sinalagma contratual, deixando-o inquebrantável.

Um século e muitas situações de injustiça foram necessários para se afrouxar o laço contratual, e com muito mais dificuldade, rompê-lo justificadamente. A Primeira Guerra Mundial, em 1914, foi um dos grandes marcos, pois provocara alterações profundas nas relações privadas, desequilibrando muitos contratos e alterando a situação social de muitas partes contratantes. Os reflexos jurídicos da Guerra suscitaram intenso desequilíbrio econômico e instabilidade política, em tal grau que foi necessário atenuar a rigidez das normas, pois a sua aplicação conduziria a situações de ainda maior injustiça. Para reequilibrar as relações contratuais, ressurgiu o interesse pela cláusula *rebus sic stantibus*¹⁹, sendo discutida, no Brasil, principalmente após 1943²⁰.

Mesmo sem a codificação da onerosidade excessiva, coube à jurisprudência o papel de introduzi-la no nosso ordenamento. Somente em 1990, com a edição do CDC, a teoria do equilíbrio contratual ganha ainda mais força, estando expressamente previsto como um princípio de “equilíbrio nas relações entre consu-

19 É abreviação da fórmula: *Contractus qui habent tractum successivum et dependentiam de futuro rebus sic stantibus intelliguntur*. Conforme explicação do significado da fórmula feita por Arnaldo Medeiros da Fonseca (*Caso Fortuito e Força Maior*. 2 ed. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1943, p. 14): “contratos de trato sucessivo ou a termo, o vínculo obrigatório se entendida subordinado à continuação daquele estado de fato vigente ao tempo da estipulação”. A referida cláusula subordina o vínculo contratual obrigatório à continuidade de certo estado de fato existente à época da contratação. A ideia da cláusula, segundo A. JUNQUEIRA DE AZEVEDO, “surtiu no século XII, com os canonistas, e foi difundida, no direito comum, por Bártolo, no século XIV; a partir daí, generalizou-se no mundo ocidental, mas jamais se obteve uma caracterização teórica pacífica” (AZEVEDO, Antonio Junqueira de. A lesão como vício do negócio jurídico. A lesão entre comerciantes. Formalidade pré-contratuais. Proibição de Venire contra factum proprium e ratificação de atos anuláveis. Resolução ou revisão por fatos supervenientes. Excessiva onerosidade, base do negócio e impossibilidade da prestação. In: *Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 120)

20 Antes disto, em Paris, como lembra Arnaldo Medeiros da Fonseca sobre “Os trabalhos da Semana Internacional de Direito, de 1937” (FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Caso Fortuito e Força Maior*. 2 ed. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1943, p. 198/201). O tema da cláusula *rebus sic stantibus* foi debatido no Congresso Jurídico Nacional, em agosto de 1943, com a presença de grandes juristas, como Noé Azevedo e Arnaldo Medeiros da Fonseca. Duas conclusões foram valiosas para assentar, em breve síntese, que: (i) a alteração objetiva do ambiente no qual se formou o contrato, acarretando ao devedor onerosidade excessiva e ao credor lucro inesperado, permite ao juiz resolver o vínculo contratual, *ex nunc*, concedendo ao credor o exercício em forma específica, pelo equivalente econômico; e (ii) por força de acontecimentos excepcionais e imprevistos ao tempo da conclusão do contrato, dificultando sobremaneira o cumprimento do contrato, com prejuízo exorbitante para uma das partes, permite ao juiz modificar o cumprimento da obrigação, (a) prorrogando-lhe o termo, ou (b) reduzindo-lhe a importância, de forma equânime a situação dos contratantes. Muito antes do seu desenvolvimento no Brasil, as teorias sobre o equilíbrio contratual começaram a ser desenvolvidas na Alemanha. Uma das primeiras foi a teoria da pressuposição de Bernard Windscheid de 1850 (que é resumida em WINDSCHEID, Bernard. *Diritto delle pandette*. Trad. Carlo Fadda e Paolo Emilio Bensa. Torino: Unione Tipografico-Editrice, 1925, volume primo, parte prima, p. 332-335). Sobre a ascensão e declínio da normatização dessa teoria, veja obra de RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Revisão Judicial dos Contratos*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 45. Em seguida, outras teorias surgiram, como a teoria da superveniência de Giuseppe Osti (vide FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Caso Fortuito e Força Maior*. 2 ed. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1943, p. 204/207; MAIA, Paulo Carneiro. *Da cláusula rebus sic stantibus*. São Paulo: Saraiva, 1959, p. 167/179), a teoria da finalidade essencial do contrato de Erick Kaufmann (vide LARENZ, Karl. *Base del Negocio Jurídico y Cumplimiento de los Contratos*. Trad. Carlos Fernández Rodríguez. Granada: Editorial Comares, S.L., 2002, p. 26), a teoria da reserva virtual de Krücmann (vide LARENZ, Karl., op. cit., p. 26/27), a teoria da base subjetiva do negócio de Paul Oertmann (que é resumida em OERTMANN, Paul. *Introducción al Derecho Civil*. Trad. Luis Sancho Seral. Barcelona: Editorial Labor. S. A., 1933, p. 304/305), e a teoria da base objetiva e subjetiva do negócio de Karl Larenz (vide obra LARENZ, Karl., op. cit.).

midores e fornecedores” (art. 4º, III) ou como um direito básico do consumidor “a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas” (art. 6, V). O mesmo código ainda considera prática abusiva “exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva” (art. 39, V) e comina de nulidade, por considerá-las abusivas, as cláusulas que “estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade” (art. 51, IV) ou que conferiam uma vantagem exagerada ao restringir “direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou equilíbrio contratual” (art. 51, §1º, II).

Já sem a força do quanto foi previsto no CDC, o movimento histórico passa a privilegiar a autonomia da vontade. O princípio do equilíbrio contratual, nas relações privadas, passa a ser uma exceção²¹. O CC adota a teoria da onerosidade excessiva e apenas pontualmente permite correções de distorções do sinalagma (por vícios de vontade e vícios sociais). Deixa-se, assim, por opção do legislador, pouco espaço para a intervenção judicial dos contratos.

A restrição do legislador, porém, passa a ser minorada, ainda que de forma não unânime, por interpretação pretoriana, encontrando novas situações não previstas legalmente e afrouxando o rigor dos critérios da lei. A maior intervenção judicial nos contratos passa a ser vista com maus olhos e o legislador, novamente, tenta restringir o seu cabimento. Edita-se, então, a Lei da Liberdade Econômica²² (Lei n.º 13.874, de 2019). É o novo momento histórico em direção à autonomia absoluta da vontade.

Porém, em pouco tempo, no alastrar do vírus Sars-Cov-2 e de suas consequências nefastas também sobre a economia e as relações privadas²³, o endurecimento pelo legislador da autonomia privada mostrou-se uma solução, ainda que temporariamente, anacrônica. Muitas relações privadas sofreram revisões contratuais, a critério do devedor, sem a vontade (e, às vezes, sem a extrema vantagem) do credor.

21 MARINO, Francisco Paulo De Crescenzo. *Revisão Contratual: onerosidade excessiva e modificação contratual equitativa*. São Paulo: Almedina, 2020, p. 38.

22 Entre os diversos artigos que restringem a intervenção judicial, dois são mais explícitos: art. 421, parágrafo único; Nas relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual.; e art. 421-A: Os contratos civis e empresariais presumem-se paritários e simétricos até a presença de elementos concretos que justifiquem o afastamento dessa presunção, ressalvados os regimes jurídicos previstos em leis especiais, garantido também que: I - as partes negociantes poderão estabelecer parâmetros objetivos para a interpretação das cláusulas negociais e de seus pressupostos de revisão ou de resolução; II - a alocação de riscos definida pelas partes deve ser respeitada e observada; e III - a revisão contratual somente ocorrerá de maneira excepcional e limitada.

23 Cf. as oito tipologias dos efeitos jurídicos, ainda que não exaustivas, no combate à pandemia de Anderson Schreiber (SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio contratual e dever de renegociar*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 442).

Feito esse breve panorama histórico do movimento pendular do enrijecimento e afrouxamento do sinalagma contratual, passa-se a situar a aprofundar a extensão do equilíbrio contratual nas relações privadas e, em especial, nas relações consumeristas.

3.3. O EQUILÍBRIO CONTRATUAL NO CC

No CC, apesar da positivação da teoria da onerosidade excessiva e de institutos outros — como o da lesão, do estado de perigo, da conservação dos contratos, da resolução contratual, exceção de inseguridade, *exceptio non adimpleti contractus* etc.²⁴ — não há um princípio geral de equilíbrio contratual²⁵. O que há é a presença da autonomia da vontade como regra, que, por vezes, é contraposta por hipóteses concretizadoras e excepcionais do reequilíbrio contratual.

O problema que se coloca no julgado em comento é o do contrato originalmente desequilibrado. Porém, nos termos da lei civil, as causas concomitantes à formação do contrato que permitem um reequilíbrio por revisão judicial são excepcionais: somente na situação de lesão ou por declarações de nulidade de cláusulas abusivas²⁶.

A revisão judicial é uma exceção²⁷ no CC. E não poderia ser diferente, pois, como lembra Luis Renato Ferreira da Silva, “é de ver que a revisão deve consistir na excepcionalidade. A sua utilização deve pressupor, necessariamente, que surgiu uma causa (no sentido de razão jurídica) suficiente para autorizar a intervenção judicial. Não há um princípio revisional, do contrário a lógica contratual fundada na vinculatividade dos pactos estaria subvertida.”²⁸

O sentido e alcance, então, do que se poderia tirar de um princípio do equilíbrio contratual no CC é, quando muito, implícito e limitado; e, nesse pon-

24 Cf. as diversas hipóteses de correção do desequilíbrio, por ato judicial, exposta por Judith Martins-Costa em MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 593/594. E, mesmo diante das hipóteses mencionadas pela autora, “não há um *princípio geral* de modificabilidade do contrato com causa no desequilíbrio: Dito de outro modo: não há um princípio do equilíbrio com caráter geral, mas há institutos que preveem soluções para situações pontuais de desequilíbrio. Sendo o princípio do equilíbrio inexpressão com caráter geral no Código Civil — e, portanto, deduzido de um conjunto de regras e de institutos contidos naquele Código — parece incontroverso estarem o seu sentido e os seus limites orientados por aquelas mesmas regras e institutos” (ibid., p. 594).

25 Em sentido contrário, Anderson Schreiber enxerga que, em relação ao desequilíbrio contratual originário, há espaço de incidência para o princípio do equilíbrio contratual além das figuras de lesão e de estado de perigo (SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio contratual e dever de renegociar*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 164/172). Ou seja, o autor considera existir um princípio implícito que seria extraído do conjunto de dispositivos específicos que reprimem o desequilíbrio originário ou superveniente das prestações (ibid., p. 42), com força normativa para atuar além dos institutos específicos que o preveem.

26 Em especial nos contratos de adesão, há o art. 424, do CC.

27 Nas palavras de Francisco Paulo De Crescenzo Marino, “Não há, em suma, um princípio geral da revisão dos contratos no direito positivo brasileiro.” (MARINO, Francisco Paulo De Crescenzo. *Revisão Contratual: onerosidade excessiva e modificação contratual equitativa*. São Paulo: Almedina, 2020, p. 38)

28 Esse excerto se refere à terceira premissa básica para o tema da revisão (SILVA, Luis Renato Ferreira da. Revisão de contratos no Código Civil: reflexões para uma sistematização das suas causas à luz da intenção comum dos contratantes. In. LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore; e MARTINS, Fernando Rodrigues. *Temas Relevantes do Direito Civil Contemporâneo: Reflexões sobre os 10 anos do Código Civil*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 384.

to, nem a jurisprudência o ajuda, já que assume uma função meramente decorativa²⁹. Os contratos regulados pelo CC podem ser — e frequentemente são — desequilibrados. Porém, o fato de um contrato ser desequilibrado, por si só, não autoriza uma revisão contratual, sem uma razão jurídica para tanto. Nas palavras de Judith Martins-Costa, “o equilíbrio [nos contratos entre iguais] é assegurado *na medida* em que institutos específicos legalmente previstos preveem”³⁰. E no caso em comento, a cláusula penal moratória insere somente em favor do fornecedor — como se tratará melhor adiante — não é por si só abusiva (é válida e legalmente prevista), muito menos outorga uma vantagem exagerada ao fornecedor (do ponto de vista econômico, 2% de multa não é excessivo e encontra-se dentro dos limites fixados pela própria lei).

3.4. O EQUILÍBRIO CONTRATUAL NO CDC

Na ausência de uma situação autorizadora da revisão contratual pelas regras do Código Civil, é o caso de adentrarmos nas regras especiais do CDC, que, no tema de asseguramento do equilíbrio contratual, tem “uma portada mais ampla e indefinida, eis que não cingida à técnica e à medida de determinados institutos”³¹.

E a assimetria reconhecida pelo CDC, ao tratar de “contratos entre desiguais”³², impõe, por lei, uma tutela especial em favor do consumidor por regras de ordem pública de proteção e de direção. A lei interfere no conteúdo contratual para estabelecer certos limites à autonomia privada, outorgando, ainda, remédios para o controle judicial do programa estabelecido em contrato pelo fornecedor. Há, portanto, no CDC uma menor autonomia privada na regulação do conteúdo do contrato pelo fornecedor e um poder corretivo do juiz mais extenso³³ à consecução de melhores fins da justiça substancial³⁴.

E essa proteção não é por acaso. O contrato consumerista favorece o fornecedor pela “oneração da parte economicamente mais débil com os riscos contratuais”³⁵. Muitas vezes, porém, essa oneração é acompanhada de um claro abuso por parte do fornecedor na definição do conteúdo contratual. Isto porque o

29 Vide SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio contratual e dever de renegociar*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 40.

30 MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 590.

31 Ibid.

32 Ibid., p. 573.

33 Dito de “poder corretivo externo ou heterônomo” (MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 574).

34 A justiça substancial preocupa-se com o efetivo equilíbrio entre direitos e obrigações, de acordo com os ditames da justiça comutativa. Sobre a diferença entre a justiça formal e a justiça substancial (subjéctiva e objectiva), cf. NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 220/221.

35 FARIA, Jorge Leite Areias Ribeiro de. *Direito das Obrigações*. Coimbra: Almedina, 1990, v. 1, p. 194.

ambiente dos contratos consumeristas propicia esse abuso. Como denuncia Luís Renato Ferreira da Silva: “Se as relações de consumo propiciam o surgimento de abusos, os contratos de adesão são o campo onde se manifestam escancaradamente.”³⁶

Diante de sua situação de vulnerabilidade, o consumidor deve ser protegido por instrumentos mais austeros do que os do Código Civil. Do ponto de vista meramente legal, o consumidor deve encontrar-se em posição privilegiada. Não há, aqui, um equilíbrio; mas, sim, um desequilíbrio em seu favor. Vistos de outro ângulo, os contratos consumeristas, ao serem redigidos unilateralmente pelo fornecedor, colocam o consumidor em uma posição de desvantagem. As regras do CDC, então, buscam diminuir essa desvantagem. A lei, nesse sentido, asseguraria um âmbito de proteção contratual mínimo em favor do consumidor.

A problemática que se enfrenta é se o contrato consumerista precisa ser equitativamente “equilibrado” em suas prestações e contraprestações, numa acepção próxima à do *justo preço* do direito canônico, ou em seus ônus e riscos (benefícios e encargos)³⁷. Ou, por outro lado, se o contrato consumerista pode ser desequilibrado, porém não exageradamente.

Vista sob um enfoque concreto da inserção ou não de uma cláusula penal em desfavor do fornecedor, uma solução pode parecer simples. Porém, o caso trata de uma mudança de paradigma e de difícil, quiçá impossível, concretização, ainda que seja consentâneo com um ideal imagético de justiça³⁸. Do ponto de vista de uma análise das consequências, adotar um princípio de equilíbrio contratual rigoroso teria o condão de, em todos os contratos consumeristas, obrigar as duas partes a estabelecerem mutuamente os mesmos ônus, deveres anexos e laterais, faculdades, exceções, garantias, cláusulas acessórias, etc. Esse “toma lá, dá cá” não é, porém, salutar para as relações privadas, ainda que consumeristas. Os riscos que as duas partes sofrem numa relação não são os mesmos³⁹ para que haja um suposto equilíbrio de posições subjetivas dos contratantes ou das prestações de cada parte. E com muito menos razão há de se exigir um equilíbrio contratual nas obrigações principais, o que conduziria a uma retomada da proibição da usu-

36 SILVA, Luís Renato Ferreira da. Revisão dos contratos: do Código Civil ao Código do Consumidor. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 56.

37 Sobre o princípio da distribuição equitativa (ou justa) de ônus e riscos, inclusive nos contratos consumeristas, cf. NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 224.

38 O equilíbrio pressupõe uma comparação entre dois elementos, dois pesos sobre a superfície da balança. O equilíbrio da balança é a imagem da Justiça, da equidade e do Direito. “Comme la balance, le droit se donne pour mission de mesurer les rapports humains et de rétablir la justice” (Laurence Fin-Langer, *L'équilibre contractuel*, Paris, L.G.D.J., 2002, p. 3).

39 Basta imaginar que o risco de inadimplência de um banco no empréstimo bancário ao consumidor é baixo em comparação com a situação inversa. Não faria sentido obrigar o banco a dar uma garantia igual a garantia dada pelo consumidor. Ainda, as consequências do inadimplemento sofrida por um consumidor são mais graves do que as sofridas pelo fornecedor. Não faria sentido, desse ponto de vista, determinar uma prefixação idêntica de perdas e danos.

ra católica ou da cobrança de juros, da decretação de lesão a qualquer tempo por qualquer desequilíbrio (genérico ou posterior), da tormentosa discussão do que se configura uma relação contratual justa⁴⁰, etc.

Da análise dos dispositivos do CDC, não há como negar que há, de forma expressa, um princípio do equilíbrio contratual positivado. O art. 4, III e o art. 6, V estabelecem que o equilíbrio contratual é um princípio que faz parte da política nacional das relações de consumo e é um direito básico do consumidor modificar cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais. Porém, o próprio CDC ameniza o rigor desse princípio. Assim, por fatos supervenientes, o direito de revisão só se dá quando os fatos tornarem a prestação *excessivamente* onerosa (art. 6, V, *in fine*, do CDC); ou seja, não é qualquer oneração que permite a revisão, mas somente se for excessiva. Ainda, em relação à formação do contrato, a prática e a cláusula abusivas são as que exigem uma vantagem “manifestamente excessiva” (art. 39, V, do CDC) ou as que coloquem o consumidor “em desvantagem exagerada” (art. 51, IV, do CDC). Em outras palavras, não é qualquer vantagem que o fornecedor tenha sobre o consumidor que é uma prática abusiva; só as exageradas e excessivas⁴¹. Uma exceção dada à lei é a vantagem — presumivelmente exagerada — que “restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar o seu objeto ou equilíbrio contratual” (art. 51, §1º, II do CDC).

Esse controle do conteúdo do contrato é de suma importância. Tendo em vista que o nosso sistema não adotou um controle *a priori* das cláusulas gerais do contrato, é fundamental o trabalho do Ministério Público e do juiz no controle *a posteriori*. A administração pública, na sua função fiscalizadora, exerce um papel fundamental, inclusive por meio de inquéritos civis ou ações civis públicas para apurar irregularidades e nulidades de cláusulas abusivamente insertas⁴².

A proteção dada pelo CDC com múltiplos conceitos indeterminados⁴³ deve ser, porém, manuseada com cuidado. Em primeiro lugar, deve-se admitir que os contratos de consumo, como contratos existenciais que são, merecem

40 NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato: novos paradigmas*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 158.

41 Andrea Cristina Zanetti, ao tratar da configuração do desequilíbrio das prestações, diz que: “Para que seja pertinente a revisão ou rescisão judicial é indispensável, em qualquer circunstância e em primeiro lugar, a discrepância excessiva, não ordinária, claramente desproporcional, que exceda a causa daquele contrato particular tomando-o injustificado; e, num segundo momento, a condição subjetiva da parte contratante, conforme a exigência da lei.” (ZANETTI, Andrea Cristina. *Princípio do Equilíbrio Contratual*. Saraiva: 2012, p. 227)

42 Luís Renato Ferreira da Silva, além de reforçar tais pontos, vai além ao dizer que “Estas medidas [providências tomadas pelo Ministério Público no inquérito civil e na ação civil pública] constatarão nulidades que autorizarão a negativa de efeitos por parte dos interessados, o que só é possível graças ao caráter de pleno direito da nulidade.” (SILVA, Luís Renato Ferreira da. *Revisão dos contratos: do Código Civil ao Código do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 62

43 No direito português, essa preocupação é exposta por Jorge Leite Areias Ribeiro de Faria ao dizer que: “ponto é que a jurisprudência saiba manusear com a necessária cautela os múltiplos conceitos indeterminados (‘prazos excessivos’, ‘motivo justificado’, ‘prazos manifestamente curtos’, ‘locais, horários ou modos de cumprimento despropositados ou inconvenientes’, ‘comportamentos superfluos’, ‘quadro negocial padronizado’), que o texto legal agora publicado, compreensivelmente, utiliza”. (FÁRIA, Jorge Leite Areias Ribeiro de. -. Coimbra: Almedina, 1990, v. 1, p. 207).

sim uma tutela e proteção diferenciadas, com imposições de deveres anexos ou laterais, em todas as fases do contrato⁴⁴. O consumidor deve ser bem informado, esclarecido, protegido e assistido. Não nos parece que os consumidores no caso concreto foram (e ainda são) bem informados a respeito do termo de entrega. A utilização de datas «estimadas», que podem ser cumpridas antes, mas, não raramente, depois, é uma afronta à clareza do prazo de cumprimento do contrato. A data de entrega de um produto é um dos fatores determinantes na escolha do fornecedor pelo consumidor. Porém, para subestimá-los, não raramente os fornecedores somente dão uma estimativa em dias úteis e escondem⁴⁵ que o termo *a quo* desse prazo se dá a partir da checagem dos dados cadastrais, da confirmação de pagamento pela administradora do cartão de crédito, do reconhecimento pelo sistema do pagamento do boleto bancário ou do débito em conta, da emissão de nota fiscal pela empresa, etc. E esses prazos “a mais” raramente são informados (ou mesmo estimados) na mesma página da compra do produto.

Jacques Ghestin, na França, cita um relatório da Câmara de Comércio e da Indústria de Paris dos anos 70 que já apontara a existência do mesmo problema colocado no acórdão em comento ao estudar os principais abusos sofridos pelos consumidores:

“Este mesmo relatório cita algumas das cláusulas mais comuns: ‘o vendedor fixa o preço de venda de acordo com a sua própria tarifa no dia da entrega; ele se reserva o direito de modificar as características do item pedido sem reduzir o preço; exonera-se total ou parcialmente da garantia legal quanto aos vícios ocultos; a data de entrega é indicada a título meramente indicativo e o atraso não implica qualquer responsabilidade ..., o transporte do fornecimento é por conta e risco exclusivo do comprador; ... as cláusulas penais severas estão previstas unilateralmente; as cláusulas de extensão tácita ou automática vinculam o cliente por um longo período’” (destaques nossos)⁴⁶

E quando não se tem clareza da data certa para o cumprimento da obrigação do fornecedor, o consumidor se vê na difícil posição de saber qual é o termo inicial do seu direito de exigir pagamento pelos eventuais prejuízos sofridos pela mora do fornecedor.

Se, de um lado, nos parece que o Ministério Público tinha razão ao exigir um melhor esclarecimento das datas de cumprimento da prestação pelo fornecedor, de outro lado, porém, não nos parece que tenha razão para exigir a inclusão de

44 MORSELLO, Marco Fábio. Contratos existenciais e de lucro. Análise sob a ótica dos princípios contratuais contemporâneos. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ertore; e MARTINS, Fernando Rodrigues. *Temas Relevantes do Direito Civil Contemporâneo*: Reflexões sobre os 10 anos do Código Civil. São Paulo: Atlas, 2012, p. 305.

45 Ou remete o consumidor a ter que procurar os termos e condições disponíveis em algum lugar do site do fornecedor.

46 Tradução livre de: “Ce même rapport cite quelques-unes des clauses les plus courantes: ‘le vendeur fixe le prix de vente selon son propre tarif au jour de la livraison; il se réserve la possibilité de modifier les caractéristiques de la chose commandée sans réduction de prix; il s’exonère en tout ou partie de la garantie légale en matière de vices cachés; la date de livraison est donnée à titre purement indicatif et le retard n’engage aucune responsabilité..., le transport de la fourniture s’effectue aux risques exclusifs de l’acheteur;... des clauses pénales sévères à sens unique sont prévues; des clauses de prorogation tacite ou automatique lient le client pour une très longue durée; l’insertion de clauses compromissaires ou attributives de compétence favorise une seule partie” (GHESTIN, Jacques. *Traité de Droit Civil. Les obligations. Le contrat: formation*. 2 ed. Paris: LGDJ, 1988, p. 70).

uma cláusula penal, seja invertendo (*rectius*, refletindo) a existente em favor do consumidor.

E são múltiplas razões para tanto. Uma primeira é que a inserção de cláusula penal não é ilegal e o percentual fixado também não é excessivo, tanto é que a cláusula é prevista e o seu valor é limitado pelo próprio CDC no art. 52, §1º, do CDC. Se o percentual fosse superior a 2% estaríamos diante de uma cláusula *contra legem*. Se o percentual respeita o limite dado em lei é de supor que a cláusula penal não vai além do que o CDC permitiu. Uma segunda razão, como já visto, é que o poder de revisão dos juízes serve para corrigir o sinalagma excessivamente desequilibrado. A previsão unilateral de cláusula penal não parece desequilibrar excessivamente o sinalagma, pois, economicamente, prefixar as perdas e danos em 2% do valor da prestação não é um exagero. Ainda, a falta de cláusula penal em favor do consumidor não lhe retira o direito de ser indenizado por perdas e danos, mesmo que tenha que provar o prejuízo efetivo.

Um outro aspecto da cláusula penal que deve ser tratado é a respeito da indenização suplementar. Não ficou claro da inicial do Ministério Público, nem dos documentos juntados por quaisquer das partes se há uma cláusula penal em favor do fornecedor. Tomou-se, por presumida, a sua existência⁴⁷. E ainda, não se sabe se essa suposta cláusula penal admitiria ou não uma indenização suplementar. Porém, tratando de relação consumerista, a lei limita a indenização por multa moratória a 2% e, mesmo que se suponha ter sofrido um prejuízo maior, o fornecedor não pode exigi-lo do consumidor. Portanto, caso exista e esta cláusula esteja nos limites da lei, é de reconhecer que não há previsão de indenização suplementar. Dessa forma, refletir em favor do consumidor a eventual cláusula penal moratória pode significar uma limitação da indenização a ser pleiteada pelo consumidor ao montante de 2% do valor da prestação. O consumidor, porém, não raras vezes sofre um prejuízo maior do que 2% do valor da prestação, em especial se considerar a existência de flutuação do preço de mercado ou de perdas e danos extrínsecas⁴⁸.

Portanto, de duas, uma. A inserção de cláusula penal moratória em favor do consumidor com direito a indenização suplementar seria outorgar uma vantagem maior do que a que é tida pelo próprio fornecedor. O que seria um contras-

47 Fato é que, pelo site, o risco de não pagamento pelo consumidor é inexistente, pois, se pago com cartão de crédito, boleto bancário ou débito em conta, o pedido só é processado após a confirmação de pagamento. Sem o pagamento, não há compra e venda. Note-se que, nos pagamentos feitos com cartão de crédito, o risco de inadimplemento é transferido para o banco emissor do cartão. Nas compras e vendas presenciais, o problema do inadimplemento só existe no caso de admissão de pagamento com cheque e este estiver sem fundo. Mesmo nesse caso, não há qualquer informação de qual seria o juro cobrado em caso de mora.

48 Isto é, as perdas e danos extrínsecas têm uma causa além do descumprimento, mas intimamente ligadas ao fato do descumprimento. Tais perdas podem ser indenizadas seja na manutenção ou extinção dos contratos, seja na reparação pelo interesse positivo ou negativo, pois elas indenizam um prejuízo que não seria produzido se o contrato tivesse sido corretamente executado, ou se o contrato não tivesse sido concluído. No direito inglês, refere-se ao “consequential damages”.

senso admitir que o princípio do equilíbrio contratual outorgasse um desequilíbrio. Ou ainda, a inserção de cláusula penal moratória em favor do consumidor sem direito a indenização suplementar seria tratar diferentemente os próprios consumidores, pois, enquanto para uns, a mora não causaria nenhum prejuízo — e tais consumidores receberiam uma indenização pré-fixada —; para outros, a mora causaria um prejuízo maior do que o montante pré-fixado, o que limitaria a indenização a ser pleiteada.

A conclusão, portanto, é que o princípio do equilíbrio contratual do CDC só tem força normativa para restabelecer um contrato consumerista excessivamente desequilibrado ou que restrinja direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato. A inserção de cláusula penal somente em favor do fornecedor não é um direito fundamental inerente à natureza do contrato, nem desequilibra excessivamente o contrato em favor do fornecedor.

3.5. A PROBLEMÁTICA DA INTERPRETAÇÃO NOS CONTRATOS DE CONSUMO

Superada a problemática do princípio do equilíbrio contratual, surge uma outra questão, de igual relevância, a ser discutida, qual seja, a aplicação da interpretação integrativa e possibilidade de revisão judicial dos contratos. A questão da integração dos contratos pelo Poder Judiciário vem, de há muito, sendo discutida tanto em doutrina⁴⁹, quanto em jurisprudência⁵⁰. Trata-se de técnica salutar para a conformação do ordenamento jurídico como um sistema capaz de atender às necessidades sociais em busca dos ideais de justiça e equidade e o ocorre em razão do dogma da completude, uma vez que a lei pode ser lacunosa, mas jamais o ordenamento jurídico.

A questão ganha mais relevo no âmbito dos contratos de adesão, especialmente dentro da lógica principiológica do CDC. Isso porque, se de um lado, tem-se princípios históricos e fundamentais ao desenvolvimento do direito contratual, como é o caso, por exemplo, dos princípios da livre iniciativa, *pacta sunt servanda*, e da relatividade dos contratos; de outro lado, pesam os princípios consumeristas, cujo objetivo é proteger o consumidor, que geralmente se encontra em posição de vulnerabilidade em relação aos fornecedores (em geral, por conta

49 Nesse sentido, tem-se a teoria proposta por Ronald Dworkin, que procurou conciliar, de um lado, uma premente necessidade de democratização e, de outro lado, o aperfeiçoamento do Direito em sua técnica, aproximando tal ciência à comunidade, tanto na sua formação, quanto na sua aplicação. Na visão de Dworkin, o Direito é um conceito em construção, consubstanciado na prática jurisprudencial e na ciência do Direito. Em outras palavras, entende estar inserida no Direito uma necessidade própria de evolução por meio da atividade jurisdicional pautada nos fundamentos filosóficos dessa ciência. A "Interpretação Integrativa", proposta pelo autor enseja o avanço jurídico em correspondência à evolução das práticas sociais. (DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito: O que é o direito*. SP: Martins Fontes, 1999, p. 413).

50 REsp 11.112/RS, Rel. Min. Waldemar Zveiter, Rel. p/ Acórdão Min. Claudio Santos, Terceira Turma, j. 28/06/1991, DJ 28/10/1991, p. 15255. E, mais recentemente, EAREsp 600.663/RS, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, Rel. p/ Acórdão Min. Herman Benjamin, Corte Especial, j. em 21/10/2020, DJe 30/03/2021.

de desvantagem negocial, econômica, técnica e/ou jurídica), das práticas muitas vezes abusivas destes últimos⁵¹.

As empresas fornecedoras de produtos e serviços elaboram seus contratos de adesão e estipulam as suas chamadas “condições gerais” tendo por base o seu próprio negócio e visando não só uma segurança jurídica na regulação das relações estabelecidas com seus clientes e consumidores, mas também, e especialmente, a concretização de suas atividades empresariais, de modo a minimizar os riscos e maximizar os lucros. Nesse sentido, é importante ter em mente que o processo de elaboração das chamadas condições gerais passa por uma necessidade de planejamento, racionalização, celeridade e eficácia da própria atividade empresarial de certos fornecedores, considerando a massificação da celebração dos contratos, caracterizada pelo *anonimato* e pela *despersonalização*, enquanto características base das relações atuais⁵².

Somente levando em consideração tais fatores econômico-sociais, bem como as razões e estrutura das atividades e relações sociais nos dias de hoje, é que se pode partir para uma análise jurídica do caso ora em comento a fim de identificar o acerto ou não do acórdão quanto à possibilidade e hipóteses de integração dos contratos de adesão e consumo à luz do nosso ordenamento jurídico. Assim, é necessário analisar, brevemente, os dispositivos legais presentes em nosso ordenamento e que tratam do tema da mora e inadimplemento do fornecedor e das cláusulas abusivas nos contratos de consumo.

O Decreto-Lei 4.657/42 (a Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro), em seu artigo 4º, estabelece: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito.”. Mais do que isso, o artigo 140 do CPC prevê, expressamente, que “O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico”. Portanto, se de um lado criam-se os mecanismos aptos para promover a integração do sistema na busca da melhor solução do caso concreto, de outro lado, o juiz tem o dever de decidir ainda que efetivamente exista lacuna na lei. Para o caso em comento, relevam os artigos relacionados à revisão, interpretação e integração dos contratos, tantos no CC, quanto no CDC. No âmbito do CC,

51 Mais do que isso, a celebração dos contratos de adesão, especialmente aqueles celebrados eletronicamente, tem um papel fundamental e típico no desenvolvimento da sociedade industrial moderna, sendo, hoje, um modo de contratação imprescindível às atuais estruturas de produção econômica e respectiva distribuição de bens e serviços. Nesse sentido, assevera Antonio Pinto Monteiro que: “É sabido que a contratação com base em condições ou cláusulas negociais gerais, previamente elaboradas, a que o cliente se limita a aderir, constitui uma faceta típica da sociedade industrial moderna e um modo de negociação imprescindível, funcionalmente ajustado às actuais estruturas de produção econômica e respectiva distribuição de bens e serviços.” (MONTEIRO, António Pinto. *Cláusula Penal e Indemnização*. Coimbra: Almedina, 2014, p. 747/748).

52 “Esta prática negocial *uniformizada* ajusta-se, ainda, por outro lado, à sociedade, de massas dos nossos dias, correspondendo estes *contratos em série*, no plano jurídico-negocial, ao *anonimato* e *despersonalização*, enquanto característica base das actuais relações sociais” (MONTEIRO, António Pinto. *Cláusula Penal e Indemnização*. Coimbra: Almedina, 2014, p. 749).

ganham maior destaque os artigos 421, 422, 478 e 479. No âmbito do CDC, destacam-se os artigos 6º, 35 e 51, IV, §1º, II.

Os artigos 421 e 422 do CC positivam alguns dos princípios fundamentais do direito contratual por meio de cláusulas gerais aplicáveis à formação, execução e interpretação dos contratos⁵³. Nesse sentido, o artigo 421 do CC impõe à liberdade de contratar o limite da função social do contrato. O artigo 422, por sua vez, prevê que “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.”. Assim, em princípio, caso identifique uma violação às mencionadas cláusulas gerais, o juiz está autorizado a revisar e modificar tais cláusulas adotando uma atividade integrativa⁵⁴.

Este entendimento se vê refletido, inclusive, nos termos do Enunciado nº 26 do Conselho da Justiça Federal, segundo o qual “a cláusula geral contida no art. 422 do novo CC impõe ao juiz interpretar e, quando necessário, suprir e corrigir o contrato segundo a boa-fé objetiva, entendida como exigência de comportamento leal dos contratantes”⁵⁵.

Os artigos 478 e 479, ambos do CC, preveem a possibilidade de resolução do contrato por onerosidade excessiva com base na Teoria da Imprevisão, caso “a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis”, podendo a resolução ser evitada caso o réu se ofereça a modificar equitativamente as condições do contrato.

Vê-se, portanto, que, no âmbito do CC, embora existam cláusulas gerais que permitem, segundo a doutrina, a revisão e modificação das cláusulas contratuais pelo juiz, não há dispositivo que permita, expressamente, a inclusão de cláusulas no contrato, especialmente as relacionadas a aplicação de punições ou sanções em caso de mora ou inadimplemento, tal como pretende o MPSP no caso em comento.

Devem ser aplicadas, neste caso, portanto, as regras gerais do CC quanto à mora e ao inadimplemento, previstas nos seus artigos 389, 394 e 395, respon-

53 “As três cláusulas gerais constantes do dispositivo [art. 421] são: a) autonomia da privada (a liberdade de contratar); b) respeito à ordem pública; c) função social do contrato. [...] O novo sistema jurídico de direito privado impõe às partes que resguardem, tanto na conclusão quanto na execução do contrato, os princípios da probidade e da boa-fé (CC 422). A norma prevê, como cláusula geral, a boa-fé objetiva.” NERY JR., Nelson. *Código Civil Comentado*, 11ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, pp. 793/801.

54 “Pela cláusula geral da função social do contrato, o juiz pode revisar e modificar cláusula contratual que implique desequilíbrio entre as partes. Essa atividade integrativa do juiz (*Richterrecht*) assume o caráter de direito positivo vinculante em nome da legitimação democrática do direito e do princípio da divisão dos poderes.” (NERY JR. Nelson. *Código Civil Comentado*, 11ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 797).

55 Enunciado nº 26 do Conselho da Justiça Federal, disponível na internet, in <http://www.cjf.gov.br>

dendo o devedor, tanto em caso de mora, quanto de inadimplemento, por perdas e danos, mais juros, atualização monetária e honorários de advogado.

No CDC a situação não é diferente. O artigo 6º, IV, do CDC, prevê, dentre os direitos básicos do consumidor: “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”. Já o artigo 35 do CDC, dá ao consumidor alternativas e a possibilidade de escolha dentre elas na hipótese de o “fornecedor recusar cumprimento à oferta, apresentação ou publicidade”, podendo o consumidor exigir, a seu exclusivo critério, o cumprimento do contrato, o abatimento no preço ou a rescisão do contrato.

Por sua vez, o artigo 51, IV, §1º, II, do CDC, que dispõe a respeito das cláusulas abusivas, prevê serem nulas de pleno direito as cláusulas contratuais que “estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade”, presumindo como exagerada a vantagem “restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou equilíbrio contratual”.

Não há, portanto, regra específica no CDC que permita a inclusão de cláusulas como forma de integração do contrato. Embora referido diploma permita a modificação ou anulação das cláusulas contratuais que forem consideradas abusivas, não há regra expressa a respeito da integração dos contratos de consumo neste caso.

Entra em cena, aqui, como visto o princípio do equilíbrio contratual, segundo o qual deve-se aferir o equilíbrio entre as prestações e obrigações distribuídas entre os partícipes de determinada relação jurídica a fim de avaliar se tal distribuição se conforma ao ordenamento jurídico⁵⁶. A rigor, tal equilíbrio deve ser determinado pelas partes, sendo a intervenção judicial no contrato medida excepcional⁵⁷ que visa, tão-somente, corrigir graves distorções, que gerem vantagens excessivas ou exageradas ou configurem abuso⁵⁸.

56 Sobre o princípio do equilíbrio contratual, afirma Luiz Octávio Villela de Viana Bandeira: “Decorrente da concepção de equidade negocial, o princípio do equilíbrio contratual é entendido como um dos novos princípios do direito contratual, que coexiste com antigos dogmas civilistas sem, contudo, anulá-los. Ele autoriza a avaliação do equilíbrio entre as prestações distribuídas entre os polos de uma relação jurídica obrigacional de modo a aferir sua conformidade jurídica. [...] Percebido como decorrência da própria concepção de justiça contratual, o princípio do equilíbrio contratual irradiaria seus efeitos no ordenamento jurídico de modo a proteger as partes que se encontrem em situação de vulnerabilidade em relação à outra parte contratante. A vigência de tal princípio dificilmente pode ser refutada tomando-se em conta o ordenamento jurídico vigente.” (*As Cláusulas de Não Indenizar no Direito Brasileiro*. São Paulo: Almedina, 2016, p. 152/153).

57 Vale destacar, aqui, a mudança na redação do art. 421, que se deu com a edição da Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019 (“Lei da Liberdade Econômica”), na semana do julgamento em comento, e que incluiu o parágrafo único no referido dispositivo, para positivizar o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual no âmbito das relações privadas, nos seguintes termos: “Nas relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual.”.

58 Nesse sentido, Cristiano Zanetti afirma que “no direito dos contratos próprios a uma economia de mercado, o equilíbrio é

Porém, na lógica de um contrato de adesão, unilateral e previamente elaborado por apenas uma das partes, e celebrado eletronicamente, tal equilíbrio não necessariamente será aferido de imediato, pois, uma vez que o aderente/consumidor muitas vezes se vê obrigado a aceitar as disposições do contrato para não ser privado de determinado serviço ou produto, e não tendo a possibilidade de intervir na formação do contrato, não se pode presumir que a declaração de vontade nele expressa reflita fielmente a vontade do aderente/consumidor⁵⁹.

Nesse sentido, a inexistência de uma cláusula penal em desfavor do fornecedor para o caso de mora no cumprimento do prazo de entrega do produto ou serviço, ou no prazo de devolução do preço, no caso de exercício do direito de arrependimento por parte do consumidor, poderia ser interpretada como um desequilíbrio do negócio jurídico em desfavor do consumidor, permitindo, assim que o Poder Judiciário integre o contrato de adesão de acordo com o ordenamento jurídico.

Dessa forma, antes de se analisar o cabimento da utilização da interpretação integrativa do contrato de adesão e o controle da cláusula penal no ordenamento brasileiro, especialmente no caso em comento, vale trazer aqui, exemplos de direito comparado para que se tenha uma noção mais ampla das formas com as quais tal questão é resolvida em diversos ordenamentos.

3.6. DIREITO COMPARADO

O Código Civil italiano, em seus artigos 1341, 1342 e 1370, preocupou-se, já no ano de 1942, praticamente apenas com a tutela da vontade do aderente, no sentido de combater o risco de desconhecimento das condições gerais do contrato, especialmente das mais gravosas aos interesses do aderente (clausole vessatorie). Situou-se, assim, ao nível do consentimento, não exercendo qualquer controle de fundo sobre as próprias condições gerais dos contratos de adesão⁶⁰.

determinado pelas partes, não pelo Estado. A intervenção somente é excepcional, voltada a corrigir graves distorções, como se verifica na disciplina da onerosidade excessiva e da lesão" (ZANETTI, Cristiano de Sousa. Observações à dissertação de mestrado: cláusula de não indenizar – uma análise sobre o nexo de imputação e a fragmentação das consequências da r. civil. Defesa Pública da Dissertação de Mestrado em Direito de Luiz Octávio Villela de Viana Bandeira na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2014, São Paulo). No mesmo sentido, afirma Antônio Junqueira de Azevedo que: "o princípio do equilíbrio econômico do contrato, ou do sinalagma, por seu turno, leva à admissão, especialmente, de duas figuras, a lesão e a excessiva onerosidade" (AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Os princípios do atual direito contratual e a desregulamentação do mercado. Direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento. Função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro o que contribui para inadimplemento contratual. In: *Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2004, p.141).

59 Nas palavras de Antônio Pinto Monteiro: "É que, se, num contrato negociado, o conteúdo deste beneficia da presunção de que corresponderá à vontade de ambas as partes, isso já não acontece, porém, em contratos de adesão, cujo conteúdo resulta, de facto, de uma vontade apenas, dispondo esta, para o efeito, de todo um arsenal de técnicas e de meios para se importar à contraparte. Esta, não tendo possibilidade de intervir na conformação do contrato, também não poderá, na maioria dos casos, recusar-se à sua celebração, carecendo de alternativa real para a aquisição do bem ou serviço de que necessita" (MONTEIRO, Antônio Pinto. *Cláusula Penal e Indemnização*. Coimbra: Almedina, 2014, p. 750).

60 MONTEIRO, Antônio Pinto. *Cláusula Penal e Indemnização*. Coimbra: Almedina, 2014, p. 751.

A partir de tais previsões, alguns sistemas jurídicos avançaram para uma forma complementar de controle da cláusula penal no contrato de adesão; em certos casos, confiando a órgãos próprios a tarefa de fiscalizar preventivamente as minutas das condições gerais que o fornecedor pretende impor nos seus contratos, o denominado controle administrativo; em outros casos, remetendo aos tribunais tal função, dando-lhes o poder de interditar para o futuro, a utilização das condições gerais proibidas⁶¹.

Dentre os sistemas que optaram por um controle administrativo dos contratos de adesão, estão o israelita e o sueco. Na experiência israelita, esse controle passou a ser realizado com a promulgação da *Standard Contracts Law*, que criou um *Standard Contracts Tribunal* com poderes para anular, ou modificar qualquer condição em contrato de adesão que esteja relacionada a uma desvantagem indevida para os consumidores ou uma vantagem injusta para o fornecedor, com o propósito de proteger os consumidores contra condições ilicitamente desvantajosas em contratos de adesão.

Como exemplos da segunda opção estão a lei alemã e a portuguesa, inspirada no modelo germânico. No Código Civil Português, há expressa previsão quanto a possibilidade de integração dos contratos, seja para a anular cláusulas consideradas ilícitas ou abusivas, caso em que o contrato se mantém recorrendo-se, se necessário, às regras de integração dos negócios jurídicos, seja quanto à possibilidade de inclusão de cláusulas, em harmonia com a vontade que as partes teriam tido se houvessem previsto o ponto omissio⁶², nos termos dos artigos 9º⁶³ e 239º⁶⁴ daquele diploma legal.

Sobre a interpretação e integração do negócio jurídico que possua lacunas e os efeitos delas decorrentes, destaca-se a lição de Emilio Betti que afirma que:

“A chamada interpretação integrativa versa sobre os pontos do regulamento negocial, que, mesmo não tendo sido abrangidos pela fórmula, que permaneceu inadequada, estão compreendidos na idéia que ela exprime e, portanto, continuam sendo enquadrados no conteúdo do negócio. Os pontos a serem questionados durante a interpretação ainda são inferidos pela totalidade da declaração, avaliada com base na boa-fé, nos usos sociais etc., e, nesse sentido, são inteligíveis e reconhecíveis pelas próprias partes. [...]”

61 Ibid.

62 “O contrato manter-se-á na parte restante, com recurso às normas supletivas aplicáveis e, se necessário, às regras de integração dos negócios jurídicos, consagradas no art. 239º do Código Civil: é a solução ditada pelo art. 9º do mencionado diploma sobre as cláusulas contratuais gerais.” (MONTEIRO, António Pinto. *Cláusula Penal e Indemnização*. Coimbra: Almedina, 2014, p. 76/77).

63 ARTIGO 9º (Interpretação da lei) 1. A interpretação não deve cingir-se à letra da lei, mas reconstituir a partir dos textos o pensamento legislativo, tendo sobretudo em conta a unidade do sistema jurídico, as circunstâncias em que a lei foi elaborada e as condições específicas do tempo em que é aplicada. 2. Não pode, porém, ser considerado pelo intérprete o pensamento legislativo que não tenha na letra da lei um mínimo de correspondência verbal, ainda que imperfeitamente exposto. 3. Na fixação do sentido e alcance da lei, o intérprete presumirá que o legislador consagrou as soluções mais acertadas e soube exprimir o seu pensamento em termos adequados.

64 ARTIGO 239º (Integração) Na falta de disposição especial, a declaração negocial deve ser integrada de harmonia com a vontade que as partes teriam tido se houvessem previsto o ponto omissio, ou de acordo com os ditames da boa-fé, quando outra seja a solução por eles imposta.

Mas a interpretação pressupõe conceitualmente um determinado conteúdo do negócio concreto, seja ele explícito, seja implícito, uma idéia (preceito) do negócio, expressa ou não com fórmula adequada. Em contrapartida, a integração com normas supletivas ou dispositivas pressupõe justamente a falta de um preceito que possa ser extraído da fórmula, portanto uma lacuna não apenas nesta última, mas na própria idéia (preceito), no regulamento negocial; e ela concerne não à espécie do negócio, mas unicamente aos seus efeitos: é integração dos efeitos.”⁶⁵

Vê-se, assim, que a interpretação integrativa tem por função primordial a adequação de uma norma que contenha lacuna para que seja aplicada ao fato. Em outras palavras, essa forma de interpretação permite que um caso concreto seja solucionado por meio de mecanismos que têm o condão de completar a lacuna verificada na norma, alcançando solução que a norma, por si só, não tem condições de alcançar, justamente por conta de sua incompletude. No entanto, para que tal interpretação atenda a finalidade a que se destina de forma satisfatória e efetiva, deve considerar as circunstâncias do caso em tela, sendo processada de modo integrado com a realidade, com o contexto que envolve o caso concreto⁶⁶.

3.7. AS CLÁUSULAS GERAIS COMO MECANISMO DE INTERPRETAÇÃO

Nesse sentido, como visto, as cláusulas gerais, tais como a boa-fé objetiva⁶⁷ e a função social do contrato, assumem assumindo um caráter hermenêutico-integrativo dos contratos, não só com o objetivo de buscar a composição da vontade real das partes no momento da formação do negócio, mas também para atuar integração das lacunas eventualmente verificadas na relação contratual⁶⁸. Em regra, as cláusulas gerais, justamente por serem abertas, permitem ao intérprete, com base na vontade das partes, estender ou alargar o conteúdo do contrato⁶⁹.

Embora possa servir para aumentar o conteúdo do negócio jurídico, tal interpretação encontra limites na própria declaração de vontade das partes do negócio jurídico e na existência, ou não, de lacunas nas normas existentes e aplicáveis ao caso concreto⁷⁰. As normas gerais trazem um conteúdo genérico que

65 BETTI, Emilio. *Interpretação da lei e dos atos jurídicos*: teoria geral e dogmática. Trad. Karina Jannini; a partir da segunda edição revista e ampliada por Giuliano Crifó; revisão técnica Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 375/376.

66 WELSCH, Gisele Mazzoni. *A interpretação integrativa e a revisão judicial dos contratos*. Jan/2014.

67 “o princípio da boa-fé passou a ter importância decisiva como cláusula geral destinada a conferir ao intérprete poderoso instrumento para avaliar a licitude das cláusulas contratuais” (AMARAL JÚNIOR, Alberto do. *A função da boa-fé no controle da abusividade das cláusulas contratuais*. In: http://www.cartamaior.com.br/exibe_artigo.asp?cd_artigo=7. Palestra proferida no I Simpósio Internacional de Direito Bancário, realizado em março de 1998, em São Paulo).

68 “por meio da interpretação da vontade é possível integrar o conteúdo do negócio jurídico com outros deveres que não emergem diretamente da declaração” (COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. *A obrigação como processo*. São Paulo: FGV, 2006, p. 36).

69 “como toda cláusula geral, permite atividade criadora do juiz. Esta, porém não é arbitrária, mas contida nos limites da realidade do contrato, sua tipicidade, estrutura e funcionalidade, com aplicação dos princípios admitidos pelo sistema” (AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *A boa-fé na relação de consumo*. In: Revista do. Direito do Consumidor 14/20).

70 “É certo que tal forma de interpretação serve, realmente, para aumentar o conteúdo do negócio jurídico; mas, por outro lado, não é menos exato que se adstringe, tão-somente, à pesquisa e explicitação volitiva das partes no momento da constituição do ato, não abrangendo, por consequência, as mesmas situações atingidas pelo princípio da boa-fé, o que traça uma órbita bem mais ampla, assumindo, por vezes, função limitadora de direitos (inclusive formativos) dos partícipes da relação, e alcançando todos os momentos e fases do vínculo, desde o seu nascimento até o adimplemento de deveres e obrigações” (COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. *A obrigação como processo*. São Paulo: FGV, 2006, p. 36).

serve de referência ao intérprete para aplicar o direito ao fato, deixando de adotar conceitos rígidos, mas encontra limites na vontade dos partícipes ao celebrarem o próprio negócio jurídico.

Dessa forma, muito embora as cláusulas gerais permitam ao juiz valer-se da interpretação integrativa para analisar a conformidade das cláusulas contratuais ao ordenamento jurídico e, eventualmente, acrescer ao conteúdo do negócio jurídico, este mecanismo encontra seu limite de utilização na existência de lacunas nas normas ou no ordenamento jurídico a ser aplicado ao caso concreto.

Nesse sentido, o entendimento adotado pela Ministra Relatora Nancy Andrighi e acompanhado pela maioria dos Ministros da Segunda Seção do STJ no julgamento ora em análise corrobora o quanto demonstrado até aqui. O ordenamento jurídico vigente não autoriza a intervenção judicial no contrato de adesão/consumo para impor obrigação à B2W de inserir cláusula penal em seu desfavor. Inexistindo lacuna legal a ser suprida, não há que se falar em interpretação integrativa do contrato pelo Poder Judiciário.

Assim, em que pese o quanto exposto pelo Ministro Paulo de Tarso Sanseverino em seu voto vencido, que foi acompanhado pelos Ministros Marco Buzzi e Moura Ribeiro, mesmo à luz do CDC e de todos os princípios que o embasam, não se deve permitir que os contratos consumeristas sejam integrados por meio da inclusão de cláusula penal ou da inversão da cláusula prevista em desfavor do consumidor para que seja aplicada em favor deste. Isto porque, neste caso, não há lacuna legal a ser suprida por meio da interpretação integrativa.

Como visto, o ordenamento jurídico brasileiro possui regras próprias para a hipótese de mora ou inadimplemento por parte do devedor, que responde pelas perdas e danos causados pela mora, bem como pela atualização monetária, juros e honorários de advogado, nos termos dos artigos 389, 394 e 395, todos do CC. Também inexistente lacuna a ser suprida no âmbito do direito do consumidor, uma vez que o CDC também dispõe de meios para resolver, seja a abusividade de cláusulas inseridas nos contratos regulados por aquele diploma, seja o inadimplemento ou mora do fornecedor, nos termos dos seus artigos 49 e 51. Assim, considerando o caso concreto, não há espaço no ordenamento jurídico brasileiro para que seja determinada, pelo Poder Judiciário, a inserção de cláusula penal em desfavor do fornecedor, por meio da utilização da interpretação integrativa.

Portanto, quer-nos parecer que a solução adotada pelo acórdão ora em comento mostrou-se acertada e de acordo com o ordenamento jurídico vigente, não havendo que se falar, no caso concreto, em interpretação integrativa do contrato de adesão/consumo por inexistir lacuna legal a ser suprida por meio de tal mecanismo hermenêutico.

4. CONCLUSÃO

Em relação à intervenção judicial nos contratos, fizemos uma análise das regras do CC e do CDC. Na lei civil, não há, entretanto, um princípio geral de equilíbrio contratual para justificar uma revisão judicial fora das poucas hipóteses legais. A regra é o respeito à autonomia privada e a exceção o reequilíbrio — e este limitado e previsto a alguns institutos, como decretação de nulidade de cláusulas abusivas ou onerosidade excessiva. Não se permite pelo CC a inserção de cláusulas, nem se pode impor cláusulas dispositivas contra a vontade de uma das partes. No CDC, há um princípio positivado do equilíbrio contratual, porém a sua força normativa serve para restabelecer um contrato consumerista excessivamente desequilibrado ou que restrinja direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato. A inserção de cláusula penal somente em favor do fornecedor não é, porém, um direito fundamental inerente à natureza do contrato, nem desequilibra excessivamente o contrato em favor do fornecedor.

Numa análise interpretativa, a cláusula penal configura um eficaz mecanismo para dissuadir o descumprimento e a fazer respeitar as obrigações assumidas pelas partes. Serve também, como reforço, ao lado das diversas medidas de tutela que o ordenamento jurídico coloca à disposição do credor, preenchendo eventuais lacunas e insuficiências dessas medidas, por meio da autonomia das partes, concretizada no acordo a que chegaram⁷¹.

Para que tenha validade e tenha sua aplicação garantida, o *consentimento* é fundamental quando da estipulação da cláusula penal, pois “*só por consentimento prévio poderá impor-se a alguém uma sanção, ou um montante idemnizatório prefixado*”.⁷²

Como vimos, a inexistência de cláusula penal em desfavor do fornecedor (B2W) para o caso de inadimplemento ou mora na entrega do produto ou na devolução do preço quando exercido o direito de arrependimento por parte do consumidor, constitui lacuna interna do negócio jurídico celebrado pela B2W e seus consumidores.

A princípio, tal incompletude poderia ser solucionada por meio de interpretação integrativa com base na aplicação das cláusulas gerais da boa-fé, da fun-

71 MONTEIRO, Antônio Pinto. *Cláusula Penal e Indemnização*. Coimbra: Almedina, 2014, p. 717. Vide também: “A cláusula penal é figura típica dos contratos, sancionando o não cumprimento (lato sensu) de obrigações deles emergentes. Isso não obsta, no entanto, a que ela possa referir-se a obrigações de outra natureza, designadamente de fonte legal. Em qualquer dos casos, é essencial, para o efeito, que haja acordo entre os sujeitos que a estipulam. Compreende-se que seja assim: atentas as funções que ela desempenha, só por consentimento prévio poderá impor-se a alguém uma sanção, ou um montante idemnizatório prefixado. [...] O que se mostra necessário, numa palavra, é que o obrigado à ulterior prestação da pena tenha previamente consentido nela, não podendo esta ser-lhe imposta unilateralmente.” (Ibid., p. 70/71)

72 “Para que o credor tenha direito à pena, torna-se indispensável, antes de mais, que ela haja sido aceite pela outra parte: a cláusula penal, cujo objeto é a pena, não pode ser imposta unilateralmente, carecendo, ao invés, do consentimento prévio de ambas as partes.” (MONTEIRO, Antônio Pinto. *Cláusula Penal e Indemnização*. Coimbra: Almedina, 2014, p.718).

ção social do contrato e dos princípios fundamentais do direito do consumidor. Porém, o que se verifica no caso concreto, é que tal incompletude é meramente aparente, uma vez que o ordenamento jurídico brasileiro possui outras formas de solucionar tanto a questão da eventual abusividade de cláusulas no contrato de adesão, por meio da anulação das referidas cláusulas, quanto a questão do inadimplemento ou mora do fornecedor, seja pela opção dada ao consumidor de exigir o cumprimento do contrato ou resolvê-lo, seja por meio da imposição de perdas e danos.

Nesse sentido, por ter aplicado corretamente os institutos abordados neste artigo, entendemos que a solução adotada pelo acórdão ao impedir a inclusão de cláusula penal por revisão judicial mostrou-se acertada e de acordo com o ordenamento jurídico vigente, não havendo que se falar, no caso concreto, em revisão de contratos não manifestamente desequilibrados, nem em interpretação integrativa do contrato de adesão/consumo por inexistir lacuna a ser suprida por meio de tal mecanismo hermenêutico.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *A boa-fé na relação de consumo*. In: Revista do. Direito do Consumidor.
- AMARAL JÚNIOR, Alberto do. *A função da boa-fé no controle da abusividade das cláusulas contratuais*. In: http://www.cartamaior.com.br/exibe_artigo.asp?cd_artigo=7. Palestra proferida no I Simpósio Internacional de Direito Bancário, realizado em março de 1998, em São Paulo.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira de. A lesão como vício do negócio jurídico. A lesão entre comerciantes. Formalidade pré-contratuais. Proibição de Venire contra factum proprium e ratificação de atos anuláveis. Resolução ou revisão por fatos supervenientes. Excessiva onerosidade, base do negócio e impossibilidade da prestação. In: *Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- _____. Os princípios do atual direito contratual e a desregulamentação do mercado. Direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento. Função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para inadimplemento contratual. In: *Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- _____. Contrato de opção de venda (*put option*) de ações. Conflito entre o critério de determinação do valor das ações e o piso mínimo estipulado para transferência. Interpretação do conceito de preço justo. A boa-fé e os usos, visando evitar o enriquecimento sem causa. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Novos Estudos e Pareceres de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BANDEIRA, Luiz Octávio Villela De Viana. *As Cláusulas de Não Indenizar no Direito Brasileiro*, São Paulo: Almedina, 2016.
- BETTI, Emilio. *Interpretação da lei e do atos jurídicos: teoria geral e dogmática*, São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. *A obrigação como processo*. São Paulo: FGV, 2006.
- DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito: O que é o direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- FARIA, Jorge Leite Areias Ribeiro de. *Direito das Obrigações*. Coimbra: Almedina, 1990, v. 1.
- FIN-LANGER, Laurence. *L'équilibre contractuel*. Paris: LGDJ., 2002
- FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Caso Fortuito e Força Maior*. 2 ed. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1943.
- GHESTIN, Jacques. *Traité de Droit Civil. Les obligations. Le contrat: formation*. 2 ed. Paris: LGDJ, 1988.

LARENZ, Karl. *Base del Negocio Jurídico y Cumplimiento de los Contratos*. Trad. Carlos Fernández Rodríguez. Granada: Editorial Comares, S.L., 2002.

LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore; e MARTINS, Fernando Rodrigues. *Temas Relevantes do Direito Civil Contemporâneo*: Reflexões sobre os 10 anos do Código Civil. São Paulo: Atlas, 2012.

MAIA, Paulo Carneiro. *Da cláusula rebus sic stantibus*. São Paulo: Saraiva, 1959

MARINO, Francisco Paulo De Crescenzo. *Revisão Contratual*: onerosidade excessiva e modificação contratual equitativa. São Paulo: Almedina, 2020.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*: critérios para a sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

MONTEIRO, António Pinto. *Cláusula Penal e Indemnização*. Coimbra: Almedina, 2014.

MORSELLO, Marco Fábio. Contratos existenciais e de lucro. Análise sob a ótica dos princípios contratuais contemporâneos. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore; e MARTINS, Fernando Rodrigues. *Temas Relevantes do Direito Civil Contemporâneo*: Reflexões sobre os 10 anos do Código Civil. São Paulo: Atlas, 2012

NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato*: novos paradigmas. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NERY JR., Nelson. [et al.] *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

NERY JR., Nelson. *Código Civil Comentado*, 11ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994.

OERTMANN, Paul. *Introducción al Derecho Civil*. Trad. Luis Sancho Seral. Barcelona: Editorial Labor. S. A., 1933.

POTHIER, Robert Joseph. *Oeuvres de Pothier*. 2 ed. Paris: Cosse et Marchal, 1861, t. V.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Revisão Judicial dos Contratos*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2006

SCHMITT, Cristiano Heineck. *Cláusulas abusivas nas relações de consumo*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio contratual e dever de renegociar*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

SHINGAI, Daniel Rodrigo Ito. *A eficácia das obrigações em relação a terceiros*. Dissertação (mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.

SILVA, Luís Renato Ferreira da. *Revisão dos contratos: do Código Civil ao Código do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

WELSCH, Gisele Mazzoni. *A interpretação integrativa e a revisão judicial dos contratos*. Jan/2014, Disponível em: < <http://giselewelsch.com.br/static/arquivos-publicacoes> > Acesso em: 14/04/2021.

WINDSCHEID, Bernard. *Diritto delle pandette*. Trad. Carlo Fadda e Paolo Emilio Bensa. Torino: Unione Tipografico-Editrice, 1925, volume primo, parte prima.

ZANETTI, Andrea Cristina. *Princípio do Equilíbrio Contratual*. Saraiva: 2012

ZANETTI, Cristiano de Sousa. Observações à dissertação de mestrado: cláusula de não indenizar – uma análise sobre o nexo de imputação e a fragmentação das consequências da r. civil. Defesa Pública da Dissertação de Mestrado em Direito de Luiz Octávio Villela de Viana Bandeira na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2014, São Paulo.

UMA VIAGEM PELA RESPONSABILIDADE CIVIL DAS AGÊNCIAS DE TURISMO A PARTIR DO RESP 1.791.010/RO

ÉVERTON WILLIAN PONA^{1*}

1. FÉRIAS FRUSTRADAS DE OUTONO: ELEMENTOS DESCRITIVOS DO CASO

Vitor e Juliana² decidiram viajar. Escolheram o destino: Nassau, nas Bahamas; a data: 20/04/2016; o tempo de permanência: retorno previsto para 26/04/2016. O trajeto teve início no Aeroporto de Manaus/AM e contava com escala em Miami, Flórida (Estados Unidos). Quando chegaram em Miami, a parada que esperavam ser apenas uma escala se tornou definitiva. O voo que os levaria até o destino, informado no momento da compra, não existia. Passaram o restante das férias na cidade de Miami, perderam a reserva no hotel em Nassau e suportaram outras despesas não previstas³.

Por esses fatos decidiram buscar ressarcimento por danos patrimoniais e extrapatrimoniais e processaram a Decolar.com, empresa por intermédio da qual adquiriram as passagens pelo endereço eletrônico na internet.

Na decisão caso em primeiro grau afastou-se a alegação de ilegitimidade passiva da requerida Decolar.com devido à sua integração da cadeia de fornecimento, nos termos do art. 7º, parágrafo único, do CDC. Por considerar que a empresa não demonstrou ter notificado os requerentes da alteração do voo e que essa alteração se deu por ato da companhia aérea, a sentença julgou configurada a falha na prestação do serviço. Assentou, outrossim, que além de não haver prova de o vício na prestação decorrer de falha da companhia aérea, esse fato – se provado fosse – não configuraria a excludente de fato de terceiro porque a requerida também é responsável legal, enquadrando-se no conceito de fornecedor nos

1 Doutorando em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (Largo de São Francisco). Mestre em Direito Negocial e Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Londrina/PR. Especialista em Direito Constitucional Contemporâneo (IDCC/Unibrasil). Juiz de Direito no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Contato: evertonpona@gmail.com.

2 Os nomes dos requerentes, a despeito de ser público o processo, foram substituídos por nomes fictícios para evitar exposição desnecessária.

3 Os fatos como aqui descritos foram retirados da sentença e do acórdão proferidos, respectivamente, pela 1ª Vara Cível da Comarca de Cacoal/RO e pela 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Rondônia.

termos dos arts. 3⁴, 12⁵ e 14⁶, do Código de Defesa do Consumidor. A Decolar.com, então, foi condenada ao ressarcimento dos danos patrimonial e extrapatrimonial.

A Decolar.com recorreu ao Tribunal de Justiça de Rondônia, o qual acolheu a preliminar de ilegitimidade passiva e extinguiu o processo sem resolução do mérito.

Os requerentes, Vitor e Juliana, interpuseram recurso especial. Admitido na origem, no Superior Tribunal de Justiça foi autuado como REsp 1.791.010/RO e sorteado à Min. Maria Isabel Gallotti que, monocraticamente, considerou o acórdão do Tribunal de Justiça de Rondônia alinhado à jurisprudência da Corte Superior e negou provimento ao recurso.

A Decolar.com isentou-se da responsabilidade porque não foi considerada parte legítima para figurar no polo passivo da demanda.

2. OS ARGUMENTOS DOS JULGADORES: O QUE DISSE QUEM DIZ O DIREITO NO (E ALÉM DO) CASO?

Na solução da demanda apresentada por Vitor e Juliana teve relevância o que se denomina processualmente de defesa indireta peremptória, ou seja, uma questão de direito processual (legitimidade da parte), não relativa ao mérito, pôs fim à ação manejada.

A questão foi enfrentada na sentença proferida em primeira instância sob os seguintes argumentos: aplica-se ao caso a teoria da aparência, segundo a qual, para o consumidor, ambas as empresas (no caso, a vendedora da passagem – Decolar.com – e a companhia aérea) se confundem; tendo intermediado a compra e venda dos bilhetes, a Decolar.com passou a integrar a cadeia de fornecedores da relação de consumo (art. 7º, parágrafo único, do CDC⁷). Com esses fundamen-

4 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

5 Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

6 Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

7 Art. 7º Os direitos previstos neste código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade.
Parágrafo único. Tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo

tos, entendeu que a Decolar.com era passível de responsabilização, com base no art. 14, do CDC.

O Tribunal de Justiça de Rondônia, a seu turno, ao reformar a sentença consignou que: a Decolar.com atuou na cadeia de consumo apenas como intermediadora na aquisição das passagens aéreas e não há correlação entre seus atos e a falha na prestação do serviço das empresas aéreas ao cancelar o voo comercializado; não se trata de pacote turístico; o STJ reconhece que o serviço exclusivo de venda de passagens aéreas afasta a responsabilidade pelo cumprimento do contrato transporte aéreo, culminando na ilegitimidade passiva da vendedora.

A Min. Maria Isabel Gallotti, por fim, reconheceu que o acórdão questionado estava em consonância com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (de que o serviço prestado por agência de turismo limitado à venda de passagens aéreas afasta a responsabilidade pelo efetivo cumprimento do contrato), pelo que não merecia reparo, invocando a incidência da Súmula 83/STJ⁸. Para amparar seu posicionamento, fundou-se em dois precedentes: o AgRg no REsp 1.453.920/CE, da 3ª Turma e o REsp 758.184/RR, da 4ª Turma, os quais também serão estudados adiante.

Vê-se, pois, que o REsp 1.791.010/RO, ora analisado, não desenvolveu argumentos que permitissem compreender, discursivamente, as razões da correção do posicionamento seguido pelo Superior Tribunal de Justiça. Essa compreensão demandará maior esforço digressivo nos precedentes da corte⁹.

Nesse sentido, observa-se ter sido o REsp 287.849/SP¹⁰, de relatoria do Min. Ruy Rosado de Aguiar, julgado em 17/04/2001, o precedente em que se fixou a interpretação de haver responsabilidade solidária da agência turismo no caso de comercialização do pacote turístico em que haja defeito (leia-se, acidente de consumo) em quaisquer dos serviços prestados¹¹.

8 Súmula nº. 83/STJ: “Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida”.

9 Registre que não se desenvolveu uma pesquisa exaustiva dos julgados do STJ. Os acórdãos aqui analisados foram selecionados por serem reiteradamente citados entre si como precedentes que indicariam a posição consolidada do STJ ou por terem sido referenciados pela doutrina como exemplos do entendimento.

10 Embora recentemente se tenha afirmado que “o informativo 484/2011 do STJ é que firmou a tese de que as agências de turismo que comercializam pacotes de viagens respondem solidariamente pelos defeitos na prestação dos serviços que integram o pacote” e que “esse informativo tem como origem o REsp 888.751/BA” (MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe; MIRAGEM, Bruno. *Teses jurídicas dos tribunais superiores*: direito do consumidor. São Paulo: RT, 2017, v.1, p. 374), a análise dos julgados do STJ identificou como o mais antigo em que o tema é discutido o REsp. 287.849/SP. Há julgado anterior no qual uma agência de turismo foi responsabilizada em decorrência da qualidade inferior do hotel disponibilizado para turista adquirente de pacote turístico. Entretanto, o acórdão centrou-se em ponto diverso. A agência foi condenada em primeira instância a reofertar o pacote, inclusive com as passagens aéreas, ou converter a obrigação em perdas e danos. O tribunal de justiça estadual excluiu o trecho aéreo do pacote e quanto a essa exclusão versou o recurso especial. O STJ restabeleceu a condenação inicial, analisando a causa sob a ótica do art. 84, do CDC (REsp 43.650/SP, Rel. Ministro Paulo Costa Leite, Sexta Turma, julgado em 30/08/1994, DJ 26/09/1994, p. 25648).

11 “Código de Defesa do Consumidor. Responsabilidade do fornecedor. Culpa concorrente da vítima. Hotel. Piscina. Agência de viagens. - Responsabilidade do hotel, que não sinaliza convenientemente a profundidade da piscina, de acesso livre aos

O caso tratava de pedido de indenização formulado por um consumidor contra uma agência de turismo e um hotel. O consumidor adquirira um pacote turístico (uma excursão) e sofreu um acidente na piscina da instalação hoteleira (tratava-se, pois, de um acidente de consumo, um defeito do serviço). O contrato correspondia a um pacote turístico, abrangendo três dias, com transporte, hospedagem e alimentação.

Colhe-se do acórdão a incursão acerca das normas administrativas da Embratur para agências de turismo que operam ou vendem excursões (Deliberação Normativa nº. 161/85), a análise do direito estrangeiro (Diretiva 314/90, do Conselho da Europa; na Itália – Dec. Leg. 111/95; Suíça – LVF de 18/06/93; na França – Lei 92/1341) para afirmar que “que a definição da responsabilidade jurídica da CVC TUR decorre de sua situação como agente de viagem contratante de um pacote turístico, com terceiros prestadores de serviço, mas sendo ela a organizadora da viagem e garantidora do bom êxito da sua programação, inclusive no que diz com a incolumidade física dos seus contratantes”.

Por outro lado, o Min. Ruy Rosado advertiu que haveria dificuldade na extensão da responsabilidade da operadora por danos decorrentes da prestação dos serviços contratados de terceiros quando o fato acontece no âmbito do risco que razoavelmente se espera do serviço. Advertiu que quando houver falta de segurança do serviço do prestatário, fora da possibilidade de previsão por parte da operadora de turismo, que se limita a confiar no que normalmente acontece - nessa situação, à falta de norma expressa que lhe atribua diretamente a responsabilidade total - esta somente poderia ser reconhecida se a operadora colocou os seus clientes sob risco acima do normalmente esperado (art. 14, §1º, II, do CDC¹²).

Do voto concorrente do Min. Aldir Passarinho colhe-se a justificação para a solidariedade da responsabilização na culpa *in eligendo* pois, se o pacote da agência compreende à prestação de serviços por terceiros, a agência tem coparticipação nessa prestação. No voto também consta a diferenciação invocada na decisão que resolveu o caso concreto de Vitor e Juliana. O Min. Aldir Passadinho destacou que a solução do REsp 287.849/SP seria diversa (ou seja, não haveria responsabilização) se a agência de turismo simplesmente intermediasse uma reserva ou uma compra de passagem. Não seria crível – registrou o Ministro – que

hóspedes. Art. 14 do CDC. - A culpa concorrente da vítima permite a redução da condenação imposta ao fornecedor. Art. 12, § 2º, III, do CDC. - A agência de viagens responde pelo dano pessoal que decorreu do mau serviço do hotel contratado por ela para a hospedagem durante o pacote de turismo. Recursos conhecidos e providos em parte” (REsp 287.849/SP, Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, julgado em 17/04/2001, DJ 13/08/2001, p. 165).

12 “Art. 14 (...)

§ 1º O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:

(...)

II - o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam”.

se pudesse atribuir, também, a uma pequena agência de turismo, a responsabilidade pelo acidente de um hóspede em um hotel no exterior. A prestação de serviço, segundo afirmou, no caso, é tão-somente de fazer a reserva ou um *transfer* para o hotel; o serviço da agência só iria até esse ponto e não teria vinculação com o próprio serviço prestado por esse terceiro.

Houve, entretanto, discordância quanto à posição do relator. O Min. César Asfor Rocha, ao proferir voto-vista, afastou a responsabilidade da agência de turismo registrando que o simples fato de ela ter disponibilizado guia para acompanhar o “pacote fechado” não pode importar em responsabilização por um fato que não se relacionava diretamente ao que conduziu uma pessoa a procurar uma agência de turismo. A busca por uma agência de turismo resulta da intenção de obter a indicação de hotel, do transporte, porém está além das expectativas do consumidor que a companhia de turismo lhe dê os serviços que possam importar em sua segurança (e aqui vale ressaltar que o caso era sobre um acidente ocorrido na piscina do hotel, envolvendo, pois, a segurança do consumidor). Outrossim, o Ministro consignou que não poderia responsabilizar a companhia de turismo pela falta cometida pelo hotel.

Pode-se afirmar, pois, ter entendido o Superior Tribunal de Justiça que, na comercialização de pacote de viagens, a agência de turismo responde solidariamente com o prestador específico dos serviços por ela contratado porque organiza a viagem e garante ao consumidor o êxito de sua programação. Ela vende ao consumidor um conjunto de serviços e, por isso, deve ser responsabilizada por todos em caso de defeito (acidente de consumo).

Também no REsp 291.384/RJ¹³, no AgRg no Ag 1.319.480/RJ¹⁴, no REsp 888.751/BA¹⁵, no AgRg no REsp 850.768/SC¹⁶ e no REsp 783.016/SC¹⁷, aqui

-
- 13 “Responsabilidade Civil. Agência de viagens. Código de Defesa do Consumidor. Incêndio em embarcação. A operadora de viagens que organiza pacote turístico responde pelo dano decorrente do incêndio que consumiu a embarcação por ela contratada. Passageiros que foram obrigados a se lançar ao mar, sem proteção de coletes salva-vidas, inexistentes no barco. Precedente (REsp 287.849/SP). Dano moral fixado em valor equivalente a 400 salários mínimos. Recurso não conhecido” (REsp 291.384/RJ, Rel. Ministro Ruy Rosado De Aguiar, Quarta Turma, julgado em 15/05/2001, DJ 17/09/2001, p. 169).
 - 14 “Agravamento Regimento. Agravamento de Instrumento. Prestação de serviço. Pacote de viagem. Agência de turismo. Responsabilidade solidária. Violação à dispositivo da constituição e à súmula. Sede imprópria. Ausência de indicação de artigo de lei. Deficiência. Prestação jurisdicional completa. (...) 6. A agência de turismo que vende pacote de viagem é responsável solidária por qualquer vício na prestação do serviço. Súmula 83/STJ. 7. Agravamento regimento a que se nega provimento” (AgRg no Ag 1.319.480/RJ, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 18/02/2014, DJe 14/03/2014).
 - 15 “Recurso Especial. Consumidor. Ofensa ao art. 535 do cpc. Não caracterizada. Falha na prestação de serviços. Pacote turístico. Inobservância de cláusulas contratuais. Agência de turismo. Responsabilidade (cdc, art. 14). Indenização. Danos materiais. Necessidade de comprovação. Súmula 7 do stj. Danos morais reconhecidos. Recurso parcialmente provido. (...) 2. Esta eg. Corte tem entendimento no sentido de que a agência de turismo que comercializa pacotes de viagens responde solidariamente, nos termos do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor, pelos defeitos na prestação dos serviços que integram o pacote. (...)” (REsp 888.751/BA, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 25/10/2011, DJe 27/10/2011).
 - 16 “Responsabilidade civil. Indenização por danos morais. Pacote de viagem incluindo ingressos para os jogos da copa do mundo de futebol. Má prestação dos serviços. Legitimidade da agência que comercializa o pacote. Alteração dos danos morais. Descabimento. 1. A agência de viagens que vende pacote turístico responde pelo dano decorrente da má prestação dos serviços. (...)” (AgRg no REsp 850.768/SC, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 27/10/2009, DJe 23/11/2009).
 - 17 “Civil. Responsabilidade civil. Agência de turismo. Se vendeu pacote turístico, nele incluindo transporte aéreo por meio de voo fretado, a agência de turismo responde pela má prestação desse serviço. Recurso especial não conhecido” (REsp 783.016/SC, Rel. Ministro Ari Pargendler, Terceira Turma, julgado em 16/05/2006, DJ 05/06/2006, p. 279).

elencados a título de exemplo, a decisão do STJ referiu-se à posição sedimentada de que a agência de turismo que comercializa pacote turístico tem responsabilidade solidária pelos serviços prestados.

Esse entendimento foi aplicado, a *contrario sensu*, para afastar a legitimidade da agência de turismo quando seu papel na relação de consumo foi apenas vender a passagem, servindo como intermediária entre o consumidor e o transportador. Contudo, é de valor ressaltar que o caso paradigma (REsp 287.849/SP) não tratava da situação de simples intermediação e que não houve, por certo, decisão nesse sentido, ainda que os Ministros tenham, na argumentação desenvolvida, feito referência à atuação de uma agência como intermediadora na venda de passagens e hospedagens. Não era essa a questão submetida a julgamento e, tampouco, a decisão firmou um entendimento geral aplicável a todos os casos indistintamente (se vício ou defeito do serviço).

De todo modo, assim se afirmou em diversos precedentes do Superior Tribunal de Justiça, tais como em ambos os recursos citados na decisão originalmente comentada neste estudo (o REsp 758.184/RR¹⁸ e o AgRg no REsp 1.453.920/CE¹⁹).

No REsp 758.184/RR o argumento se torna mais claro, explicando a posição do tribunal. O relator considerou não se ter constatado defeito na prestação de serviço contratado entre a empresa de turismo e os autores (aplicando ao caso o art. 14, §3º, II, do CDC), vez que as passagens aéreas foram regularmente emitidas, cumprindo, assim, a agência de turismo com seu encargo de intermediação da compra dos bilhetes de passagem, não lhe incumbindo responsabilidade quanto ao cumprimento do contrato de transporte aéreo. “Ademais, não se trata, de toda evidência, de venda de pacote turístico, hipótese em que a agência de viagens assume a responsabilidade de todo o roteiro da viagem contratada”, ressaltou o relator, para assentar a ilegitimidade passiva da agência de turismo.

18 “Civil. Processual civil. Recurso especial. Transporte aéreo. Inexecução dos serviços prestados. Não ocorrência da responsabilidade objetiva e solidária da agência de turismo. Caracterização da culpa exclusiva de terceiro. Incidência das hipóteses previstas no § 3º, I, II, do art. 14 do CDC. Ilegitimidade passiva *ad causam* reconhecida. 1. No pleito em questão, os autores contrataram com a empresa de turismo a compra e venda de passagens aéreas Brasília - Fortaleza, sendo que tal serviço, como restou demonstrado, foi regularmente prestado. Comprovado, também, que os autores não puderam utilizar os bilhetes da empresa TRANSBRAZIL, em razão desta interromper seus serviços na época marcada, não efetuando, assim, os vôos programados. 2. Não se tratando, *in casu*, de pacote turístico, hipótese em que a agência de viagens assume a responsabilidade de todo o roteiro da viagem contratada, e tendo, portanto, inexistido qualquer defeito na prestação de serviço pela empresa de viagens, posto que as passagens aéreas foram regularmente emitidas, incide, incontroversamente, as normas de exclusão de responsabilidade previstas no art. 14, § 3º, I e II, do CDC. Reconhecimento da ilegitimidade passiva *ad causam* da empresa de viagens, ora recorrente. 3. Recurso conhecido e provido” (REsp 758.184/RR, Rel. Ministro Jorge Scartezzini, Quarta Turma, julgado em 26/09/2006, DJ 06/11/2006, p. 332).

19 “Agravamento no Recurso Especial. Transporte aéreo. Inexecução do serviço. Ação de indenização. Agência de turismo. Ilegitimidade passiva *ad causam* reconhecida. 1. A jurisprudência deste Tribunal admite a responsabilidade solidária das agências de turismo apenas na comercialização de pacotes de viagens. 2. No caso, o serviço prestado pela agência de turismo foi exclusivamente a venda de passagens aéreas, circunstância que afasta a sua responsabilidade pelo efetivo cumprimento do contrato de transporte aéreo e autoriza o reconhecimento da sua ilegitimidade para figurar no polo passivo da ação indenizatória decorrente de cancelamento de voo. 3. Agravamento regimental não provido” (AgRg no REsp 1.453.920/CE, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 09/12/2014, DJe 15/12/2014).

No entanto, ainda que o REsp 758.184/RR tenha tornado evidente a distinção que a jurisprudência delineava entre a atuação da agência de turismo que realiza a intermediação na reserva de bilhetes/passagens e aquela que organiza um pacote turístico, analisou o caso à luz do art. 14, do CDC, o qual trata de acidente de consumo, não caracterizado naquela causa *sub judice* em que simplesmente ocorrera o incumprimento do contrato de transporte pela prestadora de serviço²⁰. A razão da ilegitimidade passiva da agência de turismo, como será explicitado na seção 3 deste estudo, não se encontra na ausência de defeito ou na culpa exclusiva de terceiro, mas decorre da relação jurídica estabelecida entre o turista e a agência em casos de intermediação.

A seu turno, o AgRg no REsp 1.453.920/CE também invocou o REsp 758.184/RR para reafirmar a tese segundo a qual “as agências de turismo não respondem solidariamente pela má prestação dos serviços na hipótese de simples intermediação de venda de passagens aéreas”. No caso concreto, a agência de viagem não comercializou um pacote turístico, tão somente intermediou a venda das passagens.

O Min. Vilas Bôas Cueva, relator do acórdão, entendeu que a posição firmada pelo Tribunal Estadual no sentido de que “a legislação consumerista estabelece a responsabilidade objetiva pelos danos causados aos clientes vítimas de vício de produto ou de um inadimplemento de prestação de serviço [...]. Assim, frustrada a prestação de serviço na forma pactuada há o dever solidário de indenizar tanto para o prestador de serviço como para o intermediário que efetuou a comercialização da prestação” estaria em confronto com o posicionamento dominante no Superior Tribunal de Justiça. Invocou, ainda, outro precedente, o AgRg no Ag 1.319.480/RJ²¹, arrematando que “nesse contexto, não existindo defeito na prestação do serviço da recorrente - venda de passagens aéreas - e não lhe incumbindo a responsabilidade pelo efetivo cumprimento do contrato de transporte aéreo, fica evidenciada a sua ilegitimidade para figurar no polo passivo da ação de reparação de danos movida pelos recorridos”.

20 Colhe-se do acórdão a seguinte delimitação fática: “Alegaram que adquiriram passagens aéreas das empresas TAM e TRANSBASIL através da requerida nos trechos Manaus/Brasília/Fortaleza/Manaus, para usufruírem o período de férias em família, no mês de janeiro de 2002. Aduziram que não conseguiram implementar a viagem, pois as passagens da empresa TRANSBASIL, relativas ao voo Brasília/Fortaleza, não foram usadas devido a não execução do trecho pela citada companhia aérea, que, como de notório conhecimento, veio a interromper seus serviços na época” (REsp 758.184/RR, Rel. Ministro Jorge Scartezini, Quarta Turma, julgado em 26/09/2006, DJ 06/11/2006, p. 332).

21 No AgRg no Ag 1.319.480/RJ, embora tenha sido negado o provimento ao agravo regimental, a relatora Min. Maria Isabel Gallotti registrou a sua concordância com a posição do Tribunal Estadual porque os agravados (no caso, os turistas), celebraram com a agravante (agência de turismo) contrato de prestação de serviços compreendendo transporte, traslado e hospedagem (ou seja, pacote turístico). Concluiu a relatora afirmando que o STJ “tem jurisprudência pacífica no sentido de que a agência de turismo que vende pacote de viagem é responsável solidária por qualquer vício na prestação do serviço, não havendo que se falar em responsabilidade exclusiva de terceiro no caso de alteração de voo pela companhia aérea”. Todavia, a relatora invocou como precedente o REsp 888.851/BA o qual fundamentou a solução no art. 14, do CDC, o que, como será demonstrado abaixo, deu-se de forma equivocada.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça se consolidou, pode-se afirmar, reconhecendo a ilegitimidade da agência de turismo para responder por vícios ou defeitos do serviço quando apenas atuar como intermediária e a sua responsabilidade objetiva e solidária com os prestadores diretos dos serviços no caso de pacote turístico.

3. ENLACES ENTRE TURISMO E DIREITO

Uma vez exposto o caso concreto e o posicionamento da jurisprudência sobre a responsabilidade civil das agências de turismo, resta aprofundar a análise da relação jurídica estabelecida entre o consumidor (turista) e as agências de turismo para avaliar a correção das razões para a negativa de ressarcimento buscado por Vitor e Juliana.

A abordagem se dará a partir de três eixos: i) uma explanação geral sobre as agências de turismo e o tratamento legislativo da matéria; ii) análise da modalidade de contrato celebrado pelas agências de turismo com os consumidores e iii) a responsabilidade civil das agências de turismo perante o consumidor.

3.1. *EU SOU O CAMINHO, AS PASSAGENS, A HOSPEDAGEM E OS INGRESSOS: NINGUÉM VIAJA SENÃO POR MIM? – CONCEITO E MARCO NORMATIVO DAS AGÊNCIAS DE TURISMO*

O turismo representa uma parcela significativa da economia brasileira. Segundo o último relatório anual divulgado pela *World Travel & Tourism Council*²², estudo em parceria com a *Oxford Economics* constatou que, em 2019, o turismo gerou para o PIB brasileiro uma receita de aproximadamente 140 bilhões de dólares (551,5 bilhões de reais), o que corresponde a 7,7% do PIB total²³. Além disso, 89% dessa movimentação ocorreu em turismo de lazer²⁴.

22 O *World Travel & Tourism Council* (Conselho Mundial de Viagens e Turismo) trata-se de um fórum para a indústria de viagens e turismo. Fundado em 1989, é composto de membros da comunidade de negócios global e sua missão anunciada consiste em maximizar o potencial inclusivo e sustentável do setor de viagens e turismo por meio de trabalho conjunto com governos, destinos turísticos, comunidades e outros interessados para o desenvolvimento econômico, criação de empregos, redução da pobreza, segurança e compreensão no mundo. A organização visa a aumentar a conscientização sobre o impacto econômico e social do setor de viagens e turismo. Maiores informações estão disponíveis em: <<https://wttc.org/>>.

23 Os dados coletados na pesquisa (e, portanto, os valores apontados) abrangem, segundo informado, o impacto direto, indireto e induzido do setor de viagens e turismo na economia. O panorama geral pode ser observado em: <<https://wttc.org/Portals/0/Documents/Reports/2020/EIR%202020%20Global%20Infographic.pdf?ver=2021-02-25-183100-867>>. No endereço <<https://wttc.org/Research/Economic-Impact>> é possível acessar informações de cada país integrante do estudo.

24 Há quem afirme que as estatísticas divulgadas pelos organismos oficiais geralmente são inflacionadas porque consideram como turistas pessoas que viajam por quaisquer motivos. Um critério mais rígido entende por turista “apenas o viajante que utiliza os serviços de intermediários da indústria do turismo” (PASQUALOTTO, Adalberto. Causa e responsabilidade nos contratos de turismo. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, a. 17, n. 67, p. 3-33, jul./set. 2008, p. 11) o que poderia ter impacto diminuidor nos números apontados nas referidas análises estatísticas.

A importância do setor não passou despercebida ao legislador, que editou a Lei nº. 11.771/08²⁵ (Lei Geral do Turismo) com vistas a, entre outros objetivos, definir as atribuições do Governo Federal no planejamento, desenvolvimento e estímulo ao setor turístico (art. 1º.), incumbindo o Ministério do Turismo de estabelecer a Política Nacional de Turismo, planejar, fomentar, regulamentar, coordenar e fiscalizar a atividade turística, bem como promover e divulgar institucionalmente o turismo em âmbito nacional e internacional (art. 3º.).

De acordo com o art. 21, da Lei Geral do Turismo, são considerados prestadores de serviços turísticos: os meios de hospedagem (inciso I), as agências de turismo (inciso II), as transportadoras turísticas (inciso III), os organizadores de eventos (inciso IV), os parques temáticos (inciso V) e os acompanhamentos turísticos (VI).

O parágrafo único do citado artigo também autoriza o cadastro junto ao Ministério do Turismo de prestadores dos serviços de restaurantes, cafeterias, bares e similares (inciso I), centros ou locais destinados a convenções e/ou feiras e exposições ou similares (inciso II), parques temáticos aquáticos e empreendimentos dotados de equipamentos e lazer (inciso III), marinas e empreendimentos de apoio ao turismo náutico ou à pesca desportiva (inciso IV), casas de espetáculos e equipamentos de animação turística (inciso V), organizadores, promotores e prestadores de serviços de infra-estrutura, locação de equipamentos e montadoras de feiras de negócios, exposições e eventos (inciso VI), locadoras de veículos para turistas (inciso VII) e, por fim, prestadores de serviços especializados na realização e promoção das diversas modalidades dos segmentos turísticos, inclusive atrações turísticas e empresas de planejamento, bem como a prática de suas atividades.

Observa-se, assim, que os serviços turísticos englobam uma ampla gama de atividades, de variados segmentos.

Dentre os sujeitos que atuam nessa seara da economia, tem relevância a agência de turismo, a qual conta com definição legal. Antes prevista no art. 27, *caput*, da Lei Geral do Turismo²⁶, atualmente encontra sua definição no art. 2º., da Lei nº. 12.974/14 (aqui denominada Lei das Agências de Turismo), segundo

25 A doutrina indica que o exercício das atividades de agências de turismo conta com regulamentação desde o Decreto-Lei nº. 406/38, cujo modelo por ele instituído foi alterado pelos Decretos nº. 59.193/66, nº. 73.845/73 e nº. 84.934/80, além da Lei nº. 6.505/77, porém perdurou até 1986, com a edição do Decreto-Lei nº. 2.294/86, ocasião em que se liberou o exercício de todas as atividades turísticas, como as das agências de turismo, sem prejuízo de controle e classificação, com um cadastro instituído pela Deliberação Normativa nº. 195/86 e convalidado legalmente pela Lei nº. 8.181/91 (FERRAZ, Joandre Antônio. *Obrigações e contratos em viagens e turismo: transporte aéreo, meios de hospedagem, agências de turismo*. São Paulo: Manole, 2005, p. 244). Adalberto Pasqualotto (Causa e responsabilidade nos contratos de turismo..., p. 14) registra, também, o Decreto nº. 5.406/05 que definiu mais precisamente a figura do operador turístico como a agência de turismo que elabora programas, serviços e roteiros de viagens turísticas e que abandonou a distinção entre agências de viagens e agências de viagens e turismo.

26 De acordo com o art. 27, da Lei Geral do Turismo, considera-se agência de turismo como sendo a "pessoa jurídica que exerce a atividade econômica de intermediação remunerada entre fornecedores e consumidores de serviços turísticos ou os fornece diretamente".

o qual “entende-se por agência de turismo a empresa que tenha por objeto, exclusivamente, a prestação das atividades de turismo definidas nesta Lei”.

A seu turno, o art. 3º., da Lei das Agências de Turismo atribuiu privativamente às agências de turismo atividades de venda comissionada ou intermediação remunerada na comercialização de passagens, passeios, viagens e excursões, nas modalidades aérea, aquaviária, terrestre, ferroviária e conjugadas (inciso I); assessoramento, planejamento e organização de atividades associadas à execução de viagens turísticas ou excursões (inciso II); organização de programas, serviços, roteiros e itinerários de viagens, individuais ou em grupo, e intermediação remunerada na sua execução e comercialização (inciso IV) e organização de programas e serviços relativos a viagens educacionais ou culturais e intermediação remunerada na sua execução e comercialização (inciso V). Há, ainda, outras atividades passíveis de serem desempenhadas pelas agências de turismo listadas no art. 4º, porém não lhes são privativas.

Esse ator do mundo turístico pode atuar de diferentes formas. Por isso, de acordo com as atividades que prestam, as agências podem ser classificadas em dois subtipos: a) agência de viagens, autorizadas a desempenhar apenas as atividades elencadas no inciso I, descritas no parágrafo anterior, essencialmente de venda comissionada e intermediação remunerada e b) agência de viagens e turismo (também podendo ser denominada “operadora turística”), as quais são habilitadas a desenvolverem todas as atividades listadas, lhes sendo privativa as dos incisos II, IV e V, apontadas alhures (art. 5º)²⁷.

Dada as descrições das atividades, pela diversidade da atuação, uma agência de turismo pode operar contratos de prestação de serviços (quando organizam roteiros de viagens a pedido do turista), de transporte (quando executam por si próprias a movimentação do turista), de mandato (quando representam os turistas na obtenção de documentos), de corretagem (quando vendem bilhetes de espetáculos), além de contratos mistos, combinando um e outro tipo²⁸.

Para a análise sob a ótica do Código de Defesa do Consumidor, o primeiro marco conceitual necessário e evidente trata-se da qualificação jurídica das agências de turismo na condição de prestadoras de serviços. O destaque tem justificativa pois, a depender do enquadramento de sua posição, alteram-se as normas jurídicas incidentes.

No AgRg no REsp nº. 850.768/SC, acima citado, por exemplo, a agência de turismo agravante sustentou a tese de que “o pacote de turismo deve ser assimilado a um produto, em relação ao qual as operadoras apresentam-se como produtores (art. 12 do CDC) e as agências de viagens, como comerciantes (art. 13)”. O Min.

27 Neste estudo será utilizado apenas o termo agência de turismo como categoria genérica.

28 PASQUALOTTO, Adalberto. Causa e responsabilidade nos contratos de turismo...cit., p. 15.

Sidnei Beneti, relator, iniciou o julgado asseverando que “equivoca-se a agravante em querer assemelhar o pacote de turismo a um produto. A hipótese dos autos trata da má prestação de um serviço, sendo a agência de turismo, portanto, prestadora de serviço e como tal responde, independente de culpa pela reparação dos danos causados aos consumidores, nos termos do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor”. Reafirmou-se, portanto, o enquadramento da agência como fornecedora de um serviço. Mas por quê? O julgado não responde a essa questão, não apresentando os argumentos pelos quais não pode ser considerada comerciante e o pacote de turismo não se enquadra na categoria de produto.

Para esclarecer a questão, deve-se analisar o que se entende por produto e serviço na perspectiva consumerista e direcionar atenção para a relação jurídica estabelecida entre a agência de turismo e o consumidor (turista). Isso para evitar a resposta singela de que o art. 21, da Lei Geral do Turismo classificou agência de turismo como uma prestadora de serviço turístico.

Produto e serviço são conceituados pelo art. 3, §§1º e 2º, do CDC²⁹. Aquele trata-se de “qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial”, ao passo que este, “qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração”. Da definição legal pode-se concluir que produto é qualquer coisa externa e não dependente da ação humana, passível de apropriação e, portanto, de comercialização. Serviço, a seu turno, está diretamente vinculado ao agir humano, ou seja, depende da vontade humana em iniciar uma série de movimentos e operações cuja performance e resultado podem ser do interesse de outrem a ponto de ser por ele remunerado³⁰.

O art. 3º., da Lei das Agências de Turismo elenca uma série de atividades, ou seja, refere-se à ação humana como objeto de exercício pelas agências de turismo. Essa circunstância deixa claro porque essas agências prestam serviços e não fornecem produtos. O que comercializam são obrigações que envolvem o *facere*, uma ação, uma atividade.

3.2. O QUE CONTRATA (E COMO CONTRATA) QUEM CONTRATA COM UMA AGÊNCIA DE TURISMO?

Quanto à relação jurídica estabelecida com o consumidor, ao contrário do que o nome agência de turismo poderia sugerir, não são celebrados contratos

29 “Art. 3º. (...)

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

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

30 Nicola Abbagnano (*Dicionário de filosofia*. Trad. Alfredo Bosi e Ivone Castilho Benedetti. 6.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 102) registra para atividade (o vocábulo central na definição de serviço) ser empregue “para indicar um complexo mais ou menos homogêneo de ações voluntárias” e como o “modo de ser daquilo que age ou tem em seu poder a ação”.

de agência³¹. O chamado “contrato de turismo” tem sido tratado pela doutrina consumerista com características próprias. Afirmar-se ser contrato atípico, oneroso, bilateral, comutativo, caracterizado pela prestação de serviços especializados relacionados à organização de uma viagem para fins turísticos³².

De acordo com o art. 27, da Lei Geral do Turismo, uma agência de turismo pode: i) intermediar serviços entre o turista e o respectivos prestadores ou ii) prestar por si mesma esses serviços. Essa diferença de atuação denota-se, também, na diferenciação feita pelo art. 5º, da Lei das Agências de Turismo, entre agência de viagens e agência de viagens e turismo.

Dada a dupla possibilidade, quando o turista procura a agência de turismo ele pode apenas desejar um facilitador, por exemplo, para consultar as passagens aéreas e reservar o bilhete, reservar sua hospedagem no hotel no destino, um passeio específico ou algum outro serviço ao qual, no entender do consumidor (turista), a agência tem acesso com melhores condições. Nessa situação, a agência atua apenas efetuando uma venda comissionada ou intermediação remunerada, sem que ela própria organize os programas, serviços, roteiros, ou itinerários relativos aos passeios, viagens ou excursões (nos limites da previsão do art. 3º, I e §2º, da Lei das Agências de Turismo). O negócio celebrado entre o turista e a agência, nesse caso, trata-se de um contrato atípico, de prestação de serviços de intermediação de viagem.

Por outro lado, ao procurar a agência de turismo o consumidor (turista) pode buscar o que popularmente se denomina de pacote turístico. Isso porque está entre as atividades por lei atribuídas privativamente às agências de turismo, o assessoramento, planejamento e organização de viagens turísticas e excursões, a organização de programas, serviços, roteiros e itinerários de viagens, sejam individuais ou em grupo e, ainda, relacionados a viagens educacionais ou culturais, intermediando a execução e a comercialização desses serviços (nos termos do art. 3, II, IV e V, da Lei das Agências de Turismo). O que o turista busca não se trata apenas de uma intervenção facilitadora da agência, mas um agir especializado que lhe ofereça todos os serviços necessários para a realização da viagem, ou ao menos

31 De acordo com o art. 710, do Código Civil, “pelo contrato de agência, uma pessoa assume, em caráter não eventual e sem vínculos de dependência, a obrigação de promover, à conta de outra, mediante retribuição, a realização de certos negócios, em zona determinada, caracterizando-se a distribuição quando o agente tiver à sua disposição a coisa a ser negociada”. Assim, há quem entenda que a relação firmada entre a agência de turismo e os prestadores dos serviços por ela comercializados e intermediados se configure como um contrato de agência ou distribuição, nominando-o especificamente “contrato de agência e distribuição de turismo” como sendo “aquele pelo qual a pessoa que exerce essas atividades em caráter habitual assume a obrigação de promover e concluir negócios à conta de fornecedores de serviços para viajantes, como os de transporte, hospedagem e afins” (FERRAZ, Joandre Antônio. *Obrigações e contratos em viagens e turismo*: transporte aéreo, meios de hospedagem, agências de turismo...cit., p. 250). Adalberto Pasqualotto (Causa e responsabilidade nos contratos de turismo... cit., p. 15) assevera que em decorrência da diversidade das atividades desenvolvidas pelas agências de turismo, seus negócios têm natureza múltipla e apenas eventualmente sua ação se dá sob o manto do contrato de agência.

32 TEPEDINO, Gustavo. Responsabilidade civil nos contratos de turismo. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 4.ed. Rio de Janeiro: RENOVAR, 2008, p. 256.

uma parte deles. Nessas circunstâncias, o negócio celebrado entre o turista e a agência configura o que se tem denominado de contrato de turismo.

Já em 1998 a doutrina consumerista, referindo-se aos contratos de transporte de pessoas como um contrato de prestação de serviço à luz do CDC, voltava atenção para os denominados contratos de “viagem turística”, negócios “fechados entre agências de turismo e consumidores, incluindo em seu objeto não só a viagem (aérea, marítima ou terrestre), mas também a hospedagem, os translados e uma série de atividades recreativas, como excursões, idas a museus, shows, etc”³³.

Apesar de serem contratos de prestação de serviços, esses nem sempre são prestados por prepostos da agência de turismo, mas “por uma verdadeira rede de fornecedores, ficando a depender destes a qualidade da prestação no total”. Formam-se, assim, dois feixes de relações: do consumidor (turista) com a agência de turismo, de quem pode demandar e exigir a qualidade e adequação da prestação de todos os serviços adquiridos no pacote turístico contratado, como se os outros fornecedores prepostos fossem prepostos da agência de turismo e desta com os prestadores de fato dos serviços contratados³⁴.

Mais que isso: registra-se que, desde 1985, a jurisprudência estrangeira diferencia entre o contrato de organização de viagem (ou contrato de viagem turística) do contrato de intermediação de viagem³⁵. Nota-se, portanto, já haver a referência a pacotes turísticos e, em relação a esses, a defesa da responsabilização da agência de turismo, reafirmada na jurisprudência brasileira a partir da entrada em vigor do CDC, fazendo surgir uma nova responsabilidade, dita própria e solidária, das agências de turismo, as quais passaram a ser responsáveis pela atuação de toda a cadeia de fornecedores por ela escolhidos³⁶.

A despeito da existência de controvérsia sobre a marca essencial do turismo, de modo a incluir sob o adjetivo ‘turísticas’ as viagens para participação de congressos, feiras, eventos, negócios, ou limitar a adjetivação às viagens nas quais se busca exclusivamente o lazer, sob a perspectiva jurídica, releva a função desempenhada pelo contrato para o sujeito mais do que a motivação da viagem. Daí a se destacar que o contrato de turismo seria marcado “pela transferência da

33 MARQUES, Cláudia de Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 3.ed. São Paulo: RT, 1998, p. 175.

34 MARQUES, Cláudia de Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais...cit.*, p. 175.

35 MARQUES, Cláudia de Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais...cit.*, p. 176.

36 MARQUES, Cláudia de Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais...cit.*, p. 176.

responsabilidade para a organização dos eventos que compõem o programa de viagem pretendido”³⁷.

Assim, a atuação da agência de turismo pode envolver, sob o manto de um único contrato com o turista, ações que caracterizam a simples prestação de um serviço (quando organiza roteiro de viagens), transporte (quando executa a movimentação de turistas), mandato (quando representa os turistas na obtenção de documentos), corretagem (quando vende bilhetes de espetáculos)³⁸.

A doutrina registra que em alguns países o contrato de prestação de serviços turísticos classifica-se como *forfait*, um “contrato em que o preço de uma coisa ou de um serviço é fixado antecipadamente e se torna invariável”, e abrange a prestação de serviços de várias empresas de forma coordenada, de modo a comporem um conjunto unificado pelo qual o turista paga a contraprestação em dinheiro³⁹. Na Espanha, por exemplo, a doutrina reconhecia o *forfait* ao tratar do “contrato turístico de viaje combinado”⁴⁰.

O *forfait* turístico pode se apresentar em três modalidades: combinado viagem individual, combinado viagem em grupo ou estada e viagem “tudo incluído” (normalmente referido nas agências de turismo como *all included*).

A primeira modalidade (contrato combinado de viagem individual), diz-se, destina-se à satisfação de turistas que se valem da agência de turismo para não terem, eles mesmos, que organizar a viagem e pode se perfectibilizar com um programa de viagem feito pelo turista e complementado pela agência ou o inverso⁴¹.

Na segunda modalidade (contrato combinado de viagem em grupo), pelo público também conhecida como excursão, normalmente a agência de viagens fornece um programa compreendendo vários itinerários e o preço pago inclui o transporte, as refeições durante a rota, estadia e refeições em hotéis e visitas a locais programados com guia e acompanhamento⁴².

Por fim, na terceira modalidade (contrato de estada e viagem “tudo incluído”), a viagem tem como destino um ponto determinado (uma praia, um spa,

37 TEPEDINO, Gustavo. Responsabilidade civil nos contratos de turismo...cit., p. 258.

38 PASQUALOTTO, Adalberto. Causa e responsabilidade nos contratos de turismo...cit., p. 15.

39 PASQUALOTTO, Adalberto. Causa e responsabilidade nos contratos de turismo...cit., p. 16.

40 SEMPERE, María del Carmen Pastor. El viaje combinado en el RDLG 1/2007 (Texto refundido Ley General de Consumidores) y leyes complementares. *Cuadernos de Turismo*, Múrcia, nº. 25, p. 99-124, 2010, p. 103.

41 PASQUALOTTO, Adalberto. Causa e responsabilidade nos contratos de turismo...cit., p. 16. Na primeira hipótese (plano de viagem fornecido pelo cliente e complementado pela agência), normalmente os serviços são de aquisição de bilhetes de transporte, entradas para espetáculos, hospedagem, seguro, *transfér*, excursões, contratação de intérprete, aluguel de salas ou outros equipamentos quando a finalidade é de negócios ou congressos. Na segunda (plano de viagem fornecido pela agência de turismo), os programas são pré-montados e ofertados em folhetos publicitários, podendo o cliente adicionar serviços opcionais.

42 PASQUALOTTO, Adalberto. Causa e responsabilidade nos contratos de turismo...cit., p. 17.

um local de montanha) e estipula-se um preço único pelo transporte e alojamento, abrangendo também as refeições e todo o consumo do turista no local)⁴³.

Atualmente, na União Europeia, a questão dos contratos de turismo (lá denominados de contratos de viagem organizada, venda combinada, tudo incluído ou pacote turístico) encontra-se regulamentada pela Diretiva 2015/2302⁴⁴, do Parlamento Europeu e do Conselho. A norma é muito mais detalhada que a regulamentação brasileira. Percebe-se a preocupação conceitual para delimitação precisa dos termos empregues, de modo a facilitar a aplicação⁴⁵.

Nos considerando da Diretiva, verdadeiras orientações interpretativas, verifica-se externalizada a preocupação com a transparência na distinção entre as viagens organizadas (pacotes turísticos) e os serviços de viagem conexos, cuja aquisição pode ser facilitada (leia-se, intermediada) aos viajantes pelos operadores, seja de forma *online* ou tradicional, “inclusive através de processos interligados de reserva, que não apresentam as características das viagens organizadas e aos quais não seria adequado aplicar todas as obrigações aplicáveis às viagens organizadas” (Considerando 9).

Considera-se um pacote turístico, de acordo com o estabelecido no art. 3º. (2), da Diretiva, a combinação de pelo menos dois tipos de serviços turísticos (transporte, hospedagem, aluguel de veículos ou outros serviços de viagem) para a mesma viagem ou férias, desde que esses serviços tenham sido combinados pelo mesmo operador. Caso sejam celebrados contratos com distintos prestadores de serviços, ainda assim será um pacote turístico se: a aquisição ocorreu em um ponto de venda único (como, por exemplo, dentro da agência de turismo); se foram vendidos por um preço global; se foram anunciados como um pacote turístico ou expressão análoga; se foram combinados depois da celebração do contrato, porém o operador deu ao turista a opção de escolher entre diversos tipos de serviços de viagem; ou se foram adquiridos de distintos operadores mediante processos interligados de reserva *online*, cujos dados do turista são passados do primeiro operador aos demais.

Nessas condições, o contrato de viagem organizada (contrato de turismo), refere-se à globalidade da viagem ou todos os contratos individuais que abrangem os serviços de turismo incluídos na viagem (art. 3º. (3), da Diretiva).

43 PASQUALOTTO, Adalberto. Causa e responsabilidade nos contratos de turismo...cit., p. 17.

44 UNIÃO EUROPEIA. *Diretiva 2015/2302 do Parlamento Europeu e do Conselho*, Estrasburgo, 25 de novembro de 2015. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32015L2302&from=PT>>. Acesso em: 25 abril 2021. Adiante referida apenas como Diretiva.

45 Essa diretiva altera o Regulamento (CE) nº. 2006/2004 e a Diretiva 2011/83/UE do Parlamento Europeu e do Conselho e revoga a Diretiva 90/314/CEE do Conselho.

Por isso se registra expressamente que “a aquisição de um serviço de viagem autónomo, enquanto serviço isolado, não deverá constituir uma viagem organizada nem um serviço de viagem conexo” (Considerando 15).

Embora a Diretiva não faça referência explícita à atuação da agência de turismo exclusivamente na reserva de passagens, hospedagem e ingressos, na condição de intermediadora, a preocupação em definir em que consiste uma viagem organizada (pacote turístico), diferenciando-o dos chamados serviços conexos, e a ressalva de que a venda isolada de um serviço de viagem não constitui uma viagem organizada ou serviço conexo demonstra o reconhecimento da possibilidade de que a atuação do operador esteja restrita a essa intermediação.

Portugal, por exemplo, ao internalizar a Diretiva por meio do Decreto-Lei nº. 17/2018⁴⁶, previu expressamente não ser considerado uma viagem organizada ou serviço de viagem conexo aquele em que a agência de turismo se limita a intervir como mera intermediária em vendas ou reservas de serviços de viagens avulsos solicitados pelo cliente (art. 2º. (2), b).

A dessemelhança posta em relevo pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, portanto, está em consonância com a orientação internacional, especialmente da União Europeia, quanto a atuação de uma agência de turismo.

3.3. SOBRE A RESPONSABILIDADE DAS AGÊNCIAS DE TURISMO FRENTE AOS CONSUMIDORES: UMA ANÁLISE CRÍTICA

Assentada as diferentes formas de atuação da agência de turismo e esclarecidas as formas de contratação possíveis com o consumidor (turista), resta explicar as situações nas quais há perturbação no cumprimento do contrato e as consequências daí advindas.

De acordo com a jurisprudência dominante no Superior Tribunal de Justiça, para fins de responsabilização da agência de turismo é preciso considerar a distinção exposta na seção anterior entre a intermediação na compra e venda de passagens, bilhetes, ingressos e a comercialização de pacotes turísticos.

Na hipótese de simples intermediação prevalece o entendimento de que a agência de turismo sequer é parte legítima para figurar em eventual ação de indenização em casos de não cumprimento, cumprimento defeituoso (vício na prestação do serviço) ou acidente de consumo relacionado ao serviço final. Se a agência de turismo apenas procedeu à reserva dos bilhetes de passagem aérea, não

46 PORTUGAL. *Decreto-Lei nº. 17/2018*. Estabelece o regime de acesso e de exercício da atividade das agências de viagens e turismo, transpondo a Diretiva (UE) 2015/2302. Lisboa, 8 de março de 2018. Disponível em: <<https://dre.pt/home/-/dre/114832293/details/maximized>>. Acesso em: 25 abril 2021.

pode ser responsabilizada caso a companhia aérea atrase o embarque ou extravie a bagagem do consumidor (turista), por exemplo.

Sustenta essa linha de raciocínio o argumento segundo o qual contrato celebrado entre o consumidor (turista) e a agência de turismo prevê para a última a obrigação apenas de realizar a intermediação (a reserva da passagem, da hospedagem, do ingresso). O objeto contratual, portanto, se limita à obrigação de fazer cuja prestação é a realização da reserva. Ao cumprir sua prestação, a agência não se vincula ao contrato celebrado entre o turista e, por exemplo, a companhia aérea e o hotel (em relação aos quais apenas transmitiu a solicitação do consumidor). O turista remunera a agência de turismo apenas pela intermediação.

Contudo, é possível questionar se, à luz do Código de Defesa do Consumidor, essa é a melhor solução. Cabe o retorno à situação inicial relatada neste estudo, de Vitor e Juliana: eles não adquiriram um pacote turístico; apenas compraram, pela internet, no *site* da Decolar.com, as passagens aéreas. Ao chegarem no local previsto para uma escala no trajeto, descobriram que não havia o voo que os levaria ao destino, informado a eles no momento da compra das passagens.

A sentença da primeira instância aplicou a teoria da aparência além de ter considerado a Decolar.com (agência de turismo) como integrante da cadeia de fornecedores e, portanto, responsável (com base no art. 7º, parágrafo único, e art. 14, do CDC). Por que deve ser afastado esse argumento?

O Superior Tribunal de Justiça tratou da cadeia de fornecedores na prestação de serviço, por exemplo, no julgamento do REsp 1.029.054/RJ, de relatoria da Min. Nancy Andrighi⁴⁷. Consignou a relatora que os fornecedores de serviço podem se organizar em cadeia de fornecimento, “com a adoção de modernos meios de gestão empresarial, que permitam repartição de tarefas e a adoção de diversos outros modos de associação, onde, através de esforços conjugados, fornecedores coloquem serviços à disposição de consumidores”.

O caso tratava da integração ou não da “bandeira Visa” à cadeia de fornecimento do serviço de cartão de crédito administrado por um Banco. A relatora consignou que havia clara colaboração entre a instituição financeira, a administradora do cartão e a “bandeira Visa”, os quais fornecem seus serviços conjuntamente e de forma coordenada. As “bandeiras”, segundo a relatora, concedem o uso de sua marca para a efetivação de serviços, em razão da credibilidade no mercado que atuam, o que atrai consumidores e gera lucro. A prestação do serviço só se torna viável mediante a cooperação entre a “bandeira”, a instituição financeira e a administradora de cartões.

47 REsp 1029454/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 01/10/2009, DJe 19/10/2009.

Da doutrina recolhe-se que a cadeia de fornecimento consiste em um “fenômeno econômico de organização do modo de produção e distribuição, do modo de fornecimento de serviços complexos, envolvendo grande número de atores que unem esforços e atividades para uma finalidade comum, qual seja a de poder oferecer no mercado produtos e serviços para os consumidores”⁴⁸.

Integrar a cadeia de fornecimento de um produto ou serviço significa que sem a atuação do referido fornecedor o produto ou serviço não pode ser colocado no mercado ou não o seria da mesma forma. As lições da jurisprudência e da doutrina acima mencionadas indicam ser necessária a conexão entre os fornecedores para que o resultado se produza. Essa interdependência constitui a razão da solidariedade assentada pela legislação.

Quando a agência de turismo atua como simples intermediadora, ela não se converte em agente essencial para que o serviço exista, seja posto no mercado de consumo. A companhia aérea continuaria prestando o serviço de transporte aéreo e, inclusive, vendendo as passagens sem que existissem agências de turismo. O hotel continuaria recebendo hóspedes e fazendo reservas se as agências de turismo do país deixassem de prestar o serviço de reservas.

No caso do REsp 1.029.054/RJ, por outro lado, a retirada da “bandeira Visa” do cartão de crédito altera o serviço. O plástico pode não ser mais aceito em todos os estabelecimentos de antes, as taxas cobradas podem variar, assim como os benefícios oferecidos ao titular. Em resumo, o consumidor continuaria tendo um cartão de crédito, porém o serviço que receberia seria substancialmente distinto. Por isso a “bandeira Visa”, ainda que não se relacione diretamente com o consumidor, integra a cadeia de fornecimento e pode ser responsabilizada.

Portanto, afigura-se correta, sob esse ponto de vista, a exclusão da agência de turismo da cadeia de fornecimento do serviço quando atua como simples intermediadora. Sua responsabilidade está limitada ao cumprimento de sua obrigação⁴⁹.

Por ter distinguido a atuação das agências ao intermediarem a venda de passagens da organização e venda da viagem organizada (pacote turístico), Portu-

48 MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 4.ed São Paulo: RT, 2002, p. 334-335.

49 Joandre Antônio Ferraz (*Obrigações e contratos em viagens e turismo: transporte aéreo, meios de hospedagem, agências de turismo...cit.*, p. 252-253) insurge-se contra a inclusão da agência de turismo na cadeia de fornecedores do serviço de transporte aéreo ou de hospedagem. Ressalta que o contrato de transporte ou de hospedagem não pode ser confundido com o seu agenciamento, um contrato autônomo e independente. A intermediação, ele destaca, não oculta os fornecedores do transporte ou hospedagem. Ao contrário, os identifica com clareza, bem como a categoria dos serviços, por força de regulamentação específica. Paulo Jorge Scartezzini (*Responsabilidade civil das agências de turismo e dos hotéis...cit.*, p. 362-363), igualmente destaca que quando a agência de turismo apenas intermedeia o negócio, sua responsabilidade está limitada aos vícios ou defeitos do seu serviço (como, por exemplo, se a reserva não foi feita corretamente ou se ao consumidor não foram passadas as informações adequadas e suficientes para a viagem), sobretudo porque não tem controle sobre o serviço final prestado e a escolha do prestador cabe ao consumidor.

gal previu expressamente que as agências de turismo intervenientes como intermediárias em vendas ou reservas de serviços de viagem avulsos são responsáveis apenas pelos erros de emissão dos respectivos títulos, ainda que eles sejam decorrentes de deficiências técnicas nos sistemas de reservas que lhes sejam imputáveis, bem como se as reservas forem de um pacote turístico ou serviços anexos (art. 5º. (5), (6), do Decreto-Lei nº. 17/2018⁵⁰). Exatamente como destacou o Min. Aldir Passarinho em seu voto concorrente no REsp 287.849/SP.

Em caso de viagem organizada (pacote turístico) outro tem sido o entendimento.

Retornando à visão da União Europeia sobre o assunto, ainda nos considerando da Diretiva esclarece-se a principal característica das viagens organizadas (pacote turístico): “haver um operador responsável, enquanto organizador, pela correta execução da totalidade da viagem organizada”. O primeiro operador (a agência de turismo) somente deixa de ser responsável como organizador caso intervenha outro operador, ocasião em que a agência, nos termos da Diretiva, permanece como mera retalhista⁵¹ ou intermediária (Considerando 22).

O art. 13, da Diretiva, estabelece a necessidade de os Estados-Membros assegurarem seja o organizador responsável pela execução de todos os serviços de viagem incluídos no contrato de viagem organizada (contrato de turismo), sejam ou não esses serviços por ele executados. Permite, entretanto, que os Estados-Membros incluam o retalhista.

Extraí-se da normativa que, mesmo se tratando de um pacote turístico, a Diretiva deixa espaço para diferenciação da responsabilidade caso um dos operadores atue como mero retalhista (ou seja, apenas comercialize o pacote). A relevância para determinar a responsabilidade pela execução dos serviços contratados repousa na determinação se a agência de turismo foi a organizadora do pacote⁵².

A regra estabelecida pela Diretiva, portanto, exclui o retalhista, ou seja, aquele agente que apenas comercializa o pacote, sem ter qualquer participação

50 “5 — As agências de viagens e turismo que intervenham como intermediárias em vendas ou reservas de serviços de viagem avulsos são responsáveis pelos erros de emissão dos respetivos títulos, mesmo nos casos decorrentes de deficiências técnicas nos sistemas de reservas que lhes sejam imputáveis. 6 — A agência de viagens e turismo é responsável por quaisquer erros devido a deficiências técnicas no sistema de reservas que lhe sejam imputáveis e, se tiver aceite proceder à reserva de uma viagem organizada ou de serviços de viagem que façam parte de serviços de viagem conexos, pelos erros cometidos durante o processo de reserva”.

51 Retalhista, segundo o art. 3º, (9), da Diretiva, trata-se de “um operador distinto do organizador que venda ou proponha para venda viagens organizadas combinadas por um organizador”.

52 A Diretiva 2015/2302 procurou corrigir as dúvidas geradas pela antecessora Diretiva 90/314/CEE, a qual permitia aos Estados-Membros discricionariamente estabelecerem se os retalhistas, os organizadores ou ambos deveriam ser responsáveis pela correta execução da viagem organizada. Por isso, passou a clarificar que os organizadores são responsáveis pela execução dos serviços de viagem incluídos no contrato de viagem organizada, salvo se o direito nacional previr a responsabilidade de ambos (organizador e retalhista) (Considerando 23).

em sua organização, permitindo ao Estado-Membro a ampliação do rol de responsáveis, porém não a substituição.

Em Portugal, as agências de turismo organizadoras são responsáveis pela execução dos serviços do pacote ainda que prestados por terceiros. Além disso, estabeleceu-se a responsabilidade solidária da agência retalhista (art. 5º. (1), (2), (3), do Decreto-Lei nº. 17/2018⁵³).

Quando não se trata de pacote turístico, o legislador português entendeu por bem responsabilizar as agências de turismo pela correta emissão de títulos de alojamento e de transporte e, ainda, pela escolha culposa dos prestadores de serviço, salvo se tratar de escolha do cliente.

Na Espanha, seguindo a mesma linha, o art. 161, (1), do Real Decreto Legislativo 1/2007⁵⁴, com as modificações do Real Decreto-Ley 23/2018⁵⁵, reconheceu a responsabilidade solidária entre a agência de turismo organizadora e a retalhista pela execução dos serviços de viagem incluídos no contrato de turismo, independente de quem sejam o prestador direto dos serviços⁵⁶.

Ao se voltarem os olhos para a realidade brasileira, percebe-se que a tanto a Lei Geral do Turismo quanto a Lei das Agências de Turismo pouco acrescentaram ao tema da responsabilidade civil. Incidem, portanto, as normas previstas no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor.

Na celebração de um contrato de turismo, com a aquisição de um pacote turístico pelo consumidor, ele, em única ocasião (ainda que, eventualmente, os contratos sejam separados), adquire os serviços da agência (consistentes em or-

53 “Artigo 35.º Princípios gerais 1 — As agências de viagens e turismo são responsáveis perante os seus clientes pela execução dos serviços de viagem incluídos no contrato de viagem, sem prejuízo do disposto nos números seguintes. 2 — Quando se tratar de viagens organizadas, as agências de viagens e turismo são responsáveis perante os seus clientes, ainda que os serviços devam ser executados por terceiros e sem prejuízo do direito de regresso, nos termos gerais aplicáveis. 3 — No caso de viagens organizadas, as agências de viagens e turismo organizadoras respondem solidariamente com as agências retalhistas”.

54 “Artículo 161. Responsabilidad por la ejecución del viaje combinado y derecho de rescimiento. 1. Los organizadores y los minoristas de viajes combinados responderán de forma solidaria frente al viajero del correcto cumplimiento de los servicios de viaje incluidos en el contrato, con independencia de que estos servicios los deban ejecutar ellos mismos u otros prestadores. Quien responda ante el viajero tendrá el derecho de repetición frente al empresario al que le sea imputable el incumplimiento o cumplimiento defectuoso del contrato en función de su respectivo ámbito de gestión del viaje combinado. Cuando un organizador o un minorista abone una compensación, conceda una reducción del precio o cumpla las demás obligaciones que impone esta ley, podrá solicitar el rescimiento a terceros que hayan contribuido a que se produjera el hecho que dio lugar a la compensación, a la reducción del precio o a otras obligaciones”.

55 ESPAÑA. *Real Decreto-ley 23/2018, de 21 de diciembre, de transposición de directivas en materia de marcas, transporte ferroviario y viajes combinados y servicios de viaje vinculados*. Madrid, 27 dec 2018. Disponível em: <<https://www.boe.es/boe/dias/2018/12/27/pdfs/BOE-A-2018-17769.pdf>>. Acesso em: 25 abril 2021.

56 “La responsabilidad frente al consumidor será solidaria de cuantos empresarios, sean organizadores o detallistas, concurren conjuntamente en el contrato cualquiera que sea su clase y las relaciones que existan entre ellos, sin perjuicio del derecho de repetición de quien responda ante el consumidor y usuario frente a quien sea imputable el incumplimiento o cumplimiento defectuoso del contrato en función de su respectivo ámbito de gestión del viaje combinado. Se permite, por tanto, que el consumidor defraudado pueda dirigirse frente al organizador o frente al minorista, tratamiento que puede mantenerse con la DVCSVV” (PEREIRA, Consuelo Camacho. La protección del viajero en la Directiva (UE) 2015/2302 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2015, relativa a los viajes combinados y a los servicios de viaje vinculados. In: JIMÉNEZ-CABALLERO, José Luis et al (Coord.). *El turismo y la experiencia del cliente*: IX Jornadas de Investigación en Turismo. Sevilla, 21 y 22 de junio de 2016, v. 1, p. 51-85, p. 76).

ganizar a viagem, selecionar os prestadores de serviços, reservar as passagens, a hospedagem e as demais providências previstas e necessárias para a execução do pacote) e, quando não diretamente desempenhados pela própria agência, contrata também os préstimos dos prestadores diretos dos serviços (o transportador, o hoteleiro, o guia, o organizador de um passeio específico, por exemplo).

Os prestadores diretos dos serviços são selecionados, em regra, pela agência de turismo, e não pelo consumidor. Algumas das vezes, inclusive as datas das viagens são pré-estabelecidas. Trata-se, portanto, de conjunto de serviços oferecidos de forma unitária ao consumidor, conformando realidade única, à qual adere o turista.

Vê-se que a agência de turismo e os prestadores de serviços turísticos atuam em conjunto para compor um serviço único ofertado ao consumidor (o pacote turístico). A subtração de um dos sujeitos dessa relação altera o serviço oferecido ao turista. Sem a hospedagem em um hotel de luxo (substituído por um de categoria inferior) ainda haverá um pacote turístico a ser adquirido, porém será outra conformação, distinta da primeira oferta. É a reunião da atuação de todos os sujeitos (agência de turismo, transportador, hoteleiro etc.) que confere a identidade única ao serviço (pacote turístico).

Ademais, tanto quanto a “Bandeira Visa” empresta sua credibilidade ao banco que oferece um cartão de crédito, como ressaltado no REsp 1.029.054/RJ, alhures citado, uma agência de viagens muito conhecida, um hotel de renome internacional, uma companhia aérea de qualidade premiada, um organizador de passeios retratados como inesquecíveis, uma companhia teatral para cujas apresentações os ingressos se esgotam em poucos dias (ou horas), ao resolverem atuar em conjunto, adicionam ao pacote turístico a sua credibilidade como forma de incentivar a comercialização. Quando agem dessa maneira, frente ao consumidor e em relação ao pacote turístico, são considerados como integrantes da cadeia de fornecimento, como prevê o art. 7º, parágrafo único, do CDC.

Por isso, pelos danos decorrentes do serviço adquirido, são solidariamente responsáveis tanto a agência de turismo quanto os prestadores diretos dos serviços turísticos, com fundamento nas previsões do art. 25, §1º⁵⁷ e art. 34⁵⁸, ambos do CDC. A responsabilidade solidária está estampada, igualmente, no art. 14 (em caso de defeito do serviço) e art. 20 (em caso de vício do serviço), do mesmo Código⁵⁹.

57 “Art. 25. É vedada a estipulação contratual de cláusula que impossibilite, exonere ou atenue 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”.

58 “Art. 34. O fornecedor do produto ou serviço é solidariamente responsável pelos atos de seus prepostos ou representantes autônomos”.

59 Outra linha de raciocínio por meio da qual igualmente se justifica a responsabilidade solidária das agências de turismo em

O art. 34, do CDC, se lido isoladamente, poderia provocar dúvidas sobre sua aplicabilidade para o caso das agências de turismo, por se questionar a natureza da relação dela com os prestadores dos serviços turísticos, de modo a caracterizá-las como representantes desses perante os turistas. Com o advento da Lei das Agências de Turismo, entretanto, não há mais espaço para esse questionamento. O art. 20 prevê que “a agência de turismo é diretamente responsável pelos atos de seus prepostos, inclusive os praticados por terceiros por ela contratados ou autorizados, se ao contrário não dispuser a legislação vigente”.

Diferentemente da Diretiva, a legislação brasileira não distingue expressamente entre agência de turismo organizadora e agência de turismo retalhista (vendedora) quando se trata de pacotes turísticos. E tampouco diferencia entre pacote turístico e serviços isolados quando são pela agência contratados ou autorizados, como se constata na redação do art. 20, da Lei das Agências de Turismo.

Isso significa que, vendendo um pacote turístico ou vendendo ao turista serviços turísticos que são desempenhados por prestadores por ela pré-selecionados, a agência de turismo se mantém responsável pelos atos por esses prestadores praticados.

Uma advertência crítica feita pela doutrina e que merece reflexão diz respeito aos fundamentos legais usualmente invocados pela jurisprudência na responsabilização das agências de turismo. Apesar de se apontar a correção da atribuição de responsabilidade, menciona-se que se a tem feito, por vezes, com equivocada fundamentação.

Veja-se o caso do bastante lembrado REsp 888.751/BA. O consumidor propôs ação buscando o ressarcimento por danos patrimonial e extrapatrimonial porque, na viagem decorrente de um pacote turístico adquirido para a Copa do Mundo de Futebol de 1998, na França, o contrato não foi integralmente cumprido. Procedentes em primeira instância, os pedidos foram substancialmente rejeitados pelo TJBA, que afastou a ocorrência de dano moral com fundamento no art. 14, §3º, II, do CDC (culpa exclusiva de terceiro). Consta no acórdão o resumo das intempéries: “perda do jogo inaugural da seleção de futebol do Brasil na Copa do Mundo de 1998, a mudança unilateral de

caso de comercialização de pacote turístico se vale da teoria dos contratos coligados. Veja-se o que afirma Rodrigo Xavier Leonardo (Os contratos coligados. In: BRANDELI, Leonardo (Org.). *Estudos em direito civil, internacional privado e comparado*: coletânea em homenagem à Professora Véra Maria Jacob de Fradera. Porto Alegre: Leud, 2014, p. 357-382, p. 375): “a contratação de pacotes de turismo, englobando diversas relações em cadeia, promove a responsabilidade do agente de turismo que indica os demais prestadores que, em conjunto, realização o serviço ao consumidor. Trata-se de situação de redes contratuais com vínculo de coordenação centrífuga, centralizada no contrato celebrado com a operadora de turismo, que se expande aos demais contratos”.

roteiro, com troca de cidades, a hospedagem em hotéis de categoria inferior aos contratados, sendo os autores acomodados em hotéis de estrada, são circunstâncias que evidenciam a má prestação do serviço, em desconformidade com o que foi contratado”.

O Superior Tribunal de Justiça considerou que o TJBA violou a norma do art. 14, §3º, II, do CDC ao afastar a responsabilidade objetiva do fornecedor do serviço sob o argumento de que o não fornecimento dos ingressos para o jogo caracterizava culpa de terceiro.

Na conformação fática descrita, entretanto, o caso não deveria ter sido analisado sob a ótica do art. 14, do CDC, que se destina exclusivamente ao ressarcimento de danos decorrentes de defeitos do serviço, ou seja, provocados por falhas de segurança ou por informações insuficientes ou inadequadas sobre a fruição e risco, denominados acidentes de consumo⁶⁰. Não fornecer o ingresso, alterar o itinerário, hospedar o consumidor em hotéis de qualidade distinta da contratada, por certo indica que o serviço não foi prestado a contento. Não indica, porém, tenha havido qualquer ocorrência relacionada à segurança dos serviços, ausência (insuficiência) ou impropriedade (inadequação) das informações sobre a fruição ou risco do serviço. O prestador do serviço simplesmente não desempenhou sua atividade como estava obrigado contratualmente a fazer.

No caso julgado não há mais a possibilidade de que a obrigação contratada seja entregue ao consumidor (a viagem se concretizou, o jogo se realizou sem que o consumidor tenha desfrutado das acomodações contratadas ou assistido ao jogo). Mesmo se quisesse entregar a prestação, o devedor (a agência de viagens) estaria impossibilitado. Contudo, ainda que faltando alguns dos objetos ou com qualidade inferior ao contratado, a agência entregou serviços de viagens. Prestou, portanto, parcialmente, sua obrigação.

60 “O §1º do art. 14 oferece critérios para aferição do vício de qualidade do serviço prestado, e o item mais importante, neste particular, é a segurança do usuário (...)” (DENARI, Zeno. Comentários ao art. 14. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 208).

Ocorreu, em verdade, o cumprimento imperfeito do contrato⁶¹ que, por ter a prestação se tornado impossível de ser corretamente desempenhada, caracteriza inadimplemento parcial absoluto⁶².

Possível falar, outrossim, estar configurado na hipótese o vício do serviço, como previsto no art. 20, do CDC, com a disparidade entre o serviço prestado e as indicações da oferta, ou, especificamente, do contrato celebrado. Contudo, não terá incidência o prazo decadencial do art. 26, I, do CDC, porquanto destinado apenas ao vício estritamente vinculado ao bem (produto ou serviço), com vistas a obter o saneamento do vício de modo a concluir o contrato sem o problema que o contamina⁶³.

A solidariedade entre agência de turismo e demais prestadores de serviço foi bem reconhecida, como já exposto, tratando-se de pacote turístico. Os danos que decorreram da performance viciada, entretanto, encontram fundamento de ressarcibilidade não no art. 14, do CDC, porém no art. 20, II, do CDC e art.

61 “No cumprimento defeituoso, o contrato é lesionado pela ocorrência da prestação principal, portanto há cumprimento, só que de modo imperfeito, inadequado, diferente daquilo que exige a lei ou o contrato. O critério para o cumprimento imperfeito convolar-se em inadimplemento absoluto é o mesmo utilizado para a mora, qual seja, o da inutilidade da prestação para o credor, inutilidade que deve ser verificada objetivamente a partir dos elementos fornecidos pelo próprio contrato. (...) O cumprimento defeituoso do dever de prestação deve, dessa forma, dizer respeito à parcela significativa da prestação. É isso que vai autorizar a resolução do contrato com as consequentes perdas e danos, caso o credor não decida, no âmbito de sua autonomia privada, aceitar o recebimento da prestação mesmo defeituosa, obtendo o ressarcimento de seu prejuízo na justa medida, a substituição da prestação ou o abatimento proporcional do preço, nos moldes previstos na lei consumerista brasileira” (PEREIRA, Paulo Sérgio Velten. Modelos jurídicos de responsabilidade civil contratual. In: GUERRA, Alexandre et al (Coord.). *Da estrutura à função da responsabilidade civil*: uma homenagem do Instituto Brasileiro de Estudos de Responsabilidade Civil (IBERC) ao professor Renan Lotufo. Indaiatuba: 2021, p. 105-106).

O cumprimento imperfeito se insere, no direito português, no que se denomina violação positiva do contrato, que engloba, na lição de António Menezes Cordeiro (*Tratado de Direito Civil*: direito das obrigações – cumprimento e não cumprimento, transmissão, modificação e extinção, 3.ed. Coimbra: Almedina, 2019, t. IX, p. 420), a violação dos deveres acessórios e a realização inexacta da prestação principal. A despeito desses posicionamentos, tem-se afirmado que o Código Civil brasileiro não permite a importação da teoria (de origem alemã), em sua totalidade, limitando-se a violação positiva do contrato para os casos de não observância dos deveres laterais de conduta decorrentes da boa-fé objetiva (nesse sentido: SILVA, Rafael Peteffi da. Teoria do adimplemento e modalidades de inadimplemento, atualizado pelo novo Código Civil. *Revista do Advogado*, a. XXII, n. 68, p. 135-153, dez/2002, p. 150 e SCHREIBER, Anderson. A tríplice transformação do inadimplemento. *Revista Trimestral de Direito Civil*, a. 8, v. 2, p. 3-27, out./dez. 2007, p. 16)

62 Na lição de Agostinho Alvim (*Da inexecução das obrigações e suas consequências*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 7), “o inadimplemento, por parte do devedor, pode ser absoluto ou, traduzir-se em simples mora: inadimplemento absoluto e inadimplemento-mora, subdividindo-se o primeiro deles em inadimplemento total e parcial. (...) Dá-se inadimplemento absoluto parcial se, v.g, a obrigação compreende vários objetos, sendo um deles entregues e perecendo os restantes por culpa do devedor. Com relação a estes últimos não há mora, evidentemente, já que a entrega nem se fez e nem se fará”. No mesmo sentido o exemplo: “Assim, será parcial o inadimplemento absoluto da agência de turismo que promove uma excursão envolvendo visitas a diversas cidades, mas não leva os viajantes a uma delas porque deixou de confirmar, com a antecedência necessária, a hospedagem no hotel pré-agendado e não foi capaz de alojar os seus contratantes em outro estabelecimento; a viagem fora, portanto, realizada, mas acabou descumprida, de modo definitivo, umas das obrigações previstas no contrato. Se o credor não é obrigado a receber apenas em parte a prestação (CC, art. 314), o recebimento não exonera o devedor do restante; obriga-o a ressarcir os prejuízos decorrentes do pagamento parcial” (TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República: parte geral e obrigações*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, v. I, p. 697). Uma visão distinta apresenta Maria del Carmen Pastor Sempere (El viaje combinado en el RDLG 1/2007 (texto refundido Ley General de Consumidores) y leyes complementarias...cit., p. 105), tratando da situação no direito espanhol antes da incorporação da Diretiva, ao afirmar que “si al tratarse de un viaje combinado, se dejan de cumplir alguna o algunas de las prestaciones que se incluían en el programa, existe incumplimiento total, porque el viaje se contrató como un conjunto unitario, no como una mera suma de prestaciones independientes como se sostiene por nuestra jurisprudencia mayoritaria y nuestra doctrina”.

63 Tem sido esse o entendimento prevalente na jurisprudência, que não submete aos prazos do art. 26, do CDC, o ressarcimento de danos decorrentes de vícios do produto ou do serviço. Nesse sentido o STJ: AgRg no AREsp 52.038/SP; Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 25/10/2011, DJe 03/11/2011.

389⁶⁴ e 395⁶⁵, do Código Civil, por decorrerem de inadimplemento da obrigação contratual e não de defeito do serviço⁶⁶.

Há quem sustente, entretanto, que, se de um vício no produto ou serviço advém dano extrapatrimonial (dano moral, por exemplo), isso ocorre porque o vício ultrapassou o círculo da funcionalidade do produto e do serviço e atingiu a esfera da segurança. Haveria, assim, quando caracterizado o dano moral, uma transmutação da circunstância, de vício para defeito, assegurando, em consequência, a incidência dos arts. 12 e 14, do CDC⁶⁷.

Embora o enquadramento dos problemas ocorridos na prestação do serviço durante a execução de um pacote turístico como defeitos (ainda que sem violação ao dever de segurança), e não como vícios, aparentemente ocorrera como uma forma de elastecer a proteção ao consumidor, permitindo-se a invocação da regra do art. 27, do CDC, a qual prevê o prazo prescricional de 5 anos, ao invés de submetê-lo aos curtos prazos decadenciais do art. 26, da mesma norma⁶⁸, essa não se mostra como a solução mais adequada tecnicamente e, tampouco, a que mais favorece ao consumidor.

Isso porque considera apenas o universo do Código de Defesa do Consumidor como aplicável à espécie e não volta os olhos, como exposto, às distinções entre inadimplemento, vício e defeito do serviço e às previsões do Código Civil.

Quando ocorre o inadimplemento parcial absoluto da obrigação contratual, por certo que as perdas e danos a serem suportadas pelo inadimplente abrangem os danos de natureza patrimonial e extrapatrimonial, nos termos do

64 Com efeito, registra-se que “a mesma consequência impõe-se quando a obrigação é cumprida de modo imperfeito, isto é, de modo distinto daquele que foi estabelecido ou de forma intempestiva (art. 395 do CC). O fato do art. 389 do CC não ter reproduzido a expressão do art. 1.056 do CC/1916 (ou deixando de cumpri-la pelo modo e no tempo devidos)” não significa que o cumprimento imperfeito da obrigação não gere perdas e danos, pois a primeira frase do dispositivo mencionado compreende essa hipótese. (...) As perdas e danos correspondem ao prejuízo patrimonial ou extrapatrimonial da parte prejudicada pelo inadimplemento” (BDINE JUNIOR, Hamid Charaf. Comentários ao art. 389. In. PELUSO, César (Coord.). *Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência*. 13. Ed. Barueri: Manole, 2019, p. 364-365 e 366).

65 Art. 395. Responde o devedor pelos prejuízos a que sua mora der causa, mais juros, atualização dos valores monetários segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado. Parágrafo único. Se a prestação, devido à mora, se tornar inútil ao credor, este poderá enjeitá-la, e exigir a satisfação das perdas e danos.

66 Em outro caso semelhante, também tratando de pacote turístico incluindo ingresso para jogo da seleção na Copa do Mundo não entregue e demais serviços prestados em qualidade inferior ao contratado, o Superior Tribunal de Justiça baseou a responsabilização da agência de turismo no art. 14, do CDC, embora tenha registrado que “a hipótese dos autos trata da má prestação de um serviço”. Noutro trecho da decisão consta que “o acórdão recorrido encontra-se em consonância com o entendimento desta Corte no sentido de que a agência de viagem, responsável pela comercialização e agenciamento de pacotes turísticos, responde solidariamente pelos defeitos dos serviços que integram o pacote” (AgRg no REsp 850.768/SC, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 27/10/2009, DJe 23/11/2009), e se menciona o entendimento da Corte no sentido da responsabilização da agência por defeitos no serviço, seguido da invocação do REsp 287.849/SP (o qual, efetivamente, tratava de uma situação de acidente de consumo). Vê-se, portanto, que a resolução do caso foi novamente transferida para a ótica do defeito quando, de fato, defeito não havia.

67 WERNER, José Guilherme Wais. Vícios e defeitos no produto e no serviço: da garantia e da responsabilidade. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 58, p. 98-115, abr.-jun. 2006, p. 113.

68 “A intenção de favorecer os consumidores e propiciar-lhes reparação razoável tem deslocado a sede do litígio dos vícios para o art. 14, CDC, com a finalidade de legitimar uma reparação mais expressiva” (PASQUALOTTO, Adalberto. Causa e responsabilidade nos contratos de turismo...cit., p. 24).

art. 389, do Código Civil. Não é preciso afirmar que um vício se constituiu em defeito para justificar o ressarcimento.

A pretensão de ressarcimento não encontra limitação no prazo de 3 anos, do art. 206, §3º, V, do Código Civil⁶⁹, nem de 5 anos do art. 27, do CDC, mas sim de 10 anos, do art. 205, do Código Civil por se tratar de dano decorrente de inadimplemento contratual.

Não parece coerente com o objetivo de tutela protetiva do consumidor que o direito subjetivo ao ressarcimento de danos provenientes de inadimplemento de um contrato de consumo prescreva em prazo mais exíguo do que dos danos resultantes do inadimplemento de um contrato puramente civil.

4. CONCLUSÃO

A inegável importância econômica do turismo e das atividades que se desenvolvem sob essa bandeira justifica a preocupação com a adequada compreensão das relações jurídicas estabelecidas entre os sujeitos atuantes nessa área e os consumidores.

Quanto à relação entre a agência de turismo e o consumidor (turista), um dos aspectos mais relevantes trata-se da delimitação das hipóteses de responsabilização civil.

A partir do julgamento do REsp 1.791.010/RO desvelou-se o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça quanto ao assunto. Percebe-se que, mesmo diante da legislação pouco detalhada quando comparada à regulação do assunto em países da União Europeia (sobretudo a partir da incorporação da Diretiva 2015/2302), a interpretação conferida pelo tribunal acompanhou as posições adotadas no Velho Continente.

69 Houve época em que solução jurisprudencial considerava como sendo trienal o prazo para ambos os tipos de responsabilidade, contratual e extracontratual. Esse posicionamento foi superado, segundo alerta a doutrina: “Essa inclusão jurisprudencial, contudo, foi revertida para inclinar-se pela dicotomia, ou seja, trienal o prazo para a responsabilidade civil extracontratual e decenal para a responsabilidade civil contratual, o que é mais apropriado, na medida em que há título específico no CC acerca da responsabilidade civil (arts. 927 a 954), apartado do direito contratual (art. 421 a 480)” (DUARTE, Nestor. Comentários ao art. 206. In: In: PELUSO, César (Coord.). *Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência*. 13. ed. Barueri: Manole, 2019, p.137). Há posições em contrário ao comentar o mesmo dispositivo: “Importante notar que o dispositivo tem incidência tanto na responsabilidade civil contratual como extracontratual, haja vista a dicção ampla do preceito” (TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República: parte geral e obrigações...cit.*, p. 411). Na jurisprudência, o STJ já considerou que “nas controvérsias relacionadas à responsabilidade contratual, aplica-se a regra geral (art. 205 CC/2002) que prevê dez anos de prazo prescricional, e quando se tratar de responsabilidade extracontratual, aplica-se o disposto no art. 206, §3º, V, do CC/2002, com prazo de três anos. Para efeito da incidência do prazo prescricional, o termo ‘reparação civil’ não abrange a composição de toda e qualquer consequência negativa, patrimonial ou extrapatrimonial, do descumprimento de um dever jurídico, mas, de modo geral, designa indenização por perdas e danos, estando associada às hipóteses de responsabilidade civil, ou seja, tem por antecedente o ato ilícito. Por observância à lógica e à coerência, o mesmo prazo prescricional de dez anos deve ser aplicado a todas as pretensões do credor nas hipóteses de inadimplemento contratual, incluindo o de reparação de perdas e danos por ele causados” (ED no REsp 1.280.025/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, Segunda Seção, julgado em 27/06/2018, DJe 02/08/2018).

Há uma distinção clara, para efeitos de responsabilidade civil, entre a atuação da agência de turismo como intermediadora de reservas de passagens, hospedagem e ingressos da atuação com a organização e comercialização de pacotes turísticos.

Na primeira situação, a jurisprudência limita a responsabilidade da agência ao exato cumprimento da reserva; danos advindos da (in)execução dos serviços reservados por intermédio da agência não podem a ela ser imputados. Na segunda hipótese, reconhece-se a responsabilidade objetiva e solidária da agência com os prestadores diretos dos serviços contratados. Trata-se de posição consolidada na jurisprudência do STJ.

Contudo, como se teve a oportunidade de analisar, na invocação das normas do Código de Defesa do Consumidor se observa aparente confusão na qualificação jurídica de determinada situação como vício ou defeito do serviço ou, ainda, como simples incumprimento ou cumprimento imperfeito da obrigação.

Situações nas quais se caracterizou o cumprimento imperfeito da obrigação contratual (como, por exemplo, a não entrega dos ingressos para o jogo de futebol, incluídos no pacote turístico) foram resolvidas com a invocação do art. 14, do CDC, o qual trata de defeito do serviço (acidente de consumo), uma previsão expressamente direcionada à proteção da segurança do consumidor e não da regularidade contratual.

O vocábulo defeito, constante no art. 14, *caput*, do CDC, ao que se extrai da análise dos julgados, nem sempre é interpretado no sentido técnico-jurídico do termo como empregue pelo código consumerista, mas como se referindo a qualquer problema ou irregularidade relacionado ao serviço.

Vitor e Juliana, os turistas recorrentes no REsp 1.791.010/RO, que adquiriram suas passagens por intermédio do Decolar.com, na internet, e não alcançaram o destino de sua viagem por conduta atribuída à empresa área, erraram ao buscar o ressarcimento dos danos suportados em face da agência de turismo intermediadora. Repreensão alguma se pode fazer à decisão do STJ nesse sentido.

Tampouco há insurgência quanto a responsabilização solidária das agências de turismo em caso de celebração dos verdadeiros contratos de turismo com a comercialização de pacotes turísticos. Esclarecido está que a solidariedade decorre da integração à cadeia de fornecimento do serviço e decorre da previsão do art. 20, da Lei das Agências de Turismo e do art. 34, do CDC.

Cabível somente o registro da necessidade de adequação do fundamento legal invocado quando não estiver configurado, efetivamente, de acidente de consumo. Não é necessário recorrer ao art. 14, do CDC em todas as hipóteses em que um turista suporta danos de qualquer natureza porque os serviços contra-

tados no pacote turísticos não foram executados de forma adequada. A previsão dos vícios do serviço (art. 20, do CDC) e da responsabilidade civil contratual do Código Civil oferecem suporte adequado e suficiente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. Trad. Alfredo Bosi e Ivone Castilho Benedetti. 6.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 1980

ATHENIENSE, Luciana Rodrigues. Responsabilidade solidária das agências de viagens e operadores de turismo segundo o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90). *Revista de Direito do Consumidor*, a. 10, n. 37, p. 235-241, jan./mar. 2001.

BDINE JUNIOR, Hamid Charaf. Comentários ao art. 389. In: PELUSO, César (Coord.). *Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência*. 13. ed. Barueri: Manole, 2019, p. 364-369.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.791.010/RO*. Relatora: Min. Maria Isabel Gallotti. Recorrente: Jannayna Garcia Ribeiro Gomide dos Santos e outro. Recorrido: Decolar.com. Brasília, 11 de junho de 2019.

CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil: direito das obrigações – cumprimento e não cumprimento, transmissão, modificação e extinção*. 3.ed. Coimbra: Almedina, 2019, t. IX.

DENARI, Zeno. Comentários ao art. 14. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 207-2012.

DUARTE, Nestor. Comentários ao art. 206. In: PELUSO, César (Coord.). *Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência*. 13. ed. Barueri: Manole, 2019, p. 133-143.

ESPAÑA. *Real Decreto-ley 23/2018, de 21 de diciembre, de transposición de directivas en materia de marcas, transporte ferroviario y viajes combinados y servicios de viaje vinculados*. Madrid, 27 dec 2018. Disponível em: <<https://www.boe.es/boe/dias/2018/12/27/pdfs/BOE-A-2018-17769.pdf>>. Acesso em: 25 abril 2021.

FERRAZ, Joandre Antonio. *Obrigações e contratos em viagens e turismo: transporte aéreo, meios de hospedagem, agências de turismo*. Barueri: Manole, 2005.

GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezzini. *Dos contratos de hospedagem, de transporte de passageiros e de turismo*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezzini. Responsabilidade civil das agências de turismo e dos hotéis. In: SILVA, Regina Beatriz Tavares da (Coord.). *Responsabilidade civil nas relações de consumo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 356-383.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. Os contratos coligados. In: BRANDELLI, Leonardo. *Estudos em Direito Civil, Internacional Privado e Comparado: coletânea em homenagem à Professora Véra Maria Jacob de Fradera*. Porto Alegre: Leud, 2014, p. 357-382.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: novo regime das relações contratuais*. 3. ed. São Paulo: RT, 1998.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 4. ed São Paulo: RT, 2002.

MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIM, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 5. ed. São Paulo: RT, 2016.

MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe; MIRAGEM, Bruno. *Teses jurídicas dos tribunais superiores: direito do consumidor*. São Paulo: RT, 2017, v.1.

PASQUALOTTO, Adalberto. Causa e responsabilidade nos contratos de turismo. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, a. 17, n. 67, p. 3-33, jul./set. 2008.

PEREIRA, Consuelo Camacho. La protección del viajero en la Directiva (UE) 2015/2302 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2015, relativa a los viajes combinados y a los servicios de viaje

vinculados. In: JIMÉNEZ-CABALLERO, José Luis et al (Coord.). *El turismo y la experiencia del cliente*. IX Jornadas de Investigación en Turismo. Sevilla, 21 y 22 de junio de 2016, v. 1, p. 51-85

PEREIRA, Paulo Sérgio Velten. Modelos jurídicos de responsabilidade civil contratual. In: GUERRA, Alexandre et al (Coord.). *Da estrutura à função da responsabilidade civil*: uma homenagem do Instituto Brasileiro de Estudos de Responsabilidade Civil (IBERC) ao professor Renan Lotufo. Indaiatuba: 2021, p. 99-110.

PORTUGAL. *Decreto-Lei nº. 17/2018*. Estabelece o regime de acesso e de exercício da atividade das agências de viagens e turismo, transpondo a Diretiva (UE) 2015/2302. Lisboa, 8 de março de 2018. Disponível em: <<https://dre.pt/home/-/dre/114832293/details/maximized>>. Acesso em: 25 abril 2021.

RONDÔNIA. Tribunal de Justiça de Rondônia. 1ª Vara Cível da Comarca de Cacoal. *Autos nº. 7005850-47.2016.8.26.0007*. Autores: Jannayna Garcia Ribeiro Gomide dos Santos e outro. Réu: Decolar.com. Julgadora: Emy Karla Yamamoto Roque. Data do julgamento: 05/05/2017.

RONDÔNIA. Tribunal de Justiça de Rondônia. 2ª Câmara Cível. *Apelação Cível nº. 7005850-47.2016.8.26.0007*. Relator: Des. Johnny Gustavo Clemes. Recorrente: Decolar.com Ltda. Recorrida: Jannayna Garcia Ribeiro Gomide dos Santos e outro. Data do julgamento: 20/06/2018.

SCHREIBER, Anderson. A tríplece transformação do inadimplemento. *Revista Trimestral de Direito Civil*, a. 8, v. 2, p. 3-27, out./dez. 2007.

SEMPERE, María del Carmen Pastor. El viaje combinado en el RDLG 1/2007 (Texto refundido Ley General de Consumidores) y leyes complementares. *Cuadernos de Turismo*, Múrcia, n. 25, p. 99-124, 2010.

SILVA, Rafael Peteffi da. Teoria do adimplemento e modalidades de inadimplemento, atualizado pelo novo Código Civil. *Revista do Advogado*, a. XXII, n. 68, p. 135-153, dez/2002.

TEPEDINO, Gustavo. Responsabilidade civil nos contratos de turismo. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 4.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 251-276.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*: parte geral e obrigações. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, v. I.

UNIÃO EUROPEIA. *Diretiva 2015/2302 do Parlamento Europeu e do Conselho*. Estrasburgo, 25 de novembro de 2015. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32015L2302&from=PT>>. Acesso em: 25 abril 2021.

WERNER, José Guilherme Wais. Vícios e defeitos no produto e no serviço: da garantia e da responsabilidade. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 58, p. 98-115, abr.-jun. 2006.

COMENTÁRIOS AO RECURSO ESPECIAL Nº 1.639.028/SP

ÍGOR MARTINS DA CUNHA¹

1. CASO

O presente trabalho tem por objeto a análise, em larga perspectiva, de questões jurídicas versadas no *Recurso Especial* nº 1.639.028/SP, que tramitou perante a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça. O recurso foi interposto com fundamento no art. 105, inciso III, alíneas *a* e *c*, da Constituição Federal de 1988, tendo por cerne, especificamente ao que interessa ao presente trabalho, a análise da legitimidade passiva da pessoa jurídica responsável pela manutenção de site e aplicativo (plataforma) que têm por objeto *anúncio e intermediação de vendas realizadas por meio da internet* (Mercado Livre), para responder a uma ação de indenização que tem como causa de pedir a ocorrência de *fraude perpetrada pelo anunciante em detrimento do comprador*.

A perfeita identificação dos fatos jurídicos versados no recurso especial referido, para nós, é essencial para que se compreenda efetivamente o resultado do julgamento, na medida em que as circunstâncias fáticas e jurídicas específicas do anúncio e da negociação parecem ter sido determinantes na decisão final que veio a transitar em julgado, posto que foram relevantes para a *qualificação* jurídica da situação levada ao Poder Judiciário. Afirma-se isso, na medida em que elas foram relevantes para que fosse realizado o *enquadramento jurídico* entre o julgado e os *precedentes* indicados pelo MM. Ministro Relator que julgou a controvérsia *em decisão monocrática*.

Pois bem, segundo é possível depreender da narrativa constante do recurso especial, os autores da ação visavam a aquisição de um veículo automotor e encontraram aquele que estava dentro das expectativas por meio do site da pessoa jurídica demandada (Mercado Livre), após uma pesquisa realizada pela internet. Por meio das ferramentas disponibilizadas pelo site realizaram o contato com a pessoa anunciante, contato este que foi sucedido por uma negociação, chegando as partes a um acordo quanto à efetivação da aquisição, bem como a forma de

1 Doutorando em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestre em Direito pela Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Campinas. Diretor Executivo da Revista Forense (Grupo GEN-Forense). Editor Executivo da RDM - Revista Direito e Medicina (Thomson Reuters - Revista dos Tribunais).

pagamento, que envolvia a entrega de um outro veículo usado bem como um valor complementar a ser depositado em uma conta indicada.

Ocorre que a situação tem ares um pouco mais complexos daqueles versados na decisão monocrática. Segundo consta da Sentença proferida pelo MM. Juízo da 3ª Vara Cível da Comarca de Assis, a narrativa fática empregada pela pessoa anunciante durante a negociação foi a seguinte: a anunciante alegou que trabalhava com um veículo próprio para uma empresa (sua empregadora) e que, durante o trabalho, sofreu um acidente que resultou na perda total do seu veículo particular. Em razão disso, a sua empregadora teria se comprometido a lhe indenizar integralmente, por meio da aquisição de *um novo veículo*.

Como a anunciante não tinha interesse em ficar com este novo veículo (e se contentaria com um veículo usado mais barato e simples) e, ainda, diante da circunstância de que estava precisando de dinheiro, anunciou a venda do automóvel, antes mesmo de recebê-lo. Segundo se afirmou, com o pagamento do veículo pela empresa empregadora, a funcionária, ou qualquer outra pessoa por ela indicada, poderia retirá-lo em qualquer concessionária da marca. Portanto, rigorosamente, ela estaria se comprometendo a alienar o automóvel que ainda iria vir a receber.

Para tornar possível o golpe, a alienante acabou criando um arranjo financeiro que permitiu com que a parte adquirente não desconfiasse de que a negociação não era legítima e lhe transmitisse diretamente o montante financeiro. Isso porque envolveu uma concessionária de veículos (que era efetivamente legítima), sendo certo que esta última confirmou aos interessados na aquisição que havia *uma negociação em aberto* para a compra do automóvel.

Também ingressou na negociação uma terceira pessoa, que supostamente seria gerente financeiro da empregadora, e que assumiu a comunicação para a efetivação do negócio. A concessionária, por meio de uma funcionária, também teria confirmado, em momento posterior, que havia sido identificado um depósito em sua conta a pedido da empresa supostamente adquirente (empregadora), dando cumprimento, portanto, em tese aquilo que supostamente estaria acordado entre a empregadora e o empregado.

Cientes da existência do depósito em nome da concessionária e da possível retirada do veículo (retirada esta que seria viável a partir do momento em que a empregadora pagasse integralmente o valor a concessionária), os autores da ação concordaram em pagar à suposta pessoa empregada (e anunciante do veículo) o valor de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), bem como, posteriormente, entregar o restante que faltava por meio da transferência de um veículo usado (de valor menor do adquirido). Com isso, isto é, com a entrega do veículo usado e o paga-

mento do valor complementar, a pessoa empregada *transferiria o direito à retirada do veículo aos adquirentes*.

Uma vez tendo os autores adquirentes realizado o depósito do montante (na conta de uma pessoa indicada pela *proprietária do veículo*, que supostamente seria seu cônjuge, e não por meio de qualquer ferramenta fornecida pelo site), a venda acabou se frustrando, ficando evidenciado que se tratava de um golpe muito bem engendrado. Isto porque a concessionária informou que o depósito sinalizado pela suposta empresa na conta da concessionária apesar de realmente ter existido, não havia se concretizado, posto que foi feito por meio de cheque, e este, logo se constatou, *não tinha fundos*. Portanto, considerando que a aquisição do veículo automotor pela adquirente se deu diretamente com o *anunciante*, não tendo a concessionária sido parte do *negócio jurídico*, esta informou que não teria como entregar mais o automóvel.

Exatamente com estes contornos é que a lide chegou ao Poder Judiciário, tendo os prejudicados pelo suposto golpe acionado a concessionária de veículos e a pessoa jurídica responsável pela manutenção do site e aplicativo de anúncios (plataforma). Foram demandados em litisconsórcio *simples facultativo*, sendo o pedido de condenação ao pagamento solidário do valor total desembolsado (indenização). Os supostos alienantes do automóvel (golpistas) não integraram a relação jurídica processual por uma opção da parte demandante, que não os incluiu no polo passivo, voltando seus esforços exclusivamente a tentar a restituição do montante diretamente das pessoas jurídicas que estavam envolvidas na negociação, possivelmente em razão da sua solvência financeira.

Restou incontroverso nos autos que os demandantes foram vítimas de um golpe, na medida em que realizaram corretamente o depósito do valor na conta indicada pela proprietária, cumprindo rigorosamente o que havia sido negociado, sendo certo, contudo, que o automóvel prometido nunca chegou a ser entregue. Em verdade, o ato ilícito, além poder ser configurado como ilícito civil, parece claramente enquadrar-se, simultaneamente, dentro do conceito crime de estelionato (art. 171 do CP). Porém, serão analisadas tão somente as repercussões civis, dado que estas foram objeto de análise no âmbito do *Recurso Especial* nº 1.639.028/SP. Nos autos, como se verá no item que se segue, a controvérsia jurídica ficou limitada à análise de quem, diante da narrativa empregada na petição inicial, teria *legitimidade passiva* para figurar na ação de indenização proposta pelos prejudicados.

2. FUNDAMENTOS JURÍDICOS.

Analisaremos, na sequência, os principais fundamentos jurídicos levados em consideração *nas decisões proferidas nos autos* e, ao cabo, *na decisão proferida no*

âmbito do Superior Tribunal de Justiça, que é efetivamente aquela que nos interessa, diante característica de se tratar de uma decisão naturalmente *paradigmática*², por ser oriunda de um tribunal de cúpula, ainda que *não seja de observância obrigatória nos termos* do art. 927, do CPC/2015, ou mesmo uma decisão colegiada. Como se verá, as interpretações proferidas nas diversas a respeito do caso podem ser observadas nos diversos graus em que a causa foi analisada.

Em primeiro grau de jurisdição, o MM. Juízo, em relação ao site de aplicativos, compreendeu que este funcionaria apenas com *um canal facilitador de negócios e não um intermediário*, na medida em que *não intermediou ou interferiu na negociação*, bem como, *não recebeu, direta ou indiretamente*, qualquer valor decorrente das negociações que foram realizadas. Também levou em consideração que não houve qualquer pagamento pelos *meios seguros de compras*.

Portanto, a partir da narrativa apresentada, compreendeu que a pessoa jurídica responsável pela manutenção do meio viabilizador do anúncio não poderia ser responsável pela idoneidade de todos que ofertam bens em seu sítio eletrônico. Desta feita, apesar de ter compreendido em despacho saneador que a relação seria de consumo, colateralmente, também compreendeu a compreendeu que a pessoa jurídica não seria sequer legítima para figurar no polo passivo da ação, tendo a ação sido julgada, em relação a esta, extinta sem resolução de mérito.

Embora não constitua o cerne do presente trabalho, cumpre referir que, em relação à concessionária de veículos, em breve síntese, a ação foi julgada improcedente, na medida em que compreendeu o MM. Juízo que esta não teve qualquer participação no golpe, tendo sempre prestado as informações de forma correta. Considerou que em nenhum momento a concessionária se comprometeu a transferir o automóvel antes da efetiva entrada do montante total na conta da concessionária. Em verdade, segundo se compreendeu, os efetivos responsáveis, sob a perspectiva jurídica, seriam os alienantes (anunciantes), que efetivamente receberam o pagamento e não cumpriram com o que foi acordado. Contudo, estes últimos não integraram a relação jurídica processual.

Inconformados, os adquirentes interpuseram o recurso de apelação, visando a reversão tanto da decisão que extinguiu o processo sem resolução de mérito em relação à mantenedora do site (alegando *error in procedendo*, na medida em que a pessoa jurídica seria legitimada passiva) como, ainda, da decisão que julgou improcedente a ação em face da concessionária (*error in iudicando*). A 26ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça deu provimento ao recurso,

2 Arruda Alvim. O Antigo recurso extraordinário e o recurso especial (na Constituição Federal de 1988). *Revista de Processo*. São Paulo, n. 58, p. 62-74, abr/jun. 1990; e mais recentemente, Arruda Alvim. *Manual de direito processual civil: teoria geral do processo, processo de conhecimento, recursos e precedentes*. 19 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 1.497.

por maioria de votos, em relação à plataforma, reconhecendo sua legitimidade passiva e, estando a causa madura, julgou o mérito, reconhecendo o dever desta de indenizar os autores por todos os prejuízos sofridos.

Levou em consideração que a plataforma seria efetivamente responsável pela divulgação e venda dos produtos e serviços que se encontram divulgados em seu sítio eletrônico. O voto se embasou nas lições de Theotonio Negrão, que ao analisar especificamente a situação da plataforma de venda, compreendeu que “O mercadolive.com não se confunde com mero classificado. Ao revés, participa ativamente das transações como autêntico intermediário entre o comprador e o anunciante, daí auferindo lucros. Além disso, disponibiliza o espaço virtual para quem pretende comprar algo, cadastrando o vendedor e comprador e estabelecendo mecanismos de segurança para os envolvidos nas negociações recebam aquilo pelo qual pagaram ou entregaram. Portanto, responde civilmente por eventuais prejuízos decorrentes de fraudes que o sistema de segurança não consiga impedir, porque neste caso coloca no mercado um serviço pouco confiável e que facilita a ação de fraudadores, estes que conseguem se cadastrar no site sem maiores dificuldades e, ainda, ousam aplicar golpes em escala, alcançando inúmeros consumidores.” (trecho transcrito no acórdão)

Com base nestes argumentos, considerou o Tribunal, por unanimidade, ter havido vício no serviço prestado, razão pela qual deveria esta responder pelos danos efetivamente sofridos. Isto é, considerou que o serviço prestado não o teria sido de forma satisfatória, circunstância da qual decorreria o dever de indenizar. A condenação envolveu não tão somente a devolução dos valores despendidos, como, também a indenização por dano moral.

Por fim, em relação à concessionária, tendo em vista que esta nunca recebeu qualquer valor (visto que o cheque era sem fundo), bem como que esta não teria tido participação direta no golpe, ao ver dos órgãos julgadores, a ação haveria de ser julgada improcedente.

Uma vez tendo a questão chegado ao Superior Tribunal de Justiça em razão da interposição de recurso especial e, posteriormente, agravo em recurso especial (ante a decisão de inadmissibilidade do recurso especial), o Min. Relator Moura Ribeiro, deu provimento monocraticamente ao recurso especial. Como base na jurisprudência consolidada no Superior Tribunal de Justiça a respeito da *responsabilidade dos veículos de comunicação pelo dano decorrente de fraude*³, compreendeu que a responsabilidade não poderia ser imputada à recorrente, em especial, por esta

3 Foram elencados na decisão os seguintes julgados: STJ, AgRg nos EDcl no Ag nº 1.360.058/RS, 3ª t. rel. Min. Sidnei Beneti, DJe 27.04.2011. STJ, REsp 1.046.241/SC, 3ª T. rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 19.08.2010.

não ter participado da elaboração do anúncio ou, ainda, do contrato de compra e venda.

Com base nestes fundamentos, o Ministro Relator deu provimento ao recurso especial, para reformar o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e, com isso, reconhecer a ilegitimidade da pessoa jurídica responsável pela manutenção do site e aplicativo de anúncio (plataforma).

3. COMENTÁRIOS

Os sites de anúncios de produtos para venda, em sua maioria, sevem de *intermediadores* ou *facilitadores*, aproximando vendedores e compradores no ambiente virtual, permitindo claramente a circulação de riquezas de forma mais eficiente e integrada. É inegável que estes possuem, em alguma medida, vínculo tanto com o anunciante quanto com o adquirente. O vínculo, contudo, pode ter os mais diversos contornos e características, posto que são extremamente plurais as possibilidades de desenvolvimento da atividade e o serviço a ser prestado. O perfil das relações jurídicas pode ser, portanto, diverso a depender do modelo de negócio implementado. Preocupamo-nos aqui tão somente com as plataformas que veiculam os anúncios de terceiros dentro da sua plataforma.

É um mercado que tem crescido exponencialmente, especialmente durante a pandemia de COVID-19, tanto em quantidade quanto em variedade e versatilidade. Diariamente surgem novas ferramentas com características e funcionalidades diversas. A plataforma analisada no julgado, contudo, não é nova. Muito pelo contrário, é uma das pioneiras neste mercado, especialmente se considerarmos a América Latina, tendo nascido em 1999 na Argentina e, atualmente, opera em 18 países.⁴ Nestes anos a plataforma evoluiu consideravelmente, envolvendo uma série de novas funcionalidades que a mantiveram no mercado de forma destacada.

A doutrina tem nomeado estas plataformas de *Marketplaces* ou shoppings virtuais, na medida em que nestes espaços se encontram reunidos diversos produtos e serviços de centenas/milhares de anunciantes, sendo a plataforma analisada no caso concreto, listada dentre aquelas que se enquadram dentro da definição acima referida.⁵ Em geral, é possível afirmar que a aquisição de produtos ou bens dentro destas plataformas envolve, em verdade, três relações jurídicas contratuais distintas, uma entre a plataforma e o anunciante (em geral fornecedor de produ-

4 <https://www.mercadolivre.com.br/institucional/nos-comunicamos/noticia/tudo-sobre-o-mercado-livre/>

5 Marcelo Chiavassa de Paula Lima; Vitor Moraes de Andrade. *Manual de Direito Digital*. São Paulo: Tirant lo blanch, 2020. p. 168.

tos e serviços) e outra entre a plataforma e o interessado e, por fim, uma entre o anunciante e o adquirente.⁶

É evidente que esta tríplice relação nem sempre está clara, na medida em que a forma com que ela se concretiza dentro das mais diversas plataformas é absolutamente variada. Em algumas situações, fica absolutamente evidente que há apenas uma intermediação, posto que para o consumidor a plataforma deixa absolutamente claro quem efetivamente está *ofertando* aquilo que se busca, algumas delas, inclusive direcionando o interessado a uma página exclusiva do anunciante. Em outras a informação não fica tão exposta assim, encontrando-se em um banner ou item com pouco destaque na página. Em outras, mais raras, é verdade, há efetiva parceria comercial entre o anunciante e a plataforma, sendo certo que o produto é oferecido, *em conjunto*, por ambas, sendo certo que, por um lado a *plataforma garante uma confiabilidade e, por outro, o efetivo vendedor aumenta a gama de eventuais produtos oferecidos por aquela*.

A depender dos contornos desta relação jurídica é que se deve averiguar a existência da responsabilidade civil da pessoa jurídica que mantém a plataforma. No caso concreto, resta absolutamente claro que a plataforma apenas exerceu uma atividade de *aproximação entre as partes*. Nesta esteira, é bom que se refira, em que pese a plataforma disponha de mecanismos que *viabilizem* a realização do pagamento por meio da plataforma e, ainda, a garantia de que este apenas seria liberado com a efetiva entrega do bem, no caso concreto as partes que celebraram o negócio jurídico dela não se utilizaram.

Ou seja, na situação analisada, resta absolutamente claro que a pessoa jurídica demandada, por meio da plataforma por ela gerida, tão somente viabilizou a aproximação entre os interessados. Em nenhum momento intermediou propriamente a negociação o adimplemento daquilo que foi pactuado. Na prática, acabou sendo efetivo meio eletrônico de anúncio do produto, posto que, por meio deste, é que os interessados souberam da existência do suposto (e depois verificou-se, fraudulento) interesse na venda do bem.

Os adquirentes assumiram diretamente a negociação e acordaram o pagamento *fora da plataforma*, possivelmente influenciados pelo golpistas, tendo em vista que os contornos, no mínimo diferenciados, para não se dizer suspeitos, certamente não permitiriam o sucesso no golpe se a situação se desse de forma diversa. Em verdade, o fato do interessado ter concordado com o pagamento em nome de terceiro, sem utilizar nenhuma das ferramentas que potencialmente

6 Marcelo Chiavassa de Paula Lima; Vitor Moraes de Andrade. *Manual de Direito Digital*. São Paulo: Tirant lo blanch, 2020. p. 168.

poderiam ser utilizadas, evidencia a inexistência de qualquer *nexo de causalidade* entre o dano causado e qualquer vício no serviço prestado pela *plataforma*.

Como base nestes contornos fáticos é que o Min. Relator Moura Ribeiro, ao julgar monocraticamente a causa, deu provimento ao recurso, evocando a incidência ao caso em concreto da jurisprudência consolidada no Superior Tribunal de Justiça a respeito da *responsabilidade dos veículos de comunicação pelo dano decorrente de fraude*⁷. Partiu exatamente da premissa de que não poderia haver, ainda que em tese, imputação de responsabilidade a mantenedora da plataforma, posto que, esta, não participou da elaboração do anúncio ou, ainda, do contrato de compra e venda. Cumpre referir que a decisão analisou a questão exclusivamente a partir dos fatos narrados na petição inicial (*status assertionis*), tendo compreendido a partir desta narrativa, que haveria ilegitimidade, ou seja, considerou ausente uma das condições da ação, daí porque o julgamento foi de extinção sem resolução do mérito e não de improcedência do pedido em relação à plataforma.

É evidente que, como regra, os classificados em jornais não podem ser considerados *idênticos* juridicamente às plataformas de *Marlekplace*, posto que os modelos de negócios são consideravelmente diversos, sendo certo que estas normalmente oferecem uma gama mais ampla de funcionalidades e serviços e possuem remuneração diversa das dos classificados em geral, usualmente uma porcentagem da veda. Daí porque, propriamente, não seria viável falar-se, como regra, na existência da mesma questão fático-jurídica entre o precedente evocado e o as plataformas em geral. Contudo, diante das especificidades acima, levando em consideração o modo como a negociação se deu e as funcionalidades exploradas pelos usuários, na prática, na sua essência, a questão jurídica foi considerada como sendo idêntica pelo MM. Relator, razão pela qual compreendeu ser o caso de provimento *monocrático* do recurso.

Cumpre referir que a relação jurídica entre o alienante e os adquirentes não se consistia uma relação de consumo, na exata medida em que aquele não se enquadra, segundo pudemos analisar do julgado, na definição de fornecedor. Isto porque, pela narrativa da petição inicial, os vendedores e golpistas não *desenvolviam atividades tipicamente profissionais*⁸, não havendo como enquadrá-los, em nossa percepção, dentro da definição do art. 3º do CDC. A concessionária, embora em geral pudesse ser enquadrada, não possuía qualquer relação jurídica com os alienantes, não sendo possível observar, contudo, a existência de uma *cadeia de consumo*. A única possível relação que estaria sujeita ao CDC seria a

7 Foram elencados na decisão os seguintes julgados: STJ, AgRg nos EDcl no Ag nº 1.360.058/RS, 3ª T, j.12.04.2011, rel. Min. Sidnei Beneti, DJe 27.04.2011. STJ, REsp 1.046.241/SC, 3ª T. rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 19.08.2010.

8 V. Claudia Lima Marques. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 9 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 406.

relação entre a plataforma e o adquirente, sendo certo, contundo, que a aplicabilidade se daria em relação aos contornos mais estritos desta relação, isto é, no serviço prestado, que como visto, foi de mera ferramenta de anúncio/publicidade.

Mais recentemente a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça decidiu em sentido parecido, compreendendo que quando o fraudador *não se utiliza dos mecanismos de intermediação do comércio eletrônico*, bem como não utiliza da plataforma diretamente *para prática da fraude*, não é possível reconhecer a responsabilidade civil. Considerou, mais especificamente, que não houve nexo causal que ligasse a plataforma ao dano. A este propósito cumpre transcrever o seguinte trecho da decisão:

“Na espécie, o fato de o fraudador não ter usufruído de mecanismos utilizados na intermediação do comércio eletrônico, nem utilizando-se da plataforma disponibilizada pelo Mercado Livre para praticar a fraude, obsta a qualificação do ocorrido como uma falha no dever de segurança. Não houve, ademais, divulgação indevida de dados pessoais, nem mesmo violação do dever de informar. Resta ausente, assim, a falha na prestação dos serviços. Não só, a fraude praticada por terceiro em ambiente externo àquele das vendas on-line não tem qualquer relação com o comportamento da empresa, tratando-se de fato de terceiro que rompeu o nexo causal entre o dano e o fornecedor de serviços.”⁹

Neste último julgado, cumpre referir que, para nós, apenas seria possível cogitar existir responsabilidade civil da plataforma caso, por exemplo, o consumidor se utilize dos mecanismos disponibilizados pela plataforma e haja alguma falha nestes mecanismos. Neste caso, havendo vício naquele serviço disponibilizado pela plataforma, aí si haveria corretamente de se cogitar existir responsabilidade civil.

Embora constitua situação jurídica diversa, vale considerar também que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem considerado que plataformas digitais que apenas permitem apenas a *comparação entre preços e produtos*, encaminhando diretamente o interessado para a *página* do fornecedor, não são solidariamente responsáveis por quaisquer danos causados¹⁰. Tal como no caso julgado, nesta hipótese o serviço prestado, isto é, de comparação e direcionamento, não envolve a efetivamente qualquer responsabilidade da plataforma. Para nós, em verdade, apenas poderia se cogitar de responsabilidade se o vício estivesse na própria ferramenta de comparação, quando esta, por exemplo, veicula informações equivocadas (por um erro em seu algoritmo) ou, ainda, expõe dados do consumidor indevidamente.

Diante de tudo quanto afirmado acima, que para nós parece ser claro é que o Min. Relator Moura Ribeiro, ao julgar monocraticamente a causa, julgou

9 STJ, REsp 1.880.344/SP, 3ª T. j. 09.03.2021, rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 11.03.2021.

10 STJ, AREsp 144.823/RJ, Decisão Monocrática, j. 23.11.2016, rel. Min. Raul Araújo, DJe 05.12.2016.

corretamente, sendo certo que, segundo o ordenamento jurídico brasileiro, efetivamente a solução adequada seria de dar provimento ao recurso, na medida em não poder haver, ainda que em tese, imputação de responsabilidade a mantenedora da plataforma, posto que, esta, não participou da elaboração do anúncio ou, ainda, do contrato de compra e venda. Isto é, a partir dos contornos da lide, não haveria como se reconhecer, diante do ordenamento jurídico brasileiro, a responsabilidade civil da plataforma.

Por fim, conclusivamente, é importante que se tenha por presente que a solução do recurso especial, diz respeito tão somente a situações em que esta tríplice relação (entre vendedor, plataforma e adquirente) se dá nos termos acima evidenciados. Isto porque como vimos, ficou absolutamente evidente que há apenas uma intermediação.

Embora não seja objeto da presente análise, cumpre referir que, nas situações em que plataforma não deixa absolutamente claro quem efetivamente está *ofertando* aquilo que se busca, poder-se-ia cogitar a existência de responsabilidade, mormente pela inobservância do dever de informação. Também quando há vício no sistema oferecido para gerar mais segurança, cogita-se, igualmente, existir responsabilidade civil. Ademais, havendo efetiva parceria comercial entre o anunciante e a plataforma, isto é, em sendo o produto é oferecido *em conjunto*, por ambas, nos parece certo que, tendo em vista que a *plataforma garante uma confiabilidade ao vendedor e, por outro, o efetivo vendedor aumenta a gama de eventuais produtos oferecidos pela plataforma (que normalmente também oferece produtos próprios)*, haveria de se reconhecer a responsabilidade civil.

O que queremos afirmar, ao final, é que as plataformas de *Marketplace* podem ter os mais diversos contornos e características, posto que são extremamente plurais as possibilidades de desenvolvimento da atividade e o serviço a ser prestado. O perfil das relações jurídicas pode ser, portanto, diverso a depender do modelo de negócio implementado. A responsabilidade civil, colateralmente, também vai depender do perfil desta relação jurídica e daquilo que o modelo de negócio proporciona ao adquirente.

4. CONCLUSÃO

Concluímos, diante dos fundamentos acima evidenciados, que, para nós, o Min. Relator Moura Ribeiro, ao julgar monocraticamente a causa, julgou corretamente, sendo certo que, segundo o ordenamento jurídico brasileiro, efetivamente a solução adequada seria de dar provimento ao recurso, na medida em não poder haver, ainda que em tese, imputação de responsabilidade a mantenedora da *plataforma*, posto que, esta, não participou da elaboração do anúncio ou, ainda, do contrato de compra e venda. Isto é, a partir dos contornos da lide, não

haveria como se reconhecer, diante do ordenamento jurídico brasileiro, a responsabilidade civil da plataforma.

Contudo, há de se reiterar a ressalva final, no sentido de que as plataformas de *Marketplace* podem ter os mais diversos contornos e características, sendo certo que o perfil das relações jurídicas, por poder ser absolutamente diverso, influi diretamente na forma como deve ser apurada a responsabilidade civil, não sendo possível que se afirme de forma estanque, se há ou não há responsabilidade civil das plataformas de *Marketplace*.

COMENTÁRIOS AO RECURSO ESPECIAL Nº 1.444.008/RS, JULGADO PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PROVEDORES DE BUSCA DE PRODUTOS NA INTERNET

JOSÉ LUIZ DE MOURA FALEIROS JÚNIOR¹
JOÃO VICTOR ROZATTI LONGHI²

1. DESCRIÇÃO DO CASO: RESP Nº 1.444.008/RS

A responsabilidade civil dos provedores sempre foi tema de grandes debates na doutrina, haja vista a própria complexidade conceitual que sempre os envolveu. Se, hoje, tem-se classificação bem estabelecida no Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014) – com distinção em provedores de conexão e de aplicações³ –, antes havia verdadeira plêiade de definições doutrinárias para categorizá-los.⁴

Fato é que a presença da Internet na sociedade propiciou o surgimento de novos e inovadores mercados. As estruturas comerciais tradicionais deram espaço ao comércio eletrônico e as relações de consumo se sofisticaram. Novos participantes ingressaram nesses mercados com a amplitude única propiciada pela Internet.

-
- 1 Doutorando em Direito Civil pela Universidade de São Paulo – USP/Largo de São Francisco. Doutorando em Direito, na área de estudo ‘Direito, Tecnologia e Inovação’, pela Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia – UFU. Especialista em Direito Digital, com extensão universitária na University of Chicago. Associado Fundador do Instituto Avançado de Proteção de Dados – IAPD. Membro do Instituto Brasileiro de Estudos de Responsabilidade Civil – IBERC. Advogado e Professor.
 - 2 Defensor Público no Estado do Paraná. Professor substituto da Universidade Estadual do Oeste do Paraná (Unioeste) e visitante do PPGD da Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP. Pós-Doutor em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP. Doutor em Direito Público pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP/Largo de São Francisco. Mestre em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ.
 - 3 Os conceitos podem ser colhidos do artigo 5º, incisos V e VII, do MCI (Lei nº 12.965/2014): “Art. 5º Para os efeitos desta Lei, considera-se: (...) V - conexão à internet: a habilitação de um terminal para envio e recebimento de pacotes de dados pela internet, mediante a atribuição ou autenticação de um endereço IP; (...) VII - aplicações de internet: o conjunto de funcionalidades que podem ser acessadas por meio de um terminal conectado à internet”. Em síntese, a doutrina afirma que os provedores de aplicações, “também chamados de *middleware*, (...), diferentemente dos provedores de conexão, disponibilizam um instrumento para a execução de aplicações”. SERRO, Bruna Manhago. Da responsabilidade civil dos provedores de aplicações frente à Lei 12.965/2014: análise doutrinária e jurisprudencial. *Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor*, São Paulo, v. 57, p. 65-79, 2014, p. 6.
 - 4 Marcel Leonardi, por exemplo, definia o provedor de serviços de internet como “a pessoa natural ou jurídica que fornece serviços relacionados ao funcionamento da internet, ou por meio dela”. LEONARDI, Marcel. *Responsabilidade civil dos provedores de serviços de Internet*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005, p. 22. A partir desse conceito, o autor apresentava as seguintes espécies: provedores de *backbone*, provedores de acesso, provedores de correio eletrônico, provedores de hospedagem e provedores de conteúdo ou de informação.

A grande quantidade de portais de comércio eletrônico⁵, por um lado, abriu margem a abusos publicitários de vários tipos⁶; por outro lado, despertou em alguns provedores a iniciativa de desenvolver plataformas de busca para facilitar as consultas realizadas por consumidores que, interessados em adquirir determinado produto, tivessem a seu dispor sistemas de listagem de anúncios oferecidos por outras empresas, simplificando a rotina de pesquisa de preços, fretes, prazos de entrega e outras condicionantes.⁷

O precedente que se está a analisar cuida exatamente de um desses provedores: o *Shopping UOL*, desenvolvido pela empresa Universo On-line com o propósito de ofertar buscas otimizadas por produtos. O próprio portal não realizava o comércio direto a quem nele realizava pesquisa. Sua função era listar preços e detalhes de ofertas de terceiros e redirecionar o consumidor aos portais respectivos.

Essa categoria peculiar de pesquisa na *web* denotou o modelo que a doutrina designa como “provedor de busca de produtos”. E, no Recurso Especial nº 1.444.008/RS – interposto pela Universo On-Line –, o Superior Tribunal de Justiça analisou a responsabilidade civil do *Shopping UOL*, em decisão pioneira, por compra de produto realizada em portal mantido por terceiro, sem a respectiva entrega do item adquirido.⁸

Na *fattispecie*, um consumidor acionou judicialmente a Universo On-line e uma microempreendedora individual, pleiteando contra ambas a devolução de valores gastos com a aquisição de um aparelho eletrônico *palm top* que encontrou após acessar anúncio catalogado nas buscas do *Shopping UOL* (plataforma mantida pela primeira ré) no *website* VNTShop (www.vntshop.com), administrado pela segunda ré. Também foi pleiteada indenização por danos morais.

Em sentença de primeiro grau, foi afastada a preliminar de ilegitimidade passiva suscitada pela Universo On-Line e os pedidos iniciais foram julgados

5 KLEE, Antonia Espindola Longoni. *Comércio eletrônico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 71. A autora conceitua o comércio eletrônico como “toda e qualquer forma de transação comercial em que as partes interagem eletronicamente, em vez de estabelecer um contato físico direto e simultâneo”.

6 ROSA, Luiz Carlos Goiabeira; FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura; VERSIANI, Rodrigo Luiz da Silva. A proteção do consumidor diante das práticas publicitárias abusivas do comércio eletrônico. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, Belo Horizonte, v. 23, n. 45, p. 235-255, 2020, p. 247-251.

7 Em importante reflexão, Milena Donato Oliva ainda ressalta que o comércio eletrônico, no Brasil, vem ampliando a oferta de mecanismos de checagem da lisura e de avaliação de fornecedores de produtos e serviços: “Moreover, it should be noted that, in Brazil, following the current world trend, the internet has been used as a tool for evaluation of suppliers, through the assignment of grades by consumers that have used a certain product or service and share their experiences in a portal. By way of illustration, among the main websites used by Brazilians for this purpose are: (i) “tripadvisor” (www.tripadvisor.com.br) that evaluates suppliers in the fields of tourism and gastronomy; (ii) “ebit” (www.ebit.com.br) that allows retailers to register in the system to be evaluated by consumers and (iii) “reclame aqui” (www.reclameaqui.com.br) that evaluates the companies through grades and complaints posted by consumers.” OLIVA, Milena Donato. Information obligations and disinformation of consumers: Brazilian Law Report. In: STRAETMANS, Gert (Ed.). *Information obligations and disinformation of consumers*. Cham: Springer, 2019, p. 544.

8 FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura; LONGHI, João Victor Rozatti. A responsabilidade civil dos provedores de busca de produtos na Internet. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, Rio de Janeiro, n. 37, p. 75-95, jun. 2020, p. 87-88.

parcialmente procedentes para condenar as duas litisconsortes passivas ao pagamento solidário de indenização por danos materiais, no valor de R\$ 522,57 (quinhentos e vinte e dois reais e cinquenta e sete centavos), corrigidos monetariamente, e ônus sucumbenciais. O pedido de indenização por danos morais, portanto, não prosperou.

Em recurso de apelação interposto pela Universo On-Line, foi pleiteada a reforma da sentença, mas o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul negou provimento ao apelo, mantendo a sentença por seus próprios fundamentos. Irresignada, a empresa buscou o acionamento das Instâncias Superiores, tendo aportado no Superior Tribunal de Justiça com o mencionado REsp, alegando violação aos arts. 3º, 7º, parágrafo único, e 14 do Código de Defesa do Consumidor, e ao art. 267, VI, do Código de Processo Civil de 1973.

A relatoria do precedente coube à Ministra Nancy Andrighi e contou com votos dos Ministros Paulo de Tarso Sanseverino, Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Aurélio Bellizze e Moura Ribeiro, em decisão unânime que deu provimento ao recurso para afastar a responsabilização do provedor de busca de produtos. O julgamento ocorreu em novembro de 2016 e teve grande repercussão, tendo sido veiculado no Informativo nº 593 da Corte.

2. ARGUMENTOS DOS JULGADORES

O voto condutor do julgamento foi proferido pela Relatora, Ministra Nancy Andrighi, e partiu da análise do conceito de fornecedor do art. 3º do Código de Defesa do Consumidor. No curso da fundamentação, concluiu a julgadora pelo enquadramento dos provedores de busca de produtos – como o *Shopping UOL* – na condição de ‘fornecedores equiparados’, uma vez que integram a cadeia de fornecimento nas interações com o consumidor-comprador.

Outro ponto destacado no voto da Relatora foi o dever de informação⁹, considerado fundamental em operações negociais de intermediação, tendo em vista que se prima pela confiança em relação à apresentação feita ao consumidor das opções disponíveis no mercado para o produto buscado. É exatamente essa a atuação do provedor de busca de produtos. Todavia, apenas em um segundo nível de interação¹⁰, depois de visualizar as opções disponíveis e clicar no anúncio mais

9 Sobre o tema, confira-se: KRETZMANN, Renata Pozzi. *Informação nas relações de consumo: o dever de informar do fornecedor e suas repercussões jurídicas*. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2019, item 1.3; BARROS, João Pedro Leite. Os contratos de consumo celebrados pela Internet. Um estudo de direito comparado luso-brasileiro. In: ATAÍDE, Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas; BARATA, Carlos Lacerda (Coords.). *Estudos de direito do consumo*. Lisboa: AAFDL, 2017, v. 5, p. 509-512.

10 Tem-se, na hipótese, dois fornecedores, que exercem atividades diferentes, mas que são integrantes de uma mesma cadeia de consumo. A situação é diversa da perquirida na análise da responsabilização em nível secundário do provedor de conexão, que é afastada por previsão expressa do art. 18 do MCL: “Art. 18. O provedor de conexão à internet não será responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros.” No que diz respeito aos provedores de aplicações, a situação é mais controversa, e aparece no artigo 19 do MCL, que, a princípio, afasta a responsabilidade dos provedores, salvo

atrativo, é que o consumidor é levado ao sítio virtual do comerciante, podendo ou não haver concretização da compra e venda.

A decisão também se reportou ao artigo 7º do Código de Defesa do Consumidor, ressaltando o envolvimento do provedor de busca de produtos na cadeia negocial – reforçando sua consideração como ‘fornecedor equiparado’ –, embora sua atividade-fim seja diversa da atividade do varejista que perfectibiliza o negócio com o consumidor. O que se reconheceu foi que o provedor de busca de produtos oferece facilidades que propulsionam as chances de formalização do negócio:

Há contudo, uma situação muito distinta quando o prestador de buscas de produtos se limita a apresentar ao consumidor o resultado da busca, de acordo com os argumentos de pesquisa fornecidos por ele próprio, sem participar da interação virtual que aperfeiçoará o contrato eletrônico.

Nestas hipóteses, após a busca, o consumidor é direcionado ao site ou recurso do vendedor do produto, interagindo somente com o sistema eletrônico fornecido por este, e não pelo prestador de busca de produtos. Também se diferencia da situação anterior, pela ausência da cobrança de comissões sobre as operações realizadas, pois nestas circunstâncias os rendimentos dos prestadores de busca se originam da venda de espaço publicitário.¹¹

Em leitura do trecho transcrito, percebe-se que o STJ, em sentido diverso do entendimento que preponderou nas decisões de 1ª e 2ª Instâncias, distinguiu os modelos negociais explorados por variados provedores de busca de produtos, a partir da investigação sobre as fontes de lucro destes portais e da existência ou não de interações dos usuários com a própria plataforma para a realização do consumo.

Basicamente, suplantando o que restou entendido na sentença e que acabou sendo mantido pelo tribunal, o voto da Ministra Relatora foi fundamentado a partir do argumento de que a responsabilização da empresa demandada (Universo On-Line), pelos fatos narrados e pela falha decorrente da não entrega de produto por terceira pessoa (VNTShop), “seria como responsabilizar um jornal ou uma revista pelo produto anunciado, considerando que também eles auferiram rendimentos pela venda de espaço publicitário”.¹²

em caso de omissão diante de notificação judicial específica. Comentando o tema, anota Caitlin Mulholland: “2. ISPs are in principle exempt from liability for offensive content generated by third parties who use their services. 3. The basis for excluding the ISP from responsibility is the non-existence of the duty to previously monitor the content to be generated or posted by third parties who use the service provided. 4. ISPs are not guarantors of the contents posted by third parties (as, for example, editors are), precisely because they are under no obligation to previously control or monitor such content.” MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. Secondary liability of service providers in Brazil: the effect of the civil rights framework. In: DINWOODIE, Graeme B. (Ed.). *Secondary liability of Internet Service Providers*. Cham: Springer, 2017, p. 183.

11 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Acórdão da decisão que apreciou pedido de condenação ao pagamento de indenização a título de danos materiais e morais em face de provedor de busca de produtos (inteiro teor)*. Recurso Especial nº 1.444.008/RS. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. 25 de outubro de 2016. Disponível em: <https://bit.ly/2KYLIRQ>. Acesso em: 17 mar. 2021, p. 14.

12 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Acórdão da decisão que apreciou pedido de condenação ao pagamento de indenização a título de danos materiais e morais em face de provedor de busca de produtos (inteiro teor)*. Recurso Especial nº 1.444.008/RS. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. 25 de outubro de 2016. Disponível em: <https://bit.ly/2KYLIRQ>. Acesso em: 17 mar.

A relatora ainda argumentou o seguinte:

Responsabilizar a recorrente por todas as vendas propiciadas pelas buscas por ela realizadas, seria como impor-lhe a obrigação de filtrar e verificar a ausência de fraude de cada uma das lojas virtuais existentes na Internet. Sobre essa obrigação, rememora-se o que decidiu esta Corte no precedente mencionado acima, sobre buscadores de conteúdo na Internet:

No que tange à filtragem do conteúdo das pesquisas feitas por cada usuário, não se trata de atividade intrínseca ao serviço prestado, de modo que não se pode reputar defeituoso, nos termos do art. 14 do CDC, o site que não exerce esse controle sobre os resultados das buscas.¹³

Em síntese, a ausência de intermediação direta entre o consumidor-comprador e o vendedor do produto pelo provedor de busca de produtos afasta qualquer possibilidade de responsabilização deste por eventuais falhas concernentes ao negócio jurídico firmado entre os dois primeiros. Basicamente, a atuação do *Shopping UOL*, embora inegavelmente benéfica aos desideratos dos demais partícipes da relação negocial de consumo, não impediria que o consumidor, por outros meios, chegasse ao portal do fornecedor e consumasse o negócio de forma autônoma.

Sabe-se que o CDC define regime de responsabilidade civil de natureza objetiva em seus dispositivos. E, exatamente por isso, a doutrina majoritária sinaliza o acolhimento do risco-proveito como elemento norteador da responsabilidade civil nas relações de consumo, fundando-se no princípio *ubi emolumentum ibi onus*, que se traduz na responsabilidade daquele que extrai vantagem ou proveito do fato causador do dano, tornando-se obrigado, por conseguinte, a repará-lo. Na Internet, essa proteção é merecedora de ainda maior cautela, haja vista a complexidade inerente à relação estabelecida.¹⁴

A razão lógica desta concepção é fruto da ideia de que, se a atividade econômica desenvolvida propicia enriquecimento (ainda que indireto/mediato) ao seu empreendedor, e, paralelamente, aumenta a possibilidade de dano a quem *fornece*, nada mais justo que, no caso de ocorrer algum dano, ainda que ausente a culpa ou o dolo, se responsabilize o explorador da atividade que elevou o risco. Em simples palavras, quem cria ou acirra riscos de dano para outrem deve suportar os ônus correspondentes.

A principal crítica que se faz a esta teoria está na dificuldade de se definir o que seja “proveito”, especialmente porque, se vinculado ao lucro ou à vantagem

2021, p. 14.

13 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Acórdão da decisão que apreciou pedido de condenação ao pagamento de indenização a título de danos materiais e morais em face de provedor de busca de produtos (inteiro teor)*. Recurso Especial nº 1.444.008/RS. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. 25 de outubro de 2016. Disponível em: <https://bit.ly/2KYLIRQ>. Acesso em: 17 mar. 2021, p. 14.

14 MARTINS, Guilherme Magalhães. Responsabilidade civil, acidente de consumo e a proteção do titular de dados na Internet. In: FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura; LONGHI, João Victor Rozatti; GUGLIARA, Rodrigo (Coord.). *Proteção de dados pessoais na sociedade da informação*: entre dados e danos. Indaiatuba: Foco, 2021, p. 80-84.

econômica decorrente da exploração de qualquer atividade econômica, resultaria na inconcebível responsabilização de todos aqueles que participam, em alguma medida, da cadeia de consumo. Por não permitir a análise do papel de cada partícipe, a situação seria, ao fim, anacrônica.

Paulo Sérgio Gomes Alonso assevera que o conceito de risco-proveito deve ser compreendido em sentido amplo, de modo a considerar que toda e qualquer atividade possa trazer algum tipo de vantagem, legitimando seus beneficiários à responsabilização por eventuais danos.¹⁵ Ademais, também é criticável a necessidade de prova efetiva do elemento 'proveito', que acaba representando mero retorno ao modelo subjetivista da responsabilidade civil, com todas as dificuldades a ele inerentes.

Não obstante, a aplicação da teoria do risco criado também deve ser rememorada, pois decorre da prática de qualquer atividade passível de gerar danos a terceiros, independentemente do proveito que possa ser obtido pelo explorador desta atividade, sem que se necessite perquirir, também, a culpa. Evidentemente, trata-se de teoria mais abrangente do que a do risco-proveito, pois eleva os encargos do agente, dispensando-o de provar que o dano resultou de vantagem ou de benefício obtido por seu causador, devendo buscar seus meios de defesa em outros fundamentos.

O precedente do STJ, nesse sentido, se distanciou do risco criado e se aproximou do risco-proveito, ao eleger como fundamentos para afastar a responsabilização do provedor de busca de produtos na Internet dois aspectos: a ausência de interação direta com o consumidor para intermediação do negócio jurídico; a não obtenção de lucro direto após a perfectibilização do contrato eletrônico com o comerciante do bem de consumo pesquisado.

3. COMENTÁRIOS À DECISÃO E REFLEXÕES À LUZ DA PROTEÇÃO CONFERIDA ÀS RELAÇÕES DE CONSUMO

A proteção do consumidor está prevista no ordenamento brasileiro como direito e garantia fundamental. Consta, de forma expressa, no artigo 5º, inciso XXXII, da Constituição da República, e também no artigo 170, inciso V, do texto constitucional (neste, como princípio geral da atividade econômica). O tema ainda está tratado no artigo 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, no qual ficou determinada a criação de um Código de Defesa do Consumidor.

15 ALONSO, Paulo Sérgio Gomes. *Pressupostos da responsabilidade civil objetiva*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 64.

Nos dizeres de Adolfo Nishiyama, além dos dispositivos constitucionais supracitados, também merecem destaque outros dispositivos, como o artigo 24, inciso VIII, da CR/1988, que atribui competência concorrente à União, aos Estados e ao Distrito Federal para legislar sobre a responsabilidade por dano ao consumidor; o artigo 150, §5º, que determina que a lei estabeleça “medidas para que os consumidores sejam esclarecidos acerca dos impostos que incidam sobre mercadorias e serviços”; o artigo 175, parágrafo único, inciso II, que determina a edição de lei para dispor sobre os direitos dos usuários de serviços públicos; o artigo 220, §4º, que dispõe sobre a propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias nos meios de comunicação; o artigo 221, que trata das diretrizes a serem observadas na produção e na difusão de programas de rádio e televisão, além de outros, implícitos, contidos na Carta, tais como o direito à igualdade, o direito de resposta, o direito de acesso à informação, o devido processo legal, a proteção judicial etc.¹⁶

Na época em que foi editado, o CDC era visto como marco importantíssimo para o resguardo dos interesses dos consumidores brasileiros, haja vista que, até então, tudo o que se tinha era um emaranhado de legislações esparsas e que não conferiam a proteção necessária. Já o CDC, por ser fruto de comando especificamente direcionado à proteção de um direito fundamental contido em norma constitucional programática¹⁷, elevou a defesa do consumidor ao patamar de cláusula pétrea, não podendo, portanto, ser abolida mediante emenda constitucional, o que impede futuras reformas de alterar seus princípios fundamentais.

O que se tem, com o advento da referida lei, é a instituição de um micro-sistema que dá ensejo à delimitação da nomenclatura ‘código’, ao invés de simplesmente ‘lei’.¹⁸ E a preocupação do legislador constituinte originário se sustenta, principalmente, no reconhecimento de uma característica intrínseca do consumidor: a vulnerabilidade¹⁹.

Ao inserir a proteção do consumidor no rol de direitos e garantias fundamentais, o legislador constituinte originário não visou somente à criação norma-

16 NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. *A proteção constitucional do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 90 et seq.

17 Sobre o tema, confira-se: “Importante ressaltar que, ainda, que, ao utilizarmos a expressão escolhida (normas de cunho programático), o fazemos convictos de que também estas normas são dotadas de eficácia e não podem ser consideradas meras proclamações de cunho ideológico ou político, pois, se assim fosse, efetivamente haveríamos de compartilhar o ponto de vista dos que sustentam a inexistência de normas programáticas. Com efeito, já se assinalou alhures que todas as normas constitucionais, mesmo as que fixam programas ou tarefas para o Estado, possuem o caráter de autênticas normas jurídicas, no sentido de que mesmo sem qualquer ato concretizador se encontram aptas a desencadear algum efeito jurídico”. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 292.

18 DE LUCCA, Newton. *Direito do consumidor: aspectos práticos – perguntas e respostas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 36-36.

19 Fernando Noronha aduz que: “Na caracterização do consumidor, é preciso combinar a ideia básica de ‘destinatário final’, contida no art. 2º, com a da ‘vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo’, que está no art. 4º, I. Verdadeiramente merecedor de tutela será o destinatário final do produto ou serviço oferecido no mercado de consumo, que esteja em posição de vulnerabilidade”. NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 354.

tiva capaz de atender às necessidades dos consumidores. Também tutelou novas formas de contratação, o que se mostrou crucial nos anos seguintes à promulgação do CDC devido à popularização da Internet, à democratização do crédito e a outras variantes que não foram previamente contempladas por ocasião das discussões em sede de processo legislativo.

Não se nega que, na Internet, as interações humanas ocorrem de forma completamente peculiar em relação àquelas do mundo real. Uma das explicações para isso está no fenômeno descrito por Abraham Maslow em seus estudos sobre as necessidades humanas²⁰, perfeitamente enquadráveis no contexto da sociedade da informação²¹, em que é preciso conviver com um novo ambiente chamado de ciberespaço, no qual a tecnologia atua como poderoso componente do ambiente de aprimoramento individual.

O comércio eletrônico tangencia diretamente a disciplina jurídica dos contratos, tendo em vista o avanço da tecnologia e das relações de consumo no plano virtual. Falava-se, inicialmente, em contratos informáticos e em contratos telemáticos²², mas os problemas não eram apenas terminológicos: havia grande dificuldade de se compreender a extensão ultrafronteiriça²³ da Internet e os inegáveis impactos que representou, desde sua gênese, para a estruturação teórica em torno da declaração de vontade na Rede.

Os contratos eletrônicos de consumo adquiriram novas feições, sendo mister pontuar que, devido à carência de regulamentação específica, são tidos como contratos atípicos e de forma livre, embora determinados conteúdos obrigacionais possuam previsão na legislação, como os pactos de compra e venda e de prestação de serviços.²⁴ No entanto, admitida a forma livre, o contrato eletrônico adquire existência a partir de *clicks* efetuados pelo *mouse* do computador, que são registrados e configuram a aceitação.²⁵

20 MASLOW, Abraham Harold. *Motivation and personality*. 2. ed. Nova Iorque: Harper & Row, 1970.

21 Para uma esmiuçada descrição acerca das origens da expressão 'sociedade da informação' e de suas aplicações, especialmente para o direito, veja-se: DUFF, Alistair A. *Information society studies*. Londres: Routledge, 2000, p. 3-4.

22 DE LUCCA, Newton. *Aspectos jurídicos da contratação informática e telemática*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 20. Anota, elucidando até mesmo a terminologia originalmente utilizada na Itália, na França e na Espanha: "Na doutrina peninsular, por exemplo, pelo genérico nome de *contratti d'informatica* são designados tanto os *contratti di utilizzazione del computer* – nos quais os bens ou serviços informáticos constituem o objeto do contrato – quanto os *contratti informatici*, vale dizer, aqueles em que a informática constitui um meio de representação ou de expressão da vontade, o mesmo acontecendo tanto na doutrina francesa, com a dicotomia *contrats informatiques* e *contrats télématiques*, quanto na doutrina espanhola, com a distinção entre *contratación informática* e *contratación por medios informáticos*."

23 Indicando uma nova era "pós-territorial", ver, por todos, GOLDSMITH, Jack; WU, Tim. *Who controls the Internet? Illusions of a borderless world*. Oxford: Oxford University Press, 2006, p. 13.

24 LEAL, Sheila do Rocio Cercal Santos. *Contratos eletrônicos: validade jurídica dos contratos via Internet*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 82.

25 SANTOLIM, Cesar Viterbo Matos. Os princípios de proteção do consumidor e o comércio eletrônico no direito brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 14, n. 55, p. 53-84, jul./set. 2005, p. 63.

Basicamente, “se antes o produto ou serviço era fornecido, em regra, apenas pelo fornecedor imediato, a Internet possibilitou aos sujeitos da cadeia de fornecimento novas formas de atuar em relação aos consumidores”.²⁶

Nesse sentido, constata-se que “a Internet configura um novo meio, permitindo a conexão de pessoas nas mais diversas situações, com os mais diversos propósitos. A inter-relação é de tal modo facilitada que se costuma falar em desterritorialização das relações celebradas por meio eletrônico”.²⁷ Como consequência natural dessa mudança de paradigma, passam a ter pertinência discussões concernentes à disciplina das relações de consumo que, à época da edição do CDC, simplesmente não existiam, a exemplo das controvérsias sobre estabelecimento empresarial²⁸ e acerca da colaboração entre empresas e dos contratos conexos.²⁹ Imagine-se, então, no contexto atual, em que os mercados ricos em dados são as estruturas preponderantes do comércio eletrônico.³⁰

Vivencia-se um período de superexposição dos consumidores ao consumo virtual; fala-se, por vezes, em uma ‘sociedade do espetáculo’³¹, pela qual se perde a noção de conexão intertemporal na formatação das relações jurídicas, ferindo frontalmente o elo entre o presente e as utopias do porvir. Tudo é funcionalizado a partir de uma nova *commodity*: a atenção.

Os ‘mercadores da atenção’, para citar a expressão de Tim Wu³², são empresas que se valem de complexos algoritmos de Inteligência Artificial para disputar o interesse do público, obtendo cliques, gerando visualizações, adesões (seguidores, *likes* etc.)³³ e, enfim, alterando a forma com que os indivíduos interagem e se relacionam. E o lucro, por vezes indireto, é fruto dessas interações publicitárias com o portal – e não da simples compra e venda de um produto. Isso demanda

-
- 26 MARTINS, Guilherme Magalhães. *Contratos eletrônicos de consumo*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 140-141. E o autor prossegue: “A conexão contratual nasce da autonomia da vontade, de modo que as novas necessidades econômicas exigem a busca de formas contratuais distintas dos tipos legais, como expressão da autorregulação dos particulares, sempre que a operação for dotada de unidade e ordem, configurando verdadeiro sistema”.
- 27 KLEE, Antonia Espíndola Longoni. *Comércio eletrônico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 227.
- 28 ITURRASPE, Jorge Mosset. *Contratos conexos*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1999, p. 21.
- 29 BARBOSA, Pedro Marcos Nunes. *E-estabelecimento*. São Paulo: Quartier Latin, 2017, p. 69-72.
- 30 MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor; RAMGE, Thomas. *Reinventing capitalism in the age of Big Data*. Nova York: Basic Books, 2018, p. 7. Comentam: “The key difference between conventional markets and data-rich ones is the role of information flowing through them, and how it gets translated into decisions. In data-rich markets, we no longer have to condense our preferences into price and can abandon the oversimplification that was necessary because of communicative and cognitive limits.”
- 31 DEBORD, Guy. *A sociedade do espetáculo*. Tradução de Francisco Alves e Afonso Monteiro. Lisboa: Antígona, 2012, p. 18. Diz o autor: “A alienação do espectador em proveito do objeto contemplado exprime-se assim: quanto mais ele contempla, menos vive; quanto mais aceita reconhecer-se nas imagens dominantes da necessidade, menos compreende a sua própria existência e o seu próprio desejo.”
- 32 WU, Tim. *The attention merchants: the epic scramble to get inside our heads*. Nova York: Vintage, 2016, p. 5. Comenta o autor: “Since its inception, the attention industry, in its many forms, has asked and gained more and more of our waking moments, albeit always, in exchange for new conveniences and diversions, creating a grand bargain that has transformed our lives.”
- 33 Cf. SUMPTER, David. *Outnumbered: from Facebook and Google to fake news and filter-bubbles – the algorithms that control our lives*. Londres: Bloomsbury Sigma, 2018.

do operador do direito uma compreensão profunda acerca dos elementos essenciais de configuração de tais relações jurídicas para que se lhes atribua solução jurídica adequada.

O tema é interessante na medida em que a Europa já se encontra sob os efeitos do Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (RGPD, ou GDPR, na sigla em inglês), editado em 27 de abril de 2016 e implementado em 25 de maio de 2018. No Brasil, apenas para traçar um paralelo, a Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018 (a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, ou LGPD), com largo período de *vacatio legis*, entrou em vigor em setembro de 2020 e já se tornou um dos mais importantes marcos regulatórios do país para a compreensão das relações jurídicas levadas a efeito na Internet.

Segundo Willem van Boom, os consumidores são indivíduos e, portanto, não são idênticos; suas habilidades cognitivas e, de fato, suas necessidades subjetivas de cognição podem diferir: enquanto alguns gastam muito tempo e esforço no processamento de informações antes de tomarem decisões, outros podem não se incomodar tanto e preferir recorrer a seus atalhos “rápidos e frugais” para acelerar o processo de decisão.³⁴ Assim, mesmo frente à natureza ‘inovadora’ das práticas consumeristas³⁵, a responsabilização de provedores de busca, na regulação da Internet, envolve a averiguação de sua atuação como intermediários, mesmo que não mantenham relação direta de representação entre consumidor e fornecedor.

A primeira conclusão que se extrai diz respeito à gratuidade do serviço, que, por si só, não deve preponderar para afastar a possibilidade de responsabilização do agente, especialmente se, indiretamente, há lucratividade decorrente da exploração publicitária nos portais de busca de produtos.

Com efeito:

O fato de inexistirem interações para a conclusão da compra e venda na própria plataforma do provedor de busca de produtos é outro argumento que, individualmente, não parece ter o condão de sufragar o amparo conferido pela legislação de consumo ao consumidor – parte mais vulnerável desta inter-relação – notadamente porque é no provedor de busca que o consumidor-comprador depositará toda a sua confiança para a pesquisa de preços, o acesso ao sítio do varejista e, eventualmente, à aquisição do produto.³⁶

A despeito das respostas imediatas que o Código de Defesa do Consumidor propicia no hodierno cenário jurídico das relações de consumo, é perceptível o papel desempenhado pela jurisprudência na fixação de diretrizes e no supri-

34 VAN BOOM, Willem H. Price intransparency, consumer decision making and European consumer law. *Journal of Consumer Policy*, Berlin/Heidelberg: Springer-Verlag, v. 34, p. 359-376, 2011, p. 361.

35 HONDIUS, Ewoud. The innovative nature of consumer law. *Journal of Consumer Policy*, Berlin/Heidelberg: Springer-Verlag, v. 35, p. 165-173, 2012, p. 167.

36 FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura; LONGHI, João Victor Rozatti. A responsabilidade civil dos provedores de busca de produtos na Internet. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, Rio de Janeiro, n. 37, p. 75-95, jun. 2020, p. 92.

mento de lacunas aos casos que envolvem a Internet, notadamente no âmbito do comércio eletrônico.

4. CONCLUSÃO

O Recurso Especial nº 1.444.008/RS, veiculado no Informativo nº 593 do STJ, é emblemático exatamente por isso: no julgamento em questão, afastou-se a responsabilidade civil do provedor de busca de produtos demandado, em acolhimento à teoria do risco-proveito, destacando-se que a referida empresa não interagiu diretamente com o consumidor na concretização do negócio jurídico e não auferiu lucro direto após a perfectibilização do contrato eletrônico.

A votação unânime dos Ministros que participaram do julgamento pautou-se nesses fundamentos para revelar a necessidade de reflexões casuísticas, baseadas nas peculiaridades de cada provedor de aplicações e das atividades exercidas na Rede. No mais, em que pese o fato de a teoria do risco criado ostentar diminuta aceitação doutrinária no Brasil, o julgamento em questão provoca inquietudes e reflexões frente à dinâmica que o direito do consumidor exige quando analisada no plano digital, pois, sendo o consumo eletrônico um fenômeno global que cresce em ritmo acelerado e irrefreável, as regras relativas a ele devem propiciar a maior proteção possível ao consumidor no comércio eletrônico – realidade esta que se distancia do entendimento firmado no aresto sob análise.

Não se pode olvidar do fato de que o consumidor é, via de regra, um leigo em assuntos relacionados à Internet, o que realça o dever dos provedores de busca de produtos não apenas quanto à segurança dos anúncios que veiculam, mas quanto à confiabilidade³⁷ que transmitem aos usuários que deles se valem para encontrar os produtos que desejam. A doutrina dos contratos eletrônicos surgiu para garantir a observância de todos esses preceitos, e novos desafios decorrentes de ilegalidades e abusividades foram sendo enfrentados ao longo de mais de duas décadas de existência do CDC³⁸ exatamente para que a disciplina jurídica pudessem manter sua higidez, em observância à almejada confiança.

A confiança, ora considerada elemento fundamental para a análise das relações de consumo levadas a efeito na Internet, deve sempre ser guiada pela boa-fé objetiva, independentemente das nuances econômicas que propiciem o retorno financeiro almejado pelos provedores.

37 Confira-se, por todos: MARQUES, Claudia 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, p. 35; MIRANDA, José Gustavo Souza. A proteção da confiança nas relações obrigacionais. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 38, n. 153, jan./mar. 2002, p. 137 *et seq.*

38 MIRAGEM, Bruno. The illegal and abusive: proposals for a systematic interpretation of abusive practices in the 25 years of the Consumer Defense Code. In: MARQUES, Claudia Lima; WEI, Dan (Eds.). *Consumer law and socioeconomic development: national and international dimensions*. Cham: Springer, 2017, p. 253 *et seq.*

E, a despeito das conclusões do julgado, no tocante à ausência de lucro direto na perfectibilização da compra e venda entre consumidor e fornecedor, é preciso destacar que a lucratividade indireta (advinda da venda de espaços publicitários) desses provedores de busca lhes confere inegável crescimento econômico, uma vez que mais e mais consumidores passam a acessar o portal, expondo-se aos anúncios (pagos) exibidos em seus portais.

A rigor, as exigências dos artigos 3º, §2º, e 7º, do Código de Defesa do Consumidor para a configuração da cadeia de consumo e para a responsabilização do ‘fornecedor equiparado’ parecem estar presentes na dinâmica descrita, ainda que, alegadamente, as buscas por produtos sejam gratuitas e não haja intermediação direta.

Enfim, não parece concebível um cenário no qual o provedor de busca de produtos obtenha vantagens indiretas (pecuniárias ou não), e não assuma qualquer tipo de responsabilidade pelos conteúdos cuja veiculação se dá em sua plataforma, ainda que sejam gerados por terceiros.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALONSO, Paulo Sérgio Gomes. *Pressupostos da responsabilidade civil objetiva*. São Paulo: Saraiva, 2000.
- BARBOSA, Pedro Marcos Nunes. *E-stabelecimento*. São Paulo: Quartier Latin, 2017.
- BARROS, João Pedro Leite. Os contratos de consumo celebrados pela Internet. Um estudo de direito comparado luso-brasileiro. In: ATAÍDE, Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas; BARATA, Carlos Lacerda (Coords.). *Estudos de direito do consumo*. Lisboa: AAFDL, 2017, v. 5.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Acórdão da decisão que apreciou pedido de condenação ao pagamento de indenização a título de danos materiais e morais em face de provedor de busca de produtos (inteiro teor)*. Recurso Especial nº 1.444.008/RS. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. 25 de outubro de 2016. Disponível em: <https://bit.ly/2KYLRQ>. Acesso em: 17 mar. 2021.
- DE LUCCA, Newton. *Aspectos jurídicos da contratação informática e telemática*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- DE LUCCA, Newton. *Direito do consumidor: aspectos práticos – perguntas e respostas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- DEBORD, Guy. *A sociedade do espetáculo*. Tradução de Francisco Alves e Afonso Monteiro. Lisboa: Antígona, 2012.
- DUFF, Alistair A. *Information society studies*. Londres: Routledge, 2000.
- FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura; LONGHI, João Victor Rozatti. A responsabilidade civil dos provedores de busca de produtos na Internet. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, Rio de Janeiro, n. 37, p. 75-95, jun. 2020.
- GOLDSMITH, Jack; WU, Tim. *Who controls the Internet? Illusions of a borderless world*. Oxford: Oxford University Press, 2006.
- HONDIUS, Ewoud. The innovative nature of consumer law. *Journal of Consumer Policy*, Berlin/Heidelberg: Springer-Verlag, v. 35, p. 165-173, 2012.
- ITURRASPE, Jorge Mosset. *Contratos conexos*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1999.
- KLEE, Antonia Espindola Longoni. *Comércio eletrônico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- KRETZMANN, Renata Pozzi. *Informação nas relações de consumo: o dever de informar do fornecedor e suas repercussões jurídicas*. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2019.

- LEAL, Sheila do Rocio Cercal Santos. *Contratos eletrônicos: validade jurídica dos contratos via Internet*. São Paulo: Atlas, 2007.
- LEONARDI, Marcel. *Responsabilidade civil dos provedores de serviços de Internet*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005.
- MARQUES, Claudia 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.
- MARTINS, Guilherme Magalhães. *Contratos eletrônicos de consumo*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2016.
- MARTINS, Guilherme Magalhães. Responsabilidade civil, acidente de consumo e a proteção do titular de dados na Internet. In: FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura; LONGHI, João Victor Rozatti; GUGLIAR, Rodrigo (Coord.). *Proteção de dados pessoais na sociedade da informação: entre dados e danos*. Indaiatuba: Foco, 2021.
- MASLOW, Abraham Harold. *Motivation and personality*. 2. ed. Nova Iorque: Harper & Row, 1970.
- MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor; RAMGE, Thomas. *Reinventing capitalism in the age of Big Data*. Nova York: Basic Books, 2018.
- MIRAGEM, Bruno. The illegal and abusive: proposals for a systematic interpretation of abusive practices in the 25 years of the Consumer Defense Code. In: MARQUES, Claudia Lima; WEI, Dan (Eds.). *Consumer law and socioeconomic development: national and international dimensions*. Cham: Springer, 2017.
- MIRANDA, José Gustavo Souza. A proteção da confiança nas relações obrigacionais. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 38, n. 153, jan./mar. 2002.
- MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. Secondary liability of service providers in Brazil: the effect of the civil rights framework. In: DINWOODIE, Graeme B. (Ed.). *Secondary liability of Internet Service Providers*. Cham: Springer, 2017.
- NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. *A proteção constitucional do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- OLIVA, Milena Donato. Information obligations and disinformation of consumers: Brazilian Law Report. In: STRAETMANS, Gert (Ed.). *Information obligations and disinformation of consumers*. Cham: Springer, 2019.
- ROSA, Luiz Carlos Goiabeira; FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura; VERSIANI, Rodrigo Luiz da Silva. A proteção do consumidor diante das práticas publicitárias abusivas do comércio eletrônico. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, Belo Horizonte, v. 23, n. 45, p. 235-255, 2020.
- SANTOLIM, Cesar Viterbo Matos. Os princípios de proteção do consumidor e o comércio eletrônico no direito brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 14, n. 55, p. 53-84, jul./set. 2005.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- SERRO, Bruna Manhago. Da responsabilidade civil dos provedores de aplicações frente à Lei 12.965/2014: análise doutrinária e jurisprudencial. *Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor*, São Paulo, v. 57, p. 65-79, 2014.
- SUMPTER, David. *Outnumbered: from Facebook and Google to fake news and filter-bubbles – the algorithms that control our lives*. Londres: Bloomsbury Sigma, 2018.
- VAN BOOM, Willem H. Price intransparency, consumer decision making and European consumer law. *Journal of Consumer Policy*, Berlin/Heidelberg: Springer-Verlag, v. 34, p. 359-376, 2011.
- WU, Tim. *The attention merchants: the epic scramble to get inside our heads*. Nova York: Vintage, 2016.

A RESPONSABILIDADE POR FATO DO PRODUTO EM FACE DO DESENVOLVIMENTO DE PLATAFORMAS ELETRÔNICAS DE VENDAS (*MARKETPLACE*) NOS EUA: UMA ANÁLISE DO CASO *STINER V. AMAZON.COM, INC.* DA SUPREMA CORTE DE OHIO

PRODUCT LIABILITY LAWS IN FACE OF THE DEVELOPMENT OF MARKETPLACE PLATFORMS: A COMMENTARY ON STINER V. AMAZON.COM, INC. (SUPREME COURT OF OHIO)

LUÍS FELIPE RASMUS DE ALMEIDA¹
LUCAS BRANDÃO BORGES CAIADO²

1. INTRODUÇÃO

A atividade do comércio eletrônico corresponde à aquisição e venda de bens e serviços por meio da rede mundial de computadores e utilizando-se de tecnologias subjacentes, tais como tecnologias de desenvolvimento portátil (*mobile*), de transferência de recursos financeiros e processamento de transações financeiras em tempo real, além de inventários de estoque eletrônicos. Atualmente, a atividade tem por grandes referenciais mundiais companhias como a *Amazon*, *Walmart* e *BestBuy*, nos Estados Unidos e *Alibaba*, *JD.com* e *Pinduoduo* na China, embora suas origens remontem aos anos 1970, com o início da *Arpanet*³. Em realidade, nos anos 1980, alguns dos potenciais desafios desta nova modalidade de comércio já se encontravam contemplados na Lei do Comércio Eletrônico de

1 Mestrando em Direito Civil pela Faculdade de Direito do Largo de São Francisco – USP. Bacharel em Direito pela USP. Membro da Rede de Pesquisa de Direito Civil Contemporâneo (RDCC). luís@rasmuss.com.br

2 Mestre em Direito pela Universidade de Cambridge (Inglaterra). LL.M., Columbia Law School (EUA). Bacharel em Direito pela USP. lucas.caiado@columbia.edu

3 A *Arpanet* (*Advanced Research Projects Agency Network*) foi a rede de computadores desenvolvida pelo Departamento de Defesa dos Estados Unidos da América do Norte para transmissão de informações militares sigilosas. Foi lançada em 1969, sendo ordinariamente qualificada como a precursora da atual rede mundial de computadores. Neste sentido, ver: DENNING, Peter. The Science of Computing: The ARPANET after twenty years. *American Scientist*, v. 77, n. 6, p. 530-534, nov./dez. 1989, p. 530.

1984 (*The Electronic Commerce Act of 1984*), que foi promulgada no estado da Califórnia⁴.

No âmbito da referida lei californiana, que entrou em vigor em 1º de janeiro de 1985, o serviço de comércio eletrônico (*electronic commercial service*) correspondia a um “sistema de compras eletrônico (desenvolvido) para conduzir a aquisição de bens e serviços por meio de uma rede de telecomunicações”⁵. Na sequência, foram excetuadas à aplicação da lei algumas das demais modalidades de comércio por meio de rede de telecomunicações, tais como serviços por meio telefônico (*voice-only telephone service*), televisivo (*one-way television*) e radiofônico (*radio broadcasting*) - até então responsáveis pela maioria das vendas não-presenciais nos Estados Unidos, bem como sistemas de transferências de recursos financeiros em terminais eletrônicos, ou nos quais a aquisição de bens e produtos, ainda que processada eletronicamente, ocorra presencialmente (*service provided through an electronic terminal located at a place of business where the sale of goods or services sold through that service otherwise occurs*).

Além disso, a lei previa a possibilidade de ajuizamento de ação civil pública por reparação de danos⁶, cujo montante de indenização não poderia superar US\$ 5.000,00 (cinco mil dólares), a ser ajuizada pelo Procurador-Geral (*Attorney General*) do Estado da Califórnia, por procuradores distritais (*district attorney*) e municipais (*city attorney*), ou por promotores públicos. No entanto, a lei também estabelecia que nenhum de seus dispositivos poderia ser utilizado como forma de limitação de responsabilidade do fornecedor do serviço em relação ao consumidor em virtude de erros ou omissões decorrentes da operação do serviço de comércio eletrônico correspondente, de modo que tal indenização, nesta hipótese, não se limitaria ao montante anteriormente mencionado⁷.

Em meio à efervescência de empresas do ramo tecnológico em virtude da maciça ampliação de acesso à rede mundial de computadores a partir da metade dos anos 1990⁸, que inclusive refletiu-se no mercado acionário norte-americano

4 “1789. The Legislature hereby finds and declares that it is in the public interest that consumers have comprehensive knowledge of services available through electronic commerce and to that end hereby enacts the Electronic Commerce Act of 1984.”

5 “1789.2. For the purposes of this title, the following terms have the meanings expressed in this section: (a) “Electronic commercial service” or “service” means an electronic shopping system to conduct the purchase of goods and services via a telecommunications network, but does not mean conventional voice-only telephone service, one-way television or radio broadcasting, an electronic fund transfer system, or a service provided through an electronic terminal located at a place of business where the sale of goods or services sold through that service otherwise occurs.” (grifo nosso).

6 “1789.5. (a) Any provider who knowingly and willfully violates any provision of this title is liable for a civil penalty not to exceed five thousand dollars (\$5,000) which may be assessed and recovered in a civil action brought in the name of the people of the State of California by the Attorney General, by any district attorney or city attorney, or by a city prosecutor in any city or county having a full-time city prosecutor, in any court of competent jurisdiction.”

7 “1789.6. Nothing in this title shall be construed to limit the liability of a provider of service to a consumer for errors or omissions arising from the operation of an electronic commercial service.”

8 De acordo com a coletânea de dados do *Our World in Data*, que se inicia em 1990, ano anterior à disponibilização do primeiro navegador de internet, o percentual da população da América do Norte com acesso à internet saltou de pouco mais de 2% em 1990 para 60% em 2000, tendo então diminuído o ritmo de crescimento e atingido a marca de 78% da população em 2016.

por meio da “bolha ponto com” (*dot-com bubble*)⁹, destaca-se o início da *Amazon.com, Inc.* Fundada em 5 de julho de 1994 nos arredores de Seattle, no estado de Washington (inicialmente sob a denominação de *Cadabra, Inc.*) a empresa tornou-se, com o passar das décadas, uma das companhias abertas de maior valor de mercado mundial, tendo superado a marca de mais de um trilhão de dólares ao início da pandemia do coronavírus (Covid-19)¹⁰. Para além de seu poderio econômico mundial, o modelo de negócio e padrão de serviços ajudaram a moldar a nova cultura de consumo - *online* - amplamente difundida especialmente em países desenvolvidos e refletem o grau de essencialidade que os negócios da Amazon passaram a desempenhar no dia-a-dia dos cidadãos dos mais variados países nos quais a companhia opera¹¹.

No início de suas operações, a Amazon concentrou-se no desenvolvimento da plataforma de compra e venda de livros. Após a abertura de capital no ano de 1997, a companhia também iniciou atividades no ramo de compra e venda de produtos de vídeo e música, ao passo em que expandia suas operações para o Reino Unido e Alemanha. No ano de 2000, a Amazon, em notável ascensão, lançou a plataforma *marketplace*, que representaria “um novo serviço que permite que consumidores adquiram e vendam itens colecionáveis e usados por meio da página de ‘detalhes do produto’ da Amazon”¹². A plataforma – que já contava com a exposição a mais de trinta milhões de consumidores em 2000 - permitiria que indivíduos realizassem vendas de produtos usados em sua página, mediante contraprestação dos vendedores.

Com o considerável avanço das vendas por meio de plataforma de *marketplace*, no ano de 2017 a companhia anunciou que, pela primeira vez em sua

Nas demais regiões, o crescimento se deu de modo mais lento, sendo que no caso da América Latina, ainda se verificava menos de 40% da população conectada no ano de 2010. Mais informações em: <<https://ourworldindata.org/internet>>. Acesso em 28/01/2022.

- 9 “In the two-year period from early 1998 through February 2000, the Internet sector earned over 1000 percent returns on its public equity. In fact, by this date, the Internet sector equaled 6 percent of the market capitalization of all U.S. public companies and 20 percent of all publicly traded equity volume. As is well documented, however, these returns had completely disappeared by the end of 2000.” (tradução livre: “No período de dois anos, do início de 1998 a fevereiro de 2000, o setor da Internet obteve mais de 1000% de retorno em sua capitalização pública de mercado. Em verdade, neste momento, o setor da Internet correspondia a 6% da capitalização de mercado de todas as companhias abertas dos EUA e 20% do total negociado no mercado aberto. Encontra-se bem documentado, no entanto, que estes retornos haviam completamente desaparecido ao final do ano de 2000.”) In: OFEK, Elik; RICHARDSON, Matthew. *DorCom Mania: The Rise and Fall of Internet Stock Prices*. The Journal of Finance, v. LVIII, n. 3, p. 1113-1137, jun. 2003, p. 1113.
- 10 SWARTZ, Jon. *Amazon is officially worth \$1 trillion, joining other tech titans*. MarketWatch. 4 fev. 2020. Disponível em: <<https://www.marketwatch.com/story/amazon-is-officially-worth-1-trillion-joining-other-tech-titans-2020-02-04>>. Acesso em 30/10/2021.
- 11 Para uma visão oposta, ver: MITCHELL, Stacy; LAVECCHIA, Olivia. *Amazon's stranglehold: how the company's tightening grip is stifling competition, eroding jobs, and threatening communities*. Washington: Institute for Local Self-Reliance, 2016, p. 4-79. Para uma visão histórica, ver: STONE, Brad. *The Everything Store: Jeff Bezos and the Age of Amazon*. 1. ed. reimp. Boston: Little Brown & Company, 2014.
- 12 “Amazon Marketplace is a new service that allows customers to buy and sell used and collectible items directly from Amazon.com's product detail pages”. Cf. Press-release. *Amazon Marketplace a Winner for Customers, Sellers and Industry; New Service Grows over 200 Percent in First Four Months*. Business Wire. 19 mar. 2001. Disponível em: <<https://press.aboutamazon.com/news-releases/news-release-details/amazon-marketplace-winner-customers-sellers-and-industry/>>. Acesso em 17/10/2021.

história, mais da metade dos itens transacionados na plataforma eram provenientes de vendedores terceiros (*third-party sellers*)¹³. Neste sentido, verifica-se que a atividade da companhia se direcionou em grande medida para o desenvolvimento contínuo da plataforma de encontro entre vendedores e compradores. Estimou-se que, em 2020, mais de 2,5 milhões de vendedores terceiros utilizam a plataforma, correspondendo a aproximadamente 60% dos produtos vendidos e gerando uma receita de US\$ 18,2 bilhões para a companhia¹⁴.

Além disso, a pandemia de coronavírus (Covid-19) evidenciou a utilização em larga escala das plataformas de comércio eletrônico. Na China, estima-se que durante a celebração do festival do dia dos solteiros (*singles day – guanggun jie*), a cada 11 de novembro, os eventos da companhia *Alibaba* nesta data tenham atingido vendas na ordem de 498,2 bilhões de iuanes – o que corresponde a aproximadamente 434 bilhões de reais – em 2020. Por sua vez, a plataforma *JD.com* declarou ter atingido vendas no montante de 271,5 bilhões de iuanes – aproximadamente 236,7 bilhões de reais¹⁵. Destaca-se, ademais, que as companhias atuam de modo relativamente similar por meio de *marketplaces*, na medida em que os sistemas permitem o gerenciamento de transações e da cadeia logística para as entregas de produtos.

Com a notável expansão mundial das plataformas de comércio eletrônico, a discussão sobre a responsabilidade civil passível de atribuição às grandes companhias do setor tem se intensificado. Neste sentido, a quantidade de demandas é crescente. No âmbito regulatório, destaca-se a recente notificação administrativa formulada pela *U.S. Consumer Product Safety Commission* em face da Amazon, no qual se requer que a companhia se responsabilize pela realização de recolhimentos (*recalls*) de produtos potencialmente perigosos que são regularmente comercializados na plataforma¹⁶.

É neste contexto de discussão da possibilidade da responsabilidade por fato de produtos comercializados em plataformas de comércio eletrônico, em face de leis que regulam a responsabilidade de fornecedores em escala estadual e federal, que se insere o julgamento objeto deste comentário. Cuida-se aqui de recente decisão, proferida pela Suprema Corte do Estado de Ohio, no caso denominado

13 Statista. *Share of paid units sold by third-party sellers on Amazon platform as of 3rd quarter 2021*. Gráfico. Disponível em: <<https://www.statista.com/statistics/259782/third-party-seller-share-of-amazon-platform/>>. Acesso em 30/01/2022.

14 Bloomberg Report. Amazon reports profit, sales surge amid COVID-19 spending. *Los Angeles Times*. 30 jul. 2020. Disponível em: <<https://www.latimes.com/business/technology/story/2020-07-30/amazon-reports-profit-sales-surge-amid-covid-19-spending>>. Acesso em 30/01/2022.

15 KHARPAL, Arjun. Alibaba, JD set new records to rack up record \$115 billion of sales on Singles Day as regulations loom. *CNBC*. 12 nov. 2020. Disponível em: <<https://www.cnbc.com/2020/11/12/singles-day-2020-alibaba-and-jd-rack-up-record-115-billion-of-sales.html>>. Acesso em 31/10/2021.

16 Press-release. CPSC Sues Amazon to Force Recall of Hazardous Products Sold on Amazon.com. *U.S. Consumer Product Safety Commission*. 14 jul. 2021. Disponível em: <<https://www.cpsc.gov/Newsroom/News-Releases/2021/CPSC-Sues-Ama-zon-to-Force-Recall-of-Hazardous-Products-Sold-on-Amazon-com>>. Acesso em 02/11/2021.

Stiner v. Amazon.com, Inc., na qual discute-se a responsabilidade da plataforma por venda de produto (caféina em pó) que, após o consumo, levou a óbito o estudante Logan Stiner a 27 de maio de 2014¹⁷.

2. DELIMITAÇÃO DO OBJETO DO COMENTÁRIO: HISTÓRICO E DESCRIÇÃO DO CASO

Em um dia do mês de fevereiro de 2014, a adolescente Kelsey Kidd navegava pela rede mundial de computadores com o intuito de adquirir um suplemento alimentar de utilização prévia à prática de atividades esportivas. Após pesquisas, a jovem acessou a página de venda de um suplemento. Na tela de venda do produto, houve a exibição de recomendações de produtos similares (“*products you may like*”), incluindo um produto denominado *Hard Rhino Pure Caffeine* (caféina pura *Hard Rhino*), oferecido no site da Amazon pelo vendedor *The Bulk Source*.

Após decidir pela compra do produto, que continha 1,1 libras – aproximadamente 500 gramas – de caféina em pó, a adolescente utilizou um cartão de presente (*gift card*) da Amazon para a aquisição, e o cartão de crédito de sua genitora para complementar o saldo restante do valor. O vendedor *The Bulk Source* confirmou a venda e despachou o produto diretamente à adolescente, que recebeu o produto na primeira semana de março de 2014. De acordo com os autos, a adolescente iniciou a utilização do produto por meio da mistura da caféina em pó com líquido, de acordo com as dosagens indicadas pela embalagem do produto.

Em 26 de maio de 2014, a adolescente ofereceu uma porção da caféina em pó ao jovem Logan Stiner, de 18 anos. Após o aceite, Kelsey entregou aproximadamente 140 gramas de caféina a Logan, não tendo encaminhado a ele fotos ou cópia da embalagem. No entanto, ambos discutiram sobre a dosagem de utilização por meio de mensagens de texto, tendo inclusive discutido sobre os riscos da ingestão excessiva de caféina. A jovem informou a Logan que 1/8 de uma colher de chá correspondia a 100 miligramas de caféina, quantidade existente em aproximadamente 470 ml (16 oz) de refrigerantes de cola, ao passo que 1/4 de colher de chá conteria mais caféina do que um energético. Neste sentido, orientou Logan que utilizasse 1/8 de colher de chá pela manhã e 1/8 após o colégio, e informou que a utilização em excesso poderia levá-lo à morte.

O jovem Logan, por sua vez, consumiu uma dose fatal da caféina, cuja quantidade não foi passível de ser aferida pelo exame toxicológico realizado. Houve intoxicação pela substância, e posteriormente, a morte do adolescente

17 HORSWILL, Ian. Eighteen-year-old Logan Stiner dies from taking too much caffeine powder. *News.co.au*. 1 jul. 2014. Disponível em: <<https://www.news.com.au/lifestyle/health/teenyearold-logan-stiner-dies-from-taking-too-much-caffeine-powder/news-story/ce98547d0d285905264d8c108be8fb97>>. Acesso em 02/11/2021.

foi constatada em 27 de maio de 2014, tendo por causa uma arritmia cardíaca e severas convulsões¹⁸.

Em 6 de março de 2015, o pai do adolescente, Dennis Stiner, ingressou com ação de reparação por danos materiais, em face da cadeia de empresas que fabricam, desenvolvem, comercializam, vendem e distribuem a cafeína em pó: Tenkoris Inc., *The Bulk Source*, *Guardian Wholesale*, *Hard Rhino*, *Guardian BioSciences Inc.* e *Kelsey Kidd*, além da Amazon. Em todos os casos, exceto em relação à Amazon, foram realizados acordos de montantes não revelados. Além disso, não houve prosseguimento da ação em relação à companhia chinesa *CSPC Pharmaceutical*, em virtude de dificuldades encontradas em relação à citação (*service of process*) da empresa.

No âmbito da ação, foram listados doze fundamentos jurídicos. Inicialmente, foi sustentado por Stiner que haveria responsabilidade objetiva em relação ao fornecimento do produto (*strict product liability*) e negligência dos fornecedores, nos termos da Lei de Responsabilidade por Produtos de Ohio (*Ohio Products Liability Act*). Além disso, argumentou-se que haveria violação da Lei de Segurança Alimentar e de Medicamentos (*Ohio Food and Drug Safety Act*), danos “punitivos” (*punitive damages*), quebra de garantia consumerista e fraude. dentre os quais, a alegação de ocorrência de negligência, por parte dos fornecedores. Na primeira instância, em sede julgamento antecipado do mérito, os pedidos formulados por Dennis Stiner foram julgados improcedentes¹⁹.

Em sequência, Dennis Stiner apelou da decisão de primeira instância especificamente no tocante às demandas relacionadas à Lei de Responsabilidade por Produtos e a Lei de Segurança Alimentar e de Medicamentos. A corte de apelação, neste sentido, entendeu que o fundamento da demanda de Stiner – em matéria de responsabilidade por fato de produto – correspondia estritamente à caracterização da Amazon como “fornecedora”, definida na aludida lei como o indivíduo que “vende, distribui, loca, prepara, mistura, empacota, embala, ou de qualquer outra forma, participa da colocação de determinado produto no meio comercial”²⁰. Deste modo, a corte de apelações do Nono Circuito concluiu que Stiner não foi capaz de apontar qualquer evidência nos autos de modo a

18 Trecho da decisão da Corte de Apelações do Nono Circuito: “*Logan died on May 27, 2014. The Lorain County Coroner’s report indicated that he died as a result of acute caffeine toxicity which caused cardiac arrhythmia and seizure. Although the toxicology report did not specify the exact amount of caffeine in Logan’s system, for the limited purpose of our present review we will assume that the caffeine powder K.K. gave to Logan caused his death.*”

19 Trecho do relatório da Corte de Apelações do Nono Circuito: “*The trial court issued its ruling on the parties’ cross-motions for summary judgment, granting Amazon’s motion. The court entered judgment in favor of Amazon as to all of the claims asserted in Stiner’s second amended complaint.*”

20 Neste sentido é a Seção 2307.71, item (A)(15)(a) da Lei de Responsabilidade por Produto do Estado de Ohio: “(15)(a) ‘Supplier’ means, subject to division (A)(15)(b) of this section, either of the following: (i) A person that, in the course of a business conducted for the purpose, sells, distributes, leases, prepares, blends, packages, labels, or otherwise participates in the placing of a product in the stream of commerce”

estabelecer que a Amazon era uma “fornecedora” nos termos da norma jurídica. Por fim, a corte reiterou o restante da decisão de primeira instância.

No âmbito da Suprema Corte de Ohio, a maioria entendeu pela improcedência do pleito de Dennis Stiner, uma vez que a literalidade da Lei de Responsabilidade por Produtos não permitiria atribuir a qualificação de fornecedora para a Amazon. Neste sentido, de acordo com a Suprema Corte:

“Em razão da Amazon não possuir relação com os fabricantes de produtos de vendedores terceiros, a Amazon não tem controle sobre a segurança do produto. A Amazon não optou por comercializar a cafeína em pó, e não tem nenhum papel na produção, (elaboração de) embalagem ou pacote. Embora a Amazon possa endereçar as questões de segurança (de produtos) por meio da suspensão ou remoção de vendedores, o controle exercido pela Amazon sobre a página não permite a remoção do produto inseguro em primeira análise. De acordo com os fatos deste caso, Stiner não demonstrou que Amazon estava em posição de assegurar a qualidade e segurança da cafeína em pó antes que esta entrasse na cadeia de comercialização.” (tradução livre)²¹

A Suprema Corte também apreciou o argumento trazido por Stiner de que a responsabilidade civil, no caso em análise, deveria ser orientada pela finalidade de política pública (*public policy*). Trata-se de argumento que tem sido amplamente arguido nestes casos, aproximando-se de uma suposta leitura subjetiva, expansiva e finalística da norma jurídica. A Corte rejeitou o argumento nos seguintes termos, por entender, em síntese, que:

“As alegações de Stiner que se fundamentam na finalidade de *public policy* não se aplicam aos fatos deste caso uma vez que Stiner não apresentou qualquer evidência que demonstre que a responsabilização da Amazon incentivaria maior segurança (no fornecimento de produtos). Os fatos demonstram que a Amazon não estava em posição razoável para assegurar que a cafeína em pó, por ser produto potencialmente perigoso, não fosse colocada em comercialização. A Amazon não estava exercendo atividades com o objetivo de venda de cafeína em pó e não realizou a escolha do produto para venda. A Amazon apenas forneceu um serviço e plataforma para que Tenkoris ofertasse e vendesse o produto, e como parte do serviço, a Amazon apresentava o produto em sua relação de produtos para os consumidores que pesquisassem por produtos relevantes. A Amazon não teve atuação na aquisição da cafeína em pó de seu fabricante, tampouco no armazenamento, na embalagem e distribuição do produto. A Tenkoris determinou o preço de venda, forneceu todas as informações do produto para o cadastramento, bem como embalou e realizou todas as vendas. A Amazon não tinha ingerência sobre as especificações do produto ou informações de venda, e não exercia controle sobre a embalagem e a realização das vendas.”²² (tradução livre)

21 Trecho do voto, no original: “Because Amazon does not have a relationship with the manufacturers of third-party sellers’ products, Amazon lacks control over product safety. Amazon did not choose to offer the caffeine powder for sale and has no role in manufacturing, labeling or packaging the product. While Amazon can address safety issues by suspending or removing sellers, Amazon’s control over its website does not establish that Amazon is in a position to eliminate the unsafe character of products in the first instance. Under the facts of this case, Stiner has not demonstrated that Amazon was in a position to safeguard the quality and safety of the caffeine powder before it entered the stream of commerce.”

22 “Stiner’s public policy arguments fail under the facts of this case because Stiner has not pointed to evidence to demonstrate that holding Amazon liable would incentivize safety. The facts demonstrate that Amazon was not in a reasonable position to safeguard against allowing this caffeine powder, as a potentially dangerous product, to enter the stream of commerce. Amazon was not conducting business for the purpose of selling caffeine powder and did not choose to offer the product for sale. Amazon merely provided a service and platform for Tenkoris to offer and sell its product and, as part of this service, Amazon displayed Tenkoris’s listing for caffeine powder to customers searching for relevant products. Amazon had no role in procuring the caffeine powder from its manufacturer, storing, packaging, or distributing the product. Tenkoris determined the sale price,

O *justice* Michael Donnelly, embora tenha votado favoravelmente a maioria, apresentou discordância quanto ao fundamento. Nesta linha, entendeu o *justice* que o argumento de *public policy* seria legítimo:

“[...] a impossibilidade de responsabilizar a Amazon pelos danos causados a seus consumidores desvirtua o propósito da lei de responsabilidade por produtos na medida em que coloca os consumidores da Amazon em risco de serem vítimas de danos por vendedores que facilmente podem se tornar indisponíveis para reparar o dano. O uso de responsabilidade objetiva incentivaria a Amazon a selecionar e monitorar vendedores qualificados com produtos seguros do mesmo modo que a responsabilidade objetiva pressiona vendedores a selecionar produtos mais seguros que são obtidos de reputáveis atacadistas ou fabricantes.”²³ (tradução livre)

Neste sentido, sustentou o *justice* que a aplicação da Lei de 1988 mostrar-se-ia “injusto” (*inequitable*), na medida em que a Lei seria aplicável a um indivíduo que tenha realizado atos mínimos de embalagem, mas não a uma companhia bilionária²⁴. Finalizou, entretanto, entendendo que, à luz da maioria, a questão corresponderia a uma responsabilidade do legislador, e não da Corte, em atribuir tal responsabilidade aos *marketplaces*²⁵.

3. COMENTÁRIO

O estado de Ohio situa-se no centro-oeste dos Estados Unidos da América e é um dos mais populosos do país, com população estimada em aproximadamente 11,8 milhões de pessoas, equivalente próximo a capital do estado de São Paulo. Embora seja o sétimo maior estado em termos populacionais, é apenas o trigésimo quarto em termos de área, o que lhe situa como o décimo maior estado em termos de densidade populacional²⁶.

Do ponto de vista histórico, embora não seja integrante das treze colônias, trata-se, efetivamente, do décimo sétimo estado mais antigo dos EUA, tendo tanto as divisas quanto a constituição estadual sido propostas por meio de Thomas Jefferson, terceiro presidente norte-americano, em 19 de fevereiro de 1803²⁷.

provided all product information for the listing, packaged and fulfilled all orders. Amazon lacked discretion as to the product specifications or listing details, and exercised no control over the packaging or fulfillment of orders.”

23 “To the contrary, the failure to hold Amazon liable for injuries to its customers thwarts the purpose of products-liability law because it puts Amazon’s customers at risk of being injured by a seller that can easily make itself unreachable for redress. The use of strict liability would incentivize Amazon to select and monitor reputable merchants with safer products just as strict liability incentivizes sellers to select safer products that are sourced from reputable wholesalers or manufacturers.”

24 “Applying the 1980s retail-sales paradigm to modern e-commerce produces results that strike me as inequitable. The Act applies to a person with a role as minor as placing a sticker on a product but not to a person that controls every single aspect of placing a product in the stream of commerce except for transferring ownership or physically controlling the product. The Act applies to a mom-and-pop retail store with a small, exclusively local customer base, but not to a business that is responsible for hundreds of millions of dollars’ worth of retail sales in Ohio.”

25 “Closing the obligation gap in the Ohio Products Liability Act for actors like Amazon would ensure the utmost protection that Ohio consumers deserve. But as the majority says, such policy concerns are for the General Assembly, not this court, to address. Accordingly, I concur in judgment only.” (grifo nosso).

26 Britannica Encyclopedia. Verbete disponível em: <<https://www.britannica.com/place/Ohio-state>>. Acesso em 25/01/2022.

27 SCOTT, David. The Ohio Constitution of 1803, Jefferson’s Danbury Letter, and Religion in Education. *The Federalist Society*. 17 mai. 2012. Disponível em: <<https://fedsoc.org/commentary/publications/the-ohio-constitution-of-1803-jefferson-s-danbury-letter-and-religion-in-education>>. Acesso em 28/01/2022.

Por sua vez, ao longo de dois séculos, o estado consolidou-se na esfera industrial – integrando o ordinariamente referido *rust belt* (“cinturão da ferrugem”). O estado é sede de relevantes empresas abertas dos EUA, incluindo a Procter & Gamble de Cincinnati, a Goodyear de Akron, das usinas de aço AK Steel, da indústria têxtil Abercrombie & Fitch, de New Albany e da rede de *fast-food* Wendy’s, de Columbus. No âmbito político, Ohio é considerado um *swing state*, não sendo tradicionalmente alinhado ao partido Republicano ou Democrata, ao passo que também é considerado um indicador (*bellwether*) de tendências políticas em larga escala dos Estados Unidos, de acordo com a crença popular.

Em termos de estrutura jurídica, o estado é regido por sua constituição estadual (*Constitution of the State of Ohio*), que corresponde ao texto da Constituição Estadual de 1851, que foi profundamente alterada por 33 emendas aprovadas na reforma constitucional de 1912²⁸. A legislação é proposta e aprovada no âmbito da Assembleia Estadual (*Ohio General Assembly*), sendo ordinariamente compilada no *Ohio Revised Code*, distribuído entre títulos, capítulos e seções, mas que não constitui, juridicamente, um documento oficial de estado, ainda que adotado em larga escala pelos tribunais, a exemplo de outros estados com compilações semelhantes²⁹. No direito administrativo, os regulamentos e regras são também compiladas no âmbito do Código Administrativo de Ohio (*Ohio Administrative Code*). Por sua vez, as municipalidades podem promulgar regulamentos locais (*local ordinances*).

O sistema jurídico do estado é baseado na tradição jurídica da *common law*. Os precedentes, neste sentido, têm grande relevância na tomada de decisão das cortes estaduais, que se dividem em três níveis: inicialmente, há as cortes de julgamento de primeira instância (*trial courts*); em sequência, há doze cortes distritais de apelação, compostas por 69 juízes, a nível intermediário (*Ohio District Courts of Appeals*); e por fim, a Suprema Corte de Ohio (*Ohio Supreme Court*). A corte é composta por sete membros, incluindo o presidente (*chief justice*) e seis juízes (*justices*), que são eleitos para mandatos de seis anos, não havendo restrições para a reeleição, exceto o de idade (70 anos). A Suprema Corte é a instância máxima em termos de interpretação da constituição estadual e das leis estaduais.

O caso em análise traz a disputa da família do jovem Logan Stiner, que consumiu dose excessiva de caféina contida no produto *Hard Rhino Pure Caffei-*

28 O preâmbulo da Constituição do Estado de Ohio deriva nitidamente da experiência do constitucionalismo norte-americano de 1787: “We, the people of the State of Ohio, grateful to Almighty God for our freedom, to secure its blessings and promote our common welfare, do establish this Constitution.”

29 Citam-se como exemplo os *Restatements*, que são compilações de leis federais. Os *Restatements* são compilações de precedentes (*case law*) e definições de *common law* publicados pelo American Law Institute. Embora não tenham força legal, são amplamente utilizados como fundamentação em decisões de cortes norte-americanas. Um dos objetivos principais dos *Restatements* é o de uniformizar a interpretação da legislação federal norte-americana. Neste sentido, diversos estados norte-americanos têm compilações semelhantes, ainda que não sejam organizadas pelo próprio governo.

ne, com repercussões cardíológicas e que se mostrou fatal. A busca pela responsabilização levou a família a realizar o pleito de reparação com base em duas leis do Estado de Ohio: (i) a Lei de Responsabilidade por Produtos (*Product's Liability Law*); e (ii) a Lei de Segurança Alimentar e de Medicamentos (*Pure Food and Drug Act*).

No Estado de Ohio, a Lei de Responsabilidade por Produtos tem por objetivo a proteção de consumidores que sejam vítimas de danos decorrentes de fabricação, projeto, formulação, montagem, testagem ou mesmo de publicidade dos produtos comercializados³⁰. A lei, embora tenha caráter geral e possa ser utilizada em diversas circunstâncias, também possui restrições quanto à sua aplicabilidade aos casos concretos. Inicialmente, destaca-se o prazo de prescrição (*statute of limitations*) de dois anos, em relação aos casos de demandas envolvendo responsabilidade por fato de produto (*product liability claims*), danos corporais (*bodily injuries*) ou a bens pessoais (*personal property*)³¹. Tal prazo, entretanto, não contempla vícios ocultos, que podem ser posteriormente objeto de pretensão indenizatória por meio da aplicação da “regra do descobrimento” (*discovery rule*), que trata da suspensão do prazo prescricional (*tollment*). De acordo com o precedente firmado em *Burden v. Lucchese* (2007, Corte de Apelações do Terceiro Distrito de Ohio), o prazo prescricional é suspenso até o momento em que “razoável atenção” (*reasonable care*) pudesse ter levado ao descobrimento do vício³². Por sua vez, o prazo máximo para responsabilização é de 10 anos, exceto se o fabricante expressamente indicar uma garantia de maior prazo (*statute of repose*)³³.

30 “(13) ‘Product liability claim’ means a claim or cause of action that is asserted in a civil action pursuant to sections 2307.71 to 2307.80 of the Revised Code and that seeks to recover compensatory damages from a manufacturer or supplier for death, physical injury to person, emotional distress, or physical damage to property other than the product in question, that allegedly arose from any of the following:

(a) The design, formulation, production, construction, creation, assembly, rebuilding, testing, or marketing of that product;
(b) Any warning or instruction, or lack of warning or instruction, associated with that product;
(c) Any failure of that product to conform to any relevant representation or warranty. “Product liability claim” also includes any public nuisance claim or cause of action at common law in which it is alleged that the design, manufacture, supply, marketing, distribution, promotion, advertising, labeling, or sale of a product unreasonably interferes with a right common to the general public.”

31 Section 2305.10: “(A) Except as provided in division (C) or (E) of this section, an action based on a product liability claim and an action for bodily injury or injuring personal property shall be brought within two years after the cause of action accrues. Except as provided in divisions (B)(1), (2), (3), (4), and (5) of this section, a cause of action accrues under this division when the injury or loss to person or property occurs.” (grifo nosso).

32 Embora este precedente tenha sido originalmente firmado para casos de responsabilidade civil médica (*medical malpractice*), tal fundamento tem sido reconhecido em casos envolvendo responsabilização civil por fato de produto. Neste sentido, a *discovery rule* pode ser aplicável, desde que o vício seja de difícil reconhecimento: “The rule that a limitations period does not begin to run until the plaintiff discovers (or reasonably should have discovered) the injury giving rise to the claim. The discovery rule usually applies to injuries that are inherently difficult to detect, such as those resulting from medical malpractice.” (In: GARNER, Bryan A. *Black's Law Dictionary*. 9. ed. St. Paul: Thomson Reuters, 2009, p. 533).

33 Section 2305.10: “(C)(1) Except as otherwise provided in divisions (C)(2), (3), (4), (5), (6), and (7) of this section or in section 2305.19 of the Revised Code, no cause of action based on a product liability claim shall accrue against the manufacturer or supplier of a product later than ten years from the date that the product was delivered to its first purchaser or first lessee who was not engaged in a business in which the product was used as a component in the production, construction, creation, assembly, or rebuilding of another product.
[...]

(3) Division (C)(1) of this section does not bar an action based on a product liability claim against a manufacturer or supplier of a product who made an express, written warranty as to the safety of the product that was for a period longer than ten years

Do ponto de vista dos limites indenizatórios, não há restrições em relação aos danos materiais, sejam estes emergentes ou lucros cessantes. Por outro lado, em matéria de danos extrapatrimoniais, o limite é calculado da seguinte forma: 250.000 dólares norte-americanos *ou* três vezes o valor dos danos materiais evidenciados, o que for maior. Além disto, há um limite global de 500.000 dólares por incidente, de modo a reduzir o risco de demandas conexas sob “efeito cascata”, e um limite de 350.000 dólares por demandante contemplado. Para verificação da culpa, aplica-se o regime da lei estadual da culpa concorrente (*contributory fault law*), que estabelece não ser devida indenização ao indivíduo que tenha contribuído por mais de metade da responsabilidade (50%) pelos danos sofridos a si próprio. Por outro lado, caso seja verificada culpa concorrente em percentual inferior a 50%, haverá redução proporcional da indenização no percentual da culpa atribuída ao sujeito³⁴.

Por sua vez, a Lei de Segurança Alimentar e de Medicamentos (*Ohio Pure Food and Drug Law*) traz uma série de normas envolvendo a produção adequada de alimentos (*standards for good manufacturing practices*), inspeções, amostragem, bem como proibições específicas envolvendo diversos produtos, tais como vinagre e mel. Além disso, a lei também traz vedações à comercialização de produtos fora do prazo de validade, à adulteração de embalagens, ao envase errôneo de produtos, bem como à anúncios falsos ou que induzam ao erro (*false or misleading*). Trata-se, portanto, de um relevante compêndio de práticas envolvendo matéria de segurança alimentar e de produtos farmacêuticos, na medida em que promove diretrizes, estabelece proibições e determina sanções, tanto de caráter pecuniário quanto em matéria penal. Tal análise, entretanto, mostrou-se lateral ao presente caso, uma vez que o cerne da controvérsia dizia respeito à caracterização da Amazon como “fornecedora”.

Em se tratando do caso analisado, verifica-se que o jovem Stiner recebeu uma porção de aproximadamente 140 gramas do produto (caféina em pó) de sua amiga, que havia adquirido o produto por meio de um vendedor “terceiro” junto à plataforma de vendas Amazon Marketplace. Após o trágico acontecimento, o genitor do falecido jovem ingressou com ação indenizatória em face da Amazon, da vendedora Tenkoris LLC, de sua amiga que lhe forneceu o produto, do importador e da produtora chinesa (*CSPC Pharmaceutical*). Em virtude de dificuldades processuais e acordos realizados no decorrer da ação, a Amazon permaneceu no feito como a única parte demandada.

and that, at the time of the accrual of the cause of action, has not expired in accordance with the terms of that warranty.”

34 WERBER, Stephen. An Overview of Ohio Product Liability Law. *Cleveland State Law Review*, v. 43, n. 369, p. 381-457, 1995, p. 456.

O pleito fundou-se primariamente na tentativa de qualificação da Amazon como “fornecedora” (*supplier*) do ponto de vista da Lei de Responsabilidade por Produtos de Ohio. Dispõe a Seção 2307.71, item (A)15(a), que o conceito de fornecedor inclui o indivíduo que no curso de um negócio, “comercializa, distribui, empresta, prepara, mistura, embala, etiqueta ou de outro modo participa na colocação do produto na cadeia de comércio” ou ainda “instala, repara ou mantém qualquer aspecto do produto que alegadamente gera dano”. Por outro lado, o item (A)15(b) dispõe que tal conceito não inclui fabricantes, vendedores de imóveis, intermediários ou indivíduos que atuem somente em caráter financeiro em relação à venda ou mútuo de um produto, desde que a seleção, a posse, a manutenção e a operação do produto não sejam controlados por este indivíduo.

Em se considerando a literalidade e objetividade textual do dispositivo, não parece ser atribuível à Amazon a qualidade de “fornecedora” no caso em concreto. A empresa Tenkoris LLC, ao ingressar na plataforma de vendas eletrônica da Amazon, celebra contrato virtual de prestação de serviços eletrônicos com esta, sem quaisquer reservas, por se tratar de um contrato pré-determinado, com características próprias de um contrato de adesão. Ocorre que, ao celebrar este contrato, o vendedor (Tenkoris LLC) encarrega-se por todo o fluxo de comercialização de seus produtos: desde a obtenção destes, passando pela venda, o despacho e a entrega. Não há envolvimento direto da Amazon em nenhuma destas etapas, caso esta seja a opção do vendedor – e no caso em tela, a empresa responsável pela venda era, de fato, responsável por todas as outras etapas aqui mencionadas. Em realidade, os vendedores “terceiros” que operam no sistema da Amazon, de acordo com os termos da empresa, são responsáveis inclusive pela correta embalagem do produto de acordo com as legislações federais e estaduais aplicáveis. Assim, poder-se-ia dizer que a Amazon não teve qualquer ingerência sobre o fornecimento, venda e entrega do produto, o que, efetivamente, excluiria a responsabilidade da empresa sob a ótica do conceito de “fornecedor” da Lei de Responsabilidade por Produtos de Ohio.

Nota-se que no caso em tela, sequer o armazenamento do produto se deu pela Amazon. Em verdade, a empresa disponibiliza tal serviço de armazenamento e envio de produtos, o que, em tese, atribuiria a responsabilidade a ela do ponto de vista da literalidade da legislação em comento. E de fato, neste caso, há uma cobrança de tarifa por tal serviço que, embora a princípio não tenha por objetivo a remuneração da empresa pelo aumento de seu risco jurídico, evidencia uma onerosidade típica que serviria de substrato para a argumentação da ampliação de sua responsabilidade. Verifica-se, assim, que este raciocínio, embora pautado na objetividade da Lei de Produtos de Ohio, gera uma considerável distorção em se tratando de vendas de produto por *marketplace*, prática que tem crescido de modo relevante, mas que não encontra regulamentação específica no âmbito

das leis estaduais. No caso da lei em comento, destaca-se que esta é vigente desde 1988, três anos anteriores à primeira disponibilização de um navegador para a rede mundial de computadores, por Berners-Lee, e da criação de um *site* acessível publicamente por este navegador. A lei, neste sentido, acaba por mostrar-se pouco eficaz em relação a um modelo de negócios que tem crescido amplamente nas últimas duas décadas. É este o raciocínio aplicado pelo *justice* Donnelly ao proferir sua *opinion*, embora tenha seguido o voto condutor do caso apreciado pela Suprema Corte de Ohio. Observa-se que, no caso em comento, a Suprema Corte optou pela manutenção do dispositivo em sua literalidade textual, de modo a evitar eventual incursão em matéria de competência legislativa.

A discussão quanto à responsabilização da Amazon e de outras empresas *big techs* de comércio eletrônico é alvo inclusive de investidas no âmbito administrativo da Comissão de Segurança de Produtos de Consumo (*Consumer Product Safety Commission*) do Congresso dos Estados Unidos da América. Neste sentido, em 14 de julho de 2021, a Comissão formulou um pleito administrativo para que a Amazon encerrasse a comercialização de produtos como detectores de monóxido de carbono inoperantes, indumentárias infantis fabricadas com produtos inflamáveis, bem como secadores de cabelo vendidos sem mecanismos de segurança que previnem descargas elétricas aos usuários³⁵.

Durante o ano de 2021, as discussões sobre a responsabilidade atribuível à Amazon em caso de vendas por meio da plataforma digital estenderam-se por diversas cortes dos Estados Unidos. Verifica-se, de um modo geral, que a posição das cortes estaduais – e excepcionando-se precedentes da Califórnia e Pensilvânia – em geral alinha-se com a posição tomada pela Suprema Corte de Ohio no caso *Stiner*, ainda que sob a óptica das respectivas legislações estaduais. Como recente exemplo tem-se o estado do Texas. Em junho de 2021, a Suprema Corte estadual estabeleceu a não-responsabilização da empresa, no caso *Amazon.com, Inc. v.*

35 “WASHINGTON, D.C. – The U.S. Consumer Product Safety Commission (CPSC) today filed an administrative complaint against Amazon.com, the world’s largest retailer, to force Amazon to accept responsibility for recalling potentially hazardous products sold on Amazon.com.

“Today’s vote to file an administrative complaint against Amazon was a huge step forward for this small agency,” says Acting Chairman Robert Adler. “But it’s a huge step across a vast desert—we must grapple with how to deal with these massive third-party platforms more efficiently, and how best to protect the American consumers who rely on them.”

The complaint charges that the specific products are defective and pose a risk of serious injury or death to consumers and that Amazon is legally responsible to recall them. The named products include 24,000 faulty carbon monoxide detectors that fail to alarm, numerous children’s sleepwear garments that are in violation of the flammable fabric safety standard risking burn injuries to children, and nearly 400,000 hair dryers sold without the required immersion protection devices that protect consumers against shock and electrocution.

The Commission voted 3-1 to approve the complaint, which seeks to force Amazon, as a distributor of the products, to stop selling these products, work with CPSC staff on a recall of the products and to directly notify consumers who purchased them about the recall and offer them a full refund. Although Amazon has taken certain action with respect to some of the named products, the complaint charges that those actions are insufficient.

CPSC urges consumers to visit [SaferProducts.gov](https://www.saferproducts.gov) to check for recalls prior to purchasing products and to report any incidents or injuries to the CPSC.” Disponível em: <<https://www.cpsc.gov/Newsroom/News-Releases/2021/CPSC-Sues-Amazon-to-Force-Recall-of-Hazardous-Products-Sold-on-Amazon-com>>. Acesso em 02/02/2022.

McMillan, por fatos de produtos comercializados por vendedores “terceiros” na plataforma.

No caso *McMillan*, formulado em 2018, uma residente do Texas pleiteou a responsabilização da companhia pelo “defeito” de controle remoto comercializado por um vendedor “terceiro”, com sede na China, por meio da plataforma. Neste caso, a bateria do produto involuntariamente separou-se e foi ingerida pelo filho recém-nascido da autora, que sofreu queimaduras no esôfago. Destaca-se que neste caso, diferentemente do caso *Stiner*, o produto foi armazenado e enviado pela Amazon. Em razão disto, a decisão de primeira instância atribuiu responsabilidade à companhia, indicando que esta teria colocado o produto na cadeia de comércio. Entretanto, ao ser analisado pela Suprema Corte, julgou-se por maioria (5 a 2) no sentido de que a Amazon não seria responsável.

De acordo com o *justice* Brett Busby, condutor do voto vencedor, o fundamento para esta posição foi o de que a Lei de Responsabilidade para Produtos do Estado do Texas não qualificaria a Amazon como “vendedora”. Embora a lei definisse “vendedor” como sendo aquele que se envolve no negócio da distribuição, ou colocação no mercado, para qualquer propósito comercial, de produto ou componente, tal interpretação deveria ser realizada à luz dos precedentes de *common law* do estado³⁶.

Em razão disto, concluiu, com base em precedentes estaduais, que “quando um dano decorrente de produto ocorre em decorrência de uma transação envolvendo compra e venda, os vendedores são aqueles que abdicaram de seu título (de propriedade) do produto alegadamente defeituoso em algum momento”, não sendo a posse direta suficiente³⁷. Em razão disto, considerando que a Amazon somente forneceu local de depósito e distribuição, esta não seria responsável na medida em que não era titular do produto comercializado. O voto foi seguido pela maioria dos *justices*, tendo sido registradas as divergências dos *justices* Jeffrey Boyd e John Devine, que entenderam que, pela literalidade do *Texas Product Liability Statute*, a Amazon deveria ser considerada como “vendedora”, na medida em que seria responsável pela transação uma vez que o produto estivesse em seu local de armazenamento (*warehouse*)³⁸.

36 Decisão em *Amazon, Inc. v. McMillan* (25 mar. 2021, Suprema Corte do Texas): “The Fifth Circuit asks whether Amazon.com is a “seller” under Texas law when it does not hold title to third-party products sold on its website but controls the process of the transaction and delivery. We answer no. The Legislature’s definition of “seller” in Chapter 82 of the Civil Practice and Remedies Code is consistent with and does not expand the common-law definition. Under that definition, when the ultimate consumer obtains a defective product through an ordinary sale, the potentially liable sellers are limited to those who relinquished title to the product at some point in the distribution chain. Therefore, Amazon is not a “seller” of third-party products under Texas law.”

37 Ibid.

38 Ibid.

Na Califórnia, por outro lado, foram noticiadas as primeiras decisões em sentido contrário às decisões aqui relatadas. No caso *Bolger v. Amazon*, a autora Angela Bolger relatou ter adquirido uma bateria de substituição para um computador portátil por meio de vendedor “terceiro” com sede em Hong Kong³⁹. A Amazon realizou a cobrança do produto, localizou-o em seu depósito e encaminhou à compradora, tendo o produto sido encaminhado com embalagem da Amazon. Após alguns meses de uso, alegou-se que a bateria explodiu involuntariamente, o que culminou em uma série de queimaduras no corpo da autora. O pleito foi fundamentado na responsabilidade objetiva da Amazon, ao passo em que a demanda também foi proposta em face do vendedor terceiro, que não foi citado. Ao pleitear o julgamento antecipado de mérito, a Amazon pleiteou que nenhuma teoria de responsabilidade civil seria aplicável na medida em que a Amazon não distribuiu, fabricou ou vendeu o produto em questão, o que foi acatado em primeira instância. Em sede de apelação, a autora reiterou os termos da demanda inicial, e a Quinta Corte de Apelações da Califórnia determinou que a Amazon seria responsável objetivamente pelos produtos defeituosos oferecidos em sua página por meio de vendedores terceiros. A corte, neste sentido, entendeu que a finalidade (*policy*) da responsabilidade objetiva determinava que a teoria poderia ser aplicável a uma companhia que estivesse na cadeia direta de distribuição, ao passo em que poderia exercer pressão sobre os vendedores terceiros para terem maior cuidado com questões envolvendo segurança dos produtos, bem como distribuir a precificação do risco de responsabilização entre si e o vendedor, por meio das tarifas de uso da plataforma cobrada em face dos vendedores⁴⁰.

Posteriormente, em 26 de abril de 2021, novo precedente da Califórnia envolveu a atribuição de responsabilidade à Amazon por fato de produto de vendedor terceiro. No caso *Loomis v. Amazon.com, Inc.*, a autora Kisha Loomis, residente no Estado da Califórnia, formulou pedido de indenização em face da companhia por danos sofridos em virtude de suposto produto (*hoverboard* – uma espécie de prancha elétrica) adquirido de um vendedor terceiro por meio do site da Amazon⁴¹. Em razão disto, a Quinta Corte de Apelações do Estado da Califórnia novamente teve de se posicionar quanto à possibilidade de responsabilização civil da empresa em face de produtos aparentemente defeituosos que tivessem

39 *Briefing* do caso disponível em: <<https://www.lexisnexis.com/community/casebrief/p/casebrief-bolger-v-amazon-com-llc>>. Acesso em 02/02/2022.

40 *Ibid.*

41 Do relatório do caso: “Kisha Loomis brought suit against Amazon.com LLC (Amazon) for injuries she suffered from an allegedly defective hoverboard. The hoverboard was sold by a third party seller named TurnUpUp through the Amazon website. The trial court granted summary judgment in favor of Amazon. The primary issue on appeal is whether Amazon may be held strictly liable for Loomis’s injuries from the defective product. Recently, the Fourth District addressed this issue as a matter of first impression in *Bolger v. Amazon.com, LLC* (2020) 53 Cal.App.5th 431 (*Bolger*), review denied November 18, 2020. *Bolger* held Amazon “is an ‘integral part of the overall producing and marketing enterprise that should bear the cost of injuries resulting from defective products.’” (*Id.* at p. 453.) Our own review of California law on strict products liability persuades us that *Bolger* was correctly decided and that strict liability may attach under the circumstances of this case. We reverse and remand with directions.”

sido comercializados por vendedores terceiros no âmbito da plataforma. Ocorre que, neste caso, diferentemente de *Bolger v. Amazon*, a Amazon não tinha uma ingerência direta sobre a cadeia de comercialização do produto, uma vez que este não estava em seu depósito, e tampouco foi enviado pela companhia. Portanto, a responsabilização somente ocorreria em decorrência da relação estabelecida no uso da plataforma de *marketplace*.

Em razão disto, a Amazon sustentou que não deveria ser responsabilizada na medida em que não é fabricante, vendedora ou fornecedora, mas tão somente uma fornecedora de serviços (*service provider*), não sendo passível de responsabilização objetiva pelo fato do produto defeituoso. A Quinta Corte rejeitou tal argumento, indicando que a Amazon teve conduta instrumental na venda, posicionando-se entre a cliente (Loomis) e o vendedor terceiro. Em razão disto, considerando que a Amazon seria fundamental (*pivotal*) na relação comercial travada entre as partes, poderia ser responsabilizada objetivamente pelo fato do produto defeituoso.

Novamente, a Corte também se utilizou do argumento de finalidade do interesse público (*public policy*) para considerar a Amazon responsável pela venda de produtos defeituosos na plataforma digital. A Corte também considerou, a exemplo do caso *Bolger*, que a Amazon teria meios razoáveis para assegurar a segurança dos produtos vendidos pela plataforma, rejeitando assim a alegação de que a Amazon não poderia realizar tal controle de segurança dos produtos⁴².

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente análise demonstra que há uma considerável dificuldade em assegurar um tratamento uniforme para a matéria no âmbito da responsabilidade

42 Trecho do voto: “In analyzing whether strict liability is appropriate in new circumstances, courts assess whether relevant public policy goals are furthered by its application. (Bay Summit, supra, 51 Cal.App.4th at p. 774.) As noted earlier in this opinion, the relevant public policy considerations are: (1) whether Amazon may play a substantial part in insuring that the product is safe or may be in a position to exert pressure on the manufacturer to that end, (2) whether Amazon may be the only member in the distribution chain reasonably available to the injured plaintiff, and (3) whether Amazon is in a position to adjust the costs of compensating the injured plaintiff amongst various members in the distribution chain. (Vandermark, supra, 61 Cal.2d at pp. 262-263.) We address each in turn.

As to product safety, Amazon contends it has no proactive authority over product design or manufacture because its relationship is typically with the distributor or retailer, not the manufacturer. It asserts it can only reactively address safety issues by removing or suspending sellers after a product has been shown to be unsafe. Thus, imposing strict liability on it will not enhance product safety.

By its very argument, Amazon acknowledges it plays a role in ensuring product safety. Indeed, sellers are required under the BSA to comply with all applicable laws, including, presumably, consumer safety laws and regulations. The evidence shows Amazon may require proof that a product complies with recognized safety standards before it is listed. For example, Amazon may require documentation or certification from the Underwriter's Laboratories, which sets forth standards for manufacturing practices and devises safety tests for products.

Additionally, Amazon on occasion has consulted with the CPSC to determine if there are specific regulations or issues related to products it lists that are “outside of the norm.” These steps, which Amazon has taken to ensure product safety in limited circumstances, refute its contention it has no ability to proactively affect product safety. Application of strict liability in this case may incentivize Amazon to expand its safety compliance requirements to more products and thus further the goal of product safety.”

civil em face de empresas de tecnologia nos Estados Unidos. Em que pese existam precedentes favoráveis à responsabilização objetiva dos titulares de *marketplaces*, em decisões envolvendo especificamente a Amazon, nota-se uma considerável complexidade no enquadramento do modelo de negócios existente em face das legislações estaduais, muitas vezes promulgadas anteriormente ao avanço do comércio eletrônico. Além disto, a esparsa quantidade de julgados constitui-se em um fator complicador, na medida em que as leis envolvendo a matéria são estaduais. Em diversos dos casos aqui mencionados, precedentes de cortes de outros estados foram trazidos por advogados dos autores e da própria Amazon, para justificar eventuais interpretações de dispositivos legais. As Cortes, de forma reiterada e como é relativamente ordinário nos Estados Unidos, não admitiram a utilização de precedentes de outros estados, mesmo que a título de *obiter dictum*. Pode-se observar, ainda, que as decisões de responsabilização, em geral, utilizam-se de critérios pouco objetivos como forma de contornar a legislação estadual específica que, por vezes, não trata diretamente da recente questão da responsabilidade dos titulares de *marketplaces*.

Por fim, e embora não seja objeto do presente comentário, as discussões aqui travadas também apresentam repercussões no direito brasileiro sob a ótica do conceito de fornecedor determinado pelo art. 3º do Código de Defesa do Consumidor, dispositivo advindo de uma época também anterior ao advento do comércio eletrônico em larga escala. A nosso entender, as dificuldades de enquadramento jurídico dos *marketplaces* como “fornecedores”, partindo-se de uma análise objetiva da proposição semântica da norma, também demandariam uma solução legislativa, e não uma mera interpretação jurídica construtiva.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DENNING, Peter. The Science of Computing: The ARPANET after twenty years. *American Scientist*, v. 77, n. 6, p. 530-534, nov./dez. 1989.

GARNER, Bryan A. *Black's Law Dictionary*. 9. ed. St. Paul: Thomson Reuters, 2009.

KHARPAL, Arjun. Alibaba, JD set new records to rack up record \$115 billion of sales on Singles Day as regulations loom. *CNBC*. 12 nov. 2020. Disponível em: <<https://www.cnbc.com/2020/11/12/singles-day-2020-alibaba-and-jd-rack-up-record-115-billion-of-sales.html>>. Acesso em 31/10/2021.

HORSWILL, Ian. Eighteen-year-old Logan Stiner dies from taking too much caffeine powder. *News.co.au*. 1 jul. 2014. Disponível em: <<https://www.news.com.au/lifestyle/health/teenyearold-logan-stiner-dies-from-taking-too-much-caffeine-powder/news-story/ee98547d0d285905264d8c108be8fb97>>. Acesso em 02/11/2021.

MITCHELL, Stacy; LAVECCHIA, Olivia. *Amazon's stranglehold: how the company's tightening grip is stifling competition, eroding jobs, and threatening communities*. Washington: Institute for Local Self-Reliance, 2016, p. 4-79.

SCOTT, David. The Ohio Constitution of 1803, Jefferson's Danbury Letter, and Religion in Education. *The Federalist Society*. 17 mai. 2012. Disponível em: <<https://fedsoc.org/commentary/publications/the-ohio-constitution-of-1803-jefferson-s-danbury-letter-and-religion-in-education>>. Acesso em 28/01/2022.

STONE, Brad. *The Everything Store: Jeff Bezos and the Age of Amazon*. 1. ed. reimp. Boston: Little Brown &

Company, 2014.

SWARTZ, Jon. *Amazon is officially worth \$1 trillion, joining other tech titans*. MarketWatch. 4 fev. 2020. Disponível em: <<https://www.marketwatch.com/story/amazon-is-officially-worth-1-trillion-joining-other-tech-titans-2020-02-04>>. Acesso em 30/10/2021.

OFEK, Elik; RICHARDSON, Matthew. DotCom Mania: The Rise and Fall of Internet Stock Prices. *The Journal of Finance*, v. LVIII, n. 3, p. 1113-1137, jun. 2003.

WERBER, Stephen. An Overview of Ohio Product Liability Law. *Cleveland State Law Review*, v. 43, n. 369, p. 381-457, 1995,

KOSTEN V. MERCADO LIBRE S.R.L.¹

(CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EM LO
COMERCIAL DA ARGENTINA)

LUIZ CARLOS DE ANDRADE JR.²

1. RELATO DO CASO

1.1. AÇÃO

O senhor Esteban Kosten (“Esteban”) ajuizou demanda contra Mercado Libre S.R.L. (“Mercado Libre”) com o objetivo de obter indenização por perdas e danos resultantes da falta da entrega de um veículo que disse ter adquirido através do *website* de vendas organizado e administrado pela referida sociedade.

Afirmou ter pago o preço por meio de moeda estrangeira, mediante a intervenção de uma empresa local, assim como uma quantia destinada a cobrir gastos com entrega e documentação, tudo conforme o pedido realizado na plataforma do Mercado Libre. Apesar disso, prossegue, nunca teria recebido o veículo.

Pleiteou, por meio da ação, a reparação pelos valores que pagou na malsucedida operação, a compensação de danos morais, e, ainda, a aplicação de uma multa a título de danos punitivos. Invocou, como suporte para seus pedidos, disposições do Código do Consumidor e do Código Civil argentinos.

1.2. EXCEÇÃO

Mercado Libre resistiu à pretensão de Esteban. Em sua defesa, sustentou, preliminarmente, sua ilegitimidade passiva para compor a demanda. Quanto ao mérito, esclareceu que a plataforma de vendas *online* que explora se divide em duas seções, uma destinada à compra e venda de bens não registráveis, em que os dados do vendedor são informados ao adquirente apenas após a concretização do negócio (seção de *marketplace*); e outra em que se dá a venda de bens registráveis, onde os dados do vendedor são publicados conjuntamente com a oferta, funcionando essa seção como simples veiculadora de na anúncios (“seção

1 Este artigo foi produzido no âmbito do Grupo de Pesquisa “Direito Civil Contemporâneo” (FDUSP/CNPq).

2 Professor Doutor de Direito Civil da Universidade Presbiteriana Mackenzie (SP). Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Bacharel em Filosofia pela Universidade de São Paulo. Pós-Doutorando em Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Membro da Rede de Pesquisa de Direito Civil Contemporâneo (USP, Humboldt-Berlin, Coimbra, Lisboa, Porto, Roma II-Tor Vergata, Girona, UFMG, UFPR, UFRGS, UFSC, UFPE, UFF, UFC, UFMT, UFBA, UFRJ e UFAM). Advogado.

de classificados”). Esta última seção permite que os interessados entrem em contato diretamente com os vendedores, sem a necessidade de manifestarem vontade contratual por intermédio da plataforma, nem de se registrarem no sistema. Alegou que a operação a que se refere a demanda teria se realizado pela seção de classificados, e que tanto Esteban quanto o vendedor do automóvel se vincularam juridicamente de maneira independente, fora da plataforma.

Arguiu que, relativamente ao contrato firmado por Esteban, se manteve em posição de neutralidade, a qual, ademais, esteve conforme os “Termos de Condições” de utilização da plataforma. Afirmou, ainda, que o serviço de “Mercado de Pago”, que administra conjuntamente com a plataforma de vendas, não se encontrava habilitado para operações da seção de classificados.

Postulou a improcedência da ação, deduzindo que o autor teria contatado diretamente o vendedor, com quem estabeleceu tratativas e concluiu o contrato de compra e venda. Asseverou que o vendedor teria empregado subterfúgios para enganar Esteban, inclusive se apresentando, falsamente, como um representante do Mercado Libre. A manobra ilícita somente teria produzido resultados concretos porque o próprio vendedor teria sido açodado e negligente ao realizar a compra, o que seria evidenciado pelo fato de não ter nutrido a suspeita, que se esperaria de um comprador diligente, a respeito da idoneidade do vendedor. Esteban deveria ter desconfiado da seriedade do negócio por conta do baixo preço pelo qual o veículo houvera sido oferecido (inferior a metade do seu valor de mercado); e, antes de ter efetuado o pagamento do preço, deveria ter adotado providências para verificar o estado físico e jurídico do bem transacionado.

Adicionalmente, não houve cobrança de qualquer comissão de venda por parte da plataforma, e os gastos referentes a entrega e documentação, na realidade, foram destinados a cobrir as despesas com a publicação do anúncio na seção de classificados, as quais foram arcadas por Esteban porque, também quanto a isso, ele foi induzido a erro pelo vendedor. Defende, por fim, que não pode ser considerado responsável solidário, nos termos do art. 40 da Lei 24.240, e, de toda forma, deveria o autor demonstrar a culpa do operador eletrônico, já que não se cuidaria, há hipótese, de responsabilidade objetiva.

1.3. JULGAMENTO EM PRIMEIRA INSTÂNCIA

A sentença acolheu a preliminar de ilegitimidade passiva de Mercado Libre, rejeitando a demanda.

1.4. JULGAMENTO EM SEGUNDA INSTÂNCIA

Interposta apelação por Esteban, em 22/12/2018, a Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial da Argentina julgou o caso nos seguintes termos:

Destaca, inicialmente, que o autor pretende ver acolhidos seus pedidos a partir de alegações genéricas sobre o direito do consumidor, a assimetria entre as partes, a omissão informativa da plataforma, e o valor que a confiança tem no comércio eletrônico, sem notar que a problemática subjacente à controvérsia é mais complexa que isso.

O direito argentino não estabelece regramento específico aplicável aos provedores de serviços de comércio eletrônico. Por conseguinte, mostra-se pertinente recorrer ao direito comparado neste particular âmbito, o qual oferece uma orientação suficientemente razoável para o julgamento da causa.

Menciona a Diretiva 2000/31/CE, do Parlamento Europeu, relativa a “determinados aspectos jurídicos dos serviços da sociedade da informação, em particular o comércio eletrônico no mercado interno”, cujos preceitos foram incorporados pelas legislações de países como Alemanha (*Telemediengesetz* – TMG, de 26/02/2007); Inglaterra (*Electronic Commerce – EC Directive – Regulations*, de 2002); França (Lei 2004-575, de 21/06/2004); Itália (Decreto-legislativo nº 70/2003); Espanha (Lei 34/2002, de 11 de junho); Áustria (Lei 152/2001); Bélgica (Lei de 11/03/2003); Dinamarca (Lei 227/2002); Finlândia (Lei 459/2002); Grécia (Decreto 131/2003); Islândia (Lei 30/2002); Noruega (Lei 35/2003); Portugal (Decreto 7/2004); Suécia (Lei de 06/06/2002); Holanda (Lei de 13/05/2005) etc.

A Diretiva 2000/31/CE estabelece a responsabilidade dos prestadores de serviços intermediários da seguinte forma:

Artigo 14º

Armazenagem em servidor

1. Em caso de prestação de um serviço da sociedade da informação que consista no armazenamento de informações prestadas por um destinatário do serviço, os Estados-Membros velarão por que a responsabilidade do prestador do serviço não possa ser invocada no que respeita à informação armazenada a pedido de um destinatário do serviço, desde que:

a) O prestador não tenha conhecimento efetivo da atividade ou informação ilegal e, no que se refere a uma ação de indemnização por perdas e danos, não tenha conhecimento de factos ou de circunstâncias que evidenciam a atividade ou informação ilegal, ou

b) O prestador, a partir do momento em que tenha conhecimento da ilicitude, atue com diligência no sentido de retirar ou impossibilitar o acesso às informações.

2. O nº 1 não é aplicável nos casos em que o destinatário do serviço atue sob autoridade ou controlo do prestador.

3. O disposto no presente artigo não afeta a faculdade de um tribunal ou autoridade administrativa, de acordo com os sistemas legais dos Estados-Membros, exigir do prestador que previna ou ponha termo a uma infração, nem afeta a faculdade de os Estados-Membros estabelecerem disposições para a remoção ou impossibilitação do acesso à informação.

Artigo 15º

Ausência de obrigação geral de vigilância

1. Os Estados-Membros não imporão aos prestadores, para o fornecimento dos serviços mencionados nos artigos 12º, 13º e 14º, uma obrigação geral de vigilância sobre as informações que estes transmitam ou armazenem, ou uma obrigação geral de procurar ativamente factos ou circunstâncias que indiquem ilicitudes.

2. Os Estados-Membros podem estabelecer a obrigação, relativamente aos prestadores de serviços da sociedade da informação, de que informem prontamente as autoridades públicas competentes sobre as atividades empreendidas ou informações ilícitas prestadas pelos autores aos destinatários dos serviços por eles prestados, bem como a obrigação de comunicar às autoridades competentes, a pedido destas, informações que permitam a identificação dos destinatários dos serviços com quem possuam acordos de armazenagem.

O Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia assentou que as precedentes disposições aplicam-se a casos de prestadores de serviços via *internet* que facilitam o contato entre vendedores e compradores de produtos (cf. TJCE, 12/07/2011, “L’Oreal S.A., Lancôme parfums et beauté & Cie SNG, Laboratoire Garnier & Cie, L’Oreal UK Ltd. c/ eBay International AG”). De acordo com a Corte Comunitária, a Diretiva 2000/31/CE pretende restringir os casos em que, segundo o direito aplicável a certa matéria, pode emergir a responsabilidade dos serviços intermediários da sociedade da informação (cf. TJCE, 23/03/2010, “Google France e Google”).

O espírito do regime delineado pelos arts 14º e 15º, acima reproduzidos, se caracterizaria por definir uma zona livre de responsabilidade em benefício dos provedores de serviços intermediários da sociedade da informação, a fim de que estes não se sujeitassem à insegurança jurídica que adviria da eventual aplicação de outros regimes de responsabilidade civil.

Na linha dos precedentes do Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia, o fato de um operador de plataforma digital armazenar informações que facilitam a realização de compras e vendas entre seus clientes não basta para sujeitá-lo ao art. 14º da Diretiva 2000/31/CE. Para que o provedor de serviços digitais seja enquadrado no citado dispositivo, é essencial que seja um “intermediário”, no sentido que o termo expressa no âmbito daquela norma, e isto não ocorre quando o operador ocupa uma posição neutra quanto aos negócios concretizados pelos usuários, limitando-se e processar tratamento puramente técnico e automático de dados, sem exercer controle sobre estes.

Noutro giro, quando a plataforma eletrônica oferece comodidades que otimizem a apresentação das ofertas de venda, ou até mesmo a promoção das vendas, não terá ocupado uma posição neutra quanto ao relacionamento entre os usuários, porquanto terá desempenhado um papel ativo, que permite adquirir conhecimento ou controle dos dados relativos às ofertas. Dessa feita, ao apreciar conflitos em matéria de comércio eletrônico, o julgador deve avaliar se o operador de comércio eletrônico desempenhou, ou não, uma atividade que o caracteriza como intermediário dos negócios entre seus clientes (vendedores e compradores).

Concluindo que o provedor de serviços digitais atuou como intermediário, o julgador deverá, então, verificar se ele cumpriu os requisitos previstos no art. 14º, par. 1, alíneas a) e b), da Diretiva 2000/31/CE, para formular, a partir das circunstâncias do caso concreto, um juízo acerca de estar, ou não, aquele albergado pela exceção de responsabilidade preconizada no citado dispositivo. Destarte, o operador da plataforma somente será responsabilizado por atos ilícitos praticados por terceiros se tiver obtido conhecimento de fatos que revelem o caráter ilícito dos atos pretendidos ou realizados por intermédio do canal digital. Nada obstante, o operador de comércio eletrônico não tem o dever de pressupor o cometimento de ilícitos sem um conhecimento específico a respeito deles.

À luz desse contexto normativo e jurisprudencial estrangeiro, a Corte argentina formulou o seguinte entendimento, aplicando os fundamentos do direito estrangeiro que seriam trasladáveis *mutatis mutandis* para o direito nacional:

- (1) pode falar-se de isenção de responsabilidade do operador de mercado eletrônico quando este não tenha desempenhado um papel ativo, o qual lhe possibilitasse ter conhecimento ou controle dos dados armazenados, é dizer, quando tenha servido como mero “canal”, restringindo-se a propiciar um foro para a transação entre um comprador e um vendedor;
- (2) contudo, se o operador de comércio eletrônico tiver desempenhado um papel ativo, não limitado ao tratamento técnico e automático de dados, interferindo na viabilização e formatação do negócio entre as partes, poderá ser responsabilizado por perdas e danos, não podendo se valer da isenção de responsabilidade, mormente se, tendo obtido conhecimento de fatos a partir dos quais um agente econômico diligente pudesse contatar a iminente prática de ilícito, quedasse inerte. A aquisição de efetivo conhecimento do ilícito tem lugar a partir de fatos ou circunstâncias aptos a possibilitar, posto que mediante inferências lógicas de qualquer alcance, uma segura apreensão da realidade do que se trata. De todo modo, isto não autoriza o provedor de serviços digitais a manter-se em estado de “ignorância premeditada” ou “indiferença imprudente”. Se o operador tem motivos que o façam suspeitar de que os usuários estão aproveitando dos seus serviços para perpetrarem ilicitudes, responderá se escolher omitir-se;
- (3) como regra, o prestador de serviços que organiza e administra o mercado eletrônico não realiza uma função de corretor, é dizer, não se obriga ante uma parte a mediar uma negociação e a conclusão de um ou vários negócios, já que não recebe nenhum encargo com esse fim. O núcleo da sua prestação, ao contrário, consiste em um serviço eletrôni-

co que permite acessar um conjunto de informações para a consecução de uma finalidade, qual seja, a aquisição e a venda de certas coisas;

- (4) o fato de plataformas digitais oferecerem, além do armazenamento de dados, outros serviços ou utilidades, como mecanismos de avaliação e qualificação, meios de pagamento, seguros, instrumentos antifraude etc. não significa necessariamente que aquelas deixam de se beneficiar da isenção de responsabilidade. Em qualquer caso, a maneira com a qual as plataformas desenham seus serviços e aplicam medidas voluntárias para fazer frente aos conteúdos ilícitos segue sendo uma decisão empresarial, a ser apreciada, no que tange a eventual impacto disso sobre a responsabilidade civil, caso a caso.

Diante das provas dos autos, concluiu o Tribunal que o Mercado Libre atuou como mero agente de armazenamento de dados, adotando posição de neutralidade acerca do negócio realizado por Esteban. Confirmou-se, por meio de perícia, que não era necessário prévio registro dos potenciais compradores para navegarem na seção de classificados, e que a informação do nome e telefone do vendedor esteve disponível para qualquer usuário.

Não havia, ainda, prova de que o Mercado Libre, com anterioridade à data da operação realizada por Esteban, tinha conhecimento efetivo de uma ilicitude relacionada ao anúncio do veículo, como de circunstâncias que justificassem o despertar de uma suspeita a respeito da seriedade da oferta.

Não ficou provado que Esteban teve acesso ao anúncio por efeito da atuação de motores de busca, isto é, induzido por um mecanismo tecnológico destinado a otimizar a apresentação da oferta. Demais disso, a perícia revelou que o usuário que teria vendido o veículo a Esteban fora desabilitado da plataforma em data anterior à da venda, e que não havia evidência de que o anúncio de sua autoria teria permanecido “no ar” posteriormente a essa providência.

O *website* do Mercado Libre exibia um aviso aos clientes, dando conta de que jamais lhes enviaria *e-mails*. Apesar disso, Esteban trocou diversas mensagens com o vendedor do veículo, através de um endereço de correio eletrônico que não pertencia ao Mercado Libre, sem tomar a iniciativa de reportar o ocorrido.

Deve ser excluída qualquer responsabilidade do Mercado Libre pelo pagamento realizado por Esteban, o qual se deu com a intervenção de outra empresa (Arper Express S.R.L.). Mercado Libre não cobrou nenhuma comissão pela operação questionada.

Por fim, o autor foi vítima da própria torpeza (art. 1111 do Código civil argentino e art. 1729 do Código Civil e Comercial da Nação), pois não adotou a diligência prévia que se espera de um negociante médio ao concluir o negócio,

deixando de verificar, antes do pagamento, a situação física e jurídica do automóvel.

Foi confirmada a sentença pelo Tribunal.

2. COMENTÁRIOS

2.1. INTRODUÇÃO

O caso *Kosten v. Mercado Libre* suscita interessantes reflexões a respeito da responsabilidade civil das plataformas de vendas pela *internet*. A conclusão a que chegou a a Cámara Nacional de Apelaciones em lo Comercial da Argentina, como antevisto, baseou-se fortemente nas circunstâncias fático-probatórias do litígio. Não nos parece de particular utilidade tecer comentários a respeito do raciocínio eurístico do Tribunal, senão sobre certas premissas conceituais que foram entabuladas pelo julgado.

Qualquer crítica que possamos formular sobre a decisão somente pode ter como fundamento o direito brasileiro, pois não somos habilitados a manipular cientificamente o direito argentino. Por isso, propomos ao leitor o seguinte exercício: imagine-se que o caso tenha sido posto à apreciação de um tribunal brasileiro, e que este tenha proferido uma decisão seguindo, substancialmente, os termos adotados pela Cámara Nacional de Apelaciones em lo Comercial da Argentina. Consideremos, ainda, que essa decisão fosse proferida em data atual (isto é, em meados de 2022), de modo que pudesse ser tomado em consideração o recente aprimoramento pelo qual passou o direito da União Europeia. Por fim, o tribunal brasileiro trataria de julgar a controvérsia à luz do direito brasileiro, em especial sujeitando-se às diretrizes e comandos estampados no Código Civil (“CC”), no Código de Defesa do Consumidor (“CDC”), e na legislação esparsa.

Vejamos que ganhos podemos obter com este ensaio.

2.2. ECONOMIA DE PLATAFORMA

Voltaremos, inicialmente, nosso olhar ao tipo de serviço informático que serviu como pano de fundo para o precedente, qual seja, uma plataforma de anúncios digitais (classificados). O Mercado Libre, em sua defesa, pretendeu estabelecer uma separação rígida entre a seção de classificados e a seção de *marketplace*. Ao que tudo indica, acesando a primeira, o potencial comprador teria acesso a dados de contato do vendedor anunciante, para que, por outro meio de comunicação (*e-mail*, telefone, ou até mesmo encontro presencial), viesse a celebrar o contrato. Na seção de *marketplace*, a compra e venda do bem seria firmada eletronicamente, por intermédio da plataforma.

A distinção não é relevante nem pertinente para a delimitação da responsabilidade civil em casos como este. Soa-nos completamente descabida a comparação entre as contemporâneas plataformas digitais e as seções de classificados dos jornais impressos. Ainda que realize apenas a exibição de anúncios, a plataforma digital é um ambiente de negócios, mantido no interesse de uma atividade econômica profissional organizada (empresária), dotada de tecnologia apta a otimizar, conforme uma específica inteligência programada, a realização de transações comerciais.

A noção de “plataforma” surge, na economia atual, como manifestação do emprego da tecnologia da informação a serviço da circulação de bens e serviços, e a geração de riqueza. A “economia de plataforma” é descrita como *“a complex phenomenon that is significantly disrupting the general concept of ‘normal jobs’. It is any type of digital platform that uses the internet to connect dispersed networks of individuals to facilitate digital interactions between people. Within the platform economy there is a triangular relationship between three parties (1) the platform (2) the worker and (3) the customer. It is the job of the platform to connect people with demand (the customer) to people that provide supply (the worker)”*³.

Na ciência econômica, o fenômeno ganhou contornos com estudos como os de Jean-Charles Rochet e Jean Tirole, em especial o artigo “Platform Competition in Two-Sided Markets”⁴. Economistas concebem as plataformas como mecanismos técnicos que diminuem os custos de transação de certo mercado. O fenômeno não é novo; a bem se ver, a dificuldade para o enlace entre provedores e consumidores sempre se colocou no desenvolvimento da economia capitalista. Contratos como o de corretagem, comissão, agência e distribuição, são instrumentos para a diminuição dos custos de transação. Eles se prestam a facilitar trocas econômicas, aproximando compradores de vendedores, fornecedores de consumidores, prestadores de serviço de tomadores, economizando, aos envolvidos, tempo, energia e dinheiro. É extrema de dúvida que tais negócios jurídicos contribuíram, com o passar dos séculos, de maneira decisiva para a expansão econômica do mundo.

No contexto do capitalismo pós-industrial, com o advento da *internet* e a emergência da “sociedade da informação”⁵, ofereceram-se oportunidades de reduzir radicalmente os custos de transação, de maneira muito mais eficiente que os contratos de intermediação e cooperação empresarial possibilitavam. Surgem

3 Deloitte. *The Rise of Platform Economy*. Disponível em: <https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/nl/Documents/humancapital/deloitte-nl-hc-reshaping-work-conference.pdf>. Acesso em 27/03/2022.

4 European Economic Association. Disponível em: <https://www.rchss.sinica.edu.tw/cibs/pdf/RochetTirole3.pdf>. Acesso em 27/03/2022.

5 Termo introduzido por Daniel Bell, em *O Advento da Sociedade Pós-Industrial* (São Paulo: Cultrix, 1973).

as plataformas digitais, capazes de tornar mercados “bilaterais” (*two-sided*) – em que há dois “lados” interagindo no contexto da troca econômica, basicamente um produtor/fornecedor, e um comprador/consumidor – em “multilaterais” (*multisided*) – nos quais um único ponto de encontro congrega agentes econômicos oferecendo bens e serviços variados⁶. O resultado da proliferação das plataformas digitais é a escalabilidade global dos mais variados segmentos econômicos.

As plataformas digitais são apelidadas de “*matchmakers*”, pois viabilizam o “*match*”, a “combinação” entre agentes econômicos com interesses opostos e complementares (ex. comprar carro x vender carro) de maneira massificada e pulverizada. “*Matchmakers are called multisided platforms because they usually operate a physical or virtual place that helps the different types of customers get together*”. Por exemplo, “*online dating services have virtual places that serve the same purpose. Men and women connect to servers in the Cloud, over the Internet, where a software program helps them find matches*”⁷.

O fenômeno das plataformas multilaterais também não é novo. *Shopping centers* são exemplos triviais de plataformas multilaterais *off-line*. Cartões de crédito cumprem esta função, assim como faz qualquer feira de comércio, que acontece nas cidades desde a antiguidade. O ponto que interessa, no que tange ao regramento jurídico do comércio eletrônico, não é exatamente o conceito de plataforma multilateral, mas a forma pela qual ela passou a se manifestar no ambiente virtual. Conforme apontam Evans e Schmalensee, seis tecnologias impulsionaram drasticamente a difusão e a relevância econômica das plataformas multilaterais: (1) computadores mais potentes; (2) a *internet*; (3) os motores de busca (ex. Google); (4) comunicações em banda larga; (5) novas linguagens de programação (algoritmos); (6) e o armazenamento de dados em nuvem (*cloud*)⁸.

Com o emprego dessas tecnologias, as plataformas digitais passam a produzir, como marca distintiva, o “efeito de rede”. A esse propósito, Ewans e Gawer salientam que “(...) *platforms become more valuable as more users use them. As more users engage with the platform, the platform becomes more attractive to potential new users*”⁹.

6 EVANS, David; SCHMALENSEE, Richard. *The New Economics of Multi-Sided Platforms: A Guide to the Vocabulary*. Disponível em <https://ssrn.com/abstract=2793021> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2793021>: “*multisided platform: A business that operates a physical or virtual place (a platform) to help two or more different groups find each other and interact. The different groups are called “sides” of the platform. For example, Facebook operates a virtual place where friends can send and receive messages, where advertisers can reach users, and where people can use apps and app developers can provide those apps*”. Acesso em 27/03/2022.

7 EVANS, David; SCHMALENSEE, Richard. *Matchmakers: The New Economics of Multisided Platforms*. Boston: Harvard Business Review Press, 2016, p. 33.

8 EVANS, David; SCHMALENSEE, Richard.. *Matchmakers: The New Economics of Multisided Platforms*. Boston: Harvard Business Review Press, 2016, p. 71.

9 Peter C. Evans, Annabelle Gawer. *The Rise of the Platform Enterprise A Global Survey*. Disponível em: https://www.thecge.net/app/uploads/2016/01/PDF-WEB-Platform-Survey_01_12.pdf. Acesso em 27/03/2022.

As plataformas geram valor de maneiras variadas, o que permite classificá-las em atenção à função que cumprem. Autores costumam conceber quatro diferentes espécies de plataformas¹⁰:

- (1) **plataformas transacionais**: facilitam negócios de trocas econômicas, como a compra e venda de bens e a prestação de serviços (ex. Uber, Amazon, eBay etc.)¹¹;
- (2) **plataformas inovativas**: oferecem uma base tecnológica a partir da qual terceiros podem desenvolver novos aplicativos, utilitários, e soluções tecnológicas (ex. Microsoft, Intel, IBM etc.)¹²;
- (3) **plataformas integradas**: combinam funcionalidades das plataformas transacionais e inovativas (ex. Apple, Google, Meta, Alibaba etc.)¹³;
- (4) **plataformas de investimento**: oferece ferramentas para a realização de investimentos financeiros ou no mercado de capitais¹⁴.

As plataformas digitais estão em praticamente todos os cantos da atividade econômica. Comunicação e networking, educação, finanças, cuidados pessoais, serviços profissionais, mídia, entretenimento, varejo, transporte, alimentação, energia, turismo e viagens, *games*, publicações e editoria, redes sociais, processamento de dados, serviços financeiros e de pagamentos etc. A vida social foi remodelada pela multiplicação delas.

Por tudo isso, não parece ter cabimento examinar casos como o de Esteban tentando ver na plataforma digital um rele expositor de anúncios. A ideia é estupefaciente. Sobre tudo, se o propósito da visada é demarcar a estatuto da responsabilidade civil.

2.3. PLATAFORMAS TRANSACIONAIS COMO PROVEDORES DE CONTEÚDO

Uma plataforma transacional como a do Mercado Livre é incomparável com os classificados dos jornais escritos. Ela se caracteriza como um estabelecimento comercial digital (art. 1.142 do CC), e realiza uma atividade complexa,

10 EVANS, Peter C.; GAWER, Annabelle Gawer. *The Rise of the Platform Enterprise A Global Survey*. Disponível em: https://www.thecge.net/app/uploads/2016/01/PDF-WEB-Platform-Survey_01_12.pdf. Acesso em 27/03/2022.

11 Idem, ibidem: “A transaction platform is a technology, product or service that acts as a conduit (or intermediary) facilitating exchange or transactions between different users, buyers, or suppliers”.

12 Idem, ibidem: “An innovation platform is a technology, product or service that serves as a foundation on top of which other firms (loosely organized into an innovative ecosystem) develop complementary technologies, products or services”.

13 Idem, ibidem: “An integrated platform is a technology, product or service that is both a transaction platform and an innovation platform. This category includes companies such as Apple, which has both matching platforms like the App Store and a large third-party developer ecosystem that supports content creation on the platform”.

14 Idem, ibidem: “Investment platforms consist of companies that have developed a platform portfolio strategy and act as a holding company, active platform investor or both”.

que no direito europeu é descrita como “intermediação em linha”¹⁵, “mercado em linha”¹⁶ ou “interface em linha”¹⁷. Não seria legítimo, pois, supor que a plataforma transacional, ainda que em sua seção de “classificados”, realiza simples armazenamento de dados (como fazem plataformas inovativas tais como Google Drive e Dropbox).

Mesmo a seção denominada “classificados” de uma plataforma transacional não há de ser vista como puramente passiva ou neutra quanto ao negócio jurídico que eventualmente será celebrado entre os usuários. Basta, para demonstrar isso, mencionar que os anúncios de vendas são expostos em ordem definida por programações e algoritmos que visam a incrementar a probabilidade do fechamento do negócio. Tais artifícios informáticos capturam dados pessoais dos potenciais compradores, incluindo sua localização, registros de navegação na *internet*, registros de navegação na própria plataforma transacional, histórico de negociações passadas nesta, dentre outras informações como época do ano, horário de acesso ao *site* etc., que tornam o mecanismo da interface, em alguma medida que pode ser mínima, mas não desprezível, ativa. Não é necessário ter em mãos laudo, produzido por *expert*, para constatar com segurança que são raras as plataformas neutras e passivas¹⁸.

A esse propósito, vale transcrever trecho da justificação do Regulamento (UE) 2019/1150, que reconhece a relevância da ordem de apresentação dos anúncios aos potenciais compradores que naveguem pela plataforma:

(24) A classificação dos bens e serviços por parte dos prestadores de serviços de intermediação em linha tem um impacto importante na escolha do consumidor e, por conseguinte, no sucesso comercial dos utilizadores profissionais que oferecem esses bens e serviços aos consumidores. A classificação refere-se à importância relativa das ofertas dos utilizadores profissionais ou à relevância atribuída aos resultados

15 O Regulamento (UE) 2019/1150, que estabelece diretrizes para a transparência para a oferta de produtos e serviços com a intermediação de provedores de serviços digitais, traz a seguinte definição:

“Serviços de intermediação em linha”, os serviços que satisfaçam todas os seguintes requisitos:

a) Constituam serviços da sociedade da informação, na acepção do artigo 1º, nº 1, alínea b), da Diretiva (UE) 2015/1535 do Parlamento Europeu e do Conselho (12) ;

b) Permitam aos utilizadores profissionais propor bens ou serviços aos consumidores, com vista a facilitar o início de transações diretas entre os referidos utilizadores profissionais e os consumidores, independentemente do local em que tais transações são efetivamente concluídas;

c) Sejam fornecidos a utilizadores profissionais com base em relações contratuais entre o prestador desses serviços e os utilizadores profissionais que propõem bens ou serviços aos consumidores;”.

16 A Diretiva (UE) 2019/2161 altera a Diretiva 2005/29/CE, para trazer a seguinte definição:

“Mercado em linha”: um serviço com recurso a software, nomeadamente um *sítio Web*, parte de um *sítio Web* ou uma aplicação, explorado pelo profissional ou em seu nome, que permita aos consumidores celebrar contratos à distância com outros profissionais ou consumidores;”.

17 Regulamento (UE) 2017/2394 e Regulamento (UE) 2018/302:

“Interface em linha”, qualquer forma de software, incluindo um *sítio Web* ou uma parte dele e as aplicações, nomeadamente aplicações móveis, explorada por um comerciante ou em seu nome, que proporciona aos clientes acesso aos bens ou serviços do comerciante para efeitos da realização de uma transação que tem por objeto esses bens ou serviços;”.

18 Há plataformas de aplicações de *internet* mais neutras, embora não em absoluto, que realizam pesquisas em múltiplos *sites* da *internet* para que os usuários realizem, diretamente por meio deles, suas aquisições de produtos e serviços. Trata-se dos “motores de pesquisa em linha”, definidos pelo Regulamento (UE) 2019/1150 como “serviço digital que permite aos utilizadores fazer pesquisas para consultar; em princípio, todos os *sítios* na *Internet*, ou *sítios Internet* numa determinada língua, com base numa pesquisa sobre qualquer assunto, sob a forma de uma palavra-chave, comando de voz, frase ou outros dados, e que fornece resultados em qualquer formato nos quais pode ser encontrada informação relacionada com o tipo de conteúdo solicitado”. Não tratamos, nesta resenha, dessa categoria de plataformas.

das pesquisas tal como apresentados, organizados ou comunicados por prestadores de serviços de intermediação em linha ou por fornecedores de motores de pesquisa em linha, que resultem da utilização de uma sequenciação algorítmica, de mecanismos de avaliação ou de recensão, de destaques visuais ou de outras ferramentas de evidenciação, ou de diferentes combinações destes elementos. Para que haja previsibilidade é necessário que os prestadores de serviços de intermediação em linha determinem a classificação de uma forma não arbitrária. Os prestadores deverão, por conseguinte, apresentar antecipadamente os principais parâmetros que presidem à classificação, a fim de reforçar a previsibilidade para os utilizadores profissionais, permitindo-lhes compreender melhor o funcionamento do mecanismo de classificação e comparar as práticas de classificação dos diferentes prestadores de serviços. (...)

No cenário que se assim se descortina, mostra-se precisa a qualificação, empreendida pelo Superior Tribunal de Justiça (“STJ”), dos *marketplaces* como provedores de aplicações de *internet* (entendidas como “conjunto de funcionalidades que podem ser acessadas por meio de um terminal conectado à *internet*”), mais especificamente, provedores de conteúdo, sujeitos à Lei nº 12.965/14 (Marco Civil da *Internet*). Em recente precedente, envolvendo caso muito semelhante ao argentino¹⁹, o STJ estatuiu que “[p]ara o Marco Civil da Internet, os sites intermediadores no comércio eletrônico enquadram-se na categoria dos provedores de aplicações, os quais são responsáveis por disponibilizar na rede as informações criadas ou desenvolvidas pelos provedores de informação (...) Isso significa que os intermediadores estão sujeitos às normas previstas na Lei 12.965/2014, em especial àquelas voltadas aos provedores de conteúdo”²⁰.

2.4. RESPONSABILIDADE CIVIL DAS PLATAFORMAS TRANSACIONAIS (PERANTE O COMPRADOR/TOMADOR)

Há consolidada jurisprudência no STJ segundo a qual a relação entre o usuário comprador/tomador e a plataforma de venda é de consumo, pois os pro-

19 REsp 1.880.344/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 09/03/2021. No mesmo sentido: REsp 1383354/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 27/08/2013. A respeito da classificação dos provedores de *internet*, Otavio Luiz Rodrigues Jr. destaca: “É vulgar a divisão entre (a) provedores de conteúdo, (b) provedores de serviços e (c) provedores de rede. Os primeiros (a) são produtores, autores, editores ou difusores de conteúdos que contenham escritos, imagens, sons, audiovisuais e afins. Os segundos (b) correspondem aos fornecedores de acesso à *Internet*, por meio do pagamento de um valor mensal, seja por linha telefônica ou por conexão de banda larga. É comum, porém, que muitos provedores de acesso também ofereçam serviços adicionais, como contas de correios eletrônicos, hospedagem de sítios eletrônicos ou navegadores. É possível encontrar-se uma subdivisão entre provedores de acesso (que só oferecem a conexão) e provedores de serviço (que, ofertando ou não o acesso, tem seu escopo nos serviços de correio, navegação e hospedagem). Finalmente, os últimos (c) especializaram-se no oferecimento de redes de infraestrutura física de acesso, como é o caso das empresas de telecomunicações e de serviços a cabo e equivalentes”. (RODRIGUES JR., Otavio Luiz. *Responsabilidade Civil e Internet: Problemas de Qualificação e Classificação de Conflitos nas Redes Sociais*. In: ANDRIGHI, Fátima Nancy (org.). *Responsabilidade Civil e Inadimplemento no Direito Brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 285).

20 Este posicionamento vem ao encontro àquele que vem prevalecendo no ambiente internacional. Mencione-se, por exemplo, o Decreto-Lei nº 84/21, que entrou em vigor em Portugal neste ano de 2022, e, atento aos avanços da regulação do mercado em linha havidos no direito comunitário, prevê a equiparação do prestador de mercado em linha a “parceiro contratual” do anunciante, respondendo solidariamente com este pela falta de conformidade dos bens ou serviços ofertados ao público, nos casos em que aquele exerça “influência predominante” na celebração do contrato, o que se verifica, dentre outras, nas seguintes situações (art. 44º):

- (1) se o contrato for celebrado exclusivamente através dos meios disponibilizados pelo prestador de mercado em linha;
- (2) se o pagamento for exclusivamente efetuado através de meios disponibilizados pelo prestador de mercado em linha;
- (3) se os termos do contrato celebrado com o consumidor forem essencialmente determinados pelo prestador de mercado em linha, ou o preço a pagar pelo consumidor for passível de ser influenciado por este; ou
- (4) se a publicidade associada for focada no prestador de mercado em linha, não nos anunciantes.

A norma portuguesa estatui, ainda, que “podem ser considerados, para aferição da existência de influência predominante do prestador de mercado em linha na celebração do contrato, quaisquer factos suscetíveis de fundar no consumidor a confiança de que aquele tem uma influência predominante sobre o profissional que disponibiliza o bem, conteúdo ou serviço digital”.

vedores de conteúdo são fornecedores de serviço, ainda que não sejam remunerados pelos usuários direta ou indiretamente²¹.

Segundo essa vertente pretoriana, porém, a responsabilidade dos provedores de conteúdo não seria objetiva, em razão da aplicação do regramento especial do Marco Civil da *Internet* (arts. 18 a 21). Dado o seu modelo de negócio, a plataforma digital somente seria civilmente responsável se houvesse, por exemplo, o fornecimento indevido de dados pessoais (art. 7º, VII, da Lei 12.965/2014); falha na entrega de correios eletrônicos ou permissão de acesso indevido de terceiros a e-mails ou conteúdo de mensagens (art. 7º, III, da Lei 12.965/2014); ou a prestação de informações deficientes sobre a correta utilização do serviço ou faltar advertência acerca dos riscos a ele atrelados (art. 14 do CDC).

É, ademais, amplamente conhecido o precedente do STJ que consigna que “a fiscalização prévia, pelo provedor de conteúdo, do teor das informações postadas na web por cada usuário não é atividade intrínseca ao serviço prestado, de modo que não se pode reputar defeituoso, nos termos do art. 14 do CDC, o site que não examina e filtra os dados e imagens nele inseridos”²². O art. 14 do CDC estatui que o fornecedor de serviços responde “independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos (...) por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos” (art. 14, *caput*). Ausente a disponibilização dessas informações, o serviço considera-se defeituoso, por não propiciar “a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais (...) o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam” (art. 14, § 1º).

Tal linha de entendimento, que tinha como pano de fundo danos perpetrados por meio de redes sociais, reclama, no entanto, um necessário *distinguishing* para incidência em casos de fraudes praticadas em plataformas transacionais.

A ressalva justifica-se, para o que interessa a estes comentários, em vista das circunstâncias do caso comentado. Ali, não se discutia a responsabilidade por vícios do produto (do veículo que Esteban pretendia adquirir), ou do serviço de intermediação em linha (“vícios de qualidade que os tornem impróprios ao consumo ou lhes diminuam o valor” – art. 20 do CDC). Trouxe-se a lume a ocorrência de uma fraude causadora de um dano que o usuário não esperaria sofrer.

Descrevamos “fraude” como um artifício, ardil, ou qualquer meio equivalente, hábil a induzir uma pessoa a um erro, com vistas à obtenção, a partir disso, de uma vantagem. O erro inculcado pela artimanha “consiste na representação men-

21 Para um amplo levantamento jurisprudencial, v. RODRIGUES JR., Otavio Luiz. *Responsabilidade Civil e Internet: Problemas de Qualificação e Classificação de Conflitos nas Redes Sociais*. In: ANDRIGHI, Fátima Nancy (org.). *Responsabilidade Civil e Inadimplemento no Direito Brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 285.

22 REsp 1.193.764/SP, DJe 14/12/2010.

*tal que não corresponde à realidade. Não significa o desconhecimento, mas sim a falsa noção de alguma coisa. Trata-se, assim, de uma contradição entre a verdade aparente e a de fato; é o desvio da verdade*²³.

A fraude em questão consistiu em, por meio ardiloso, fazer Esteban nutrir a convicção que havia um certo veículo que seria entregue como contrapartida pelo pagamento. A conduta extrapola o dolo (art. 145 do CC), embora sem excluí-lo, porquanto compreendeu um estratagema complexo, que se iniciou com o lançamento de um anúncio através da plataforma do Mercado Livre, contendo informações do veículo, imagens dele, e dados de contato do farsante, e se exauriu com trocas sucessivas de e-mails, sob falsa autoria (suposto representante do Mercado Livre), instruções de cobrança e ajuste de forma de pagamento.

O indivíduo que adentra o estabelecimento bancário não espera ser assaltado nas suas dependências, embora saiba que existe um risco de isso ocorrer. Analogamente, o sujeito que avista um anúncio na plataforma transacional tende, legitimamente, a crer que ele é verdadeiro, e espera, sem cometer excesso, que não seja vítima de uma fraude, posto que ciente de que existe um risco de isso ocorrer. A fraude, em uma plataforma digital, deve ser tratada como fato do serviço, especialmente se algum dos elementos do sistema (ex. o anúncio) for parte do ardil.

Por isso, no caso específico da fraude (de que tratou o precedente argentino), é necessário revisitar o tema dos acidentes de consumo (fatos do serviço) ocorridos em conexão com a provedoria de conteúdo. É, com efeito, plausível que a ocorrência de fraudes em anúncios mereça um tratamento diferente daquele reservado a danos gerados no ambiente de redes sociais, em vista dos quais o STJ afastou a aplicabilidade do art. 14 do CDC às atividades de provedores de conteúdo.

É verdade que não surgiu, até o momento, norma positivada que discipline o tópico. Todavia, existe material legislado suficiente para que se construa a *analogia juris*, ou, então, para que se adéque o sentido conferido ao art. 14 do CDC às peculiaridades do caso de fraudes em anúncios veiculados por plataformas transacionais mediante interpretação analógica.

Elucidativa, neste mister, é a releitura do art. 42 da Lei nº 13.709/18 (Lei Geral de Proteção de Dados – “LGPD”), o qual estabelece que “[o] controlador ou o operador que, em razão do exercício de atividade de tratamento de dados pessoais, causar a outrem dano patrimonial, moral, individual ou coletivo, em violação à legislação de proteção de dados pessoais, é obrigado a repará-lo”. Chama atenção, em linha de partida, o fato de o dispositivo não fazer referência à culpa do agente

de tratamento de dados²⁴, o que levaria a crer que ali teria o legislador preconizado a responsabilidade objetiva pelos danos sofridos pelos titulares, em linha com a cláusula geral de responsabilidade objetiva prevista no § único do art. 927 e no art. 931 do CC²⁵.

A questão ganha contornos duvidosos, porém, quando se leva em conta as menções, presentes no art. 42, à “*violação à legislação de proteção de dados pessoais*”; e o disposto no art. 43 da LGPD, que estabelece, como causa de exclusão de responsabilidade do agente de tratamento de dados, a prova de que “*não houve violação à legislação de proteção de dados*”. A redação conjugada desses artigos é sintaticamente problemática, pois o mesmo elemento (violação à legislação de dados) aparece na delimitação positiva do antecedente normativo (art. 42) e na sua delimitação negativa (art. 43). Se a violação à legislação de dados fosse condicionante da responsabilidade (art. 42), a sua ausência evidentemente implicaria a irresponsabilidade, figurando como redundante e inócua a referência a ela no art. 43. Apesar da imprecisão redacional, o art. 43, ao tratar da ilicitude da conduta, parece desempenhar um papel – que exclui sua inutilidade –, qual seja, a de impor ao agente de tratamento de dados o ônus da prova da ausência da violação à legislação de dados.

Daí decorrem importantes constatações. A primeira é a de que o legislador incorporou na LGPD um sistema de responsabilidade subjetiva²⁶, baseado na culpa presumida²⁷ do agente de tratamento de dados, que pode ser afastada pela prova do cumprimento da lei. Cuida-se, nessa instância, da designada *culpa contra a legalidade*, que consiste na consideração de que a infração de dever legal induz à presunção de culpa, sendo desnecessária a demonstração de qualquer imprevisão ou imprudência²⁸. A segunda é a de que a violação à legislação de dados é, como ilícito e índice da culpa, elemento do suporte fático da responsabilidade. No entanto – esta é a terceira – a violação à lei é também presumida, bastando

24 LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. *Os agentes de tratamento de dados pessoais na LGPD*. In Instituto de Estudos Avançados: Artigos, Ribeirão Preto, 03 de novembro de 2019. Disponível em: << <https://iaped.org.br/los-agentes-de-tratamento-de-dados-pessoais-na-lgpd/> >>. Acesso em: 09 de novembro de 2020.

25 A doutrina e a jurisprudência sedimentaram o entendimento de que estes dispositivos se orientam pela *teoria do risco* (em lugar da teoria da culpa), mais especificamente à variação da *teoria do risco criado*. Cuida-se de um avanço em direção à proteção das vítimas de danos, considerado o contexto de intensificação das atividades de risco verificada no curso das revoluções industriais e do amadurecimento do capitalismo tecnológico; e à maximização da probabilidade do ideal da reparação integral.

26 No mesmo sentido: GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Término do tratamento de dados*. In: Tepedino, Gustavo; Frazão, Ana; Oliva, Milena Donato. *Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2020, p.217-236. Contra: MENDES, Laura Schertel; DONEDA, D. *Comentário à nova Lei de Proteção de Dados (Lei 13.709/2018), o novo paradigma da proteção de dados no Brasil*. In: Revista de Direito do Consumidor, v. 120, p. 555, 2018. Por uma terceira via (responsabilidade “pró-ativa”), cuja distinção para com a responsabilidade subjetiva não é demonstrada com clareza, porém, vide: MORAES, Maria Celina Bodin de; QUEIROZ, João Quinelato de. *Autodeterminação informativa e responsabilização proativa: novos instrumentos de tutela da pessoa humana na LGPD*. IN: Cadernos Adenauer, volume 3, Ano XX, 2019.

27 Cf. MENEZES CORDEIRO, A. Barreto. *Repercussões do RGPD sobre a responsabilidade civil*. In: Tepedino, Gustavo; Frazão, Ana; Oliva, Milena Donato. *Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2020, p.771-790.

28 CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 14ª ed. SP: Atlas, 2020, p.51-54.

ao titular de dados, para formular uma pretensão ressarcitória, atribuir a um agente a realização do tratamento de dados, demonstrar o sofrimento do dano (sem prejuízo de, em certos casos, considerar-se caracterizado o dano *in re ipsa*), e demonstrar o nexo de causalidade entre ambos²⁹.

Dessa forma, é possível esboçar uma moldura analógica, deduzida do regramento da responsabilidade civil do agente de tratamento de dados, a balizar a definição do alcance do art. 14 do CDC em se tratando de fraudes perpetradas em plataformas transacionais:

- (1) a plataforma responde se tiver descumprido deveres legais impostos à sua atividade, hipótese em que ela não proporcionará o grau de segurança que dela se pode razoavelmente esperar, e, portanto, será defeituosa;
- (2) a responsabilidade é, na verdade, subjetiva (culpa presumida), pois o descumprimento da lei aparece como pressuposto da insegurança irrazoável do serviço (defeito – fato do serviço). Isto não infirma o texto da lei, pois a expressão “independentemente de culpa” abrange as instâncias em que há culpa, posto que presumida;
- (3) o ônus da prova do cumprimento dos deveres legais incumbe à plataforma; ao lesado, para fazer jus à reparação, basta demonstrar o dano e o nexo de causalidade entre este e a atividade da plataforma.

Os deveres legais que, se descumpridos, implicariam a responsabilidade da plataforma, ante a ausência de disposição legal mais abrangente, compreendem, por ora, o dever de informação aludido no próprio art. 14 do CDC. A plataforma digital deve dar informação clara e completa sobre os serviços oferecidos ao público consumidor, incluindo as que digam respeito à pessoa do anunciante e ao negócio por ele ofertado. O CDC preconiza ser direito do consumidor receber “*a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem*” (art. 6º, inciso III).

Mas quais seriam estas informações, a serem mandatoriamente disponibilizadas pela plataforma? Não se pode exagerar na demarcação destas, sob pena de a formulação dogmática se tornar impraticável e irrealista. Logo, não passa pela nossa cabeça a ideia de sugerir, contrariando a jurisprudência pacificada, um dever de fiscalização prévia *exauriente*, pelo provedor de conteúdo, do teor das informações postadas na web.

29 A inversão do ônus da prova a que se refere o art. 42, §2º, diz respeito a esses elementos, não ao descumprimento da lei, que se presume presente diante da prova do tratamento de dados, do dano e do nexo de causalidade.

Deveras, o comedimento é recomendado ao abordar esse ponto. A Resolução do Parlamento Europeu 2020/2014, que contém recomendações sobre o regime de responsabilidade civil aplicável à inteligência artificial, adverte ao legislador (e ao intérprete da lei) sobre a prudência necessária para assegurar o equilíbrio entre a restauração das lesões e o progresso sócio-econômico:

B. Considerando que qualquer quadro jurídico de responsabilidade civil orientado para o futuro deve criar confiança na segurança, fiabilidade e coerência dos produtos e serviços, nomeadamente na tecnologia digital, a fim de estabelecer um equilíbrio entre a proteção eficiente e justa das eventuais vítimas de danos ou prejuízos e, ao mesmo tempo, proporcionar margem de manobra suficiente para permitir que as empresas, em especial as pequenas e médias empresas, desenvolvam novas tecnologias, produtos ou serviços; considerando que tal contribuirá para reforçar a confiança e criar estabilidade para o investimento; considerando que, em última análise, o objetivo de um quadro de responsabilidade deve ser proporcionar segurança jurídica para todas as partes, quer se trate do produtor, do operador, da pessoa lesada ou de terceiros;

(...). (original sem destaques)

A Diretiva (UE) 2019/2161, a seu turno, mitiga, com cautela, a regra da Diretiva 2000/31/CE, que serviu como lastro argumentativo da decisão da Corte argentina, e que, muito provavelmente, inspirou nossa jurisprudência a respeito das redes sociais:

(...)

(28) Nos termos do artigo 15º, nº 1, da Diretiva 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, os prestadores de mercados em linha não deverão ser obrigados a verificar o estatuto jurídico de terceiros fornecedores. Em vez disso, os prestadores de mercados em linha deverão exigir aos terceiros fornecedores no mercado em linha que indiquem a sua qualidade de profissionais ou não para efeitos do direito de defesa dos consumidores e que disponibilizem essa informação ao prestador de mercados em linha.

(...). (original sem destaques)

A mesma Diretiva incluiu, no art. 7º da Diretiva 2005/29/CE (dispositivo que discrimina as chamadas “omissões enganosas”), o parágrafo 4-A, o qual estabelece o dever dos operadores de “interface em linha” de informar aos usuários os parâmetros utilizados para classificar, ordenar e exibir os resultados de uma busca por um produto ou serviço³⁰.

Ainda a Diretiva (UE) 2019/2161 incluiu, na Diretiva 2011/83/UE, o art. 6º-A, que estabelece, no essencial, o seguinte:

- (1) antes de se vincular a um contrato celebrado à distância num mercado em linha, o consumidor deve receber informações gerais sobre os

30 “4-A No caso de os consumidores terem a possibilidade de procurar produtos oferecidos por diferentes profissionais ou por consumidores com base numa pesquisa sob a forma de palavra-chave, frase ou outros dados, independentemente do local onde as transações se venham finalmente a realizar, são consideradas substanciais as informações gerais, disponibilizadas numa seção específica da interface em linha que seja direta e facilmente acessível a partir da página onde os resultados da pesquisa são apresentados, sobre os principais parâmetros que determinam a classificação dos produtos apresentados ao consumidor em resultado da pesquisa e a importância relativa desses parâmetros em comparação com outros parâmetros(...)”.

principais parâmetros que determinam a classificação das propostas apresentadas ao consumidor;

- (2) deve o consumidor ser, ainda, informado sobre o fato de o terceiro que oferece os bens, serviços ou conteúdos digitais ser ou não um profissional, com base nas declarações prestadas por esse terceiro ao prestador do mercado em linha;
- (3) também deve ser declinado o modo como as obrigações contratuais são partilhadas entre o terceiro que oferece os bens, serviços ou conteúdos digitais e o prestador do mercado em linha.

Como reflexo desses avanços no direito comunitário, em Portugal, o Decreto-Lei nº 84/21 impôs deveres específicos de informação a serem cumpridos pelos operadores de mercado em linha, sob pena de serem tidos como “parceiros contratuais” dos anunciantes, solidariamente responsáveis com estes pelos danos causados a terceiros:

Artigo 45º

Dever especial de informação

1 - Sem prejuízo de outros deveres de informação que lhe sejam aplicáveis, o prestador de mercado em linha que não seja parceiro contratual do profissional que fornece o bem, conteúdo ou serviço digital deve, antes da celebração do contrato, informar os consumidores, de forma clara e inequívoca:

- a) De que o contrato será celebrado com um profissional e não com o prestador de mercado em linha;*
- b) Da identidade do profissional, bem como da sua qualidade de profissional ou, caso tal não se verifique, da não aplicação dos direitos previstos no presente decreto-lei; e*
- c) Dos contactos do profissional para efeitos de exercício dos direitos previsto no presente decreto-lei.*

*2 - Para efeitos do número anterior, o prestador de mercado em linha pode basear-se nas informações que lhe são facultadas pelo profissional, a menos que o prestador de mercado em linha conheça, **ou devesse conhecer**, com base nos dados disponíveis relativos às transações em plataforma, que esta informação está incorreta.*

3 - O incumprimento do disposto no presente artigo determina a responsabilidade do prestador de mercado em linha nos termos do artigo anterior. (original de destaques)

Visto tudo isso, lembramo-nos dos dizeres da Cámara Nacional de Apelaciones em lo Comercial da Argentina, que, com razão, condenou a “ignorância premeditada” ou “indiferença imprudente”, vindo-nos à mente a pertinente advertência de Bruno Miragem e Cláudia Lima Marques:

É a confiança no meio oferecido para as trocas e partilhações, a base do comportamento das partes, levando-as a aderir ao modelo de negócio e por intermédio de determinada plataforma (site ou aplicativo), manifestar a vontade de celebrar o negócio.

(...)

Tratando-se de serviços de intermediação, portanto, não bastará apenas a qualificação daquele que a promove com fins económicos como fornecedor. A exata medida da responsabilidade daquele que explora o site ou aplicativo que viabiliza o consumo colaborativo mediante partilhação de bens e serviços, deriva da confiança despertada — e daí a necessidade da precisa definição de vício

*ou defeito da prestação —, o que dependerá do exame caso a caso, do modelo de negócio organizado a partir do site ou aplicativo*³¹.

E, por fim, não descuramos da constatação tecnicamente irretocável do Parlamento Europeu e do Conselho (Diretiva (UE) 2019/2161), de que “[q]uando um produto é disponibilizado aos consumidores num mercado em linha, tanto o prestador do mercado em linha como o terceiro que fornece o produto participam na prestação da informação pré-contratual (...). Consequentemente, os consumidores que utilizam o mercado em linha podem não entender claramente qual é a sua contraparte contratual, assim como a forma como os seus direitos e obrigações são afetados”; para notar que qualquer proposta de construção normativa deve ser informada pelo princípio da boa-fé objetiva (art. 422 do CC), aplicável à fase pré-contratual, como nas demais do *iter* contratual, o que atrai a incidência dos deveres anexos de proteção, prevenção e precaução.

Postularemos, então, que é legítimo que o potencial comprador de um bem ou serviço anunciado em plataforma transacional não considere aceitável, sob padrões razoáveis de segurança, ser vítima de fraude perpetrada por meio, ainda que não exclusivo, da oferta de negócio. Logo, esse consumidor tem o direito de receber informações que lhe assegurem, se não a certeza de que não haverá fraude, ao menos a melhor oportunidade de suspeitar de que há risco atual de fraude. É, pois, dever do operador do canal digital, para que não incorra “ignorância premeditada” ou “indiferença imprudente”, obter as melhores informações possíveis que cumpram esse desiderato, sem que isso importe efetiva fiscalização do conteúdo das ofertas dos potenciais vendedores.

A enumeração dessas informações dependeria da natureza de cada bem ou serviço que seria negociado por meio da plataforma, e, ainda, da modalidade de transação. Relativamente à venda de veículos usados (como no caso de Esteban), as seguintes informações poderiam (logo, devem) ser fornecidas, sem maiores transtornos operacionais ou impactos logísticos, pela plataforma transacional:

- (1) comprovação da identidade do anunciante;
 - a. ou** informação de que, apesar de solicitado, o anunciante não comprovou a sua identidade;
- (2) comprovação da situação jurídica do veículo (certificado de registro e certidões de ônus emitidas pelos órgãos de trânsito);
 - b. ou** informação de que, apesar de solicitado, o anunciante não comprovou a situação jurídica do veículo;

31 Bruno Miragem e Claudia Lima Marques. Economia do compartilhamento deve respeitar os direitos do consumidor. <https://www.conjur.com.br/2015-dez-23/garantias-consumo-economia-compartilhamento-respeitar-direitos-consumidor>

- (3) comprovação da situação física do veículo (laudo de vistoria cautelar – ECV, emitido por pessoas habilitadas pelos órgãos de trânsito);

c. ou informação de que, apesar de solicitado, o anunciante não comprovou a situação física do veículo;

A simples solicitação dessas informações e documentos, que pode ser atendida pelo anunciante diretamente via sistema (*upload* de arquivos), pouco restringiria a margem de flexibilidade para o desenvolvimento das atividades das plataformas transacionais. Aliás, em plataformas de investimento e serviços financeiros, o *upload* de documentos já é regra, assim como tem se tornado mais frequente a captação de dados biométricos para identificação dos usuários. Por outro lado, deparando-se com um anúncio em que nenhuma das informações foi dada pelo anunciante (o anunciante não comprovou a sua identidade; não comprovou a situação jurídica do veículo; não comprovou a situação física do veículo), o comprador terá motivos de sobra para duvidar da seriedade da oferta. Terá, nesse cenário, a melhor oportunidade de suspeitar da oferta.

Insistimos que o consumidor merece ter a “melhor” oportunidade para suspeitar da oferta. A uma, porque as plataformas transacionais têm feito de tudo para que os clientes confiem nelas, por conta do “efeito de rede”, de que depende a sua escalabilidade (quanto mais confiável a plataforma, mais usuários, portanto, maior lucro). A duas, porque as plataformas, para terem lucro, criam um ambiente propício a fraudes, isto é, permeável à ação maliciosa de farsantes em detrimento de usuários de boa-fé; não seria o caso de, por meio do direito, frear o sucesso financeiro desses negócios; mas é medida de justiça, e coerente com as balizas da disciplina da responsabilidade civil, que se guiam pelas teorias do risco criado e do risco da atividade, que, ao menos, as plataformas façam o seu melhor para que os consumidores tenham a “melhor” oportunidade para suspeitar da oferta.

3. CONCLUSÃO: AS “BOAS PRÁTICAS” COMO CRITÉRIO DEFINIDOR DA RESPONSABILIDADE DOS *MARKETPLACES*

Dentre os diversos aspectos envolvidos na decisão do caso *Kosten v. Mercado Libre*, há um que causa particular incômodo. Trata-se da suposição, que a Corte argentina expôs sem maior fundamentação, de que o comprador deve ser diligente ao adquirir um bem na *internet*, e, se não se cerca de todas as cautelas necessárias para se proteger contra eventual fraude, age de maneira torpe, negligente e açodada.

Essa linha de raciocínio é possível, mas não a única, nem a preferível. O sistema de disciplina da responsabilidade civil vigente em nosso país ampara-se, hoje, nos *standards* da responsabilidade objetiva pelo risco criado (CC),

risco administrativo (responsabilidade do Estado), e risco da atividade (CDC). No contexto de atividades econômicas virtuais, vimos que a LGPD adota um regime de responsabilidade civil subjetiva, mas com culpa presumida do agente de tratamento de dados, segundo o qual se exige deste que cumpra a lei e adote “boas práticas” para prevenir vazamentos de dados, fazendo o melhor que esteja ao seu alcance para evitar que terceiros não sejam lesados.

Sendo certo que plataformas transacionais criam um ambiente de trocas econômicas que traz vantagens para o mercado e para as interações contratuais, reduzindo os custos de transação, é igualmente verdade que isto ocorre à custa da abertura de espaço para abusos e fraudes, e que aquelas o fazem visando ao lucro. As plataformas transacionais, por conseguinte, criam, ao mesmo tempo, a oportunidade de otimização econômica e a brecha para a prática de ilícitos, tendo tudo calculado para, ao final do dia, enriquecerem.

Nesse estado de coisas, antes de exigir a diligência rigorosa do comprador, faz mais sentido exigir a diligência rigorosa da plataforma digital. O que se pode fazer para prevenir fraudes? O que é razoável exigir, como condição para a publicação dos anúncios, que possa diminuir o risco de terceiros sejam lesados enquanto a plataforma digital está lucrando. No ambiente normativo demarcado pelos paradigmas teóricos do risco e das boas práticas, ainda que não se conclua que as plataformas devem responder objetivamente pelos danos havidos em suas interfaces, ou através delas, é imperioso exigir, ao menos, que estas adotem as melhores práticas disponíveis.

Andou mal, pois, a Corte argentina, ao censurar o comportamento do comprador, sob a pecha da negligência e desmazelo. Deveriam os julgadores ter indagado: o que a plataforma fez para prevenir o dano? Foi diligente, cuidadosa, preocupada em proteger os seus clientes? Atuou como se haveria de esperar que um agente econômico cibernético de razoável diligência o faria? A responsabilidade das plataformas digitais, a nosso ver, deve ser orientada pelo *standard* das boas práticas. A plataforma que publica anúncios de veículos sem exigir ao menos a disponibilização de comprovantes da situação jurídica e física do bem é sem dúvidas negligente inconsequente.

Não estamos a sugerir que a plataforma avalie as informações disponibilizadas. Se bem que, com uso de algoritmos e inteligência artificial, até isso seria possível. Mas o consumidor merece ter a chance de avaliar estes elementos de antemão, para formular mais facilmente um juízo sobre a seriedade e dubiedade de uma oferta. A simples indicação de que o vendedor se recusou a não comprovar sua identidade, estado do veículo e titularidade deste, é já uma informação valiosa de que o usuário pode se valer para dobrar ou redobrar a atenção.

Por todo o exposto, como conclusão do exercício hipotético proposto, de “reajulgamento” do caso *Kosten v. Mercado Livre*, nossa conclusão seria a de que a plataforma, tendo descumprido o dever de informação sobre os riscos de fraude (e não ter provado o contrário), não adotou as melhores práticas, que dela se poderia esperar, e, por isso, deve responder pelos danos sofridos pelo demandante, uma vez que o ambiente virtual por ela mantido e explorado não apresentou o patamar razoavelmente esperado de segurança.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BELL, Daniel. *O Advento da Sociedade Pós-Industrial*. São Paulo: Cultrix, 1973.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 14ª ed. SP: Atlas, 2020.
- Deloitte. *The Rise of Platform Economy*. Disponível em: <https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/nl/Documents/humancapital/deloitte-nl-hc-reshaping-work-conference.pdf>). Acesso em 27/03/2022.
- European Economic Association. Disponível em: <https://www.rchss.sinica.edu.tw/cibs/pdf/RochetTirole3.pdf>. Acesso em 27/03/2022.
- EVANS, David; SCHMALENSEE, Richard. *The New Economics of Multi-Sided Platforms: A Guide to the Vocabulary*. Disponível em <https://ssrn.com/abstract=2793021> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2793021>: “multisided platform: A business that operates a physical or virtual place (a platform) to help two or more different groups find each other and interact. The different groups are called “sides” of the platform. For example, Facebook operates a virtual place where friends can send and receive messages, where advertisers can reach users, and where people can use apps and app developers can provide those apps”. Acesso em 27/03/2022.
- EVANS, David; SCHMALENSEE, Richard. *Matchmakers: The New Economics of Multisided Platforms*. Boston: Harvard Business Review Press, 2016, p. 33.
- EVANS, Peter C. Annabelle Gawer. *The Rise of the Platform Enterprise A Global Survey*. Disponível em: https://www.thecge.net/app/uploads/2016/01/PDF-WEB-Platform-Survey_01_12.pdf. Acesso em 27/03/2022.
- GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Término do tratamento de dados*. In: Tepedino, Gustavo; Frazão, Ana; Oliva, Milena Donato. *Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2020.
- LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. *Os agentes de tratamento de dados pessoais na LGPD*. In Instituto de Estudos Avançados: Artigos, Ribeirão Preto, 03 de novembro de 2019. Disponível em: << <https://iaped.org.br/agentes-de-tratamento-de-dados-pessoais-na-lgpd/>>>. Acesso em: 09 de novembro de 2020.
- MENDES, Laura Schertel; DONEDA, D. *Comentário à nova Lei de Proteção de Dados (Lei 13.709/2018), o novo paradigma da proteção de dados no Brasil*. In: Revista de Direito do Consumidor, v. 120.
- MENEZES CORDEIRO, A. Barreto. *Repercussões do RGPD sobre a responsabilidade civil*. In: Tepedino, Gustavo; Frazão, Ana; Oliva, Milena Donato. *Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2020.
- MORAES, Maria Celina Bodin de; QUEIROZ, João Quinelato de. *Autodeterminação informativa e responsabilização proativa: novos instrumentos de tutela da pessoa humana na LGPD*. IN: Cadernos Adenauer, volume 3, Ano XX, 2019.
- PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal*. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019
- RODRIGUES JR., Otavio Luiz. *Responsabilidade Civil e Internet: Problemas de Qualificação e Classificação de Conflitos nas Redes Sociais*. In: ANDRIGHI, Fátima Nancy (org.). *Responsabilidade Civil e Inadimplemento no Direito Brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 285.

RECURSO ESPECIAL 1.383.354 - SP (2013/0074298-9)

LYGIA MARIA MORENO MOLINA HENRIQUE¹

1. CASO

Este Recurso Especial se originou de uma medida cautelar inominada movida em face das empresas MERCADOLIVRE.COM ATIVIDADES DE INTERNET LTDA. e EBAZAR.COM.BR LTDA., as quais conhecidamente ofertam soluções de comércio eletrônico, unindo as partes que possuem interesse em comprar e vender pela disponibilização da divulgação de anúncios em suas plataformas.

A referida demanda fora proposta pela Citizen Watch do Brasil S/A com o intuito de impedir que as Rés permitissem em seus sítios a venda de produtos da sua respectiva marca.

Em primeira instância, a liminar fora deferida de modo que a comercialização dos produtos da marca “Citizen” fosse impedida nos sites mercadolibre.com.br e arremate.com.br, o que resultou na interposição de Agravo de Instrumento pelas Rés.

O Tribunal de Justiça de São Paulo, por sua vez, deu provimento ao referido agravo, entendendo não haver violação aos direitos de marca e ser regular a comercialização de produtos de terceiros realizada nas plataformas, visto que a mera revenda de relógios da respectiva marca não configura qualquer violação aos direitos de marca. Ainda em segunda instância, foram opostos embargos de declaração que foram rejeitados.

Considerando o teor do v. acórdão, a Citizen interpôs Recurso Especial, aduzindo violação aos artigos 476, I, e 535, I e II, do CPC; e, negativa de vigência aos artigos 129 e 132, III, da Lei nº 9.279/96 (Lei de Propriedade Intelectual). A fim de fundamentar tal violação alegou que “a proteção conferida ao titular do registro [da marca] lhe garante o direito de uso exclusivo no território nacional, podendo este, por consequência, determinar distribuidores e vedar as importações paralelas”; no mais, acresceu que “os contratos de distribuição fir-

¹ Advogada com graduação e mestrado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Advogada com experiência em Direito Civil, Direito do Consumidor, Direito Digital, Tecnologia e Proteção de Dados. Pós-graduada em Segurança da Informação pelo SENAC. Possui certificações em proteção de dados pessoais pela EXIN: Exin Privacy and Data Protection Essentials (LGPD) e Exin Privacy and Data Protection Foundation (GDPR).

mados pelo titular da marca em outros territórios não permitem a exportação dos produtos para o Brasil”. Por fim, destacou que “a procedência ilícita dos produtos vendidos, tanto de contrafação como de importação paralela, pode ser extraída, por exemplo, dos próprios preços anunciados” (fl. 513, e-STJ).

O Tribunal de Justiça de São Paulo negou seguimento ao Recurso Especial, o que originou o AREsp 314.602/SP, tendo este sido reconhecido para determinar o julgamento do Especial, sendo assim, passa-se à análise do julgado em comento.

A Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade², negou provimento ao Recurso Especial, nos termos do voto da Exma. Ministra Relatora³, Nancy Andrighi, cujas razões estão resumidas abaixo:

I. Da negativa de prestação jurisdicional. Violação dos arts. 476, II, e 535, I e II, do CPC.

Não fora vislumbrada tal violação, visto que “da análise do acórdão recorrido verifica-se que a prestação jurisdicional dada corresponde àquela efetivamente objetivada pelas partes, sem vício a ser sanado”.

II. Da intermediação de compra e venda de produtos via Internet. Violação dos arts. 129 e 132, III, da Lei nº 9.279/96.

(i) No início do voto a respeito desta argumentação, a Exma. Ministra faz a ressalva de que a alegação de violação de propriedade industrial única deveria ser analisada “à luz dessa modalidade de serviço virtual – intermediação de venda e compra de produtos”, diferindo esta modalidade das outras espécies de serviços de venda e compra via Internet, especificamente os sites de compra direta e de comparação de preços.

(ii) Igualmente, constou no voto que no pleito original da Citizen a alegação era de que as Rés fossem impedidas de praticarem atos de comércio oriundos “quaisquer produtos assinalados com a marca nominativa ‘Citizen’ e suas variações figurativas”, não havendo menção à proibição de produtos de procedência ilícita, como de contrafação ou importação paralela. Ou seja, o pedido era genérico e não havia nos autos prova de que os produtos eram vendidos nas referidas plataformas a preços demasiadamente baixos ou mesmo eventual alegação a respeito.

(iii) Assim, partindo do pressuposto de que os produtos comercializados e objeto das ofertas atacadas eram de origem lícita, a Terceira Turma entendeu, acompanhando o voto da Exma. Min. Relatora, que a proibição do artigo 132, inciso III⁴, da LPI seria medida impositiva, não podendo o titular da marca impedir a livre circulação de produto.

(iv) Fora ainda destacado pela Exma. Ministra que por mais que fosse considerada a tese da procedência ilícita dos produtos, mesmo assim, não se poderia impor às plataformas a prévia fiscalização sobre a origem dos produtos anunciados, visto serem soluções que exclusivamente intermediam a compra e venda de produtos, aproximando os interessados, não possuindo tal responsabilidade.

2 https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=30793120&num_registro=2013.0074.2989&data=2013.09.26&tipo=41&formato=PDF, acessado em 02 de março de 2022.

3 https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=307.49651&num_registro=2013.00742.989&data=2013.09.26&tipo=51&formato=PDF, acessado em 02 de março de 2022.

4 “Art. 132. O titular da marca não poderá: (...)

III - impedir a livre circulação de produto colocado no mercado interno, por si ou por outrem com seu consentimento, ressalvado o disposto nos §§ 3º e 4º do art. 68; e”

(v) Por fim, mencionou que o Mercado Livre disponibiliza um veículo para os interessados denunciarem a violação de direitos do autor, marcas, patentes, modelos e desenhos industriais, bem como solicitar a remoção do respectivo anúncio, adotando as providências pertinentes à intermediação que desenvolve.

Em seguida, a Citizen opôs embargos de declaração aduzindo omissão do v.acórdão embargado no tocante às seguintes alegações: (i) “os sites de compra objeto da ação “não se limitam a disponibilizar ofertas criadas por terceiros interessados em vender os seus produtos, como afirmado, agindo como verdadeiros intermediadores, remunerados” e que por assim ser “não poderiam ser comparadas a um mero provedor de conteúdo” (fls. 636/637, e-STJ); (ii) “que se pretendeu pelo presente recurso especial que a comercialização lícita do produto, assim entendido como os de segunda mão, fosse vedada, já que a petição inicial em seus tópicos define como atos violatórios os de contrafação e de importação paralela” (fl. 637, e-STJ).

A Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, sob o fundamento constante no voto de que “o acórdão recorrido afasta categoricamente qualquer demonstração de que tenha havido a violação de direitos marcários da recorrente” (fl. 621, e-STJ).

2. FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA

Antes de comentar o v. acórdão em si, a fim de contextualizar e fundamentar a opinião adiante exarada, convém realizar uma digressão sobre a relação estabelecida entre as partes, como estas são qualificadas em nosso ordenamento jurídico e qual o regime de responsabilidade civil aplicável às Rés.

O Marco Civil da Internet (L. 12.965/14) – MCI - apesar de fazer referência aos termos “provedores de conexão” e “de aplicações” não conceitua propriamente o que seriam estas figuras, limitando-se a esclarecer em seu artigo 5º, incisos V e VII, os seguintes conceitos:

“Art. 5º Para os efeitos desta Lei, considera-se:

(...) V - conexão à internet: a habilitação de um terminal para envio e recebimento de pacotes de dados pela internet, mediante a atribuição ou autenticação de um endereço IP;

(...)VII - aplicações de internet: o conjunto de funcionalidades que podem ser acessadas por meio de um terminal conectado à internet;(...)”.

Ocorre que antes mesmo de o MCI ser publicado a doutrina já se debruçava sobre a responsabilidade civil dos provedores e, para tanto, já havia se adiantado em conceituá-los. Em relação à classificação dos provedores, vale mencionar a divisão realizada por Marcel Leonardi em sua obra “Responsabilidade Civil dos

Provedores de Serviços de Internet”⁵: (i) provedores de backbone; (ii) provedores de acesso; (iii) provedores de correio eletrônico; (iv) provedores de hospedagem; (v) provedores de conteúdo; e, (vi) provedores de informação.

Deste modo, ao caso em tela cumpre destacar as duas últimas definições, a saber:

“O **provedor de informação** é toda pessoa natural ou jurídica responsável pela criação das informações divulgadas através da Internet. É o efetivo autor da informação disponibilizada por um provedor de conteúdo.

O **provedor de conteúdo** é toda pessoa natural ou jurídica que disponibiliza na Internet as informações criadas ou desenvolvidas pelos provedores de informação, utilizando para armazená-las servidores próprios ou os serviços de um provedor de hospedagem. Dessa forma, o provedor de conteúdo pode ou não ser o próprio provedor de informação, conforme seja ou não o autor daquilo que disponibiliza”⁶.

Diante deste apontamento, verificamos que o provedor de aplicação constante no Marco Civil da Internet se assemelha ao conceito doutrinário do provedor de conteúdo, sendo certo que este poderá cumulativamente ser ou não ser, igualmente, o provedor da informação. No caso concreto, ora em análise, o anunciante era o provedor de informação e as Rés, provedores de conteúdo, provedores de aplicação, as quais não realizam controle prévio dos anúncios veiculados, com restou exaustivamente mencionado no v. acórdão.

Pois bem. Na condição de provedores de aplicação, o Mercado Livre está sob a égide do Marco Civil da Internet, norma, esta que declara como princípio a “garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento” (art.3º, inciso I).

A eleição pelo Marco Civil da liberdade de expressão como princípio do uso da internet está fundamentada em diversos instrumentos internacionais como a o artigo 13⁷, da Convenção Americana sobre os Direitos Humanos de

5 LEONARDI, Marcel. Responsabilidade Civil dos Provedores de Serviços de Internet. 2005. Disponível em <https://www.bibliotecadeseguranca.com.br/wp-content/uploads/2016/05/Responsabilidade-Civil-dos-Provedores-de-Servicos-de-Internet.pdf>, acessado em 10 de março de 2022.

6 LEONARDI, Marcel. Responsabilidade Civil dos Provedores de Serviços de Internet. 2005. Disponível em <https://www.bibliotecadeseguranca.com.br/wp-content/uploads/2016/05/Responsabilidade-Civil-dos-Provedores-de-Servicos-de-Internet.pdf>, p.27, acessado em 10 de março de 2022.

7 Artigo 13. Liberdade de pensamento e de expressão

1. Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e ideias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha.

2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito a censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente fixadas pela lei e ser necessárias para assegurar:

a. o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas; ou

b. a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas.

3. Não se pode restringir o direito de expressão por vias ou meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de frequências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de ideias e opiniões.

4. A lei pode submeter os espetáculos públicos a censura prévia, com o objetivo exclusivo de regular o acesso a eles, para proteção moral da infância e da adolescência, sem prejuízo do disposto no inciso 2.

5. A lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que

1969 (Pacto de São José da Costa Rica) e art.19⁸, da Declaração Universal dos Direitos Humanos, bem como em nossa Constituição Federal, no artigo 5º, IX⁹.

À luz da liberdade de expressão e considerando a inimizabilidade de rede¹⁰ já declarada pelo Comitê Gestor da Internet em sua Resolução CGI.br/RES/2009/003, como Princípio para Governança e Uso da Internet no Brasil, o Marco Civil da Internet embasou a responsabilidade civil dos provedores de aplicação (conteúdo) no artigo 19, a saber:

“Art. 19. Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário”.

Sendo assim, os meios de acesso (provedores de aplicações que não cumulem a função de provedores de informações) só podem ser responsabilizados em caso de descumprimento de decisão judicial que ordene a indisponibilidade do conteúdo infringente.

Nesse sentido o Poder Judiciário fica responsável por realizar um filtro nas solicitações de derrubada de conteúdo, a fim de evitar censura fruto de solicitações descabidas de indisponibilidade de conteúdo que em verdade não violam o ordenamento jurídico pátrio.

Por outro lado, convém destacar que o Marco Civil traz em seu artigo 21, uma exceção a esta regra, impulsionando o “*notice and take down*”¹¹ para casos em que houver “*violação da intimidade decorrente da divulgação, sem autorização de seus participantes, de imagens, de vídeos ou de outros materiais contendo cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado*”.

constitua incitação à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência.

8 “Artigo 19
Todo ser humano tem direito à liberdade de opinião e expressão; esse direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e idéias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras”.

9 “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”.

10 “Comitê Gestor da Internet no Brasil – CGI.br, reunido em sua 4ª reunião ordinária de 2009 na sede do NIC.br na Cidade de São Paulo/SP decide aprovar a seguinte Resolução:
CGI.br/RES/2009/003/P - PRINCÍPIOS PARA A GOVERNANÇA E USO DA INTERNET NO BRASIL
Considerando a necessidade de embasar e orientar suas ações e decisões, segundo princípios fundamentais, o CGI.br resolve aprovar os seguintes Princípios para a Internet no Brasil:
(...)”

7. Inimizabilidade da rede

O combate a ilícitos na rede deve atingir os responsáveis finais e não os meios de acesso e transporte, sempre preservando os princípios maiores de defesa da liberdade, da privacidade e do respeito aos direitos humanos” (grifos nossos). (<https://www.cgi.br/resolucoes/documento/2009/003/>, acessado em 12 de abril de 2022)

11 Referência ao Sistema de Aviso e Retirada utilizado na Digital Millennium Copyright Act (DMCA) dos Estados Unidos, a qual permite proprietários de direitos autorais avisarem, notificarem provedores de serviços online sobre conteúdo infringente a ser retirado, de modo que o provedor ao retirar deixa de ter responsabilidade sobre este (<https://www.copyright.gov/512/>; <https://www.copyright.gov/dmca/>).

Em sua obra “Responsabilidade Civil dos Provedores”, Marcel Leonardi trazia a regra da responsabilidade diante do “*notice and take down*”, mas já reconhecia que em casos de controvérsia entre a vítima e o provedor sobre a ilicitude do conteúdo veiculado, dever-se-ia submeter a análise ao crivo do Judiciário, a saber:

“(...)havendo controvérsia sobre a ilicitude do conteúdo, e não tendo ocorrido violação dos termos de uso do web site, não devem os provedores de conteúdo remover ou bloquear o acesso às informações disponibilizadas mas, sim, aguardar a resolução do problema pelo Poder Judiciário, a quem caberá decidir se houve ou não excesso no exercício das liberdades de comunicação e de manifestação de pensamento, violação a direitos autorais ou de propriedade intelectual, entre outras práticas passíveis de lesar direitos alheios, e determinando, em caso positivo, as providências necessárias para fazer cessar a prática do ilícito. Recorde-se, ainda, que tal solução é a que melhor atende aos interesses da vítima, tendo como vantagem não sujeitar o provedor a emitir juízo de valor sobre a licitude do conteúdo, o que poderia causar distorções graves ou decisões arbitrárias”¹².

Desta feita, de forma equilibrada, o Marco Civil da Internet prestigiou a liberdade de expressão ponderando-a com os demais direitos e garantias fundamentais, propiciando, inclusive, maior segurança jurídica à vítima que igualmente se valerá da análise do Judiciário. Sobre este entendimento e a fundamentar a opção do legislador do Marco Civil da Internet, elucida-nos Carlos Afonso Souza e Chiara Spadaccini de Teffé que a alternativa de deixar a decisão à empresa sobre o conteúdo lesivo geraria subjetividade e insegurança, a saber:

“(...) a doutrina destaca importantes argumentos para embasar a opção do legislador em adotar a responsabilidade subjetiva por omissão do provedor que não retira o conteúdo ofensivo após ordem judicial.

Em primeiro lugar, afirma-se que seria equivocado permitir que os provedores pudessem decidir, como regra, se o conteúdo questionado deveria ou não ser exibido ou se ele causaria ou não dano, por serem eles empresas privadas. Alega-se também que os critérios para a retirada de conteúdo seriam muito subjetivos, o que prejudicaria a diversidade e o grau de inovação na Internet, e que a retirada de conteúdos da rede, de forma subjetiva e mediante mera notificação, poderia implicar sério entrave para o desenvolvimento de novas alternativas de exploração e comunicação, as quais poderiam não ser desenvolvidas em razão do receio de futuras ações indenizatórias.

Nesse sistema, se uma suposta vítima identificasse um conteúdo lesivo (ao seu entender) e desejasse sua remoção, bastaria que ela notificasse o provedor de aplicações de internet.

E, caso tal provedor ficasse inerte ou entendesse pela não necessidade da remoção, ele poderia ter que responder uma ação judicial e, em alguns casos, pagar uma indenização para a vítima.

Esse sistema traria, sem dúvidas, uma insegurança maior para as relações e poderia justificar remoções de conteúdo sem o devido contraditório”¹³.

12 LEONARDI, Marcel. Responsabilidade Civil dos Provedores de Serviços de Internet. 2005. Disponível em <https://www.bibliotecadeseguranca.com.br/wp-content/uploads/2016/05/Responsabilidade-Civil-dos-Provedores-de-Servicos-de-Internet.pdf>, p.108, acessado em 10 de março de 2022.

13 SOUZA, Carlos Afonso. TEFFÉ, Chiara Spadaccini de. Responsabilidade Civil dos Provedores na rede: análise da aplicação do Marco Civil da Internet pelo Superior Tribunal de Justiça. Disponível em <https://revistaiberic.responsabilidadecivil.org/>

Nesta toada e reconhecendo a importância do regime de responsabilidade civil criado pelo Marco Civil da Internet, o Comitê Gestor da Internet em 28 de novembro de 2019 veio a público diante do Recurso Extraordinário nº 1.037.396¹⁴, que questiona a constitucionalidade do artigo 19, do MCI, defendê-lo nos seguintes termos:

“O COMITÊ GESTOR DA INTERNET NO BRASIL – CGI.br, no uso das atribuições que lhe confere o Decreto nº 4.829/2003, tendo em vista que o Supremo Tribunal Federal julgará o Recurso Extraordinário nº 1.037.396, por meio do qual se questiona a constitucionalidade do art. 19 da Lei 12.965, de 23 de abril de 2014, do Marco Civil da Internet,

VEM A PÚBLICO

Defender o reconhecimento da importância do disposto no art. 19 do Marco Civil da Internet para a preservação da liberdade de expressão, para a vedação à censura e para a garantia do respeito aos direitos humanos, destacando:

- Que em 2009 o CGI.br publicou a Resolução 2009/003/P, por meio da qual editou o Decálogo de Princípios para a Governança e uso da Internet no Brasil, como resultado de decisão multissetorial e unânime, por seus integrantes representantes do governo, terceiro setor, academia e empresas privadas;
- Que entre esses princípios está o da inimizabilidade da rede, afirmando que: “O combate a ilícitos na rede deve atingir os responsáveis finais e não os meios de acesso e transporte, sempre preservando os princípios maiores de defesa da liberdade, da privacidade e do respeito aos direitos humanos”;
- Que o art. 19 do Marco Civil da Internet representa a garantia de que os provedores de aplicações não fiquem sujeitos à responsabilização por pedidos de remoção de conteúdos de terceiros, sem respaldo em ordem judicial, salvo nas hipóteses expressamente previstas em Lei;
- Que, dada a relevância da comunicação e do fluxo de informações, o CGI.br entende que o art. 19, da Lei 12.965/2014, se configura como instituto jurídico que concorre para o acesso democrático e isonômico à Internet, dando concretude aos dispositivos constitucionais que asseguram a liberdade de expressão e vedam a censura, de modo a dar suporte aos fundamentos que sustentam a sociedade brasileira.

Portanto, o CGI.br defende a manutenção da atual redação do artigo 19 do Marco Civil da Internet, que está coerente e em harmonia com o decálogo de princípios para a Governança da Internet no Brasil (Resolução CGI.br/RES/2009/003/P)”¹⁵.

Deste modo, o Marco Civil elegeu aos provedores de aplicação a responsabilidade subjetiva e condicionada ao descumprimento de uma ordem judicial. Por outro lado, a questão discutida no caso em tela envolve, igualmente, direito marcário e a suposta violação aos artigos 129 e 132, III¹⁶, da Lei nº 9.279/96.

iberc/article/view/6/5, acessado em 13 de agosto de 2022.

14 Recurso Extraordinário com julgamento suspenso. (<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5160549>, acessado em 13 de agosto de 2022)

15 NOTA PÚBLICA reconhecendo a importância do disposto no art. 19 do Marco Civil da Internet, disponível em <https://www.cgi.br/esclarecimento/nota-publica-reconhecendo-a-importancia-do-disposto-no-art-19-do-marco-civil-da-internet/>, acessado em 10 de março de 2022.

16 Art. 129. A propriedade da marca adquire-se pelo registro validamente expedido, conforme as disposições desta Lei, sendo assegurado ao titular seu uso exclusivo em todo o território nacional, observado quanto às marcas coletivas e de certificação o

Conforme tais dispositivos o titular da marca tem direito ao seu uso exclusivo em todo território nacional, no entanto, tal direito não impede a livre circulação do produto no mercado interno, uma vez tenha sido este inserido em tal mercado com o consentimento do titular da marca.

Nesse sentido é o entendimento de Newton Silveira, que esclarece ser a marca um instrumento de concorrência e não, de monopólio, sendo certo não haver violação dos direitos do titular da marca a circulação de um produto legalmente marcado, a saber:

“As marcas exercem função muito importante em uma economia de mercado pressupondo “a existência, ao menos potencial, de produtos idênticos ou similares oferecidos perante o mesmo mercado, sendo, pois, um instrumento de concorrência e não de monopólio.”

(...)

Tal teoria indica que o direito de uma empresa não é violado com a comercialização de um produto legalmente marcado e introduzido no mercado pela sua titular ou por uma empresa a ela jurídica ou economicamente vinculada. Isto não significa que a titular do direito de marca não possa valer seus direitos contra, por exemplo, a comercialização de um produto ilegalmente marcado ou modificado.

A reprodução da marca registrada, sem autorização de seu titular, no todo ou em parte, ou sua imitação de modo que possa induzir confusão, ou a alteração de marca já colocada no mercado constitui ilícito penal (art.189)”¹⁷.

3. COMENTÁRIOS

Feitas tais considerações, passamos aos comentários propriamente do *decisum*, muito embora a Autora da demanda menciona que os provedores réus “*não se limitam a disponibilizar ofertas criadas por terceiros interessados em vender os seus produtos, como afirmado, agindo como verdadeiros intermediadores, remunerados*”, não foi esta a constatação do Tribunal de Justiça de São Paulo, pelo contrário, restou evidente à luz deste E. Tribunal o entendimento de serem os provedores de aplicação meros provedores de conteúdo, não cumulando sua função com a de provedor de informação.

Este entendimento acertado, além de estar em consonância com o ordenamento jurídico pátrio, encontra-se em sintonia com o direito europeu, que classifica o provedor de conteúdo como “mero canal”, no artigo 12, da Diretiva

disposto nos arts. 147 e 148.

(...)

Art. 132. O titular da marca não poderá: (...) III - impedir a livre circulação de produto colocado no mercado interno, por si ou por outrem com seu consentimento, ressalvado o disposto nos §§ 3º e 4º do art. 68;

17 SILVEIRA, Newton. A obrigação de exploração de propriedade industrial e a exaustão dos direitos. <https://ibpi.org.br/a-obrigacao-de-exploracao-de-propriedade-industrial-e-a-exaustao-de-direitos/>, acessado em 20.07.2022.

relativa ao Comércio Eletrônico (Diretiva 2000/31/CE), desde que este não inicie a transmissão, não selecione o receptor da transmissão ou altere a informação, a saber:

“Artigo 12

“mero canal”

1. Sempre que seja prestado um serviço da sociedade da informação que consista na transmissão numa rede de comunicações de informações fornecidas por um destinatário do serviço ou no fornecimento de acesso a uma rede de comunicações, os Estados-Membros asseguram que o prestador de serviços não é responsável por a informação transmitida, desde que o prestador:

(a) não inicia a transmissão;

(b) não seleciona o receptor da transmissão; e

(c) não seleciona ou modifica as informações contidas na transmissão.

2. Os atos de transmissão e de fornecimento de acesso referidos no n.º 1 incluem o armazenamento automático, intermédio e transitório das informações transmitidas na medida em que ocorra com o único objetivo de efetuar a transmissão na rede de comunicações, e desde que as informações não sejam armazenadas por um período maior do que o razoavelmente necessário para a transmissão.

3. O presente artigo não prejudica a possibilidade de um tribunal ou autoridade administrativa, em conformidade com os sistemas jurídicos dos Estados-Membros, exigir ao prestador de serviços que ponha termo ou impeça uma infração¹⁸.

Este, igualmente, fora o entendimento acertadamente sedimentado pelo Superior Tribunal de Justiça, não somente neste caso, mas em outros, considerando que aos provedores de conteúdo não se aplica o regime de responsabilidade objetiva disposto no parágrafo único, do art.927¹⁹, do Código Civil, mas sim a responsabilidade subjetiva.

De acordo com a jurisprudência do STJ, esta responsabilidade subjetiva pode ter termos iniciais distintos, sendo que: (i) anteriormente ao Marco Civil da Internet, o termo inicial seria justamente o conhecimento do ilícito pelo provedor (ex. uma notificação extrajudicial); (ii) pós Marco Civil, o termo inicial seria o não acatamento de ordem judicial que determine a remoção do conteúdo, ressalvados os casos elencados no art. 21, da L. 12.965/14²⁰.

18 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EM/ALL/?uri=celex%3A32000L0031>, acessado em 20 de julho de 2022.

19 Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

20 “AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS CUMULADA COM OBRIGAÇÃO DE FAZER. INTERNET. CONTEÚDO OFENSIVO. REMOÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO PROVEDOR. CARACTERIZAÇÃO. CULPA. REDUÇÃO DO VALOR. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. SUMULA Nº 7/STJ. [...] 2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça define que (a) para fatos anteriores à publicação do Marco Civil da Internet, basta a ciência inequívoca do conteúdo ofensivo pelo provedor, sem sua retirada em prazo razoável, para que este se torne responsável e, (b) após a entrada em vigor da Lei nº 12.965/2014, o termo inicial da responsabilidade solidária do provedor é o momento da notificação judicial que ordena a retirada do conteúdo da internet. [...] 5. Agravo interno não provido” (AgInt no REsp 1591179/CE, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BOAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 12/08/2019, DJe 14/08/2019).

Ainda, nesta linha de raciocínio, a própria Ministra Nancy Andrighi, ao relatar outro acórdão de Recurso Especial movido em face das mesmas Rés, afastou a possibilidade de aplicação do Código de Defesa do Consumidor a estas e, portanto, do regime de responsabilidade objetiva fundamento neste diploma, ao reconhecer serem estas intermediadores de vendas, meros facilitadores da comercialização, e não partes da cadeia de fornecimento, independente da forma como foram remunerados, visto que no caso analisado o anunciante se tratava de um vendedor profissional, o qual realizava com habitualidade a venda de produtos, a saber²¹:

“CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE COMPENSAÇÃO DE DANOS MATERIAIS. VIOLAÇÃO A DISPOSITIVO DA CF. NÃO CONHECIMENTO. FRAUDE PRÁTICA-DA POR ADQUIRENTE DE PRODUTO ANUNCIADO NO MERCADO LIVRE. EN-DEREÇO DE E-MAIL FALSO. PRODUTO ENTREGUE SEM O RECEBIMENTO DA CONTRAPRESTAÇÃO EXIGIDA. FALHA NA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS. INE-XISTÊNCIA. FATO DE TERCEIRO. ROMPIMENTO DO NEXO DE CAUSALIDADE. JULGAMENTO: CPC/2015.

(...)

O responsável pelo site de comércio eletrônico, ao veicular ofertas de produtos, disponibilizando sua infraestrutura tecnológica e, sobretudo, ao participar das respectivas negociações em caso de aceitação por parte do adquirente, assume a posição de fornecedor de serviços. A remuneração pelo serviço prestado pelo intermediador, por sua vez, é variável e pode ser direta ou indireta. Nesta, a remuneração é oriunda de anúncios publicitários realizados no site, enquanto naquela, normalmente é cobrada uma comissão consistente em percentagem do valor da venda realizada no site. 8. A relação entre o ofertante e o intermediador será ou não de consumo a depender da natureza da atividade exercida pelo anunciante do produto ou serviço. Se o vendedor for um profissional que realiza a venda de produtos com habitualidade, ele não se enquadrará no conceito de fornecedor instituído no art. 3º do CDC, de modo que a responsabilidade civil do site será regida pelas normas previstas no Código Civil. Lado outro, caso o vendedor não seja um profissional e não venda produtos ou ofereça serviços de forma habitual, havendo falha na prestação de serviços por parte do intermediário, aplicam-se as normas previstas no CDC. Sendo a relação de consumo, para emergir a responsabilidade do fornecedor de serviços, é suficiente a comprovação do dano; da falha na prestação dos serviços e do nexo de causalidade entre o prejuízo e o vício ou defeito do serviço. (...)” (RECURSO ESPECIAL Nº 1.880.344 - SP (2020/0149326-1)).

Neste sentido, considerando o caso em tela, sensato se mostra o v. acórdão ao considerar as Rés provedoras de conteúdo e meras intermediadoras da venda dos produtos da marca Citizien, não possuindo responsabilidade (subjativa) sobre os referidos anúncios até que a remoção destes fosse determinada por ordem judicial (art.19, do MCI) e estas a descumprissem, o que não é o caso dos referidos autos.

Sobre a alegação de que os produtos anunciados seriam fruto de pirataria, de forma assertiva o v. acórdão pontua não ter sido esta uma alegação constante

21 https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=2030025&num_registro=202001493261&data=20210311&peticao_numero=-1&formato=PDF, acessado em 13 de agosto de 2022.

na inicial e, mesmo que o fosse, não caberia aos provedores de conteúdo realizar análise prévia de todo o conteúdo disponibilizado.

Desta maneira, mister se faz a aplicação do art.132, inciso III, da Lei 9.279/96, não podendo a Citizen impedir, uma vez já inserido no mercado interno, a livre circulação do seu produto, como bem entendeu o v. acórdão.

Por outro lado, nada impede que a Citizen busque a responsabilização do vendedor em si, pela aduzida venda de produtos falsificados, nos termos do art.189 e 190²², sendo assim, a regra do art. 19, do MCI não afasta a responsabilidade do ofensor e nem deixa o ofendido desamparado, nestes termos:

“(...) cabe destacar que a norma presente no Marco Civil da Internet não afasta o dever de indenizar de quem diretamente inseriu o conteúdo lesivo na plataforma. Ao disponibilizarem informações e comentários nas redes sociais, os usuários se tornam os responsáveis principais pelas consequências de suas manifestações, podendo então ser condenados pelos abusos que venham a praticar em relação aos direitos de terceiros”²³.

4. CONCLUSÃO

Desta feita, diante do que dispõe o art.19, do Marco Civil da Internet, a responsabilidade do provedor de conteúdo, que não participa da informação em si, não realiza editorial será subjetiva, por ser este um mero canal de anúncios, de modo que o termo inicial desta responsabilidade deverá ser a infração à ordem judicial que determinar a remoção do conteúdo. Esta posição do Marco Civil aplicada no *decisum* comentado visa prestigiar a liberdade de expressão e não deixar a avaliação da ofensa às empresas privadas, garantindo segurança jurídica à referida análise.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Diretiva relativa ao Comércio Eletrônico (Diretiva 2000/31/CE), disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EM/ALL/?uri=celex%3A32000L0031>, acessado em 20 de julho de 2022.

Digital Millennium Copyright Act (DMCA) dos Estados Unidos, a qual permite proprietários de direitos autorais avisarem, notificarem provedores de serviços online sobre conteúdo infringente a ser retirado, de modo

22 Art. 189. Comete crime contra registro de marca quem:
I - reproduz, sem autorização do titular, no todo ou em parte, marca registrada, ou imita-a de modo que possa induzir confusão; ou
II - altera marca registrada de outrem já aposta em produto colocado no mercado.
Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa.
Art. 190. Comete crime contra registro de marca quem importa, exporta, vende, oferece ou expõe à venda, oculta ou tem em estoque:
I - produto assinalado com marca ilicitamente reproduzida ou imitada, de outrem, no todo ou em parte; ou
II - produto de sua indústria ou comércio, contido em vasilhame, recipiente ou embalagem que contenha marca legítima de outrem.
Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) meses, ou multa.

23 SOUZA, Carlos Affonso. TEFFÉ, Chiara Spadaccini de. Responsabilidade Civil dos Provedores na rede: análise da aplicação do Marco Civil da Internet pelo Superior Tribunal de Justiça. Disponível em <https://revistaiberc.responsabilidadecivil.org/iberc/article/view/6/5>, acessado em 13 de agosto de 2022.

que o provedor ao retirar deixa de ter responsabilidade sobre este (<https://www.copyright.gov/512/> ; <https://www.copyright.gov/dmca/>).

Leonardi, Marcel. Responsabilidade Civil dos Provedores de Serviços de Internet. 2005. Disponível em <https://www.bibliotecadeseguranca.com.br/wp-content/uploads/2016/05/Responsabilidade-Civil-dos-Provedores-de-Servicos-de-Internet.pdf> , acessado em 10 de março de 2022.

NOTA PÚBLICA reconhecendo a importância do disposto no art. 19 do Marco Civil da Internet, disponível em <https://www.cgi.br/esclarecimento/nota-publica-reconhecendo-a-importancia-do-disposto-no-art-19-do-marco-civil-da-internet/> , acessado em 10 de março de 2022.

Resolução CGI.br/RES/2009/003, **[https://www.cgi.br/resoluções/documento/2009/003/](https://www.cgi.br/resolucoes/documento/2009/003/) , acessado em 12 de abril de 2022)**

SILVEIRA, Newton. A obrigação de exploração de propriedade industrial e a exaustão dos direitos. <https://ibpi.org.br/a-obrigacao-de-exploracao-de-propriedade-industrial-e-a-exaustao-de-direitos/>, acessado em 20.07.2022.

SOUZA, Carlos Affonso. TEFFÉ, Chiara Spadaccini de. Responsabilidade Civil dos Provedores na rede: análise da aplicação do Marco Civil da Internet pelo Superior Tribunal de Justiça. Disponível em <https://revistaiberc.responsabilidadecivil.org/iberc/article/view/6/5> , acessado em 13 de agosto de 2022.

<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5160549>, acessado em 13 de agosto de 2022

https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=30793120&num_registro=201300742989&data=20130926&tipo=41&formato=PDF, acessado em 02 de março de 2022.

COMENTÁRIOS AO PROCESSO C18-18 DA CORTE DE JUSTIÇA EUROPEIA E A APLICAÇÃO DA DIRETIVA EUROPEIA DE COMÉRCIO ELETRÔNICO (31/2000 EU)

MARCELO CHIAVASSA DE MELLO PAULA LIMA¹
FABIANA APARECIDA DOS REIS SILVA²

1. O CASO

O caso tem início nos Tribunais austríacos entre a então Deputada Eva GlawischnigPiesczek, presidente e porta-voz federal do partido denominado “Os Verdes”, e o Facebook Ireland Limited.

No dia 3 de abril de 2016, um usuário da plataforma da rede social online *Facebook* compartilhou, em sua página pessoal da rede social, a notícia de um site austríaco “Os Verdes: a favor da manutenção de um rendimento mínimo para os refugiados”. Por se tratar de um compartilhamento, a postagem gerou uma pré-visualização da notícia, contendo um breve resumo do conteúdo, bem como a foto da então Deputada, Eva GlawischnigPiesczek. Junto à notícia, o usuário escreveu comentário depreciativo à Deputada, no qual a acusava de ser uma “vil traidora da pátria”, uma “idiota corrupta” e membro de um “partido de fascistas”.

Como o perfil desse usuário era público, o conteúdo por ele postado no Facebook pôde ser acessado por qualquer pessoa na plataforma da rede social.

Após tomar conhecimento do conteúdo depreciativo, a Deputada, por Carta (em 07 de julho de 2016) endereçada ao Facebook Ireland, solicitou a remoção do comentário em questão, oportunidade na qual não teve seu pedido acolhido pelo Facebook. Isto fez com que a ela ingressasse com uma ação judicial no Tribunal de Comércio de Viena – Áustria, com pedido liminar para que obrigasse a plataforma Facebook Ireland a remover suas fotos de todas as postagens

1 Doutor em Direito Civil pela Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Direito Civil pela Pontifícia Universidade de São Paulo (PUCSP). Especialista em Direito Contratual pela PUCSP Especialista em Direito Civil italiano pela Universidade de Camerino. Professor de Direito Civil, Direito Digital e Direito da Inovação na Universidade Presbiteriana Mackenzie.

2 Pós-Graduada em Direito Digital pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) em parceria com o Instituto de Tecnologia e Sociedade do Rio de Janeiro (ITS/RJ). Graduada em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Pesquisadora na área de direito e tecnologia. Advogada com atuação na área de direito digital.

de terceiros, uma vez que o conteúdo compartilhado era acompanhado de outras mensagens idênticas ou semelhantes àquelas contidas na postagem inicial.

O Tribunal de Comércio de Viena, em 7 de dezembro de 2016, acolheu o pleito liminar e determinou que o Facebook Ireland removesse todo o conteúdo envolvendo a notícia e a foto da Deputada. Com isso, a empresa impossibilitou o acesso ao referido conteúdo no território austríaco. A decisão liminar fora posteriormente confirmada em sede recursal pelo Tribunal Regional Superior de Viena. Em relação às postagens semelhantes, restou decidido pelo Tribunal que somente deveriam cessar a divulgação daqueles conteúdos que a Deputada, um levasse ao conhecimento do Facebook Ireland.

Ambas as partes impetraram recurso para o Supremo Tribunal austríaco, que declarou, que a obrigação de remoção de conteúdo deve ser atribuída à plataforma de armazenamento de conteúdo (Facebook Ireland), quando está já tiver tido conhecimento de ao menos uma das ofensas proferidas contra a Deputada por um dos utilizadores da plataforma online, e sendo esse conteúdo capaz ocasionar outros danos.

Fora considerado que o litígio envolve questões de interpretação do Direito da União Europeia, levando o Supremo Tribunal a decidir pela suspensão daquela instância e remetendo o processo à Corte de Justiça da União Europeia, especificamente para que se manifestasse a respeito de 3 (três) questões prejudiciais:

1) O artigo 15.º, n.º 1, da Diretiva [2000/31] opõe-se, em termos gerais, a uma das seguintes obrigações impostas a um fornecedor de *web hosting*, que não removeu imediatamente informações ilegais, no sentido de remover não apenas a informação ilegal em causa, na aceção do artigo 14.º, n.º 1, alínea a), da Diretiva, mas também outras informações de conteúdo idêntico:

- a nível mundial;
- no respectivo EstadoMembro;
- do respectivo utilizador a nível mundial;
- do respectivo utilizador no respectivo EstadoMembro?

2) Em caso de resposta negativa à primeira questão: o mesmo se aplica a informações de conteúdo semelhante?

3) O mesmo se aplica a informações de conteúdo semelhante, a partir do momento em que o operador tenha tido conhecimento desta circunstância?

A decisão e os fundamentos do tribunal para responder a essas questões prejudiciais, serão elencados a seguir.

2. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Os fundamentos da decisão recaíram sobre a discussão acerca da interpretação do art. 15 da Diretiva 2000/31 CE do Parlamento Europeu e do Conselho

Europeu³, no tocante ao comércio eletrônico e algumas obrigações legais que decorrem da sociedade da informação, o qual, no caso concreto, disse respeito à obrigação da plataforma frete a postagens realizadas em seu ambiente virtual.

Nesse sentido, a Terceira Seção do Tribunal de Justiça da União Europeia decidiu as questões prejudiciais da seguinte forma:

“A Diretiva 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de junho de 2000, relativa a certos aspetos legais dos serviços da sociedade de informação, em especial do comércio eletrônico, no mercado interno («Diretiva sobre o comércio eletrônico»), nomeadamente o artigo 15.º, n.º 1, da mesma, deve ser interpretada no sentido de que não se opõe a que um órgão jurisdicional de um Estado-Membro possa:

- ordenar a um fornecedor de armazenamento que suprima as informações por si armazenadas e cujo conteúdo seja idêntico ao de uma informação declarada ilegal anteriormente ou que bloqueie o acesso às mesmas, seja qual for o autor do pedido de armazenamento dessas informações;
- ordenar a um fornecedor de armazenamento que suprima as informações por si armazenadas e cujo conteúdo seja semelhante ao de uma informação declarada ilegal anteriormente ou que bloqueie o acesso às mesmas, desde que a vigilância e a procura das informações a que essa medida inibitória diz respeito estejam limitadas às informações que veiculem uma mensagem cujo conteúdo permaneça, em substância, inalterado em relação ao que deu lugar à constatação de ilicitude e que contenham os elementos especificados na medida inibitória e desde que as diferenças na formulação desse conteúdo semelhante relativamente à que caracteriza a informação declarada ilegal anteriormente não sejam suscetíveis de obrigar o fornecedor de armazenamento a proceder a uma apreciação autónoma desse conteúdo; e
- ordenar a um fornecedor de armazenamento que suprima as informações a que a medida inibitória diz respeito ou que bloqueie o acesso às mesmas a nível mundial, no âmbito do direito internacional relevante.”⁴

A primeira e segunda questões prejudiciais foram analisadas em conjunto, a fim de responder se o conteúdo disposto no art. 15 n.º 1 da Diretiva 2000/31 opõe-se a possibilidade de um órgão jurisdicional de um Estado-Membro:

- “(i) ordenar a um fornecedor de armazenamento que suprima as informações por si armazenadas e cujo conteúdo seja idêntico ao de uma informação declarada ilegal anteriormente ou que bloqueie o acesso às mesmas, seja qual for o autor do pedido de armazenamento dessas informações;
- (ii) ordenar a um fornecedor de armazenamento que suprima as informações por si armazenadas e cujo conteúdo seja semelhante ao de uma informação declarada ilegal anteriormente ou que bloqueie o acesso às mesmas; e
- (iii) alargar a nível mundial os efeitos dessa medida inibitória.”⁵

3 UNIÃO EUROPEIA. *Diretiva 2000/31/CE* do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa a certos aspetos legais dos serviços da sociedade de informação, em especial do comércio eletrônico, no mercado interno, 08 jun. 2000. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32000L0031&from=PT>. Acesso em: 14 abr. 2021.

4 UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia. *Caso Eva Glawischnig-Piesczek/Facebook Ireland Limited, C-18/18*. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:62018CA0018&from=EN>. Acesso em: 13 abr. 2021.

5 UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia. *Caso Eva Glawischnig-Piesczek/Facebook Ireland Limited, C-18/18*. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:62018CA0018&from=EN>. Acesso em: 13 abr. 2021.

Para tanto, alguns dispositivos da Diretiva foram levados em consideração ante a interpretação de seu art. 15.

O art. 14º, segundo o qual o Facebook Ireland é classificado como fornecedor de serviço de armazenamento, prevê no item nº 1, a exoneração da responsabilidade do fornecedor de armazenamento quando i. não tinha conhecimento da atividade ou informação ilegal, ou ii. atuou com diligência no sentido de retirar ou impossibilitar o acesso a essas informações a partir do momento em que teve conhecimento da ilicitude.

Neste caso, argumentou o Tribunal de Justiça da União Europeia, que o Facebook Ireland, além de ter conhecimento da infração legal, não agiu com diligência para retirar ou impossibilitar o acesso a essa informação, em respeito ao art. 14 nº 1 da Diretiva 2000/31.

O item nº 3 do art. 14 da Diretiva dispõe, ainda, que quando presente alguma das hipóteses de exoneração de responsabilidade, não restará prejudicada a faculdade que os tribunais e demais autoridades administrativas no geral têm de exigirem medidas de prevenção ou de interrupção (supressão de informações ilegais ou impossibilidade de acesso à estas) por parte dos fornecedores de armazenamento, mesmo quando essas plataformas não são consideradas responsáveis pelo conteúdo em questão.

Nessa linha, o item nº 1 do art. 18 da Diretiva dispõe que “os Estados-Membros assegurarão que as ações judiciais disponíveis em direito nacional em relação às atividades de serviços da sociedade da informação permitam a rápida adoção de medidas, inclusive medidas transitórias, destinadas a pôr termo a alegadas infrações e a evitar outros prejuízos às partes interessadas”. Sem nenhuma previsão quanto a limitação territorial para atuação dos Estados-Membros a esse respeito, extrai-se deste artigo que os Estados-Membros dotam de um poder de apreciação no tocante às ações e procedimentos que permitam a adoção das medidas necessárias para cuidar de problemas e prejuízos que possam decorrer de serviços da sociedade da informação.

Por último, analisou-se o art. 15 item nº 1 quanto à existência ou não de uma obrigação geral de vigilância da plataforma sobre o conteúdo nela armazenado.

Em resposta às primeiras duas questões prejudiciais, no tocante a interpretar se o art. 15 nº 1 da Diretiva se opõe ao fato de um órgão jurisdicional de um Estado-Membro ordenar que um provedor suprima ou bloqueie conteúdo ilícito e aqueles cujo conteúdo seja idêntico a essa informação, o Tribunal entendeu que, embora o referido artigo proíba que os Estados-Membros criem a obrigação para as plataformas de armazenamento de conteúdo de vigilância sobre estes, ou mesmo uma obrigação geral de procurar e identificar, constantemente por fatos

ou circunstâncias possivelmente ilícitas⁶, essa proibição não existe para casos específicos⁷, em consonância com o considerando 47 da Diretiva⁸.

O risco de prejuízo/dano pelo conteúdo declaradamente ilegal compartilhado em uma plataforma de armazenamento é real na medida em que nas redes sociais a transmissão e compartilhamento das informações dá-se de modo facilitado e acelerado. Nesse contexto, e como forma de assegurar que a plataforma evite maiores prejuízos às partes interessadas, pontuou o Tribunal que “é legítimo que o órgão jurisdicional competente possa exigir desse fornecedor de armazenamento que bloqueie o acesso às informações armazenadas cujo conteúdo seja idêntico ao declarado ilegal anteriormente ou que retire essas informações, seja qual for o autor do pedido de armazenamento das mesmas”. Explicou o Tribunal, ainda que, “não se pode considerar que a medida inibitória emitida para esse efeito impõe ao fornecedor de armazenamento uma obrigação de vigilância, de maneira geral, sobre as informações que este armazena ou uma obrigação geral de procurar ativamente fatos ou circunstâncias que indiciem ilicitudes”.

Um segundo ponto consistiu na busca pelo esclarecimento quanto à oposição ou permissão do art. 15 n° 1 da Diretiva 2000/31 a respeito da (im)possibilidade de remoção ou bloqueio de conteúdo armazenado por um provedor de serviços, cujas informações sejam semelhantes⁹ ao de uma informação declarada como ilícita pelo ordenamento jurídico do Estado-Membro.

Nessa questão, o Tribunal destacou que a utilização de termos combinados de determinadas maneiras, por si só, não são suficientes para resultar em um conteúdo ilícito. A ilicitude é resultado do fato de “a mensagem veiculada por esse conteúdo ser qualificada de ilegal, tratandose, como no caso em apreço, de declarações difamatórias contra uma pessoa específica”.

O objetivo seria, então, que um conteúdo ilícito, por meio de ligeiras variações em decorrência de utilização de termos distintos, continuasse circulando na rede. Assim, a remoção ou bloqueio de conteúdo semelhante dar-se-ia para evitar que continue veiculando-se a mesma mensagem¹⁰, ainda que com pequenas alterações.

6 ANDRÉS, Moisés Barrio. *Manual de derecho digital*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2020. p. 138.

7 Por **casos específicos** explicou o Tribunal que, assim como ocorrerá no caso principal, ter tido origem a partir de uma informação precisa, a qual estava armazenada na plataforma, a pedido de um usuário da rede social, cujo conteúdo fora analisado e apreciado por um órgão jurisdicional competente do Estado-Membro, e que tenha tido, como resultado da análise, a declaração de ilegalidade.

8 Considerando n° 47. “Os Estados-Membros só estão impedidos de impor uma obrigação de vigilância obrigatória dos prestadores de serviços em relação a obrigações de natureza geral. Esse impedimento não diz respeito a obrigações de vigilância em casos específicos e, em especial, não afecta as decisões das autoridades nacionais nos termos das legislações nacionais.”

9 Por **informações de conteúdo semelhante**, tem-se como sendo aquelas “informações que veiculam uma mensagem cujo conteúdo se mantém, em substância, inalterado e, por conseguinte, diverge muito pouco daquele que deu lugar à constatação de ilicitude”.

10 CVRIA. *EU law does not preclude a host provider such as Facebook from being ordered to remove identical and, in certain circum-*

Nessa linha, determina a decisão do Tribunal que, para que um conteúdo semelhante seja elegível para remoção ou bloqueio, deverá conter

[...] elementos específicos devidamente identificados pelo autor da medida inibitória, como o nome da pessoa afetada pela infração constatada anteriormente, as circunstâncias em que a infração foi constatada e o conteúdo semelhante ao que foi declarado ilegal. As diferenças na formulação desse conteúdo semelhante, relativamente ao conteúdo declarado ilegal, não devem, em todo o caso, ser suscetíveis de obrigar o fornecedor de armazenamento em causa a proceder a uma apreciação autónoma do referido conteúdo.”¹¹

Com isso, a partir desses parâmetros mínimos para determinação da remoção ou bloqueio, fundamenta o Tribunal que não estariam os Estados-Membros impondo aos fornecedores intermediários de serviços o dever geral de vigilância sobre as plataformas. Desse modo, não haveria violação ao disposto no art. 15 n.º 1 da Diretiva.

Por fim, em relação ao terceiro ponto, a respeito da análise da possibilidade de determinação em nível mundial de supressão ou bloqueio de informações ilegais das plataformas, o Tribunal entendeu não haver violação à Diretiva, uma vez que a referida legislação não apresenta nenhuma limitação territorial para atuação em escala global. Desta forma, aos Estados-Membros é dado o direito de adotar medidas que garantam o cumprimento da Diretiva, sem limitações quanto à abrangência territorial. Nesse ponto, o tribunal não apresenta fundamentos para a sua decisão.

Em sede de decisão, restou estabelecido que um órgão jurisdicional de um Estado-Membro pode:

“i. ordenar a um fornecedor de armazenamento que suprima as informações por si armazenadas e cujo conteúdo seja idêntico ao de uma informação declarada ilegal anteriormente ou que bloqueie o acesso à elas, seja quem for o autor do pedido de exclusão dessas informações;

ii. ordenar a um fornecedor de armazenamento que suprima as informações por si armazenadas e cujo conteúdo seja semelhante ao de uma informação declarada ilegal anteriormente ou que bloqueie o acesso à elas, desde que a vigilância e a procura das informações a que essa medida inibitória diz respeito estejam limitadas às informações que veiculem uma mensagem cujo conteúdo permaneça, em substância, inalterado em relação ao que deu lugar à constatação de ilicitude, que contenham os elementos especificados na medida inibitória e desde que as diferenças na formulação desse conteúdo semelhante relativamente à que caracteriza a informação declarada ilegal anteriormente não sejam suscetíveis de obrigar o fornecedor de armazenamento a proceder a uma apreciação autónoma desse conteúdo; e

iii. ordenar a um fornecedor de armazenamento que suprima as informações a que a medida inibitória diz respeito ou que bloqueie o acesso à elas a nível mundial, no âmbito do direito internacional relevante.”¹²

stances, equivalent comments previously declared to be illegal. Cvria: 03 de out. 2019. Disponível em: <<https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2019-10/cp190128en.pdf>>. Acesso em: 28 de mai. 2021.

11 UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia. *Caso Eva Glawischmig-Piesczek/Facebook Ireland Limited, C-18/18*. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:62018CA0018&from=EN>. Acesso em: 13 abr. 2021.

12 UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia. *Caso Eva Glawischnig-Piesczek/Facebook Ireland Limited*,

3. COMENTÁRIOS À SENTENÇA

A temática objeto desta sentença tem como ponto de partida a Diretiva Europeia nº 31/2000 sobre Comércio Eletrônico, pensada em uma realidade incipiente de desenvolvimento da Internet, anterior ao que se convencionou chamar de Web 2.0, idealizada por Tim O'Reilly em 2003¹³, muito distante da atual Web 3.0¹⁴, e antes mesmo da bolha (crise) das empresas “.com”. ocorrida na virada do milênio¹⁵.

A Diretiva Europeia foi pensada para uma Internet estática, pouco integrada e ainda em fase inicial de desenvolvimento comercial ao redor do mundo. Uma Internet sem redes sociais, sem Google, sem aplicativos e sem marketplaces. Uma época bastante diferente da atual, o que traz obviamente algumas dificuldades para regular os problemas de hoje.

Boa parte do sucesso dessa Diretiva reside na identificação e divisão dos prestadores de serviços em diferentes grupos, a partir dos papéis por eles desempenhados: (i) provedor de simples transporte; (ii) provedor de caching (armazenamento temporário) e (iii) provedor de hospedagem (*hosting provider* que pressupõe o armazenamento por longos períodos ou para todo o sempre).¹⁶

C-18/18. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:62018CA0018&from=EN>. Acesso em: 13 abr. 2021.

- 13 A Internet como serviço, em oposição à Internet como plataforma da Web 1.0. Sobre o tema: “Web 2.0 is the network as platform, spanning all connected devices. (...) Web 2.0 applications are those that make the most of the intrinsic advantages of that platform: delivering software as a continually-updated service that gets better the more people use it, consuming and remixing data from multiple sources, including individual users, while providing their own data and services in a form that allows remixing by others, creating network effects through an “architecture of participation,” and going beyond the page metaphor of Web 1.0 to deliver rich user experiences. (...) In exploring the seven principles above, we’ve highlighted some of the principal features of Web 2.0. Each of the examples we’ve explored demonstrates one or more of those key principles, but may miss others. Let’s close, therefore, by summarizing what we believe to be the core competencies of Web 2.0 companies:
- Services, not packaged software, with cost-effective scalability
 - Control over unique, hard-to-recreate data sources that get richer as more people use them
 - Trusting users as co-developers
 - Harnessing collective intelligence
 - Leveraging the long tail through customer self-service
 - Software above the level of a single device
 - Lightweight user interfaces, development models, AND business models
- (O’Reilly, Tim. *What is Web 2.0*. Disponível em <<https://www.oreilly.com/pub/a/web2/archive/what-is-web-20.html>>. Acesso em: 10 de mai. 2021).
- 14 A Internet semântica, como proposto por diversos autores. “Na Web 3.0, a tecnologia atua no sentido de organizar o conteúdo, visando à interação inteligente e personalizada do usuário com o material disponibilizado na rede. Os provedores buscam entregar informações personalizadas, deduzir o que o internauta deseja e desenvolver mecanismos para expandir as suas capacidades de intuição. Na Web semântica, é dado significado à informação, o que permite que computadores e pessoas trabalhem melhor em cooperação.” (TEFFÉ, Chiara Spadaccini. *Direito à imagem na Internet: Estudo sobre o tratamento do Marco Civil da Internet para os casos de divulgação não autorizada de imagens íntimas*. Revista de Direito Civil Contemporâneo, vol. 15, abril-junho 2018, pags. 93/127, nota de rodapé nº 24, Ed. Revista dos Tribunais/Thomson Reuters).
- 15 RIZÉRIO, Lara. *Há 13 anos, bolha da Internet começava a explodir nos EUA*. Disponível em: <<https://www.infomoney.com.br/mercados/o-estouro-da-bolha-pontocom-que-quebrou-mais-de-500-empresas-e-e-uma-assombracao-ate-hoje/>>. Acesso em: 10 de mai. 2021.
- 16 Essa classificação foi transportada para o direito brasileiro a partir da sistematização e da obra de Marcel Leonardi (Responsabilidade Civil dos Provedores de Serviços de Internet. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2005).

A regulação europeia, a esteio da norte-americana temporalmente anterior (art. 230 do Communications Decency Act)¹⁷, isenta de responsabilidade estes provedores por atos praticados por terceiros, a menos que eles tenham ciência do ilícito praticado pelo terceiro e não tomem medidas para remover ou tornar inacessível o conteúdo tido como ilícito.

A ideia deste tipo de regulação é preservar a liberdade de expressão, de sorte que os provedores deixam de ser obrigados a impor uma obrigação de vigilância global e genérica sobre todos os conteúdos que trafegam na Internet, o que, além do elevado custo operacional e técnico, imporá a estes provedores lerem e filtrarem todos os conteúdos em tempo real, podendo ocasionar censura prévia. Isso tudo sem entrar no mérito da legitimidade destes provedores realizarem o filtro de licitude, o que é função do poder judiciário e/ou de outros órgãos jurisdicionais (e não de empresas privadas).

A regra, aliás, está consagrada no direito brasileiro (artigo 19 do Marco Civil da Internet), embora exista remédio constitucional pendente de julgamento no Supremo Tribunal Federal que visa o reconhecimento da inconstitucionalidade do referido artigo 19 do Marco Civil da Internet, pauta, aliás, muito controversa na doutrina^{18_19_20}.

Com o avanço da Internet e dos novos modelos de negócio e de conexão pessoal, especialmente as Redes sociais, a questão até então periférica se torna central no debate político e social: qual é o limite da atuação destas plataformas e, consequentemente, de suas responsabilidades. Embora não se trate propriamente de comércio eletrônico, a Diretiva Europeia nº 31/2000 EU é a regra aplicável também para delimitar a responsabilidade das plataformas de redes sociais.

O processo C18-18 da Corte de Justiça, objeto desta análise, é, por essa razão, bastante importante para entender os critérios de aplicação da Diretiva, ainda que não exclusivamente em uma situação de comércio eletrônico - embora, diga-se, existe contrato entre o usuário da plataforma e a plataforma de rede social.

17 CHIAVASSA, Marcelo de Mello Paula Lima. ANDRADE, Vitor Morais de. *Manual de Direito Digital*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, pag. 129.

18 MEDEIROS, Juliana. *Responsabilidade civil dos provedores de aplicações de internet e os direitos dos usuários: o que deve prevalecer?* Rio de Janeiro, Grupo de Pesquisa de Direito do Instituto de Tecnologia e Sociedade, 2020. Disponível em: https://itsrio.org/wp-content/uploads/2020/10/Responsabilidade-civil-dos-provedores-de-aplica%C3%A7%C3%B5es-de-internet_Juliana_Medeiros.pdf. Acesso em: 11 abr. 2021

19 NUNES, Samuel; MIRANDA, Frederico Cardoso de. O debate do lícito e do ilícito na internet: liberdade de expressão e remoção de conteúdo. *Revista do Cejur: Prestação Jurisdicional*, Florianópolis v.7 n.1, p.96-124, Janeiro-Dezembro. 2019.

20 LANGENEGGER, Natalia. *Teses jurídicas sobre liberdade de expressão na internet: interpretações que fortalecem os princípios do Marco Civil da Internet no Brasil*. São Paulo: Artigo 19, 2018. Disponível em: https://artigo19.org/wp-content/blogs.dir/24/files/2018/11/Livro_Web.pdf. Acesso em: 10 abr. 2021.

A remoção de um determinado conteúdo ilegal, quando da ciência da ilicitude pela plataforma, é, desta forma, medida imposta pela Diretiva Europeia²¹, independentemente de ordem judicial neste sentido²². Contudo, dada a complexidade e velocidade com que esses conteúdos são compartilhados, seja por meio de curtidas, compartilhamentos ou conteúdos que derivam daquele originalmente considerado ilícito, faz com que o provedor precise elevar o nível de controle que a plataforma precisa exercer²³.

Esses desafios aumentam, também, em decorrência da inexistência de barreiras físicas que delimitem a circulação das informações compartilhadas nas redes sociais. Um conteúdo ilegal postado no Brasil não se restringirá às fronteiras desse Estado, podendo ser visualizado em todo mundo. Quando da identificação desse conteúdo como ilegal perante os tribunais brasileiros, não significa que o mesmo conteúdo, quando analisado perante a legislação de outro Estado, também seja ilegal. Assim, a soberania e as regras de jurisdição que variam de um país para o outro são também elementos importantes a serem levados em consideração quando se pensa sobre a regulação do comércio eletrônico e das plataformas de redes sociais.

Desta forma, a Corte de Justiça Europeia parece de fato ter tomado a decisão correta em relação ao item 1, principalmente quando frisa que embora inexistia a obrigação de vigilância geral por parte do provedor, pode ser exigida a vigilância sobre determinado conteúdo considerado ilícito, como no caso em tela.

Nesta linha, vale colacionar o considerando nº 47 da Diretiva nº 31/2000 EU: “Os Estados-Membros só estão impedidos de impor uma obrigação de vigilância obrigatória dos prestadores de serviços em relação a obrigações de natureza geral. Esse impedimento não diz respeito a obrigações de vigilância em casos específicos e, em especial, não afecta as decisões das autoridades nacionais nos termos das legislações nacionais”.

A mesma regra pode ser encontrada no artigo 15 da Diretiva Europeia, *in verbis*:

“1. Os Estados-Membros não imporão aos prestadores, para o fornecimento dos serviços mencionados nos artigos 12.o, 13.o e 14.o, uma obrigação geral de vigilância sobre as informações que estes transmitam ou armazenem, ou uma obrigação geral de procurar activamente factos ou circunstâncias que indiquem ilicitudes.

21 Coalizão Direitos na Rede. *Liberdade de expressão online e o papel do Marco Civil da Internet*. 2019. Disponível em: <https://direitosnarede.org.br/2019/12/11/cdr-lanca-cartilha-sobre-liberdade-de-expressao-na-internet/>. Acesso em 13 abr. 2021.

22 Ao contrário da legislação brasileira, que impõe a obrigação de remoção apenas após ordem judicial neste sentido, como se nota do artigo 19 do Marco Civil da Internet.

23 IRIS. *Liberdade de expressão, moderação de conteúdo e o PL das fake news*. Publicado em: 06 jul. 2020. Disponível em: <https://irishb.com.br/liberdade-de-expressao-moderacao-de-conteudo-e-o-pl-das-fake-news/>. Acesso em: 12 abr. 2021.

2. Os Estados-Membros podem estabelecer a obrigação, relativamente aos prestadores de serviços da sociedade da informação, de que informem prontamente as autoridades públicas competentes sobre as actividades empreendidas ou informações ilícitas prestadas pelos autores aos destinatários dos serviços por eles prestados, bem como a obrigação de comunicar às autoridades competentes, a pedido destas, informações que permitam a identificação dos destinatários dos serviços com quem possuam acordos de armazenagem.”

Essas previsões permitem que os tribunais dos Estados-Membros da UE, na análise de um caso concreto, estabeleçam a necessidade de medidas concretas para a remoção de conteúdo ilegal ou impossibilidade de acesso a este.

Questão à solução proposta no item 2, a decisão do Tribunal foi no sentido de determinar que, não só o conteúdo original apontado como ilegal fosse removido da rede social, mas também que (i) a plataforma removesse as informações cujo conteúdo seja idêntico àquele declarado ilegal, e (ii) que remova ou impeça o acesso à todas as informações cujo conteúdo seja semelhante ao conteúdo que fora declarado ilegal²⁴. E para que esse procedimento possa ser realizado, a decisão dispõe que essa remoção ou bloqueio à informação deverá ocorrer contanto que

“[...] a vigilância e a procura das informações a que essa medida inibitória diz respeito estejam limitadas às informações que veiculem uma mensagem cujo conteúdo permaneça, em substância, inalterado em relação ao que deu lugar à constatação de ilicitude e que contenham os elementos especificados na medida inibitória e desde que as diferenças na formulação desse conteúdo semelhante relativamente à que caracteriza a informação declarada ilegal anteriormente não sejam suscetíveis de obrigar o fornecedor de armazenamento a proceder a uma apreciação autónoma desse conteúdo.”²⁵

Ainda que existam parâmetros na decisão para que o fornecedor de intermediação não tenha uma irrestrita liberdade quanto ao que remover ou bloquear, não se pode negar o risco que essa decisão tem sobre à liberdade de expressão, dada a mudança no papel que essas empresas de tecnologia passaram a desempenhar no tocante ao monitoramento do conteúdo gerado em suas plataformas²⁶.

Vale ressaltar que não existe nenhum tipo de obrigação geral de monitoramento a conteúdos de usuários da plataforma do Facebook²⁷, ou mesmo a obrigação de busca por futuros possíveis compartilhamentos de conteúdos ilegais por parte do provedor. Ele não tem, assim, nenhum tipo de obrigação legal de busca por conteúdo ilegal de forma genérica. A obrigação existe a partir do co-

24 CVRIA. *EU law does not preclude a host provider such as Facebook from being ordered to remove identical and, in certain circumstances, equivalent comments previously declared to be illegal*. Cvria: 03 de out. 2019. Disponível em: <<https://cúria.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2019-10/cp190128en.pdf>>. Acesso em: 28 de mai. 2021.

25 UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia. *Caso Eva Glawischnig-Piesczek/Facebook Ireland Limited, C-18/18*. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:62018CA0018&from=EN>. Acesso em: 13 abr. 2021.

26 UNESCO. *Liberdade de expressão no Brasil*. Disponível em: <https://pt.unesco.org/fieldoffice/brasil/expertise/freedom-expression-brasil>. Acesso em: 06 jun. 2021.

27 SILVER, Ingrid; PEPPER, Carolyn. *Monitoring online content: the impact of Eva Glawischnig-Piesczek v Facebook Ireland Limited*. Reed Smith, 12 nov. 2019. Disponível em: <https://www.reedsmith.com/em/perspectives/2019/11/monitoring-online-content-the-impact-of-eva-glawischnig-piesczek-v-facebook>. Acesso em: 06 jun. 2021.

nhecimento da notícia de um fato concreto e que esteja lesionando ou seja passível de lesionar direitos de terceiros, usuários ou não da plataforma.

Impor essa responsabilidade de vigilância e monitoramento às plataformas, seria conceder demasiado poder a elas²⁸ na medida em que ter-se-ia uma mudança no *conceito* da plataforma do Facebook, por exemplo, que ainda é tida, majoritariamente, como provedor passivo de intermediação²⁹, e passaria desempenhar papel ativo, pois estaria obrigado a criar mecanismos automatizados de controle dos conteúdos iguais ou semelhantes à determinado conteúdo considerado ilícito.

Os efeitos da aplicação de monitoramentos realizados por provedores de intermediação online pode então representar grandes riscos à liberdade de expressão na internet. O resultado da aplicação da decisão do processo C 18/18, sem nenhum tipo de balanceamento/proporcionalidade, possivelmente poderá acarretar excesso de bloqueio/apagamento de conteúdo, o que pode ser, em último caso, qualificado como censura.

Por fim, em relação ao item 3 da decisão, parece-nos que a decisão está equivocada.

De início, vale o registro a respeito das diferenças linguísticas e comportamentais em cada país³⁰. Quando o conteúdo é traduzido para outro idioma, muitas vezes se perde o sentido original³¹, correndo-se o risco de a tradução não refletir a intenção originária, ou mesmo, a depender do idioma ou costumes, (deixar de) representar algo ofensivo naquele país.

Além disso, os pedidos de remoção de conteúdo, de modo geral, envolvem questões relacionadas aos direitos da personalidade (imagem e honra). Estes são institutos jurídicos que podem, de um Estado para outro, variarem, de modo que um conteúdo pode ser considerado lícito em um país e ilícito em outro. Nesse sentido, caso um tribunal de um Estado-Membro determine que determinado conteúdo é ilícito e deve ser removido da plataforma globalmente, pode acontecer de aquele conteúdo em si, em um país qualquer, ser lícito, evocando novamente o problema da soberania e da jurisdição.

28 CAVALIERE, Paolo. *Glawischnig-Piesczek v Facebook on the Expanding Scope of Internet Service Providers' Monitoring Obligations (C-18/18 Glawischnig-Piesczek v Facebook Ireland)*. European Data Protection Law Review, [S.L.], v. 5, n. 4, p. 573-578, 2019. Lexion Verlag. <http://dx.doi.org/10.21552/edpl/2019/4/19>.

29 CAVALIERE, Paolo. *AG Opinion on C-18/18: Towards private regulation of speech worldwide*. European Law Blog: 28 de jul. 2019. Disponível em: <https://europeanlawblog.eu/2019/06/28/ag-opinion-on-c-18-18-towards-private-regulation-of-speech-worldwide/>. Acesso em: 26 de mai. 2021.

30 UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia. *Caso Eva Glawischnig-Piesczek/Facebook Ireland Limited, C-18/18*. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:62018CA0018&from=EN>. Acesso em: 13 abr. 2021.

31 “Traduttore, traditore” é um provérbio italiano que demonstra a complexidade do ato de tradução de uma mensagem para outro idioma e como, muitas vezes, a tradução não corresponde exatamente ao sentido original da mensagem, seja pela incapacidade do tradutor, seja pela ausência de palavras que traduzam com exatidão a mensagem.

A extensão quanto a aplicação de decisões que envolvam conteúdos compartilhados e armazenados em provedores fora objeto de análise quando do julgamento do caso Google x CNIL, em 2019. O caso em questão diz respeito ao caso Mario Costeja Gonzales x Google e La Vanguardia, especificamente em relação aos limites territoriais da ordem de desindexação de conteúdo após o pedido de apagamento de dados pessoais da suposta vítima, constantes em links, no motor de busca do Google Espanha. A ação consistiu no pedido de remoção ou alteração de páginas – links, em que informações suas estivessem disponíveis, por não mãos haver relevância na divulgação daquele conteúdo, pois o caso em questão já estava, inclusive, extinto.

Na época, a decisão (Processo C-507/17 do Tribunal de Justiça da União Europeia) que hoje é referência nas discussões acerca do direito ao esquecimento, entendeu pela responsabilidade do motor de busca do Google em remover o conteúdo no território correspondente à União Europeia, havendo o entendimento de que há uma divisão de tarefas entre a filial da Google na Espanha e a sua matriz nos Estados Unidos. Tem-se então, que “é o operador do motor de busca que determina as finalidades e os meios dessa atividade e, deste modo, do tratamento de dados pessoais que ele próprio efetua no contexto dessa atividade e que deve, consequentemente, ser considerado ‘responsável’ por esse tratamento[...]”³².

É possível, assim, perceber que houve uma mudança de entendimentos quanto aos limites de aplicação das decisões que envolvem a remoção de conteúdo dos provedores de conteúdo. No caso em tela, Processo C 18-18, o entendimento então passa a ser no sentido de aplicabilidade da decisão em nível global, impondo uma obrigação dos provedores em remover ou bloquear determinados conteúdos em nível mundial, e não só nos Estados-Membros da União Europeia.

A decisão já serviu como precedente para posteriores análises realizadas pelo Supremo Tribunal austríaco que, em março de 2020, ao analisar a abrangência da aplicação de decisão no caso Emissora pública nacional ORF *vs.* Facebook - 4Ob36/20b³³, sobre remoção de conteúdo postado/compartilhado na plataforma da rede social, entendeu pela possibilidade de pleito de remoção em nível global. A decisão pontua que se deve sempre ser dado ao autor tutela em nível nacional; entretanto, é possível a concessão de medidas em escala global, quando ao autor expressamente solicitar essa medida³⁴.

32 UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia. *Caso Google Spain SL/Google Inc. vs. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD)/Mario Costeja González, C-131/12*. Disponível em <https://cúria.europa.eu/juris/document/document.jsf?doclang=PT&text=&pageIndex=1&part=1&mode=req&docid=152065&occ=first&dir=&cid=201752>. Acesso em: 27 mai. 2021.

33 IACINO, Gianna. *Cease and desist order against hosting provider*. IRIS Merlin, 2021. Disponível em: <http://merlin.obs.coe.int/download/8930/pdf>. Acesso em: 06 jun. 2021.

34 SCHULTES, Rainer. *Austrian Supreme Court: Public national broadcaster ORF/Facebook – 4Ob36/20b*. Kluwer Copyright Blog: 02 de jun. 2020. Disponível em: <http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2020/06/02/austrian-supreme-court>

Por fim, ressalta-se que não se pode olvidar a condição de soberania da qual os Estados são dotados, de modo que dessa qualidade decorre a jurisdição que um determinado país tem para criar leis, operá-las e aplicá-las³⁵. Isso faz com que decisões, como a que aqui se discute, encontrem limitações ligadas à soberania e, consequentemente, jurisdicionais para sua aplicação em outros territórios diferentes daqueles para a qual àquela sentença tenha sido proferida³⁶.

Assim, não haveria a possibilidade de imposição da decisão ora em discussão, em outras nações, apenas pelo fato de que àquela ordem consta em uma decisão em um determinado país. Far-se-ia necessário o envolvimento de questões relacionadas ao direito internacional³⁷, tais como a cooperação e acordos, para a possibilidade de se aplicar uma decisão desse monte, sem o risco de violação a questões tão importantes e sensíveis quanto a soberania de um Estado.

4. CONCLUSÃO

Apesar do nome – Diretiva nº 31/2000 EU sobre Comércio Eletrônico – a legislação europeia vem sendo usada em todas as questões que envolvem debates sobre a responsabilidade dos provedores de Internet, na medida em que ela conceitua essas figuras e estabelece a regra geral de ausência de responsabilidade por atos praticados por terceiros usuários dos provedores de Internet, principalmente no formato *marketplace* e em um cenário de provedor passivo de produtos/serviços a Internet³⁸.

A escolha deste julgado, que aparentemente não guarda relação com a temática da obra (Comércio Eletrônico), não foi por acaso. Tampouco o fato de ser o primeiro artigo. A importância deste julgado recai nos critérios de interpretação fixados pelo Tribunal de Justiça da União Europeia a respeito de quatro pontos muito importantes da Diretiva de Comércio Eletrônico, a saber (i) o momento em que faz nascer o dever do provedor de hospedagem de remover o conteúdo tido como ilícito após a sua ciência; (ii) se esse dever abrange conteúdos idênticos compartilhados por outros usuários; (iii) se esse dever abarca também o controle sobre conteúdo semelhante criados/compartilhados por outros usuários; e (iv) o

-public-national-broadcaster-orf-facebook-40b36-20b/>. Acesso em: 30 de mai. 2021.

35 YARSHELL, Flávio Luiz; GOMES, Adriano Camargo. *Limites da jurisdição e efetividade de decisões no ambiente da internet*. Conj. 13 ago. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-ago-13/yarshell-gomes-limites-jurisdicao-decisoes-internet>. Acesso em: 06 jun. 2021.

36 CARVALHO, Lucas Borges de. Soberania digital: legitimidade e eficácia da aplicação da lei na internet. *Revista Brasileira de Direito*, Passo Fundo, v. 14, n. 2, p. 213-235, set. 2018. Disponível em: <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/2183>. Acesso em: 06 jun. 2021.

37 BIZER, Anna. *A resurrection of Shevill? AG Szpunar's opinion in Glawischmig-Piesczek v Facebook Ireland (C-19/18)*. Conflict of Laws, 03 jul. 2019. Disponível em: <https://conflictoflaws.net/2019/a-a-resurrection-of-shevill-ag-szpunars-opinion-in-glawischmig-piesczek-v-facebook-ireland-c-18-18/>. Acesso em: 06 de jun. 2021.

38 Sobre a questão envolvendo provedor ativo e passivo, vale a leitura dos textos de autoria dos Professores Giovanni Berti e Marinis e Araya-Alicia Estancona Perez, nesta mesma obra.

alcance jurisdicional (Estado-membro, União Europeia ou Global) da decisão de remoção do conteúdo pelo provedor de hospedagem.

Assim, esse julgado perpassa pelos pontos mais importantes a respeito da temática e sua análise, logo em primeiro plano, serve de porta de entrada para as demais decisões europeias que são objeto da obra, permitindo, aliás, que estes pontos não precisem ser replicados nas demais análises.

Em síntese, o julgado analisado impõe ao provedor de hospedagem a remoção imediata do conteúdo tido como ilícito, após a sua ciência, tal qual, aliás, a regra encampada no artigo 19 do Marco Civil da Internet no Brasil – embora na EU a ciência possa ser extrajudicial ao passo que no Brasil a regra é a intimação judicial para remoção do conteúdo ilícito.

Mais do que isso, o Tribunal de Justiça da União Europeia determina que os conteúdos idênticos, ainda que compartilhados por terceiros, também sejam removidos pelo provedor, independentemente de indicação do URL por parte do ofendido (o que ainda é uma regra no Brasil³⁹). Isso impõe aos provedores a criação de filtros de *uploads*, sob pena de responsabilização civil. O risco desse entendimento está em duas questões distintas: a) o eventual mau funcionamento do filtro, que pode gerar exclusão de conteúdos que não são exatamente idênticos; e b) a transferência da responsabilidade jurisdicional para os provedores. Sobre este último ponto, vale citar, no Brasil, o Recurso Especial nº 1.698.647, de Relatoria da Ministra Nancy Andrighi – Terceira Turma do STJ – que expressamente pontuou que a ordem de retirada deve ser do Poder Judiciário e não do particular, seja ele a vítima ou a plataforma⁴⁰.

A decisão europeia, entretanto, não para por aí e impõe, a critério do Estado-Membro, a possibilidade de que também se determine a remoção de conteúdos semelhantes àquele tido como ilícito. Assim, o risco de restrição à livre iniciativa e à liberdade de expressão aumentam consideravelmente, na medida

39 Vale o registro de que decisão relativamente recente do Superior Tribunal de Justiça afastou a necessidade de indicação da URL no julgamento, sobre direito ao esquecimento (Recurso Especial nº 1.660.168/RJ, Min. Rel. Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma do STJ). Parece, ainda, ser posicionamento minoritário na Corte, liderado pelo Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Sobre o posicionamento minoritário, vale citar o Recurso Especial nº 1.654.221/SP, Relator para Acórdão Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma do STJ.

40 “Ao dar provimento ao recurso e afastar a obrigação do Google de suprimir o conteúdo futuro, a ministra Nancy Andrighi afirmou que não há previsão legal para que a parte vencedora em uma ação dessa natureza possa informar livremente os endereços das páginas a serem retiradas do ar. “Apesar da engenhosidade da solução encontrada, não há respaldo na legislação ou na jurisprudência que permitam atribuir a um particular a prerrogativa de determinar a exclusão de conteúdo”, disse a relatora. Segundo a ministra, a ordem que determina a retirada de um conteúdo da internet deve partir do Poder Judiciário, ao qual compete analisar se determinado conteúdo é ou não ofensivo. A indicação precisa da URL, de acordo com ela, é um dos requisitos para a retirada do conteúdo ofensivo, conforme prevê o Marco Civil da Internet. “Dessa forma, conclui-se pela impossibilidade de cumprir ordens que não contenham o conteúdo exato, indicado por localizador URL, a ser removido, mesmo que o acórdão recorrido atribua ao particular interessado a prerrogativa de informar os localizadores únicos dos conteúdos supostamente infringentes”, resumiu a ministra.”. Disponível no sítio eletrônico do Superior Tribunal de Justiça: <https://www.stj.jus.br/sites/portaltj/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2018/2018-02-19_08-02_Indicacao-de-URL-para-remocao-de-conteudo-na-internet-deve-ser-restrita-a-conteudo-julgado.aspx>. Acesso em: 06 de jun. 2021.

em que caberá ao provedor analisar e interpretar os textos semelhantes, tarefa hercúlea no estágio atual de desenvolvimento da inteligência artificial e que pode obrigar que esses provedores tenham dezenas de milhares de pessoas analisando e interpretando todos os conteúdos minimamente semelhantes àquele tido como ilícito.

Por fim, o julgado ainda impõe a remoção em todo o mundo e, provavelmente, em todo e qualquer idioma. A decisão, assim, ignora as regras de territorialidade e jurisdição internacional, trazendo, ainda, a necessidade não só de interpretar para aferir conteúdos semelhantes, como de interpretar os textos em todos os idiomas do mundo, o que ultrapassa qualquer critério jurídico e qualquer critério de razoabilidade.

É bem verdade que a decisão europeia pontua que a interpretação não pode ser tal que exija uma análise autônoma por parte do provedor, mas quais critérios seriam esses, considerando as barreiras linguísticas existentes no mundo? Mesmo se considerarmos o âmbito europeu apenas, estar-se-ia diante de ao menos 24 (vinte e quatro) idiomas distintos e tidos como oficiais pela própria União Europeia, sem mencionar os diferentes dialetos e idiomas não oficiais, que poderiam totalizar mais 60 (sessenta) idiomas distintos, falados por aproximadamente 40 (quarenta) milhões de europeus⁴¹.

Assim, as questões apontadas justificam a presença deste julgado na obra, na medida em que permite refletir melhor sobre a tutela das plataformas – inclusive de comércio eletrônico – no âmbito da União Europeia e também no Brasil.

Não nos parece que a obrigação de remoção de conteúdos possa se estender para conteúdos semelhantes, pelos riscos já mencionados. Ao mesmo tempo, e seguindo a linha dominante da jurisprudência brasileira, parece ser o melhor caminho a necessidade de indicação da URL pelo autor para que o Poder Judiciário analise a (il)licitude do conteúdo, com as óbvias exceções previstas no próprio Marco Civil da Internet.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANDRÉS, Moisés Barrio. *Manual de derecho digital*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2020.
- BIZER, Anna. *A resurrection of Shevill? AG Szpunar's opinion in Glawischnig-Piesczek v Facebook Ireland (C-19/18)*. Conflict of Laws, 03 jul. 2019. Disponível em: <https://conflictoflaws.net/2019/07/a-resurrection-of-shevill-ag-szpunars-opinion-in-glawischnig-piesczek-v-facebook-ireland-c-18-18/>. Acesso em: 06 jun. 2021.
- CARVALHO, Lucas Borges de. *Soberania digital: legitimidade e eficácia da aplicação da lei na internet*. Revista Brasileira de Direito, Passo Fundo, v. 14, n. 2, p. 213-235, set. 2018. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/revista-brasil/article/view/75444>.

41 UNIÃO EUROPEIA. *As línguas da EU*. Disponível em: <https://europa.eu/european-union/about-eu/eu-languages_pt#:~:text=A%20UE%20tem%201%20%C3%ADnguas%20oficiais>. Acesso em: 06 de jun. 2021.

- .edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/2183. Acesso em: 06 jun. 2021.
- CAVALIERE, Paolo. *AG Opinion on C-18/18: Towards private regulation of speech worldwide*. European Law Blog: 28 de jul. 2019. Disponível em: <https://europeanlawblog.eu/2019/06/28/ag-opinion-on-c-18-18-towards-private-regulation-of-speech-worldwide/>. Acesso em: 26 de mai. 2021.
 - CAVALIERE, Paolo. *Glawischmig-Piesczek v Facebook on the Expanding Scope of Internet Service Providers' Monitoring Obligations (C-18/18 Glawischmig-Piesczek v Facebook Ireland)*. European Data Protection Law Review, [S.L.], v. 5, n. 4, p. 573-578, 2019. Lexxion Verlag. <http://dx.doi.org/10.21552/edpl/2019/4/19>.
 - CHIAVASSA, Marcelo de Mello Paula Lima. ANDRADE, Vitor Morais de. *Manual de Direito Digital*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.
 - Coalizão Direitos na Rede. *Liberdade de expressão online e o papel do Marco Civil da Internet*. 2019. Disponível em: <https://direitosnarede.org.br/2019/12/11/cdr-lanca-cartilha-sobre-liberdade-de-expressao-na-internet/>. Acesso em 13 abr. 2021.
 - CVRIA. *EU law does not preclude a host provider such as Facebook from being ordered to remove identical and, in certain circumstances, equivalent comments previously declared to be illegal*. Cvria: 03 de out. 2019. Disponível em: <https://cúria.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2019-10/cp190128en.pdf>. Acesso em: 28 de mai. 2021.
 - IACINO, Gianna. *Cease and desist order against hosting provider*. IRIS Merlin, 2021. Disponível em: <http://merlin.obs.coe.int/download/8930/pdf>. Acesso em: 06 jun. 2021.
 - IRIS. *Liberdade de expressão, moderação de conteúdo e o PL das fake news*. Publicado em: 06 jul. 2020. Disponível em: <https://irishb.com.br/liberdade-de-expressao-moderacao-de-conteudo-e-o-pl-das-fake-news/>. Acesso em: 12 abr. 2021.
 - LANGENEGGER, Natalia. *Teses jurídicas sobre liberdade de expressão na internet: interpretações que fortalecem os princípios do Marco Civil da Internet no Brasil*. São Paulo: Artigo 19, 2018. Disponível em: https://artigo19.org/wp-content/blogs.dir/24/files/2018/11/Livro_Web.pdf. Acesso em: 10 abr. 2021.
 - LEONARDI, Marcel. *Responsabilidade Civil dos Provedores de Serviços de Internet*. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2005.
 - MEDEIROS, Juliana. *Responsabilidade civil dos provedores de aplicações de internet e os direitos dos usuários: o que deve prevalecer?* Rio de Janeiro, Grupo de Pesquisa de Direito do Instituto de Tecnologia e Sociedade, 2020. Disponível em: https://itsrio.org/wp-content/uploads/2020/10/Responsabilidade-civil-dos-provedores-de-aplica%C3%A7%C3%B5es-de-internet_Juliana_Medeiros.pdf. Acesso em: 11 abr. 2021
 - NUNES, Samuel; MIRANDA, Frederico Cardoso de. O debate do lícito e do ilícito na internet: liberdade de expressão e remoção de conteúdo. *Revista do Cejur: Prestação Jurisdicional*, Florianópolis v.7 n.1, p.96-124, Janeiro-Dezembro, 2019.
 - O'Reilly, Tim. *What is Web 2.0*. Disponível em <https://www.oreilly.com/pub/a/web2/archive/what-is-web-20.html>. Acesso em: 10 de mai. 2021
 - RIZÉRIO, Lara. *Há 13 anos, bolha da Internet começava a explodir nos EUA*. Disponível em: <https://www.infomoney.com.br/mercados/o-estouro-da-bolha-pontocom-que-quebrou-mais-de-500-empresas-e-e-uma-assombracao-ate-hoje/>. Acesso em: 10 de mai. 2021.
 - SCHULTES, Rainer. *Austrian Supreme Court: Public national broadcaster ORF/Facebook – 4Ob36/20b*. Kluwer Copyright Blog: 02 de jun. 2020. Disponível em: <http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2020/06/02/austrian-supreme-court-public-national-broadcaster-orf-facebook-4ob36-20b/>. Acesso em: 30 de mai. 2021.
 - SILVER, Ingrid; PEPPER, Carolyn. *Monitoring online content: the impact of Eva Glawischmig-Piesczek v Facebook Ireland Limited*. Reed Smith, 12 nov. 2019. Disponível em: <https://www.reedsmith.com/en/perspectives/2019/11/monitoring-online-content-the-impact-of-eva-glawischmig-piesczek-v-facebook>. Acesso em: 06 jun. 2021.
 - TEFFÉ, Chiara Spadaccini de. *Direito à imagem na Internet: Estudo sobre o tratamento do Marco Civil da Internet para os casos de divulgação não autorizada de imagens íntimas*. Revista de Direito Civil Contemporâneo, vol. 15, abril-junho 2018, pags. 93/127, nota de rodapé nº 24, Ed. Revista dos Tribunais/Thomson Reuters.
 - UNESCO. *Liberdade de expressão no Brasil*. Disponível em: <https://pt.unesco.org/fieldoffice/brasil>

expertise /freedom -expression -brazil. Acesso em: 06 jun. 2021.

- UNIÃO EUROPEIA. *As línguas da EU*. Disponível em: <https://europa.eu/european-union/about-eu/eu-languages_pt#:~:text=A%20UE%20tem%204%C3%ADnguas%20oficiais>. Acesso em: 06 de jun. 2021.

- UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia. *Caso Google Spain SL/Google Inc. vs. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD)/Mario Costeja González, C-131/12*. Disponível em <https://cúria.europa.eu/juris/document/document.jsf?doclang=PT&text=&pageIndex=1&part=1&mode=req&docid=152065&occ=first&dir=&cid=201752>. Acesso em: 27 mai. 2021.

- UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia. *Caso Eva Glawischnig-Piesczek/Facebook Ireland Limited, C-18/18*. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:62018CA0018&from=EN>. Acesso em: 13 abr. 2021.

- UNIÃO EUROPEIA. *Diretiva 2000/31/CE* do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa a certos aspectos legais dos serviços da sociedade de informação, em especial do comércio eletrônico, no mercado interno, 08 jun. 2000. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32000L0031&from=PT>. Acesso em: 14 abr. 2021.

- YARSHELL, Flávio Luiz; GOMES, Adriano Camargo. *Limites da jurisdição e efetividade de decisões no ambiente da internet*. Conjur, 13 ago. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-ago-13/yarshell-gomes-limites-jurisdicao-decisoes-internet>. Acesso em: 06 jun. 2021.

RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PRESTADORES DE SERVIÇOS DE ANÚNCIO VIRTUAL DE VEÍCULOS

(*COMENTÁRIOS AO AGRAVO INTERNO NO ARESP Nº 862.511/SP – STJ*)

RAFAEL MARINANGELO¹

1. O CASO

O caso sob análise versa sobre ação indenizatória, por danos materiais e morais, promovida por adquirente de veículo Honda Civic LXS, 1.8, automático, ano 2013, modelo 2014, anunciado na plataforma virtual de anúncios denominada *webmotors*, pelo valor de R\$ 55.000,00.

O autor da ação alegou ter tido acesso ao anúncio disponibilizado em sítio virtual daquela prestadora de serviços e fechado negócio com os supostos titulares do veículo, no valor total de R\$ 54.000,00, sendo R\$ 44.000,00, pagos com recursos próprios e R\$ 10.000,00, pagos mediante financiamento bancário.

Informou, ainda, ter levado o carro a mecânico de sua confiança para aferir a veracidade da quilometragem marcada no painel de instrumentos, obtendo resposta positiva.

Adquirido o bem, o autor da ação foi surpreendido com notícia da seguradora acerca da divergência entre o número do chassi e da placa do automóvel, discrepância esta que, como veio a descobrir em pesquisa perante as autoridades policiais, decorria do fato de ser produto de roubo e o documento de circulação (CRLV) material e ideologicamente falso.

Aduziu que, embora divulgue realizar exame de qualidade de todos os anúncios expostos em seu *site*, exigindo, para tanto, preenchimento de extensa lista de informações cadastrais - tais como nome completo, telefone, CPF, marca do veículo, cor, placas, número do Renavam, dentre outros - a *webmotors* não apenas não detinha o Renavam do veículo em sua base de dados, como, ainda, não tinha conferido a veracidade das informações do anunciante.

¹ Graduado, Mestre e Doutor em Direito pela PUC/SP Especialista em Direito Civil Europeu e Italiano pela Scuola di Specializzazione in Diritto Civile della Università degli Studi di Camerino - Itália

Com esteio na situação fática anteriormente narrada, o autor da ação buscou responsabilizar o sítio virtual de anúncios, pautando sua pretensão nos artigos 5º, incisos V e X, da Constituição Federal, 927, parágrafo único, do Código Civil e 14, do Código de Defesa do Consumidor.

A responsabilidade objetiva do provedor, segundo a narrativa autoral, assenta-se no risco do empreendimento, pois ao assumir os bônus da alta lucratividade de seu negócio, deve, também, assumir os ônus de eventuais fraudes ou ilícitos praticados contra seus clientes, visto tratar-se de fortuito interno.

Destacou, ainda, o autor da ação, haver no site expressa menção à alerta segundo o qual “todos os anúncios são aprovados por uma equipe qualificada”, antes de ser exposto no site, juntando, inclusive, impressão comprobatória da página da *web* contendo referida informação.

Por fim, requereu a devolução do valor pago pelo bem, acrescido de danos morais, consistente no abalo psicológico do evento que lhe causou vergonha, desespero, sentimento de impotência e da perda de suas economias hauridas por longos anos de sacrifício.

Citada, a *webmotors* deixou de apresentar defesa e o feito foi julgado, antecipadamente, improcedente, em virtude de o juiz de primeiro grau considerar que “a requerida funciona como revista eletrônica, mera veiculadora de anúncios de venda de veículos, não atuando como intermediária ou prestadora de serviços” e, portanto, desobrigada “de verificar os dados dos anunciantes e dos veículos anunciados, o que deve ser feito pelos interessados na aquisição”.

O autor manejou recurso de apelação contra a decisão de primeiro grau, ao qual, todavia, foi negado provimento por votação unânime, mantendo-se a r. sentença hostilizada em acórdão assim ementado:

“EMENTA: Compra e venda de veículo. Anúncio em site da internet. Veículo clonado. Estelionato. Indenização por danos materiais e morais. Ação julgada improcedente. Negócio efetivado diretamente com terceiro, sendo caso de revista eletrônica de anúncios. Ausência de responsabilidade solidária para imputar ressarcimento de danos. Não enquadramento da hipótese prevista no art. 14 do Código de Defesa do Consumidor. Recurso improvido.

Figurando a ré como mera anunciante virtual não pode ser responsabilizada pelos prejuízos causados ao autor diante da apreensão do veículo clonado. O contrato restou efetivado diretamente com terceiro, após vistoria e exame documental, e não há enquadramento no artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor.

O serviço de anúncio virtual para venda e compra de veículos não se submete a gerenciamento das informações relativas às mercadorias inseridas pelos usuários, sendo caso de transmissão da oferta feita pelo anunciante, não cabendo responsabilização por dano decorrente da prática de estelionato.”

Consoante o mencionado acórdão, “o serviço prestado é de divulgação de anúncios e ofertas de vários anunciantes, sem consultoria ou participação no negócio jurídico. Não cabe ao site, portanto, que atua como espaço de propaganda

ou anúncio, avaliar e confirmar a veracidade ou a documentação de que se utiliza de seus serviços, responsabilidade, esta, afeita ao comprador.

O Recurso Especial interposto pelo autor, com fundamento no artigo 105, III, “a” e “c”, da Constituição Federal, foi submetido ao crivo do Superior Tribunal de Justiça, por força de Recurso de Agravo contra despacho denegatório, o qual, porém, não foi conhecido.

Manejado novo recurso de agravo, o feito, finalmente, foi apreciado pela corte superior, mas, no mérito, foi-lhe negado provimento, em decisão de lavra da Ministra Maria Isabel Gallotti, cujos fundamentos serão tratados no tópico subsequente e submetidos a juízo crítico no presente trabalho.

2. OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO

Amparada, em grande parte, pelo julgado proferido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, a decisão do Superior Tribunal de Justiça considerou inexistir responsabilidade civil por parte do provedor de internet, atuante como mero balcão de anúncios.

Isso porque a relação jurídica de compra e venda é estabelecida entre os particulares, cabendo, a eles, adotar as medidas de cautela pertinentes para a saudável e escorreita conclusão do contrato.

A análise da regularidade documental do veículo deveria, nesse sentido, ter sido realizada pelo comprador que, inclusive, teve oportunidade de levá-lo a um profissional mecânico para aferir a veracidade da quilometragem constante do painel de instrumentos.

O provedor de conteúdo, que não edita, organiza ou de qualquer forma gerencia as informações relativas às mercadorias inseridas pelos usuários, não está obrigado a fiscalizar a veracidade ou a origem dos produtos anunciados, pois oferece apenas meio físico de repasse de mensagens e imagens transmitidas por outras pessoas.

Por isso, a revista virtual de anúncios não responde por prejuízos sofridos pelo consumidor diante da prática de crime de autoria de terceiros, nem mesmo por qualquer vício da mercadoria ou inadimplemento contratual.

Em abono à tese sustentada pelo julgado, foram apresentadas as ementas dos seguintes julgados, originários do Superior Tribunal de Justiça, como precedentes aplicáveis ao caso, justificadores da aplicação da Súmula 83, daquele Tribunal²:

2 Súmula 83: Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida.

“AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL (CPC/1973). COMPRA REALIZADA NA INTERNET. SITE DE BUSCA. LEGITIMIDADE PASSIVA. CERCEAMENTO DE DEFESA. INDEFERIMENTO DE PRODUÇÃO DE PROVA. INOCORRÊNCIA. REEXAME DE FATOS E PROVAS. SÚMULA 7/STJ. PUBLICAÇÃO DE SENTENÇA. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO. ALEGAÇÃO DE NULIDADE. TRIBUNAL A QUO QUE DECIDIU A QUESTÃO EM CONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. PREJUIZO NÃO CONSTATADO. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DA SÚMULA Nº 7/STJ. RESPONSABILIDADE DO SITE DE BUSCA. AUSÊNCIA DE RELAÇÃO DE CONSUMO. DANO. CARACTERIZAÇÃO. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. INCIDÊNCIA. SÚMULA 211/STJ. AGRAVO DESPROVIDO.”

(AgInt no AREsp 644.992/DE, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 25/10/2016, DJe 17/11/2016)

“AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. PUBLICAÇÃO DE ANÚNCIO FALSO NA INTERNET. LEGITIMIDADE PASSIVA DO PROPRIETÁRIO DO VEÍCULO DE COMUNICAÇÃO. SÚMULA STJ/7. DANO MORAL. AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDADE. DECISÃO AGRAVADA. MANUTENÇÃO.

I. A convicção a que chegou o Tribunal a quo quanto à legitimidade passiva ad causam do proprietário do site em que se publicou o anúncio falso decorreu da análise do conjunto probatório. O acolhimento da pretensão recursal demandaria o reexame do mencionado suporte. Incide nesse ponto a Súmula STJ/7.

II. A responsabilidade pelo dano decorrente de fraude não pode ser imputada ao veículo de comunicação, visto que esse não participou da elaboração do anúncio, tampouco do contrato de compra e venda do veículo.”

Agravo Regimental improvido. (AgRg nos EDcl no Ag 1360058/RS, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 12/04/2011, DJe 27/04/2011)

“CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO DE COBRANÇA, CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. CONTRATAÇÃO DE EMPRÉSTIMO JUNTO A INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. DEPÓSITO DE IMPORTÂNCIA A TÍTULO DE PRIMEIRA PRESTAÇÃO. CRÉDITO MUTUADO NÃO CONCEDIDO. ATRIBUIÇÃO DE RESPONSABILIDADE CIVIL AO PRESTADOR DO SERVIÇO E À REDE DE TELEVISÃO QUE, EM PROGRAMA SEU, APRESENTARA PROPAGANDA DO PRODUTO E SERVIÇO. “PUBLICIDADE DE PALCO”. CARACTERÍSTICAS. FINALIDADE. AUSÊNCIA DE GARANTIA, PELA EMISSORA, DA QUALIDADE DO BEM OU SERVIÇO ANUNCIADO. MERA VEICULAÇÃO PUBLICITÁRIA. EXCLUSÃO DA LIDE. MULTA PROCRASTINATÓRIA APLICADA PELA INSTÂNCIA ORDINÁRIA. PROPÓSITO DE PREQUESTIONAMENTO. EXCLUSÃO. SÚMULA N. 98-STJ. CDC, ARTS. 3º, 12, 14, 18, 20, 36, PARÁGRAFO ÚNICO, E 38; CPC, ART. 267, VI.

I. A responsabilidade pela qualidade do produto ou serviço anunciado ao consumidor é do fornecedor respectivo, assim conceituado nos termos do art. 3º da Lei n. 8.078/1990, não se estendendo à empresa de comunicação que veicula a propaganda por meio de apresentador durante programa de televisão, denominada “publicidade de palco”.

II. Destarte, é de se excluir da lide, por ilegitimidade passiva ad causam, a emissora de televisão, por não se lhe poder atribuir co-responsabilidade por apresentar publicidade de empresa financeira, também ré na ação, que teria deixado de fornecer o empréstimo ao telespectador nas condições prometidas no anúncio. III. “Embargos de declaração manifestados com notório propósito de prequestionamento não tem caráter protelatório” (Súmula n. 98/STJ). IV. Recurso especial conhecido e provido.”

(REsp 1157228/RS, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 03/02/2011, DJe 27/04/2011)

Assim delineados os argumentos decisórios que lastrearam a exclusão da responsabilidade civil do provedor de internet *webmotors*, compete-nos tecer nossos comentários, alinhavados no item subsequente.

3. COMENTÁRIOS

Embora em muitos aspectos a sociedade da informação tenha criado, apenas, novas formas para velhos negócios, em tantos outros se verifica verdadeira revolução do mercado com comércios, outrora, inimagináveis.

Visto proporcionar a consulta e o compartilhamento de infinitas informações e recursos, independentemente de local de origem de sua disponibilização, a *Internet* é considerada um dos principais fatores da globalização.³

A rede mundial de computadores é tão profícua à prática negocial que, atualmente, é difícil identificar setores ou redes comerciais desprovidas de algum tipo de representatividade no ambiente virtual.⁴ Assim, para além das lojas físicas, o mercado passou a valer-se do *e-commerce*, com lojas virtuais, cujos atrativos envolvem menores custos de investimentos e abertura ao mercado globalizado.⁵

A pesquisa de produtos ou serviços foi facilitada com os motores de busca, informações sobre a qualidade do fornecedor são facilmente identificáveis, graças aos sites de reclamações, e a acessibilidade aos produtos foi potencializada depois do incremento dos serviços de entrega, evitando o deslocamento do consumidor ao ponto comercial.

Tudo isso é possível graças à estrutura da *Internet*, composta por provedores categorizados consoante a atividade ou função exercida naquele ambiente: provedores de *backbone*, provedores de conteúdo ou informação (*information providers* ou *content providers*), provedores de acesso (*Internet Service Providers*), provedores de hospedagem (*hosting service providers*) e provedores de correio eletrônico.⁶

A atividade dos provedores tem caráter comercial, de escopo lucrativo, mediante prestação de serviços atinentes à sociedade da informação.⁷ Figuram como

3 BELLÍ, Guido, *La responsabilità civile dei service providers*, in *La responsabilità civile*, 10, ottobre 2011, *Le Rassegne Informatica*, p. 693.

4 TOMASEVÍCIUS FILHO, Eduardo, *O marco civil da internet e as liberdades de mercado*, in *Direito e Internet III*. Marco Civil da Internet. Lei nº 12.965/2014, Tomo II, São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 51.

5 Como pontua Tarcísio Teixeira, o comércio eletrônico não deixa de ser extensão do comércio convencional, “pois se trata de um ambiente digital em que as operações de troca, compra e venda, e prestação de serviços ocorrem com suporte de equipamentos e programas de informática, por meio dos quais possibilita realizar a negociação, a conclusão e até a execução do contrato, quando for o caso de bens intangíveis”. (TEIXEIRA, Tarcísio, *Responsabilidade civil no comércio eletrônico: a livre-iniciativa e a defesa do consumidor*, in *Direito e Internet III*. Marco Civil da Internet. Lei nº. 12.965/2014, Newton de Lucca, Adalberto Simão Filho e Cíntia Rosa Pereira de Lima (coords.), Tomo II, São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 342)

6 MARTINS, Guilherme Magalhães, *Responsabilidade civil por acidente de consumo na Internet*, 3ª ed. revista e ampliada, São Paulo: Thomson Reuters do Brasil, 2020, p. 397.

7 BELLÍ, Guido, *La responsabilità civile dei service providers*, in *La responsabilità civile*, 10, ottobre 2011, *Le Rassegne Informatica*, p. 694.

intervenientes no processo de transmissão da informação pela *Internet* e conceituam-se como “pessoa, singular ou colectiva, que presta serviços relacionados com o próprio aproveitamento da rede Internet, de uma forma organizada, com carácter duradouro e com uma finalidade lucrativa - ou seja, a título profissional”.⁸

O provedor de *backbone* oferece conectividade por meio de cabos de fibra ótica de alta velocidade pelos quais passam os dados transmitidos pela *Internet*.⁹ Trata-se de serviço “adquirido para revenda ou aplicação, direta ou indireta, na atividade empresarial” dos provedores de acesso e hospedagem.¹⁰

Os provedores de acesso realizam o serviço de conexão do usuário à Internet, por meio do IP (*Internet Protocol*), consistente num endereço exclusivo identificador do dispositivo na rede mundial de computadores.¹¹

Os provedores de hospedagem prestam serviço de armazenamento de arquivos em servidores próprios, possibilitando seu acesso nos termos definidos com o provedor de conteúdo. Os *host providers* podem oferecer, ainda, serviços de locação de equipamentos informáticos e de servidores, registros de nomes de domínio ou “plataformas prontas para a disponibilização de conteúdo por usuários em formatos preestabelecidos, tais como álbuns de fotos, canais de vídeos, *blogs* e outros”.¹²

Os provedores de correio eletrônico viabilizam a troca de mensagens entre os usuários, disponibilizando espaço de armazenamento no servidor de e-mail, endereço eletrônico exclusivo e senha de acesso.

Os provedores de conteúdo ou de informação fornecem o conteúdo disponibilizado na rede. Eles coletam, mantêm e organizam informações acessíveis, gratuita ou onerosamente, além de poderem figurar como intermediários de contratos eletrônicos de produtos ou serviços disponibilizados no ambiente de rede.¹³

8 CASIMIRO, Sofia de Vasconcelos, *Responsabilidade civil pelo conteúdo da informação transmitida pela Internet*, Coimbra: Almedina, 2000, p. 30.

9 MARTINS, Guilherme Magalhães, *Responsabilidade civil por acidente de consumo na Internet*, 3ª ed. revista e ampliada, São Paulo: Thomson Reuters do Brasil, 2020, p. 397.

10 MARTINS, Guilherme Magalhães, *Responsabilidade civil por acidente de consumo na Internet*, 3ª ed. revista e ampliada, São Paulo: Thomson Reuters do Brasil, 2020, p. 398.

11 “Cada dispositivo conectado que utiliza o protocolo TCP/IP tem um endereço IP que o identifica, sendo único dentro da sua rede. Na versão atual mais utilizada (IPv4), o endereço IP é formado por uma combinação de quatro números entre 0 a 255, dividido por pontos (por exemplo: 200.12.45.2 e 10.1.1.1). Assim, quando alguém acessa uma página na internet para, por exemplo, escrever uma mensagem em uma rede social, fornece ao proprietário do site o seu endereço IP capaz de identificar a origem dos dados.” (LIMA, Glaydson de Farias, *Manual de Direito Digital, fundamentos, legislação e jurisprudência*, Curitiba: Apriis, 2016, pp. 47-48)

12 LEONARDI, Marcel, *Fundamentos de Direito Digital*, São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 13.

13 MARTINS, Guilherme Magalhães, *Responsabilidade civil por acidente de consumo na Internet*, 3ª ed. revista e ampliada, São Paulo: Thomson Reuters do Brasil, 2020, p. 398.

Os provedores de conteúdo costumam ser divididos em provedores de informação e provedores de conteúdo, propriamente dito. Os de informação são pessoas naturais ou jurídicas autoras da informação disponibilizada na *Internet*, enquanto os de conteúdo são pessoas naturais ou jurídicas que disponibilizam as informações criadas pelos provedores de informação, armazenando-as em servidores próprios ou em provedores de hospedagem, podendo exercer, ou não, controle editorial prévio sobre o conteúdo divulgado.

Sobre a responsabilidade civil dos provedores, existem duas teorias em voga, igualmente relevantes, na dogmática nacional: a) a que considera “a gradativa extensão da responsabilidade do organizador da plataforma, conforme sua intervenção ou participação na contratação entre o consumidor e o fornecedor direto”; b) “a que sustenta a necessidade de examinar-se caso a caso o modo de participação do organizador da plataforma digital e sua capacidade de intervenção no conteúdo da relação entre o fornecedor direto e o consumidor que resulta da sua intermediação”.¹⁴

Como elucida Miragem, a primeira vertente doutrinária baseia-se no argumento “da proteção da confiança em relação à imagem ou publicidade que realiza o organizador da plataforma digital, pois o ato de contratar por intermédio daquela plataforma se deve à confiança nela própria e não, necessariamente, nos fornecedores diretos que dela se utilizam para oferecer seus produtos aos consumidores”.¹⁵

A segunda corrente dogmática diferencia “as situações em que o poder do organizador da plataforma digital se estende também à execução do contrato de consumo que intermediou, sobre o qual exerce diferentes níveis de controle, e aquelas nas quais sua atuação limita-se à intermediação, sem que possa interferir na prestação”.¹⁶ Nesses casos, prevalece a ausência de responsabilidade do provedor de internet por conteúdo ilegal gerado por terceiros, prevista no artigo 19, do Marco Civil da Internet.

3.1. A PROTEÇÃO DA CONFIANÇA

Discute-se, na era da pós-modernidade, a nova realidade de comunicação, da transparência, da ubiquidade, da imaterialidade advinda com o fenômeno da sociedade da informação, e os desafios impostos ao Direito, permeado pelo ce-

14 MIRAGEM, Bruno, *Novo paradigma tecnológico, mercado de consumo digital e o direito do consumidor*, in Revista de Direito do Consumidor, vol. 125/2019, p. 17-62, set-out 2019, RT.

15 MIRAGEM, Bruno, *Novo paradigma tecnológico, mercado de consumo digital e o direito do consumidor*, in Revista de Direito do Consumidor, vol. 125/2019, p. 17-62, set-out 2019, RT.

16 MIRAGEM, Bruno, *Novo paradigma tecnológico, mercado de consumo digital e o direito do consumidor*, in Revista de Direito do Consumidor, vol. 125/2019, p. 17-62, set-out 2019, RT.

ticismo quanto à sua capacidade de dar respostas adequadas aos problemas “que perturbam a sociedade atual e modifica-se com uma velocidade assustadora”.¹⁷

Dentre as dificuldades perturbadoras da sociedade, pode-se citar a crise da confiança, representada pela disseminação da dúvida, da descrença, da suspeita no efetivo desenrolar do negócio jurídico, gerando, por conseguinte, longas disposições contratuais com o fito de abarcar todas as possíveis situações decorrentes da relação jurídica encetada.

Por derivação lógica, nada mais é pressuposto, apenas exposto e, na ausência de regulação expressa, a aflição se instaura entre as partes, impedindo soluções consensuais e fomentando longas e insatisfatórias demandas judiciais.

Como delineado por Claudia Lima Marques, nas relações negociais, máxime as de consumo:

“O indivíduo decide se aquela atividade, oferta ou contexto de consumo merece sua confiança. Efetivamente, se confiamos no parceiro contratual atuamos de forma mais simples e direta. Neste caso, muitas coisas podem não ser ditas, ficam pressupostas, compartilhadas pela nossa cultura e base social comum, em silêncio. São os elementos normais daquele tipo de contrato, nos usos e costumes daquele tipo de mercado ou no contrato entre profissionais e leigos, como os de consumo. Se confiamos, o contrato pode não precisar ser escrito e, se o for, não terá 10 ou 20 páginas, mas apenas duas. Se não confiamos, temos que tudo prever, tudo evitar e tudo prever (*sic*).”¹⁸

Nas relações empreendidas virtualmente, as partes contratantes são, com frequência, desconhecidas, embora possa haver a identidade de marca geradora de certo conforto ou confiança no consumidor. Ademais, os contratos não são claros e, de forma habitual, suas condições são acobertadas por agressivo mecanismo de marketing, com atrativos ao consumo, mas pouco afeitos à veracidade, clareza ou à compatibilidade com os termos de contratação, não obstante as obrigações informativas impostas pelo Decreto Federal nº 7.962/2013.¹⁹

Assim, expressões utilizadas para exortar a confiança no ambiente virtual podem gerar dúvidas, causar falsas impressões e induzir a erro o consumidor, cuja

17 MARQUES, Claudia Lima, *Proteção do consumidor no comércio eletrônico e a chamada nova crise do contrato: por um direito do consumidor aprofundado*, in Revista de Direito do Consumidor, vol. 57/2006, pp. 9-59, Jan/Mar, 2006, RT.

18 MARQUES, Claudia Lima, *Proteção do consumidor no comércio eletrônico e a chamada nova crise do contrato: por um direito do consumidor aprofundado*, in Revista de Direito do Consumidor, vol. 57/2006, pp. 9-59, Jan/Mar, 2006, RT.

19 **Art. 2º.** Os sítios eletrônicos ou demais meios eletrônicos utilizados para oferta ou conclusão de contrato de consumo devem disponibilizar, em local de destaque e de fácil visualização, as seguintes informações:
I - nome empresarial e número de inscrição do fornecedor, quando houver, no Cadastro Nacional de Pessoas Físicas ou no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas do Ministério da Fazenda;
II - endereço físico e eletrônico, e demais informações necessárias para sua localização e contato;
III - características essenciais do produto ou do serviço, incluídos os riscos à saúde e à segurança dos consumidores;
IV - discriminação, no preço, de quaisquer despesas adicionais ou acessórias, tais como as de entrega ou seguros;
V - condições integrais da oferta, incluídas modalidades de pagamento, disponibilidade, forma e prazo da execução do serviço ou da entrega ou disponibilização do produto; e
VI - informações claras e ostensivas a respeito de quaisquer restrições à fruição da oferta.

situação de dificuldade se intensifica pela ausência de mecanismos de diálogo com o fornecedor-ofertante.

Contratar na *internet* pressupõe exclusão do diálogo e das tratativas, pois ela ocorre mediante símbolos, ecrãs, links e outros instrumentos de marketing e tecnológicos dotados de linguagem pouco afeitas ao esclarecimento, mas extremamente úteis no estímulo ao consumo emotivo.

Todo esse expediente não é isento de racionalidade na técnica mercadológica. As cores, as frases de efeito, enfim, toda a linguagem visual, escrita e os caminhos pelos quais o site leva o consumidor a contratar são pensados de acordo com as mais modernas técnicas da economia comportamental.²⁰ A estratégia é tão ou mais eficiente quanto maior for a ausência de dialética, quanto mais estreita for a possibilidade de questionamento do receptor, de dirimir dúvidas ou compensar a emoção por meio do emprego de um mínimo de racionalidade.

Como efeito de toda essa bem engendrada artimanha de persuasão, o consumidor é induzido a adquirir produtos ou serviços a partir das informações facilmente disponibilizadas no site, dando pouca ou nenhuma atenção aos extensos termos e condições de uso – disponibilizados nem sempre de maneira clara e inteligível ao leigo – por considerar que tudo correrá bem. Por isso, na qualidade de usuário da *internet*, o consumidor tem sua capacidade de controle diminuída, porquanto “guiado por links, e conexões, em transações ambigualmente coordenadas”, as informações recebidas são apenas aquelas desejadas pelo fornecedor e sua aptidão para identificar simulações ou armadilhas é reduzida ao máximo.²¹

Dá ser oportuna a assertiva de que nas “relações entre consumidor e fornecedor, este controle informacional, técnico e de linguagem está plenamente concentrado no lado do expert, do fornecedor e do organizador e do intermediário da cadeia de fornecimento por internet”.²²

Há, portanto, adesão do consumidor na confiança de que o marketing visual, travestido de condições contratuais ou de informativos, constituam a base negocial quando, em realidade, podem não representar a expectativa de consumo criada no seu íntimo.

Em virtude dessas peculiaridades, da assimetria de informação e da vulnerabilidade do consumidor, a correta exegese do contexto contratual ao qual

20 Vide, a respeito: KAHNEMAN, Daniel, *Rápido e Devagar: duas formas de pensar*, trad. Cassio de Arantes Leite, 1ª. Ed., Rio de Janeiro: Objetiva, 2012; PACKARD, Vance, *Nova técnica de convencer*, trad. Aydano Arruda, São Paulo: IBRASA, 1972; e THALER Richard H. e SUNSTEIN, Cass R., *Nudge: como tomar melhores decisões sobre saúde, dinheiro e felicidade*, trad. Ângelo Lessa, 1ª. Ed., Rio de Janeiro: Objetiva, 2019.

21 MARQUES, Claudia Lima, *Proteção do consumidor no comércio eletrônico e a chamada nova crise do contrato: por um direito do consumidor aprofundado*, in Revista de Direito do Consumidor, vol. 57/2006, pp. 9-59, Jan/Mar, 2006, RT.

22 MARQUES, Claudia Lima, *Proteção do consumidor no comércio eletrônico e a chamada nova crise do contrato: por um direito do consumidor aprofundado*, in Revista de Direito do Consumidor, vol. 57/2006, pp. 9-59, Jan/Mar, 2006, RT.

ele adere deve levar em conta toda sorte de condutas adotadas pelo fornecedor em seu sítio virtual, aí incluídas, por exemplo, publicidade, expectativas criadas, práticas comerciais e atos negociais. Esses elementos devem, portanto, ser integrados “ao consensus formado com base na aparência da oferta pelo fornecedor e na aceitação sobre a base da ‘confiança’ típica dos sistemas complexos tecnológicos”.²³

Sedimentada a premissa acima, sobre a complexidade das contratações no ambiente virtual e confiança como elemento constituinte da consensualidade na contratação telemática, resta saber quais são os efeitos dos danos produzidos por vícios na prestação desses serviços, segundo a lógica consumerista.

Com efeito, cientes de que os vícios no fornecimento de serviços são caracterizados pelo não atendimento aos fins legitimamente dele esperados²⁴, ou a desconformidade com o prometido, “a falha na forma da prestação esperada como um todo”²⁵, não restaria dúvida, em tese, acerca da incidência do Código de Defesa do Consumidor, cuja aplicação é legitimada, inclusive, pelo próprio Marco Civil da Internet.²⁶⁻²⁷

A responsabilidade do provedor no caso concreto, nada obstante, deve ser apurada à luz das peculiaridades caracterizadoras, pois haverá de se demonstrar a criação de legítimas expectativas, para, ao final, apurar se a confiança foi efetivamente defraudada.

3.2. A RESPONSABILIDADE CONFORME A FUNÇÃO EXERCIDA PELO PROVEDOR DE INTERNET

Tivemos oportunidade de verificar a existência de diversos provedores de Internet, dentre os quais citamos provedores de *backbone*, provedores de conteúdo ou informação (*information providers* ou *content providers*), provedores de acesso (*Internet Service Providers*), provedores de hospedagem (*hosting service providers*) e provedores de correio eletrônico.

23 MARQUES, Claudia Lima, *Proteção do consumidor no comércio eletrônico e a chamada nova crise do contrato: por um direito do consumidor aprofundado*, in Revista de Direito do Consumidor, vol. 57/2006, pp. 9-59, Jan/Mar, 2006, RT. Nas palavras de Ana Rispoli d’Azevedo: “A proteção da confiança como consequência da nova concepção social não é mais (exclusivamente) da teoria do vício do consentimento. A teoria d confiança protege as expectativas legítimas que nascem no outro contratante, o qual confiou na postura, nas obrigações assumidas e no vínculo criado por meio da declaração do parceiro.” (D’ AZEVEDO, Ana Rispoli, *Os novos deveres dos contratantes na perspectiva do Código Civil de 2002 e do Código de Defesa do Consumidor*, in A nova crise do contrato: Estudos sobre a nova teoria contratual, Claudia Lima Marques (coord.), São Paulo: RT, 2007, p. 293.

24 MIRAGEM, Bruno, *Novo paradigma tecnológico, mercado de consumo digital e o direito do consumidor*, in Revista de Direito do Consumidor, vol. 125/2019, p. 17-62, set-out 2019, RT.

25 MARQUES, Claudia Lima, *Proteção do consumidor no comércio eletrônico e a chamada nova crise do contrato: por um direito do consumidor aprofundado*, in Revista de Direito do Consumidor, vol. 57/2006, pp. 9-59, Jan/Mar, 2006, RT.

26 MIRAGEM, Bruno, *Novo paradigma tecnológico, mercado de consumo digital e o direito do consumidor*, in Revista de Direito do Consumidor, vol. 125/2019, p. 17-62, set-out 2019, RT.

27 Vide art. 2º, inciso V, da Lei nº 12.965/2014.

A categorização acima enunciada tem relevância porque a responsabilidade civil dos provedores é regulada conforme a atividade realizada. Como explica Belli, a responsabilidade civil dos provedores relaciona-se à criação, gestão e manutenção de sítios virtuais ou de grupos moderados, e não ao simples hospedeiro.²⁸

Desse modo, nos casos em que o provedor se limite a desenvolver atividade de mera conduta, isto é, proporcione apenas acesso à *Internet*, não responde por eventuais ilícitos desde que: a) não tenha dado origem à transmissão, b) não selecione o destinatário da transmissão, não selecione nem modifique as informações transmitidas.²⁹

Os provedores prestadores de serviço de memorização temporária e automática de dados (*caching*), não é responsável se: a) não modifique a informação, b) se conforme às condições de acesso às informações, c) se conforme às normas de atualização das informações, indicada de modo amplamente reconhecido e utilizada por empresas do setor, d) não interfira com o uso lícito de tecnologia amplamente reconhecida e utilizada no setor para obter dados sobre o emprego da informação, e) aja prontamente para remover as informações memorizadas, ou para desabilitar o acesso, tão logo tenha conhecimento de que a informação foi removida do lugar onde se encontrava inicialmente ou que um órgão administrativo ou autoridade judicial tenha determinado sua remoção ou desabilitação.³⁰

O mesmo vale quanto à atividade de memorização prolongada dos dados fornecidos pelo destinatário do serviço, desde que: a) não tenha conhecimento de que a atividade ou informação é ilícita ou não esteja ciente de fatos ou circunstâncias que tornam manifestamente ilícita a atividade ou informação; b) tão logo tenha conhecimento de tais fatos, por comunicação da autoridade competente, aja imediatamente para remover a informação ou desabilitar o acesso; e sempre que o autor do ilícito não aja sob a autoridade ou o controle do prestador de serviço.³¹

A responsabilidade do provedor de aplicação (ou de conteúdo), porém, é mais controvertida e costuma ser identificada de acordo com as funções por ele exercidas. Nesse contexto, Tarcisio Teixeira propõe a seguinte classificação de sites de aplicação, intermediadores de compra e venda ou de prestação de serviços: “estabelecimentos virtuais (lojas de produtores ou comerciantes); compras cole-

28 BELLI, Guido, *La responsabilità civile dei service providers*, in *La responsabilità civile*, 10, ottobre 2011, *Le Rassegne Informatica*, p. 695.

29 BELLI, Guido, *La responsabilità civile dei service providers*, in *La responsabilità civile*, 10, ottobre 2011, *Le Rassegne Informatica*, p. 695.

30 BELLI, Guido, *La responsabilità civile dei service providers*, in *La responsabilità civile*, 10, ottobre 2011, *Le Rassegne Informatica*, p. 695.

31 BELLI, Guido, *La responsabilità civile dei service providers*, in *La responsabilità civile*, 10, ottobre 2011, *Le Rassegne Informatica*, p. 695.

tivas; classificados; comparadores de preços; intermediários (facilitadores)”.³² E a depender da classificação na qual se insere, a responsabilidade aplicável varia de acordo com a complexidade da atividade realizada pela plataforma virtual.

Os estabelecimentos virtuais, consistentes em *sites* de *e-commerce*, comercializam produtos e serviços como loja virtual. Não há estabelecimento físico ou, se houver, as aquisições podem se realizar, também, por meio da *internet*, razão pela qual respondem como fornecedores, nos moldes do Código de Defesa do Consumidor, sempre que figurarem em relação de consumo.

As compras coletivas são efetivadas por *sites* anunciantes de produtos ou serviços que, mediante descontos atrativos, incentivam a compra de cupons a serem trocados, normalmente, em estabelecimentos físicos, pelos produtos ou serviços por ele representados. A empresa de compras coletivas pode ser responsabilizada pelo descumprimento contratual da empresa que ofereceu o produto ou serviço intermediado.

Os comparadores de preços buscam informações e comparam preços ofertados em outros sites, permitindo ao usuário efetivar a compra do produto ou serviço desejado direcionando-o, por meio de *link*, ao site do fornecedor. Todo o negócio ocorre, portanto, fora do ambiente virtual do comparador de preços, sendo comparado, por este motivo, ao trabalho de corretor, a despeito de sua remuneração ser indireta (por meio de anúncios publicitários).³³ Nesse compasso, aos sites de comparação de preços, “não poderiam ser atribuídas à responsabilidade de comerciante-revendedor, pois sua responsabilidade ficaria restrita ao trabalho que realizar, no caso o de busca e comparação”.³⁴

Ao tratar da categoria dos classificados, o autor os define como sendo sites “que listam ofertas realizadas por terceiros mediante cadastro prévio” e enumeram os anúncios de acordo com a categoria escolhida pelo usuário.³⁵ Como bem elucidada, esses sites são remunerados por anúncio e não por transações realizadas pelos particulares; ademais, os negócios são realizados fora do ambiente virtual, mediante contato direto entre vendedor e comprador. Constituem, portanto, meros veiculadores de anúncios, tal como jornais, revistas, rádios e, por tal mo-

32 TEIXEIRA, Tarcísio, *Responsabilidade civil no comércio eletrônico: a livre-iniciativa e a defesa do consumidor*, in Direito e Internet III. Marco Civil da Internet. Lei nº. 12.965/2014, Newton de Lucca, Adalberto Simão Filho e Cíntia Rosa Pereira de Lima (coords.), Tomo II, São Paulo: Quartier Latin, 2015, pp. 359-360.

33 TEIXEIRA, Tarcísio, *Responsabilidade civil no comércio eletrônico: a livre-iniciativa e a defesa do consumidor*, in Direito e Internet III. Marco Civil da Internet. Lei nº. 12.965/2014, Newton de Lucca, Adalberto Simão Filho e Cíntia Rosa Pereira de Lima (coords.), Tomo II, São Paulo: Quartier Latin, 2015, pp. 362.

34 TEIXEIRA, Tarcísio, *Responsabilidade civil no comércio eletrônico: a livre-iniciativa e a defesa do consumidor*, in Direito e Internet III. Marco Civil da Internet. Lei nº. 12.965/2014, Newton de Lucca, Adalberto Simão Filho e Cíntia Rosa Pereira de Lima (coords.), Tomo II, São Paulo: Quartier Latin, 2015, p.363.

35 TEIXEIRA, Tarcísio, *Responsabilidade civil no comércio eletrônico: a livre-iniciativa e a defesa do consumidor*, in Direito e Internet III. Marco Civil da Internet. Lei nº. 12.965/2014, Newton de Lucca, Adalberto Simão Filho e Cíntia Rosa Pereira de Lima (coords.), Tomo II, São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 361.

tivo, assim como por não deterem qualquer controle sobre os anunciantes, não podem ser considerados intermediários ou comerciantes.³⁶

Desse modo, sendo a informação fornecida por terceiro e o site *webmotors* limitar-se a anunciar a venda de veículos usados de terceiros, tal qual mero balcão de anúncios, não haveria que se falar em responsabilidade do aludido provedor pelo estelionato praticado pelos seus clientes.

A argumentação jurídica, entretanto, pressupõe mais do que simples sub-sunção da generalidade do caso ao quadro decisório vigente. Assim, embora a jurisprudência possa ter se consolidado em algum sentido, o julgamento do caso deve verificar se todas as condições fáticas autorizam a conclusão pacificada ou, ao revés, justificam solução diversa, a fim de se concretizar a efetiva justiça.

Por essa mesma razão, o artigo 371, do Código de Processo Civil, dispõe que o juiz deve apreciar a prova, indicando as razões da formação do seu convencimento, instaurando, assim, a obrigatoriedade da motivação da decisão, de acordo com o arcabouço fático e probatório constante dos autos.

Em nosso sentir, seja qual for a teoria adotada para dirimir o litígio - a da confiança ou da atividade do provedor - o resultado não poderia ser outro a não ser o decreto de improcedência da demanda, tal como ocorrido no caso em tela.

4. CONCLUSÃO

4.1. CONCLUSÃO SEGUNDO A TEORIA DA CONFIANÇA

No caso, o site *webmotors* constitui típico provedor de conteúdo, cujo serviço é disponibilizar as informações criadas por terceiros interessados em anunciar e vender seus veículos por meio daquela plataforma digital. Trata-se de serviço diretamente remunerado pelo provedor de informação, em valores variáveis de acordo com a visibilidade dada ao anúncio, não havendo previsão de comissão por venda ou de outra remuneração seja a cargo do vendedor ou do comprador, além daquela estipulada inicialmente.

A *webmotors* também não oferta, ao menos na modalidade contratada, qualquer tipo de assessoria, consultoria ou participação no negócio realizado entre anunciante e comprador, servindo, exclusivamente, como plataforma eletrônica de divulgação de anúncios, assemelhada aos antigos classificados.

36 TEIXEIRA, Tarcisio, *Responsabilidade civil no comércio eletrônico: a livre-iniciativa e a defesa do consumidor*, in Direito e Internet III. Marco Civil da Internet. Lei nº. 12.965/2014, Newton de Lucca, Adalberto Simão Filho e Cíntia Rosa Pereira de Lima (coords.), Tomo II, São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 361.

Antes de anunciar, o usuário é conduzido à prévia leitura dos termos de uso e política de privacidade com deveres e responsabilidades que imputam, ao usuário, dever de não divulgar informações falsas ou conducentes à erro, assim como a responsabilidade por conteúdos ilícitos ou danos gerados a terceiros e à *webmotors*.

O pretense adquirente, por sua vez, tem acesso livre e gratuito aos anúncios, podendo encontrar veículos que satisfaçam aos seus interesses por meio de ferramentas de busca disponibilizadas pela *webmotors*. O primeiro contato do possível comprador com o vendedor-anunciante é feito por meio de um dispositivo de mensagem, também oferecido pela plataforma de anúncios, porém, os demais contatos são feitos diretamente entre as partes interessadas, sem qualquer intermediação ou participação do provedor de conteúdo.

Evidentemente, a despeito da ausência de remuneração direta por parte do comprador, quanto maior o número de negócios realizados pela plataforma, mais anúncios são realizados por seu intermédio por quem deseja alienar o seu veículo. É possível afirmar, portanto, que o volume de negócios realizados remunera, indiretamente, o *site*, visto gerar maior número de anúncios.

Os fatos anteriores permitem concluir que tanto o anunciante quanto o comprador podem ser considerados consumidores dos serviços prestados pela *webmotors*, sendo, o primeiro, incluído nessa categoria, em virtude da remuneração direta e da contratação dos serviços de anúncio virtual, enquanto, o segundo, ostenta tal qualidade por ser destinatário do serviço de disponibilização dos anúncios, independentemente da ausência de remuneração direta.

Nesse sentido, oportunas as lições de Guilherme Magalhães Martins ao alertar para o fato de que “o valor comercial de um site depende, em proporção direta, de sua popularidade, ou seja, do número de usuários que o visitam. Quanto mais elevado for esse número, mais valorizado será o espaço publicitário ali oferecido e, por consequência, maiores serão os lucros destinados ao titular do site”.³⁷

A lógica subjacente aos investimentos em campanhas publicitárias no site de alta popularidade é a mesma para a captação de novos clientes - no caso em tela, de novos anunciantes -, motivo pelo qual não há dúvidas sobre as vantagens colhidas pela alta busca de ofertas por potenciais compradores.³⁸

37 MARTINS, Guilherme Magalhães, *Responsabilidade civil por acidente de consumo na Internet*, 3ª ed. revista e ampliada, São Paulo: Thomson Reuters do Brasil, 2020, p. 73.

38 O ambiente virtual, aliás, independentemente do propósito que propaga possuir, é um espaço de atuação do mercado. Não há “almoço grátis” no ambiente virtual, pois tudo visa, ao fim, monetizar o uso que se faz da *internet*. Nesse sentido, lúcidas as ponderações de Anderson Schreiber, embora voltado às mídias sociais, mas perfeitamente aplicável às demais interações existentes no mundo virtual: “É preciso compreender que o ambiente virtual, ao menos em seu desenho atual, não configura um *locus* paradisíaco para o encontro de indivíduos dispostos a debater livremente suas ideias, mas consiste, antes de tudo, em

Daí ser lícito afirmar que, havendo ganho direto ou indireto para o fornecedor, aplica-se o art. 3º., par. 2º., da Lei 8.078/1990, instaurando-se, no caso em debate, relação de consumo tanto para o anunciante como para o usuário e potencial comprador. E mesmo que assim não fosse em relação a este último, poderia ser ele albergado pela legislação consumerista como consumidor por equiparação, nos termos do art. 17, do Código de Defesa do Consumidor.

Compreendida a existência de relação de consumo, resta saber se há defeito na prestação do serviço, a teor do disposto no art. 14, do Código de Defesa do Consumidor, sendo, portanto, legítima a pretensão autoral.

A teoria da confiança poderia ser aplicada ao caso sob debate, porquanto o usuário contrata os serviços de disponibilização dos classificados na plataforma digital e na eventualidade de os serviços não atenderem aos fins legitimamente esperados, poderá haver a responsabilização do provedor com base no código consumerista.

Por outro turno, mesmo sendo indireta a remuneração em relação ao usuário comprador, visto que este não efetua nenhum pagamento para pesquisar os classificados de seu interesse, nem mesmo para contatar os anunciantes, o mencionado comprador poderia ser incluído na cadeia protetiva do código de defesa do consumidor por eventuais acidentes de consumo, na qualidade de consumidor por equiparação.

Entretanto, servindo como mero classificado de venda de bens usados, aproximando pessoas não fornecedoras - porque vende bem em caráter eventual e sem intuito de lucro - de outras pessoas, não nos parece adequado considerar haver relação de consumo, sobretudo porque a *webmotors* não intermedia e não garante qualidade ou veracidade das informações ou bens anunciados em sua plataforma.

Se garantisse, por meio de informação constante no ambiente virtual, a procedência, veracidade ou qualidade dos anúncios e bens disponibilizados em sua plataforma, a *webmotors* responderia pelos danos ocasionados ao comprador, visto que, como vimos anteriormente, exortou o comprador a confiar na relação negocial com o terceiro anunciante.

No presente caso, todavia, a geração de tal expectativa não ocorreu e nem mesmo a alegação do autor acerca de eventual informativo sobre exame de quali-

um espaço de atuação do mercado. (...) Sites de relacionamento e redes sociais são um bem-sucedido modelo de negócios, que, sob a aparência de entretenimento, quase distraído, esconde uma indústria de cifras significativamente maiores que a própria mídia tradicional. Esse é um aspecto que não pode simplesmente ser desconsiderado em debates envolvendo a aplicação de normas jurídicas ao espaço virtual.” (SCHREIBER, Anderson, *Marco civil da Internet: Avanço ou retrocesso? A responsabilidade civil por dano derivado do conteúdo gerado por terceiro*, in Direito e Internet III. Marco Civil da Internet. Lei nº. 12.965/2014, Newton de Lucca, Adalberto Simão Filho e Cíntia Rosa Pereira de Lima (coords.), Tomo II, São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 282.

dade de todos os anúncios expostos em seu *site*, modifica a conclusão aqui enunciada.

Isso porque a advertência sobre o suposto exame da qualidade dos anúncios não é dirigida aos potenciais compradores dos bens anunciados na plataforma digital, mas apenas aos contratantes dos serviços disponibilizados pela *webmotors*. E em sendo assim, somente é possível traduzir tal advertência como relacionada à qualidade dos anúncios e não à veracidade de seu conteúdo, pois a plataforma tem por fim tornar visível e atrativo o anúncio para incrementar as vendas, fato este que lhe confere maior prestígio e potencializa sua capacidade de atrair novos clientes.

Tanto é verdade que a aludida advertência não criou qualquer expectativa no autor da ação - não obstante ele diga o contrário na ação proposta - que ele mesmo confessa ter levado o veículo ao mecânico, antes de concluir a venda, para aferir se as condições mecânicas eram compatíveis com aquelas constantes do anúncio e do painel de instrumentos.

Fosse real o sentimento de confiança quanto à suposta análise prévia da *webmotors* em relação à veracidade dos anúncios, o comprador sequer teria levado o veículo ao mecânico.

Ademais, embora tenha sido diligente na aferição das reais condições mecânicas do veículo, levando-o a mecânico de confiança, o comprador deixou de adotar cautela necessária e indispensável quanto à sua procedência e legalidade da documentação para posterior transferência de propriedade (Portaria DetranSP nº 1523/2008, art. 4º.), fazendo incidir o inc. II, do par. 3º., do art. 14, do CDC e isentando a plataforma digital de qualquer responsabilidade.

4.2. A TEORIA DA ATIVIDADE DO PROVEDOR

Sob o prisma da teoria da atividade do provedor, a demanda também não teria com ser acolhida, pois, repita-se, a *webmotors* não passa de mero balcão de anúncios, aproximando potenciais compradores de vendedores-anunciantes, cuja relação jurídica é levada a efeito fora do ambiente virtual de exclusivamente entre os interessados.

No caso sob análise, não há dúvidas de que o negócio foi realizado fora do ambiente virtual, porquanto o autor da ação é expresso em relatar seu encontro com o vendedor, inclusive para levar o veículo a mecânico de sua confiança para atestar a veracidade da quilometragem marcada no painel de instrumentos.

Nessas hipóteses, de total ausência de intermediação ou participação no negócio jurídico, mas, apenas, divulgação de anúncios de terceiros, não se caracteriza a previsão contida no art. 14, do Código de Defesa do Consumidor, inexis-

tindo, portanto, a responsabilidade objetiva e solidária do provedor de conteúdo em relação aos danos alegados pelo comprador.³⁹

A responsabilidade dos provedores de conteúdo por informações de terceiro, aliás, é subjetiva, dado não fazer parte de sua atuação o controle do conteúdo publicado pelos seus usuários, como já sacramentado pelo Superior Tribunal de Justiça.

Aplica-se, portanto, ao ambiente virtual, a mesma lógica cabível aos classificados impressos, igualmente não responsabilizados por danos causados em negócios oriundos da simples veiculação de anúncios. Nesse sentido, são elucidativos os seguintes julgados do Tribunal de Justiça de São Paulo:

“CIVIL. AÇÃO DE REPARAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. PUBLICAÇÃO DE ANÚNCIO EM CLASSIFICADOS DE JORNAL. OCORRÊNCIA DE CRIME DE ESTELIONATO PELO ANUNCIANTE. INCIDÊNCIA DO CDC. RESPONSABILIDADE DO JORNAL.

1. A recorrida ajuizou ação de reparação por danos materiais e morais, em face das recorridas (empresa jornalística e banco), pois foi vítima de crime de estelionato praticado por meio de anúncio em classificados

de jornal.

2. Nos contratos de compra e venda firmados entre consumidores e anunciantes em jornal, as empresas

jornalísticas não se enquadram no conceito de fornecedor, nos termos do art. 3º do CDC.

3. A responsabilidade pelo dano decorrente do crime de estelionato não pode ser imputada à empresa jornalística, visto que essa não participou da elaboração do anúncio, tampouco do contrato de compra e venda do veículo.

4. O dano sofrido pela consumidora deu-se em razão suposto contrato de empréstimo, e não pela compra de um exemplar do jornal. Ou seja: o produto oferecido no anúncio (empréstimo) não tem relação com o produto oferecido pelas recorridas (publicação de anúncios).

5. Assim, empresa jornalística e banco, não podem ser responsabilizados pelos produtos ou serviços oferecidos pelos seus anunciantes, sobretudo quando dos anúncios publicados não se infere qualquer ilicitude.

6. Dessarte, inexistente nexo causal entre a conduta da empresa e o dano sofrido pela vítima do estelionato.

Recurso não provido.”⁴⁰

“RESPONSABILIDADE CIVIL. Compra e venda de veículo automotor por meio de classificados virtuais. Fraude. Ausência de responsabilidade do provedor, que apenas cedeu espaço publicitário em página de internet. Sendo portal de classificados virtuais e tal como ocorre com os classificados impressos de jornais e revistas, não há como reconhecer a responsabilidade da

39 TEIXEIRA, Tarcísio, *Responsabilidade civil no comércio eletrônico: a livre-iniciativa e a defesa do consumidor*, in *Direito e Internet III. Marco Civil da Internet. Lei nº. 12.965/2014*, Newton de Lucca, Adalberto Simão Filho e Cíntia Rosa Pereira de Lima (coords.), Tomo II, São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 367.

40 TJSP, Apelação nº 0001711-06.2015.8.26.0296, da Comarca de Jaguariúna, Apelante MARIA EUNICE MOURA DIAS, Apelados BANCO ALFA S/A e TRIBUNA DE JARAGUA., rel. Des. Roberto Mac Cracken, j. 9/06/2016.

Bom Negócio. A Bom Negócio não integra a cadeia de consumo e, por isso, não responde por problemas advindos das transações entre seus usuários (anunciantes e adquirentes). Precedentes. Sentença correta. Recurso não provido.”⁴¹

Destarte, pelos motivos e razões acima enunciados, no caso sob análise o desfecho judicial foi o mais correto, seja analisado sob o prisma da confiança, seja pelo da atividade do provedor, este último, aliás, consagrado pela jurisprudência do Superior Tribuna de Justiça, como prevalente na hipótese aqui referenciada.

⁴¹ Apelação Cível nº 1005407-11.2019.8.26.0161, Desembargador Gilson Delgado Miranda, j. 26.03.2020

COMENTÁRIOS AO AREsp 144832 RJ JULGADO EM 23.11.2016 – MIN. RELATOR RAUL ARAÚJO

CONTRATO ELETRÔNICO POR ADESÃO EM RELAÇÃO DE CONSUMO POR SITE DE CLASSIFICADOS DE PRODUTOS E SERVIÇOS E A NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DO NEXO CAUSAL PARA A CARACTERIZAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

RODRIGO FERNANDES REBOUÇAS¹

Foi com muita honra e responsabilidade que recebi o gentil convite da Editora Tirant Lo Branch Brasil e dos Organizadores, os Professores Doutores Marcelo Chiavassa de Mello Paula Lima e Luiz Carlos de Andrade Júnior, para integrar a presente obra coletiva sobre Direito Digital por meio de análise de casos paradigmáticos do direito nacional e internacional. Deixou aqui a minha homenagem aos organizadores e à editora, especialmente considerando o caráter inovador de termos uma obra de direito digital estruturada por importantes precedentes jurisprudencial, onde, igualmente foi garantida a liberdade de cada autor para concordar ou divergir das decisões comentadas, cabendo ao leitor, a reflexão sobre os casos e os argumentos apontados. Portanto, trata-se de atividade de grande responsabilidade, a qual externo a minha gratidão.

1. DESCRIÇÃO DO CASO.

No presente capítulo será analisada a decisão monocrática proferida pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), de lavra do Min. Raul Araújo no Agravo em

¹ rodrigo.f.reboucas@gmail.com. Professor de Direito dos contratos, direito digital, direito do consumidor, direito empresarial, proteção de dados e privacidade. Doutor (2017) e Mestre (2012) em Direito Civil pela PUC/SP. Pós-graduado lato-sensu em Direito Processual Civil pela FMU (1998). Especialista em Direito dos Contratos (2007), Direito das Novas Tecnologias (2004) e Direito Tributário (2002) pelo CEU/IICS, Especialista em Gestão de Serviços Jurídicos pela FGV-Law/SP e Especialista em Gestão de Departamentos Jurídicos pelo Insper. Advogado e Consultor Jurídico no Estado de São Paulo. Coordenador do Núcleo Temático de Direito Digital da Escola Superior de Advocacia da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção São Paulo (2019-). Diretor de Relações Institucionais do IASP, Instituto dos Advogados de São Paulo para os triênios 2013-2015 e 2016-2018. Professor dos programas de pós-graduação no Insper Direito, IBMEC/SP, FIA Online, LCA, FADI, UNIFOR, Escola Paulista da Magistratura e. Professor da Graduação da FADITU (2019-). Professor convidado e palestrante em diversas universidades, entidades de classes, associações e institutos nacionais. Autor de artigos, capítulos de livros e livros jurídicos.

Recurso Especial sob nº 144.832, processo original do Rio de Janeiro e julgado em 23.11.2016.

Trata-se de processo de responsabilidade civil contratual onde o autor, Fábio de Souza Carvalho (“*autor*”), promoveu a demanda em face de Livraria Valemaster Ltda. (“*loja*”) e Buscapé Informação e Tecnologia Ltda., atualmente denominado de E-Commerce Média Group Informação e Tecnologia Ltda. (“*buscador*”).

Sustenta o *autor* que adquiriu um notebook na *loja* online Livraria Valemaster Ltda. pelo valor de R\$ 1.728,05, o qual nunca foi entregue. Teria localizado a oferta de compra e venda por intermédio do *buscador* (Buscapé), razão pela qual, em seu entender, há solidariedade entre a *loja* e *buscador*, por pertencerem a mesma cadeia de fornecimento de produtos e serviços.

Além do pedido indenizatório material para a restituição dos valores pagos, acrescidos de juros e correção monetária, o autor pleiteou indenização moral.

O processo foi distribuído em 09 de novembro de 2007 e tramitou na 35ª Vara Cível da Comarca do Rio de Janeiro-RJ. A *loja* Livraria Valemaster Ltda. foi revel no processo e não apresentou qualquer oposição ou manifestação em nenhuma das fases do processo, havendo apenas a manifestação do *autor* e do *buscador* (Buscapé).

Em primeira instância o processo foi julgado parcialmente procedente para condenar a *loja* na indenização material e moral e excluir a responsabilidade do *buscador*, uma vez que teria agido como simples portal de anúncios sem intervenção na compra e venda realizada eletronicamente entre o comprador (*autor*) e a *loja*.

O *autor* recorreu da sentença de primeira instância, pleiteando a condenação solidária dos réus (*loja* e *buscador*), o que logrou êxito em março de 2011 conforme Acórdão da Sétima Câmara Civil do E. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, sob a relatoria da Desembargadora Katya Maria Monnerat (Acórdão na Apelação Civil sob nº 0200249-18.2007.8.19.0001, v.u.).

Pelo Acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, houve o reconhecimento da solidariedade entre a *loja* (Livraria Valemaster Ltda.) e o *buscador* (Buscapé Informação e Tecnologia Ltda. – E-Commerce Média Group Informação e Tecnologia Ltda.), para condená-los nas verbas indenizatórias pelo dano material e moral, este último, no equivalente a R\$ 12.000,00. Da ementa do Acórdão de segunda instância foi consignado que:

“[...] Responsabilidade solidária do Provedor de acesso. Provedor que mantém *site* de intermediação de negócios aproximando, através do seu *site*, interessados na realização de negócios pela rede mundial de computadores e não, simplesmente, de busca de informações. O usuário utiliza-se do *site* de intermediação de negócios, com base na lista de produtos e fornecedores

informados, levando em conta a avaliação veiculada pelo *site* desses produtos e fornecedores, de onde decorre a credibilidade ou não do *site*, devendo, portanto, observar o dever de segurança. Solidariedade pela reparação dos danos (arts. 7º, parágrafo único, e 25, § 1º, da Lei n. 8078/90). Provimento do recurso.”

O *buscador* (Buscapé), inconformado com a decisão apresentou o seu Recurso Especial objeto da presente análise, o qual, acabou por decidir pela inversão do julgamento do Tribunal de Justiça reestabelecendo a sentença de primeiro grau para afastar a solidariedade e determinar a condenação apenas em relação a *loja* com base nos argumentos que passa a analisar.

2. ARGUMENTOS DO ARES 144.823 E COMENTÁRIOS

Considerando que o Recurso Especial foi interposto apenas pelo *buscador* (Buscapé Informação e Tecnologia Ltda., atualmente denominado de E-Commerce Média Group Informação e Tecnologia Ltda.), bem como, considerando que a *loja* foi revel e deixou correr todo o trâmite processual sem qualquer manifestação, a análise que faremos têm por objetivo apenas identificar os argumentos apontados pelo Superior Tribunal de Justiça em relação ao *buscador*, para afastar, no caso concreto, a sua responsabilidade civil e restabelecer a sentença de primeiro grau que julgou pela parcial procedência, limitando a responsabilidade civil e o dever indenizatório material e moral apenas em relação a *loja*.

Sob a ótica apenas da relação entre o *autor* e o *buscador*, entendemos que a questão deva ser enfrentada sob o prisma de quatro pilares, sendo: I) No caso concreto há uma relação jurídica de consumo entre o consumidor-*autor* e o fornecedor-*buscador*? II) Mesmo considerando a eventual existência de uma relação jurídica de consumo, no caso concreto há o que se falar em solidariedade na cadeia de fornecimento, ou ainda, para tais situações, a solidariedade seria presumida? III) Não existindo uma solidariedade presumida, no caso concreto foi demonstrado o nexa causal e responsabilidade civil do fornecedor? IV) Finalmente, houve demonstração de dano moral, ou estamos frente a uma situação *in rei ipsa*?

2.1. NO CASO CONCRETO HÁ UMA RELAÇÃO JURÍDICA DE CONSUMO ENTRE O CONSUMIDOR-AUTOR E O FORNECEDOR-BUSCADOR?

Passados 30 anos da vigência do Código de Defesa do Consumidor, a jurisprudência e a doutrina nacional ainda apresentam grande oscilação e indefinição no conceito de consumidor e, por consequência, na definição da relação jurídica de consumo, resultando em grande insegurança jurídica ao empresário e a geração de riquezas, já que não é possível afirmar categoricamente se algumas situações jurídicas devem ser reconhecidas como de consumo ou não. Ou seja, há uma insegurança jurídica quanto ao sistema legal a ser aplicado ao fato social com relevância jurídica.

A insegurança jurídica na sua conceituação se deve a existência de quatro conceitos de consumidor ao longo do Código de Defesa do Consumidor (“CDC”), conforme se verifica no Artigo 2º (definição de consumidor), no § único do Artigo 2º (definição da proteção dos direitos metaindividuais), no artigo 17 (consumidor por equiparação às vítimas de fato do produto ou do serviço) e no artigo 29 (consumidor por equiparação sujeito as práticas abusivas de propaganda, publicidade, comercial e contratual). Além da conceituação em quatro pontos distintos do CDC, a doutrina e a jurisprudência nacional acabaram por criar três grandes teorias de pensamento para a caracterização da relação de consumo, quais sejam, maximalista, finalista e finalista aprofundada ou mitigada.

Em recente trabalho sob o título de “A (in)definição do conceito de consumidor pessoa jurídica nas relações contratuais e o custo de transação da insegurança jurídica”² tivemos a oportunidade de analisar as três grandes teorias aplicáveis à definição da relação de consumo, chegando a concluir que:

Frente a essa premissa e, após avaliar as três principais teorias que definem o conceito de consumidor e realizadas as devidas críticas que entendemos pertinentes, foi apontado que para uma maior lógica do sistema, deveria ser adotado o critério da teoria finalista do conceito de consumidor, ou seja, é aquele que é o “destinatário final” fático e econômico de determinado bem ou contrato de prestação de serviços, não sendo aplicado às operações que tenham por finalidade o lucro.

Igualmente foi possível enfrentar as situações de potencial incongruência que permitem que pessoas jurídicas simplesmente aleguem determinada vulnerabilidade pelo simples fato de que determinada operação negocial não possui vínculo com o seu objeto social para ter garantido o status de vulnerabilidade e respectiva aplicação do microsistema de proteção do consumidor.

Conforme restou demonstrado, em nosso entendimento, o Código de Defesa do Consumidor deveria sofrer uma pontual alteração para limitar o seu espectro de atuação, excluindo todas as empresas de capital e todas as pessoas jurídicas que tenham condições de suprir eventual vulnerabilidade, a qual é uma circunstância da pessoa e pode ser passageira, portanto, além da definição pela aplicação da teoria finalista, entendemos que o Código deva ser aplicado apenas a pessoa jurídica consumidora que seja qualificada na forma da lei como Microempreendedor Individual ou Microempresa.

No caso sob análise, não temos que enfrentar o dilema da pessoa jurídica consumidora já que o *autor* é uma pessoa natural. Além disso, até que se prove em contrário, ele adquiriu um notebook para o seu uso pessoal e não profissional, fato que também acaba por afastar uma série de outros dilemas sobre a real existência de uma relação de consumo. Ou seja, frente à decisão sob análise e sem ter tido acesso completo aos autos, estamos diante de uma situação em que uma pessoa natural adquiriu para si, sem intenção de lucro, um bem móvel, qual seja, um notebook como destinatário final fático e econômico da operação jurídica de

2 REBOUÇAS, Rodrigo Fernandes. A (in)definição do conceito de consumidor pessoa jurídica nas relações contratuais e o custo de transação da insegurança jurídica. In ARAUJO, Luiz Nelson Porto. DUFLOTH, Rodrigo V. (org.). Ensaio em Law & Economics. São Paulo: LiberArs, 2019

compra e venda (posição jurídica ativa). Já no outro polo de interesse da relação jurídica (posição jurídica passiva), temos a própria *loja* que realizou um contrato eletrônico por adesão de compra e venda de um notebook, além do *buscador*, o qual consistente em um site de buscas e classificados de lojistas que desejam anunciar, ofertar e comercializar produtos e serviços.

No caso sob análise, para qualquer uma das três grandes teorias aplicáveis ao caso concreto, temos a identificação de uma relação de consumo.

Situação contrária seria na hipótese de aquisição do notebook para revenda ou para o exercício da atividade profissional e/ou intelectual, ou seja, com intenção de lucro, situação em que poderíamos afastar a existência de uma relação de consumo com fundamento na teoria finalista, a qual sou adepto e defensor de sua aplicação, especialmente por considerar que o universo de incidência do Código de Defesa do Consumidor é um microssistema relacional (apenas relações jurídicas de consumo) e em defesa do sujeito de direito, qual seja, o consumidor³ (consumidor no sentido estrito do termo).

Portanto, quanto ao primeiro questionamento, a resposta é positiva, tal como foi reconhecido pelo Acórdão em análise. Há uma relação jurídica de consumo, seja por força do contrato mantido entre o *buscador* e o *autor*, ou ainda, em decorrência da relação jurídica contratual da operação econômica de compra e venda do notebook, operação firmada entre o *autor* e a *loja*, incidindo a definição de consumidor do artigo 2º *caput*, combinado com o artigo 29, ambos do CDC.

Reconhecida a relação jurídica como de consumo, no tópico seguinte analisaremos a relação jurídica contratual por meio de um contrato eletrônico e por adesão mantido entre o *buscador* (fornecedor) e o *autor* (consumidor), lembrando que esta relação jurídica contratual é diversa daquela que foi firmada para a compra e venda do notebook.

2.2. MESMO CONSIDERANDO A EVENTUAL EXISTÊNCIA DE UMA RELAÇÃO JURÍDICA DE CONSUMO, NO CASO CONCRETO HÁ O QUE SE FALAR EM SOLIDARIEDADE NA CADEIA DE FORNECIMENTO, OU AINDA, PARA TAIS SITUAÇÕES, A SOLIDARIEDADE SERIA PRESUMIDA?

Conforme falamos, a análise que se segue, tratará da relação jurídica contratual por meio de um contrato eletrônico e por adesão mantido entre o *buscador* (fornecedor) e o *autor* (consumidor).

3 Dicionário Houaiss. Edição Eletrônica “Consumidor. Que ou o que consome. Que ou aquele que adquire mercadorias, riquezas e serviços para uso próprio ou de sua família; [...]”.

Não se deve negar a existência de vínculo jurídico entre o *buscador* e o *autor* como aparentemente foi um dos argumentos trazidos pelo *buscador* em seu recurso especial ao pleitear a ilegitimidade de parte. A própria empresa aponta em sua defesa a existência de diversas cláusulas dos seus termos e condições de uso do *site*, ou seja, de seu contrato eletrônico por adesão. Chega a sustentar que o seu “[...] termo de uso, disponível no site da recorrente consta expressamente que esta disponibiliza serviço gratuito de busca personaliza as lojas virtuais, o qual possibilita ao internauta/consumidor comparar produtos e preços, por meio de disponibilização dos links das respectivas lojas.”

Vale lembrar que os termos e condições de uso de um site, ou mesmo de um aplicativo e/ou qualquer outra solução eletrônica ou física, independentemente da ferramenta utilizada para o seu acesso (hardware), representa um verdadeiro contrato eletrônico por adesão. Nesse sentido sustentamos em trabalho sob o título “Termos e Condições de Uso e Política de Privacidade”⁴, que:

Tais instrumento (físicos ou eletrônicos) tem por objetivo a formalização da relação jurídica em que o usuário toma conhecimento e aceita as condições e consequências em relação ao uso de um serviço, plataforma, site etc.

As formas de aceite podem ser das mais variadas possíveis, especialmente considerando as inovações tecnológicas típicas do século XXI e a atual teoria geral dos contratos. Abordaremos essa questão ao longo do presente estudo, especialmente considerando o seu importante papel para regular a relação jurídica.

Mas, não podemos deixar de refletir sobre o papel do profissional do direito para a sua validade e eficácia. Aliás, do profissional do direito em conjunto com a equipe de marketing, design, estratégia e comunicação. A atuação de forma coletiva é mandatória para a sociedade contemporânea, especial após os estudos da economia comportamental capitaneados por Richard H. Thaler e Cass R. Sunstein, além das relevantes descobertas de Daniel Kahneman.

Os Termos e Condições de Uso e Política de Privacidade representam verdadeiros contratos por adesão, e devem ser preparados de forma mais visual e compreensível ao público-alvo e potenciais clientes, sejam eles profundos conhecedores de regras jurídicas, ou pessoas de baixíssimas oportunidades de estudo. É justamente neste momento que entra o papel do denominado legal design e do visual law, os quais serão igualmente analisados ao longo do presente estudo. [...]

Justamente por se tratar de um contrato por adesão, é necessário que o nível de informação prestada seja adequado, nem elevado e nem diminuto; é necessário que o seu texto seja claro e entendível; é necessário que o texto seja composto de uma revisão sob a ótica do *legal design* para atender a experiência do usuário. “O nível comportamental diz respeito ao uso, é sobre a experiência com um produto. [...] A usabilidade descreve a facilidade com que o usuário do produto pode compreender como ele funciona e como fazê-lo funcionar.”⁵

Portanto, não há o que se negar quanto a existência de uma relação jurídica contratual em meio eletrônico e por adesão, nitidamente caracterizada como

4 REBOUÇAS, Rodrigo Fernandes. Termos e Condições de Uso e Política de Privacidade. In HACHEROTT, Nadia Andreotti Tüchumantel (Coord.). Aspectos Jurídicos do E-Commerce. São Paulo: Thomson Reuters – Revista dos Tribunais, 2021

5 NORMAN, Donald A. Design Emocional: por que adoramos (ou detestamos) os objetivos do dia a dia. Rio de Janeiro: Rocco, 2008.

uma relação de consumo, entre o *autor* e o *buscador*, tal como igualmente reconheceu o Superior Tribunal de Justiça.

Entre os julgamentos de primeira instância e de segundo grau, houve uma divergência entre a atividade efetivamente exercida pelo *buscador*, bem como, sobre a natureza jurídica da relação contratual entre o *buscador* e o *autor*. Pensamos que tal divergência foi corretamente solucionada pelo Acórdão do Superior Tribunal de Justiça objeto de nossa análise.

Da sentença de primeiro grau, foi caracterizado que o serviço prestado pelo *buscador*, não é de intermediação e/ou aproximação entre comprador e vendedor, tal como se daria em uma situação de contrato típico de corretagem e/ou de agenciamento. No entanto, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, entendeu de forma diversa, ao sustentar que o serviço prestado pelo *buscador* resulta em uma intermediação e no dever de zelar pela segurança dos consumidores e todos aqueles que tenham acesso aos seus serviços, especialmente pelo fato de que existe uma classificação que ranqueia os melhores vendedores/lojistas.

Conforme restou decidido pela decisão sob análise, a relação contratual existente entre as partes, foi apenas e tão somente do fornecimento de meios de divulgação dos produtos do lojista para um consumidor, sem que o *buscador* realizasse qualquer tipo de intermediação e/ou aproximação típica. O *buscador* não participou da relação jurídica contratual de compra e venda no notebook. A compra e venda foi integralmente realizada apenas e tão somente no próprio site da *loja*, sem qualquer participação e/ou intermediação do *buscador*. Vale lembrar que a classificação recebida por uma loja em tais sites de buscas, é realizada diretamente pelos próprios consumidores que apresentam a sua opinião e a sua experiência de compra.

Situação diametralmente oposta seria a situação de um marketplaces, onde a função do marketplaces é a compra e venda de produtos e serviços próprios e/ou de terceiros alocados em sua operação de e-commerce.

Assim, temos que considerar a existência de dois contratos. A compra e venda que restou inadimplida pela *loja* e a prestação de serviço de classificados com a oferta direta por diversos lojistas de produtos que são do interesse do consumidor. O único contrato inadimplido, como já dito, foi a compra e venda firmada entre a *loja* e o *autor*. O segundo contrato de prestação de serviço foi executado à contento e sem qualquer vício.

A decisão enfrentou esta questão em profundidade e de forma acertada. Em uma leitura sumária do CDC, é possível que o aplicador da norma fique restrito ao texto do parágrafo único do artigo 7º do CDC, o qual prevê expressamente que “Tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo.”. Lembremos, esta-

mos frente a duas relações jurídicas, a compra e venda de um produto que não foi entregue (inadimplemento e vício no contrato) e uma prestação de serviços que se executou por completo sem vícios e/ou inadimplemento. O objeto da análise é o segundo contrato.

O referido artigo 7º deve ser interpretado em conjunto com os artigos 18 a 20, CDC. Os Artigos 18 e 19 apontam a responsabilidade no caso de vício do produto por quantidade ou qualidade. Em ambos os artigos foi expressamente definido que os fornecedores “respondem solidariamente”, ou seja, todos os fornecedores da cadeia de fornecimento de produto devem responder solidariamente. Tais artigos são aplicáveis ao contrato de compra e venda no notebook, porém, a operação econômica de compra e venda foi realizada exclusivamente entre a *loja* e o *autor*, sem participação e/ou qualquer tipo de interferência do *buscador*.

Já o segundo contrato de prestação de serviços (termos e condições de uso), deve ser interpretado sob a ótica do artigo 20, CDC, que trata especificamente da responsabilidade civil do fornecedor de serviços. Em tal artigo, NÃO existe qualquer referência a aplicação de solidariedade entre os fornecedores.

O artigo 20 do CDC foi propositalmente omissivo em relação a solidariedade, interpretação igualmente destacada pelo próprio Acórdão do STJ. Portanto, na prestação de serviços, não se aplica a solidariedade presumida, esta deve ser apurada conforme haja a existência ou não de vínculo causal com o dano, tal como igualmente prevê o §1º do artigo 25, CDC, ao usar a expressão “causação do dano”.

Portanto, concordamos com a decisão tomada pelo Superior Tribunal de Justiça ao excluir a solidariedade entre os fornecedores que foi, com o devido respeito, indevidamente aplicada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Tal exclusão se deve pelo próprio sistema do Código de Defesa do Consumidor que não prevê a solidariedade na hipótese de prestação de serviços, apenas na hipótese de fornecimento de produtos, como também, pela existência de dois vínculos jurídicos distintos, sendo um da compra e venda de um produto e outro da prestação de serviços de busca na internet.

2.3. NÃO EXISTINDO UMA SOLIDARIEDADE PRESUMIDA, NO CASO CONCRETO FOI DEMONSTRADO O NEXO CAUSAL E RESPONSABILIDADE CIVIL DO FORNECEDOR?

Além da análise da existência de solidariedade ou não, a qual já restou devidamente afastada no tópico anterior, devemos analisar a existência de nexo causa e responsabilidade civil do fornecedor, no caso, do *buscador*. Reitere-se, não há o que se falar no dever indenizatório da *loja* que não entregou o produto

adquirido pelo *autor*, estamos enfrentando a situação da relação jurídica firmada entre o *autor* e o *buscador*.

Como é amplamente conhecido, o sistema do Código de Defesa do Consumidor tem como critério padrão a responsabilidade civil objetiva, a qual independe de apuração de culpa e/ou dolo do agente. A responsabilidade civil subjetiva é a exceção e aplicável apenas e tão somente na prestação de serviço por profissionais liberais, tais como economistas, contadores, advogados entre outros.

O legislador leva em conta a objetividade intrínseca da atividade do autor do dano como fenômeno extraordinário que tem potencialidade para provocar situação jurídica de vantagem para a vítima, em face do empresário de atividade de risco, de exigir indenização por dano sofrido em decorrência de fato danoso derivado do exercício dessa atividade, sem precisar demonstrar que o dano experimentado pelo lesado originou-se de culpa (imperícia, negligência ou imprudência), ou dolo de quem o causou. A lógica desse sistema é a seguinte: quem auferir os bônus, arca com os ônus da atividade.⁶

Já que o sistema prevê uma responsabilidade objetiva, é comum que o primeiro pensamento seja no sentido de indenização por ato danoso em todas as situações. No entanto, deve ser observada a existência do nexo causal entre o ato ilícito e o evento danoso, ou seja, deve ser observada a existência do nexo causal mesmo considerando a hipótese de responsabilidade civil objetiva, sob pena de resultar em enriquecimento sem causa da suposta vítima do evento danoso. Nesse sentido:

Este é o mais delicado dos elementos da responsabilidade civil e o mais difícil de ser determinado. Aliás, sempre que um problema jurídico vai ter na indagação ou na pesquisa da causa, desponta a sua complexidade maior. Ele compreende, ao lado do aspecto filosófico, dificuldades de ordem prática. Mesmo que haja culpa e dano, não existe obrigação de reparar, se entre ambos não se estabelecer a relação causal.⁷

Em matéria de responsabilidade civil, com facilidade, pode-se incorrer em equívocos, caso não se considerem algumas importantes premissas teóricas. Entre elas está a de que é fundamento para consequente imputação de responsabilidade civil, especialmente por atos ilícitos absolutos, a presença do nexo causal entre a ação do causador do suposto dano e a vítima do resultado danoso. [...] Entretanto, nenhuma espécie de responsabilidade civil pode afastar os requisitos de seu gênero, especialmente, a noção de nexo de causalidade entre ação e dano em sentido jurídico, ou seja, o específico liame que une a ação ao seu resultado, a exigir reparação pelo efeito nefasto verificado.⁸

Neste mesmo sentido é o Enunciado 459 da Jornada V de Direito Civil ao prever que “A conduta da vítima pode ser fator atenuante do nexo de causalidade na responsabilidade civil objetiva.” Ou seja, mesmo diante da caracterização de uma responsabilidade civil objetiva, deve existir a demonstração do nexo causal,

6 NERY, Rosa Maria de Andrade. NERY Junior, Nelson. Instituições de direito civil. v. II, Direito das Obrigações. 1 ed., São Paulo: Thomson Reuters – Revista dos Tribunais, 2015, pp. 417-418

7 PEREIRA, Caio Mário da Silva. (TEPEDINO, Gustavo. Atualizador). Responsabilidade Civil. 11 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 105

8 NERY, Rosa Maria de Andrade. NERY Junior, Nelson. Instituições de direito civil. v. II, Direito das Obrigações. 1 ed., São Paulo: Thomson Reuters – Revista dos Tribunais, 2015, pp. 423-424

além das situações de culpa concorrente da vítima e/ou as situações vinculadas a apuração da relação entre a extensão do dano e o grau de culpa do agente. Veja-se que, não estamos tratando do grau de culpa para justificar a caracterização da responsabilidade civil, mas sim, para a fixação do *quantum* indenizatório.

Com base nessas premissas que constam da decisão sob análise, devemos relembrar que o serviço prestado pelo *buscador* é muito semelhante aos tradicionais serviços de seções de classificados em mídia impressa, ou ainda, da chamada publicidade de palco, onde um apresentador de televisão divulga determinados produtos, marcas ou serviços. Em tais situações, o jornal impresso e/ou a televisão, não estão vendendo qualquer produto ou serviço, apenas divulgado em uma seção própria e claramente caracterizado como um anúncio ou classificado. Não houve qualquer intermediação e/ou interferência no contrato de compra e venda.

Se tais atividades resultassem em qualquer tipo de responsabilidade civil, deveríamos rever toda a base jurisprudencial nacional para caracterizar os meios de comunicação como solidariamente responsáveis pelos inadimplementos de lojistas e fabricantes. Inclusive, conforme consta do próprio AREsp 144.823, mesmo em situações extremas de fraudes e golpes aplicados por meio da seção de classificados em veículos de comunicação impresso (golpes de vendas de veículos entre outros), não há como responsabilizar o veículo de comunicação pela fraude, já que ele não participou e/ou praticou a fraude.

Devemos destacar que o Marco Civil da Internet (Lei 12.965/14), pelos seus artigos 18 a 21, veio a estabelecer uma verdadeira responsabilidade subjetiva aos provedores de serviços na Internet, de forma que os conteúdos de responsabilidade de terceiros, não poderão ser objeto de uma responsabilização dos provedores. Prever o contrário, resultaria na quebra de um dos princípios fundamentais de uso da Internet no Brasil, qual seja, a neutralidade da rede, já que os provedores seriam responsáveis por exercer uma prévia análise e censura de conteúdos disponibilizados por terceiros, violando inclusive, os princípios constitucionais da liberdade de expressão, livre concorrência, livre iniciativa e liberdade econômica.

Embora o Marco Civil da Internet preveja a responsabilidade civil subjetiva, devemos considerar a teoria do diálogo das fontes na sua aplicação às relações jurídicas de consumo, de forma que prevalecerá a responsabilidade civil objetiva quando estivermos frente a uma relação típica de consumo. Porém, como visto acima, não está afastada a necessidade de demonstração do nexo causal, nem tão pouco, a necessária análise de reconhecimento de solidariedade, sendo que aos contratos de prestação de serviços, a solidariedade dos fornecedores não é a regra e nem tão pouco presumida.

Tais questões foram muito bem enfrentadas na decisão analisada, a qual afastou a responsabilidade civil do *buscador* no caso concreto, bem como a solidariedade. Como dito, se o *buscador* também figurasse como um marketplace, a situação seria diametralmente oposta, já que haveria nexo causal e vínculo contratual na operação econômica de compra e venda. Semelhante situação seria verificada na hipótese em que o provedor de aplicação e/ou de conteúdo (*buscador*) tivesse conhecimento e/ou ação omissiva frente a prévia notícia de fraudes praticadas pela *loja*.

2.4. FINALMENTE, HOUVE DEMONSTRAÇÃO DE DANO MORAL, OU ESTAMOS FRENTE A UMA SITUAÇÃO *IN RE IPSA*?

O último ponto que consideramos relevante para análise diz respeito a fixação de uma verba indenizatória por suposto dano moral sofrido pelo *autor*. Embora tal verba tenha sido arbitrada em face da *loja* e tenha sido afastada a sua aplicação em relação ao *buscador*, entendemos que cabe uma breve análise frente a decisão recorrida e proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Pela decisão recorrida, além do dano material pela não entrega do produto, houve a fixação de uma verba indenizatória moral em valor equivalente a R\$ 12.000,00. A questão que levantamos é no sentido de compreender se tal verba realmente deveria ter sido fixada. Ou seja, houve um dano moral passível de indenização.

No caso concreto não foi identificada nenhuma situação que exponha a integridade moral, honra e privacidade do *autor*, no máximo uma frustração de expectativa pelo inadimplemento contratual com a não entrega do produto adquirido.

A simples frustração de expectativa em relação ao objeto do contrato de compra e venda é passível de gerar um dano moral? Haveria, na hipótese, um dano moral *in re ipsa*?

Pela regra constitucional (Art. 5º, V e X, CF/88), a verba indenizatória por suposto dano moral decorre de ato ilícito de ofensa a honra e à imagem ou violação da intimidade e à vida privada de alguém (pessoa natural ou jurídica).

Particularmente entendemos que o simples inadimplemento contratual que não resulte de uma ofensa pública, ou de conhecimento público capaz de gerar uma ofensa a honra e a imagem ou violação da intimidade e à vida privada de alguém, não é causa de indenização moral. Trata-se de simples frustração de expectativas do íntimo de cada pessoa. O inadimplemento contratual, embora não desejado pelo sistema legal ou pela ética nas relações jurídicas, é algo possível

e previsto na norma, portanto, não estamos frente a uma situação traumática e capaz de gerar uma dor moral, mas mera situação fática da vida em sociedade.

Entendemos que, para a incidência do dano moral pelo simples inadimplemento contratual deve ser analisado cada caso em concreto, ou seja, a frustração do contrato foi realmente capaz de gerar um abalo moral, uma violação a honra, uma violação a privacidade e a intimidade? Se as respostas para tais perguntas foram no sentido de que houve mera frustração de expectativa natural às obrigações contratuais, não haverá um dano moral.

No entanto, se a resposta for positiva, no sentido de que foi frustrada uma promessa à terceiros ou à honra da pessoa, tal como se verifica no clássico exemplo de frustração de uma festa de casamento ou ainda na entrega de um aguardado presente para uma criança, haverá um dano moral passível de indenização.

Portanto, em nosso entender, a simples frustração do contrato não deve ser causa de um dano moral presumido (*in re ipsa*), deve ser realizada a prova de que o ilícito moral foi praticado. Somente após a sua prova, haverá que se falar no *quantum* indenizatório.

No caso sob análise, até onde foi possível identificar, não houve demonstração de qualquer abalo moral à honra e ao direito de personalidade do *autor*, apenas a alegação de frustração da expectativa em relação ao objeto do contrato de compra e venda do notebook. Mesmo considerando a simples quebra de expectativa, a *loja* foi condenada na verba indenizatória em valor próximo a sete vezes o valor do bem adquirido. Não restou claro quais foram os critérios para a sua fixação, nem tão pouco o motivo da condenação, de forma que não concordamos com tal ponto da decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

3. CONCLUSÃO

A análise do presente caso, qual seja, o AREsp 144832 RJ julgado em 23.11.2016 – Min. Relator Raul Araújo, demonstrou que nem todos os casos de responsabilidade civil objetiva devem resultar na direta e automática indenização material e moral, nem tão pouco na responsabilização solidária de toda a cadeia de fornecimento, especialmente quando estamos tratando, como no caso concreto, de um contrato eletrônico por adesão em relação jurídica de consumo por meio de um site de classificados de produtos e serviços, ocasião em que deve ser demonstrado o nexo causal como fundamento para a fixação de eventual verba indenizatória.

Entendemos que a decisão foi correta e adequadamente tomada para reestabelecer a sentença de primeiro grau, afastando a solidariedade da cadeia de

fornecimento, já que o contrato de prestação de serviços firmado entre o *autor* (Fábio de Souza Carvalho) e o *buscador* (Buscapé Informação e Tecnologia Ltda., atualmente denominado de E-Commerce Média Group Informação e Tecnologia Ltda.) é autônomo à relação contratual de compra e venda firmada entre o *autor* e a *loja*. Ou seja, não houve demonstração do nexo causal entre o inadimplemento contratual da compra e venda e a prestação de serviços realizada pelo *buscador*.

Ademais, entendemos que foi igualmente correta a decisão de afastar a presunção de solidariedade da cadeia de fornecimento, já que a situação apresentada é distinta de uma relação de intermediação. A prestação de serviços foi isolada e pontual, não havendo solidariedade nos termos acima apontado.

Para o futuro, entendemos ser relevante um adequado posicionamento da jurisprudência pátria quanto a não incidência de um dano moral pelo mero inadimplemento contratual que não tenha resultado em qualquer tipo de ofensa a honra e a moral das partes, tratando-se de situação comum do dia a dia da vida em sociedade.

Conforme nos lembra João Guimarães Rosa em seu imortalizado romance Grande Sertão: Veredas, “Viver é muito perigoso... Porque aprender a viver é que é o viver mesmo... Travessia perigosa, mas é a da vida. Sertão que se alteia e abaixa... O mais difícil não é um ser bom e proceder honesto, dificultoso mesmo, é um saber definido o que quer, e ter o poder de ir até o rabo da palavra.”

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BENJAMIN, Antonio Herman V. MARQUES, Claudia Lima. BESSA, Leonardo Roscoe. Manual de direito do consumidor. 8 ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017

BESSA, Leonardo Roscoe. Relação de consumo e aplicação do código de defesa do consumidor. 2 ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009

CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de direito do consumidor. 4 ed., São Paulo: Atlas, 2014

FERRI, Luigi. La autonomía Privada. Trad. Luis Sancho Mendizábal. Granada: Editorial Comares, 2001

MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais. 9 ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019

NERY, Rosa Maria de Andrade. NERY Junior, Nelson. Instituições de direito civil. v. II, Direito das Obrigações. 1 ed., São Paulo: Thomson Reuters – Revista dos Tribunais, 2015

NORMAN, Donald A. Design Emocional: por que adoramos (ou detestamos) os objetivos do dia a dia. Rio de Janeiro: Rocco, 2008

PEREIRA, Caio Mário da Silva. (TEPEDINO, Gustavo. Atualizador). Responsabilidade Civil. 11 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2016

REBOUÇAS, Rodrigo Fernandes. Termos e Condições de Uso e Política de Privacidade. In HACHEROTT, Nadia Andreotti Tüchumantel (Coord.). Aspectos Jurídicos do E-Commerce. São Paulo: Thomson Reuters – Revista dos Tribunais, 2021

_____. Contratos Eletrônicos – formação e validade: aspectos práticos. 2 ed., São Paulo: Editora Almedina Brasil, 2018

_____. Contratos Eletrônicos e sua força executiva. Revista Científica da Escola Superior da Advocacia,

OAB/SP, Edição 35, 2020. disponível em: https://issuu.com/esa_oabsp/docs/revista_completa

_____. Autonomia privada e a análise econômica do contrato. 1 ed., São Paulo: Almedina, 2017

_____. A (in)definição do conceito de consumidor pessoa jurídica nas relações contratuais e o custo de transação da insegurança jurídica. In ARAUJO, Luiz Nelson Porto. DUFLOTH, Rodrigo V. (org.). Ensaio em Law & Economics. São Paulo: LiberArs, 2019

ROSA, João Guimarães. Grande Sertão: Veredas. 19 ed., Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 2001

O CASO *IMOVELWEB* E O SINCRETISMO DE RELAÇÕES CONTRATUAIS

(COMENTÁRIOS AO RECURSO ESPECIAL Nº 1.740.942/RS)

WILLIAM GALLE DIETRICH¹

ABRAHAN LINCOLN DOREA SILVA²

1. DESCRIÇÃO DO CASO

O Recurso Especial nº 1.740.942/RS³ – doravante referenciado como *caso Imovelweb* – trata de situação em que pessoa natural, após pesquisa no site da empresa *Imovelweb*, procedeu em locação residencial que posteriormente revelou-se um estelionato. A pessoa natural que fez uso do portal, conforme relatório de sentença do juízo de piso⁴, “disse ter realizado pesquisa no sítio da ré em busca de imóvel para locação residencial e que, após encontrado, foi direcionado pelo sítio para contato com a anunciante, para quem enviou cópia de seus documentos e efetuou os depósitos bancários solicitados [no valor de R\$ 7.758,37]”. O autor da ação alegou, ainda, “que os depósitos foram realizados em conta bancária mantida pela anunciante no Reino Unido e que, mesmo sem que recebesse as chaves do bem, lhe foram pedidos novos depósitos”. Foi em face dessas circunstâncias obtusas que o potencial locador percebeu a situação de estelionato.

Constatando que havia sido vítima de um crime, o locador moveu ação condenatória em desfavor do portal *Imovelweb*, visando “a condenação da ré ao pagamento de danos materiais, no valor de R\$ 7.758,37 [referentes aos depósitos que exercera], e morais, no valor de R\$ 10.000,00”. A sentença foi parcialmente procedente, não reconhecendo o pleito de dano moral.

1 Doutorando em Direito Civil pela Faculdade de Direito do Largo de São Francisco (USP). Mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), como bolsista CAPES. Bacharel em Direito pela FEEVALE. Membro da Rede de Direito Civil Contemporâneo (USP, Un. Humboldt-Berlim, Un. de Coimbra, Un. de Lisboa, Un. do Porto, Un. de Roma II-Tor Vergata, Un. de Girona, UFMG, UFPR, UFRGS, UFSC, UFPE, UFF, UFC, UFMT, UFBA e UFRJ). Membro da ABDPro – Associação Brasileira de Direito Processual. Advogado no Raatz & Anchieta Advocacia (RS). E-mail: <galledietrich@gmail.com>.

2 Mestrando em Direito Civil pela Faculdade de Direito do Largo de São Francisco (USP). Dupla graduação em Direito pela Université de Lyon e pela USP. Ex-pesquisador bolsista da fundação FAPESP. Membro da Rede de Direito Civil Contemporâneo (USP, Un. Humboldt-Berlim, Un. de Coimbra, Un. de Lisboa, Un. do Porto, Un. de Roma II-Tor Vergata, Un. de Girona, UFMG, UFPR, UFRGS, UFSC, UFPE, UFF, UFC, UFMT, UFBA e UFRJ). Advogado associado ao escritório PHA Advogados (SP). E-mail: <ablincoln1844@gmail.com>.

3 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.740.942/RS**. Recorrente: Imovelweb Comunicação S.A. Recorrido: Guillaume Pierre Leturcq. Relator Ministro Marco Buzzi. Brasília, 26 abr. 2019.

4 RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Sentença - Processo nº 001/1.14.0210473-2** (CNJ:0008679-60.2014.8.21.3001), Vara Cível do Foro Regional Partenon. Autor: Guillaume Pierre Leturcq. Ré: Imovelweb Comunicação S.A. Juiz de Direito: Pio Giovanni Dresch. Porto Alegre, 20 jan. 2017.

Ambas as partes recorreram da decisão. O julgamento da apelação, pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, foi apazado para o dia 12/07/2017. Na referida data, o julgamento apresentou resultado não unânime para reformar a sentença do juízo *a quo*, razão pela qual foi impositiva a incidência da chamada técnica de ampliação do colegiado (art. 942, CPC), designando-se nova data de julgamento para o dia 25/10/2017⁵.

O resultado da apelação, com efeito, foi no sentido de reformar a decisão do juízo de piso, para fins de reconhecer a culpa concorrente do autor da demanda. Fazendo referência ao regime de responsabilidade pelo fato do serviço – art. 14, CDC –, o TJRS reconheceu a culpa concorrente do autor e reduziu o valor da indenização em 50%, a saber, condenou a *Imovelweb* ao pagamento de R\$ 3.879,13 (três mil oitocentos e setenta e nove reais com treze centavos). O acórdão ainda foi desafiado por embargos de declaração de ambas as partes. Nenhum dos recursos, contudo, foi acolhido.

Apenas a *Imovelweb* interpôs Recurso Especial. Em suas razões recursais alegou violação aos artigos 485, § 3º, do NCPC e 3º, caput e § 2º, do CDC – permissivo do art. 105, III, “a”, CF –, além de dissídio jurisprudencial – permissivo do art. 105, III, “c”, CF. O Recurso Especial do caso *Imovelweb*, julgado em 26/04/2019, foi conhecido sem que, contudo, tenha sido provido.

2. ARGUMENTOS DOS JULGADORES

Analisam-se os argumentos deduzidos pelo Poder Judiciário em todos os graus de jurisdição.

Inicialmente, na sucinta sentença do juízo de piso (de apenas duas páginas), acolheu-se parcialmente o pleito do autor, excluídos os danos morais, condenando-se a ré a “ressarcir ao autor a importância de R\$ 7.758,37, atualizada pelo IPCA [...] com juros de 1% a contar da citação”. Como fundamento jurídico para a condenação, a sentença fez uso de apenas 01 (um) parágrafo e de nenhuma base de direito positivo (=lei). Destacou que haveria “responsabilidade dos intermediários pela falha na prestação dos serviços, porque integrantes da cadeia de fornecimento de produtos e serviços”. Grifou, ainda, que “o réu aufere lucro a partir dos anúncios divulgados, e não pode se eximir da responsabilidade”.

Diferentemente do primeiro grau, a questão recebeu análise com maior fôlego no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. O TJRS acabou por analisar o conjunto probatório com maior vagar, destacando características e nuances do

5 RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Recurso de Apelação nº 70073268286** (nº CNJ: 0090943-63.2017.8.21.7000), 9ª Câmara Cível. Apelante/Apelado: Guillaume Pierre Leturcq e Imovelweb Comunicação S.A. Relator: Desembargador Carlos Eduardo Richinitti. Porto Alegre, 25 out. 2017.

comportamento incauto do autor, tal como das atividades da empresa demandada, derivando de tais observações a questão da culpa concorrente que reformou a sentença de primeiro grau. Nas palavras do Desembargador Relator, Carlos Eduardo Richinitti, “o autor, professor universitário e pós-doutorando no Brasil, de naturalidade francesa e com 33 anos na época dos fatos” teria agido de forma excessivamente desidiosa, já que “nunca se dirigiu até o edifício em que ficava o apartamento para averiguar as informações que lhe foram passadas ou mesmo efetuou vistoria no bem”. Contudo, o Relator destacou que não seria possível deixar de reconhecer a parcela de responsabilidade da *Imovelweb*, já que “mantém um site bastante conhecido para busca de imóveis na internet, oferecendo ao cliente uma expectativa de segurança e resultado”. Destacou ainda que “seu lucro [da *Imovelweb*], ainda que indiretamente, advém da intermediação pelas vendas ocorridas, pois os anunciantes pagam-lhe pelo anúncio, e pelos espaços publicitários que integram aquele ambiente”.

Dessa forma, fazendo referência ao regime de responsabilidade objetiva pelo fato do serviço – art. 14, CDC –, o TJRS reconheceu a culpa concorrente do autor e reduziu o valor da indenização pela metade, a saber, condenou a *Imovelweb* ao pagamento de R\$ 3.879,13 (três mil oitocentos e setenta e nove reais com treze centavos). Os Desembargadores Eduardo Kraemer e Eugênio Facchini Neto acompanharam o voto do Relator. Divergindo, os Desembargadores Tasso Caubi Soares Delabary e Marcelo Cezar Müller ficaram vencidos em seus votos, que entendiam ser a demanda do autor totalmente improcedente. A divergência apoiou suas razões sobretudo no fato de que o portal *Imovelweb* não teria atuado em nenhum momento da negociação da locação, razão pela qual “responsabilizar a demandada pelos prejuízos sofridos pelo autor seria o mesmo que, *mutatis mutandis*, responsabilizar um jornal por eventual fraude cometida por terceiro que anunciou produto no serviço de classificados”.

O Recurso Especial do caso *Imovelweb* foi recebido e conhecido pelo Ministro Marco Buzzi, sem que, contudo, tivesse recebido provimento. Entendeu o Ministro, em seus fundamentos, que “a parte recorrente, atuando na condição de propulsora do anúncio fraudulento, detém legitimidade para figurar no polo passivo da demanda”. Destacou ainda que o Superior Tribunal de Justiça “tem reiteradamente afirmado que ‘a exploração comercial da internet sujeita as relações de consumo daí advindas à Lei nº 8.078/90’ (REsp 1186616/MG)”.

Além do referido REsp 1186616/MG (que trata de responsabilização da rede social “ORKUT” por ofensas lá publicadas), o Ministro também fez referência ao REsp 1.444.008/RS (que trata de compra *online* de um aparelho *palmtop*, que não foi entregue, no qual o site em que a compra foi efetuada foi indicado no buscador chamado Shopping UOL —a ação foi movida justamente em desfavor desse buscador) para sustentar a distinção entre serviço de mera busca e o

emprego de intermediação. Em seu voto, o Ministro Marco Buzzi apoiou-se em fundamentação da Min. Nancy Andrighi, no sentido de que haveria uma diferença considerável para aqueles casos em que “existem provedores de serviço na Internet que, além de oferecessem a busca de mercadorias ao consumidor, fornecem toda a estrutura virtual para que a venda seja realizada”. Seriam bastante diferentes, contudo, aqueles casos em que “o prestador de buscas de produtos se limita a apresentar ao consumidor o resultado da busca, de acordo com os argumentos de pesquisa fornecidos por ele próprio, sem participar da interação virtual que aperfeiçoará o contrato eletrônico”.

Destacou-se, com base na leitura das provas constantes no processo, que “o autor procurou na plataforma digital da ré um apartamento para locação, encontrando-o, para o que efetivou seu cadastro no site e solicitou mais informações a respeito do imóvel”. Com isso, percebeu-se que a *Imovelweb* “enviou os dados de contato da anunciante com quem o autor iniciou as tratativas do negócio jurídico tal como demonstram os e-mails trocados entre eles e a empresa que intermediaria a locação”. Segundo o Ministro Marco Buzzi, é justamente daí que se deduziria, sob a perspectiva lógica, que a empresa *Imovelweb* não estaria exercendo uma atividade de mera apresentação ao consumidor dos resultados da busca; pelo contrário, na medida em que cadastra e intermedia contatos entre os potenciais contratantes, assumiria uma postura que fornece a estrutura virtual para que a venda seja realizada.

3. COMENTÁRIOS

Com o intuito de tornar os comentários ao caso *Imovelweb* mais objetivos, segrega-se a análise em tópicos distintos. Em um primeiro momento, visando a situar o leitor acerca daquilo que efetivamente envolve o serviço prestado pela *Imovelweb*, far-se-á uma análise detalhada do procedimento oferecido pela empresa (c.1). Ato contínuo, serão analisados os argumentos empregados pela decisão – TJRS e sobretudo STJ – para fins de que sejam lançadas as críticas ao modo como a questão foi resolvida (c.2). Por fim, em um terceiro momento, será lançada e explicada a interpretação que se considera a mais adequada para o caso aqui analisado (c.3).

3.1. O SERVIÇO OFERECIDO PELA EMPRESA IMOVELWEB

Antes de analisar propriamente o caso, faz-se necessário, para a boa compreensão daquilo que aqui é abordado, um esclarecimento das atividades da empresa *Imovelweb*. Com efeito, nas razões expostas nos votos dos julgamentos não é possível perceber – pelo menos não com clareza desejada – o *modus operandi* da empresa demandada. Independente de que tal falta de clareza possa ser atribuída

às próprias partes, que eventualmente podem não ter elucidado tal questão a contento em suas petições ou, ainda, que tal falta de clareza decorra de insuficiência de descrição na fundamentação das decisões, faz-se necessário um relato mais aprofundado acerca do tipo de serviços que a *Imovelweb* oferece.

Conforme definição constante em seu próprio site, a empresa é um “portal imobiliário”⁶, servindo como uma plataforma que conecta vendedores/compradores e locadores/locatários interessados em imóveis. A questão que se põe, contudo, é: como isso funciona, vale dizer, como se dá a operacionalidade do site para os locadores/compradores e locatários/vendedores? Até que ponto a *Imovelweb* participa da intermediação dos negócios?

Para que seja atingida uma dimensão ampla de como o sistema opera, explica-se como isso se dá sob a perspectiva dos locadores/compradores —visão que é aquela que importa para a resolução do caso ora colocado em discussão. Inicialmente, na seção de termos de uso, o site indica que “o acesso e a utilização do Site não exigem a prévia assinatura ou registro do Usuário”, destacando, contudo, que “é possível que a utilização de alguns dos Serviços oferecidos por meio do Site requeira a assinatura ou registro do Usuário e/ou o pagamento de um preço”⁷. É de se destacar que a empresa oferece planos de assinatura: um de R\$ 89,00 (oitenta e nove reais) mensais e outro de R\$ 169,00 (cento e sessenta e nove reais), ambos passíveis de aquisição por aqueles que publicam ofertas no site, oferecendo, como vantagem, um maior tempo e uma maior exposição dos seus anúncios.

Existe seção dedicada a esclarecimentos para os locadores/compradores no site da *Imovelweb*. A seção, denominada “como eu faço para procurar um imóvel?”⁸ é subdividida em alguns tópicos, dos quais vale destacar o item que explica como funciona a pesquisa de imóvel⁹ e o contato¹⁰ com os potenciais locatários/vendedores. Verifica-se que ao pesquisar e encontrar o imóvel de interesse, aos locadores/compradores são facultadas algumas formas de contatar o anunciante, cabendo-lhes tal iniciativa ou, se assim não quiserem, ainda existe a hipótese de solicitar que os próprios locatários/vendedores façam o contato, enviando-lhes uma mensagem através do site da *Imovelweb*.

6 IMOVELWEB. **Quem somos?** São Paulo. Disponível em: <<https://help.imovelweb.com.br/pt-BR/articles/3494601-quem-somos>>. Acesso em 22 mai. 21.

7 IMOVELWEB. **Termos e condições de uso**, São Paulo. Disponível em: <<https://help.imovelweb.com.br/pt-BR/articles/3494508-termos-e-condicoes-de-uso>>. Acesso em 27 mai. 21.

8 IMOVELWEB. **Como eu faço para procurar um imóvel?** São Paulo. Disponível em: <<https://help.imovelweb.com.br/pt-BR/collections/1858216-como-eu-faco-para-procurar-um-imovel>>. Acesso em 27 mai. 21.

9 IMOVELWEB. **Como eu faço para pesquisar um imóvel?** São Paulo. Disponível em: <<https://help.imovelweb.com.br/pt-BR/articles/3436760-1-como-faco-para-pesquisar-um-imovel>>. Acesso em 27 mai. 21.

10 IMOVELWEB. **Como entro em contato com a imobiliária para pedir informações sobre o imóvel que me interessou?** São Paulo. Disponível em: <<https://help.imovelweb.com.br/pt-BR/articles/3436775-2-como-entro-em-contato-com-a-imobiliaria-para-pedir-informacao-sobre-o-imovel-que-me-interessou>>. Acesso em 27 mai. 21.

A atuação da *Imovelweb* encerra, portanto, no ponto em que se estabelece o contato entre os potenciais locadores/compradores e locatários/vendedores. A partir do momento em que tal contato é estabelecido, os passos seguintes são dados de acordo com as predileções das partes. Colocado de forma objetiva: a elaboração dos termos de contrato, a negociação de forma e meio de pagamentos, agendamento de visitas, etc., passa a ser uma atividade totalmente fora do âmbito de controle da *Imovelweb*, dependendo exclusivamente daqueles que estão em negociação.

Por fim, vale destacar que a empresa também oferece serviço de busca de crédito imobiliário, tornando disponível um espaço para simulação de créditos¹¹. O *modus operandi* é bastante simples: o eventual interessado em crédito imobiliário informa alguns de seus dados pessoais e, ao fazê-lo, o portal apresenta uma série de opções/propostas advindas de instituições bancárias parceiras. Contudo, destaca-se que esse é um serviço totalmente independente da busca de imóveis e, no caso aqui analisado – caso *Imovelweb* –, esse serviço não foi utilizado de nenhuma forma pela parte que moveu a ação condenatória.

3.2. OBSERVAÇÕES CRÍTICAS SOBRE OS FUNDAMENTOS DO JULGADO

Dos julgamentos do Recurso de Apelação e do REsp, é possível deduzir como *ratio decidendi*, através dos fundamentos empregados nas decisões, a visualização de uma unidade nas relações, a saber, a decisão considera que houve uma só situação jurídica norteador toda a relação entre as partes. Além disso, é possível perceber que se entendeu, também, que a *Imovelweb* não estaria exercendo uma atividade de mera apresentação ao consumidor dos resultados da busca —advindo daí, pois, sua responsabilidade pelo fato do serviço, nos termos do art. 14, CDC.

Tal *ratio decidendi*, contudo, não apresentam ser a melhor solução jurídica para o caso. A ver, dentro deste tópico (c.2), o porquê.

3.2.1. Formação e distinção das 03 (três) relações jurídicas do caso

Inicialmente, é importante identificar que no caso em análise, sob a perspectiva civilística, existem três relações jurídicas distintas, originárias de três contratos igualmente distintos, que não se confundem entre si, embora tenham espreque em eventos conectados no mundo fático. Para tanto, é fundamental esboçar a

11 IMOVELWEB. **Simulador de crédito**. São Paulo. Disponível em: <<https://financas.imovelweb.com.br/simuladordecredito/>>. Acesso em 28 mai. 21.

teoria contratual, partindo-se de um referencial teórico específico: a obra “Negócio Jurídico: Existência, Validade e Eficácia”, de Antônio Junqueira de Azevedo¹².

Na definição de Pontes de Miranda, sistema que inspira Antônio Junqueira de Azevedo (embora de Pontes de Miranda se distancie no conjunto da obra), o negócio jurídico é o fato que “o princípio da autonomia da vontade deixou à escolha das pessoas”¹³. Há declaração e manifestação de vontade, sobre a qual incide a lei, criando-se o negócio jurídico¹⁴. Nesse sentido, diferentemente do ato jurídico *stricto sensu*, o negócio jurídico nasce através da incidência da norma, que o torna jurídico, mas não é a norma que determina os seus efeitos. Os efeitos são determinados pela manifestação ou declaração da vontade, que são suporte fático do negócio jurídico¹⁵.

Antônio Junqueira de Azevedo, divergindo pontualmente de Pontes de Miranda, afirma que “ser declaração de vontade é sua (do negócio jurídico) característica primária”, definindo o negócio jurídico (visto sob a ótica da *categoria*) como “uma manifestação de vontade cercada de certas circunstâncias (as circunstâncias negociais) que fazem com que socialmente essa manifestação seja vista como dirigida à produção de efeitos jurídicos”. Nesse sentido, o autor define o negócio jurídico como “todo fato jurídico consistente em declaração de vontade, a que o ordenamento jurídico atribui os efeitos designados como queridos, respeitadas os pressupostos de existência, validade e eficácia impostos pela norma jurídica que sobre ele incide”. Disso se segue que, para Antônio Junqueira de Azevedo, a declaração de vontade é espécie de manifestação de vontade, com a especificidade de ser socialmente vista como destinada a produzir efeitos jurídicos¹⁶.

-
- 12 AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2002.
- 13 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**: introdução, pessoas físicas e jurídicas. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1954. t.1. p. 90.
- 14 Nesse sentido, “sendo livre de declarar ou manifestar a vontade, a pessoa declara-a ou manifesta-a; e a regra jurídica introduz no mundo jurídico a sua vontade” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**: introdução, pessoas físicas e jurídicas. t. 1.p. 90).
- 15 PONTES-DE-MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**: introdução, pessoas físicas e jurídicas. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1954. t. 1. p. 90. A distinção conceitual, proposta por Pontes de Miranda, pode ser exemplificada de forma simplíssima: “Uma coisa é exteriorizar, manifestar; outra coisa, declarar, fazer claro. Se tiro o livro da mesa e o ponho na janela, manifestei vontade, e não a declarei. Se digo que o fiz, declaro.” (PONTES-DE-MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**: introdução, pessoas físicas e jurídicas. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1954. t. 1. p. 92). O debate sobre a distinção e, sobretudo, a confusão doutrinária feita entre os conceitos “manifestação da vontade” e “declaração da vontade” é desenvolvido de forma mais ampla no tomo III (PONTES-DE-MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**: Negócios Jurídicos, Representação, Conteúdo, Forma, Prova. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1954. t. 3. p. 4-8). Para Junqueira, como se verá, todo negócio é declaração de vontade e, sendo a forma é tácita ou expressa, não há modificação na natureza de “declaração”.
- 16 AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 16-18. A evolução do pensamento do Junqueira o leva a distinguir “declaração de vontade” de “declaração negocial”, como o conceito que define o que é o negócio jurídico. Vê-se: “Se nem toda declaração de vontade é negócio jurídico e, inversamente, todo negócio jurídico é declaração de vontade - é uma declaração negocial - pode-se considerar resolvido o problema da definição do negócio jurídico. É negócio jurídico toda declaração de vontade vista socialmente como destinada a produzir efeitos jurídicos em nível de igualdade.” (AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico e declaração negocial**: noções gerais e formação da declaração negocial. Tese de Titularidade em Direito Civil. São

A característica fundamental do negócio jurídico, de acordo com Antônio Junqueira de Azevedo, é a sua análise a partir do plano da validade. Para o autor, todos os fatos jurídicos podem ser analisados em dois planos: o da existência e o da eficácia. Assim, primeiro se verifica se há elementos para que o fato jurídico exista (plano da existência), analisando-se, após, se ele passa a produzir os efeitos (plano da eficácia). Já que o negócio jurídico é espécie de fato jurídico, ele é analisado nesses dois planos e requer, também, requisitos específicos para que a declaração seja válida, de forma que há, também, a análise do negócio jurídico no plano da validade¹⁷.

Quanto ao plano da existência, o autor relata três tipos de elementos: gerais, categoriais e particulares. Os elementos gerais são os que dependem todos os negócios jurídicos, sendo intrínsecos ou extrínsecos: 1) intrínsecos: forma, objeto e circunstâncias negociais; 2) extrínsecos: agente, lugar e tempo do negócio. Descendo-se da abstração, já que só existem negócios jurídicos em concreto (ex. contrato de compra e venda entre Mévio e Caio, em que Mévio vende uma caneta tinteiro, exigindo o preço de R\$ 1.000,00, e Caio paga o preço e exige a coisa), existem os elementos categoriais que, assim como os gerais, também resultam da lei, não da vontade das partes. Os elementos categoriais são os elementos das espécies de negócios jurídicos, ou das categorias que derivam delas, de forma que o contrato tem elementos específicos de existência, assim como, por sua vez, o contrato de doação tem seus elementos categoriais. Os elementos categoriais são interrogáveis (naturais) ou ininterrogáveis (essenciais), decorrendo sempre da lei. Os elementos particulares (acidentais) são as cláusulas específicas de cada negócio, as quais, diferentemente, decorrem sempre da vontade, como o termo, a condição e o encargo. O plano da validade é composto por requisitos, os quais não são senão adjetivos dos elementos (elemento: agente; requisito: agente capaz), e dizem respeito a se o negócio, para o direito, vale ou não, decorrendo do descumprimento dos requisitos a nulidade ou anulabilidade. Os fatores de eficácia, por sua vez, são os vetores de modulação dos efeitos dos negócios jurídicos, como, por exemplo, a condição resolutiva, a qual extingue os efeitos após a satisfação da condição¹⁸.

Nesse sentido, como se nota, na teoria contratual há um sistema organizado em gênero e espécie, de modo que a realização de qualquer negociação que desemboque em um contrato terá uma disciplina unificada que partirá do específico ao mais geral. Existindo, o negócio jurídico poderá ser válido ou não (se cumprir os requisitos de validade), bem como ser ou não eficaz (fatores de efi-

Paulo: Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, 1986. p. 25)

17 AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 23-24.

18 AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2002. *Passim*.

cácia). Partindo-se deste referencial teórico, serão analisados os contratos envolvidos na situação-problema – o caso *Imovelweb* – julgada pelo Superior Tribunal de Justiça, distinguindo-se com precisão cada relação jurídica.

Primeiro, destaca-se que há uma relação jurídica oriunda de um contrato de prestação de serviços entre o *Imovelweb* e o anunciante (=potencial locatário/vendedor do imóvel). Nessa, acorda-se que o *Imovelweb* disponibilizará o anúncio em seu portal, recebendo, em contrapartida, uma prestação pecuniária (remuneração). Fá-lo em razão de um serviço, prestado pelo *Imovelweb*, consistente na oferta de uma ferramenta de busca de imóveis para locação e venda.

Seguindo, há uma segunda relação jurídica, constituída também com base em um contrato de prestação de serviços, realizado entre o utilizador da ferramenta de busca (=potencial locador/comprador do imóvel) e a *Imovelweb*, em que, de um lado, o usuário do site consegue ter acesso a um conjunto de “anúncios” de imóveis, enquanto a *Imovelweb*, do outro lado, recebe seus respectivos “acessos”, que são dados que integram os ativos imateriais da empresa, compondo seu fundo de comércio¹⁹.

Por fim, há ainda uma terceira relação jurídica, desta vez travada entre o anunciante e o usuário da plataforma, em que são feitas tratativas e pactuados contratos de compra e venda de imóveis ou contratos de locação. Nesse caso,

19 A conclusão sobre a relação jurídica ter origem em um contrato de prestação de serviços é eminentemente técnica. A presente nota serve a aprofundar o ônus argumentativo da demonstração da adequação do fato jurídico ao tipo contratual. Dentre os elementos para que o fato seja caracterizado como negócio jurídico, o único que parece ser um “problema” neste caso é a forma. Então, é relevante destacar que negócios jurídicos tem forma *expressa* ou *tácita*. No caso, trata-se de forma tácita, já que a declaração de vontade é deduzível do ato de acessar a plataforma ofertada pela *Imovelweb* (AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. p. 126). Superado o problema da forma, é necessário destacar que é também um contrato, pois é cumprido o elemento categorial do “consentimento” (GOMES, Orlando. **Contratos**. 26. ed. Atualizado por Antônio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 52 e ss.), ou seja, há um “acordo das declarações” (AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico e declaração negocial**: noções gerais e formação da declaração negocial. Tese de Titularidade em Direito Civil. São Paulo: Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, 1986. p. 171), pois há efetivo cumprimento dos atos pré-negociais da oferta (disponibilização da plataforma) e da aceitação (acesso à plataforma). Sendo contrato, resta, por fim, destacar que é um contrato de prestação de serviço, por cumprimento dos seus elementos categoriais: há prestação de um serviço (oferecimento de plataforma de buscas) e uma remuneração (acesso). Neste caso, poderia surgir dúvidas sobre que tipo de “remuneração” se recebe. É relevante destacar, nesse sentido, que nem toda remuneração é em “dinheiro”, sendo definível honorário (remuneração pela prestação) como “pagamento que recebem os profissionais liberais [ou prestadores de serviço no geral] por seu trabalho” (GUIMARÃES, Deodéciano Torriel. **Dicionário Técnico-Jurídico**. São Paulo: Rideel, 1995. p. 347). “Pagamento” no direito das obrigações assume o sentido de “adimplemento” ou cumprimento voluntário da obrigação (no rigor da técnica jurídica), ou seja, cumprimento de uma prestação de dar, fazer e não fazer. Trata-se de forma de liberação do devedor, mediante a prestação do obrigado (PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**: teoria geral das obrigações. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 163.). É fundamental, nesse caso, explicitar a natureza do dado nomeado “acesso”, para adequar o ato de “acessar” ao ato de “adimplir” uma obrigação. O acesso é uma informação mensurável pela plataforma, que depende da execução por usuário. Nesse sentido, só há “acesso” quando um usuário utiliza a plataforma. A quantidade de “acessos” determina a relevância da plataforma, compondo-se como um ativo imaterial. Ou seja, quanto maior a quantidade de acessos, mais relevante é a plataforma, maior é o seu impacto. Este dado é monetizável, porque o seu impacto pode ser economicamente aproveitável. A título de exemplo, a quantidade de “acessos” (ou impacto) pode ser utilizado como fundamento para negociar o valor da divulgação de anúncios. Quanto maior a quantidade de acessos, presume-se que maior a chance de alienação ou locação do bem. Nesse sentido que o acesso é parte integrante do fundo de comércio, assemelhando-se ao conceito já conhecido de “cliente”, compondo-se como um ativo imaterial da empresa. Destaque-se também que o tipo de contrato que dá origem à relação jurídica é instantâneo, também chamado de contrato de execução única, já que “as prestações podem ser realizadas em um só instante” (GOMES, Orlando. **Contratos**. p. 93).

as partes, na relação jurídica, passam a ser denominadas locador e locatário ou comprador e vendedor.

Há, portanto, três contratos distintos, sendo que dois desses contratos são de prestação de serviços (entre locatário e *Imovelweb* e entre locador e *Imovelweb*) e o terceiro contrato é de locação (entre o locatário e o locador). Daí que a unidade – ou a falta de segregação de tais relações – constante no Recurso Especial ora analisado é uma primeira questão que merece ser evidenciada, pois produz uma confusão conceitual que é condição de possibilidade para as conclusões do julgamento.

3.2.2. Identificando o ilícito contratual

As bases lançadas no item pretérito servem para mostrar que é na terceira relação jurídica (estabelecida entre o locatário/estelionatário e potencial locador) que se consolidou o problema. Os fundamentos anteriormente lançados auxiliam, portanto, a verificar que as prestações de serviço – sempre tendo a *Imovelweb* como parte prestadora do serviço, ora na condição de publicar anúncios, ora na condição de apresentá-los – tiveram sua existência, validade e eficácia preenchidas sem maiores problemas. É na terceira relação que a ação pérfida do estelionatário deságua em um ilícito contratual.

Com efeito, o que ocorre na terceira relação é um problema de *eficácia*. Seguindo no referencial adotado de Antônio Junqueira de Azevedo, observa-se que o autor entende que a legitimidade pode ser um requisito de validade ou, ainda, um fator de eficácia. Com efeito, a chamada “legitimidade-fator de eficácia” pode ser definida como “a qualidade do agente consistente na aptidão, obtida pelo fato de estar o agente na *titularidade de um poder*, para realizar eficazmente um negócio jurídico; ela existe *por causa de uma relação jurídica anterior*”²⁰.

Analisando o *iter* do negócio jurídico estabelecido entre o potencial locador e o estelionatário, verifica-se que os planos da existência e da validade foram devidamente preenchidos. O negócio, contudo, jamais poderia ter eficácia pelo fato de que o estelionatário não tinha um poder, a saber, aquele(s) inerente(s) à propriedade do imóvel negociado. Conforme Junqueira, a “legitimidade-fator de eficácia” nunca existiu porque igualmente inexistente uma relação jurídica anterior que desse ao estelionatário tal legitimidade (aquisição anterior do apartamento negociado).

20 AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. p. 58.

Daí por que fica claro que “são casos de negócios em que há falta de legitimidade-fator de eficácia: as vendas [e demais disposições] a *non domino*”²¹. No âmbito penal, pelo fato de que o estelionatário sabia desde sempre da impossibilidade da eficácia do negócio e, com efeito, fez o potencial locador crer no contrário, configurou-se a hipótese do art. 171, CP. Essa é, com efeito, a razão pela qual se está diante de um fato de imputação complexa²² por parte do direito. A relação de fatos descrita criou, no mínimo, quatro imputações jurídicas distintas: sob a perspectiva civilística, tem-se dois contratos de prestação de serviço que foram existentes, válidos e eficazes e um contrato de locação existente, válido e ineficaz; sob a perspectiva penalística, tem-se um estelionato.

Resta, assim, identificado o ilícito contratual que ensejou a inexecução do contrato, ou seja, promoveu o inadimplemento da obrigação de entregar a posse do imóvel ao locatário. Pergunta-se agora: a *Imovelweb* teria participação direta nesse ponto?

Conforme observado nos itens pretéritos, sob a perspectiva dos locadores/compradores a *Imovelweb* oferece um serviço efetivamente próximo a de um serviço de classificados, como, aliás, também destacou o voto divergente da apelação no TJRS. E disso podem ser extraídas algumas observações críticas.

Com efeito, quando o Min. Relator do REsp destaca que “o autor procurou na plataforma digital da ré um apartamento para locação, encontrando-o, para o que efetivou seu cadastro no site e solicitou mais informações a respeito do imóvel”, verifica-se, em verdade, que operou-se uma lógica em que a *Imovelweb* se demonstra efetivamente como um mero serviço de busca. Com efeito, “procurar na plataforma digital” é situação que se pode comparar com aquela em que a parte interessada “procura nos anúncios de classificados de um jornal”. Uma vez encontrando um bem que lhe interesse, a parte entra em contato diretamente com aquele que visa a negociar tal bem, seja nos classificados de jornais, seja na *Imovelweb*.

É importante observar isso sobre os verbos (ações) empregados na decisão: procurar e solicitar. Cada ação teve uma respectiva reação. Ao “procurar” um imóvel, a *Imovelweb* “ofereceu” um catálogo a ser analisado —identicamente aos serviços de classificados. Ao “solicitar” informações sobre o imóvel que lhe interessou, contudo, a *Imovelweb* já não mais participou da relação, uma vez que essa solicitação foi endereçada, ainda que através do site da *Imovelweb*, diretamente ao suposto proprietário (que depois desvelou-se um estelionatário). A reação à ação de “solicitar

21 AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. p. 60.

22 Imputação é, aqui, utilizada no sentido kelseniano da palavra. KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 8. ed. Trad. de João Baptista Machado. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 95 e s.

tar informações”, que foi respectivamente atendida com a ação de “dar detalhes do bem imóvel”, já não mais foi operacionalizada pela *Imovelweb*, mas a seu despeito, porque concretizada exclusivamente pela parte estelionatária no caso.

Assim o sendo, quando o Relator no TJRS afirma que “seu lucro [da *Imovelweb*], ainda que indiretamente, advém da intermediação pelas vendas ocorridas, pois os anunciantes pagam-lhe pelo anúncio, e pelos espaços publicitários que integram aquele ambiente”, embora deduza consequências que não são as mais adequadas, faz uma descrição razoável do *modus operandi* da *Imovelweb*: trata-se, com efeito, de uma plataforma de anúncios, exatamente como operam os serviços de classificados. Paga-se para que se tenha um anúncio na plataforma. No entanto, não há uma verdadeira “intermediação”. A *Imovelweb* não elabora minutas de contrato, não negocia valores, não cobra taxas em caso de conclusão do negócio (locação ou compra e venda), não estabelece meio de pagamento, etc. e seu lucro advém, de fato, dos pagamentos promovidos pelos anunciantes, pelo anúncio em si. Lembre-se que no item anterior destacou-se, inclusive, os valores dos planos oferecidos àqueles que têm interesse de publicar seus anúncios no site. A sentença, aliás, foi clara nesse sentido, destacando que o autor “foi direcionado pelo sítio para contato com a anunciante” e, a partir desse ponto, já não ocorreram mais intervenções do portal imobiliário. Significa dizer, portanto, que a premissa assumida no Recurso Especial – de que a *Imovelweb* não estaria exercendo uma atividade de mera apresentação ao consumidor – é falsa.

Assim, acerca do Recurso Especial (e, também, da Apelação) ora enfrentado, podem ser deduzidas preliminarmente as seguintes conclusões: primeiro, a decisão equivocou-se ao não diferenciar as distintas situações jurídicas —*cf.* observado, a situação de fatos criou, no mínimo, quatro imputações jurídicas: sob a perspectiva civilística, tem-se dois contratos de prestação de serviço que foram existentes, válidos e eficazes e um contrato de locação existente, válido e ineficaz; sob a perspectiva penalística, tem-se um estelionato; segundo, dentro desse contrato de locação (existente, válido e ineficaz), em que configurado o ilícito contratual, não existe absolutamente nenhuma atividade da *Imovelweb*. Ao contrário do que foi entendido pelo Poder Judiciário, a *Imovelweb* não teve nenhuma intervenção nesse ponto. Daí por que não é possível considerar que seu serviço foi defeituoso, nos termos do art. 14, CDC, uma vez que a prestação de serviço de busca – esse sim prestado pela *Imovelweb* – foi existente, válida e eficaz.

3.2.3. Responsabilidade contratual e relatividade dos efeitos contratuais

Há, por fim, uma necessária crítica ao modo como a questão foi julgada. Trata-se do problema envolvendo o sincretismo dos efeitos da responsabilidade contratual com a responsabilização por situação de dano. Com efeito, no histórico de decisões que ensejaram o Recurso Especial em análise, nota-se que a sentença determinou que a *Imovelweb* pagasse integralmente o valor prestado ao

estelionatário, enquanto o TJRS reformou a decisão nesse ponto, para reconhecer culpa concorrente do autor da ação, determinando que a *Imovelweb* pagasse 50% do valor. Esse ponto em específico não foi reformado pelo STJ.

No entanto, é consequência imediata da distinção das relações contratuais a inadequação técnica do entendimento. Como já foi amplamente exposto, o contrato entre *Imovelweb* e usuário é distinto do contrato entre locador e locatário. No caso, o primeiro contrato foi plenamente executado, enquanto no segundo (entre locador e locatário) houve inadimplemento inevitável, em razão da falta de legitimidade-eficácia do locador, que não detinha poder de disposição sobre o imóvel que negociou e tampouco pretendia executar a sua prestação.

Nota-se, nesse caso, uma situação atípica com a co-responsabilidade estabelecida. O locador pagou ao locatário valor em função de obrigação que nasceu do contrato de locação. Nesse caso, eventual restituição do valor é um dever contratual (repetição). Ou seja, o dever de repetição se funda exclusivamente na responsabilidade contratual, em função de ilícito contratual essencial, que ensejou a resolução do contrato. Como se nota, a confusão entre as relações contratuais produzidas pelos julgados promoveu também confusão no âmbito da responsabilidade, que impropriamente analisou sob a figura do “dano” a inexecução contratual, cuja consequência não é a indenização (própria para situações em que há dano), mas a repetição do valor pago em cumprimento da prestação (retorno ao *status quo ante* derivado da resolução contratual).

Viola a relatividade dos efeitos contratuais, desse modo, obrigar que a *Imovelweb* pague prestação de outrem em função de contrato do qual não faz parte. Confunde-se, assim, responsabilidade contratual por inadimplemento com dano. Nesse sentido, não sendo intermediador, não produzindo o ilícito e tampouco figurando na relação contratual em que ocorreu o ilícito, não há solidez em nenhum dos fundamentos para a responsabilização da *Imovelweb*. Em função disso, a consequência jurídica do racional acima exposto enseja a consideração de que há excludente de responsabilidade por fato de terceiro.

3.3. ARGUMENTOS DE SENTENTIA FERENDA, OU DE COMO A QUESTÃO TERIA SIDO JURIDICAMENTE RESOLVIDA DE FORMA MAIS ADEQUADA

Chega-se ao ponto de expor a solução que se entende mais adequada ao caso. Conforme observado, o Poder Judiciário manifestou-se no sentido de que a questão haveria de ser resolvida pelo sistema de responsabilidade objetiva por fato do serviço, nos termos do art. 14, CDC. Isso, contudo, não se mostrou a melhor forma de solução, uma vez que o ilícito ocorreu em uma relação contratual em que a *Imovelweb* nunca fez parte.

Antes de se entrar na questão sobre o que se entende como efetivamente mais adequado, é importante, contudo, que seja enfrentado um argumento que, em que pese não tenha sido ventilado pelo Poder Judiciário, tem lastro racional, a saber: na prestação de serviços da *Imovelweb*, não ficou caracterizada a falha no seu *dever de informação*? Colocado de forma mais clara: verificou-se que o serviço fornecido pela *Imovelweb* preencheu todos os planos do negócio jurídico. Em que pese o ilícito contratual tenha ocorrido não mais na prestação de serviços, mas no contrato de locação – o qual, como visto, a *Imovelweb* já não possuía mais nenhuma relação –, a *Imovelweb* não teria o dever de informar àqueles que consultam o site justamente a hipótese de que tais problemas podem vir a acontecer?²³

Cumprindo todos os elementos categoriais de um contrato de prestação de serviços, pode-se dizer que a relação jurídica entre o usuário e a *Imovelweb* é uma relação de prestação de serviços (destacando que não se discute aqui se exclusivamente regida pelo CC ou pelo CDC). De um lado, a *Imovelweb* presta o serviço de tornar disponível anúncios de imóveis para locação de alienação, enquanto o usuário executa a prestação do acesso quando passa a utilizar a plataforma, o qual se torna um ativo imaterial que compõe o fundo de comércio da *Imovelweb*.

A questão que se põe é: considerando hipoteticamente a correção da incidência do CDC ao caso, é possível concluir que, em tal prestação de serviços, ocorreu falha no dever de informar ao usuário sobre a possibilidade de estelionatos (=ineficácia do contrato de locação) como o ocorrido no caso?

A resposta é negativa. Isso porque a *Imovelweb* não apresenta tal falha. Em seção específica do seu site, verifica-se, inclusive, diretrizes diretas para que os usuários evitem “golpes imobiliários”²⁴ —uma das dicas, aliás, é que o usuário “evite negociar com imobiliárias fora do país”, justamente o que aconteceu no caso em análise. As informações, portanto, são claras. Além disso, quando o site mostra o resultado das buscas, aconselha seis passos ao usuário antes que firme o negócio, sendo um deles a visita ao imóvel. Por fim, no resultado das buscas existe a possibilidade de denunciar os anúncios em casos de eventuais fraudes. Não é preciso um grande raciocínio lógico para concluir que, se o site indica espaço para denúncia, significa que não está garantindo a higidez dos anúncios.

Nesse sentido, aliás, embora a *Imovelweb* preste um serviço muito similar ao dos classificados, fá-lo informando muito melhor os seus usuários do que os

23 Não parece clara a natureza contratual entre o potencial locador/comprador da plataforma e a *Imovelweb* — efetivamente estar-se-ia tratando de uma pura prestação de serviços nos termos do Código Civil ou se estaria tratando de uma prestação de serviço nos termos consumeristas? Isso, contudo, não cria nenhuma influência decisiva no resultado da análise, razão pela qual considerar-se-á que a relação dada entre as partes efetivamente foi uma relação de consumo, sem, contudo, que esse texto efetivamente esteja se comprometendo com a correção dogmática de tal premissa.

24 IMOWEB. **O que posso fazer para evitar golpes imobiliários?** São Paulo. Disponível em: <<https://help.imovelweb.com.br/pt-BR/articles/3436782-5-o-que-posso-fazer-para-evitar-golpes-imobiliarios>>. Acesso em 04 jun. 2021.

próprios classificados. Com efeito, nos serviços de classificados de jornais não existe tanta informação (incluindo a possibilidade de denunciar casos de potenciais estelionatos) como a *Imovelweb* fornece. Daí por que, seja pela própria inexistência de falha de dever de informar no contrato de prestação de serviços, seja por um dever de coerência da jurisprudência (art. 926, CPC) do STJ, que já analisou a responsabilidade do serviço de classificados²⁵, não há como configurar uma falha nas informações do serviço prestado.

Assim, entende-se que uma solução adequada iria apreciar – com a desejada precisão técnica – a distinção das relações contratuais em análise, separando analiticamente os três contratos que são interpretados como se fossem uma só coisa. Havendo distinção das relações contratuais, poder-se-ia identificar com precisão em qual contrato se localiza o dano, cuja consequência seria a caracterização da excludente de responsabilidade por fato de terceiro, já que não pode a *Imovelweb* cumprir obrigação originária de contrato ao qual não se vinculou, o que violaria a relatividade dos efeitos contratuais. Eventual responsabilização possível da *Imovelweb* seria realizável na alegação de descumprimento do “dever de informação”, originário do art. 14 do CDC. No entanto, como já destacado, não há descumprimento do dever de informação. Ainda que houvesse, a consequência do descumprimento do dever de informação ensejaria uma apreciação de perdas e danos específica, não a condenação da *Imovelweb* a suprir a inadimplência de outrem em função de contrato do qual não faz parte.

4. CONCLUSÃO

O caso em análise descortina uma situação de fato com variadas imputações jurídicas. Verificou-se que o ilícito contratual discutido teve origem em uma relação bastante específica, a saber, a relação locatícia estabelecida entre o potencial locador e o estelionatário. Observou-se, ainda, que tal relação contratual ainda foi caracterizada pela completa ausência de atuação da *Imovelweb*, o que ensejaria excludente de responsabilidade por fato de terceiro, razão pela qual entendeu-se equivocada a solução atribuída ao caso pelo TJRS, que posteriormente foi ratificada pelo STJ.

Enfrentou-se, ainda, o argumento de uma eventual falha no dever de informar (art. 14, CDC). Ainda que tal argumento não tenha sido levantado nas razões das decisões, seu lastro é bastante racional, justificando-se a sua análise. Observou-se, contudo, que mesmo sob essa perspectiva, não seria possível verificar qualquer falha atribuível a *Imovelweb*, razão pela qual o contrato de prestação

25 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.046.241/SC**, Terceira Turma. Recorrente: RBS Zero Hora Editora Jornalística S/A. Recorrida: José Carlos Pereira. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 12 ago. 2010.

de serviços estabelecido entre a *Imovelweb* e o locador não teve qualquer falha apta a caracterizar um ilícito contratual. Daí por que a melhor solução ao caso seria a total improcedência do pleito indenizatório do autor.

A decisão ora analisada parece consolidar uma tendência bastante questionável na dogmática e na jurisprudência brasileira, a saber, a expansão ilimitada e incontrolável dos deveres dos fornecedores. O caso analisado mostra isso com bastante clareza: um site cujo serviço consiste em exibir um rol de anúncios passa a ser responsabilizado por atitudes absolutamente incontroláveis em sua perspectiva. O serviço de oferecer cessa na palavra “anúncios”, sendo certo que as decisões aqui analisadas adjetivam e exigem tais anúncios como “hígidos”, quando esse claramente nunca foi o propósito e o serviço oferecido pela *Imovelweb*.

O perigo de tais práticas e tais paternalismos deságua na eventual inviabilidade da prestação dos serviços. Quando um consumidor não toma os cuidados mais elementares e comezinhos no uso de um serviço, transforma-se a excepcional imprudência – do consumidor –, em regra draconiana a ser observada – no caso, pelo fornecedor. Tudo ao arrepio da melhor técnica disponível para a solução do caso.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico e declaração negocial**: noções gerais e formação da declaração negocial. Tese de Titularidade em Direito Civil. São Paulo: Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, 1986.

_____. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2002.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.046.241/SC**, Terceira Turma. Recorrente: RBS Zero Hora Editora Jornalística S/A. Recorrida: José Carlos Pereira. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 12 ago. 2010.

_____. **Recurso Especial nº 1.740.942/RS**. Recorrente: Imovelweb Comunicação S.A. Recorrido: Guillaume Pierre Leturcq. Relator Ministro Marco Buzzi. Brasília, 26 abr. 2019.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 26. ed. Atualizado por Antônio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

GUIMARÃES, Deodéciano Torriel. **Dicionário Técnico-Jurídico**. São Paulo: Rideel, 1995.

IMOVELWEB. **Como entro em contato com a imobiliária para pedir informações sobre o imóvel que me interessou?** São Paulo. Disponível em: <<https://help.imovelweb.com.br/pt-BR/articles/3436775-2-como-entro-em-contato-com-a-imobiliaria-para-pedir-informacao-sobre-o-imovel-que-me-interessou>>. Acesso em 27 mai. 21.

_____. **Como eu faço para pesquisar um imóvel?** São Paulo. Disponível em: <<https://help.imovelweb.com.br/pt-BR/articles/3436760-1-como-faco-para-pesquisar-um-imovel>>. Acesso em 27 mai. 21.

_____. **Como eu faço para procurar um imóvel?** São Paulo. Disponível em: <<https://help.imovelweb.com.br/pt-BR/collections/1858216-como-eu-faco-para-procurar-um-imovel>>. Acesso em 27 mai. 21.

_____. **O que posso fazer para evitar golpes imobiliários?** São Paulo. Disponível em: <<https://help.imovelweb.com.br/pt-BR/articles/3436782-5-o-que-posso-fazer-para-evitar-golpes-imobiliarios>>.

Acesso em 04 jun. 2021.

_____. **Quem somos?** São Paulo. Disponível em: <<https://help.imovelweb.com.br/pt-BR/articles/3494601-quem-somos>>. Acesso em 22 mai. 21.

_____. **Simulador de crédito.** São Paulo. Disponível em: <<https://finanças.imovelweb.com.br/simuladordecredito/>>. Acesso em 28 mai. 21.

_____. **Termos e condições de uso,** São Paulo. Disponível em: <<https://help.imovelweb.com.br/pt-BR/articles/3494508-termos-e-condicoes-de-uso>>. Acesso em 27 mai. 21.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito.** 8. ed. Trad. de João Baptista Machado. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil:** teoria geral das obrigações. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

PONTES-DE-MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado:** parte geral: introdução, pessoas físicas e jurídicas. 2.ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1954. t.1.

_____. **Tratado de direito privado:** Negócios Jurídicos, Representação, Conteúdo, Forma, Prova. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1954. t. 3.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Sentença - Processo nº 001/1.14.0210473-2** (CNJ:0008679-60.2014.8.21.3001), Vara Cível do Foro Regional Partenon. Autor: Guillaume Pierre Leturcq. Ré: Imovelweb Comunicação S.A. Juiz de Direito: Pio Giovani Dresch. Porto Alegre, 20 jan. 2017.

_____. **Recurso de Apelação nº 70073268286** (nº CNJ: 0090943-63.2017.8.21.7000), 9ª Câmara Cível. Apelante/Apelado: Guillaume Pierre Leturcq e Imovelweb Comunicação S.A. Relator: Desembargador Carlos Eduardo Richinitti. Porto Alegre, 25 out. 2017.



editorial.tirant.com/br/

“O comércio eletrônico rompe fronteiras municipais, estaduais, nacionais. O que se via como estático, é dinâmico. A comunicação e a contratação interpessoal agregam o aspecto virtual; de pessoa a pessoa, acentua-se a interação de máquina com máquina, ou, ao menos, por intermédio de equipamentos informáticos. Visão interdisciplinar desponta como elemento inerente à inquirição.

Por isso, o livro busca analisar diferentes pontos de vista no quesito, o que consubstancia árdua missão. Para tanto, muito apropriado pautar a interrogação na visão dos tribunais, sobretudo porque inexistem paradigmas tradicionais. Assim é que o seu predicado consiste em averiguar julgados intrínsecos à matéria, em que os colaboradores tecem qualificados comentários e externam valiosas posições tendo como premissa o quanto decidido, em selecionados arestos, por juízes da Argentina, Brasil, Espanha, Estados Unidos da América, Itália e União Europeia.

Se é cabível afirmar que se vivencia o mundo sem fronteiras, o propósito do livro de pesquisar decisões proferidas em distintas jurisdições, contando com autores brasileiros e estrangeiros, denota a feição internacional que a conjuntura reclama.

A obra reúne qualidades indiscutíveis, enriquecendo a cena editorial. Traduz segura fonte de citação aos interessados na consulta de tão instigante conteúdo, o qual certamente continuará a impactar a sociedade e a avivar o cenário jurídico.”

Giovanni Ettore Nanni

ISBN 978-655908468-5



+ ACESSO À VERSÃO DIGITAL GRÁTIS NA NOSSA PLATAFORMA DE LEITURA