

**XXVII CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI PORTO ALEGRE – RS**

**DIREITO, GLOBALIZAÇÃO E RESPONSABILIDADE
NAS RELAÇÕES DE CONSUMO I**

EVERTON DAS NEVES GONÇALVES

MARIANA RIBEIRO SANTIAGO

ROGERIO DA SILVA

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente **Centro-Oeste** - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente **Sudeste** - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente **Nordeste** - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente **Norte** - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch UFSM – Rio Grande do Sul

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho Unifor – Ceará

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta Fumec – Minas Gerais

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro UNOESC – Santa Catarina

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597

Direito, globalização e responsabilidade nas relações de consumo I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNISINOS

Coordenadores: Everton das Neves Gonçalves; Mariana Ribeiro Santiago; Rogerio da Silva. – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-723-6

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Tecnologia, Comunicação e Inovação no Direito

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Porto Alegre, Brasil).

CDU: 34



XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

DIREITO, GLOBALIZAÇÃO E RESPONSABILIDADE NAS RELAÇÕES DE CONSUMO I

Apresentação

Encontramo-nos, mais uma vez, na Capital gaúcha; na antiga, Porto dos Casais, na, agora, Porto Alegre que, sempre, espelha e desperta as lembranças de tempos memoráveis de luta e resistência na conquista dos ideais “farroupilha”. Desta feita, reunimo-nos, no GT 25, Direito, Globalização e Responsabilidade nas Relações de Consumo sendo Coordenadores; a Profa. Dra. Mariana Ribeiro Santiago da Universidade de Marília – UNIMAR, o Prof. Dr. Rogério da Silva da Universidade de Passo Fundo – UPF e o Prof. Dr. Everton Das Neves Gonçalves da Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC para a apresentação de tão dedicados e atentos pesquisadores que vêm nos brindar com suas análises sobre as relações consumeristas em um contexto de globalização. Assim, tivemos o prazer de ouvir e discutir sobre os seguintes temas: 1) UMA ERA COM PRAZO DE VALIDADE: A SOCIEDADE DE CONSUMO NO SÉCULO XXI E OS POSSÍVEIS INSTRUMENTOS DE RESTRIÇÃO DA OBSOLESCÊNCIA PROGRAMADA; de Lucas Dalmora Bonissoni e Rogerio da Silva; 2) A DIFERENCIAÇÃO DE PREÇOS AO CONSUMIDOR: POSSIBILIDADES E VEDAÇÕES LEGAIS; de Lais Gomes Bergstein e José Roberto Della Tonia Trautwein; 3) A HIPERVULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR SUPERENDIVIDADO E O CONTEXTO JURÍDICO CONSUMERISTA BRASILEIRO, de Janaina do Nascimento Vieira; 4) A MASSIFICAÇÃO CONTRATUAL COMO FENÔMENO CONTRÁRIO AO INDIVIDUALISMO NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO, de Adriano de Salles Oliveira Barcha e Renata Giovanoni di Mauro; 5) A OBSOLESCÊNCIA PROGRAMADA – A INDÚSTRIA DO CONSUMISMO EM TRÊS TEMPOS: PASSADO, PRESENTE E FUTURO, de Vanessa Kerpel Chincoli; 6) A PUBLICIDADE ENGANOSA NO NEGÓCIO CONSUMERISTA: CONSIDERAÇÕES ACERCA DE SEUS REFLEXOS JURÍDICOS, de Mariana Faria Filard e Thandra Pessoa de Sena; 7) A REGULAÇÃO DA PUBLICIDADE NO BRASIL E A NECESSIDADE DE PROTEÇÃO À CRIANÇA, de Karine Ferreira Mouta; 8) A REGULAÇÃO DAS FINTECHS DE CRÉDITO NO BRASIL: INOVAÇÕES E PERSPECTIVAS TRAZIDAS PELA RESOLUÇÃO 4.656/18 DO BANCO CENTRAL, de Rafael Rizzi e Samyra Haydêe Dal Farra Napolini; 9) AS (IN) CONSEQUÊNCIAS DO DESCUMPRIMENTO ABUSIVO DO CONTRATO ELETRÔNICO E A FUNÇÃO PUNITIVO-PREVENTIVA DA RESPONSABILIDADE CIVIL: O ENSEJO DA APLICAÇÃO DA SANÇÃO CIVIL, de Lucíola Fabrete Lopes Nerilo; 10) AS RELAÇÕES DE CONSUMO NO MERCADO SECUNDÁRIO DOS SNEAKERHEADS: PAIXÃO E

DINHEIRO DEFININDO COMPORTAMENTOS NA SOCIEDADE PÓS-MODERNA, de Mariana Rivero Araujo Silva e Lidiana Costa de Sousa Trovão; 11) CONSUMO E RISCO: A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR E AS PROPOSTAS DE ROTULAGEM DE ALIMENTOS NO BRASIL, de Carlos Alexandre Michaello Marques e Leonel Severo Rocha; 12) DA VULNERABILIDADE A HIPERVULNERABILIDADE: O IDOSO FRENTE AO MERCADO DE CONSUMO, de Thiago Schlottfeldt Nascimento da Cas; 13) DIREITO DO CONSUMIDOR E A DOCTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE, de Eliana Magno Gomes Paes e Gisele Santos Fernandes Góes Full; 14) FRONTAL: NOÇÕES E RELAÇÃO COM O PRIMADO DA TRANSPARÊNCIA NAS RELAÇÕES DE CONSUMO À LUZ DO CASO SPOLETO, de Thayla de Souza e Vivianne Rigoldi; 15) INOVANTE TECNOLOGIA E VELHAS PRÁTICAS: A RESISTÊNCIA JURÍDICA À OBSOLESCÊNCIA PROGRAMADA, de Flávio Henrique Caetano de Paula e Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do Amaral; 16) O COMÉRCIO ELETRÔNICO INTERNACIONAL E O CONFLITO DE LEIS NO ESPAÇO, de Manoela Bitencourt; 17) O EFEITO “MATRIOSCA”: DESVENDANDO AS ESPECIFICIDADES DOS GRUPOS UNIVERSAIS HIPERVULNERÁVEIS DE CONSUMIDORES NAS RELAÇÕES JURÍDICAS DE CONSUMO, de Fernando Costa de Azevedo e Lúcia Dal Molin Oliveira; 18) OS CONTRATOS DE DEPÓSITO E A RESPONSABILIDADE CIVIL NA RELAÇÃO DE CONSUMO, de Jair Kulitch; 19) OS JUROS NA CONCESSÃO DE CRÉDITO BANCÁRIO: ANÁLISE A LUZ DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, de Eloy Pereira Lemos Junior e Letícia Camila de Melo Bahia; 20) PUBLICIDADE E PÚBLICO INFANTIL: A INFLUÊNCIA DAS MÍDIAS SOCIAIS E A PROTEÇÃO DA INFÂNCIA, de Ana Emília Bressan Garcia e Valdir Garcia dos Santos Junior; 21) RESPONSABILIDADE CIVIL PELO ARMAZENAMENTO DE DADOS INFORMÁTICOS – LEILÕES VIRTUAIS E COMPRAS COLETIVAS, de Vitor Greijal Sardas e Sergio Luís Tavares; 22) TUTELA DA PRIVACIDADE NA INTERNET: O PAPEL DO USUÁRIO, de Angelina de Seixas Nepomuceno.

Em nosso GT, Direito, Globalização e Responsabilidade nas Relações de Consumo, objetivamos tratar dos tantos e necessários temas que envolvem as relações de consumo; mormente, no Brasil, e, ainda, quando a previsão Constitucional de defesa do consumidor; seja enquanto direito e garantia fundamental, seja enquanto Princípio da Ordem Constitucional Econômica; atingiu os trinta anos comemorados no último dia 05 de outubro de 2018. Festejamos; assim, os trinta anos de nossa Constituição da República Federativa do Brasil. Da mesma forma, destacamos o sempre pertinente Código de Defesa do Consumidor que completou seus 28 anos, em onze de setembro de 2018. Portanto, no Brasil, o consumidor tem garantias constitucionais e infraconstitucionais que, inclusive, vem sendo ampliadas seja pelos vereditos judiciais nos Tribunais, seja pelos PROCON’s, seja pela apreciação normativa da Secretaria Nacional do Consumidor – SENACON e, enfim, pela atuação de tantos Entes públicos e privados,

federados e municipalizados que somam esforços para a garantia do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor – SNDC. Novos são os desafios de mercado e inovadoras devem se as soluções administrativo-jurídicas para lidar com tantos problemas relacionados às relações consumeristas como: obsolescência programada, diferenciação de preços ao consumidor, hipervulnerabilidade do consumidor superendividado, massificação contratual, publicidade enganosa no negócio consumerista, regulação da publicidade, regulação das FINTECHS de crédito no Brasil, consequências do descumprimento abusivo do contrato eletrônico, relações de consumo no mercado secundário dos sneakerheads, proteção do consumidor e as propostas de rotulagem de alimentos no Brasil, consumidor e a doutrina da proteção integral da criança e do adolescente, transparência nas relações de consumo, comércio eletrônico internacional, contratos de depósito e a responsabilidade civil na relação de consumo, juros na concessão de crédito bancário, responsabilidade civil pelo armazenamento de dados informáticos e tutela da privacidade na internet. O GT estrutura-se pelo aprimoramento intelectual de seus participantes e a difusão de suas pesquisas seja nos Anais do Evento CONPEDI, seja nos periódicos da Plataforma Index Law. Ainda uma última palavra de júbilo pelo reconhecimento prestado pelos conpedianos a três grandes colaboradores do Direito Brasileiro, quais sejam, os Professores Doutores José Alcebíades de Oliveira, Florisbal Del Homo e Claudia Lima Marques; sendo que, Esta última, tantos serviços tem prestado à causa consumerista tanto em solo Pátrio como exógeno ao Brasil. Aliás, fazemos coro à sua luta para que a reforma dos currículos de Direito, ora anunciada, possa ser repensada no sentido de não esquecimento das Disciplinas relacionadas ao Direito do Consumidor.

Até Goiânia em 2019.

Profa. Dra. Mariana Ribeiro Santiago – UNIMAR

Prof. Dr. Rogério da Silva – UPF

Prof. Dr. Everton Das Neves Gonçalves - UFSC

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

AS (IN)CONSEQUÊNCIAS DO DESCUMPRIMENTO ABUSIVO DO CONTRATO ELETRÔNICO E A FUNÇÃO PUNITIVA-PREVENTIVA DA RESPONSABILIDADE CIVIL: O ENSEJO DA APLICAÇÃO DA SANÇÃO CIVIL

THE (LACK OF)CONSEQUENCES OF THE ABUSIVE NONCOMPLIANCE IN ELECTRONIC CONTRACTS AND THE PUNITIVE-PREVENTIVE FUNCTION OF CIVIL LIABILITY: THE APPLICATION OF THE CIVIL SANCTION

Lucíola Fabrete Lopes Nerilo ¹

Resumo

O comércio eletrônico massificou e despersonalizou as relações consumeristas. O distanciamento entre os contratantes facilita o menoscabo pelos problemas enfrentados pelo outro. Alterou também a dinâmica do cumprimento das prestações, pois o consumidor deve cumprir integralmente sua obrigação. Para o fornecedor, o descumprimento não traz maiores consequências, senão o retorno ao status quo ante. Pleiteia-se a compensação pelo dano moral. O dano moral depende da mácula a um direito da personalidade, nem sempre malferido. Há a improcedência deste pedido. Inexistindo uma resposta ao contratante faltoso, estuda-se a aplicação da sanção civil como consequência dissuasiva do inadimplemento abusivo.

Palavras-chave: Consumidor, Descumprimento, Contrato eletrônico, Dano moral, Sanção civil

Abstract/Resumen/Résumé

The relations in E-commerce becomes more depersonalized. The distance facilitates the impairment. This new way of hiring changed the contract's dynamics. The consumer must comply first his obligation. For the salesman, there is no consequences further than returning the amount received. The consumer pleads, in court, the compensation for the moral damages. The doctrine accepts the moral damage with an attack to a personality right. Without clear harm to a personality right, the court dismisses this claim. In the absence of an effective response to the wrongful contractor, a civil penalty is studied as a deterrent to abusive default.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Consumer, Noncompliance, Moral damages, Civil penalty

¹ Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina Professora na UNOESC, câmpus de São Miguel do Oeste

1 Introdução

O comércio eletrônico transformou o ato de contratar, e é uma atividade que permanece refratária à crise econômica que assolou o Brasil. Neste trabalho destacamos uma nova dinâmica no cumprimento das prestações, haja vista que, se a compra e venda presencial permite ao comprador uma certeza de que a mercadoria existe, e será levada consigo, a compra pela internet não oferece esta segurança. No contrato eletrônico identificamos a impossibilidade de inadimplemento por parte do consumidor, pois o pagamento é condição da contratação.

As relações consumeristas, que já eram massificadas, ficaram ainda mais despersonalizadas. O distanciamento entre os integrantes de uma relação jurídica facilita o desprezo pelos problemas enfrentados pelo parceiro contratual. Observam-se muitos casos em que há verdadeiro abuso, total falta de boa-fé e presteza no sentido de restituir os valores já pagos, e minimizar o sofrimento daquele que cumpriu sua prestação, mas não obterá a contrapartida.

É neste cenário que as vítimas do menoscabo dos fornecedores sentem-se merecedoras de uma compensação que supere a simples devolução do dinheiro. Pedem-se os danos morais. Porém, sedimentou-se na jurisprudência o entendimento de que o descumprimento do contrato não gera o dano moral; para a doutrina o dano moral deve ter fundamento na lesão a um direito da personalidade. Tem-se então a dificuldade de se determinar qual a consequência deverá ser atribuída ao contratante faltoso.

O objetivo deste trabalho é centrado no estudo do descumprimento dos contratos eletrônicos consumeristas. Para tanto, analisaremos as características do contrato eletrônico, com ênfase no contrato de compra e venda.

Depois, trataremos do inadimplemento contratual e do pressuposto para a ocorrência do dano moral.

Por fim, abordaremos se, no âmbito da função punitiva-preventiva da responsabilidade civil, há o ensejo de aplicação da sanção civil como consequência ao contratante que descumpre, de forma abusiva, seu dever de prestar.

2 As características específicas dos contratos eletrônicos que propiciam o descumprimento por parte do fornecedor

No seio do comércio eletrônico aninha-se o contrato eletrônico. Este trabalho, tratará da compra e venda B2C, feita entre um empresário e um consumidor (*business to consumer - B2C*).

No Brasil, ainda não temos uma lei sobre esse assunto, embora exista um projeto em tramitação¹, o qual atualizará o Código de Defesa do Consumidor com disposições sobre contratos eletrônicos.

O contrato realizado por meio eletrônico possui especificidades. Cláudia Lima Marques (2013, p. 37 e 54) ensina que “os elementos [...] distância, tempo e espaço, perdem em significado e importância. [...] passamos a falar já em *hyper-consumers*, que não conhecem mais fronteiras.” São essas particularidades que analisaremos neste tópico: a despersonalização, a assimetria acentuada, a desterritorialização e a desmaterialização.²

A despersonalização se dá porque o sujeito de direito envolvido no negócio é um fornecedor que fala todas as línguas e está em permanente oferta, “ofertante profissional automatizado e globalizado.” (MARQUES, 2004, p. 63). A distância entre as partes, e o desconhecimento da real identidade dessas pessoas, levam à desumanização do contrato. Daí surge a segunda característica, que é a assimetria entre os participantes.

O consumidor que negocia no âmbito eletrônico não tem com quem dialogar. Esta situação criou mais uma vulnerabilidade. (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 317). Onde há vulnerabilidade há assimetria³. A desigualdade acentua-se por vários fatores, sendo eles: a

¹ Projeto de Lei 3514-2015.

² Cláudia Lima Marques, em sua obra *Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor*, aponta a desconfiança dos consumidores no comércio eletrônico como uma característica deste tipo de contratação. Porém, ousamos dizer que a desconfiança não está mais presente nos contratos eletrônicos. Os dados atuais apontam para um crescimento ininterrupto das compras. Em Notícia divulgada na página do Superior Tribunal de Justiça, consta que o comércio eletrônico cresce a taxas superiores a dez por cento, quando comparado com o ano anterior. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Com%C3%A9rcio-eletr%C3%B4nico-cresce-de-forma-exponencial-e-gera-demandas-no-Judici%C3%A1rio> Acesso em 29 maio 2018. Segundo os dados do E-commercebrasil.com, este tipo de comércio cresceu 5,2% no primeiro semestre de 2016. Disponível em: <<https://www.ecommercebrasil.com.br/noticias/340-webshoppers-e-commerce-cresceu-52-no-primeiro-semester-de-2016-diz-e-bit/>> . Acesso em 01 mar. 2017.

³ A assimetria é uma característica universal das relações de consumo. No projeto de atualização do Código de Defesa do Consumidor em tramitação no Congresso Nacional, um dos artigos faz referência expressa à assimetria. Se aprovado como está atualmente, o art. 44-A será assim redigido: “Esta seção dispõe sobre normas gerais de proteção do consumidor no comércio eletrônico e à distância, visando fortalecer a sua confiança e assegurar a tutela efetiva, com a diminuição da assimetria de informações, a preservação da segurança nas transações, a proteção da autodeterminação e da privacidade dos dados pessoais.”

maior suscetibilidade ao descumprimento do que foi contratado; o risco inerente à circulação dos dados pessoais; a impossibilidade de reflexão pelo marketing impactante que leva aos chamados *clickwrap contracts* – os contratos por um clique - o déficit de informações em contraste com a ampla capacidade de escolher. (MARQUES, 2004, P. 72)

Por fim, há que atentar para a desterritorialização do contrato eletrônico que não conhece e não obedece a fronteiras territoriais. Cláudia Lima Marques (2004, p. 72) pontua o “fim dos limites do mundo real (fronteiras, línguas diferentes, riscos de viagens etc.)”.

Em decorrência da sua desterritorialização o proponente tem o atributo da ubiquidade, pode estar em vários locais ao mesmo tempo. Também por isso, está em constante oferta, seu site é uma proposta perene, ininterrupta, pois declara a intenção de contratar durante vinte e quatro (24) horas por dia.

Tais especificidades também impactam na maneira tradicional de cumprir e descumprir o contrato, conforme será abordado a seguir.

3 O descumprimento do contrato

Todo contrato é firmado com vistas ao cumprimento fiel e total. Havendo frustração quanto ao resultado esperado, estaremos diante do descumprimento.

Anderson Schreiber (2015) diz que a noção de adimplemento ou inadimplemento está sofrendo transformações de várias ordens: a) temporal, pois altera-se o momento da verificação do adimplemento; b) conceitual, já que mudam as condições para a sua configuração; e c) consequencial, pois transformam-se os efeitos.

Sobre a grande incidência de descumprimento no contrato eletrônico, Limberger, Saldanha e Moraes (2013, p. 269) comentam um estudo coordenado pela Consumers International, no qual constatou-se que

ao comprar pela Internet, o direito do consumidor à reparação dos danos é gravemente atingido. Apenas 53% das empresas dos sítios investigados, contavam com políticas de devolução de bens, e somente 32% forneciam informação sobre como se procedia para efetuar reclamações. Em alguns casos, os produtos jamais chegaram aos destinatários, e em outros, os clientes continuavam à espera do ressarcimento do dinheiro, após meses de devolução do produto.

Dos resultados do estudo da Consumers International pode-se inferir que a possibilidade de sofrer uma sanção administrativa não é suficiente para inibir o ofensor. Analisaremos, brevemente, as várias espécies de inadimplemento, utilizando o apoio de casos apanhados na jurisprudência.

3.1 O descumprimento involuntário: por caso fortuito ou força maior

O descumprimento involuntário tem causa em um evento exterior, não relacionado a nenhuma ação ou omissão do devedor.

O Código Civil prevê a figura do inadimplemento involuntário, decorrente da impossibilidade de prestar aquilo que foi contratado. É o que se dá quando a prestação se torna inviável por fato de força maior ou caso fortuito, hipóteses em que não se poderá imputar ao devedor a falta. Tanto a força maior quanto o caso fortuito externo têm em comum a impossibilidade de serem evitados. Neste rumo, segundo o art. 234 do CC/02⁴, resolve-se a obrigação, e não haverá direito à contraprestação. (FARIAS; ROSENVALD, 2015a, p. 359). Vale dizer, o devedor da coisa que não pode mais ser prestada é liberado da obrigação, mas não terá como exigir a retribuição.

Por exemplo, terá direito à devolução do valor pago aquele consumidor que adquiriu um *tablet* no site “Y”, e este produto foi compulsoriamente retirado do mercado, por meio de *recall*, por apresentar o defeito de superaquecimento, com possibilidade de explosão. Haverá descumprimento involuntário por parte do site vendedor da mercadoria, o qual fica desobrigado. O consumidor, por sua vez, terá direito ao ressarcimento se já pagou pelo bem.

3.2 Descumprimento voluntário

O descumprimento voluntário representa a maior incidência de problemas no âmbito dos contratos eletrônicos, e decorre de uma ação ou omissão do devedor sem causas externas – imprevisíveis ou inevitáveis - que a justifiquem.

Muitos doutrinadores⁵ definem o descumprimento voluntário como sendo o culposo. Porém, há que se revisar esta necessidade de encontrar culpa do devedor no descumprimento voluntário. Os contratos consumeristas são regidos pela responsabilidade objetiva. A presença da culpa só é importante se o fornecedor for um profissional liberal.⁶ Nos demais casos, é indiferente, e tem sido relegada a pouquíssimas situações.

⁴ “Art. 234. Se, no caso do artigo antecedente, a coisa se perder, sem culpa do devedor, antes da tradição, ou pendente a condição suspensiva, fica resolvida a obrigação para ambas as partes; se a perda resultar de culpa do devedor, responderá este pelo equivalente e mais perdas e danos. “

⁵ Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2008a, p. 266) dizem: “pode ocorrer que a obrigação se frustre por culpa do devedor.” Carlos Roberto Gonçalves (2008b, p. 352) ensina: “A redação do art. 389 [do CC/02] pressupõe o não-cumprimento voluntário da obrigação, ou seja, *culpa*.” No mesmo caminho vai Maria Helena Diniz (2008, p. 379): “A infração do dever de cumprir a obrigação poderá ser intencional (...), ou resultar de negligência, imprudência ou imperícia do devedor, hipótese em que haverá culpa.”

⁶ Por força do § 4º. do art. 14 do CDC.

Marcos Catalan, em sua obra “A morte da culpa na responsabilidade contratual”, identifica este fenômeno e se posiciona (2013, p. 210-213):

Afirma-se que a culpa do devedor é irrelevante na configuração do dever de reparar, nascido da inobservância de prestações classificadas como de resultado.[...] Em apertada síntese, é possível afirmar que a presunção de culpa, contida na tese clássica, foi abandonada e substituída por um fator objetivo de imputação dos danos.

Então, mais adequado é falar em fator de imputação. Segundo Araken de Assis (2013, p. 115, grifo do autor) “a lei brasileira, muito clara e acertadamente, adotou o princípio da *imputabilidade*.” Para ele, basta a atribuição do ato omissivo ou comissivo ao devedor resultando no descumprimento.

Diante dessas colocações, se o devedor não tem um fato externo em que apoiar o seu descumprimento, deverá responder.

3.3 O descumprimento pode ser absoluto ou relativo

O inadimplemento absoluto, também chamado de definitivo, é aquele cuja prestação tornou-se irrealizável ou inútil ao credor. Por exemplo: Um consumidor adquiriu, pela internet, quatro ingressos para um Show do Rod Stewart. Acompanhou o itinerário dos ingressos pelo site e descobriu que eles foram entregues em endereço diverso do seu. Antes do show, o comprador propôs ação pleiteando tutela antecipada para a entrega de outros tickets. Obteve a liminar, mas não o seu cumprimento. Pelo que se infere do relato⁷, o autor e seus familiares chegaram a ir até o local do show, no dia e hora, para que lá a ré cumprisse a ordem de entregar os ingressos. Tentativa frustrada. Não sendo possível cumprir a prestação, pois o show passou, tem-se aí um caso de inadimplemento absoluto.⁸

Já no inadimplemento relativo, a prestação ainda é viável e útil ao credor. O devedor pode cumpri-la, mas terá incorrido em mora.

3.4 O cumprimento defeituoso, ou violação positiva do contrato

⁷ TJSP; Apelação 1020851-78.2015.8.26.0564; Relator (a): Cesar Lacerda; Órgão Julgador: 28ª Câmara de Direito Privado; Foro de São Bernardo do Campo - 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 13/09/2016; Data de Registro: 15/09/2016.

⁸ Neste caso, o julgador condenou a ré à compensação pelos danos imateriais. No texto da decisão, o julgador evita a expressão “dano moral” e escapa de dizer qual seria o direito da personalidade afetado no episódio. Colhe-se do arrazoado que a fornecedora deve pagar danos imateriais: “decorrente do desgaste psicológico e da frustração por ele suportados, que extrapolam o mero aborrecimento cotidiano, em razão do insucesso na tentativa de resolução do problema” (TJSP; Apelação 1020851-78.2015.8.26.0564; Relator (a): Cesar Lacerda; Órgão Julgador: 28ª Câmara de Direito Privado; Foro de São Bernardo do Campo - 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 13/09/2016; Data de Registro: 15/09/2016)

O cumprimento defeituoso – também chamado de violação positiva do contrato - é uma espécie de inadimplemento, porém não se amolda nem aos casos de mora, nem ao descumprimento absoluto, podendo “ser definido, em linhas gerais, como o inadimplemento caracterizado pelo cumprimento da prestação com defeito, não correspondendo integral ou exatamente ao conteúdo obrigacional.” (CUNHA, 2011, p. 31). É o que se dá se alguém compra, pela internet, um guarda-roupas, e o recebe de forma incompleta.⁹

O cumprimento defeituoso do contrato muda o conceito de inadimplemento. Adimplir é atender aos efeitos essenciais e ao caráter funcional do negócio jurídico, deve-se atender à causa do contrato. Anderson Schreiber (2015) explica que ao examinar um contrato não se pode mais verificar apenas a forma e o conteúdo, mas também o seu porquê.

3.5 O inadimplemento impossível por parte do consumidor

Ousa-se acrescentar mais um tipo de inadimplemento à lista já delineada. Tendo em vista que nos contratos eletrônicos, o consumidor paga antecipadamente - seja por meio do boleto bancário, ou do cartão de débito/crédito - antes mesmo da confirmação do contrato, ele terá cumprido integralmente a sua prestação, sem que a contraparte tenha sequer iniciado o movimento de entrega do bem. O cumprimento integral do contrato por parte do comprador é condição da contratação.

A propósito, o Enunciado 173 do Conselho da Justiça Federal prevê que “A formação dos contratos realizados entre pessoas ausentes, por meio eletrônico, completa-se com a recepção da aceitação pelo proponente.” Considerando que o proponente só aceita após o pagamento, temos aí a formação do contrato subordinada ao adimplemento integral pelo consumidor.

O risco de não receber a prestação pecuniária, de parte do fornecedor, é nulo. Não obstante, é notável que as leis civis e consumeristas só prevejam cláusula penal independente de pactuação, para o descumprimento relativo, ou seja, para a mora. Há encargos automáticos para a mora¹⁰, mas não para o descumprimento absoluto.

⁹ TJSP; Apelação 1004520-11.2014.8.26.0320; Relator (a): Luiz Eurico; Órgão Julgador: 33ª Câmara de Direito Privado; Foro de Limeira - 3ª Vara Cível; Data do Julgamento: 23/05/2016; Data de Registro: 01/06/2016.

¹⁰ Incidem juros moratórios que têm natureza punitiva e a multa legal, que, no caso de relação de consumo é de 2% (dois por cento).

Isto coloca o consumidor - vítima do inadimplemento definitivo - em desvantagem, pois, só terá direito a alguma cláusula penal se pactuada.¹¹ Caso contrário tem a opção de resolver o contrato com perdas e danos. Contudo, perda nem sempre é tangível, ou se expressa em valores, e aí emerge a dificuldade de demonstrar tais prejuízos quando eminentemente imateriais. A consumidora do guarda-roupa, que o recebeu incompleto, não tem danos materiais. É sensível o desequilíbrio. De um lado há pena automática, por meio da multa legal de 2% (dois por cento), ao devedor moroso que deixasse de pagar o preço. De outra parte, nenhuma consequência ao vendedor que descumpra ou cumpra de forma defeituosa o contrato.

4 O descumprimento abusivo do contrato por parte do fornecedor

Nelson Rosenvald (2016) faz um questionamento que nos interessa: “Quebrar um contrato é um ato ilícito ou um ato de liberdade do devedor?”

Segundo ele, no sistema da *common law*, descumprir um contrato é um ato de liberdade para o qual há a consequência da compensação pelos danos. Já, no sistema da *civil law* o inadimplemento configura um comportamento antijurídico.

Isabel Gallotti (2015) entende que, em caso de descumprimento de contrato, só haverá o direito à indenização, seja pelo dano material ou moral, se ocorrer violação de um dever jurídico. Sendo assim, para ela, o ato de descumprir um contrato não é antijurídico.

O descumprimento do contrato sempre trará uma frustração a uma das partes. Paulo Mota Pinto (2015) apresenta o programa contratual como tendo dois planos. Uma dimensão é a quantitativa representada por aquilo que as partes prospectam em termos de valores; outra dimensão é a qualitativa que se expressa no interesse pela prestação *in natura*.

Ninguém faz um contrato para não mudar nada em sua vida, há sempre uma expectativa. E deve haver consequências para aquele que descumpriu o contrato.

No apanhado jurisprudencial explanado no item 5, pode-se verificar que os litigantes não controvertem a respeito do descumprimento do contrato, tampouco sobre a obrigação de devolver o dinheiro ao comprador. O ponto nevrálgico é o pedido de danos morais. Farias, Rosenvald e Braga Netto (2015, p. 337) refletem: “De cada dez clientes prejudicados apenas um ou dois insistem em uma discussão no judiciário.” E ponderam o quanto isso é lucrativo pois

¹¹ No âmbito dos contratos eletrônicos B2C não há espaço para “pactuar”, apenas para clicar e aderir a um pacote pronto e elaborado pelo fornecedor.

a calculadora do potencial ofensor acena positivamente para a efetivação do ato antijurídico, pela matemática da diferença entre os lucros obtidos com a conduta reprovável e o valor da compensação restrito ao equivalente dos danos praticados (e provados!).

Com esta direção, é evidente que está ficando vantajoso descumprir, instalando-se aí o chamado *underdeterrence*, que “consiste em la ausência de controles normativos adecuados capaces de establecer una prevención efectiva.”(ACUÑA, 2010, p. 229).

Já se observou neste trabalho que a lei estipula multa, independente de previsão contratual, *apenas* para o consumidor, a quem compete a prestação fungível.

Assim, devem ser identificados dois momentos: um em que o consumidor insatisfeito, pleiteia, extrajudicialmente, a devolução do seu dinheiro; outro, em que o consumidor, cansado de pedir a providência acima, se vê premido a manejar processo judicial, para obter os valores despendidos inutilmente. Se, no primeiro momento, o consumidor for prontamente atendido, não se vislumbra abuso por parte do fornecedor. Porém, quando o credor insatisfeito é desprezado, em evidente descaso com o dever de cuidado e colaboração, determinados pelo princípio da boa-fé objetiva, sendo compelido a demandar judicialmente, tem-se o descumprimento abusivo do contrato.

Para verificar se houve abusividade, pode-se tomar como critério a quantidade de oportunidades havidas para minimizar ou evitar o prejuízo do consumidor. Não é raro deparar com casos em que o consumidor foi tratado como meio de produção. É evidente que, em casos assim, necessita-se de uma reação mais efetiva e uma reprimenda ao fornecedor.

A proibição do abuso decorre da cláusula geral inscrita no art. 187 do Código Civil de 2002. Segundo Bruno Miragem (2013, p.109),

é em razão da posição jurídica ocupada pelo titular do direito, que sua conduta se qualifica como abusiva. [...] a abusividade resulta de uma posição jurídica de poder, que desequilibra a relação jurídica em vista de circunstâncias do mundo dos fatos.

Neste cenário, aparecem os pedidos de danos morais em uma tentativa de fazer emplacar uma punição ao contratante inadimplente, ao mesmo tempo em que se garanta compensação ao ofendido.

5 O descumprimento do contrato eletrônico causa dano moral?

Para responder a pergunta acima é necessário definirmos o dano moral, que é uma das categorias de dano extrapatrimonial¹², devido à natureza do interesse sobre que recai. A

¹² Há outros danos desta natureza: dano estético, dano existencial, perda de uma chance, dano pela perda do tempo produtivo, etc.

concepção dominante é a positiva pela qual o dano moral tem como causa a violação à dignidade da pessoa humana, evidenciando-se quando maculado um direito da personalidade.

Porém, para o senso comum, o dano moral está identificado com o seus efeitos, ou seja, pelo que provoca nas pessoas: dor, espanto, humilhação, vergonha, constrangimento, etc.

Maria Celina Bodin de Moraes (2003, p. 130) em obra ícone sobre o assunto, enfrenta a dicotomia e se posiciona:

O dano moral tem como causa a *injusta* violação a uma situação jurídica subjetiva extrapatrimonial, protegida pelo ordenamento jurídico através da cláusula geral de tutela da personalidade que foi instituída e tem sua fonte na Constituição Federal. (MORAES, 2003, p. 132).

Farias, Rosenvald e Braga Netto (2015, p. 266), perfilhados neste entendimento, conceituam o dano moral “como uma lesão a um interesse existencial concretamente merecedor de tutela.”

Anderson Schreiber (2014, p. 17) também trilha por esta senda e acrescenta: “A definição do dano moral como lesão a atributo da personalidade tem a extrema vantagem de se concentrar sobre o objeto atingido (o interesse lesado), e não sobre as consequências emocionais, subjetivas e eventuais da lesão”.

De acordo com o fio condutor adotado neste trabalho, o dano moral existe se maculado um direito da personalidade. Todavia, sabe-se que podem ser identificados novos direitos da personalidade, os quais não foram delimitados taxativamente.

E aí iniciam-se as dificuldades, pois, atualmente as Cortes se esforçam para selecionar os danos extrapatrimoniais que merecem compensação. (SCHREIBER, 2013). “Por isso, está-se tateando, sem um critério, para descobrir qual seria o método de classificar quais os danos são compensáveis, e quais não merecem este *status*.”(NERILO, 2016, p. 124).

Quando o ato do fornecedor provoca lesões aos atributos da pessoa previstos no Código Civil, tais como sua imagem, integridade física, nome e vida privada, tem-se evidente mácula a direito da personalidade. Ocorre que, no descumprimento do contrato eletrônico – como também em outras modalidades de contrato – não se verificam lesões a esses interesses. Daí a tese de que não geram compensação por dano moral por configurarem “mero aborrecimento”.

Realizou-se um apanhado sobre o posicionamento da jurisprudência diante do descumprimento do contrato eletrônico, com pedido de dano moral. Para tanto, foram analisadas decisões do STJ e também do TJSP nos anos de 2016, 2017 e 2018.

No Superior Tribunal de Justiça, apurou-se dois julgados que trataram especificamente de contratos eletrônicos consumeristas, com pedido de compensação por

danos morais. No REsp 1399931/MG¹³ um consumidor comprou um *tablet* para dar de presente de Natal ao filho. A compra foi feita com três meses de antecedência. Porém, o *tablet* não chegou para o Natal. O julgador ponderou que se trata de aborrecimento comum e não se comprovou ofensa a direito da personalidade, daí não ser cabível compensação por danos morais.

No AgRg no AREsp 324.545/RS¹⁴, o fato é idêntico. Não fica claro qual foi o produto adquirido, mas a conclusão é de que inexistente direito da personalidade que tenha sido ferido com a falha na entrega.

Para ampliar a pesquisa jurisprudencial escolheu-se o Tribunal de Justiça de São Paulo¹⁵ por apresentar o maior número de julgados referentes ao tema. Em dois recortes temporais,¹⁶ foram encontrados 49 (quarenta e nove) julgados ao todo. Destes, em 23 (vinte e três), não se deferiu o pedido de compensação por danos morais.¹⁷ Por outro lado, encontramos 26 (vinte e seis) decisões favoráveis à condenação pelo dano moral.¹⁸ Quando

¹³ DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. COMPRA PELA INTERNET. PRESENTE DE NATAL. NÃO ENTREGA DA MERCADORIA. VIOLAÇÃO A DIREITO DE PERSONALIDADE NÃO COMPROVADA NO CASO CONCRETO. DANOS MORAIS INDEVIDOS. [...] (REsp 1399931/MG, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 11/02/2014, DJe 06/03/2014)

¹⁴ AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. COMPRA E VENDA DE PRODUTO PELA INTERNET. NÃO RECEBIMENTO. DANO MORAL NÃO CONFIGURADO. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. [...] (AgRg no AREsp 324.545/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 25/06/2013, DJe 01/07/2013)

¹⁵ As palavras-chave lançadas no campo de pesquisa foram: "danos morais" E "contrato de compra e venda" E "internet". Foram descartados os julgados cujo descumprimento não diz respeito a contratos eletrônicos, bem como, os casos em que a discussão é eminentemente processual.

¹⁶ O primeiro, de 29 de janeiro de 2016 a 28 de janeiro de 2017, e o segundo de 01 de agosto de 2017 a 04 de abril de 2018.

¹⁷ A seguir, os números dos recursos. Para acessar a ementa e o acórdão, é necessário lançar este número no campo denominado "número do recurso". TJSP, Recurso 0001665-62.2014.8.26.0648; TJSP, Recurso 0031916-80.2013.8.26.0007; TJSP, Recurso 1007598-53.2015.8.26.0554; TJSP, Recurso 0060182-52.2010.8.26.0114; TJSP, Recurso 1004252-20.2015.8.26.0223; TJSP, Recurso 40002302520138260161; TJSP, Recurso 10011973720148260695; TJSP, Recurso 00033955620128260009; TJSP, Recurso 10057432820158260590; TJSP, Recurso 1001197-37.2014.8.26.0695; TJSP, Recurso 1004252-20.2015.8.26.0223; TJSP; Recurso 1005946-84.2015.8.26.0009; TJSP; Recurso 1002110-85.2017.8.26.0348; TJSP; Recurso 0007147-97.2014.8.26.0063; TJSP; Recurso 1012809-16.2016.8.26.0011; TJSP; Recurso 1001953-80.2017.8.26.0100; TJSP; Recurso 0000477-69.2012.8.26.0271 TJSP; Recurso 0001363-53.2015.8.26.0242; TJSP; Recurso 1007793-43.2017.8.26.0562; TJSP; Recurso 1001020-19.2016.8.26.0464; TJSP; Recurso 4002852-12.2013.8.26.0506; TJSP; Recurso 1013560-15.2016.8.26.0007; TJSP; Recurso 1005806-37.2014.8.26.0348.

¹⁸ TJSP, Recurso 10012565020168260664. TJSP, Recurso 10346076220138260100; TJSP, Recurso 10004329320148260007; TJSP, Recurso 10053519520158260038; TJSP, Recurso 10011253220148260604; TJSP, Recurso 10208517820158260564; TJSP, Recurso 00069515620128260368; TJSP, Recurso 00100018420138260100; TJSP, Recurso 00411095120118260602; TJSP, Recurso 00033286620138260006; TJSP, Recurso 00629463320098260506; TJSP, Recurso 10013877420158260562; TJSP, Recurso 10002249720158260032; TJSP, Recurso 00171930520128260003; TJSP, Recurso 10041686320158260079; TJSP, Recurso 10834188220158260100; TJSP, Recurso 00613168820128260100; TJSP; Recurso 1000943-34.2017.8.26.0477; TJSP, Recurso 1005881-76.2016.8.26.0196; TJSP; Recurso 1044984-17.2016.8.26.0576; TJSP; Recurso 1000038-49.2016.8.26.0223; TJSP; Recurso 1001226-52.2017.8.26.0123; TJSP; Recurso

procedente o pedido, percebe-se alusão genérica ao substrato fático, com expressões vagas como: “evidente desgaste psicológico”¹⁹; “evidenciada a existência de prejuízo moral”²⁰; “quebra da expectativa”; “menoscabo a direito inerente à personalidade”.²¹

Se, por um lado, nem sempre há um direito da personalidade maculado pelo descumprimento do contrato eletrônico, de outra banda, é sensível o abuso por parte de fornecedores que se prevalecem da despersonalização e desterritorialização do contrato, recusando-se a tomar a simples medida de devolver o dinheiro do consumidor, uma vez que é incontroverso que o produto não será entregue, ou não é mais útil ao comprador.

Em quase todos os casos extraídos da jurisprudência, o consumidor foi forçado a demandar judicialmente para obter de volta o seu dinheiro. Então, o que se viu é que os fornecedores tiram proveito, e praticam um verdadeiro descumprimento abusivo do contrato. Sabendo que só serão condenados a devolver o que não lhes pertence, engambelam o consumidor o quanto podem, incorrendo em abuso da posição jurídica.

A certeza de que a falha do inadimplente não lhe trará maiores implicações parece destoar dos valores insculpidos no ordenamento jurídico, especialmente no Código de Defesa do Consumidor, que tem, como princípio escopo, promover o equilíbrio das relações contratuais.

Assim, põem-se em cheque as providências frente ao inadimplemento contratual. Por mais que se tenha previsão legal²² de que o credor inocente tem direito às perdas e danos, é necessário demonstrá-las. Não há presunção de dano moral pelo fato do inadimplemento.

6 Uma resposta ao descumprimento abusivo do contrato: a função punitiva-preventiva da responsabilidade civil e o ensejo da aplicação da sanção civil

1011613-07.2016.8.26.0562; TJSP; Recurso 0012751-40.2012.8.26.0344; TJSP; Recurso 0074572-67.2013.8.26.0002; TJSP; Recurso 1002021-36.2016.8.26.0562.

¹⁹ A fornecedora entregou um produto errado. Agendou por três vezes a recolha, mas não compareceu para retirar o bem. TJSP; Apelação 1083418-82.2015.8.26.0100; Relator (a): Azuma Nishi; Órgão Julgador: 25ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 9ª Vara Cível; Data do Julgamento: 05/05/2016; Data de Registro: 05/05/.

²⁰ O consumidor comprou uma TV que jamais foi entregue. TJSP; Apelação 1001387-74.2015.8.26.0562; Relator (a): Marcos Ramos; Órgão Julgador: 30ª Câmara de Direito Privado; Foro de Santos - 5ª Vara Cível; Data do Julgamento: 08/06/2016; Data de Registro: 09/06/2016.

²¹ Os objetos adquiridos eram banquetas e cadeiras que não foram entregues. TJSP; Apelação 0006951-56.2012.8.26.0368; Relator (a): Tercio Pires; Órgão Julgador: 27ª Câmara de Direito Privado; Foro de Monte Alto - 3ª. Vara Judicial; Data do Julgamento: 09/08/2016; Data de Registro: 10/08/2016.

²² O art. 475 do CC/02 prevê o direito às perdas e danos para os casos de descumprimento do contrato.

Se o dano moral não atende à necessidade de estabelecer consequências ao descumprimento abusivo do contrato eletrônico, é necessário encontrar mecanismos que inibam o ato abusivo.

De há muito que se identificam as funções para a responsabilidade civil, sendo as principais delas a reparadora e a punitiva-preventiva. A função reparadora funcionará com a condenação do fornecedor à devolução do dinheiro. Restringe-se à reprimenda do lesado ao *status quo ante*. (ROSENVOLD, 2014).

A função punitiva – que se expressa muito bem nos *punitive damages* - até o momento, não tem boa inserção no ordenamento jurídico brasileiro²³ e há resistências à sua aplicação por entender-se que afrontaria o art. 5.º, V e X da CF/88 (ARAÚJO FILHO, 2014, p.334). Predomina, na cultura jurídica brasileira, o entendimento de que a punição deve ficar a cargo do Direito Penal e do Direito Administrativo.

No entanto, a responsabilidade civil também pode cumprir a função de *deterrence*, ou seja, prevenir e dissuadir investidas abusivas contra o consumidor. Para Roger Merino Acuña “[...] el principal fundamento de la prevención como función de la responsabilidade civil es que en ciertas ocasiones el Derecho Privado es más eficiente para prevenir que el Derecho Penal o el Derecho Administrativo.” (2010, p. 227).

Há linguagens com as quais se pode infundir a consciência da prevenção. Nas relações mercadológicas funciona bem a punição para aqueles que já causam prejuízos. “A pena, do ponto de vista de uma teoria preventiva, deve consistir na ameaça de um mal ou sofrimento maior do que o mal ou dano causado com a violação da norma; caso contrário não haveria a função intimidativa.” (ROSENVOLD, 2014, p. 28). Trata-se do propalado caráter pedagógico pelo qual todos aprendem com o fato.

Por isso é necessário estabelecer uma sanção que não dependa da pactuação de multa, uma vez que, no contrato eletrônico o fornecedor não criará uma multa para si mesmo.

Nelson Rosenvald, em sua obra “As funções da Responsabilidade Civil: a reparação e a pena civil”, traça as bases de uma espécie de sanção civil que se colocaria “no binômio pessoa e mercado”, e cuja função primordial é “induzir a comportamentos meritórios, especialmente os deveres positivos de evitar e mitigar danos” (2014, p. 03 e 12).

Prescreve o autor (2014, p. 33) que as penas civis

²³ As únicas ocorrências legais de que se tem notícia são o dever de restituir em dobro ao contratante de quem foi cobrada uma conta indevida. Há o art. 940 do CC/02, o qual pressupõe cobrança judicial; e o – polêmico – parágrafo único do art. 42 do CDC, para o qual nossa Corte Cidadã se recusa a dar interpretação literal, exigindo prova da culpa ou má-fé do fornecedor.

podem e devem atuar como uma resposta a esta lacuna na teoria da responsabilidade civil, deferindo ao credor ou lesado a percepção de um montante superior ao dano efetivo. Em outros casos, se fará presente mesmo que inexista demonstração concreta de lesão patrimonial ou extrapatrimonial.

Esta pena, a exemplo do que já ocorre com as *astreintes*, pode ser cominada pelo magistrado, independentemente de pactuação de cláusula de multa (ROSENVOLD, 2014, p. 55)

A certeza de que é necessário sancionar o contratante faltoso animou uma decisão, do Superior Tribunal de Justiça, de impor às Casas Bahia o dever de incluir uma multa em casos de atraso na entrega da mercadoria, ou restituição de valores ao consumidor.

Trata-se do REsp 1.548.189, da lavra da Terceira Turma, em decisão que julgou procedente ação civil pública proposta contra as Casas Bahia. Esta decisão, sem dúvida, é indicativa do desconforto sofrido por toda a sociedade com o abuso.

Nelson Rosenvald (2014), defensor da imposição de sanção civil, pondera que os valores não deverão ser direcionados apenas à vítima, senão também a entidades que dependam de doações para sua sobrevivência.

As bases de uma sanção civil ainda não estão consolidadas no Brasil, mas o princípio da confiança, e a necessária elevação da sociedade, indicam que é tempo de superar o paradigma de que o descumprimento do contrato é ato corriqueiro, inerente à vida em sociedade, para o qual não haverá punição.

5 CONCLUSÃO

A realidade fática que animou esta pesquisa foi a grande incidência de pedidos de condenação por danos morais, por parte de consumidores que enfrentaram o descumprimento ou cumprimento imperfeito, em contratos eletrônicos.

Verificou-se que há várias modalidades de inadimplemento. O consumidor não descumpra contrato eletrônico, pois para ele o inadimplemento é impossível, uma vez que a contratação só se efetiva com o pagamento integral do preço, seja por meio de cartão de débito ou crédito, seja por boleto bancário.

Identificou-se o inadimplemento abusivo como sendo o comportamento do fornecedor que, prevalecendo-se da desterritorialização, despersonalização e desumanização do contrato eletrônico, despreza o consumidor que pretende obter seu dinheiro de volta, quando já é certo que não receberá o produto, ou este não lhe será mais útil.

Neste cenário em que a vítima do descumprimento abusivo é forçada a pleitear judicialmente o seu direito, aparecem os pedidos de danos morais em franca tentativa de fazer emplacar uma punição ao contratante inadimplente.

A jurisprudência está cambaleando, pois, há um consenso doutrinário de que o descumprimento de contrato, *per se*, não é fator suficiente para gerar dano moral, salvo se, atrelado a ele, houver também uma lesão a um direito da personalidade.

Diante da inexistência de danos morais, é necessária uma resposta efetiva e capaz de dissuadir o mau fornecedor de menosprezar o direito do seu parceiro de contrato. Neste passo, verificou-se que, em consonância com a função punitiva-preventiva da responsabilidade civil, é adequado aplicar uma sanção privada ao ofensor, em benefício da vítima.

6 REFERÊNCIAS

ACUÑA, Roger Merino. Los fines de la responsabilidad civil y la retórica del “desarrollo de la industria”. *Revista Jurídica Del Perú*, Peru, 2010, tomo 107, p. 215 – 242, jan.

ARAÚJO FILHO, Raul. *Punitive Damages* e sua aplicabilidade no Brasil. In: *Doutrina: edição comemorativa, 25 anos*. Superior Tribunal de Justiça. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 2014. P. 327 – 346.

ASSIS, Araken. *Resolução do contrato por inadimplemento*. 5ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

AZEVEDO, Fernando da Costa de; KLEE, Antonia Espíndola Longoni. Considerações sobre a proteção dos consumidores no comércio eletrônico e o atual processo de atualização do Código de Defesa do Consumidor. In: *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: RT. Vol. 85, jan-fev de 2013. P. 209 – 260.

BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 5ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: 2013.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça.

CAHALI, Yussef Said. *Dano Moral*. 4ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

CATALAN, Marcos. *A morte da culpa na responsabilidade contratual*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 6ª edição, revista, aumentada e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2005.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL – CJF, Disponível em <http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/311>. Acesso em: 30 jul. 2018.

CUNHA, Lavínia Cavalcanti Lima. *Obrigações e o cumprimento defeituoso*. Curitiba: Juruá, 2011.

- DE LUCCA, Newton. O direito de arrependimento no âmbito do comércio eletrônico. *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo* – Vol. II, n.4, dezembro de 2012, p. 11 a 40.
- DELUPO, Poliana Moreira. O consumo na internet e a responsabilidade civil do provedor. In.: ROVER, Aires José (organizador). *Direito e informática*. Barueri: Manole, 2004.
- DIAS, Jean Carlos. *Direito contratual no ambiente virtual*. 2ª edição. Curitiba: Juruá, 2004.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: Teoria geral das obrigações*. 23ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.
- E-commercebrasil. 34º Webshoppers: e-commerce cresceu 5,2% no primeiro semestre de 2016, diz E-bit. <https://www.ecommercebrasil.com.br/noticias/34o-webshoppers-e-commerce-cresceu-52-no-primeiro-semester-de-2016-diz-e-bit/> acessado em nov 2016.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: obrigações*. 9. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015a. Volume 2.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: contratos, teoria geral e contratos em espécie*. 5. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015b. Volume 4.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Curso de direito civil: responsabilidade civil*. 2ª ed. rev., ampl e atual. São Paulo: Atlas, 2015. Volume 3.
- FIUZA, César; ROBERTO, Giordano Bruno Soares. *Contratos de Adesão: de acordo como o Novo Código Civil*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: obrigações*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008a. (obrigações)
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: contratos, teoria geral*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008b. (contratos)
- GALLOTTI, Isabel. O dano moral na jurisprudência do STJ. *VI Jornada de Direito Civil*, [11-12 de março de 2013]. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2013. P. 21 – 63. Disponível em: < <http://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/vijornadadireitocivil2013-web.pdf/view>> Acesso em 3 mar 2015.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil Brasileiro: contratos e atos unilaterais*. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008a.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil Brasileiro: teoria geral das obrigações*. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008b.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 10ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2007.
- LAWAND, Jorge José. *Teoria geral dos contratos eletrônicos*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003.
- LOBO, Paulo. *Direito civil: contratos*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- LOVATO, Luiz Gustavo. *Contratos eletrônicos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- MARQUES, Cláudia Lima. A proteção dos consumidores em um mundo globalizado: Studium Generale sobre o consumidor como homo novus. *Revista de Direito do Consumidor*. Ano 22. N. 85. Jan – fev 2013. (Pgs. 25- 62)

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

MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIM, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 2.^a ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

MARTINS-COSTA, Judith. Dano Moral à Brasileira. In: PASCHOAL, Janaína Conceição; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge (Org.). *Livro Homenagem a Miguel Reale Júnior*. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2014. P. 289 – 322.

MARTINS, Guilherme Magalhães. *Formação dos contratos eletrônicos de consumo via internet*. 2.^a ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

MARTINS, Guilherme Magalhães; LONGHI, João Victor Rozatti. Contratos conexos de consumo na Internet: fornecedores de intermediação e sites de compras coletivas. In: *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: RT. Vol. 85, jan-fev de 2013. P. 177-206.

MIRAGEM, Bruno. *Abuso do direito*. Ilicitude objetiva e limite ao exercício de prerrogativas jurídicas no Direito Privado. 2.^a edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MONTAI DE LIMA, Rogério. Peculiaridades dos contratos eletrônicos. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, IX, n. 31, jul 2006. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1221>. Acesso em nov 2016.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

NERILO, Lucíola Fabrete Lopes. *Manual de Responsabilidade Civil*. Curitiba: Juruá, 2016.

PINTO, Paulo Mota. Resolução e indenização por inadimplemento do contrato. *VI Jornada de Direito Civil*, [11-12 de março de 2013]. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2013. P. 21 – 63. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/vijornadadireitocivil2013-web.pdf/view>> Acesso em 3 mar 2015.

ROSENVOLD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil*. 2.^a edição. São Paulo: Atlas, 2014.

ROSENVOLD, Nelson. Quebra contratual: indenização ou tutela específica? Disponível em: <<http://www.nelsonrosenvold.info/single-post/2016/11/03/Quebra-contratual-indeniza%C3%A7%C3%A3o-ou-tutela-espec%C3%ADfica>>. Acesso em 14 dez 2016.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da Reparação Integral*. Indenização no Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2010.

SCHREIBER, Anderson. A tríplex transformação do adimplemento. Adimplemento substancial, inadimplemento antecipado e outras figuras. Disponível em: <http://www.andersonschreiber.com.br/downloads/A_Triplice_Transformacao_do_Adimple_mento.pdf> Acesso em: 18 maio 2015.

SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 3.^a Ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2014.

SCHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil: Da erosão dos filtros de reparação à diluição dos danos*. 5. Ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SOARES, Flaviana Rampazzo. El difícil camino recorrido por el daño existencial para ser reconocido como especie autónoma del género ‘daños extrapatrimoniales’. In: *La Responsabilidad Civil: tendencias contemporâneas del Derecho*. Bogotá: Universidad Libre, 2014. P. 245-282.

STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência*. 7ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 3ª ed. atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. V. II. P. 808.

34º Webshoppers: e-commerce cresceu 5,2% no primeiro semestre de 2016, diz E-bit. Disponível em: <https://www.ecommercebrasil.com.br/noticias/34o-webshoppers-e-commerce-cresceu-52-no-primeiro-semester-de-2016-diz-e-bit/>. Acesso em 01 mar. 2017.

WIKIPEDIA. Acesso em: 03 dez 2016
<https://pt.wikipedia.org/wiki/Provedores_de_hospedagem_de_sites>