

## DESAFIOS DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E O FUTURO DO DIREITO DO CONSUMIDOR NO BRASIL: O CONSUMO DIGITAL

CLAUDIA LIMA MARQUES

BRUNO MIRAGEM

**SUMÁRIO:** 1. Introdução; 2. Consumo digital: novos sujeitos/intermediários e objetos, serviços e produtos inteligentes; 2.1. Desafios das relações de consumo nas plataformas: fornecedor-*gatekeeper* e consumidor-*prosumer*; 2.2. O consumidor, o *gatekeeper*-controlador e o *prosumer*: controle é a chave do fornecimento de produtos e serviços "indiretos" nas plataformas; 3. Os novos "objetos" e "serviços simbióticos" do consumo digital; 3.1. Os bens digitais, a conexão desses bens e os serviços "inteligentes" e a inteligência artificial; 3.2. A aproximação das categorias de produto e serviço no consumo digital; 4. Considerações finais: do necessário diálogo das fontes na interpretação e aplicação das normas ao consumo digital; Referências.

### 1. INTRODUÇÃO

O Código de Defesa do Consumidor, de 1990, resultado do comando do art. 48 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias, e o Superior Tribunal de Justiça estão ligados pelo destino, pois ambos foram criados pela Constituição da República de 1988. A afirmação do direito do consumidor e sua importância no Brasil contemporâneo devem muito ao Tribunal da

Cidadania. Foi o Superior Tribunal de Justiça, com suas decisões de líder (*leading cases* dos saudosos Ministros Sálvio de Figueiredo Teixeira<sup>1</sup> e Ruy Rosado de Aguiar Jr.,<sup>2</sup> para citar alguns dos grandes Ministros da Corte), que emprestou decisivo auxílio para assegurar a efetividade do Código. Daí a homenagem sempre merecida a estes grandes Ministros e aos atuais, muitos autores de importantes reflexões doutrinárias, como Antônio Herman

<sup>1</sup> Assim ensinou no e. STJ: “Direito do consumidor. Filmadora. Defeito da mercadoria. Responsabilidade da empresa nacional da mesma marca (Panasonic). Economia globalizada. Propaganda. Proteção ao consumidor. Peculiaridade da espécie. Situações a ponderar nos casos concretos. Nulidade do acórdão estadual rejeitada, porque suficientemente fundamentado. Recurso conhecido e provido no mérito, por maioria. I – Se a economia globalizada não mais tem fronteiras rígidas e estimula e favorece a livre concorrência, imprescindível que as leis de proteção ao consumidor ganhem maior expressão em sua exegese, na busca do equilíbrio que deve reger as relações jurídicas, dimensionando-se, inclusive, o fator risco, inerente à competitividade do comércio e dos negócios mercantis, sobretudo quando em escala internacional, em que presentes empresas poderosas, multinacionais, com filiais em vários países, sem falar nas vendas hoje efetuadas pelo processo tecnológico da informática e no forte mercado consumidor que representa o nosso país. II – O mercado consumidor, não há como negar, vê-se hoje ‘bombardeado’ diuturnamente por intensa e hábil propaganda, a induzir a aquisição de produtos, notadamente os sofisticados de procedência estrangeira, levando em linha de conta diversos fatores, dentre os quais, e com relevo, a respeitabilidade da marca. III – Se empresas nacionais se beneficiam de marcas mundialmente conhecidas, incumbe-lhes responder também pelas deficiências dos produtos que anunciam e comercializam, não sendo razoável destinar-se ao consumidor as consequências negativas dos negócios envolvendo objetos defeituosos” (REsp 63.981/SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 04.05.2000) (TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2011).

<sup>2</sup> Assim ensinou no e. STJ: “Seguro. Inadimplemento da segurada. Falta de pagamento da última prestação. Adimplemento substancial. Resolução. A companhia seguradora não pode dar por extinto o contrato de seguro, por falta de pagamento da última prestação do prêmio, por três razões: a) sempre recebeu as prestações com atraso, o que estava, aliás, previsto no contrato, sendo inadmissível que apenas rejeite a prestação quando ocorra o sinistro; b) a segurada cumpriu substancialmente com sua obrigação, não sendo a sua falta suficiente para extinguir o contrato; c) a resolução do contrato deve ser requerida em juízo, quando será possível avaliar a importância do inadimplemento, suficiente para a extinção do negócio. Recurso conhecido e provido” (REsp 76.362/MT, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ 1.º.04.1996). Nesse sentido: AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. A boa-fé na relação de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 14, p. 20-27, abr. 1995.

Benjamin,<sup>3</sup> Paulo de Tarso Sanseverino,<sup>4</sup> Fátima Nancy Andrichi<sup>5</sup> e Luis Felipe Salomão,<sup>6</sup> entre tantos outros que mantêm viva a chama no STJ e a sensibilidade na proteção dos consumidores.

Inspirados nessa bela trajetória, trataremos neste texto de um grande desafio que será enfrentado pelo Superior Tribunal de Justiça, que são as transformações causadas pelo consumo digital. A proteção do consumidor nas relações de consumo estabelecidas pela internet é prevista pelo Projeto de Lei 3.514/2015, em tramitação na Câmara dos Deputados após aprovação unânime pelo Senado Federal. No seu estágio atual de tramitação, permite, inclusive, sugerirmos algumas modificações e temas não tratados. Por outro lado, situações recentes, como a pandemia do coronavírus, deram destaque à importância da contratação de serviços a distância e *on-line*, considerados agora essenciais, o que evidencia o tema também entre aqueles que deverão ser objeto de exame e decisão pela magistratura brasileira.

O que caracteriza o mundo digital de consumo é sua onipresença<sup>7</sup> e envolvimento como uma “medusa”<sup>8</sup> na vida das pessoas comuns: vinte e quatro horas conectadas, sem barreiras entre a mídia, a mídia social e o mercado de consumo. O próprio Superior Tribunal de Justiça, a esse respeito, já decidiu que a

<sup>3</sup> BENJAMIN, Antônio Herman et al. *Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Forense, 2007.

<sup>4</sup> SANSEVERINO, Paulo de Tarso Viera. *Princípio da reparação integral*. São Paulo: Saraiva, 2011.

<sup>5</sup> Entre outros, ANDRIGHI, Fátima Nancy. Cláusulas gerais e a proteção da pessoa. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). *Direito civil contemporâneo*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 289-295.

<sup>6</sup> Entre outros, SALOMÃO, Luis Felipe; TARTUCE, Flávio (org.). *Direito civil: diálogos entre a doutrina e a jurisprudência*, São Paulo: Atlas, 2018.

<sup>7</sup> Veja a “ironia” brilhante dos ensaios de BAUDRILLARD, Jean. *Tela total*. Tradução Juremir Machado da Silva. 5. ed. Porto Alegre: Sulina, 2011 (1997). especialmente, p. 45 e ss.

<sup>8</sup> A figura de linguagem é de Baudrillard: “Il y a aujourd’hui tout autour de nous une espèce d’évidence fantastique de la consommation et de l’abondance, constituée par la multiplication des objets, des services, des biens matériels, et qui constitue une sorte mutation fondamentale dans l’écologie de l’espèce humaine...(…)... sous le regard muet d’objets...de notre puissance médusée, de notre abondance virtuelle, de notre absence les uns aux autres” (*La société de consommation*. Paris: Denoël, 1970. p. 17-18.) Mais recentemente apareceu a figura do “exame” digital: HAN, Byung-Chul. *No exame: reflexões sobre o digital*. Tradução Miguel Serras Pereira. Antropos: Lisboa, 2016. p. 36 e ss.

(...) a exploração comercial da internet sujeita as relações de consumo daí advindas à Lei n.º 8.078/90 [e que] o fato de o serviço prestado pelo provedor de serviço de internet ser gratuito não desvirtua a relação de consumo, pois o termo “mediante remuneração”, contido no art. 3.º, § 2.º, do CDC, deve ser interpretado de forma ampla, de modo a incluir o ganho indireto do fornecedor (STJ, REsp 1.316.921/RJ, 3.ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 26.06.2012, DJe 29.06.2012).

Mesmo que tudo seja (e é) consumo, “para além do consumo” há um grande desafio, pois, como afirmou Pierre Levy, a tecnologia do digital provoca uma “dissolução interna” (e misturas) das categorias de “sujeito” e “objeto”.<sup>9</sup> Sobre o *sujeito*, hoje há uma expansão de fornecedores, de busca, de pesquisa, de conteúdo, de entretenimento, de intermediação, de fornecimento em si, na que está sendo chamada “economia das plataformas”, mas também o consumidor vira “prosumer”<sup>10</sup> nesse ambiente digital e, para alguns, pode merecer menos proteção. Quanto ao *objeto*, destaque-se o exemplo da União Europeia, que está revendo toda a sua legislação sobre o tema, em 2019 e 2020, pois o digital e a nova economia das plataformas transforma tudo em “objeto”, em especial os dados e informações dos “sujeitos”, e transforma em “acesso”/acess/fazer ou função, o que antes era “mercadoria/produto”/asset ou estrutura, desafiando nossas categorias de entendimento e julgamento.<sup>11</sup>

Dá a relevância de dois aspectos principais do mundo digital, e mais particularmente do mercado de consumo digital: 1) os serviços e produtos com conteúdo digital, produtos e serviços “simbióticos” ou “inteligentes”, que desafiam as definições do CDC e do Código Civil de 2002, entre dares e fazeres; e 2) o *revival* dos intermediários ou a valorização do fornecedor-*gatekeeper*, o guardião da relação de consumo ou o

<sup>9</sup> LEVY, Pierre. As tecnologias da inteligência. Tradução Carlos da Costa. Rio de Janeiro: Ed. 34, 1993.

<sup>10</sup> A expressão *prosumer* foi criada por Alvin Tofler em 1980, no livro *A terceira onda*. Veja MELLER-HANNICH, Caroline. *Wandel der Verbraucherverhalten: Das Recht der Verbraucher und Prosumer in der Sharing Economy*. Berlin: Duncker & Humbolt, 2019. p. 56.

<sup>11</sup> BUSCH, Christoph. Wandlungen des Verbrauchervertragsrecht auf dem Weg zum digitalen Binnenmarkt. In: ARTZ, Markus; GSELL, Beate (Hrsg.). *Verbrauchervertragsrecht und digitaler Binnenmarkt*. Tübingen: Mohr, 2018. p. 12.

controlador-mais-do-que-intermediário,<sup>12</sup> hoje o grande fornecedor das relações de consumo, na chamada economia das plataformas.<sup>13</sup>

O consumo digital caracteriza-se por certa complexidade,<sup>14</sup> seja pela inadaptação de nossos instrumentos clássicos,<sup>15</sup> que valorizam o CDC como mais atualizado documento legislativo sobre os fazeres e serviços em geral,<sup>16</sup> seja porque – apesar da abundância – é perceptível a “falha ou ausência de atividade legislativa”, em especial pelo retardó da atualização do CDC no tema (o Projeto de Lei 3.514/2015) ainda não aprovada pelo Congresso Nacional. Na ordem jurídica brasileira, simples decreto (Decreto 7.962/2013) regulamenta aspectos esparsos do comércio eletrônico – aliás, de forma muito semelhante ao Projeto de Lei 3.514/2015 e mais recentemente um novo decreto (Decreto 10.271/2020) com disposições aplicáveis às relações envolvendo países do Mercosul.<sup>17</sup> Da mesma forma, há leis especiais, como a do cadastro positivo,<sup>18</sup> e ainda leis com objetos mais amplos sobre as relações digitais e seus efeitos, como é o caso do Marco Civil da Internet (Lei 12.965/2014), e a Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD (Lei 13.709/2019) – ainda não em vigor.

<sup>12</sup> Sobre o revival dos intermediários e “facilitadores”. Veja-se: ADAM, Leonie; MICKLITZ, Hans-W. *Verbraucher und Online-Plattformen*. In: MICKLITZ, Hans-Wolfgang; REISCH, Lucia A.; JOOST, Gesche; ZANDER-HAYAT, Helga (Hrsg.). *Verbraucherrecht 2.0: Verbraucher in der digitalen Welt*. Baden-Baden: Nomos, 2017. p. 45.

<sup>13</sup> KENNEY, Martin; ZYSMAN, John. *The Rise of the Platform Economy*. *Issues*, v. XXXII, n. 3, Spring 2016. Disponível em: <https://issues.org/the-rise-of-the-platform-economy/>. Acesso em: 15 abr. 2020. “A digital platform economy is emerging. Companies such as Amazon, Etsy, Facebook, Google, Salesforce, and Uber are creating online structures that enable a wide range of human activities”.

<sup>14</sup> MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 8. ed. São Paulo: RT, 2019. p. 153 e ss.

<sup>15</sup> KLEE, Antônia Espíndola Longoni. *Comércio eletrônico*. São Paulo: RT, 2014. p. 71 e ss.

<sup>16</sup> MARQUES, Claudia Lima. Proposta de uma teoria geral dos serviços com base no Código de Defesa do Consumidor – A evolução das obrigações envolvendo serviços remunerados direta ou indiretamente. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 33, p. 79-122, 2000.

<sup>17</sup> MUCELIN, Guilherme. Influências do Mercosul na proteção do consumidor no comércio eletrônico no Brasil: comentários acerca de conteúdos normativos do Decreto n. 7.962/2013 e do Decreto n. 10.271/2020. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 129, 2020.

<sup>18</sup> BESSA, Leonardo Roscoe. *Cadastro positivo: comentários à Lei 12.414, de 09 de junho de 2011*. São Paulo: RT, 2014.

Destaque-se que todas essas leis gerais “dialogam” entre si e com o CDC.<sup>19</sup> Por exemplo, a Lei 12.965, de 23 de abril de 2014, o chamado Marco Civil da Internet, fixou princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil<sup>20</sup> e afirmou expressamente a aplicação do CDC às relações de consumo estabelecidas por esse meio (art. 7).<sup>21</sup> No entanto, esse diálogo das fontes, pela “falha legislativa” antes apontada, não é fácil e exige grande sofisticação pelo intérprete e magistrado. Aqui talvez a visão do direito do consumidor possa também ajudar o direito privado em geral.

## 2. CONSUMO DIGITAL: NOVOS SUJEITOS/ INTERMEDIÁRIOS E OBJETOS, SERVIÇOS E PRODUTOS INTELIGENTES

Em seu trabalho seminal sobre a sociedade de consumo, Baudrillard chama atenção para a importância dos produtos/“objetos” e serviços como “substituição remunerada” das pessoas (ou família) na sociedade do fim do século XX.<sup>22</sup> O foco do renomado autor é o novo “ambiente” onde estão as pessoas, não mais em grupos/políticos ou famílias/nações, mas no mercado e na sociedade “de consumo”: estão sozinhas e cercadas por “objetos” mudos.

<sup>19</sup> MENDES, Laura Schertel. O diálogo entre o Marco Civil da Internet e o Código de Defesa do Consumidor. In: MARQUES, Claudia Lima (coord.) *Direito privado e desenvolvimento econômico: estudos da Associação Luso-Alemã de Juristas (DLJV) e da Rede Alemanha-Brasil de Pesquisas em Direito do Consumidor*. São Paulo: RT, 2019. p. 255 e ss.

<sup>20</sup> KLEE, Antônia Espindola Longoni; MARQUES, Claudia Lima. Os direitos do consumidor e a regulamentação do uso da internet no Brasil: convergência no direito às informações claras e completas nos contratos de prestação de serviços de internet. In: SALOMÃO, George; LEMOS, Ronaldo (coord.). *Marco Civil da Internet*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 469-517.

<sup>21</sup> Assim, o art. 7.º, XIII, da Lei 12.965, 2014: “Art. 7.º O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos: (...) XIII – aplicação das normas de proteção e defesa do consumidor nas relações de consumo realizadas na internet”.

<sup>22</sup> BAUDRILLARD, Jean. *La société de consommation* cit., p. 17-18: “Il y a aujourd’hui tout autour de nous une espèce d’évidence fantastique de la consommation et de l’abondance, constituée par la multiplication des objets, des services, des biens matériels, et qui constitue une sorte mutation fondamentale dans l’écologie de l’espèce humaine... (...)...sous le regard muet d’objets...de notre puissance médusée, de notre abondance virtuelle, de notre absence les uns aux autres”.

Aceitando o argumento de Baudrillard, no nosso “abundante” mundo digital atual, as pessoas continuam cercadas, mas agora de objetos “digitais”/serviços ou “caminhos imateriais” na internet/produtos “inteligentes”, não mais “mudos”: todos são “comerciais”, mesmo que em ambientes antes de amizade (*social media*),<sup>23</sup> com “objetos”/Apps/Sites e pessoas (“influenciadores”,<sup>24</sup> publicidades e *reviewers*) “falando/comunicando/influenciando” ininterruptamente, vinte e quatro horas por dia, com foco no consumo. Somos “sujeitos digitais” (conforme Teubner)<sup>25</sup> usando plataformas e “apps” que coletam nossos dados e perfis em *big data*,<sup>26</sup> transformando em novos negócios/*business* e intermediando mundialmente o que eram antes “desinteressadas”<sup>27</sup> caronas, hospedagem de amigos dos amigos, jantares, ou empréstimos e doações de objetos usados.

Destaque-se que a atividade legislativa na União Europeia sobre o tema digital é grande nos últimos anos a assinalar o desafio que esse consumo digital representa. Em 2019, a Diretiva 2019/770 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de maio de 2019, sobre certos aspectos relativos aos contratos de fornecimento de conteúdos e serviços digitais; a Diretiva 2019/771 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de maio de 2019, relativa a certos aspectos dos contratos de compra e venda de bens, que altera o Regulamento (UE) 2017/2394; e a Diretiva 2009/22/CE, que revoga a Diretiva 1999/44/CE, incluindo os bens com serviços anexos; e o Regulamento (UE) 2019/1150 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de junho de 2019, relativo à promoção da equidade e da transparência para os utilizadores profissionais de serviços de intermediação em linha (regulando tanto os “buscadores” como as plataformas de intermediação

<sup>23</sup> RIEFA, Christine. Beyond e-commerce: some thoughts on regulating the disruptive effect of social (media) commerce. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 128, 2020.

<sup>24</sup> RIEFA, Christine; CLAUSEN, Laura. Towards Fairness in Digital Influencer Marketing Practices. *EuCML – Journal of European Consumer and Market Law*, v. 2, p. 64-74, 2019.

<sup>25</sup> TEUBNER, Gunther. Digitale Rechtssubjekte. *Archiv des Civilistische Praxis – AcP*, v. 218, p. 155 e ss., 2018.

<sup>26</sup> Sobre a mudança digital como uma mudança de valor dos “dados”, de uma economia de escassez de dados para uma economia de plataformas, com hiperabundância de dados e *big data*, veja SCHWEITZER, Heike. Digitale Plattformen als private Gesetzgeber: ein Perspektivwechsel für die europäische “Plattform-Regulierung”. *ZEUP*, v. 1, p. 1-2, 2019.

<sup>27</sup> LATOUCHE, Serge. *Sortir de la société de consommation*. Paris: LLL, 2010. p. 105 e ss.

*stricto sensu*, em especial as do consumo colaborativo, *sharing-economy* ou economia das plataformas).<sup>28</sup>

A primeira das grandes questões relacionadas ao consumo no mundo digital já foi bem resolvida, que era a correta interpretação da noção de gratuidade da oferta de serviços pela internet (em especial em face do art. 3.º, § 2.º, do CDC). Há nesse consumo abundante digital e gratuito um “sinalagma escondido”, de modo que a oferta de produtos e serviços que não sejam necessariamente rentáveis por si mesmos proporciona atração e vantagens decorrentes de outros que sua própria gratuidade acaba promovendo. Portanto, na prática,

(...) só existem três possibilidades: a) ou o serviço é remunerado diretamente pelo consumidor; b) ou o serviço não é oneroso para o consumidor, mas remunerado indiretamente, não havendo enriquecimento ilícito do fornecedor, pois o seu enriquecimento tem causa no contrato de fornecimento de serviço, causa esta que é justamente a remuneração indireta; c) ou o serviço não é oneroso de maneira nenhuma (serviço totalmente gratuito) e nem o fornecedor remunerado de nenhuma maneira, pois, se o fosse indiretamente, haveria enriquecimento sem causa de uma das partes. Conclui-se, pois, que no mercado de consumo, em quase todos os casos, há remuneração do fornecedor, direta ou indireta, como um exame da vantagem dos fornecedores pelos serviços ditos “gratuitos” pode comprovar.<sup>29</sup>

Uma segunda questão, que diz respeito à publicidade, também já foi resolvida pela interpretação correta dos arts. 30 e seguintes do CDC, reconhecendo a vinculação das mensagens veiculadas pela internet.<sup>30</sup> Cumpre, desse modo, explorar as soluções a novos problemas que surgem da realidade negocial pela internet, cuja importância indica que brevemente deverão ser objeto de exame pelo Poder Judiciário.

<sup>28</sup> MELLER-HANNICH, Caroline. *Wandel der Verbraucherrollen: Das Recht der Verbraucher und Prosumer in der Sharing Economy* cit., p. 13 e ss.

<sup>29</sup> MARQUES, Claudia Lima. Art. 3.º. In: MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: RT, 2019. p. 204-205.

<sup>30</sup> MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor* cit., p. 343 e ss.

## 2.1. Desafios das relações de consumo nas plataformas: fornecedor-gatekeeper e consumidor-prosumer

No consumo digital, em especial no denominado consumo colaborativo, o foco é o acesso,<sup>31</sup> o paradigma é o da confiança.<sup>32</sup> A economia do compartilhamento caracteriza-se como um sistema negocial de consumo (*collaborative consumption*), no qual pessoas alugam, usam, trocam, doam, emprestam e compartilham bens, serviços, recursos ou *commodities*, de propriedade sua, geralmente com a ajuda de aplicativos e tecnologia *on-line*, são relações de confiança (ou hiperconfiança!), geralmente contratuais, à maioria onerosa, sendo gratuito o uso do aplicativo, mas paga uma porcentagem dos valores objeto da contratação ao guardião da tecnologia *on-line*.<sup>33</sup>

No início dos anos 2000, eram poucos os modelos de negócios de consumo por compartilhamento. Mundialmente, o Airbnb foi lançado em 2008, o Uber em 2010<sup>34</sup> e outros se seguiram: Zipcar, BlaBlaCar, Couchsurfing etc. Se, no mundo, a preferência inicialmente de sua utilização era apenas das gerações mais jovens (os *millenials*), hoje atinge todas as gerações e muitos tipos diferentes de negócios (turismo/hospedagem, serviços domésticos e de concerto, transporte, mídia e entretenimento, finanças, *crowdfunding*, e muitos outros).<sup>35</sup> Assim, pode-se afirmar que a economia do compartilhamento é parte do “ambiente digital” atual. Nesse sentido, conforme afirmado pela doutrina<sup>36</sup> e jurisprudência brasileiras,<sup>37</sup> o fato de essas relações serem

<sup>31</sup> BUSCH, Christoph. Wandlungen des Verbrauchervertragsrecht auf dem Weg zum digitalen Binnenmarkt cit., p. 12: “From asset to access”, citando a obra de Jeremy Rifkin, *JThe Age of Access*, NY, 2002.

<sup>32</sup> MARQUES, Claudia Lima. *Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico*. São Paulo: RT, 2004. p. 32.

<sup>33</sup> MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 8. ed. São Paulo: RT, 2019. p. 98.

<sup>34</sup> A Uber tem origem em 2010, nos Estados Unidos da América, mediante desenvolvimento do aplicativo de *smartphones* de mesmo nome, que hoje está presente em 58 países e 311 cidades em todo o mundo, inclusive no Brasil.

<sup>35</sup> Disponível em: <https://europeansting.com/2019/01/07/4-big-trends-for-the-sharing-economy-in-2019/>.

<sup>36</sup> MARQUES, Claudia Lima. *Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico* cit., p. 71 e ss. MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 5. ed. São Paulo: RT, 2014. p. 504-505.

<sup>37</sup> REsp. 1.316.921/RJ, 3.<sup>a</sup> Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 26.06.2012, DJe 29.06.2012.

estabelecidas no espaço virtual não faz com que escapem da aplicação de normas de ordem pública, entre as quais, quando se trate de relações de consumo, destaca-se o CDC.

Em seu relatório para o governo da Alemanha, Caroline Meller-Hannich analisa de modo exaustivo a jurisprudência alemã sobre o tema e destaca que o maior problema do consumo (e do *prosumer*) na economia colaborativa é a falta de transparência que prejudica a prevenção de danos aos consumidores e dificulta ao consumidor saber a quem recorrer no caso em que venha a sofrer prejuízos em razão da contratação.<sup>38</sup> A pergunta, nesse contexto, é: quem seriam os verdadeiros fornecedores e o consumidor de cada caso?

Conforme já escrevemos,<sup>39</sup> entre as várias transformações que o desenvolvimento tecnológico e das comunicações vem operando na sociedade de consumo contemporânea<sup>40</sup> está o surgimento da denominada economia do compartilhamento, também conhecida como consumo colaborativo. Essa economia dita do compartilhamento (*sharing economy*) concebe novos modelos de negócio não mais concentrados na aquisição da propriedade de bens e na formação de patrimônio (individual), mas no uso em comum – por várias pessoas interessadas – das utilidades oferecidas por um mesmo bem.<sup>41</sup> A estruturação desses negócios ganha força pela internet e se dá tanto sob o modelo *peer-to-peer* (P2P) quanto pelo modelo *business-to-business* (B2B), ou seja, entre pessoas não profissionais e entre empresários. Há várias formas de interpretar o fenômeno. Desde uma interpretação com ênfase econômica, que dá conta de uma redução de custos e otimização de recursos em razão do compartilhamento, até uma interpretação cultural, que identifica nesse novo modelo favorecido pela internet uma genuína

<sup>38</sup> MELLER-HANNICH, Caroline. *Wandel der Verbraucherrollen: Das Recht der Verbraucher und Prosumer in der Sharing Economy* cit., p. 98.

<sup>39</sup> MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. Economia do compartilhamento deve respeitar os direitos do consumidor. 2015. Disponível em: [www.conjur.com.br/2015-dez-23/garantias-consumo-economia-compartilhamento-respeitar-direitos-consumidor](http://www.conjur.com.br/2015-dez-23/garantias-consumo-economia-compartilhamento-respeitar-direitos-consumidor). Acesso em: 9 jun. 2017.

<sup>40</sup> MARQUES, Claudia Lima. *Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico* cit., p. 32 e ss.

<sup>41</sup> MELLER-HANNICH, Caroline. Economia compartilhada e proteção do consumidor. In: MARQUES, Claudia Lima (coord.). *Direito privado e desenvolvimento econômico: estudos da Associação Luso-Alemã de Juristas (DLJV) e da Rede Alemanha-Brasil de Pesquisas em Direito do Consumidor*. São Paulo: RT, 2019. p. 283 e ss.

inspiração de reação ao consumismo e adesão ao consumo sustentável.<sup>42</sup> Por outro lado, também serve para viabilizar o acesso a bens e utilidades de maior custo (a exemplo do *car-sharing*), mediante precisa definição das necessidades a serem satisfeitas (transporte eventual) e o dispêndio apenas daquilo que for utilizado (mensalidade, gasolina utilizada de um local a outro, sem pagar estacionamento).

Muitos setores da economia são profundamente afetados por essa nova forma de oferecer e consumir produtos e serviços no mercado, como é o caso do transporte de pessoas, ou a locação de automóveis,<sup>43</sup> e o compartilhamento de veículos, a hospedagem turística, a utilização de ferramentas, entre outros. Quem opta pelo compartilhamento, de um lado, quer fruir da maior utilidade possível dos bens de sua propriedade, e ser remunerado por isso, em caráter eventual ou não. Por outro lado, quem procura usar os bens sem adquiri-los visualiza a oportunidade de investir apenas o necessário para satisfazer sua necessidade momentânea, abrindo mão de imobilizar parte de seus recursos em bens que de que fará uso apenas eventualmente. A tendência é de franca expansão, possibilitada pela criatividade e desenvolvimento de novas plataformas de negócios na internet pelas denominadas empresas *start-ups*, reconhecidas pela estruturação de modelos de negócio inovadores em diversos setores.

Em todos esses casos está presente o fenômeno da conexidade contratual,<sup>44</sup> e se deve perguntar, justamente, se podem ser caracterizadas como relações de consumo aquelas estabelecidas entre quem deseja contratar a utilização e o outro que oferece e compartilha o uso de um bem, mesmo não sendo um empresário ou profissional que realize a atividade de modo organizado. Além disso, situações já conhecidas de pessoas comuns que lançam mão, de modo espontâneo e eventual, da internet para vender coisas usadas. A rigor, essas situações em que não está presente uma organização profissional, ou o exercício habitual da atividade para a obtenção de lucro, não se consideram relações de consumo.

<sup>42</sup> LATOUCHE, Serge. *Sortir de la société de consommation* cit., p. 105 e ss.

<sup>43</sup> Dado interessante divulgado pela versão eletrônica do *The Wall Street Journal*, de 17.12.2018, indicava a tendência de aumento do uso compartilhado de automóveis nos Estados Unidos considerando especialmente que o tempo de utilização dos automóveis é de 5%, contra 95% do tempo em que eles ficam parados e sem uso. Disponível em: <http://br.wsj.com/articles/SB11872728649731044760404581420422311949328>.

<sup>44</sup> MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Contratos conexos: grupos y redes de contratos*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 1999.

Destaque-se, contudo, que todas essas situações de consumo colaborativo pela internet utilizam plataforma digital mantida por alguém que se dispõe a viabilizar espaço ou instrumento de oferta por intermédio de um *site* ou aplicativo. O *site* ou aplicativo atua não apenas como um facilitador, mas também como aquele que torna viável e, por vezes, estrutura um determinado modelo de negócio. Em outros termos, o *site* ou aplicativo permite o acesso à *highway* e se coloca como guardião desse acesso, um *gatekeeper* (“guardião do acesso”) que assume o dever, ao oferecer o serviço de intermediação ou aproximação, de garantir a segurança do modelo de negócio, despertando a confiança geral ao torná-lo disponível pela internet. No direito brasileiro, estarão qualificados indistintamente como provedores de aplicações de internet, de acordo com a definição que estabeleceu o art. 5.º, VII, c/c o art. 15 da Lei 12.965/2014. Exige a norma que se constituam na forma de pessoa jurídica, exercendo a atividade de maneira organizada, profissionalmente e com fins econômicos.

É a confiança no meio oferecido para as trocas e compartilhamentos 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. Exige-se daí o domínio de certas informações sobre quem se dispõe a oferecer o bem para uso compartilhado, ou as características do produto ou serviço ofertado, ou daquele que pretende obter a contraprestação em dinheiro, a segurança sobre o modo como se viabiliza o pagamento. Nesses casos, poderão participar, inclusive, outros agentes, como aqueles que administram os meios de pagamento para adimplimento do contrato (arranjos eletrônicos de pagamento como o *PayPal*, cartões de crédito etc.), ou ainda seguradores, no caso em que a plataforma se dispõe a garantir certos interesses das pessoas envolvidas no negócio. É o caso noticiado pela imprensa britânica em 2014, sobre empresa atuante no compartilhamento de casas e acomodações para interessados (*Airbnb*), e que, após a má publicidade realizada por inquilinos desonestos que causaram danos aos donos dos imóveis locados, promoveu o aumento do valor da cobertura de seguro de danos em favor dos locadores nessas situações como modo de atrair novos interessados.<sup>45</sup>

Nesses casos, os deveres de lealdade são exigíveis de todos, mas a pergunta que surge é qual a posição daquele que organiza e mantém o *site* ou o

<sup>45</sup> Conforme informação da reportagem publicada na edição do jornal londrino *The Observer*, na edição de 12 out. 2014, *Tech monthly: sharing economy: world of sharing*, p. 14.

aplicativo de internet, e que desempenha essa atividade com caráter econômico, remunerando-se direta (por percentual dos valores contratados ou por taxas fixas) ou indiretamente (por publicidade ou formação e negociação de banco de dados, por exemplo). O dever desse guardião (*gatekeeper*, guardião do acesso) será o de garantir a segurança do meio negocial oferecido, em uma espécie de responsabilidade em rede (*network liability*), cuja exata extensão, contudo, será definida caso a caso, conforme o nível de intervenção que tenha sobre o negócio. A economia do compartilhamento é economia, *business*, custa algo, há presença de um consumidor. Há situações em que poderá haver responsabilidade do intermediador pela satisfação do dever principal de prestação do negócio objeto de intermediação com o consumidor. Entretanto, na maior parte das vezes, aquele que apenas aproxima e intermedeia o negócio deverá garantir a segurança e confiança no meio oferecido para realizá-lo, não respondendo, necessariamente, pelas prestações ajustadas entre partes.

O critério para a exata distinção dessas situações reside no próprio conteúdo do serviço ofertado pelo *site* ou aplicativo de internet, ao qual, como regra, uma vez viabilizando a oferta de produtos e serviços no mercado de consumo, atrai a incidência do Código de Defesa do Consumidor e caracteriza aquele que o explora como fornecedor de serviços (art. 3.º). Contudo, para caracterizar-se o vício ou defeito do serviço, como é próprio ao sistema de responsabilidade do fornecedor, deverá ser determinado de antemão quais os fins (art. 20) ou a segurança (art. 14) que legitimamente seriam esperados pelos consumidores<sup>46</sup> com relação ao serviço oferecido por aquele que explora o *site* ou aplicativo que promove a intermediação entre as partes.

Tratando-se de serviços de intermediação, portanto, não bastará a qualificação daquele que a promove com fins econômicos como fornecedor. A exata medida da responsabilidade daquele que explora o *site* ou aplicativo que viabiliza o consumo colaborativo mediante compartilhamento 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.

O desenvolvimento de *sites* e aplicativos que promovam alternativas de consumo compartilhado de bens e serviços associa-se, em geral, ao melhor interesse do consumidor, uma vez que permitem uma melhor utilização de produtos e serviços e, ao mesmo tempo, podem fomentar a concorrência com setores organizados da economia, melhorando suas práticas. Tratando-se de serviços oferecidos no mercado de consumo, há incidência da legislação de

<sup>46</sup> MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor* cit., 5. ed., p. 532-533.

proteção do consumidor. Uma pergunta final que traduz as dificuldades de lidar com as inovações trazidas pela internet diz respeito à necessidade de regulação específica, ou não, dessas várias situações de compartilhamento. A questão tem maior destaque, naturalmente, quando se concerne a serviços cuja prestação se dê, na economia tradicional, sob o regime regulado – caso da polêmica entre o aplicativo Uber e os serviços de táxi. A nosso ver, contudo, o reconhecimento da aplicação do CDC à oferta de aplicações de internet em geral (art. 7.º, XIII, da Lei 12.965/2014 – Marco Civil da Internet) é, por si, uma garantia aos consumidores de produtos e serviços, inclusive nos modelos de consumo colaborativo em que aquele que promove a intermediação atua profissionalmente. Nesses termos, deve-se ter em conta que o excesso de regulamentação específica e difusa pode inibir a formação de um ambiente seguro para inovação. Deve o CDC aplicar-se em diálogo com o Marco Civil da Internet e outras fontes, para assegurar a adequada proteção da confiança despertada pelas novas tecnologias, como é o caso das situações de consumo colaborativo desenvolvidas por intermédio da internet.

## 2.2. O consumidor, o *gatekeeper*-controlador e o *prosumer*: controle é a chave do fornecimento de produtos e serviços “indiretos” nas plataformas

Note-se que a prestação de serviços ou a oferta de bens (materiais e imateriais) podem ser realizadas por intermédio de uma plataforma digital, até por pessoas que não atuam necessariamente como profissionais, nem se organizam sob a forma empresarial. É o caso daquele que deseja alugar um dos cômodos da sua casa, por temporada, para um casal de turistas, ou o que divide o uso do seu automóvel ou de certas ferramentas com outras pessoas interessadas, visando repartir os custos dessa utilização ou mesmo ser remunerado e obter certo lucro dessa atividade. Aqui há a presença então do “ofertante-consumidor-não profissional” ou *prosumer*, como é denominado internacionalmente, um civil ou consumidor que atravessa o limite para ser “produtor” ou ofertar produtos e serviços aos “clássicos” consumidores.<sup>47</sup>

Classificar esse ofertante “não profissional” como consumidor é difícil, pois é o fornecedor-aparente perante o consumidor clássico, mas também como fornecedor *stricto sensu*, ainda mais considerando a força do *gatekeeper*. Sobre o tema já escrevemos:

<sup>47</sup> MELLER-HANNICH, Caroline. *Wandel der Verbraucherrollen: Das Recht der Verbraucher und Prosumer in der Sharing Economy* cit., p. 17.

Há relação de consumo, pois é consumidor aquele que utiliza dessa *sharing economy*, remunera os serviços, que são viabilizados *peer-to-peer* (P2P), isto é, de computador a computador, entre celular e celular. O intermediário/*blend* desaparece nessa tecnologia, mas está muito presente na “reputação” e nas avaliações dos consumidores, no local do encontro e na negociação digital/*locus* e na imposição das regras sobre esse “encontro/negócio”. Nessas situações está presente sempre um profissional, no exercício habitual de sua atividade para a obtenção de lucro, que intermedeia o consumo, ou que constrói o *locus* para o encontro das duas pessoas. Mais do que um intermediário do comércio físico, ele é o grande guardião ou senhor do negócio, o verdadeiro fornecedor, mas os deveres de boa-fé e as informações obrigatórias são as mesmas do CDC e obrigação de ambos, fornecedor aparente e *gatekeeper*.<sup>48</sup>

Duas são as palavras-chave na economia digital e na economia do compartilhamento, sem exceções, gratuita ou onerosa: confiança (e responsabilidade pela confiança criada) e controle (e responsabilidade pelo risco-controle).

Em matéria de contratos da economia do compartilhamento,<sup>49</sup> o diferencial é a dificuldade na identificação do fornecedor, havendo um fornecedor aparente (muitas vezes um cidadão que não faz disso sua profissão) e um fornecedor real, o *gatekeeper*, daí a importância de frisar que se trata de contratos de consumo como os outros.<sup>50</sup> Aqui há um elemento comum com todos os contratos eletrônicos: o controle do negócio. O controle e a responsabilidade pelo controle exercido pelo fornecedor da economia do

<sup>48</sup> Assim, MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. Economia do compartilhamento deve respeitar os direitos do consumidor cit.

<sup>49</sup> Sobre a economia do compartilhamento e os estilos de vida na pós-modernidade: SANTOS, Éverton Neves dos; SANTIAGO, Mariana Ribeiro. O consumo colaborativo no uso das moedas sociais pelos bancos comunitários de desenvolvimento: possibilidades contra-hegemônicas. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 27, n. 118, p. 127-149, jul./ago. 2018.

<sup>50</sup> MUCELIN, Guilherme. Peers Inc.: a nova estrutura da relação de consumo na economia do compartilhamento. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 118, p. 81, jul./ago. 2018. Da mesma forma: MARQUES, Claudia Lima. A nova noção de fornecedor no consumo compartilhado: um estudo sobre as correlações do pluralismo contratual e o acesso ao consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 111, p. 247-268, maio/jun. 2017.

compartilhamento (risco-controle, mais do risco-proveito) aparecem de forma destacada na economia do compartilhamento, pois em contratos de consumo temos “quase” dois consumidores realizando uma relação de consumo totalmente controlada (e desenhada, do encontro, às informações prestadas, ao tipo de execução, de entrega e de pagamento, ao contrato e suas cláusulas ou “políticas” e “práticas”) pelo fornecedor “aparente/oculto”, o aplicativo. Aqui há confiança no fornecedor aparente (ou principal, que tenta ser “oculto”, mas que é a “marca” do negócio compartilhado, nome e marca que o consumidor “conhece” e confia), o aplicativo, e nas características do negócio, que ele controla totalmente.<sup>51</sup> Também na Lei Geral de Proteção de

<sup>51</sup> Assim a decisão do STJ para comércio físico: “Recurso especial. Ação de indenização. Danos material e moral. Relação de consumo. Defeito do produto. Fornecedor aparente. Marca de renome global. Legitimidade passiva. Recurso especial desprovido. Insurgência recursal da empresa ré. Hipótese: A presente controvérsia cinge-se a definir o alcance da interpretação do art. 3.º do Código de Defesa do Consumidor, a fim de aferir se na exegese de referido dispositivo contempla-se a figura do fornecedor aparente – e, conseqüentemente, sua responsabilidade –, entendido como aquele que, sem ser o fabricante direto do bem defeituoso, compartilha a mesma marca de renome mundial para comercialização de seus produtos. 1. A adoção da teoria da aparência pela legislação consumerista conduz à conclusão de que o conceito legal do art. 3.º do Código de Defesa do Consumidor abrange também a figura do fornecedor aparente, compreendendo aquele que, embora não tendo participado diretamente do processo de fabricação, apresenta-se como tal por ostentar nome, marca ou outro sinal de identificação em comum com o bem que foi fabricado por um terceiro, assumindo a posição de real fabricante do produto perante o mercado consumidor. 2. O fornecedor aparente em prol das vantagens da utilização de marca internacionalmente reconhecida, não pode se eximir dos ônus daí decorrentes, em atenção à teoria do risco da atividade adotada pelo Código de Defesa do Consumidor. Dessa forma, reconhece-se a responsabilidade solidária do fornecedor aparente para arcar com os danos causados pelos bens comercializados sob a mesma identificação (nome/marca), de modo que resta configurada sua legitimidade passiva para a respectiva ação de indenização em razão do fato ou vício do produto ou serviço. 3. No presente caso, a empresa recorrente deve ser caracterizada como fornecedora aparente para fins de responsabilização civil pelos danos causados pela comercialização do produto defeituoso que ostenta a marca Toshiba, ainda que não tenha sido sua fabricante direta, pois ao utilizar marca de expressão global, inclusive com a inserção da mesma em sua razão social, beneficia-se da confiança previamente angariada por essa perante os consumidores. É de rigor, portanto, o reconhecimento da legitimidade passiva da empresa ré para arcar com os danos pleiteados na exordial. 4. Recurso especial desprovido” (STJ, REsp 1.580.432/SP, 4.ª Turma, Rel. Min. Marco Buzzi, j. 06.12.2018, DJe 04.02.2019).

Dados aparece a figura do “operador” e do “controlador”.<sup>52</sup> O Regulamento europeu 2019/1150<sup>53</sup> prefere usar a expressão geral “intermediador” e “facilitador” de novos modelos de negócio, que nos parecem fracas demais para esses intermediários, que influenciam predominantemente – ou controlam mesmo – o negócio de consumo.

Se pudéssemos criar uma figura de linguagem para descrever esse negócio, seria do cálice, em que o consumidor e o fornecedor aparente estão cada um em um lado da borda do cálice e é o fornecedor “conhecido/oculto” e principal, o aplicativo que desenha a base do cálice, que constrói o “caminho” do negócio, abre ou não a porta para ambos (*gatekeeper*) ocuparem suas posições negociais e ainda a forma de “preencher” o cálice com o consumo (seja transporte de um lugar a outro, o aluguel de uma casa na praia, o fornecimento de refeições, o aluguel de uma bicicleta ou carro... para o consumidor compartilhar).

Pontes de Miranda já ensinava que o cliente-contratante no contrato de transporte, hoje o consumidor, pretende o que chamou de “ciclo elaborativo do resultado”.<sup>54</sup> Essa visão holística das expectativas legítimas e finalidades pode ser projetada sobre o consumo digital e útil, hoje, para definir quem é o fornecedor na economia das plataformas, e que não parece ser o *prosumer*: é aquele que controla o “ciclo elaborativo do contrato de consumo”, isto é, o *gatekeeper*. Sua não responsabilização terá que ser regulada por lei, pois, quanto mais controlar, mais deverá responder, e as situações cinzentas – mesmo com o Marco Civil da Internet<sup>55</sup> –, se não aprovada a atualização do CDC (PL 3.514/2015) com normas claras para a disciplina do tema no mundo digital, trarão insegurança e disputas judiciais cada vez mais frequentes.

<sup>52</sup> MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo. Reflexões iniciais sobre a nova Lei Geral de Proteção de Dados. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 27, n. 120, p. 469-483, nov./dez. 2018.

<sup>53</sup> O Regulamento 2019/1150, de 20 de junho de 2019, é sobre os “utilizadores profissionais” de serviços de intermediação em linha, sobre economia do compartilhamento. Veja o relatório da Comissão e do Parlamento, disponível em: <https://www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20170609IPR77014/sharing-economy-parliament-calls-for-clear-eu-guidelines>.

<sup>54</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Atualização Bruno Miragem. São Paulo: RT, 2012. v. 46, p. 64.

<sup>55</sup> LIMA, Cíntia Rosa P. A responsabilidade civil dos provedores de aplicação de internet por conteúdo gerado por terceiro antes e depois do Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/14). *Revista da Faculdade de Direito (USP)*, v. 110, p. 155-176, 2015.

### 3. OS NOVOS “OBJETOS” E “SERVIÇOS SIMBIÓTICOS” DO CONSUMO DIGITAL

A complexidade e a “dualidade”<sup>56</sup> do desafio digital, como já foi identificado pelo Superior Tribunal de Justiça,<sup>57</sup> não se limitam aos novos intermediários e às novas formas de oferta e contratação entre consumidores e fornecedores no mercado de consumo, mas também estão no resultado do novo paradigma tecnológico da digitalização que significa uma “disruptiva”<sup>58</sup> transformação de produtos e serviços, dando causa a novos “objetos” inteligentes e digitais da relação de consumo.

#### 3.1. Os bens digitais, a conexão desses bens e os serviços “inteligentes” e a inteligência artificial

Como já escrevemos, há

(...) especial interesse, no atual estágio de desenvolvimento tecnológico, os denominados bens digitais, também denominados *digital*

<sup>56</sup> “Há uma certa dualidade – entre o material e o digital – que não pode ser ignorada neste julgamento, que está de maneira implícita em todos os precedentes mencionados, antes e após a publicação do Marco Civil da Internet. Nos autos, está a se remover um conteúdo digital – um conjunto mais ou menos extenso de *bits* que formam uma informação acessível via internet – e não os produtos propriamente ditos, fisicamente considerados, da plataforma mantida pela recorrente” (STJ, REsp 1.654.221/SP, 3.ª Turma, Rel. p/ acórdão Min. Nancy Andrighi, j. 22.10.2019, DJe 28.10.2019).

<sup>57</sup> STJ, REsp 1.721.669/SP, 2.ª Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 17.04.2018, DJe 23.05.2018.

<sup>58</sup> A expressão “inovação disruptiva”, original de Clayton Christensen em sua obra de 1997 (CHRISTENSEN, Clayton M. *The innovator's dilemma*. Boston: Harvard Business School Press, 1997) visava, sobretudo, o exame dos aspectos relacionados à gestão empresarial e o fenômeno da disrupção de mercados. A expressão, contudo, ganhou sentido mais largo pelo uso, especialmente, relacionado às inovações decorrentes da tecnologia da informação e da internet, levando o próprio autor a revisita-la em artigo, em coautoria, de 2015, incorporando de forma sistemática as inovações decorrentes desse novo paradigma tecnológico (Christensen, Clayton M., Raynor, M.; McDonald, R. What is disruptive innovation?. *Harvard Business Review*, p. 1-11, Dec. 2015). A utilização ampla da ideia de disrupção, no entanto, não passou despercebida, sendo objeto de crítica mais recente daqueles que percebem a falta de critérios para seu emprego como causa do seu esvaziamento. Nesse sentido: GOBBLE, MaryAnne M. The case against disruptive innovation. *Research-Technology Management*, v. 58, n. 1, p. 59-61, 2015.

*assets* ou *digital property*. Assim, por exemplo, as mensagens de correio eletrônico arquivadas, informações, arquivos (fotos, documentos) disponibilizados em rede social ou em *site* de compras ou e plataformas de compartilhamento de fotos ou vídeos, os *softwares* que contrata licença de uso *on-line* (mediante senha ou código) pelo tempo assegurado de fruição, ou arquivos compartilhados em serviços de compartilhamento ou armazenamento de dados (p. ex. o armazenamento em nuvem – *cloud computing*). Há, nestes casos, interação entre a prestação de um serviço que poderá ser de oferta ou de custódia de bens digitais, espécies de bens incorpóreos<sup>59</sup> cujo interesse legítimo de uso fruição e disposição pertença ao consumidor. Da mesma forma, a aplicação da internet sobre produtos e serviços permite que passem a servir a novas utilidades, especialmente ao permitir a conectividade de produtos, de modo que possam coletar e transmitir dados com a finalidade de otimizar sua utilização, assegurando precisão, eficiência nos recursos e melhor atendimento do interesse do consumidor. Trata-se do que vem sendo comumente denominado de internet das coisas (*internet of things* ou *IoT*), e repercute nas relações de consumo, tanto na redefinição do dever de qualidade (finalidade legitimamente esperada do produto ou serviço) quanto em novos riscos que eventual defeito da prestação pode dar causa. Na mesma linha, a multiplicação da capacidade de processamento de dados dá causa ao desenvolvimento de *softwares* para interpretação de dados externos ou ambientais, de modo a determinar a atividade consequente de objetos inanimados (produtos, e.g.), o que está na origem da denominada inteligência artificial (*Artificial intelligence* ou *AI*), e permite, inclusive, a possibilidade de autoaperfeiçoamento do próprio bem, a partir do uso da linguagem (*machine learning*).<sup>60</sup> Neste caso, a adoção da inteligência artificial em produtos e serviços permite um grau de automatização na relação entre o fornecedor e

<sup>59</sup> Uma vez bens sem existência material, mas que podem ser objeto de direito, como bem ensina a doutrina. Ver, por todos: GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 191-192.

<sup>60</sup> *Machine learning* é um dos modos de desenvolvimento da inteligência artificial. Por intermédio da padronização de um conjunto de dados, ou por repetidas tentativas usando aprendizado por reforço, pode-se conduzir um *software* a maximizar um critério de desempenho, a partir da interpretação de um determinado contexto, adotando a partir dali aquele significado para padronizar suas reações. Veja-se: ALPAIDYN, Ethem. *Machine learning*. Cambridge: MIT, 2016. p. 161-162.

o consumidor, reduzindo a interação entre ambos e intensificando a padronização do atendimento ou do fornecimento de produtos ou serviços. A repercussão na relação de consumo pode ser vislumbrada tanto pela maior agilidade ou precisão no atendimento do interesse do consumidor quanto pela potencialização dos riscos decorrentes de um vício ou defeito na interpretação a ser feita pelo sistema informatizado em relação a dados externos e sua resposta automatizada.<sup>61</sup>

Se tivéssemos que resumir essa diversidade de “novos produtos e serviços” do mundo digital, destacaríamos três aspectos que já foram estudados em artigos anteriores:<sup>62</sup> 1. os denominados *bens digitais* (que incluem serviços digitais), com relação aos quais tanto a oferta e fornecimento quanto sua fruição supõem a existência da internet; 2. a *conexão* entre esses bens digitais, o que vem sendo denominado como internet das coisas, que compreende a integração entre objetos e serviços que se realizem por intermédio deles, agregando-lhes utilidade a partir de infraestrutura que permite sua conexão à internet; e, por fim, 3. a *inteligência artificial*, crescentemente utilizada tanto no desenvolvimento de produtos e serviços quanto no relacionamento entre os fornecedores e seus consumidores.

Relembre-se, por fim, do objeto dos serviços. Mister destacar que estes no mundo digital são múltiplos e complexos, e hoje há serviços conectados ou incluídos nos chamados “produtos digitais” ou “inteligentes”. É uma nova fase do consumo, não exatamente só de serviços digitais, mas de produtos inteligentes (*smarts objects*), bens que apresentam uma nova simbiose entre produto e serviço, entre *hard* e *software*, bens que incluem um serviço ou conteúdo digital (“*embedded digital content*”) até chegar à internet das coisas.<sup>63</sup> Estamos acostumados que um produto tenha o valor que o “bem” ou sua matéria possui, o *hardware*, na nova linguagem da informática. O novo aqui não é que os produtos prestam “serviços”, até mais valiosos que os produtos materiais, mas sim que o produto tenha valor maior ou menos conforme o *software* (o serviço ou aplicativo implantado, capacidades,

<sup>61</sup> MIRAGEM, Bruno. Novo paradigma tecnológico, mercado de consumo digital e o direito do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 125, p. 17-62, set./out. 2019.

<sup>62</sup> Em especial, no já mencionado; MIRAGEM, Bruno. Novo paradigma tecnológico, mercado de consumo digital e o direito do consumidor, cit.

<sup>63</sup> BUSCH, Christoph. Wandlungen des Verbrauchervertragsrecht auf dem Weg zum digitalen Binnenmarkt cit., p. 14.

utilidades ou *chips*) que possui. Realmente, os produtos receberam utilidades pela telefonia, pela televisão, pela internet. Duas consequências têm sido apreendidas dessa nova “simbiose”, como denominou o eminente Min. Antônio Herman Benjamin:<sup>64</sup>

(...) a qualidade do produto é redefinida, pois ele só tem a qualidade esperada se o *software* nele instalado funcionar e de forma coadunada com o *hardware* ou produto em si; há responsabilidade solidária nessa nova cadeia de fornecimento de serviço do art. 14, que inclui o produtor (...).<sup>65</sup>

<sup>64</sup> Assim, REsp 1.721.669/SP, 2.<sup>a</sup> Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 17.04.2018, DJe 23.05.2018.

<sup>65</sup> Assim a decisão *leading case* do e. STJ: “Processual civil e consumidor. Telefonia. Responsabilidade solidária entre as empresas fornecedoras de produtos e serviços. Existência de simbiose. Sistema de PABX. Falha na segurança das ligações internacionais. Risco do negócio. 1. Trata-se, na origem, de Ação Declaratória de Inexistência de Débito, cumulada com Consignação em Pagamento contra a Telefônica Brasil S.A., com o escopo de declarar a inexigibilidade da dívida referente a ligações internacionais constante das faturas telefônicas dos meses de outubro e novembro de 2014, nos respectivos valores de R\$ 258.562,47 (duzentos e cinquenta e oito mil e quinhentos e sessenta e dois reais e quarenta e sete centavos) e R\$ 687.207,55 (seiscentos e oitenta e sete mil e duzentos e sete reais e cinquenta e cinco centavos). 2. Consta dos autos que as partes celebraram contrato de consumo, cujo objeto é o fornecimento de linhas telefônicas, serviços especiais de voz, acesso digital, recurso móvel de longa distância DD e DDD e recurso internacional, local ou de complemento de chamada, para serem utilizadas em central telefônica – PABX, adquirida de terceira pessoa. 3. Conforme narrado, criminosos entraram no sistema PABX da empresa recorrente e realizaram ilicitamente diversas chamadas internacionais, apesar de esse serviço estar bloqueado pela operadora. 4. A interpretação do Tribunal de origem quanto à norma insculpida no art. 14 do CDC está incorreta, porquanto o serviço de telecomunicações prestado à recorrente mostrou-se defeituoso, uma vez que não ofereceu a segurança esperada pela empresa consumidora. 5. A responsabilidade pela reparação dos danos causados à recorrente não pode recair somente na empresa que forneceu o sistema PABX, mas também na operadora, que prestou o serviço de telefonia. Ademais, o conceito de terceiro utilizado pelo Tribunal bandeirante está totalmente equivocado, pois apenas pessoa totalmente estranha à relação de direito material pode receber essa denominação. Os *hackers* que invadiram a central ‘obtiveram acesso ao sistema telefônico da vítima’ e dispararam ‘milhares de ligações do aparelho’ para números no exterior. 6. Não há dúvida de que a infração cometida utilizou as linhas telefônicas fornecidas pela recorrida, demonstrando que o seu sistema de segurança falhou na proteção

Nessa nova realidade, a aproximação dos dares e fazeres no mundo digital, produtos e serviços inteligentes passam por uma simbiose e conexão nunca vista, ganhando novas e impressionantes utilidades de consumo<sup>66</sup> e repercutindo na própria divisão dos regimes de responsabilidade previstos pelo CDC.

### 3.2. A aproximação das categorias de produto e serviço no consumo digital

A riqueza do século XXI são os “fazeres” globalizados, dos serviços clássicos aos produtos imateriais e inteligentes, os “serviços digitais” aos dados dos consumidores.<sup>67</sup> O CDC, já em 1990, aproximou o regime do fornecimento de produtos (“dars”) e de serviços (“fazeres”), garantindo sua importância para regular o mercado de serviços, e tratou dos bancos de dados negativos.

Como já escrevemos,<sup>68</sup> uma das principais repercussões das novas tecnologias da informação sobre o mercado de consumo, e sua aplicação em produtos e serviços, consiste na aproximação dessas categorias. O CDC, ao definir produto e serviço como objetos da relação de consumo, distingue claramente o primeiro como um bem e o segundo como “qualquer

---

ao cliente. Assim sendo, existe evidente solidariedade de todos os envolvidos na prestação dos serviços contratados, permitindo-se o direito de regresso (na medida da participação na causação do evento lesivo) àquele que reparar os danos suportados pelo consumidor (REsp 1.378.284/PB, Relator o eminente Ministro Luis Felipe Salomão). 7. O risco do negócio é a contraparte do proveito econômico auferido pela empresa no fornecimento de produtos ou serviços aos consumidores. É o ônus a que o empresário se submete para a obtenção de seu bônus, que é o lucro. Por outro lado, encontra-se o consumidor, parte vulnerável na relação de consumo. 8. Os órgãos públicos e as suas empresas concessionárias são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes e seguros aos consumidores em conformidade com o art. 22 do CDC. 9. Recurso especial provido” (REsp 1.721.669/SP, 2.ª Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 17.04.2018, DJe 23.05.2018).

<sup>66</sup> MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 9. ed. São Paulo: RT, 2019. p. 320 e ss.

<sup>67</sup> Assim a Diretiva Europeia 2019/770, de 20 de maio de 2019, sobre certos aspectos relativos aos contratos de fornecimento de conteúdos e serviços digitais e suas definições.

<sup>68</sup> O texto a seguir é baseado no artigo: MIRAGEM, Bruno. Novo paradigma tecnológico, mercado de consumo digital e o direito do consumidor cit., p. 17-62.

atividade fornecida no mercado de consumo”. Em certa medida, projetam na prestação objeto da relação de consumo a distinção clássica entre as obrigações de dar e fazer, consagradas no direito obrigacional.<sup>69</sup> Ao permitir a conectividade de produtos, a partir da qual passa a contar com novas funcionalidades – como é o caso, especialmente, da internet das coisas e da aplicação da inteligência artificial –, identifica-se, em muitas situações, uma interdependência entre produto ou serviço, de modo que sua utilidade e valor supõem essa relação. A rigor, essa dependência acompanha o desenvolvimento da tecnologia da informação. Conectividade pressupõe serviços que se realizam por intermédio da utilização do produto. O modo como se dá o proveito do consumidor é que varia. Assim, o valor de um *smartphone* estará cada vez menos na sua utilidade original de realizar ligações telefônicas e mais na capacidade de armazenamento de dados e aplicações de internet que permitem a realização de uma série de tarefas, com diferentes níveis de interação humana. No domínio da internet das Coisas, a tecnologia acoplada ao produto permite a execução de tarefas, e dessa funcionalidade retira seu valor. Há situações paradigmáticas, inclusive, quando o próprio fornecimento de um novo produto tende a depender da correta execução de uma funcionalidade associada a outro produto (ex. das impressoras 3D que produzem novos objetos). O mesmo se diga no tocante à aplicação da inteligência artificial, cujo principal aspecto distintivo diz respeito, justamente, à capacidade de atuação autônoma a partir de *software* para realização de tarefas (serviços) no interesse do usuário.

A relação entre a noção tradicional do produto, que oferece toda a sua utilidade ao consumidor após a tradição, pelo qual se transfere, usualmente, a propriedade e a posse, é alterada a partir desse novo paradigma tecnológico da sociedade da informação. A principal situação diz respeito aos produtos cuja utilidade suponha sua conexão a um determinado *software* oferecido pelo mesmo fornecedor ou por terceiro. Nesse caso, o produto adquirido pelo consumidor com tecnologia da internet das coisas ou de inteligência artificial, tem seu uso e fruição dependente do correto funcionamento do *software*, hipótese na qual, havendo falha no fornecimento deste, restringe-se sua utilidade, ou mesmo perde todo o valor. Isso pode dar causa à maior catividade do consumidor quando depende de uma licença de *software*, ou de sua atualização, inclusive implicando a transição do modelo de negócios com relação a “produtos inteligentes” do novo mercado de tecnologia da informação, da simples compra e venda de consumo tradicional para um

<sup>69</sup> MIRAGEM, Bruno. *Direito civil: direito das obrigações*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 165 e ss.

modelo de licenciamento,<sup>70</sup> exigindo uma relação continuada com o fornecedor para preservar a utilidade do bem.

A dependência do *software* que assegura a preservação da funcionalidade do produto, por outro lado, também pode submeter o consumidor à necessidade de constantes atualizações requeridas para que o produto ou serviço continue atendendo à finalidade original, ou mesmo acrescentando novos usos ao longo do tempo. Isso gera situações como: a) atualizações de *software* que podem modificar conteúdos já existentes ou requerer condições que o produto original não tenha capacidade de suportar (espaço de memória, por exemplo), acelerando sua obsolescência e estimulando a necessidade da aquisição de uma nova versão do produto pelo consumidor (obsolescência programada); e b) controle (e possibilidade de restrição) pelo fornecedor do *software*, de sua interoperabilidade com outras aplicações (especialmente de internet), expandindo sua posição dominante tanto no âmbito da relação de consumo como em matéria concorrencial com outros agentes econômicos; c) possibilidade de limitação das atualizações gratuitas a determinado período, passando a exigir remuneração específica, e em separado, para aquelas que sejam realizadas fora dessas condições; d) vinculação do produto a um serviço digital de manutenção do *software*, mediante cobrança de um valor específico para esse fim, o que pode, eventualmente, restringir a liberdade de escolha do consumidor, ao caracterizar prática abusiva de venda casada (art. 39, I, do CDC); e) oferta ao consumidor, na ocasião em que este realiza a compra do produto, de um pacote de serviços digitais que abranja as atualizações necessárias para preservar a funcionalidade ou segurança do produto por certo tempo, ou mesmo indefinidamente.

Outra questão diz respeito às situações em que a atualização do *software* de produtos da internet das coisas ou de inteligência artificial não seja uma escolha do consumidor, mas uma exigência para preservar a aplicação original do produto. Nessas situações, coloca-se em destaque a existência mesmo da informação prévia do consumidor, quando da aquisição do produto, sobre o caráter necessário dessas providências posteriores para preservar sua utilidade. Embora seja inequívoco que as atualizações, nesses casos, se dão no interesse do consumidor, uma vez que visam à preservação ou acréscimo de utilidade do produto, há consequências que podem ser indesejadas, como o comprometimento do espaço de armazenamento de dados do produto, a

<sup>70</sup> SCHAUBE, Renate. Interaktion von Mensch und Maschine: Haftungs- und immaterialgüterrechtliche Fragen bei eigenständigen Weiterentwicklungen autonomer Systeme. *Juristen Zeitung*, Tübingen, v. 72, issue 7, p. 342-349, 2017.

alteração do modo de apresentação dos comandos (modificação do menu de comando), além de novas formas de processamento e monitoramento de dados pessoais que podem ser adicionadas. Em geral, essas atualizações, quando impliquem alteração da oferta original, poderão ter que ser objeto de uma nova oferta ao consumidor, com as informações adequadas e claras, uma vez que nem sempre a oferta inicial, quando da aquisição do produto, é suficientemente precisa sobre os termos do relacionamento posterior entre consumidor e fornecedor.

Nesse particular, pergunta-se se a necessidade de atualização de *software* pode ser uma condição implícita da aquisição de um produto com tecnologia da internet das coisas ou de inteligência artificial. A rigor, embora seja razoável cogitar dessa possibilidade em contratos interempresariais, por exemplo, é difícil sustentar a mesma conclusão no âmbito do contrato de consumo, no qual a vulnerabilidade do consumidor é a regra. Nesse sentido, a necessidade de atualização do *software* e os termos em que será feita ao longo do tempo (em especial, a existência de custo para o consumidor) devem ser adequadamente informados quando da oferta do produto, sob pena de não obrigá-lo, nos termos do art. 46 do CDC, ou, ainda, gerar pretensão decorrente da frustração de expectativas legítimas que tenha acerca da utilização do produto.

Essa integração entre o produto com aplicação da internet das coisas, ou com inteligência artificial, e o *software* que lhe garante funcionalidade pode implicar não apenas a possibilidade de uso e fruição inerente à propriedade, mas também o poder de disposição (*ius abutendi*) do consumidor que o adquiriu. É o caso de produtos que dependam de *software* para conectividade, com acesso por intermédio de conta digital e/ou senha no *site* do fornecedor. Tal circunstância, como foi mencionada, aumenta a dependência do consumidor em relação ao fornecedor, que se torna protagonista não apenas ao longo da execução do contrato com o consumidor que primeiro o tenha adquirido, mas lhe dá poder mesmo nas situações em que este pretendá desfazer-se do produto após algum tempo de uso, revendendo-o a outra pessoa.<sup>71</sup> Isso porque, estando sua funcionalidade dependente dos serviços do fornecedor com acesso controlado por intermédio de conta digital e/ou senha, o produto somente será útil ao novo adquirente, se a ele for conferida a mesma possibilidade de acesso. Assim, por exemplo, se o produto só puder ser acionado por intermédio de um aplicativo de internet desenvolvido pelo fornecedor, o novo adquirente só conseguirá obter a utilidade esperada do produto na

<sup>71</sup> SCHAUBE, Renate. Interaktion von Mensch und Maschine cit., p. 408.

hipótese em que não tenha dificuldade para fazer o *download* e respectivo registro no aplicativo.<sup>72</sup>

As várias situações descritas permitem identificar que a adoção de tecnologia da internet das coisas ou de inteligência artificial em produtos, ao condicionar sua plena utilidade a uma atividade que deve ser prestada pelo próprio fabricante ou por outros fornecedores, determina uma relação indissociável com essa prestação de serviços.<sup>73</sup> Mais do que isso, resultam na conclusão de uma prevalência do serviço prestado com relação ao produto em si, considerando que dele se retira a utilidade esperada pelo consumidor.<sup>74</sup>

Respeitadas as características do produto e da tecnologia que lhe assegura a utilidade, deve ser marcado que, em face dessas implicações da internet das coisas e da inteligência artificial no fornecimento de produtos e serviços, a medida da tutela dos interesses legítimos do consumidor será dada prioritariamente pelos termos da oferta, quando da contratação. Dito de outro modo, sendo uma característica desses novos produtos sua dependência de serviços prestados pelo fornecedor, em caráter continuado ou não, os termos da oferta realizada se convertem no principal critério de aferição das expectativas legítimas do consumidor. Nesse sentido, será no momento da oferta que o fornecedor deverá informar sobre a existência do *software* acoplado, os requisitos para seu uso, eventual necessidade de sua atualização

<sup>72</sup> O exemplo da doutrina estrangeira é o do consumidor que adquire um sistema de irrigação inteligente para o jardim, com vida útil esperada de cerca de 15 anos. Para sua utilização requer-se o uso de um aplicativo de controle do fabricante, instalado em *smartphone*, bem como acesso *on-line* a uma conta de usuário pessoal no *site* do fabricante e a uma plataforma com dados meteorológicos operada por um terceiro. Dois anos depois, o consumidor original pretende revender o produto, mas o fabricante se recusa a configurar uma nova conta de usuário para o novo adquirente para permitir o *download* do aplicativo de controle, indicando que os direitos com relação ao uso do *software*, segundo seus termos de licença, não são transferíveis (SCHAUBE, Renate. *Interaktion von Mensch und Maschine*, cit., p. 409).

<sup>73</sup> TURNER, Jacob. *Robot rules: regulating artificial intelligence*. Cham: Palgrave MacMillan, 2019. p. 95-98.

<sup>74</sup> Vejam-se, nesse sentido, as considerações do estudo coordenado pela União Europeia, sobre o desafio de atualização da sua Diretiva 85/374/EEC, sobre responsabilidade do fornecedor pelo fato do produto, perante as exigências da economia digital: EUROPEAN UNION. *Evaluation of Council Directive 85/374/EEC on the approximation of laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning liability for defective products*. Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2018. p. 39.

e as respectivas condições, entre outras informações relevantes, nos termos do art. 31 do CDC. Será o atendimento ou não do dever de prestar informações corretas, claras, precisas, ostensivas, sobre características e qualidades do produto, que dará a medida da expectativa legítima do consumidor no tocante à sua utilização, em especial para efeito da vinculação do consumidor aos termos do contrato (art. 46 do CDC) e da responsabilidade do fornecedor (em especial, arts. 18 e 20 do CDC).<sup>75</sup> Quando for o caso, mesmo limitações decorrentes de lei (por exemplo, aquelas que resultem da legislação de proteção de direitos autorais sobre *software*) devem ser esclarecidas previamente ao consumidor, considerando, sobretudo, sua vulnerabilidade técnica e jurídica, para que possam incidir sem que o fornecedor responda pela violação do seu dever legal de informar. Eventuais restrições cabíveis, nesse caso, ao exercício do direito de propriedade do consumidor sobre o produto que adquiriu, colocam-se sob o crivo da proporcionalidade com relação ao atendimento às finalidades legitimamente esperadas. Não podem, em qualquer caso, implicar o sacrifício do direito (art. 51, § 1.º, I, do CDC), bem como devem respeitar a proibição de cláusulas que imponham condições excessivamente onerosas ao consumidor (art. 51, § 1.º, II, do CDC).

#### 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS: DO NECESSÁRIO DIÁLOGO DAS FONTES NA INTEPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DAS NORMAS AO CONSUMO DIGITAL

Já tivemos a oportunidade de afirmar que

(...) a proteção do consumidor, frente a este novo paradigma tecnológico, não reside exclusivamente nas normas do direito do consumidor, mas na compreensão destas em comum com outras legislações, como é o caso das atinentes à proteção de dados pessoais, à defesa da concorrência, ao processo civil, dentre outras.<sup>76</sup> Por outro lado, observa-se

<sup>75</sup> Assim, por exemplo, nada impede que se imponham limites quantitativos, como é o caso em que a licença de uso de um *software* ou de uma aplicação de internet diga respeito a sua utilização simultânea ou não em um determinado número de dispositivos (*hardwares*), desde que adequadamente informado ao consumidor no momento da oferta.

<sup>76</sup> Assim bem registra o relatório do Conselho de Especialistas em Direito do Consumidor (*Sachverständigenrat für Verbraucherfragen – SVRV*) do Ministério da Justiça e Defesa do Consumidor alemão publicado em: MICKLITZ, Hans-Wolfgang; REISCH, Lucia A.; JOOST, Gesche; ZANDER-HAYAT, Helga

também o surgimento de novas formas de distribuição de produtos e serviços, como a formação de cadeias complexas e a própria alteração de noções clássicas de propriedade sobre bens, de modo a enfatizar sua utilidade em contraposição a de simples domínio. Tudo o que reforça os deveres, do fornecedor, de informação e esclarecimento do consumidor nas relações de consumo que envolvam tais inovações.<sup>77</sup>

Se o objeto dos negócios jurídicos de consumo atuais não são as “coisas” simples, corporais ou imateriais, mas sim bens digitais ou serviços complexos envolvendo produtos inteligentes e *software*, a complexidade dessas prestações, do prometido e do esperado, transforma o sinalagma dessa relação de consumo e o que é a qualidade da prestação, no tempo e na sua totalidade. Assim, vários fenômenos devem ser destacados e analisados: totalidade, cooperação, equilíbrio e conexidade.<sup>78</sup>

Outros desafios se avistam, principalmente quanto ao consentimento, dados e fraudes,<sup>79</sup> e sobre novos tipos de publicidade e *marketing* que os cruzamentos do *big data* permitem, em especial a crescente publicidade infantil<sup>80</sup> na internet, os influenciadores<sup>81</sup> e as TVs addressáveis.

Um estudo<sup>82</sup> sobre a *Addressable TV*<sup>83</sup> demonstra que agora há um *omni-channel marketing*, que usa todas as telas e meios de comunicação (*cross-device*

---

(Hrsg.). *Verbraucherrecht 2.0: Verbraucher in der digitalen Welt*. Baden-Baden: Nomos, 2017. p. 9.

77. MIRAGEM, Bruno. Novo paradigma tecnológico, mercado de consumo digital e o direito do consumidor cit., p. 17-62.

78. MARQUES, Claudia Lima. Proposta de uma teoria geral dos serviços com base no Código de Defesa do Consumidor – A evolução das obrigações envolvendo serviços remunerados direta ou indiretamente cit., p. 79 e ss.

79. STJ, REsp 1.786.157/SP, 3.ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 03.09.2019, *DJe* 05.09.2019.

80. STJ, REsp 1.558.086/SP, 2.ª Turma, Rel. Min. Humberto Martins, j. 10.03.2016, *DJe* 15.04.2016. E, na doutrina, DIAS, Lucia Ancona Magalhães. *Publicidade e direito*. São Paulo: RT, 2011; e D'AQUINO, Lúcia Souza. *Criança e publicidade: hipervulnerabilidade?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

81. RIEFA, Christine; CLAUSEN, Laura. Towards Fairness in Digital Influencer' Marketing Practices cit., p. 64 e ss.

82. BERBER, Leyla Keser; ATABEY, Ayça. Addressable TV and Consent Sequencing. *Global Privacy Law Review*, Kluwer, v. I, Issue I, p. 14-38, 2020.

83. A definição de “Addressable TV” é a seguinte: “Addressable TV is a *method of delivering highly targeted advertising* to individual households in both live and

*media*), no chamado *cross-screen-approach*, pois é possível enviar publicidades “direcionadas” tanto nas telas móveis (celulares, *tablets*) e computadores em geral (*desktop*), conectadas à internet, às redes de TV a cabo e aos *streamings*, quanto nas TVs, as *smart TVs* (OTT) e as *on-line TVs* (OTV, TVs conectadas à internet, CTV), que permitem que cada “casa/TV/Tela” receba outra publicidade,<sup>84</sup> conforme os dados coletados pela própria TV e os outros produtos inteligentes e “IPs” daquela família, agora identificáveis geograficamente e pelo perfil (“profiling”) para o *marketing* direcionado, tudo com um só “consentimento sequencial”.<sup>85</sup>

Em outras palavras, há uma pluralidade de expectativas na prestação “inteligente” e no tempo, que precisará de um necessário diálogo entre essas fontes.<sup>86</sup> Em especial, o diálogo das fontes, do CDC, do Marco Civil da Internet, da Lei Geral de Proteção de Dados e da Lei do Cadastro Positivo deve se dar.<sup>87</sup> O CDC, editado em 1990, que considera que qualquer regra específica sobre a internet deve ser a regra principal. Daí a importância de sua atualização – em especial do Projeto de Lei 3.514/2015 –, com a inclusão de novo capítulo sobre comércio eletrônico, bem como do aperfeiçoamento das disposições sobre práticas abusivas no mundo digital, e a previsão de

---

playback modes. Ads are delivered through cable, satellite and Internet Protocol TV (IPTV) delivery systems and set-top boxes” (Disponível em: [www.eyeviedigital.com/blog/addressable-tv-watching-future-television/](http://www.eyeviedigital.com/blog/addressable-tv-watching-future-television/). Acesso em: 2 mar. 2020).

<sup>84</sup> Veja a informação da Google: “Addressable TV advertising is the ability to show different ads to different households while they are watching the same program. With the help of addressable advertising, advertisers can move beyond large-scale traditional TV ad buys, to focus on relevance and impact” (Disponível em: <https://www.thinkwithgoogle.com/marketing-resources/addressable-tv-advertising-personal-video-experience/>. Acesso em: 2 mar. 2020).

<sup>85</sup> O estudo realizado na Turquia conclui pela necessidade de adaptar o consentimento a esse “ecosistema” de dados e também na TV *addressable* incluir formas de “trocar” o perfil para “família” (*Switch In Family*) ou crianças (*Switch in Child*), pois são telas “familiares”, e não individuais: BERBER, Leyla Keser; ATABEY, Ayça. *Addressable TV and Consent Sequencing* cit., p. 38.

<sup>86</sup> KLEE, Antônia Espíndola Longoni; MARQUES, Claudia Lima. Os direitos do consumidor e a regulamentação do uso da internet no Brasil: convergência no direito às informações claras e completas nos contratos de prestação de serviços de internet cit., p. 469-517. Igualmente: BESSA, Leonardo Roscoe. *Cadastro positivo: comentários à Lei 12.414, de 09 de junho de 2011* cit.; e MENDES, Laura Schertel. O diálogo entre o Marco Civil da Internet e o Código de Defesa do Consumidor cit., p. 255 e ss.

<sup>87</sup> MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor* cit., 8. ed., p. 153 e ss.

regras sobre a aplicação da lei brasileira ao comércio eletrônico internacional de consumo (por intermédio da alteração do art. 9.º da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB), mais adequado às características do consumo atual e ao novo turismo de massas.

Nos mesmos termos, destaca-se a utilidade do método do diálogo das fontes nesses tempos de simbioses tecnológicas, de complexidade de casos e da multiplicidade legislativa de diferentes aspectos dessas novas tecnologias. Saberá a jurisprudência brasileira, e em especial o Superior Tribunal de Justiça, iluminado pela sabedoria e exemplo de seus juízes atuais e de saudosos Ministros como Sálvio de Figueiredo Teixeira e Ruy Rosado de Aguiar Jr., decifrar os novos enigmas desta era dominada pelas novas tecnologias, permeando humanismo e técnica para assegurar a efetividade dos direitos dos consumidores brasileiros.

## REFERÊNCIAS

- ADAM, Leonie; MICKLITZ, Hans-W. Verbraucher und Online-Plattformen. In: MICKLITZ, Hans-Wolfgang; REISCH, Lucia A.; JOOST, Gesche; ZANDER-HAYAT, Helga (Hrsg.). *Verbraucherrecht 2.0: Verbraucher in der digitalen Welt*. Baden-Baden: Nomos, 2017.
- AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. A boa-fé na relação de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 14, p. 20-27, abr. 1995.
- ALPAIDYN, Ethem. *Machine learning*. Cambridge: MIT, 2016.
- ANDRIGHI, Fátima Nancy. Cláusulas gerais e a proteção da pessoa. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). *Direito civil contemporâneo*. São Paulo: Atlas, 2008.
- BAUDRILLARD, Jean. *La société de consommation*. Paris: Denoël, 1970.
- BAUDRILLARD, Jean. *Tela total*. Tradução Juremir Machado da Silva. 5. ed. Porto Alegre: Sulina, 2011 (1997).
- BENJAMIN, Antônio Herman et al. *Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Forense, 2007.
- BERBER, Leyla Keser; ATABEY, Ayça. Addressable TV and Consent Sequencing. *Global Privacy Law Review*, Kluwer, v. I, Issue I, p. 14-38, 2020.
- BESSA, Leonardo Roscoe. *Cadastro positivo: comentários à Lei 12.414, de 09 de junho de 2011*. São Paulo: RT, 2014.
- BUSCH, Christoph. Wandlungen des Verbrauchervertragsrecht auf dem Weg zum digitalen Binnenmarkt. In: ARTZ, Markus; GSELL, Beate

- (Hrsg.). *Verbrauchervertragsrecht und digitaler Binnenmarkt*. Tübingen: Mohr, 2018.
- CHRISTENSEN, Clayton M. *The innovator's dilemma*. Boston: Harvard Business School Press, 1997.
- CHRISTENSEN, Clayton M.; RAYNOR, M.; MCDONALD, R. What is disruptive innovation? *Harvard Business Review*, p. 1-11, Dec. 2015.
- D'AQUINO, Lúcia Souza. *Criança e publicidade: hipervulnerabilidade?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.
- DIAS, Lucia Ancona Magalhães. *Publicidade e direito*. São Paulo: RT, 2011.
- EUROPEAN UNION. Evaluation of Council Directive 85/374/EEC on the approximation of laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning liability for defective products. Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2018.
- GOBBLE, MaryAnne M. The case against disruptive innovation. *Research-Technology Management*, v. 58, n. 1, p. 59-61, 2015.
- GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- HAN, Byung-Chul. *No exame: reflexões sobre o digital*. Tradução Miguel Serras Pereira. Antropos: Lisboa, 2016.
- KENNEY, Martin; ZYSMAN, John. The Rise of the Platform Economy. *Issues*, v. XXXII, n. 3, Spring 2016. Disponível em: <https://issues.org/the-rise-of-the-platform-economy/>. Acesso em: 15 abr. 2020.
- KLEE, Antônia Espíndola Longoni. *Comércio eletrônico*. São Paulo: RT, 2014.
- KLEE, Antônia Espíndola Longoni; MARQUES, Claudia Lima. Os direitos do consumidor e a regulamentação do uso da internet no Brasil: convergência no direito às informações claras e completas nos contratos de prestação de serviços de internet. In: SALOMÃO, George; LEMOS, Ronaldo (coord.). *Marco Civil da Internet*. São Paulo: Atlas, 2014.
- LATOUCHE, Serge. *Sortir de la société de consommation*. Paris: LLL, 2010.
- LEVY, Pierre. As tecnologias da inteligência. Tradução Carlos da Costa. Rio de Janeiro: Ed. 34, 1993.
- LIMA, Cíntia Rosa P. A responsabilidade civil dos provedores de aplicação de internet por conteúdo gerado por terceiro antes e depois do Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/14). *Revista da Faculdade de Direito (USP)*, v. 110, p. 155-176, 2015.
- MARQUES, Claudia Lima. A nova noção de fornecedor no consumo compartilhado: um estudo sobre as correlações do pluralismo contratual

- e o acesso ao consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 111, p. 247-268, maio/jun. 2017.
- MARQUES, Claudia Lima. Art. 3.º. In: MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: RT, 2019.
- MARQUES, Claudia Lima. *Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico*. São Paulo: RT, 2004.
- MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 8. ed. São Paulo: RT, 2019.
- MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 9. ed. São Paulo: RT, 2019.
- MARQUES, Claudia Lima. Proposta de uma teoria geral dos serviços com base no Código de Defesa do Consumidor – A evolução das obrigações envolvendo serviços remunerados direta ou indiretamente. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 33, p. 79-122, 2000.
- MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. Economia do compartilhamento deve respeitar os direitos do consumidor. 2015. Disponível em: [www.conjur.com.br/2015-dez-23/garantias-consumo-economia-compartilhamento-respeitar-direitos-consumidor](http://www.conjur.com.br/2015-dez-23/garantias-consumo-economia-compartilhamento-respeitar-direitos-consumidor). Acesso em: 9 jun. 2017.
- MELLER-HANNICH, Caroline. Economia compartilhada e proteção do consumidor. In: MARQUES, Claudia Lima (coord.). *Direito privado e desenvolvimento econômico: estudos da Associação Luso-Alemã de Juristas (DLJV) e da Rede Alemanha-Brasil de Pesquisas em Direito do Consumidor*. São Paulo: RT, 2019.
- MELLER-HANNICH, Caroline. *Wandel der Verbraucherrollen: Das Recht der Verbraucher und Prosumer in der Sharing Economy*. Berlin: Duncker & Humbolt, 2019.
- MENDES, Laura Schertel. O diálogo entre o Marco Civil da Internet e o Código de Defesa do Consumidor. In: MARQUES, Claudia Lima (coord.) *Direito privado e desenvolvimento econômico: estudos da Associação Luso-Alemã de Juristas (DLJV) e da Rede Alemanha-Brasil de Pesquisas em Direito do Consumidor*. São Paulo: RT, 2019.
- MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo. Reflexões iniciais sobre a nova Lei Geral de Proteção de Dados. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 27, n. 120, p. 469-483, nov./dez. 2018.

- MICKLITZ, Hans-Wolfgang; REISCH, Lucia A.; JOOST, Gesche; ZANDER-HAYAT, Helga (Hrsg.). *Verbraucherrecht 2.0: Verbraucher in der digitalen Welt*. Baden-Baden: Nomos, 2017.
- MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 5. ed. São Paulo: RT, 2014.
- MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 8. ed. São Paulo: RT, 2019.
- MIRAGEM, Bruno. *Direito civil: direito das obrigações*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- MIRAGEM, Bruno. Novo paradigma tecnológico, mercado de consumo digital e o direito do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 125, p. 17-62, set./out. 2019.
- MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Contratos conexos: grupos y redes de contratos*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 1999.
- MUCELIN, Guilherme. Influências do Mercosul na proteção do consumidor no comércio eletrônico no Brasil: comentários acerca de conteúdos normativos do Decreto n. 7.962/2013 e do Decreto n. 10.271/2020. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 129, 2020.
- MUCELIN, Guilherme. Peers Inc.: a nova estrutura da relação de consumo na economia do compartilhamento. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 118, p. 77-126, jul./ago. 2018.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Atualização Bruno Miragem. São Paulo: RT, 2012. v. 46.
- RIEFA, Christine. Beyond e-commerce: some thoughts on regulating the disruptive effect of social (media) commerce. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 128, 2020.
- RIEFA, Christine; CLAUSEN, Laura. Towards Fairness in Digital Influencer' Marketing Practices. *EuCML – Journal of European Consumer and Market Law*, v. 2, p. 64-74, 2019.
- SALOMÃO, Luis Felipe; TARTUCE, Flávio (org.). *Direito civil: diálogos entre a doutrina e a jurisprudência*, São Paulo: Atlas, 2018.
- SANSEVERINO, Paulo de Tarso Viera. *Princípio da reparação integral*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- SANTOS, Éverton Neves dos; SANTIAGO, Mariana Ribeiro. O consumo colaborativo no uso das moedas sociais pelos bancos comunitários de desenvolvimento: possibilidades contra-hegemônicas. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 27, n. 118, p. 127-149, jul./ago. 2018.
- SCHAUBE, Renate. Interaktion von Mensch und Maschine: Haftungs- und immaterialgüterrechtliche Fragen bei eigenständigen Weiterentwicklungen

- autonomer Systeme. *Juristen Zeitung*, Tübingen, v. 72, issue 7, p. 342-349, 2017.
- SCHWEITZER, Heike. Digitale Plattformen als private Gesetzgeber: ein Perspektivwechsel für die europäische "Plattform-Regulierung". *ZEUP*, v. 1, p. 1-12, 2019.
- TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- TEUBNER, Gunther. Digitale Rechtssubjekte. *Archiv des Civilistische Praxis - AcP*, v. 218, 2018.
- THE OBSERVER. Tech monthly: sharing economy: world of sharing, 12 out. 2014.
- TURNER, Jacob. *Robot rules: regulating artificial intelligence*. Cham: Palgrave MacMillan, 2019.

MIRAGEM, B. N. B.; MARQUES, C. L. . Desafios do Superior Tribunal de Justiça e o futuro do Direito do Consumidor no Brasil: o consumo digital. In: Luis Felipe Salomão; Flávio Tartuce. (Org.). Direito Civil: diálogos entre a doutrina e a jurisprudência. 1ed.São Paulo: Atlas, 2021, v. 2, p. 479-512.  
ISBN: 9788597026047.