

O DIREITO E AS NOVAS TECNOLOGIAS: VISÃO CONTEMPORÂNEA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA SOBRE O “DIREITO DE ARREPENDIMENTO” NO COMÉRCIO ELETRÔNICO

Danilo Leme Crespo

RESUMO: Desde os idos da Revolução Industrial, ocorrida entre os séculos XVIII e XIX, Karl Marx já fazia contundentes críticas às disparidades do sistema capitalista. Em linhas gerais, ele partia do pressuposto de que a busca incessante de lucro pela burguesia jamais poderia se sobrepor ao saudável desenvolvimento da personalidade humana da classe menos favorecida. Muitos anos se passaram e, de lá para cá, continua se vendo a massificação desenfreada de produtos e o oferecimento desordenado de serviços, no que hoje se denomina “sociedade de consumo”. A variedade de ofertas, a publicidade agressiva e o próprio avanço tecnológico, ferramentas que potencializam a atuação do fornecedor, são verdadeiros reflexos daquilo que se temia num passado nem tão longínquo: a vulnerabilidade econômica e intelectual do consumidor. E se tal aspecto ainda é uma lamentável realidade, o Direito, embora tardio, não poderia ficar alheio a esta circunstância. Daí porque o Código de Defesa do Consumidor brasileiro trouxe inúmeros instrumentos de proteção contratual para equilibrar a relação jurídica de consumo, dentre os quais está inserido o “direito de arrependimento”, de aplicação obrigatória aos produtos e serviços adquiridos por meio do “comércio eletrônico”, tema central do estudo que ora se apresenta. Se, por um lado, o “comércio eletrônico” é um verdadeiro facilitador do processo aquisitivo, por outro deve propiciar segurança jurídica ao consumidor, prevenindo litígios e garantindo o bem-estar social. Mais do que apontar a posição de juristas renomados, este trabalho busca demonstrar, de forma empírica, a evolução e estandardização do Direito, aqui retratada pela visão contemporânea do Judiciário sobre um instituto que sempre gerou a inquietação dos fornecedores, agora também aplicado às novas tecnologias. Para tanto, se trará o resultado de minuciosa análise empírica de 1.419 Acórdãos proferidos, desde o ano 2000, pelo Tribunal de Justiça de São Paulo e Superior Tribunal de Justiça, os quais abordaram, direta ou indiretamente, em maior ou menor medida, o “direito de arrependimento”.

PALAVRAS-CHAVE: Direito do Consumidor – Direito de Arrependimento – Comércio Eletrônico – Novas Tecnologias

THE LAW AND MODERN TECHNOLOGIES: CONTEMPORARY VISION OF THE JUSTICE COURT OF SÃO PAULO AND THE SUPERIOR JUSTICE COURT ABOUT THE "RIGHT OF REPENTANCE" IN ELECTRONIC COMMERCE

ABSTRACT: Since the Industrial Revolution, between the eighteenth and nineteenth centuries, Karl Marx was already making strong criticisms of the disparities of the capitalist system. Generally speaking, he assumes that the ceaseless pursuit of profit by bourgeoisie could never override the healthy development of the human personality of the less favored class. Many years have passed, and since then we continue to see the unruly massification of products and the disorderly offering of services, what is now called the "consumer society." The variety of offers, aggressive advertising and the technological advance itself, tools that increase the performance of the supplier, are true reflections of what was feared in the past not so long ago: the economic and intellectual vulnerability of the consumer. And if that aspect is still an unfortunate reality, the Law, although late, could not be oblivious to this circumstance. That is why the Brazilian Consumer Protection Code has brought numerous instruments of contractual protection to balance the legal relationship of consumption, among which is inserted the "right of repentance", what is the mandatory application to products and services acquired through "electronic commerce", that is the central theme of the present study. If, on the one hand, "electronic commerce" is a true facilitator of the purchasing process, on the other hand it should provide legal certainty to the consumer, preventing litigation and ensuring social welfare. More than pointing out the position of renowned jurists, this paper seeks to demonstrate, in an empirical way, the evolution and standardization of Law, here it is portrayed by the contemporary view of the Judiciary over an institute that has always generated the restlessness of suppliers, now also applied to modern technologies. Therefore, the results of a detailed empirical analysis of 1.419 concluded judgments since 2000 by the Court of Justice of São Paulo and the Superior Court of Justice, which directly or indirectly addressed, to a greater or lesser extent, the " Right of repentance. " .

KEY WORDS: Consumer Rights - Right of Repentance - Electronic Commerce - Modern technologies

SUMÁRIO

1 - INTRODUÇÃO	04
2 - BREVE ESCORÇO HISTÓRICO SOBRE O TEMA	07
2.1 - História do “direito de arrependimento” na Europa, Estados Unidos e América d Sul.....	07
2.2 - Evolução história do “direito de arrependimento no Brasil.....	09
3 - DA VISÃO DOUTRINÁRIA SOBRE O DIREITO DE ARREPENDIMENTO	14
3.1 - Considerações iniciais e previsões legais.....	14
3.2 - Relevância e natureza jurídica do “direito de arrependimento”.....	15
3.3 - Alcance da norma – rol meramente exemplificativo.....	19
3.4 - Aplicação do “direito de arrependimento” ao “comércio eletrônico”.....	20
3.5 - Requisitos para concessão do “direito de arrependimento”.....	23
4 - A JUSTIÇA E O DIREITO DE ARREPENDIMENTO- ESTUDO DE DECISÕES	26
4.1 - Justificativas.....	26
4.2 - Critérios de pesquisa.....	27
4.3 - Coleta de dados e abrangência geográfica dos Tribunais pesquisados.....	27
4.4 - Termos utilizados na busca e natureza das decisões.....	29
4.5 - Total de decisões pesquisadas e limites temporais.....	29
4.6 - Requisitos analisados nas decisões.....	30
5 - DOS RESULTADOS DA PESQUISA	31
5.1 - Aspectos gerais.....	31
5.2 - Aspectos específicos.....	39
6 - DO PROJETO DE LEI 281/12 PARA ALTERAÇÃO DO CDC	44
7 - CONCLUSÃO	46
8 - REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	49

1 - INTRODUÇÃO

Sabe-se que o “direito de arrependimento”, tal como conhecido hoje, foi uma importante inovação trazida pelo Código de Defesa do Consumidor no início da década de 90. Também não se desconhece que o referido instituto está previsto num único dispositivo legal, notadamente o artigo 49 da legislação consumerista, complementado pelo seu parágrafo único.

No entanto, embora seu período de maturação legislativa pareça hábil a eliminar dúvidas interpretativas, a matéria sempre foi bastante complexa, sobretudo quando se busca, na prática, aplica-la a um novo mecanismo de venda (espécie virtual de estabelecimento), totalmente tecnológico e que sequer poderia ser previsto na época da promulgação do Código de Defesa do Consumidor.

Ao contrário do que sugere a simplicidade hermenêutica trazida pelo artigo 49 do Código de Defesa do Consumidor, o reconhecimento do “direito de arrependimento” depende da profunda, detida e criteriosa análise do caso concreto, visto tratar-se de “norma aberta”, modalidade que reclama a efetiva atuação do Juiz.

Não se pretende efetuar, neste trabalho, qualquer juízo axiológico sobre a opção do legislador por “cláusula geral” ou “específica”, tema extremamente controvertido e que não encontra, até hoje, consenso doutrinário. Ao que parece, a escolha levou em conta a possibilidade de modulação da norma aos novos problemas, seja por simples complementação legislativa ou, ainda, pela aplicação da atividade judiciária.

É certo que a “interpretação abrangente” criada pelo alargamento da norma pode gerar incerteza, desconfiança ou insegurança, mas estreitar demasiadamente a aplicação, em determinadas situações, também não elimina o trabalho árduo da jurisprudência.

Basta verificar, nesse aspecto, as inúmeras e divergentes correntes sobre o alcance do conceito de consumidor existentes em nosso país, mesmo tendo havido, curiosamente, a tentativa do legislador de incluir na lei uma definição única e específica.

Seja como for, a técnica legislativa escolhida impõe ao aplicador a função de adequar a “lei abstrata” ao caso concreto, de forma una e particularizada. Os parâmetros valorativos e interpretativos e a sistematização normativa definirão os critérios para que o Magistrado aplique a justiça da forma que melhor lhe aprouver.

Sendo assim, a análise do “direito de arrependimento” no “comércio eletrônico” não poderia alcançar apenas a doutrina, pois, como demonstrado acima, é o Judiciário quem define se o consumidor terá (ou não) a possibilidade de desfazer o negócio entabulado, de acordo com seu livre convencimento.

Essencial, portanto, saber o entendimento jurisprudencial sobre a natureza, o cabimento, as nuances e os reflexos do “direito de arrependimento”. Para tanto, se utilizou, aqui, do acervo do Tribunal de Justiça de São Paulo e do Superior Tribunal de Justiça, cuja pesquisa englobou todas as decisões proferidas sobre a matéria nos últimos 15 anos.

Somente um trabalho empírico poderia tentar buscar respostas convincentes aos inúmeros questionamentos que insistem em desafiar os juristas nestes 25 anos.

Qual o limite de cabimento do “direito de arrependimento”? O artigo 49 perfaz rol taxativo ou exemplificativo? Como se dá a contagem do “prazo de reflexão”? Quais os critérios utilizados para definir o termo “fora do estabelecimento comercial”? Seria possível a extensão do benefício às contratações pela “internet”? A publicidade “agressiva” possibilitaria o desfazimento do negócio, mesmo se a compra tiver ocorrido de forma pessoal? A ausência de contato físico com o produto ou de estreito conhecimento do serviço possibilitariam, por si só, a denúncia do contrato? Como se dá a devolução das quantias pagas?

Note-se que as dúvidas são intrigantes e que os parâmetros fornecidos pelo legislador estão longe de solucionar a controvérsia. A lei traça, na medida possível, um ponto de partida para concessão do “direito do arrependimento”, mas é o Judiciário quem fica encarregado da criteriosa avaliação casuística.

Ou seja, o instituto somente terá lugar se o Magistrado entender presentes, no caso particular, todos os requisitos aplicáveis à espécie, observadas as particularidades e exceções que autorizariam, quando couber, a intervenção judicial com base na interpretação extensiva do artigo 49 do Código de Defesa do Consumidor, conforme se verá em momento oportuno.

Por ora, basta ter em mente que a finalidade do “direito de arrependimento” é resguardar o consumidor de técnicas de vendas e abordagens incisivas que interfiram em

seu discernimento, seduzindo-o e propiciando a compra por impulso, desnecessária, inconveniente e/ou inadequada.

Estabelecidas estas premissas iniciais, o presente trabalho trará, inicialmente, um breve esboço histórico sobre o “direito de arrependimento”, abordando seus registros legislativos no Brasil e, ainda, comparando sua aplicação com alguns países da Europa, América do Sul e também com os Estados Unidos.

Em seguida, serão abordados os posicionamentos doutrinários sobre o tema, dentre eles a previsão legal, a natureza jurídica, a relevância, o alcance da norma e as demais considerações pertinentes, principalmente no tocante à aplicação do instituto no comércio eletrônico, buscando facilitar, num segundo momento, a compreensão da própria pesquisa empírica.

Por último, se explorará as estatísticas, os indicadores e as conclusões extraídas do estudo dos Acórdãos proferidos pelo Tribunal de Justiça de São Paulo e Superior Tribunal de Justiça, em absoluto respeito à integridade dos conteúdos originais, confrontando-os com a doutrina a fim de que se possa responder, na visão da Corte Estadual, as diversas indagações inicialmente realizadas e quem sabe preencher, em complemento, uma grande lacuna de cunho acadêmico-investigatório.

2 - BREVE ESCORÇO HISTÓRIO SOBRE O TEMA

2.1 – Síntese histórica do “direito de arrependimento” na Europa, Estados Unidos e América do Sul

A maioria dos cidadãos brasileiros se dedica pouco ou quase nada ao estudo da História, menos ainda da História do Direito, de conhecimento restrito até mesmo aos profissionais da área.

O alerta, de extrema relevância, não é nenhuma novidade, lamentavelmente. Se em determinadas áreas a História pode ser tida como mera coadjuvante, no Direito ela possui enorme relevância, quer porque evidencia as transformações, quer porque demonstra que nenhuma mudança é espontânea ou natural ou, ainda, porque estabelece uma dialética hábil a possibilitar a compreensão da realidade do ordenamento jurídico atual.

Não se busca, evidentemente, retroagir à época da Mesopotâmia, Direito Romano ou Napoleônico, o que deixaria a leitura cansativa e desvirtuaria o foco central deste trabalho. Todavia, pelo estudo do passado, neste caso nem tão distante, se pode compreender as regras de povos antecessores e sua ligação com a sociedade que a produziu, para que assim o nosso direito seja compreendido¹.

A propósito, seria ingenuidade acreditar que a lei se antecipa aos fatos². Ao contrário, ela nasce de acontecimentos reiterados e do anseio da própria sociedade, daí porque a análise histórica, invariavelmente, é fonte agregadora de conhecimento.

Relativamente ao “direito de arrependimento”, é certo dizer que sua integração na legislação brasileira se deu por influência dos países integrantes da União Europeia e de forma pioneira na legislação da França, Alemanha e Estados Unidos³.

Os primeiros sinais de venda à distância datam do século XIX, com as “vendas por correspondência” através de oferta de catálogos e prospectos, podendo o consumidor realizar suas encomendas pela via postal. Logo em seguida, surgiu nos Estados Unidos a

¹ CASTRO, Flávia Lages de. História do Direito Geral e Brasil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 05

² SODRÉ, Marcelo Gomes. A Construção do Direito do Consumidor. Um estudo sobre as origens das leis principiológicas de defesa do consumidor. São Paulo: Atlas, 2009. p. 26

³ MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman; MIRAGEM, Bruno. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 602

chamada venda de “porta-a-porta”, por meio da qual os fornecedores abordavam os consumidores em suas residências ou local de trabalho, a fim de propiciar maior comodidade na relação de consumo⁴.

Na Europa, igualmente, o volume de contratos originados por esta técnica era grande, o que levou a doutrina a defender a necessidade de uma disciplina específica para esta modalidade, tendo em conta suas peculiaridades.

Já na década de 70, calculava-se que 35% das vendas ao consumidor nos Estados Unidos tratava-se de “*vendas door-to-door*”⁵. A partir de então, a evolução tecnológica propiciou a criação de inúmeros instrumentos de ofertas pelos fornecedores de produtos e serviços, e aí se inclui, principalmente, o telefone, o telemarketing e a própria internet, cada vez mais utilizados nos dias atuais.

Na América do Sul⁶, tanto as formas de venda como a própria legislação sofreram forte influência americana e europeia, cuja diferença básica repousa, no que toca ao aspecto normativo, apenas nos prazos preestabelecidos e no marco de sua respectiva contagem.

Abaixo, quadro sinóptico que elenca os principais países que já regulamentaram o direito de arrependimento; a identificação da lei; o prazo para o “exercício de reflexão” e seu respectivo cômputo inicial:

EUROPA, ESTADOS UNIDOS E AMÉRICA DO SUL⁷			
País	Identificação da Lei	Prazo para Reflexão	Início do Prazo
França	72-1.137/72	7 dias úteis	Proposta de Compra ou aceitação

⁴ SWARG, Vinicius Simony. O Direito de Arrependimento no Código de Proteção e Defesa do Consumidor. São Paulo, 2010. 19 p. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito das Relações Sociais, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2010.

⁵ MARQUES, Claudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 704, apud ALVES, Fabrício da Mota. O direito de arrependimento do consumidor: exceções à regra e necessidade de evolução legislativa no Brasil. Jus Navigandi, Teresina, 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/9605>>. Acesso em: 20.11.2015

⁶ Demais informações sobre a existência de regulamentação de contrato à distância nos países da América do Sul pode ser obtida no Mapa Geopolítico elaborado pelo Ministério da Justiça. Disponível em <<http://portal.mj.gov.br>>, Acesso em: 20.11.2015

⁷ SWARG, Vinicius Simony, op. cit., p. 21 et. seq.

Alemanha	Regulamentação de 1976 e BGB (2001)	7, 14, 30 ou 180 dias ⁸	Compra (condição suspensiva)
Portugal	Decretos 359/91 e 143/01 e 95/06	7 (359/91) e 14 dias	Assinatura e Recebimento
Espanha	Lei Civil	7 dias	Prestação de informação pelo fornecedor
Estados Unidos	Truth in Lending Act	3 dias ⁹	Compra
Argentina	24.240/93	10 dias	Compra
Paraguai	1.334/98	7 dias	Compra
Uruguai	17.250	5 dias	Formação do Contrato ou Entrega

Em relação aos estados-membros da União Europeia, exclusivamente, o “direito de arrependimento” também é regulamentado pela Diretiva 85/577/CEE; a venda a distância foi influenciada pela Diretiva 97/7/CE; o regime de serviços financeiros pela Diretiva 2002/65/CE e; por fim, as regras gerais de multipropriedade ou “*time sharing*” sofreram interferência da Diretiva 94/47/CE, todas ligadas, direta ou indiretamente, ao presente trabalho.

Superada a questão do direito comparado, abordada de forma sucinta somente para situar o leitor no tempo, passa-se à evolução histórica do “direito do arrependimento” no Brasil, desde o Código Civil de 1916 até o atual Código de Defesa do Consumidor, descrevendo, em relação a este último, a cronologia legislativa (emendas e alteração de redação) no Congresso Nacional até a sua efetiva promulgação.

2.2 - Da evolução histórica do “direito de arrependimento” no Brasil

Conquanto o trabalho que ora se propõe esteja voltado ao “direito de arrependimento” no Código de Defesa do Consumidor, oportuno esmiuçar, antes, os

⁸ MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais. 4º ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 707

⁹ <<http://leonardi.adv.br/2011/02/produtos-e-servicos-digitais-e-direito-de-arrependimento>>, Acesso em: 20.11.2015

registros históricos da matéria no Código Civil de 1916, que inaugurou o instituto no Brasil.

Primeiramente, o “direito de arrependimento” previsto nas legislações civil e consumerista não se confundem, pois guardam particularidades distintas, o que pode ser verificado pelo próprio conteúdo literal das normas. O Código Civil de 1916 tratou da matéria nos seus artigos 1088 e 1095, ao passo que o Código Civil de 2002 abordou o tema nos artigos 420, 463, 725 e 1417.

Da leitura atenta de tais dispositivos se conclui, de início, que a previsão de “direito de arrependimento”, nos contratos em geral (artigos 1088 e 1095 do CC/16 e 420 e 463 do CC/02), tem caráter prévio, bilateral e há de ser acordada de forma expressa.

A diferença básica entre eles é que o Código Civil anterior garantia o pagamento de perdas e danos (artigo 1088) e a restituição em dobro das arras (artigo 1095) em caso de desfazimento do negócio por arrependimento das partes. O Código Civil atual, nas mesmas situações, veda a indenização complementar (artigo 420). Por outro lado, garante o pagamento de comissão ao corretor (artigo 725) e o direito real de aquisição de imóvel ao promitente comprador que registrou o instrumento de negociação no cartório (artigo 1417).

Ao contrário da legislação consumerista, em qualquer hipótese a parte arrependida sofre uma penalização pecuniária, quer em caráter indenitário ou, ainda, de simples perda das arras. Além disso, desnecessária a fixação de “prazo de reflexão”, já que a relação jurídica surte efeito a partir da data em que o negócio se efetivou.

No Código de Defesa do Consumidor os reflexos são distintos. Nenhuma consequência econômica recairá sobre o consumidor se ele, no prazo de 7 dias¹⁰ a contar da assinatura do contrato ou do recebimento do produto o serviço, formalizar seu arrependimento, desde que o pacto tenha sido realizado fora do estabelecimento ou, se pessoalmente, houver a configuração de qualquer exceção que autorize a interpretação extensiva do artigo 49 do Código de Defesa do Consumidor, tal como “*time sharing*”,

¹⁰ No Estado de São Paulo, para as compras realizadas por *callcenter* ou qualquer outro tipo de venda a distância, a Lei 14.516/11 prevê um “prazo de reflexão” de 7 dias úteis (artigo 1º, §2º), a contar do recebimento do contrato.

marketing agressivo e/ou outras possibilidades que serão, conjuntamente, tratadas mais adiante.

De fato, o Código Civil foi precursor no reconhecimento do “direito de arrependimento”, mas a proteção trazida pelo Código de Defesa do Consumidor é inovadora, muito mais completa e efetiva, seja do ponto de vista jurídico ou financeiro.

Se, no Código Civil, os efeitos se equivalem - mesmo que indiretamente - aos da rescisão contratual, no Código de Defesa do Consumidor o “prazo de reflexão” funciona, a depender do ponto de vista, como uma condição suspensiva, uma condição resolutiva ou até mesmo uma denúncia vazia, sem qualquer tipo de ônus à parte que optou por encerrar a avença.

A respeito, vale dizer que houve, quando da avaliação do projeto de lei que se transformou posteriormente no Código de Defesa do Consumidor, intensa resistência dos próprios parlamentares sobre os desdobramentos oriundos do “direito de arrependimento”.

Esta iniciativa de inclusão do “direito de arrependimento” na legislação consumerista partiu do Senador Jorge Elif Neto, que na primeira reunião do Conselho Nacional se manifestou da seguinte forma¹¹:

“(…) muitas vezes o consumidor não tem acesso ao bem. Só quando ele recebe é que ele fica sabendo se aquilo é satisfatório ou não. Então, nessa hipótese, o consumidor pode desistir do contrato no prazo de sete dias úteis, contados da sua assinatura ou recebimento do bem ou serviço, sempre que a contratação ocorrer fora do estabelecimento comercial, especialmente por telefone ou reembolso postal”

Em função disso, o Projeto de Lei n. 97¹², que inaugurou os trabalhos, trouxe o “direito de arrependimento estampado no artigo 30 (capítulos de práticas comerciais; seção da oferta e publicidade).

¹¹ <<http://portal.mj.gov.br>> Ata da 1ª. Reunião, Acesso em: 20.11.2015

¹² <<http://portal.mj.gov.br>> Projeto de Lei Inicial 97, Acesso em: 20.11.2015

Por meio da “Emenda 25”, de Julho/89¹³, o Senador Odacir Soares sugeriu que se incluísse no parágrafo primeiro do artigo 30 a expressão “*descontadas as despesas efetuadas pelo fornecedor, produtor ou prestador de serviços*”. A justificação se baseou no argumento abaixo:

“o pedido realizado junto ao fornecedor implica uma série de despesas, como o pagamento de impostos, frete e armazenagem, dentre outras. Se o texto legal tem como objetivo proteger o consumidor, não pode, por outro lado, punir, além do justo, o fornecedor, sob pena de inviabilizar as formas de contrato especificadas no artigo 30”

De forma ainda mais contundente, o Deputado Gerson Feres, em Junho/90, pleiteou, através da “Emenda 42”¹⁴, a supressão integral do referido artigo, notadamente o caput e seus parágrafos. Justificou:

“o dispositivo que se pretende suprimir abala a estabilidade das relações contratuais, pois faculta ao consumidor, assinado o contrato, recebido o produto ou serviço, desistir do negócio jurídico que concluiu sem que argua vício de qualquer natureza... o direito admite cláusula de arrependimento... porém livremente pactuado pelas partes. Na espécie, institui-se negócio de compra e venda sujeito à reflexão, introduz-se com isso fator de insegurança das relações contratuais, cuja estabilidade interesse à normalidade do trato jurídico. Além de consistir anomalia nas relações contratuais, não se vislumbra razão ponderável para que se acolha, em nosso ordenamento comercial, esse fator de perturbação”

Ambas as emendas foram rejeitadas pela Comissão do Congresso Nacional¹⁵. A versão final do Código de Defesa do Consumidor, aprovada e promulgada, trouxe apenas uma alteração insignificativa de texto e, mais adiante, a adequação do número do artigo (de 30 para 49), conforme se verifica no quadro sinóptico:

¹³ <<http://portal.mj.gov.br>>, Emendas oferecidas ao Projeto de Lei, Acesso em: 20.11.2015

¹⁴ <<http://portal.mj.gov.br>>, Discussão e Votação do PLS 97, Acesso em: 29.11.2015

¹⁵ <<http://portal.mj.gov.br>>, Parecer 45 e Parecer 143, Acesso em: 20.11.2015

Redação Inicial	Redação Final
<p>Art.30. O consumidor pode desistir do contrato, no prazo de sete dias contados de sua assinatura ou recebimento do bem ou serviço, sempre que a contratação ocorrer fora do estabelecimento comercial, especialmente por telefone ou reembolso postal.</p>	<p>Art.49. O consumidor pode desistir do contrato, no prazo de sete dias a contar de sua assinatura ou do ato de recebimento do produto ou serviço, sempre que a contratação de fornecimento de produtos e serviços ocorrer fora do estabelecimento comercial, especialmente por telefone ou a domicílio.</p>
<p>Par 1º. Se o consumidor exercitar o direito de arrependimento previsto neste artigo, os valores eventualmente pagos, a qualquer título, durante o prazo de reflexão, serão devolvidos de imediato, monetariamente atualizados.</p>	<p>Parágrafo Único. Se o consumidor exercitar o direito de arrependimento previsto neste artigo, os valores eventualmente pagos, a qualquer título, durante o prazo de reflexão, serão devolvidos, de imediato, monetariamente atualizados.</p>
<p>Par 2º. Em caso de venda por telefone ou reembolso postal o nome e endereço do fabricante deverão constar na embalagem e na publicidade utilizada</p>	
<p>Par 3º. O fornecedor de bem ou serviços é responsável pelos atos de seus representantes autônomos ou não.</p>	

Sobre os obstáculos opostos por meio das emendas, é natural que o “direito de arrependimento” gerasse, à primeira vista, a desconfiança dos parlamentares e o inconformismo dos fornecedores, sobretudo porque, nos idos de 1990, a defesa do consumidor era uma novidade sem precedentes culturais ou legislativos.

Temia-se ratificar, por meio de lei, a transferência integral, ao fornecedor, do ônus econômico da desistência imotivada do consumidor, mas o interesse da coletividade e “lobby” político acabaram prevalecendo.

3 - DA VISÃO DOUTRINÁRIA SOBRE O DIREITO DE ARREPENDIMENTO

3.1 - Considerações iniciais e previsão legal

Antes de adentrar ao estudo das decisões judiciais e examinar as reclamações levadas à Justiça, verdadeiro norte desta pesquisa acadêmica, é importante conhecer o entendimento doutrinário sobre o tema, que é uma fonte de pesquisa à disposição do Magistrado na aplicação de uma justiça segura e parcimoniosa.

Conceitualmente, a doutrina é o resultado do estudo de pensadores, juristas e filósofos¹⁶ sobre a teoria do Direito e a interpretação dos sistemas jurídicos positivos, avaliando sua aplicação às relações sociais e condutas humanas em geral.

Além de contribuir com o processo de elaboração legislativa, a doutrina também exerce importante influência na interpretação adotada pelo Judiciário. Assumindo papel de grande relevância para o Direito, a doutrina é especial para aclarar pontos controvertidos, estabelecer parâmetros de avaliação e contribuir para o aperfeiçoamento de todo o sistema jurídico.

Sabe-se - até porque isso faz parte da história¹⁷ - que nem sempre doutrina e jurisprudência convergem ao mesmo entendimento, corolário lógico e sadio para a formação de um Estado Democrático de Direito, desde que os posicionamentos sejam respeitados de parte a parte.

Esse diálogo, ao que parece, vem se aperfeiçoando nos últimos anos e a doutrina, ao menos aquela de qualidade, está exercendo papel essencial na abertura de novos horizontes dogmáticos e contribuindo para a solução de inúmeros processos judiciais.

Se elas não se prestam a vincular a postura jurídica do Magistrado, seguramente servem como elemento de convicção. Logo, inviável ingressar na análise jurisprudencial sem que, antes, se conheça o modo como a doutrina se posiciona sobre a matéria.

Como já se teve a oportunidade de verificar, o Código de Defesa do Consumidor regula o “direito de arrependimento” em seu artigo 49, possibilitando que a parte interessada (consumidor) possa desistir do contrato, imotivadamente e no prazo de 7 dias

¹⁶ <<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues>>, Acesso em: 20.11.2015

¹⁷ Ver voto do Min. Humberto Gomes de Barros no julgamento do AgRg nos EREsp 319.997, j. 14.08.2002

(período de reflexão), a contar de sua assinatura ou do ato de recebimento do produto ou serviço, sempre que a contratação acontecer fora do estabelecimento comercial.

Ocorre que surgem, da redação do artigo 49 do Código de Defesa do Consumidor, inúmeros questionamentos de aplicação prática do “direito de arrependimento” que impõem à Ciência do Direito a necessidade de dar soluções adequadas aos problemas que perturbam a sociedade atual e que se alteram numa velocidade avassaladora, mais ainda quando ligados à tecnologia, que é o caso do “comércio eletrônico”.

Em resposta, diversas manifestações foram realizadas pelos mais conceituados doutrinadores, as quais serão expostas a seguir, de forma concisa, a começar pela natureza jurídica e relevância do “direito de arrependimento”

3.2 - Da relevância e natureza jurídica do “direito de arrependimento”

De acordo com a nova estrutura trazida pelo Código de Defesa do Consumidor, todo contrato de consumo passou a ter desdobramentos jurídicos que ultrapassam o interesse individual das partes e ganham contornos difusos e coletivos.

As relações modernas superam o caráter privatista dos contratos de consumo e convergem a patamares muito mais abrangentes, possibilitando a intervenção estatal se as partes não atuarem com boa-fé objetiva, não observarem a função social ou, ainda, se houver disparidade entre os direitos e obrigações assumidos, dentre outros aspectos de cunho material e processual.

Hoje, o contrato de consumo serve como instrumento social de alocação de riscos e seu escopo somente será atingido se ele alcançar a segurança jurídica.

O Direito do Consumidor passou a ser uma ferramenta de cidadania, de desenvolvimento social, de redução de desigualdades, de promoção do bem comum e, inclusive, de garantidor da dignidade da pessoa humana, em total consonância com os princípios fundamentais previstos na Constituição Federal.

Daí a preocupação do Estado com esta modalidade de relação.

A inclusão do “direito de arrependimento” no Código de Defesa do Consumidor serviu exatamente para possibilitar que o consumidor, de vulnerabilidade presumida, possa desfazer ato jurídico praticado sem a reflexão necessária, imotivadamente, minimizando os efeitos negativos do negócio em prol do bem-estar social.

É até mesmo intuitivo que a natureza jurídica protetiva do instituto está ancorada no fato de que, em determinadas situações, a aquisição de um produto ou serviço em domicílio, por carta, catálogo, amostra, telefone, internet ou qualquer outro meio de venda que não o pessoal, possa gerar frustração e insatisfação ao consumidor, independentemente da existência de vício ou defeito.

A simples consulta dos levantamentos realizados pela Federação Nacional do Comércio deixam claro que a aquisição de produtos, por meio do “comércio eletrônico”, cresceu de 0,54 bilhões (2000) para 28 bilhões (2013)¹⁸. Já o acesso à internet subiu de 1,15 milhões de usuários (1997) para 88,52 milhões (2012)¹⁹, com estimativa de se chegar a 100 milhões em 2014.

Desde 2010 as compras realizadas pelo “mercado eletrônico” já superam as tradicionais, inclusive em faturamento, conforme aponta a Federação Nacional do Comércio²⁰.

Não se pode olvidar que, aliado a tudo isto, estão dezenas de milhares de campanhas publicitárias e o uso do marketing extremamente agressivo, alimentados pela busca incessante de lucro pelos fornecedores e pelo desejo desenfreado dos consumidores, ávidos pelo consumismo patológico.

Sobre a conduta dos fornecedores, vem à tona a lição de Marcio Antonio Rocha²¹:

“(…) as vezes até criam-se necessidades para se oferecer como mercadorias. Em tais condições, compete a cada um avaliar os riscos e as possibilidades próprias antes de celebrar o negócio a que se propõe; ao Estado, a fiscalização contra os excessos, a

¹⁸ <<http://www.e-commerce.org.br/stats.php>>, Acesso em: 20.11.2015

¹⁹ <<http://www.e-commerce.org.br/stats.php>>, Acesso em: 20.11.2015

²⁰ <<http://www.fecomercio.com.br/mail/10/09/01>>, Acesso em: 20.11.2015

²¹ ROCHA, Marcio Antonio. Sistema Financeiro de Habitação, Soluções Jurídicas e proposições para o futuro. Curitiba: Ed, Juruá, 2005, p. 11

desinformação e a indução do consumidor ao engano. Ao Estado-juiz, ainda, compete perceber o quanto indevidamente se espera do Judiciário soluções milagrosas”

Se, por um lado, a aplicação do “direito de arrependimento” tem cunho repressivo em relação ao engano do consumidor, por outro previne – ou deveria prevenir – a atuação lesiva do fornecedor, reduzindo o aparecimento de desavenças jurídicas e minimizando, direta ou indiretamente, a grande demanda de ações judiciais decorrentes de contrato de consumo.

No que diz respeito aos seus reflexos, ensina o Prof. Sérgio Cavalieri Filho que o “direito de arrependimento” tem caráter potestativo, podendo ser manifestado sem qualquer justificativa, ao qual o fornecedor está submisso²².

Trata-se de um “prazo de reflexão” obrigatório, definido em lei, que visa propiciar uma compra segura em benefício da estabilidade da relação de consumo.

O Código garante o “direito de arrependimento”, de forma pura e simples, sem que do consumidor se exija a declaração dos motivos que o levaram a arrepender-se do negócio. A denúncia vazia do contrato é direito adquirido, que não pode ser apenado com o pagamento das despesas oriundas daquele contrato resolvido, justamente porque sua atividade é lícita e jurídica²³.

Em verdade, o Código de Defesa do Consumidor buscou fulminar os entraves jurídicos que decorriam da tentativa de levar, para a relação de consumo, o “direito de arrependimento” previsto no Código Civil. O Juiz não deve hesitar, em momento algum, de readequar a vontade dos contratantes quando estes não observarem a nova realidade legislativa trazida pelo Código de Defesa do Consumidor.

Com a concisão que lhe é peculiar, o Prof. Rizzatto Nunes sintetiza os aspectos mais relevantes do “direito de arrependimento”²⁴:

²² CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Direito do Consumidor. São Paulo: Atlas, 2008, p. 135, apud SOUZA, Déborah Barreto de. *O Direito de Arrependimento nos Contratos Eletrônicos*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 09 jun. 2010. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br>> Acesso em: 20.11.2015

²³ NERY JUNIOR, Nelson. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto. São Paulo: Forense Universitária, 5ª. ed., p.395

²⁴ NUNES, Rizzatto. Curso de Direito do Consumidor. São Paulo: Saraiva, 4ª. ed., 2009, p. 645

“(…) fala-se em prazo de reflexão porque se pressupõe que, como a aquisição não partiu de uma decisão ativa, plena, do consumidor, e também como este ainda não tocou concretamente o produto ou testou o serviço, pode querer desistir do negócio depois que o avaliou melhor. Ou, em outros termos, a lei dá oportunidade para que o consumidor, uma vez tendo recebido o produto ou testado o serviço, possa, no prazo de 7 dias, desistir da aquisição feita. O aspecto relevante é a pretensão do consumidor nesse tipo de aquisição. O Código de Defesa do Consumidor, exatamente para proteger o consumidor nas compras pelos meios citados, nas quais há menos garantia de que tais aquisição sejam bem sucedidas, assim também para evitar, como dissemos, compras por impulso ou efetivadas sob forte influência da publicidade sem que o produto esteja sendo visto de perto, concretamente, ou sem que o serviço possa ser mais bem examinado, estabeleceu o direito de desistência a favor do consumidor”

A legislação brasileira admitiu uma nova espécie de resolução do contrato, totalmente desvinculada de qualquer patologia (vício ou defeito), e que não se confunde com as causas legais de rescisão, resolução ou qualquer outro termo utilizado para o desfazimento do contrato.

Faculta-se ao consumidor a exclusividade de encerrar a relação jurídica sem nenhum ônus financeiro, desde que, obviamente, não tenha utilizado, avariado ou diminuído, por qualquer meio, o valor do produto ou serviço ou, ainda, nos casos em que a obrigação se exaure de imediato com o recebimento do produto ou concretização do serviço, hipóteses que culminarão em perdas e danos.

Não se verificando qualquer circunstância excepcional, tem o consumidor o direito de ver-se reembolsado das quantias que eventualmente pagou, de forma imediata e monetariamente atualizada de acordo com os índices oficiais.²⁵

Procura-se, enfim, proteger o consumidor desprevenido e desatento, possibilitando que reflita com bastante tranquilidade sobre a compra que fez e, se o caso, formalize seu arrependimento, observados todos os requisitos legais.

²⁵ NERY JÚNIOR, Nelson. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. São Paulo: Forense 7ª. ed., p. 512

3.3 - Do alcance da norma – rol meramente exemplificativo

Ao mencionar, na redação do artigo 49 do Código de Defesa do Consumidor duas modalidades de compras realizadas fora do estabelecimento comercial (telefone e domicílio), o legislador criou, para alguns, a falsa e equivocada sensação de que o dispositivo, em tese, configuraria rol taxativo e não poderia ser estendido para qualquer outro meio de oferta e negociação.

Oportuno advertir que ao utilizar o termo “especialmente por telefone ou a domicílio”, buscou-se dar ênfase a estas duas hipóteses, que eram, em 1990, as que se verificaram com maior frequência. E isso não exclui, em hipótese alguma, outras formas de contratação à distância que sequer existiam ao tempo da promulgação do Código de Defesa do Consumidor.

Com efeito, o legislador optou pela utilização de “cláusula geral” e a simples menção às duas técnicas de negociação não alteram as características de rol exemplificativo, como bem elucidado por Ronaldo Alves de Andrade²⁶:

“(…) o artigo 49 do CDC regula de forma amplamente genérica o contrato à distância, devendo ser inserido nesta categoria: o contrato realizado por catálogo, o contrato realizado em atendimento à oferta feita pela televisão, o celebrado eletronicamente (contrato eletrônico), como ocorre nos contratos de consumo firmados pela internet; a compra realizada em máquinas automáticas. A inserção de um tipo aberto no aludido dispositivo foi extremamente feliz, pois as técnicas de negociação mudam frequentemente e rapidamente e, da mesma forma, surgem novas técnicas de negociação à distância que, por certo, não poderiam estar previstas em uma lei que especificasse de forma taxativa todas as formas possíveis de contratação à distância...”

No mesmo sentido, e com igual ênfase, leciona o Prof. Sérgio Cavalieri Filho²⁷:

“(,,,) Com efeito, a finalidade da norma, como se depreende de sua redação, é proteger o consumidor sempre que a compra se der fora do estabelecimento comercial. A referência a telefone ou a domicílio

²⁶ ANDRADE, Ronaldo Alves de. Curso de Direito do Consumidor. Barueri: Manole, 2006, p.338.

²⁷ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Direito do Consumidor. São Paulo: Atlas, 2008., p. 133

contida no seu final é meramente exemplificativa, porquanto o texto faz uso do advérbio especialmente. Estão, portanto, na abrangência da norma todos os sistemas de vendas externas...”

Demonstrado, portanto, que a aplicação do “direito de arrependimento” não se restringe às relações jurídicas firmadas somente por telefone ou a domicílio, resta analisar a efetiva aplicação do instituto ao “comércio eletrônico”.

3.4 - Da aplicação do “direito de arrependimento” ao “comércio eletrônico”

Muito já se discutiu, num passado recente, se o “direito de arrependimento” previsto no Código de Defesa do Consumidor alcançaria, ou não, as negociações realizadas pela internet, mais precisamente no “comércio eletrônico”.

O ponto inicial da discussão girava em torno da taxatividade restritiva da aplicação do “direito de arrependimento” além das hipóteses descritas na norma, já superada no tópico anterior quando se esclareceu, repita-se, que o rol trazido pelo artigo 49 do Código de Defesa do Consumidor é meramente exemplificativo.

A controvérsia subjacente – e a mais emblemática – repousa em saber se as compras realizadas no “mercado eletrônico” podem ser tidas como “fora do estabelecimento”, que é um dos requisitos obrigatórios trazidos pela legislação consumerista, principalmente nas hipóteses em que o fornecedor não possui um ponto comercial físico.

A questão, geradora do embate, era de cunho hermenêutico e baseava-se, em última análise, no conceito de “estabelecimento comercial” trazido pelo artigo 1.142 do Código Civil: “considera-se estabelecimento todo complexo de bens organizado, para exercício da empresa, por empresário, por sociedade empresária”.

Para o Professor Silvio de Sávio Venosa²⁸, o conceito de “estabelecimento virtual” está amparado pela norma e não se enquadraria nas situações abarcadas pelo “direito de arrependimento”:

²⁸ VENOSA, Silvio de Sávio. Código Civil Interpretado. São Paulo: Atlas, 2ª. Ed, 2011, p. 1133

“(…) com a tecnologia da informática, já se depara com estabelecimentos virtuais sofisticados, utilizados pelo empresário com o emprego exclusivo de transmissão eletrônica de dados. O estabelecimento virtual é fisicamente inacessível, mas conserva a função de ser uma aparato organizado utilizado pelo empregado para explorar a atividade. Virtual ou real, único ou múltiplo, rural ou urbano, o estabelecimento, como universalidade de fato, é uma necessidade para a atuação do empresário…”

No mesmo sentido é a doutrina do Prof. Fábio Ulhoa Coelho²⁹: “(…) não se trata de negócio concretizado fora do estabelecimento do fornecedor. O consumidor está em casa, ou no trabalho, mas acessa o estabelecimento virtual do empresário, encontra-se por isso na mesma situação de quem se dirige ao estabelecimento físico”.

Em contraposição, o ensinamento da Prof. Maria Helena Finkelstein³⁰, doutora em direito comercial:

“o direito de arrependimento aplica-se integralmente aos contratos eletrônicos, mesmo àqueles que por serem celebrados em chats de conversação caracterizam-se como contratos entre presentes, uma vez que todos os contratos eletrônicos são celebrados fora do estabelecimento do fornecedor, sendo, portanto, contratos a distância”.

De se ver, para aqueles que sustentam a aplicação do “direito de arrependimento”, que a solução não se baseia na definição literal restritiva de estabelecimento comercial, mas nas características da própria negociação, que inviabiliza um contato direto entre o consumidor e o produto ou serviço adquirido.

Nesta situação, o consumidor tem ao seu dispor somente fotos e singelas informações sobre o produto ou serviço. Não há, presumidamente, uma noção exata sobre as especificações, materiais utilizados, tamanho, espessura ou qualquer outra característica que se analisaria se a compra fosse realizada no estabelecimento.

²⁹ FINKELSTEIN, Maria Eugênia. Direito do Comércio Eletrônico. Rio de Janeiro: Ed. Elsevier, 2ª. Ed, 2011, p. 252

³⁰ FINKELSTEIN, Maria Eugênia. Direito do Comércio Eletrônico. Rio de Janeiro: Ed. Elsevier, 2ª. Ed, 2011, p. 256

Ou seja, a análise é muito mais teleológica do que meramente conceitual.

Em complemento, vale conferir o posicionamento de Marilena Lazzarini³¹:

“(…) o consumidor é induzido por publicidade a comprar produtos vendidos pelo sistema de reembolso postal, telemarketing ou até mesmo pela internet. Nessas condições ele não tem contato direto com o produto e acaba se surpreendendo negativamente quando este chega à sua casa”.

Para dirimir esta dicotomia, foi promulgado o Decreto 7.962/13 que regulamentou o Código de Defesa do Consumidor – e isso não se confunde com revogação ou derrogação – no que toca às contratações pelo “comércio eletrônico” no Brasil.

O artigo 5º. do mencionado Decreto³² evidencia que o “direito de arrependimento” se aplica à todas as compras realizadas pelo “comércio eletrônico”, o que encerrou, na atualidade, qualquer discussão sobre o assunto.

Na ótica do legislador, o consumidor também é submetido a todo tipo de pressão de consumo quando “navega” pelo sítio eletrônico do fornecedor. Este sistema virtual, invariavelmente, é elaborado de modo a seduzir, incentivar e potencializar a compra impulsiva, o que justifica a aplicação do “direito de arrependimento” para restabelecer o status quo ante.

3.5 - Dos requisitos para concessão do “direito de arrependimento”

Em que pese a função social e o caráter extremamente protetivo do artigo 49 do Código de Defesa do Consumidor, somente farão jus ao “prazo de reflexão” os consumidores que (i) contratarem “fora do estabelecimento” ou se enquadrarem em algumas das exceções referendadas pela jurisprudência e (ii) formalizarem seu arrependimento no prazo improrrogável de 7 dias, a contar da assinatura do contrato ou do ato do recebimento do produto ou serviço.

³¹ LAZZARINI, Marilena Igreja. Código de Defesa do Consumidor Comentado. São Paulo: Globo, 2001, p. 63

³² Artigo 5º. - O fornecedor deve informar, de forma clara e ostensiva, os meios adequados e eficazes para o exercício do direito de arrependimento pelo consumidor

Quanto ao termo “fora do estabelecimento”, seus contornos já foram analisados no tópico anterior, mais precisamente quando se discorreu sobre a possibilidade legal de aplicação do “direito de arrependimento” no “comércio eletrônico”, objeto deste trabalho.

A título meramente informativo - e de forma bastante sintetizada para não fugir do tema central do estudo - a jurisprudência³³ admite, excepcionalmente, que se reconheça o “direito de arrependimento” no caso de contratação “dentro do estabelecimento”, mas desde que o consumidor, por algum motivo, não tenha contato com o produto ou serviço.

O mesmo raciocínio se estende aos casos em que o negócio for realizado em condições específicas, tais como festas, coquetéis, jantares ou qualquer outro evento programado pelo fornecedor exclusivamente para a captação de clientes, o que caracteriza “marketing agressivo³⁴”.

Discutiu-se, por longo tempo, se essa forma de “venda emocional” poderia ser considerada apta ao exercício do direito de arrependimento no Brasil. A doutrina se consolidou no sentido de que, nestes casos, os efeitos das vendas se equiparam àqueles decorrentes de contratação “fora do estabelecimento”, pois os telefonemas, premiações e/ou sorteios, dentre outras coisas que atraem o consumidor para o estabelecimento do vendedor, são feitos em momentos e locais distintos.

Ademais, a premeditação, a exposição do produto ou serviço por profissionais extremamente treinados, os mimos concedidos por meio de brindes de considerável valia e, acima de tudo, o oferecimento de bebida alcoólica funcionam como fortes elementos de persuasão e podem interferir, sim, no discernimento do consumidor, levando-o a adquirir produtos ou serviços que não adquiririam em situações normais.

A propósito, o escólio de Cláudia Lima Marques, Antonio Herman Benjamin e Bruno Miragem³⁵ é bastante esclarecedor:

“(…) O Código de Defesa do Consumidor presume o consumidor como parceiro contratual mais vulnerável por lei (art. 4º., I) e impõe aos

³³ Ver Apelação nº 0004688-42.2010.8.26.0038

³⁴ Ver Apelação nº 0218594-63.2009.8.26.0002

³⁵ MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman; MIRAGEM, Bruno. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 671

fornecedores de serviço no mercado brasileiro um patamar mínimo de atuação conforme a boa-fé. O art. 39 proíbe uma série de práticas abusivas. O abuso pode estar também no método de venda, que impede a reflexão, a decisão racional e refletida, a livre escolha do art. 6º., II, do Código de Defesa do Consumidor. Daí denominar-se venda emocional aquela que para vender seduz o consumidor com prêmios, com champanhe, festas, filmes, recepções, cerveja ou bebidas alcoólicas em locais fora do estabelecimento comercial ou mesmo paradisíacos, o que o sugere a adquirir mais, para si ou amigos, como a venda em bola de neve, proibida na França... daí a necessidade não só de informação para o consumidor, mas de tempo para que reflita se necessita ou não daquele serviço o produto”

Este tipo de venda, tal como se verá com o exame dos acordãos, é muito utilizado no que a doutrina denomina de “*time sharing*”, que espelha um contrato de concessão de uso compartilhado de hotéis de luxo e que, no mais das vezes, não observa todos os preceitos definidos no Código de Defesa do Consumidor.

Prosseguindo, a questão do prazo não gera embates doutrinários relevantes, vez que o artigo 49 do Código de Defesa do Consumidor define que o “direito de arrependimento” pode ser exercitado em 7 dias.

A este respeito, a discussão cinge-se ao cômputo inicial do prazo, mas também não exige maior esforço interpretativo, pois o legislador trouxe, expressamente, um critério alternativo: a contagem se dá com a assinatura ou com o recebimento do produto ou serviço.

É o caso concreto quem vai determinar qual a opção mais adequada, a depender do tipo de produto ou serviço contratado. A rigor, prevalece a data do recebimento, que é mais benéfica ao consumidor, todavia, este silogismo não se amolda às hipóteses em que o exaurimento do contrato apresenta características de instantaneidade, como músicas, softwares, jogos, cursos, dentre outros.

Para contagem deste prazo, aplica-se o comando do artigo 125 do Código de Processo Civil, ou seja, exclui o dia do começo e inclui o último³⁶.

³⁶ NUNES, Rizzatto. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 49

E para que não remanesça qualquer dúvida, vale repisar que a motivação não é requisito do “direito de arrependimento”, ponto que já foi abordado quando se se abordou a natureza jurídica do instituto.

Basta que haja a decisão do consumidor no prazo estipulado para que se tenha como efetivado o desfazimento do negócio. Esta ausência de motivação, por sua vez, “não tem como finalidade promover decisão arbitrária do consumidor, senão de impedir que o fornecedor possa evitar ou dificultar o exercício do direito, mediante a contradição ou impugnação dos motivos alegados por quem desista do contrato”³⁷

Feitas todas estas ponderações doutrinárias, que abordou, de forma breve, a parte histórica, a natureza, a relevância, o cabimento e os requisitos do “direito de arrependimento” no Código de Defesa do Consumidor, situando o leitor sobre a posição jurídica acadêmica apta a embasar, se o caso, a atuação do Judiciário, passa-se, finalmente, à análise direta das decisões judiciais proferidas pelo Tribunal de Justiça.

³⁷ MIRAGEM, Bruno. Curso de Direito do Consumidor. São Paulo: Revisa dos Tribunais, 2ª. Ed, 2000, p. 261

4 - A JUSTIÇA E O DIREITO DE ARREPENDIMENTO – UM ESTUDO SOBRE AS DECISÕES PROFERIDAS PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO E SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA-STJ

4.1 - Justificativas

Apenas reforçando o quanto exposto até aqui, a escolha por um trabalho empírico, de caráter investigativo e técnico, lastreado na aplicação efetiva do direito ao caso concreto, baseou-se na escolha do legislador em tratar o “direito de arrependimento” como “cláusula geral”, transferindo ao Judiciário a análise casuística das relações contratuais em que o consumidor poderia desfazer o negócio durante o “prazo de reflexão”.

Optou-se, na elaboração da norma, por verdadeiro mandamento aberto, exprimindo conceito vago, a ser preenchido pelo Juiz diante de cada caso, de acordo com as circunstâncias que lhe forem peculiares³⁸.

Em outras palavras, a efetividade prática do reconhecimento do “direito de arrependimento” cabe ao Judiciário, podendo coincidir, ou não, com a posição doutrinária, de inegável influência, ainda que indiretamente, na inovação e atualização do direito, na sistematização interpretativa e na argumentação crítica, tão importante para a evolução da Ciência.

Dáí porque não se poderia ingressar, precipitadamente, no objeto central deste estudo sem que o leitor, muitas vezes sem formação jurídica, tivesse subsídio técnico-legal hábil a lhe auxiliar no entendimento do conteúdo que está por vir e, mais do que isso, na compreensão do quão importante se mostra um trabalho prático-analítico no estudo de uma “norma genérica”.

O estudo foi desenvolvido para (a) quantificar as decisões e conhecer: (b) as reclamações judiciais levadas à Juízo pelos consumidores; (c) a posição do Judiciário na aplicação do “direito de arrependimento”, mormente no “comércio eletrônico” e; (d) a solução apontada.

³⁸ ALVIM, Eduardo. Código de Defesa do Consumidor Comentado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 252

Este tipo de pesquisa se revela importante não só para levantar os números e as causas das condutas inadequadas dos fornecedores ou fazer um “retrato” interpretativo de validação do “direito de arrependimento”, mas também para prevenir, na medida do possível, os problemas e as situações de risco, bem como a movimentação desnecessária da “máquina judiciária” para aplicação da tutela jurisdicional.

É de grande valia, do ponto de vista jurídico e acadêmico, analisar como o Poder Judiciário, em especial a Corte Paulista e a Corte Superior, tem enfrentado a matéria nos aspectos de maior relevância, dentre eles o reconhecimento de existência e validade dos requisitos do “direito de arrependimento”.

De igual modo, o resultado também pode contribuir, em prol do bem comum, com ações regulatórias e fiscalizatórias dos órgãos de defesa do consumidor que, aliás, já atuam de forma ativa e periódica, inclusive com a aplicação de multas e ajuizamento de ações civis públicas.

4.2 - Dos critérios da pesquisa

A pesquisa percorreu 3 fases distintas e consecutivas: (1) coleta de Acórdãos judiciais no sítio do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo; (2) análise destas decisões coletadas e; (3) avaliação dos resultados.

Para facilitar a compreensão e por questão didática, cada uma destas fases será explicada de forma pormenorizada e autônoma, cujos esclarecimentos são essenciais para o perfeito entendimento do alcance do trabalho.

4.3 - Da coleta dos Acórdãos, da abrangência geográfica e dos Tribunais pesquisados

Iniciando pela coleta de dados, sua abrangência geográfica observou a área de atuação do Tribunal de Justiça de São Paulo, que avalia os recursos oriundos de decisões proferidas pelos Juízes de todas as comarcas do Estado. A pesquisa também englobou os

Arestos do Tribunal de Alçada Civil-TAC, extinto em 2005 pela Emenda Constitucional n. 45³⁹ e, ainda, dos Colégios Recursais existentes no mesmo limite territorial.

Observe-se que as decisões de primeira instância não integraram a avaliação, ao menos diretamente, pois a respectiva pesquisa no sítio do Tribunal de Justiça⁴⁰ ainda requer o número do processo ou nome das partes. De qualquer maneira, elas foram enfrentadas, indiretamente, nos casos em que o(s) sujeito(s) processual(is) optou(aram) pela interposição de recurso, devolvendo à instância superior a reanálise do quanto decidido pelo Juízo Monocrático.

Apesar de o objetivo da pesquisa consistir na aplicação do “direito de arrependimento” no Estado de São Paulo, também se examinou as decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça, a quem compete dar a última palavra sobre a interpretação de normas infraconstitucionais, oriundas de julgados dos Tribunais Estaduais, dentre eles o Tribunal de Justiça de São Paulo.

Considerando que o Superior Tribunal de Justiça é o guardião da lei em matéria infraconstitucional e que está num nível hierarquicamente superior às Cortes Estaduais, é evidente que suas decisões podem interferir e até mesmo modificar a interpretação utilizada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, razão pela qual o presente estudo não poderia ficar à margem desta realidade.

Os demais Estados da Federação não foram contemplados porque os dados seriam inócuos ao objetivo principal deste trabalho, que visa apurar a atuação exclusiva do Tribunal de Justiça de São Paulo, com interferência jurídico-social direta na vida dos cidadãos que aqui residem.

A propósito, nada impede que, futuramente, a pesquisa seja estendida aos demais entes federativos, mormente porque o trabalho empírico, por retratar a experiência comum, é fonte agregadora de conhecimento a todos os profissionais e demais órgãos que integram o sistema jurídico pátrio como um todo.

³⁹ Ver Resolução n. 194/2004

⁴⁰ <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do>>

Não bastasse isso, a proporção de uma pesquisa nacional reclamaria um trabalho escrito demasiadamente extenso e extrapolaria os critérios de razoabilidade admissíveis a um “artigo científico”, o que acabaria por inviabilizar a publicação que ora se realiza.

Por último, a atuação do Supremo Tribunal Federal-STF, que aprecia recursos interpostos contra decisões que afrontam a Constituição Federal, extrapola a matéria aqui desenvolvida e, via de consequência, não foi contemplada no trabalho.

4.4 - Dos termos utilizados na busca e da natureza das decisões

Todas as decisões foram coletadas no sítio do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e do Superior Tribunal de Justiça-STJ por meio da utilização exata da expressão “direito de arrependimento” no campo de “busca por assunto”.

Considerando que o Código Civil também prevê o “direito de arrependimento”, mas em situações diversas àquela em estudo, todas as relações privadas, não apreciadas à luz do Código de Defesa do Consumidor, serão devidamente identificadas.

O mesmo ocorrerá com os Arestos provenientes de relação de consumo em que o “direito de arrependimento”, embora citado, não tenha sido utilizado como fator principal de decisão por parte do Magistrado.

Aqueles julgados em que a decisão baseou-se no “direito de arrependimento”, mas que a compra não ocorreu pelo “comércio eletrônico”, serão igualmente individualizados.

4.5 - Total de decisões pesquisadas e limite temporal

A busca realizada retornou um total de 1.419 Acórdãos, já excluídos os que se repetiram no sítio do Tribunal de Justiça de São Paulo, respectivamente nos seguintes anos e quantidades: 2000 (3); 2003 (2); 2004 (1); 2005 (1); 2006 (1); 2007 (4); 2008 (5); 2013 (1); e 2014 (2). Nos demais anos não houve duplicidade de decisões.

Conforme se nota, o período abrangido foi de 01 de Janeiro de 2000 a 20 de Novembro de 2015, desde o marco inicial dos primeiros registros que apresentaram, na visão dos especialistas, indicadores relevantes do ponto de vista estatístico⁴¹.

4.6 - Dos requisitos analisados nas decisões

Todas as decisões coletadas foram analisadas, uma a uma, contemplando: (i) número de registro dos acórdãos; (ii) ano de julgamento; (iii) natureza do problema discutido; (iv) existência ou não dos requisitos que validam o exercício do “direito do arrependimento” (local do contrato, tempestividade, formalização e restituição) e; (v) resultado favorável ou não ao consumidor.

⁴¹ Conforme fonte ebit – www.e-commerce.org.br, em 2001, pela primeira vez, o “comércio eletrônico” teve um faturamento de aproximadamente 500 milhões de reais, quantia que, em 2013, já atingiu a cifra de 28 bilhões de reais.

5 - DOS RESULTADOS DA PESQUISA

5.1 - Dos aspectos gerais

Do ponto de vista eminentemente processual, as decisões avaliadas se desmembram em 39 Embargos de Declaração, 47 Agravos de Instrumentos, 1.238 Apelações e 84 Recursos Inominados. No Superior Tribunal de Justiça há 06 Recursos Especiais e 05 Agravos Regimentais.

Mesmo nos casos em que a matéria abordada não se referia ao mérito propriamente dito, o que é comum nos Agravos de Instrumentos, buscou-se extrair a real natureza do embate, independentemente dos pedidos em si ou da nomenclatura que se deu à ação.

A palavra “direito de arrependimento” apareceu nas 1.419 decisões pesquisadas, mas não foi em todas elas que o instituto embasou a decisão. A título de exemplo, em muitos julgados o “direito de arrependimento” assumiu papel secundário na interpretação do Juiz (pedido autônomo de arras compensatória ou penitenciais, comissão de corretagem, perdas e danos, dentre outros) e em algumas situações constou apenas do conteúdo de ementas transcritas no bojo da decisão, sem ligação direta com o objeto principal.

Note-se que a classificação das decisões reclamou uma ampla análise de todo seu teor, muitas vezes de cunho interpretativo, cuja subjetividade torna este trabalho único, prejudicando qualquer tipo de comparação de dados com eventuais pesquisas análogas, se houver.

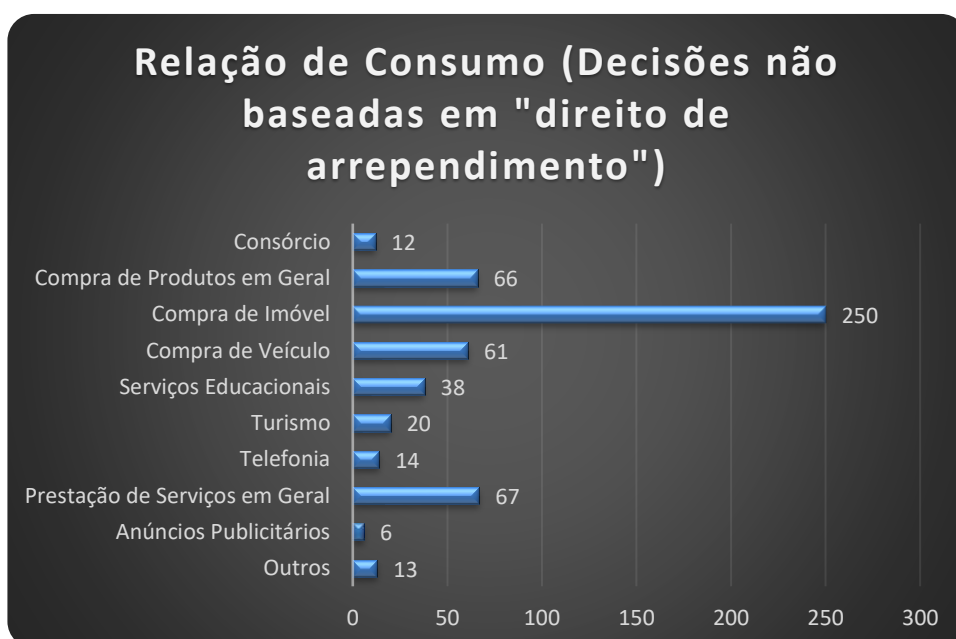
Considerando que o estudo versa sobre o “direito de arrependimento” no consumidor no “processo eletrônico”, foram identificados, de plano, os Acórdãos provenientes de relações de direito comum (Código Civil), de características totalmente distintas daquelas oriundas do Código de Defesa do Consumidor, como já se viu anteriormente.

Foram classificadas, neste aspecto, 549 ações, dos mais variados assuntos, a saber:

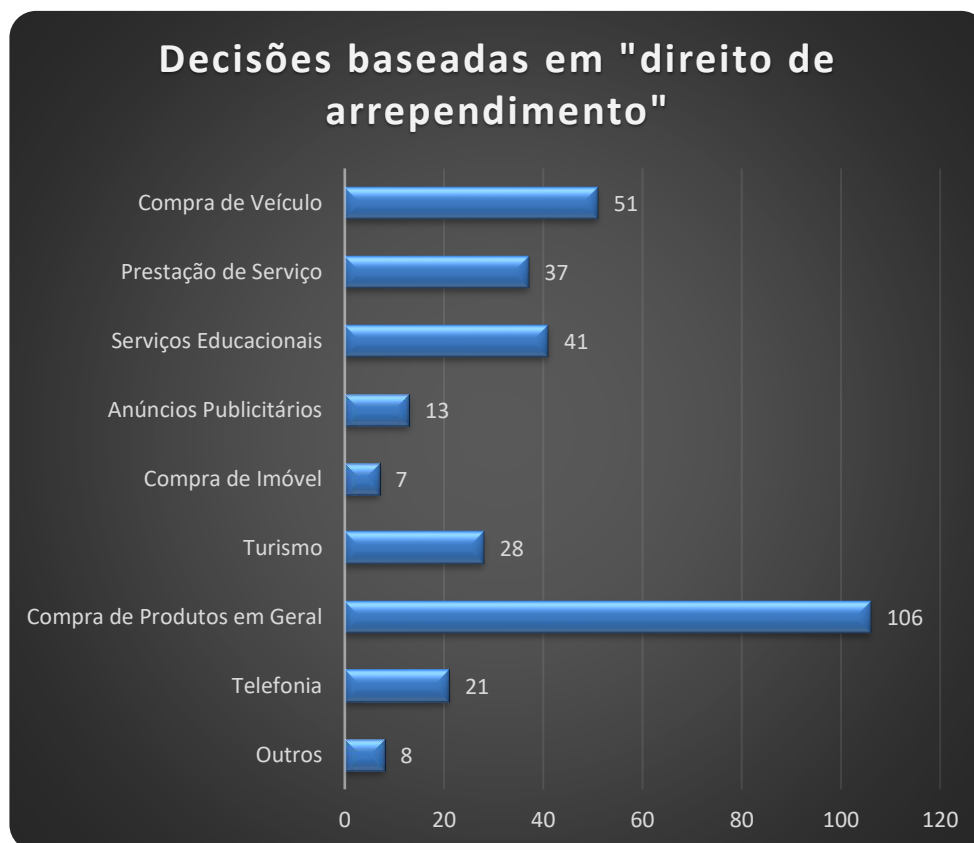


Em relação aos Acórdãos remanescentes, todos advindos de relações de consumo, outra separação foi realizada: de um lado, os casos em que o “direito de arrependimento” foi mero coadjuvante – o ponto nodal da controvérsia era diverso – e, de outro, as decisões em que o objeto se fundou, exatamente, na aplicação do artigo 49 do Código de Defesa do Consumidor.

As demandas consumeristas em que o resultado não se baseou no “direito do consumidor” somaram 547, bastante significativo. Os temas também são bem diversificados:

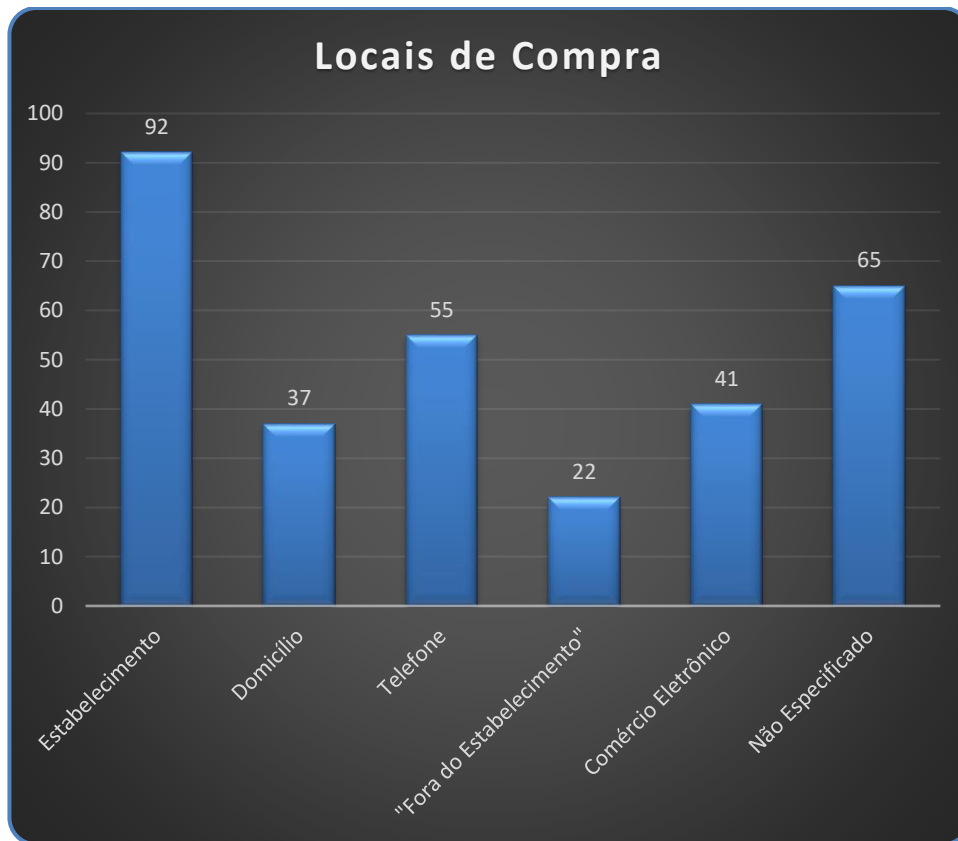


Dos 312 julgados restantes, nos quais o Magistrado enfrentou o mérito do “direito de arrependimento” nas relações de consumo, decorrentes de todas as modalidades de contratação (domicílio, telefone, internet, estabelecimento, dentre outros), têm-se os seguintes assuntos:



É bem verdade que o tema desta pesquisa é o “direito do arrependimento” no “comércio eletrônico”, se resumindo às compras efetuadas pelo computador. Todavia, o modo em que se deu a subsunção pelo Magistrado, nos demais locais de contratação, é relevante para que se trace um panorama mais abrangente, possibilitando, inclusive, que se avalie - num segundo momento - a existência de eventuais particularidades interpretativas que também possam ser atribuídas às compras pela internet.

As formas de contratação retratam a experiência comum do próprio consumidor, inexistindo, nas decisões examinadas, qualquer modalidade inusitada:



A utilização do termo “fora do estabelecimento” foi extraída dos próprios julgados, tendo o Magistrado reputou desnecessário, na prática, definir de forma expressa o local da contratação. Por sua vez, a expressão “não especificada” representa as decisões em que o Acórdão não define o local em que o negócio foi entabulado, nem mesmo se dentro ou fora do estabelecimento.

Sob este ponto, vale dizer que o silêncio do Juiz não implica em incúria ou negligência. De fato, seria de grande valia a definição do local da compra no acórdão, mas isso não significa que o Magistrado não tenha se atentado a tal requisito, que se presume ter constado da sentença recorrida.

No intuito de creditar maior efetividade a esta pesquisa, tentou-se buscar o local da contratação nas decisões monocráticas, sem êxito, quer porque igualmente não mencionado ou, ainda, pela falta de disponibilização ou de localização do documento no sítio do Tribunal de Justiça de São Paulo.

Como não poderia deixar de ser, a concessão do “direito de arrependimento”, além da análise do local da compra, dependeu da existência de outro requisito, qual seja: tempestividade. Vale conferir o cenário final:



Especificamente no que tange ao “direito de arrependimento” no “comércio eletrônico”, alvo desta pesquisa, percebe-se que o número de decisões no Judiciário, conquanto restritas em razão do custo médio⁴² dos produtos e serviços adquiridos, já se mostra significativo desde 2010. O gráfico abaixo é bem elucidativo:



⁴² Levantamento efetuado pela e-Bit – www.ebitempresa.com.br, disponibilizada no endereço www.e-commerce.org.br, aponta na última pesquisa realizada, no ano de 2011 que o ticket médio de compras no mercado eletrônico era de R\$ 350,00, não incluídos os faturamentos de sites de leilão e as vendas de passagens aéreas.

O quadro, a seguir, traz uma ampla visão dos 41 Acórdãos em que o “direito de arrependimento” foi aplicado nas relações negociais firmadas pelo “comércio eletrônico”.

Ano	Número	Comarca	Órgão Prolator	Natureza	Requisitos			Definição Judicial
					Fora Estabel.	Prazo observado	Notificação	
2010	2972859	JEC SP	Col. Recursal Central	Rescisão de contrato - compra de aparelho celular	sim	sim	sim	Aplicação
2010	3316915	JEC SP	Col. Recursal Central	Rescisão de contrato - compra de cabo de informática	sim	não	sim	Inviabilidade
2011	3683771	JEC SP	Col. Recursal Central	Rescisão de contrato - compra de passagem aérea	não	sim	sim	Inviabilidade
2011	20110000000945	JEC Santana	Col. Recursal Santana	Rescisão de contrato - compra de bem móvel	sim	sim	sim	Aplicação
2011	2011.0000008341	JEC Santos	Col. Recursal Santos	Rescisão de contrato - compra de passagem aérea	sim	sim	sim	Aplicação
2011	2011.0000085723	São Paulo	06a. Câmara Dir. Pub.	Compra de Produtos	Multa Administrativa ⁴³			Aplicação
2012	2012.0000332027	Monte Alto	30a. Câmara TJSP	Rescisão de contrato - compra de bebedouro	sim	sim	sim	Aplicação
2012	2012.0000235164	Santos	36a. Câmara TJSP	Rescisão de contrato - compra de aparelho abdominal	sim	não	sim	Inviabilidade
2012	2012.0000021923	JEC Santos	Col. Rec. Santos	Rescisão de contrato - divulgação de currículo	sim	sim	sim	Aplicação
2012	2012.0000013002	JEC SP	Col. Recursal Central	Rescisão de contrato - compra de bem móvel	sim	sim	sim	Aplicação
2012	2012.0000207345	São Paulo	35a. Câmara TJSP	Compra de Produtos	Ação Civil Pública ⁴⁴			Aplicação
2012	2012.0000120291	São Paulo	33a. Câmara TJSP	Compra de Produtos	Ação civil Pública ⁴⁵			Aplicação
2012	2012.0000116487	São Paulo	36a. Câmara TJSP	Compra de Produtos	Ação civil Pública ⁴⁶			Aplicação

⁴³ Multa administrativa imposta pelo Procon, pois o fornecedor negava aos consumidores o direito de arrependimento na compra de passagens aéreas realizadas fora do estabelecimento comercial.

⁴⁴ Ação ajuizada pelo Ministério Público, pois o fornecedor não estabelecia, em seu contrato padrão, a possibilidade de direito de arrependimento por parte do consumidor.

⁴⁵ Ação ajuizada pelo Ministério Público que o fornecedor fixasse, em contrato, de prazo para devolução do valor da compra após o exercício do direito de arrependimento, bem como a fixação de multa cominatória em favor do consumidor.

⁴⁶ Ação ajuizada pelo Ministério Público para que o fornecedor insira em seu sítio a possibilidade de direito de arrependimento pelo consumidor.

2013	2013.0000002091	JEC SP	Col. Recursal Central	Rescisão de contrato - compra de passagem aérea	sim	sim	sim	Aplicação
2013	2013.0000006390	JEC Lapa	Col. Recursal Lapa	Rescisão de contrato - realização de reserva em hotel	sim	sim	sim	Aplicação
2013	2013.0000022513	JEC SP	Col. Recursal Central	Rescisão de contrato - compra de passagem aérea	não	sim	sim	Inviabilidade
2013	2013.0000029514	JEC SP	Col. Recursal Central	Rescisão de contrato - compra de bem móvel	sim	sim	sim	Aplicação
2013	2013.0000031456	JEC SP	Col. Recursal Central	Rescisão de contrato - compra de bem móvel	sim	sim	sim	Aplicação
2013	2013.0000585877	Rio Claro	36a. Câmara TJSP	Rescisão de contrato - prestação de serviço	sim	sim	sim	Aplicação
2013	2013.0000298925	São Paulo	26a. Câmara TJSP	Compra de Produtos	Ação civil Pública ⁴⁷			Aplicação
2013	2013.0000397588	São Paulo	34a. Câmara TJSP	Compra de Produtos	Ação civil Pública ⁴⁸			Aplicação
2013	2013.0000411071	São Paulo	27a. Câmara TJSP	Compra de Produtos	Ação civil Pública ⁴⁹			Aplicação
2013	20130000455440	São Paulo	5a. Câmara Dir. Pub.	Compra de Produtos	Multa Administrativa ⁵⁰			Aplicação
2014	20140000005393	JEC SP	Col. Recursal Central	Rescisão de contrato - compra de passagem	sim	sim	sim	Aplicação
2014	2014.0000013863	JEC Santo Amaro	Col. Rec. Santo Amaro	Rescisão de contrato - reserva em hotel	sim	não	sim	Inviabilidade
2014	2014.0000013863	JEC SP	Col. Recursal Central	Rescisão de contrato - compra de ingresso para show	sim	sim	sim	Aplicação
2014	2014.0000123221	São Paulo	3a. Camara TJSP	Compra de Produtos	Ação civil Pública ⁵¹			Aplicação
2014	2059258-19.2014	São Paulo	27ª Câmara TJSP	Compra de Mesa	sim	sim	sim	Aplicação
2014	0010687-57.2009	Itatiba	29ª Câmara TJSP	Compra de Máquina Fotográfica	sim	sim	sim	Aplicação
2014	0011651-26.2013	Votuporanga	32ª Câmara TJSP	Compra de TV	sim	sim	sim	Aplicação

⁴⁷ Ação ajuizada pelo Ministério Público para que o fornecedor estabeleça em seu contrato a possibilidade de direito de arrependimento pelo consumidor.

⁴⁸ Ação ajuizada pelo Ministério Público para impor ao fornecedor o pagamento de multa moratória em caso de não devolução do preço de forma imediata.

⁴⁹ Ação ajuizada pelo Ministério Público para impor ao fornecedor o pagamento de multa moratória em caso de não devolução do preço de forma imediata.

⁵⁰ Multa administrativa imposta pelo Procon, pois o sítio do fornecedor informava que o valor equivalente à entrega do produto não seria devolvido em caso de exercício do direito de arrependimento.

⁵¹ Ação ajuizada pelo Ministério Público para se estabelecer a devolução imediata do preço em caso de exercício de direito de arrependimento.

2014	2015232-82.2014	São Paulo	Col. Recursal Central	Rescisão de Contrato – Reserva de Hotel	sim	sim	sim	Aplicação
2015	0014347-32.2014	São Paulo	Col Recursal Penha de França	Rescisão de Contrato – Internet Banda Larga	sim	sim	sim	Aplicação
2015	0001353-81.2014	Jacutinga	Col. Recursal Registro	Rescisão de Contrato – Compra de Pacote de Viagem	sim	sim	sim	Aplicação
2015	0003479-41.2014	Laranjal Paulista	Col. Recursal Piracicaba	Compra de Livro	sim	não	sim	Inviabilidade
2015	0036860-77.2012	São Paulo	32ª Câmara TJSP	Compra de Equipamento Fotográfico	sim	não	sim	Inviabilidade
2015	1003372-85.2015	São Paulo	Col. Recursal Central	Compra de Passagem	sim	sim	sim	Aplicação
2015	1009261-47.2015	São Paulo	Col. Recursal Central	Compra de produto	sim	sim	sim	Aplicação
2015	0054972-87.2012	São Paulo	29ª Câmara TJSP	Compra de Aparelho Telefônico	sim	sim	sim	Aplicação
2015	1011446-16.2014	S. J. do Rio Preto	31ª Câmara TJSP	Compra de Tesoura	sim	sim	sim	Aplicação
2015	0000070-09.2014	Cerquilha	Col. Recursal Piracicaba	Compra de Equipamento	sim	não	sim	Inviabilidade
2015	1042332-71.2014	São Paulo	Col. Recursal Santo Amaro	Compra de Passagem Aérea	não	sim	sim	Inviabilidade

A importância que se tem dado à matéria e a necessidade de proteção efetiva ao consumidor fica ainda mais flagrante quando se verifica que nos últimos anos houve o ajuizamento de diversas Ações Cíveis Públicas e que os Procons intensificaram a fiscalização, inclusive com a aplicação de multa aos fornecedores que, de alguma forma, não cumprem os preceitos trazidos pelo artigo 49 do Código de Defesa do Consumidor.

No Superior Tribunal de Justiça, que avalia eventuais infrações à Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), a pesquisa retornou, repita-se, 11 Acórdãos, sendo 05 Agravos Regimentais e 06 Recurso Especiais.

Deste total, 4 decisões tratam, respectivamente, de contrato e promessa de compra e venda, julgados à luz do Código Civil. Além disso, 1 julgado restou prejudicado por conta do “não conhecimento” do Recurso Especial, vez que o “direito de arrependimento”, segundo o i. Ministro, não ultrapassava o requisito do prequestionamento.

Os Acórdãos subjacentes, aplicáveis a todas as formas de compras, inclusive no “comércio eletrônico”, tem os seguintes contornos:

Origem	Número	Julgamento	Ministro	Tema da Decisão
TJSP	930.351	out/09	Nancy Andrighi	Reconhecimento do "direito de arrependimento" em face das instituições financeiras
TJRS	1.189.740	jun/10	Sidney Beneti	Reconhecimento da validade e aplicação do "direito de arrependimento"
TJRS	1.388.017	out/13	Villas Boas Cueva	Desnecessidade de motivação do arrependimento no "prazo de reflexão"
TJRJ	1.340.604	ago/13	Mauro Campbell Marques	Restituição ao consumidor dos gastos postais para devolução do produto após o arrependimento
TJSP	22.722	jun/14	Paulo de T. Sanseverino	Imposição de pagamento de multa moratória em caso de não devolução imediata do valor adiantado após o arrependimento
TJMG	533.990	ago/15	Moura Ribeiro	Restituição ao consumidor quando o contrato de consumo for concluído fora do estabelecimento comercial

Superada a abordagem dos aspectos gerais das decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça de São Paulo e Superior Tribunal de Justiça-STJ, passa-se à análise técnica de mérito, a qual será comparada, concomitantemente, com o posicionamento doutrinário já estabelecido em tópico próprio deste trabalho.

5.2 - Dos Aspectos Técnicos

Desde a estruturação do presente trabalho e definição pela pesquisa empírica proposta, baseada nas decisões judiciais sobre o “direito de arrependimento” no “comércio eletrônico”, já se sabia que o resultado poderia referendar o posicionamento doutrinário dominante ou a ele se contrapor.

Conquanto doutrina e jurisprudência sejam verdadeiras fontes do direito, o diálogo hermenêutico-dogmático entre os autores e os juízes nem sempre foi pacífico, tal como já afirmado em momento anterior. O trecho abaixo transcrito fala por si só⁵²:

“(…) não me importa o que pensam os doutrinadores. Enquanto for ministro do STJ, assumo a autoridade da minha jurisdição. O

⁵² Voto do Min. Humberto Gomes de Barros no julgamento do AgRg nos EREsp 319.997, j. 14.08.2002

pensamento daqueles que não são ministros deste tribunal importa como orientação. A eles, porém, não me submeto... Decido, porém, conforme minha consciência. Precisamos estabelecer nossa autonomia intelectual, para que este tribunal seja respeitado... Esse é o pensamento do STJ e a doutrina que se amolde a ele... Ninguém nos dá lições. Não somos aprendizes de ninguém. Quando viemos para este Tribunal, corajosamente assumimos a declaração de que temos notável saber jurídico...”

É bem verdade que a divergência de pensamento e a busca de soluções práticas e teóricas para os problemas atuais da sociedade impulsionam o desenvolvimento da Ciência do Direito. Mas, com todo respeito, o texto acima transcrito está longe de fomentar o debate ou ampliar os horizontes de discussão.

O questionamento que se fazia, desde o início da pesquisa, era se o dinamismo do direito seria capaz, em relação à matéria em estudo, de eliminar posturas retrógradas e estabelecer uma estreita convergência interpretativa ou, de outro lado, se a influência doutrinária seria afastada, total ou parcialmente, no bojo das decisões judiciais.

Foi exatamente para traçar este paralelo que se optou por definir, de antemão, o posicionamento de alguns dos juristas mais renomados sobre o assunto.

Em linhas gerais, ficou claro no exame dos julgados que a doutrina, cada vez mais, integra o conteúdo dos Arestos, funcionando como verdadeiro subsídio para que o Magistrado possa aplicar o direito ao caso concreto. A doutrina e a jurisprudência, de forma harmônica, atribuíram às decisões judiciais a racionalidade que o legislador buscou quando inseriu no Código de Defesa do Consumidor o “direito de arrependimento”.

Oportuno registrar que aqui se analisará não só as questões afetas ao “comércio eletrônico”, mas também às demais modalidades de contratação, que possuem reflexos – ainda que indiretos – no tema central deste trabalho.

Com exceção feita a três casos de compra de passagem aérea pelo “comércio eletrônico”⁵³, nos quais o Magistrado argumentou que inexistiria diferenciação entre a aquisição “*on line*” ou pessoal apta a garantir o “direito de arrependimento”, a aplicação

⁵³ Ver Acórdãos registrados com os números 3683771, 2013.0000022513 e 1042332-71.2014

do “prazo de reflexão” pelo Judiciário se deu forma extensiva e sempre em benefício do consumidor, de vulnerabilidade presumida.

Aliás, nos demais casos envolvendo a mesma matéria (compra de passagens aéreas), o Judiciário propiciou o “direito ao arrependimento”, face ao reconhecimento da existência de todos os requisitos autorizadores previstos no artigo 49 do Código de Defesa do Consumidor.

Também se reconheceu, com extrema razoabilidade, o “direito de arrependimento” em compra realizada diretamente na agência⁵⁴, ao argumento de que o consumidor não teve acesso direito ao veículo e, por conta disso, a contratação se equipararia àquelas realizadas “fora do estabelecimento”, assim como pretende, a propósito, o legislador no Projeto de Lei 281/12.

Outra decisão que destoa das demais, todas análogas, é a compra de veículo em “feirão”⁵⁵ promovido pelo fornecedor em que se admitiu o “direito de arrependimento”, cuja fundamentação, vale dizer, não ficou bem difundida no acórdão (leilão da instituição financeira). De toda forma, oportuno fazer este registro, quer porque o direito é dinâmico e o posicionamento pode virar uma tendência, quer para demonstrar o exercício axiológico do Juiz na efetiva aplicação da tutela.

Quanto à aplicação e contagem do lapso temporal, somente um único acórdão⁵⁶ – com o qual não se concorda – inovou a interpretação, embora bem antigo, concluindo pela perenidade do “direito de arrependimento” nos casos de obrigação de trato sucessivo, vez que a utilização da academia poderia ser utilizada diariamente, o que, na visão do Magistrado, renovaria a possibilidade (diária) de resolução da avença.

Afora tais excepcionalidades, em número extremamente restrito, a posição jurídica de doutrina e jurisprudência - tanto do Tribunal de Justiça de São Paulo quanto do Superior Tribunal de Justiça - se equivalem e se completam, motivo pelo qual se reitera o conteúdo do tópico que analisou a posição dos doutrinadores (Item 3 e subitens).

⁵⁴ Ver Acórdão registrado com o n. 20130000416706

⁵⁵ Ver Acórdão registrado com o n. 20130000510225

⁵⁶ Ver Acórdão registrado com o n. 0002486006

Os casos de “venda emocional”⁵⁷, em que o consumidor é levado a local escolhido pelo fornecedor para adquirir produto/serviço em meio a bebidas alcoólicas, comida e “marketing agressivo”, foram alvo do repúdio do Judiciário, aplicando-se, em contrapartida, o “direito de arrependimento” e a possibilidade de desfazimento do negócio em 7 dias.

Em relação à restituição do valor pago, nenhuma idiosincrasia foi constatada⁵⁸. Ao contrário, o que se viu foi uma enorme proteção estatal, exercida pelo Ministério Público e demais órgãos de proteção do consumidor, seja por meio de Ação Civil Pública ou, ainda, pela manifestação do Superior Tribunal de Justiça provocada por meio de Recurso Especial.

Sobre o “comércio eletrônico”, exclusivamente, os casos em que o Judiciário atuou se referem, em grande maioria, à aquisição de produtos, dos mais variados tipos. Também já se percebe uma tendência de extensão do uso “meio digital” aos serviços, atualmente voltado ao turismo (passagens aéreas, reservas em hotéis, etc.), mas que seguramente se estenderá, em breve, a outras modalidades, igualmente influenciadas pela facilitação de acesso e desburocratização das etapas de contratação.

Muitos dos conceitos teóricos-interpretativos são os mesmos aplicados às demais formas de contratação, mas as decisões judiciais, no que tange às compras pela internet, enfatizam a preocupação com o direito de informação e o modo de alocação de tais esclarecimentos no sítio do fornecedor.

O alerta parte do próprio legislador. O trecho que se transcreve, abaixo, foi retirado da justificção⁵⁹ do Projeto de Lei 281/12:

“(…) Se, à época da promulgação do Código de Defesa do Consumidor, o comércio eletrônico nem sequer existia, atualmente é o meio de fornecimento à distância mais utilizado, alcançando sucessivos recordes de faturamento. Porém, ao mesmo tempo ocorre o aumento exponencial do número de demanda dos consumidores. As normas projetadas atualizam a lei de proteção do consumidor a esta nova realidade, reforçando, a exemplo do que já foi feito na Europa e nos

⁵⁷ Ver Acórdão registrado com o n. 20120000230903

⁵⁸ A este respeito, os quadros sinópticos e as notas de rodapé a eles referentes são bastante esclarecedoras

⁵⁹ <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=141524&tp=1>>, Acesso em: 20.11.2015

Estados Unidos, os direitos de informação, transparência, lealdade, autodeterminação, cooperação e segurança das relações de consumo estabelecidas através do comércio eletrônico”.

Não obstante a ausência de contato direto entre o comprador e o produto e/ou serviço, a conscientização de que o “comércio eletrônico” é um ambiente criado pelo fornecedor, com publicidade agressiva e com técnicas indutoras ao consumo, também é uma das preocupações manifestadas de forma clara por aqueles que zelam pela higidez das relações jurídicas e bem-estar do consumidor.

Por fim, imprescindível ressaltar que o Projeto de Lei 281/12 visa alterar o Código de Defesa do Consumidor também em relação ao direito de arrependimento nas compras feitas pelo “comércio eletrônico”. Considerando que futura e eventual aprovação legislativa pode interferir nos contornos da matéria abordada neste trabalho, as principais modificações serão apontadas no próximo tópico.

6 - DO PROJETO DE LEI 281/12 PARA ALTERAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Por meio do Projeto de Lei 281/12⁶⁰ o legislador pretende inserir uma seção exclusiva sobre “comércio eletrônico” no Código de Defesa do Consumidor, visando estabelecer normas gerais de proteção e, igualmente, alterar o artigo 49, que trata do “direito de arrependimento”.

Em síntese, ele busca o alargamento do “prazo de reflexão” para 14 dias (caput) e, dentre outras substituições semânticas, a inclusão do “comércio eletrônico” como modalidade de compra “fora do estabelecimento”, além da inserção do §3º que prevê a aplicação do “direito de arrependimento” nas hipóteses em que o consumidor, embora realize a contratação pessoalmente, não teve a prévia oportunidade de conhecer o produto ou serviço.

Note-se, neste particular, que o Tribunal de Justiça de São Paulo, em decisão aqui mencionada⁶¹, fez uso desta interpretação quando reconheceu o “direito de arrependimento” a um consumidor que compareceu na agência e firmou negócio sem ter contato com o veículo. Ou seja, busca-se normatizar aquilo que a doutrina e jurisprudência já se inclinam a reconhecer na prática.

O §6º inova ao impor ao fornecedor a comunicação do arrependimento à instituição financeira ou administradora de cartão de crédito, sob pena de responder em dobro o valor adiantado pelo consumidor, sem prejuízo do pagamento de multa civil, imposta pelo Judiciário, em valor adequado à gravidade da conduta e suficiente para inibir novas violações.

Também deve ser ressaltado, uma vez mais, a preocupação do legislador com a informação, clara e ostensiva, no próprio sítio de venda, sobre a possibilidade de “direito de arrependimento” (§7º). Para segurança do consumidor, também restou estabelecido que o fornecedor deverá enviar confirmação imediata e individualidade do recebimento do comunicado de arrependimento (§8º).

A questão da compra de passagem aérea, ainda não pacificada pela doutrina e jurisprudência, foi tratada no artigo 49-A, que estabeleceu a possibilidade de prazo

⁶⁰ <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=141524&tp=1>>, Acesso em: 20.11.2015

⁶¹ Ver Acórdão registrado com n. 20130000416706

diferenciado para o “direito de arrependimento”, em virtude de suas peculiaridades, por norma fundamentada das agências reguladoras.

Embora a proposta pareça desfavorável ao consumidor, o voto que deferiu a emenda de inclusão traz uma orientação à agência reguladora, que se espera seja seguida:

“a comercialização de passagens aéreas consiste em um dos principais objetos do comércio eletrônico atualmente. Deve ser assegurado ao consumidor o reembolso de, no mínimo, noventa e cinco por cento do valor pago por bilhete de passagem não utilizado, sempre que o consumidor comunicar ao transportador em tempo de ser negociada”

No mais, nenhuma outra alteração significativa, lembrado que tal projeto, se aprovado, somente surtirá efeitos após a promulgação, sem a possibilidade de efeito retroativo.

7 - CONCLUSÃO

Quem imaginaria, há menos de 20 anos, que a aquisição de um produto ou serviço poderia ser realizada com a simples utilização de um computador ou celular? Seria possível prever, no século XXI, que as compras pelo “comércio eletrônico”, com o uso da internet, superariam aquelas tradicionais em algumas cidades do país?

Ora, se a resposta é negativa, não há como exigir que o legislador, ao tempo da criação do artigo 49 do Código de Defesa do Consumidor, tivesse incluído o “comércio eletrônico”, de forma expressa, dentre as modalidades de negociações realizadas “fora do estabelecimento”.

A bem da verdade, isto nem era preciso, pois a opção legislativa de regular a matéria por “cláusula aberta” possibilita ao Magistrado a modulação dos efeitos da norma no exato momento em que faz seu exercício de subsunção.

Não há dúvidas que o Decreto 7.962/13 encerrou qualquer discussão sobre o tema, ao regulamentar, de forma específica, que o “direito de arrependimento” previsto no Código de Defesa de Consumidor se aplica, integralmente, ao “comércio eletrônico”. Mas, do ponto de vista axiológico, a redação do artigo 49 não reclamava nenhuma alteração substancial.

Com todo respeito, a regulamentação teve cunho muito mais semântico do que de eficácia.

Seja como for, a inclusão do “direito de arrependimento” no Código de Defesa do Consumidor, promulgado em 1990, e a própria regulamentação posterior via Decreto demonstram a preocupação do legislador em criar mecanismos de proteção contratual para evitar a aquisição precipitada, inconsciente e impulsiva de produtos ou serviços pelo consumidor “fora do estabelecimento” comercial do fornecedor, sem nenhuma ligação com vício ou defeito, e sem a necessidade de motivação.

Exclusivamente para estas situações, a efetivação do negócio, a partir da vigência do Código de Defesa do Consumidor, passou a ser apenas uma etapa no processo de formalização do contrato, cujo aperfeiçoamento, do ponto de vista prático, se daria após o escoamento do “prazo de reflexão”, desde que o adquirente não fizesse uso da prerrogativa de arrependimento que lhe era facultada pela norma.

O caráter protetivo da lei partiu do pressuposto de que a vulnerabilidade do consumidor, princípio basilar da Lei 8.078/90, se potencializava quando inexistia o contato direto com o produto ou serviço, o que tolhia deste consumidor a correta avaliação das respectivas características e demais aspectos hábeis a possibilitar uma compra convicta e segura.

E se a contratação por meio do “comércio eletrônico” se enquadrava perfeitamente nos requisitos legais, trazendo ainda mais complexidade nas relações de consumo, o direito não poderia passar ao largo desta premissa.

Caminhar em sentido contrário seria suprimir, do ponto de vista normativo, a aplicação cogente e irrenunciável do Código de Defesa do Consumidor, o que não pode ser admitido, sob pena de prejuízo a toda coletividade.

Se, por um lado, o “comércio eletrônico” é um inegável facilitador na aquisição de produtos e serviços, por outro reclama a ampliação da proteção jurídica do consumidor, a fim de prevenir litígios e garantir uma relação justa e equilibrada, daí a importância do “direito de arrependimento”.

Embora já se soubesse, de antemão, que a doutrina era favorável aos interesses do consumidor, algumas dúvidas persistiam e motivaram este trabalho: teriam os doutrinadores, na visão do Judiciário, achado respostas e soluções convincentes aos problemas que perturbam os consumidores em relação ao “direito de arrependimento”, hábeis a respaldar a atuação jurisdicional? Estariam os gabaritados autores e os Juízes juntos nesta empreitada, ou os posicionamentos se mostrariam colidentes, em prejuízo da evolução do bom Direito e da sociedade como um todo, ainda reflexo do reprovável discurso do i. Ministro do Superior Tribunal de Justiça-STJ?

Salvo raríssimas exceções pontuais, quase que irrelevantes do ponto de vista estatístico, doutrina e jurisprudência convergiram na postura adotada em relação ao “direito de arrependimento”, em perfeita harmonia interpretativa e com critérios predefinidos, trabalhando em conjunto e evitando um emaranhado desconexo de decisões ou, ainda, um acervo intelectual despiciendo.

Das 312 ações em que a decisão se baseou no “direito de arrependimento”, 162 foram favoráveis ao consumidor, devidamente fundamentadas; as 150 restantes ficaram

prejudicadas por conta da intempestividade da comunicação ao fornecedor ou pela realização da compra direta do estabelecimento. Analisando somente as compras pelo “comércio eletrônico”, o cenário é um pouco mais otimista: 32 favoráveis e 9 desfavoráveis.

Isto demonstra, em última análise, que o “direito de arrependimento” é uma ferramenta extremamente útil e utilizada pelo Judiciário para intervir na relação jurídica firmada entre os particulares.

De toda forma, aqui cabe um alerta de grande valia: o Código de Defesa do Consumidor, ao prever o “direito de arrependimento”, visou única e exclusivamente a proteção do consumidor. Mas a lei não impede que o consumidor faça maus negócios, tampouco lhe isenta da obrigação de atentar-se aos pressupostos, prazos e demais critérios estabelecidos para concessão do benefício contratual.

Os números demonstram que, em muitos casos, o consumidor teve que enfrentar os reflexos financeiros de uma tentativa frustrada de desfazimento do negócio simplesmente porque não se atentou ao “prazo de reflexão” de 7 dias.

E se o artigo 49 do Código de Defesa do Consumidor foi criado para equalizar as relações, em prol do bem-estar social, forçoso reconhecer que o consumidor também tem que desempenhar um bom papel nessa história, e isso se faz com a observância e cumprimento dos preceitos que a lei previamente determina.

Do contrário, a demanda judicial refletirá o perecimento de um direito potestativo, a movimentação indevida da “máquina judiciária” e, pior, a interferência direta na estabilidade de todo o sistema normativo, causando verdadeiro retrocesso aos avanços obtidos pela legislação consumerista nos últimos 25 anos.

8 - REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. O Novo Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor: pontos de convergência. Revista de Direito do Consumidor n. 48

ALVES, Fabrício da Mota. O direito de arrependimento do consumidor: exceções à regra e necessidade de evolução legislativa no Brasil. Jus Navigandi, Teresina, 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/9605>>. Acesso em: 29.07 2014

ALVIM, Eduardo. Código de Defesa do Consumidor Comentado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995

ANDRADE, Ronaldo Alves de. Curso de Direito do Consumidor. Barueri: Manole, 2006

BOLSON, Simone Hegele. O direito de arrependimento nos contratos de crédito ao consumidor. Revista de Direito do Consumidor. Vol 64, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007

CASTRO, Flávia Lages de. História do Direito Geral e Brasil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007

CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Direito do Consumidor. São Paulo: Atlas, 2008

COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Comercial. São Paulo: Saraiva, 4ª. ed, 2003

_____. O direito do consumidor no comércio eletrônico. Revista do Advogado n. 89, 15 anos de vigência do Código de Defesa do Consumidor. São Paulo, AASP, dezembro de 2006

FILOMENO, José Geraldo Brito. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto. 7ª. ed revista e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2011

FINKELSTEIN, Maria Eugênia. Direito do Comércio Eletrônico. Rio de Janeiro: Ed. Elsevier, 2ª. Ed, 2011

GOMIDE, Alexandre Junqueira. Direito de Arrependimento nos Contratos. Lisboa, 2009. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

LAZZARINI, Marilena Igreja. Código de Defesa do Consumidor Comentado. São Paulo: Globo, 2001

MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman; MIRAGEM, Bruno. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002

_____. Contratos no Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 704,

_____. Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais. 4º ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 707

_____. A proteção do consumidor de produtos e serviços estrangeiros no Brasil: primeiras observações sobre os contratos a distância no comércio eletrônico. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo, v. 11, n. 41, p 39

MIRAGEM, Bruno. Curso de Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2ª. Ed, 2000

NERY JUNIOR, Nelson. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto. São Paulo: Forense Universitária, 5ª. ed.

_____. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. São Paulo: Forense 7ª. ed.

NUNES, Rizzatto. Curso de Direito do Consumidor. São Paulo: Saraiva, 4ª. ed., 2009

_____. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: Saraiva, 2000

ROCHA, Marcio Antonio. Sistema Financeiro de Habitação, Soluções Jurídicas e proposições para o futuro. Curitiba: Ed, Juruá, 2005

SODRÉ, Marcelo Gomes. A Construção do Direito do Consumidor. Um estudo sobre as origens das leis principiológicas de defesa do consumidor. São Paulo: Atlas, 2009

_____. MEIRA, Fabíola. CALDEIRA, Patrícia e outros. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: Verbatim, 2009

SOUZA, Déborah Barreto de. *O Direito de Arrependimento nos Contratos Eletrônicos*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 09 jun. 2010. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br>> Acesso em: 29.07.2014

SWARG, Vinicius Simony. O Direito de Arrependimento no Código de Proteção e Defesa do Consumidor. São Paulo, 2010. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito das Relações Sociais, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2010.

VENOSA, Silvio de Sávio. Código Civil Interpretado. São Paulo: Atlas, 2^a. Ed, 2011,