

A ANÁLISE DA EFICÁCIA DA VALIDADE DO CONSENTIMENTO DO CONSUMIDOR NOS CONTRATOS CELEBRADOS EM AMBIENTES DIGITAIS

Levi Ranieri Lago Alcântara de Araújo¹

RESUMO

Este artigo analisa a validade e a eficácia do consentimento do consumidor nos contratos celebrados em ambientes digitais, tendo por objeto o aceite manifestado pelo toque em “li e concordo”. O problema consiste em saber se esse gesto, prestado em segundos e quase sempre sem a leitura prévia das condições, constitui consentimento juridicamente válido. A pesquisa, de natureza bibliográfica e dogmática, ampara-se na doutrina contratual e consumerista, na legislação e na jurisprudência. O estudo percorre os princípios da teoria geral dos contratos, o regime protetivo do Código de Defesa do Consumidor, com ênfase na vulnerabilidade informacional, e os vícios do consentimento, para então aplicá-los ao contrato eletrônico de adesão. Constata que o clique reduz o consentimento à sua forma mínima, apartando a manifestação declarada da vontade real do consumidor. Identifica que o Código alcança o ambiente digital por instrumentos como a vinculação da oferta, o direito de arrependimento e a ineficácia do contrato cujo conteúdo não se deu a conhecer, aplicados pelos tribunais. Conclui que, embora robusta, a proteção é predominantemente reativa, e que o regime precisa avançar rumo à tutela preventiva do consentimento, exigindo do fornecedor a garantia, antes da contratação, daquilo que de fato importa ao consumidor.

Palavras-chave: Consentimento do consumidor. Contratos digitais. Código de Defesa do Consumidor. Vulnerabilidade. Contrato de adesão.

1 INTRODUÇÃO

Contratar tornou-se um gesto de segundos. Rola-se a tela, toca-se em “li e concordo” e o vínculo está firmado, quase sempre sem que uma linha das condições tenha sido lida. Por trás desse toque há um contrato inteiro, redigido por uma empresa cercada de juristas, e, do outro lado, um consumidor que não domina a técnica jurídica do instrumento nem a técnica do serviço que contrata. Daí o problema que move este trabalho: saber se aquele “aceito” constitui, de fato, consentimento válido.

O ponto sensível não está na pressa, e sim no que ela encobre. O consumidor aceita sem saber ao certo com o que concorda, seja porque lhe falta o conhecimento técnico para entender a cláusula, seja porque esse conhecimento, quando existe, não lhe chega de forma clara. A vulnerabilidade, aqui, é antes de tudo informacional. E não atinge apenas o leigo: a forma como o consentimento é capturado no ambiente digital é desenhada com tanto esmero

¹ Graduando em Direito pela Universidade Católica do Salvador (UCSal). E-mail: levidef@gmail.com.

que alcança mesmo quem tem alguma familiaridade com o direito do consumidor, sinal de que a falha é estrutural, do modo como a vontade é colhida, e não um descuido de quem clica.

Nem sempre o contrato foi assim. Houve tempo em que ele nascia da negociação, do ajuste palavra a palavra entre partes que discutiam cada cláusula. Esse modelo cedeu ao contrato de adesão, em que uma parte redige e a outra apenas adere, e o consumo de massa o generalizou. O ambiente digital levou o processo ao extremo: já não se adere a um papel que se folheia, e sim a uma tela que se rola até o botão. O que antes era acordo virou aceitação, e a aceitação encolheu até caber num toque.

Esse toque é cuidadosamente preparado. Os termos vêm longos, em linguagem técnica, dispostos numa rolagem interminável que desencoraja a leitura. O botão de aceitar salta aos olhos; o de recusar, quando existe, se esconde ou cobra um caminho mais penoso. Tudo conspira para que o consentimento seja dado depressa e sem exame. A fragilidade do “aceito”, portanto, não é um efeito colateral do meio digital. É um resultado projetado, que serve a quem redige o contrato.

A indagação ganha urgência no momento atual. O consumo em ambientes digitais, ainda discreto até pouco tempo atrás, multiplicou-se de forma acelerada nos últimos anos, e com ele cresceu o número de vínculos celebrados nessa mesma velocidade. É para esse terreno que o trabalho se dirige. A teoria clássica dos contratos e o próprio Código de Defesa do Consumidor foram concebidos antes desse salto, e averiguar se as suas categorias ainda alcançam um consentimento prestado em segundos é o rumo a que estas páginas se encaminham.

A relevância da questão é, primeiro, prática. Quem arca com a conta dessa fragilidade é o consumidor comum, e no Brasil o peso é ainda maior. Em um cenário de poder de compra reduzido, cumprir um contrato cujo conteúdo se desconhecia é prejuízo concreto, e recai sobre quem menos pode suportá-lo. Resguardar a validade do consentimento, nesse contexto, é também resguardar o orçamento de quem vive no limite dele.

Há, ainda, uma relevância acadêmica. Em vez de tomar a invalidade do consentimento como dado, o trabalho a trata como hipótese e a submete ao crivo da doutrina. Percorre o que os autores sustentam sobre os princípios contratuais, sobre o regime do consumidor e sobre os vícios da vontade, para verificar se esse instrumental confirma, ou desmente, a suspeita de que o consentimento digital costuma nascer comprometido. O mérito pretendido está menos em afirmar a tese do que em prová-la com o que a melhor doutrina já construiu.

A posição que o trabalho sustenta pode ser adiantada. O Código de Defesa do Consumidor é, em linhas gerais, um diploma robusto, e o seu instrumento mais incisivo, o direito de arrependimento do art. 49, já nasceu voltado às contratações feitas fora do estabelecimento, o que o aproxima naturalmente do comércio eletrônico. Esse acerto, porém, é mais a exceção do que a regra. Nos demais aspectos do contrato digital, a proteção disponível se mostra insuficiente, e o regime precisa avançar para acompanhar a forma como hoje se consente. O aparato clássico é a base correta; o ponto de chegada é outro.

O propósito, então, é analisar a validade e a eficácia desse consentimento, e o caminho

até lá se faz em etapas. O trabalho examina, primeiro, a teoria geral dos contratos e os seus princípios, da autonomia privada à função social e à boa-fé objetiva. Passa, em seguida, ao regime protetivo do Código de Defesa do Consumidor, com a vulnerabilidade no centro. Detém-se, depois, nos vícios do consentimento, que revelam onde a vontade pode ruir. Esse percurso, conduzido por pesquisa bibliográfica e dogmática, amparada na doutrina, na legislação e na jurisprudência, não é um fim em si. É a base sobre a qual se torna possível enfrentar a pergunta que move o estudo.

Volta-se, então, ao gesto do início. Aquele toque em “li e concordo” é o ponto em que tudo se decide: ali, em um segundo, o consumidor ou exerce uma vontade livre ou apenas cumpre um roteiro escrito por outro. Saber qual das duas coisas de fato acontece, e o que o direito tem a dizer a respeito, é o que estas páginas se propõem a responder.

2 TEORIA GERAL DOS CONTRATOS E SEUS PRINCÍPIOS

2.1 O contrato e a genealogia do negócio jurídico

O contrato não se entende isolado. Para situá-lo, a doutrina percorre uma escala que sobe do fato jurídico ao ato jurídico, deste ao negócio jurídico, e nele encontra o contrato como espécie. Conforme Gomes (2019), essa escala conceitual vem da pandectística, e o Código Civil de 2002 a adota ao colocar o negócio jurídico como categoria central, ainda que não o defina de modo expresso. Stolze e Pamplona (2014) detalham a base dessa pirâmide: o fato jurídico em sentido amplo abrange desde os eventos puramente naturais até os atos humanos, e o negócio jurídico é o ponto em que a vontade não apenas atua, mas regula os próprios efeitos que pretende produzir. É desse degrau que o contrato desce.

O que o distingue nessa escala é a estrutura. Para Gomes (2019), o contrato é negócio jurídico bilateral ou plurilateral, e se define por sujeitar as partes a uma conduta voltada à satisfação dos interesses que elas mesmas regularam. Gonçalves (2017) destaca o mesmo traço por outro ângulo: o contrato é a mais importante fonte das obrigações e o modelo mais expressivo de negócio bilateral, porque depende, para nascer, do encontro de pelo menos duas vontades. E não é um encontro qualquer. Exige declarações convergentes, que coincidam nos pontos essenciais; sem isso não há acordo, e sim dissenso.

A definição, porém, não esgota o instituto, e aqui já se planta um alerta que vai percorrer toda a seção. Gomes (2019) recusa ler o contrato como peça de pura lógica conceitual. Ele deve ser compreendido conforme o seu fim e o seu conteúdo, que é também social, de modo que só merece proteção o pacto que cumpre a sua função econômico-social. Tartuce (2019a) leva esse registro adiante quando coloca, ao lado da definição clássica, uma leitura contemporânea que enxerga no contrato uma relação ancorada na solidariedade constitucional, com efeitos que não se esgotam entre os contratantes. A semente do que virá, a função social e a boa-fé, já está na própria noção de contrato.

2.2 A autonomia privada

Sobre essa base erguem-se os princípios contratuais, e o ponto de partida de todos é a autonomia. Conforme Gomes (2019, p. 44), o princípio da autonomia da vontade se concretiza, no contrato, na liberdade de contratar, que ele define como “o poder dos indivíduos de suscitar, mediante declaração de vontade, efeitos reconhecidos e tutelados pela ordem jurídica”. Esse poder se desdobra em três: a liberdade de contratar ou não, a de escolher com quem contratar, e a de fixar o conteúdo do pacto. Gonçalves (2017) descreve as mesmas faculdades e lembra o seu ápice histórico, no liberalismo que se seguiu à Revolução Francesa, quando a convenção legalmente firmada passou a valer entre as partes com força de lei.

A terminologia, contudo, envelheceu, e Tartuce (2019a) propõe trocá-la. Falar em autonomia da vontade carregaria uma conotação psicológica, subjetiva, que já não corresponde ao contrato de hoje. Daí ser melhor falar em autonomia privada, expressão que capta o poder de autorregramento de modo objetivo e desloca o foco da vontade para a pessoa. Stolze e Pamplona (2014) seguem o mesmo caminho ao observar que a vontade, herança do individualismo, perdeu a conotação absoluta que teve, condicionada aos poucos por normas de ordem pública, à medida que o direito reconheceu que os contratantes nem sempre são iguais. Tratar como iguais quem não é seria coroar a injustiça. O contrato continua nascendo da liberdade das partes, mas essa liberdade deixou de ser a vontade soberana do indivíduo isolado e passou a ser um poder exercido dentro de limites que protegem.

E limites sempre houve. Gomes (2019) anota que a liberdade de contratar jamais foi ilimitada, confinada desde sempre pela ordem pública e pelos bons costumes, e que foi o abuso dessa liberdade, em terreno de desigualdade econômica, o que provocou a reação da lei. A esse propósito, Gomes (2019, p. 49) recolhe a frase de Lacordaire que se tornou célebre: “Entre o fraco e o forte é a liberdade que escraviza e a lei que liberta”. A esses freios antigos o art. 421 do Código Civil acrescentou outro, expresso, a função social do contrato, que Tartuce (2019a) descreve não como supressão da autonomia, e sim como redução do seu alcance. A autonomia, portanto, abre a teoria dos contratos, e o que vem depois são os limites que a moldam.

2.3 O consensualismo

Da autonomia decorre o consensualismo. Conforme Gomes (2019), no direito atual vale a regra do *solo consensu*: o acordo de vontades basta para aperfeiçoar o contrato, sem necessidade de forma especial. Nem sempre foi assim. O autor lembra que as civilizações antigas viviam do formalismo e do simbolismo, e que a ideia de o simples consentimento bastar é conquista recente do pensamento jurídico. Gonçalves (2017) confirma pelo direito positivo: no Brasil a forma é, em regra, livre, por força do art. 107 do Código Civil, e só se exige forma especial quando a lei expressamente a reclama. Em poucas palavras, o consensualismo é a regra, e o formalismo, a exceção, ressalvados os contratos solenes e os reais.

Nem todos, porém, dão a esse princípio o mesmo destaque. Tartuce (2019a) prefere não

tratá-lo como categoria autônoma e o absorve dentro da força obrigatória, ao argumento de que a vontade perdeu a centralidade que tinha, sobretudo diante dos contratos de adesão, em que de consentir, no sentido pleno da palavra, pouco resta. A observação é aguda e antecipa um problema que o Código de Defesa do Consumidor vai enfrentar de frente. O acordo, sozinho, basta para formar o contrato; se esse acordo é mesmo uma escolha, já não é o consensualismo que responde.

2.4 A força obrigatória

Vem em seguida a força obrigatória, o célebre *pacta sunt servanda*. Para Gomes (2019), ele se resume na fórmula de que o contrato é lei entre as partes: celebrado validamente, deve ser cumprido como se suas cláusulas fossem preceitos imperativos, sejam quais forem as circunstâncias. Dessa obrigatoriedade decorre a intangibilidade, a impossibilidade de o juiz alterar o conteúdo do pacto. Gonçalves (2017, p. 46), no mesmo sentido, condensa o princípio numa fórmula breve: a força obrigatória significa, “em essência, a irreversibilidade da palavra empenhada”. O fundamento está na segurança de que o tráfego jurídico precisa, e dessa segurança nasce a regra de que o contrato, uma vez celebrado, obriga.

Esse rigor, no entanto, cedeu. Gomes (2019) admite atenuações que, segundo ele, não mutilam a substância do princípio: diante de acontecimento extraordinário e imprevisível que torne a prestação excessivamente onerosa, abre-se ao juiz, em caráter excepcional, a via da revisão, na esteira da teoria da imprevisão e da velha cláusula *rebus sic stantibus*. Gonçalves (2017) registra a mesma evolução e a ancora no Código de 2002, que positivou a resolução por onerosidade excessiva e os institutos da lesão e do estado de perigo, advertindo, com a doutrina que cita, que suavizar a obrigatoriedade não é o mesmo que extingui-la.

Tartuce (2019a) vai mais longe. Para ele, a força obrigatória não conserva a primazia de outrora, está mitigada e se tornou secundária diante da função social do contrato, a ponto de, no seu prognóstico, tender a ceder lugar a outros princípios, como a conservação do negócio e a boa-fé. Aqui as posições se separam. Gomes e Gonçalves preservam o princípio e apenas o flexibilizam; Tartuce o vê em retirada. Este trabalho fica com a relativização, sem precisar subscrever o prognóstico do desaparecimento: o que importa reter é que um dogma pensado para iguais não pode reger, com o mesmo rigor, relações marcadas pela desigualdade. A palavra dada ainda obriga; deixou apenas de obrigar cegamente. Quanto e por qual caminho ela se relativiza é o que a função social vai mostrar a seguir.

2.5 A relatividade dos efeitos

Fecha o quadro clássico a relatividade dos efeitos, sintetizada na máxima *res inter alios acta*: o contrato produz efeitos entre as partes, sem aproveitar nem prejudicar terceiros. Conforme Gomes (2019), é preciso distinguir. A existência do contrato é um fato que terceiros não podem ignorar, mas os seus efeitos internos, os direitos e deveres que cria, ficam circunscritos a quem o celebrou. O princípio, adverte o autor, nunca foi absoluto, e comporta exceções de

longa data, como a estipulação em favor de terceiro, em que o contrato projeta um benefício para fora de si.

O ponto ganhou outra dimensão com a função social. Gonçalves (2017) observa que o Código de 2002, ao deixar de ver o contrato como assunto exclusivamente privado, abrandou a relatividade e deu relevo ao seu espectro público. Daí a chamada tutela externa do crédito, que Tartuce (2019a) ilustra com a figura do terceiro cúmplice, aquele que, sabendo do contrato alheio, colabora para a sua violação: os terceiros não estão autorizados a se comportar como se o contrato não existisse. A relatividade subsiste como regra, mas já não isola o contrato do mundo à sua volta.

Esses quatro princípios desenham o contrato clássico, concebido para partes livres e iguais que negociam em pé de igualdade. O retrato, porém, está incompleto, e a própria exposição já deixou ver as suas fissuras: a autonomia que se atenua, o consensualismo que se esvazia na adesão, a obrigatoriedade que se mitiga, a relatividade que se abre. Falta a parte que reorganizou o sistema inteiro, a função social do contrato e a boa-fé objetiva, de que se ocupa a sequência.

2.6 A função social do contrato

Com a função social do contrato, o eixo da teoria se desloca. Conforme Tartuce (2019a, p. 112), trata-se de um princípio de ordem pública pelo qual o contrato “deve ser, necessariamente, visualizado e interpretado de acordo com o contexto da sociedade”, e que representa, no fundo, a perspectiva funcional da autonomia privada: a liberdade contratual deixa de valer por si e passa a valer pelo fim que cumpre. O fundamento é constitucional. A função social bebe da solidariedade social, da dignidade da pessoa humana e da igualdade, valores que, na leitura do autor, são as portas por onde a Constituição entra na relação entre particulares.

Gonçalves (2017) chega ao mesmo ponto pela via da socialidade, princípio que o Código de 2002 adotou ao recusar a herança individualista e fazer prevalecer os valores coletivos sem sacrificar a pessoa. A função social, nesse desenho, alia-se aos princípios clássicos e muitas vezes impede que eles prevaleçam, limitando a autonomia sempre que ela colida com o interesse social. Gomes (2019) já trazia a semente no conceito de função econômico-social: só merece a proteção do direito o contrato que cumpre um fim útil, e não o que se esgota no capricho das partes.

No direito positivo, o princípio está no art. 421 do Código Civil, que, na redação dada pela Lei 13.874/2019, dispõe que a liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato, e há um registro a fazer. Tartuce (2019a) já criticava a redação original do dispositivo, que falava em liberdade de contratar e em exercê-la em razão da função social, e defendia que se dissesse liberdade contratual, referente ao conteúdo do pacto. A reforma de 2019 acabou por acolher essa correção, embora não tenha vindo sozinha.

Ao lado do acerto na terminologia, a mesma lei acrescentou ao art. 421 um parágrafo único que faz prevalecer, nas relações contratuais privadas, a intervenção mínima e a excep-

cionalidade da revisão. Aqui cabe uma ressalva. Pregar a intervenção mínima é empurrar o pêndulo de volta na direção do contrato clássico, justamente o modelo que a função social tinha vindo corrigir. Convém, ainda assim, medir o alcance do reparo: a intervenção mínima governa os contratos paritários, civis e empresariais, e o microsistema do Código de Defesa do Consumidor segue intocado, com a sua tutela robusta. O alerta, mesmo assim, não desaparece, porque toda revalorização da autonomia, ainda que confinada ao terreno paritário, reacende um discurso que historicamente serviu para desproteger o mais fraco.

A função social opera em duas direções. Para dentro do contrato, na chamada eficácia interna, ela protege o contratante vulnerável, autoriza a mitigação da força obrigatória já anunciada e, sobretudo, fulmina as cláusulas que abusam. É aqui que a intervenção do juiz encontra a sua medida. Ele intervém para extirpar o abuso, declarando nula a cláusula que desequilibra, sem tomar o lugar das partes e reescrever o contrato. A diferença importa. Anular o que é abusivo preserva o pacto naquilo que ele tem de legítimo; refazer o seu conteúdo poria o juiz no papel de contratante. É essa primeira via, mais cirúrgica, que este trabalho defende. Para fora do contrato, na eficácia externa, a função social sustenta a tutela externa do crédito já referida, pela qual o terceiro não está livre para colaborar com a violação de um contrato que conhece.

Há um modo claro de dizer o que legitima essa intervenção. O que o juiz protege é o direito em jogo, não a pessoa de quem o invoca. A distinção não é mero detalhe. A correção do desequilíbrio se deve ao direito que ampara a parte. Não é compaixão pelo mais fraco; é aplicação da norma, e por isso vale seja quem for o titular. É também por isso que o contratante mais forte, ou o mais bem assessorado, não fica imune: se o direito o alcança, alcança-o sem consideração pela sua estatura. Essa impessoalidade é o que afasta da intervenção a falha de arbítrio, pois o juiz não escolhe a quem favorecer, apenas aplica o direito a quem ele toca. É essa a virada que a função social impõe: o contrato deixa de valer por si e passa a valer pelo fim que cumpre.

2.7 A boa-fé objetiva

Se a função social é a moldura, a boa-fé objetiva é o princípio que faz o quadro funcionar, e é nela que este trabalho coloca o centro de gravidade da teoria contratual. Convém, primeiro, não confundir as duas boas-fés. Conforme Gonçalves (2017), a subjetiva é um estado de consciência, a crença de quem se julga em situação regular, e interessa sobretudo ao direito das coisas. A objetiva é outra coisa: uma norma de comportamento, um padrão de lealdade e honestidade exigível do contratante, independentemente do que ele sinta por dentro. Tartuce (2019a) resume a ideia ao somar à boa intenção a probidade, isto é, a lealdade que se cobra na conduta.

O Código a positivou no art. 422, que obriga os contratantes a guardar, tanto na conclusão quanto na execução do contrato, os princípios da probidade e da boa-fé. Gonçalves (2017) anota que o dispositivo é norma aberta, a ser preenchida pelo juiz à luz das circunstâncias e dos usos, e dele faz nascer deveres que o contrato não escreve mas que o acompanham, os

chamados deveres anexos: o dever de informar, o de cooperar, o de cuidar, o de ser leal. Em linguagem simples, além de entregar a coisa e pagar o preço, cada parte deve à outra um mínimo de honestidade ativa, o cuidado de não esconder o que precisa ser dito e de não atrapalhar o que precisa ser feito. Romper esses deveres, mesmo cumprindo a prestação principal, já é uma forma de inadimplemento.

Tartuce (2019a) e Gonçalves (2017) organizam o princípio em três funções, cada uma ancorada em um dispositivo. A primeira é interpretativa: pelo art. 113, o negócio se lê conforme a boa-fé e os usos do lugar, de modo que, entre dois sentidos possíveis, prevalece aquele que um contratante leal daria à cláusula. A segunda é integrativa, a do art. 422, que cria os deveres anexos já referidos e completa o contrato para além do que as partes escreveram. A terceira é de controle, e é a mais incisiva: pelo art. 187, comete ato ilícito quem exerce um direito além dos limites impostos pela boa-fé. Nessa função, a boa-fé vira um freio ao exercício de posições jurídicas.

É na função de controle que reaparece, por outro ângulo, a ideia de que o direito está acima de quem o titulariza. Ter um direito não autoriza exercê-lo de qualquer maneira; quem o usa de forma desleal abusa, e o abuso não merece proteção. Dessa função a doutrina extraiu figuras hoje consagradas. Gonçalves (2017) e Tartuce (2019a) tratam do *venire contra factum proprium*, a proibição de agir em contradição com a própria conduta anterior quando essa conduta já criou no outro uma confiança legítima. Tratam da *supressio*, a perda de um direito que se deixou de exercer por tempo bastante para que a contraparte confiasse que ele não viria mais, e da *surrectio*, o seu reverso, o nascimento de uma posição em favor de quem se beneficiou daquela inércia. E há o *tu quoque*, que proíbe a quem descumpriu a norma invocá-la contra o outro.

Tartuce (2019a) acrescenta o dever de a própria vítima reduzir o seu prejuízo, o *duty to mitigate the loss*, pelo qual o credor não pode assistir de braços cruzados ao crescimento do dano para depois cobrá-lo por inteiro. Todas essas figuras partilham uma raiz, a confiança, que é o que a boa-fé objetiva protege no fim das contas. Não por acaso ela reaparece adiante, no exame dos vícios do consentimento, onde a mesma confiança fundamenta a proteção de quem foi induzido a errar.

2.8 O equilíbrio econômico

O equilíbrio econômico fecha o conjunto. Alguns autores o elevam a princípio próprio; outros o tratam como desdobramento dos dois anteriores. Gomes (2019) o apresenta como o fundamento comum de duas figuras, a lesão e a revisão por onerosidade excessiva, ambas freios à rigidez da força obrigatória. A ideia é intuitiva: o contrato pressupõe certa equivalência entre o que cada parte dá e o que recebe, e quando essa equivalência se rompe de modo grave, o direito reage.

Conforme Gonçalves (2017), o Código de 2002 acolheu esses mecanismos: a revisão ou resolução por onerosidade excessiva superveniente, dos arts. 478 a 480, e os institutos da lesão

e do estado de perigo, que atingem o contrato já desequilibrado na origem. Tartuce (2019a) junta uma crítica útil: os tribunais leem o requisito da imprevisibilidade de forma tão estrita que quase nada se mostra imprevisível, razão por que parte da doutrina propõe deslocar o foco da imprevisão para o desequilíbrio concreto, que é, afinal, o que a justiça contratual quer corrigir. O equilíbrio, assim, é a medida que separa o contrato justo daquele que apenas tem a forma de um acordo.

Recolhidos os princípios, o retrato se completa, e ele é diferente do clássico. A autonomia continua a abrir o contrato, sem governá-lo sozinha. Sobre ela se impõem a função social, que o prende ao interesse coletivo, e a boa-fé objetiva, que lhe dita o padrão de conduta e pune o abuso. Função social e boa-fé não são acessórios do contrato. São o que distingue um contrato justo de um contrato que apenas obriga, porque a justiça do pacto não está na forma do acordo, está no equilíbrio e na lealdade com que ele se cumpre.

Esses dois princípios mostram a sua força máxima onde a desigualdade entre as partes é a regra, e não a exceção. É o que ocorre na relação de consumo. O que aqui aparece como correção de rumo do contrato clássico, lá se torna a própria espinha do sistema, e é desse regime, o do Código de Defesa do Consumidor, que se ocupa o capítulo seguinte.

3 CONTRATOS À LUZ DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

3.1 O direito do consumidor e a ruptura com o modelo clássico

O direito do consumidor nasceu como resposta às relações de massa, e romper com o individualismo do contrato clássico foi a sua razão de ser. Conforme Marques, Benjamin e Bessa (2020), trata-se de uma disciplina de natureza tutelar, introduzida de forma sistemática no Brasil a partir da Constituição de 1988, que alçou o consumidor à condição de sujeito de direitos fundamentais. Cavalieri Filho (2019, p. 50) ilumina a diferença pela raiz: o Código Civil, observa, “é um código para relações entre iguais”, ao passo que o Código de Defesa do Consumidor “regula relações entre desiguais: o fornecedor e o consumidor, este reconhecidamente mais fraco”. O contratante que a teoria clássica tratava como abstrato e paritário passa a ser visto pelo que de fato é, a parte mais fraca de uma relação assimétrica. A produção e o consumo em massa o haviam despersonalizado, reduzido a um dado econômico no fim da cadeia, e o CDC veio devolver-lhe a dimensão de pessoa.

3.2 A vulnerabilidade e suas espécies

A chave de todo o sistema é a vulnerabilidade. É o ponto de partida de que depende toda a tutela, a característica que marca o sujeito mais fraco e sinaliza a necessidade de protegê-lo. Para Cavalieri Filho (2019), não se trata de mera presunção legal, mas de qualidade intrínseca de quem ocupa a posição de consumidor, inerente a esse papel e indiferente à sua condição social, cultural ou econômica. É vulnerabilidade que não admite prova em contrário, presumida de modo absoluto em favor de todos os consumidores. O fundamento é estrutural: quem consome

participa apenas da última etapa do ciclo econômico e não detém os mecanismos de controle da produção, da distribuição e da comercialização, de modo que está, por definição, exposto.

Daí a distância em relação à hipossuficiência, com a qual a vulnerabilidade não se confunde. A vulnerabilidade é traço de direito material, universal, comum ao consumidor rico e ao pobre, ao instruído e ao leigo. A hipossuficiência é marca pessoal e de natureza processual, restrita a alguns, que o Código reservou às hipóteses de inversão do ônus da prova, a ser aferida pelo juiz diante do caso concreto. Conforme Cavalieri Filho (2019, p. 69), a hipossuficiência é “um agravamento da situação de vulnerabilidade, um plus, uma vulnerabilidade qualificada”, e não o mesmo fenômeno; os dois jamais se equivalem. Tomá-las uma pela outra seria condicionar uma proteção que é de todos à demonstração de uma fragilidade que é de poucos. Essa presunção universal se sustenta, porque ser sofisticado não confere ao consumidor o domínio do lado jurídico do contrato, que é, antes de tudo, uma questão técnica, e nenhum indivíduo, por mais preparado, se equipara a uma empresa estruturada, com centenas de funcionários e um corpo de juristas a seu serviço. A desigualdade, aqui, é estrutural, não circunstancial.

Essa fragilidade, porém, não é monolítica, e a doutrina a decompõe para enxergá-la melhor. Conforme Marques, Benjamin e Bessa (2020), a vulnerabilidade se manifesta em espécies. A primeira é a técnica: o consumidor não domina os conhecimentos específicos sobre o produto ou o serviço que adquire, ignora o processo produtivo e os atributos do bem, e por isso é facilmente iludido quanto às suas características ou à sua utilidade. A segunda é a jurídica, também dita científica, que está na falta de conhecimentos jurídicos, contábeis ou econômicos para medir o alcance daquilo que assina, deficiência que os contratos de adesão, redigidos em linguagem técnica e cerrada, só fazem agravar. A terceira é a fática, ou socioeconômica, e desloca o foco para o outro polo: nasce da superioridade do fornecedor, do seu poder econômico, da sua posição de monopólio ou da essencialidade do serviço que presta, condições que lhe permitem ditar os termos a quem com ele contrata.

A essas três o Manual acrescenta uma quarta, a vulnerabilidade informacional, que considera a mais básica e característica do consumidor de hoje. O ponto é menos óbvio do que parece. O problema deixou de ser a falta de informação. Para os autores, a informação tornou-se abundante, e o desequilíbrio vem justamente de ela ser controlada e manipulada por quem a detém, o fornecedor, único senhor daquilo que de fato importa saber. Essa vulnerabilidade informacional é, conforme Marques, Benjamin e Bessa (2020, p. 178), “o maior fator de desequilíbrio da relação vis-à-vis os fornecedores, os quais, mais do que experts, são os únicos verdadeiramente detentores da informação”. Cavalieri Filho (2019) trabalha apenas as três primeiras espécies e não isola a informacional como categoria autônoma, o que não desautoriza a observação do Manual, apenas a situa: o déficit informacional ganhou peso próprio à medida que as formas de contratar se sofisticaram. A doutrina ainda reconhece a hipervulnerabilidade, agravamento que recai sobre grupos como idosos, crianças e enfermos, a quem se deve proteção redobrada. Reunidas as espécies, fica o essencial: a vulnerabilidade é uma presunção única, comum a todo consumidor, que aparece por mais de um flanco, e a proteção só funciona se cobre

cada um deles.

3.3 A relação de consumo

Sobre essa premissa monta-se a relação de consumo. De um lado está o consumidor, que o art. 2º do CDC define como destinatário final do produto ou serviço, conceito que a lei estende para alcançar a coletividade exposta às práticas do mercado e as vítimas dos danos de consumo. De outro está o fornecedor, descrito pelo art. 3º em termos propositalmente largos, de modo a abranger todo aquele que, com profissionalismo e fim econômico, atua na cadeia de produção e circulação. Entre os dois corre o objeto, o produto ou o serviço, que deve corresponder à legítima expectativa de quem confia no mercado. É essa relação, desigual já no desenho, que todo o resto do Código se ocupa de equilibrar.

3.4 O dirigismo contratual

É no campo contratual que esse regime mostra a sua força, e é aqui que a intervenção se faz método. Conforme Marques, Benjamin e Bessa (2020), o CDC instaura um dirigismo contratual, isto é, a própria lei entra no conteúdo do contrato, mitiga os velhos dogmas da autonomia absoluta e da intangibilidade das cláusulas e submete o pacto a normas de ordem pública. Essa intervenção tem causa precisa, a massificação. O mercado encheu-se de contratos de adesão e condições gerais redigidas de forma unilateral, e foi para reequilibrar partes desiguais que a ordem pública passou a limitar tanto o conteúdo quanto as próprias técnicas de contratação em massa. Cavalieri Filho (2019) reforça que as normas do Código são de ordem pública e de interesse social, de aplicação necessária, e que restringir a autonomia da vontade é, nesse campo, o instrumento de que o Estado se vale para reconstruir a igualdade material entre quem ocupa posições tão distantes. A boa-fé objetiva, já examinada na Seção 2, reaparece intensificada, a impor ao fornecedor um padrão de lealdade e transparência em todas as fases do negócio.

Esse dirigismo é o modelo adequado, e não um excesso de tutela. A relação entre massificação e vulnerabilidade é direta: quanto mais o consumo se intensifica e se despersonaliza, mais o consumidor se afasta de qualquer poder sobre aquilo que assina, e mais a sua fragilidade se aprofunda. Se a vulnerabilidade cresce com a massificação, a intervenção que a compensa não pode ficar parada, sob pena de proteger cada vez menos um sujeito cada vez mais exposto. Onde o desnível aumenta, o contrapeso precisa aumentar com ele.

3.5 A oferta e o dever de informar

A oferta é o terreno mais visível dessa proteção. No direito civil, o anúncio impreciso não passa de convite a contratar, lógica que o CDC inverte. Por força do art. 30, a publicidade suficientemente precisa obriga o fornecedor e integra o contrato que vier a ser celebrado, pouco importando o meio por que tenha sido veiculada. A esse vínculo soma-se o dever de informar, que é a espinha da transparência percorrendo todo o Código: o art. 31 exige clareza na apre-

sentação de produtos e serviços, o art. 46 nega força obrigatória ao contrato cujo conteúdo o consumidor não teve a oportunidade de conhecer, e o art. 47 manda interpretar as cláusulas do modo que lhe seja mais favorável. A omissão de dados, assim, não socorre quem ofertou, e a obscuridade do texto se volta contra quem o redigiu.

3.6 A revisão e o direito de arrependimento

O mesmo espírito governa a revisão das obrigações. O art. 6º, V, assegura ao consumidor a modificação das cláusulas desproporcionais e a revisão das que se tornem excessivamente onerosas, e o contraste com o Código Civil é nítido. A lei civil exige acontecimento extraordinário e imprevisível para autorizar a revisão; o CDC se contenta com o desequilíbrio objetivo da relação. Cavalieri Filho (2019) enxerga nessas duas hipóteses formas distintas de intervenção do Estado no contrato, ambas voltadas a restaurar o equilíbrio rompido em proveito do fornecedor. Há razão para a diferença. O Código Civil rege contratos em que a paridade entre as partes é frequente; o CDC rege contratos em que, na quase totalidade dos casos, o consumidor é a parte vulnerável. Exigir dele a mesma prova reservada a contratantes paritários seria desconhecer a desigualdade que define o consumo.

Há ainda um instrumento que talvez seja o mais incisivo de todos. O art. 49 confere ao consumidor o direito de arrependimento, o prazo de reflexão de sete dias para desistir do contrato firmado fora do estabelecimento comercial, sem precisar justificar a desistência nem suportar ônus por ela. É proteção que rompe com a própria força obrigatória clássica, ao permitir desfazer um vínculo já formado em favor de quem contratou em situação de menor discernimento.

O dirigismo do CDC não enfraquece o contrato; assenta-o sobre bases justas. Onde a teoria clássica via partes iguais negociando com liberdade, o direito do consumidor enxerga poder de um lado e fragilidade do outro, e é dessa lucidez que extrai a sua razão de existir. Resta, porém, um flanco que o equilíbrio econômico não cobre. De nada adianta ajustar o conteúdo do contrato se a vontade que o gerou já veio corrompida na origem, e é desse defeito, o vício do consentimento, que se ocupa a seção seguinte.

4 VÍCIOS DE CONSENTIMENTO

4.1 Os planos do negócio jurídico

Anunciada ao fim da seção anterior, a leitura do negócio jurídico em seus planos é o que permite localizar com precisão onde o consentimento entra e onde ele pode ruir. Conforme Tar-tuce (2019b), o negócio se decompõe em três planos sucessivos, na conhecida Escada Pontean-a de Pontes de Miranda: o da existência, o da validade e o da eficácia. No primeiro degrau estão os elementos mínimos, que o autor descreve como substantivos ainda sem adjetivos: as partes, a vontade, o objeto e a forma. Falta um deles, e o negócio sequer chega a existir. Stolze e Pam-plona (2014) afinam esse ponto de partida. O que figura no plano da existência é a declaração

de vontade, e não o querer guardado no íntimo, pois a manifestação, uma vez proferida, absorve o processo interno de querer e o torna jurídico.

No segundo degrau, os mesmos elementos ganham os adjetivos que lhes faltavam. É o plano da validade, regido pelo art. 104 do Código Civil, que reclama agente capaz, objeto lícito, possível e determinado, e forma prescrita ou não defesa em lei. A esses requisitos junta-se um que o artigo não enuncia mas pressupõe: a vontade há de ser livre. Parte da doutrina considera o elenco legal incompleto justamente por silenciar quanto à liberdade da manifestação. E é nesse plano que os vícios do consentimento operam, porque o que eles corrompem não é a existência da vontade, e sim a sua qualidade. O terceiro degrau, o da eficácia, cuida dos efeitos do negócio já válido, e ao consentimento não diz respeito de modo direto. De toda a escada, é o degrau da validade que importa ao consentimento, porque é nele que o vício age: não apaga a vontade, estraga a sua qualidade.

4.2 Vontade declarada e vontade real

Antes de chegar aos vícios, convém fixar uma distinção que a doutrina trava desde o século XIX. De um lado, a teoria da vontade, que vê na intenção real do agente a fonte verdadeira dos efeitos, de modo que, havendo descompasso, prevalece o que ele quis. De outro, a teoria da declaração, que põe o peso na manifestação exteriorizada, e não no que ficou na mente. Stolze e Pamplona (2014) observam que a disputa, levada ao extremo, tem pouco alcance prático, já que vontade e declaração são faces de uma mesma moeda, embora reconheçam que o conceito de negócio jurídico gravita em torno da declaração. O Código Civil não fecha a questão em um polo só. O art. 112 manda atender mais à intenção do que ao sentido literal da linguagem, e Tartuce (2019b) lê nesse comando a busca pelo efetivamente querido, sem o fetichismo da palavra. Já a reserva mental do art. 110 caminha no sentido inverso, ao fazer subsistir a declaração ainda que o autor não quisesse o que disse, salvo se o destinatário soubesse da reserva.

No Direito do Consumidor essa balança pende para um lado só. A tutela do consumidor persegue a vontade real, de modo que de pouco vale uma manifestação formalmente perfeita se ela não traduz aquilo que o consumidor de fato quis. A razão é a que percorre todo este trabalho. Quem adere a um contrato de massa não discute o seu conteúdo, apenas assina o que lhe é posto, e tomar o seu “aceito” como expressão fiel de uma vontade livre seria emprestar à declaração uma força que, ali, ela não tem. O próprio Código Civil dá a deixa: pelo art. 144, o erro não anula o negócio se a outra parte se dispõe a executá-lo conforme a vontade real do enganado, sinal de que, mesmo no direito comum, é o querido, e não o dito, que se procura preservar. O CDC apenas leva essa lógica às últimas consequências, porque a desigualdade entre os contratantes a impõe.

4.3 O erro

Postas as bases, chega-se aos defeitos da vontade. Os vícios de consentimento são, conforme Stolze e Pamplona (2014, p. 453), aqueles em que “a vontade não é expressada de maneira

absolutamente livre”. São eles que ferem a autonomia no seu núcleo, corrompendo o querer que deveria comandar o negócio. A análise se concentra no erro, no dolo e na coação, e deixa de lado o estado de perigo e a lesão.

O erro é a falsa percepção da realidade que leva o agente a querer o que não quereria se conhecesse os fatos. Tanto faz que nasça de noção equivocada ou de puro desconhecimento, pois a lei dá a um e a outro o mesmo tratamento. Nem todo engano, porém, contamina o negócio. O art. 138 do Código Civil só admite a anulação quando o erro é substancial e poderia ser percebido por pessoa de diligência normal, diante das circunstâncias. Substancial é o erro que recai sobre o que importa: a natureza do negócio, o seu objeto, uma qualidade essencial da coisa ou a identidade da pessoa. O erro accidental, que toca aspecto secundário, não anula coisa alguma, porque o negócio teria sido o mesmo ainda sem ele.

Há, contudo, um ponto em que a doutrina se divide, e ele interessa de perto ao consumidor. Trata-se de saber se, além de substancial, o erro precisa ser escusável, ou seja, perdoável, daqueles em que mesmo uma pessoa atenta cairia. Stolze e Pamplona (2014, p. 455) respondem que sim: o erro grosseiro, fruto de descuido acentuado, não mereceria amparo, porque, na fórmula dos autores, “o direito não deve amparar o negligente”. Tartuce (2019b) sustenta o contrário, e com melhor razão. O art. 138, ao falar em diligência normal, teria acolhido o princípio da confiança, e com isso a escusabilidade deixa de ser exigência e passa a prevalecer a proteção de quem, de boa-fé, confiou. Essa leitura, longe de prejudicar o consumidor, costuma protegê-lo. Na relação de consumo, o leigo quase nunca tem como enxergar o vício que o ilude, e cobrar dele a diligência de um especialista seria condenar de antemão justamente quem a norma quer abrigar.

4.4 O dolo

O dolo dá um passo além do erro. Aqui o engano não é espontâneo, é provocado, fruto do artifício que alguém arma para induzir o outro ao negócio. Tartuce (2019b) o chama, com franqueza, de arma do estelionatário. E para viciar o consentimento o dolo não exige qualquer prejuízo patrimonial; basta o engano, como acentuam Stolze e Pamplona (2014), para quem o que conta é a vantagem buscada pelo autor da fraude, tenha ou não a vítima saído no prejuízo. A razão é simples. Quem consentiria, de forma consciente e deliberada, em ser vítima de uma fraude? Ninguém. Por isso o consentimento arrancado por fraude já nasce contaminado.

Nem todo exagero é dolo. O elogio empolgado do vendedor, a lábia que enaltece a mercadoria, é o tolerado *dolus bonus*, que não vicia nada. O que a lei reprime é o *dolus malus*, a manobra tramada para enganar. No consumo, porém, essa fronteira se estreita, pois o reforço exagerado de qualidades, quando ultrapassa o exagero e vira informação falsa, descamba para a publicidade enganosa que o CDC repele. Há ainda o dolo que se comete calando. O art. 147 cuida da omissão dolosa, o silêncio intencional sobre aquilo que a outra parte ignorava e que, se conhecido, a teria afastado do negócio. No consumo, em que sobre o fornecedor pesa o dever de informar, é esse dolo por omissão o de aparição mais provável. O dolo, então, é o erro que

alguém fabricou de propósito, e é por ser fabricado que o direito o encara com mais rigor do que o engano nascido por acaso.

4.5 A coação

A coação ataca a liberdade da vontade pela raiz, pois opera pelo medo. Distingue-se a física, que suprime por inteiro a manifestação, da moral, a única que propriamente vicia, e que o art. 151 do Código Civil configura quando a declaração é extraída sob fundado temor de dano iminente e considerável à pessoa, à família ou aos bens do coagido. Nem todo receio, contudo, serve. O simples temor reverencial, o de desgostar de quem se respeita, não constitui coação. No mais, o que assim se obtém guarda a forma de um consentimento sem ter a sua substância.

4.6 Da anulabilidade à nulidade de pleno direito

Constatado o vício, segue-se a reação do ordenamento. O negócio passa a ser anulável, na forma do art. 171 do Código Civil. A anulabilidade tem efeito próprio, pois o ato produz efeitos até que o prejudicado o impugne, dentro de prazo decadencial, e não se pronuncia de ofício, já que só os interessados a podem alegar. A sorte do contrato fica, assim, entregue à iniciativa de quem foi enganado ou coagido, ao contrário da nulidade absoluta, que fulmina o negócio desde a origem e que o juiz reconhece por dever do cargo.

É nesse ponto que o Direito do Consumidor volta a avançar. A anulabilidade entrega a reação à vítima, mas, diante do abuso, o microsistema não quer depender da iniciativa de quem já é a parte vulnerável. Por isso o art. 51 do Código de Defesa do Consumidor declara nulas de pleno direito as cláusulas abusivas, sem depender de qualquer provocação. A gravidade do abuso não fica à mercê de o consumidor reclamar, porque a própria lei a fulmina, e a fulmina desde a origem.

Recolhido o conjunto, fica claro que o arsenal de vícios do Código Civil foi talhado para o contrato clássico, aquele negociado entre iguais. Transportado sozinho para o consumo, protegeria pouco, já que pressupõe um discernimento e uma paridade que a relação de consumo raramente oferece; somado ao aparato consumerista, o quadro muda. Sem essa soma, a tutela do consentimento do consumidor reduzir-se-ia a uma promessa no papel, e é por isso, afinal, que o CDC existe.

5 OS CONTRATOS DE CONSUMO EM AMBIENTE DIGITAL

5.1 A ficção do consentimento no clique

Construída a base nas três seções anteriores, resta o ambiente em que hoje o contrato mais se celebra. E há um equívoco a afastar de saída: conforme Cavalieri Filho (2019), o contrato eletrônico não inaugura um tipo contratual, pois o que passa pela tela continua a ser compra e venda, prestação de serviço, locação, e muda apenas o meio pelo qual se celebra. É o

meio, porém, que transforma o consentimento. As condições gerais já vêm postas nas páginas da web, e a aceitação, como anota Cavalieri Filho (2019, p. 308), “pode ser feita mediante um simples clique com o mouse”. O contrato de adesão, que a Seção 3 apresentou, encontra aqui a sua forma extrema. O aderente não discute cláusula alguma; no digital, ele sequer as percorre. Marques, Benjamin e Bessa (2020) observam que, nesse modelo, o consumidor com frequência não conhece os reais efeitos jurídicos daquilo a que se vincula. A forma do consentimento está perfeita: houve manifestação, houve aceite. O que falta é a essência.

Aí entra a ficção. O clique tem a aparência de uma vontade sem ter o conteúdo de uma escolha, porque ninguém escolhe aquilo que não leu nem teria como compreender. O Código não é indiferente a esse descompasso. O art. 46, já anunciado na seção anterior, é o dispositivo que o enfrenta: não obriga o consumidor o contrato cujo conteúdo não lhe foi dada a oportunidade de conhecer previamente, nem o que se redige de modo a dificultar a compreensão do seu sentido. Cavalieri Filho (2019) chama esse pressuposto de cognoscibilidade e o leva adiante: não basta que o consumidor pudesse conhecer o texto, é preciso que pudesse compreendê-lo, de modo que quem conhece sem compreender continua desobrigado. A sanção não é a nulidade, e sim a ineficácia. Marques, Benjamin e Bessa (2020) medem o alcance da regra: descumprido o dever, desconsidera-se a própria manifestação de vontade do consumidor, ainda que o contrato esteja assinado, e o pacto perde o efeito que lhe é nuclear, o de obrigar.

Vale traduzir o que isso significa. Um contrato ineficaz não é inexistente nem necessariamente inválido; ele existe, pode até ser válido, mas não produz efeito contra o consumidor que não teve como conhecê-lo. Levada ao clique, a consequência é direta: o “aceito” lançado sobre um bloco de termos que ninguém lê, redigido justamente para não ser lido, é o caso que o art. 46 descreve. O instrumento para tratar a ficção como ela é já está na lei.

A ficção, aliás, não é um acidente, e sim um efeito da própria estrutura da contratação digital. A informação que tornaria o consentimento esclarecido está com quem redige o contrato, não com quem o aceita. Cavalieri Filho (2019) acentua que, no comércio eletrônico, o dever de informar do fornecedor é ainda maior do que no contrato comum, pois ele é o profissional que domina o meio, e deve ao consumidor não apenas os dados do produto, mas os do próprio ambiente em que se contrata. E esse ambiente enfraquece quem nele entra: na rede, diluem-se os sinais de identidade e de confiança, a ponto de o consumidor não saber ao certo quem está do outro lado da tela. A vulnerabilidade informacional, examinada na Seção 3, encontra no digital o seu terreno mais fértil, e Marques, Benjamin e Bessa (2020) ligam-na de modo expreso ao comércio eletrônico. Consentir de verdade pressupõe uma informação que o consumidor não tem e que o fornecedor controla. Por isso o clique, mais do que apressado, nasce desinformado.

5.2 O contrato cativo e a alteração das condições

A ficção tem ainda uma dimensão que o tempo agrava. Há contratos digitais que se esgotam num ato, a compra entregue e encerrada em poucos dias, e neles o estrago de um consentimento mal colhido fica contido. O serviço digital é outra história. A assinatura de uma

plataforma de *streaming* não termina no clique inicial; ela se renova, se prolonga, e o contrato passa a reger uma relação que dura. A doutrina conhece a figura: é o contrato cativo de longa duração, que Cavalieri Filho (2019) e Marques, Benjamin e Bessa (2020) reconhecem nos vínculos que prendem as partes por tempo indeterminado, e em que o dever de informar, como anota o Manual, não se esgota na celebração e acompanha toda a execução.

É aqui que a ficção do consentimento se revela mais duradoura do que parecia. O aceite inicial, já fictício na origem, não fica para trás depois de dado: segue valendo enquanto as condições do serviço se alteram com o tempo, o preço que sobe de um mês para o outro, a cláusula que se reescreve sem aviso, muitas vezes sem que o consumidor seja chamado a consentir de novo. Cada mudança deveria reabrir a informação e renovar a vontade; na prática, apoia-se no clique antigo como se ele bastasse para tudo o que vier. O consumidor consentiu uma vez, sem ler, e esse consentimento de um instante passa a autorizar uma relação inteira, mutável e sem prazo.

Esses serviços resistem até à classificação que o Código usa para outros fins. Para fixar o prazo de reclamação, o art. 26 separa o consumo durável do não durável, conforme o bem se prolongue ou se extinga no uso. O *streaming* não se deixa enquadrar com facilidade: cada conteúdo se consome no instante em que se assiste, mas o acesso permanece disponível indefinidamente. A leitura que melhor protege quem assina é a que o toma por durável, e ela tem apoio no Código: o art. 47, apresentado na Seção 3, manda resolver em favor do consumidor a dúvida de interpretação, o que aqui significa garantir-lhe o prazo mais largo para reclamar. De um clique que ninguém leu a uma relação que não se sabe ao certo classificar, o consentimento digital acumula incertezas em vez de resolvê-las.

5.3 Onde o Código alcança o digital: oferta e arrependimento

Nem tudo, porém, escapa ao Código, e há um terreno em que ele alcança o digital com precisão. O primeiro é a oferta. A Seção 3 fixou que o art. 30 vincula o fornecedor à publicidade suficientemente precisa, pouco importando o meio em que veiculada. No ambiente digital isso ganha aplicação diária: o preço anunciado na página e a promessa exibida na tela integram o contrato e obrigam quem os divulgou. Marques, Benjamin e Bessa (2020) insistem nesse ponto, e o suporte eletrônico não abre exceção. Prometido na tela, devido ao consumidor.

Mais incisivo ainda é o direito de arrependimento. O art. 49, também apresentado na Seção 3, dá ao consumidor sete dias para desistir do contrato celebrado fora do estabelecimento, e a compra pela internet é hoje o exemplo mais acabado dessa contratação a distância. A razão do instituto se ajusta ao meio: no comércio eletrônico, decide-se sem contato físico com o produto, fiado em fotos e descrições, e o prazo de reflexão serve para corrigir o que essa distância tem de precário. Cavalieri Filho (2019) classifica o direito como potestativo: uma vez exercido, o fornecedor a ele se submete, sem poder resistir. E o arrependimento não se limita a produtos; alcança também os serviços, o que no digital é decisivo, dado o volume de serviços contratados por clique.

A esse regime soma-se o Decreto 7.962/2013, que regulamentou o comércio eletrônico sob o Código. Marques, Benjamin e Bessa (2020) registram o seu propósito: enfrentar a lacuna deixada por uma lei anterior à internet. O decreto detalha o dever de informar do fornecedor, manda exibir com clareza a identidade de quem vende e as condições da contratação, cobra canais de atendimento e, sobretudo, facilita o exercício do arrependimento nas compras feitas pela rede. É a tentativa de devolver ao consumidor digital, por via regulamentar, parte da informação que o meio lhe subtrai.

O acerto do art. 49 não é casual; ele protege onde a vulnerabilidade do consumidor mais se acentua. Ainda assim, é preciso medir o alcance dessa proteção. O arrependimento atua depois do clique, sobre um contrato já formado, dentro de uma janela de sete dias. Cuida do vínculo que se desfaz; a fragilidade do consentimento que lhe deu origem fica para trás, intocada.

5.4 Do erro e do dolo à proteção objetiva do consentimento

É nessa origem que reaparecem os vícios do consentimento. A Seção 4 mostrou como o erro e o dolo corrompem a vontade e tornam o negócio anulável. O regime civil, contudo, cobra um preço: para desfazer o contrato, o consumidor teria de provar o vício, demonstrar o erro em que caiu ou o artifício que o induziu. Esse ônus quase sempre o vence, porque o leigo raramente enxerga, e menos ainda comprova, a manobra que o ludibriou. No ambiente digital, em que a indução se esconde no próprio desenho da interface, exigir tal prova seria deixar o consumidor a descoberto.

O Código de Defesa do Consumidor o dispensa desse ônus. Quanto ao erro, o caminho já apareceu: o art. 46 retira eficácia ao que não se deu a conhecer, sem que o consumidor precise demonstrar que se enganou; basta que não tenha tido a oportunidade real de compreender. Quanto ao dolo, o Código responde pelo regime da publicidade enganosa. O art. 37 reprime a informação capaz de induzir o consumidor em erro, e a reprime pelo efeito, sem indagar a intenção de quem a veiculou. Onde o Código Civil exigiria a prova da má-fé do fornecedor, o CDC se contenta com a aptidão da mensagem para enganar. A tutela que no direito comum dependia de demonstrar um vício passa a operar por um dado objetivo, e é o consumidor quem ganha com a troca.

Recolhido o conjunto, fecham-se os dois lados da tese adiantada na introdução. De um lado, o Código não está desarmado diante do clique: tem o art. 46, que recusa efeito ao que não se deu a compreender; conta com o art. 49 para devolver ao consumidor o tempo que a pressa da contratação lhe tirou; e, no regime da oferta, responsabiliza o fornecedor sem exigir prova de má intenção. De outro, esses instrumentos são reativos. Agem quando invocados, valem quando reconhecidos, e o mais decisivo deles contra a ficção, o art. 46, só socorre o consumidor que o oponha. A lei, no papel, alcança o ambiente digital. Se o alcança também na prática, quem responde são os tribunais, e a próxima seção desce aos seus julgados para verificá-lo.

6 O CONSENTIMENTO DIGITAL NA JURISPRUDÊNCIA

6.1 O limite da oferta: erro grosseiro e boa-fé objetiva

Prometida ao fim da seção anterior a verificação prática, convém começar pelo ponto em que a proteção encontra o próprio limite. A oferta veiculada no meio digital obriga o fornecedor, como já se assentou. Essa força, porém, não é absoluta. O Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Recurso Especial 1.794.991 (2020), deixou-o claro num caso de erro de preço. Um grupo de consumidores reservou passagens aéreas para a Europa por valor muito abaixo do mercado, fruto de falha no sistema de carregamento de preços, e exigiu que a companhia honrasse a oferta. A Corte recusou. Diante de erro sistêmico grosseiro, não houve falha na prestação do serviço, e a pretensão não podia vingar, porque, na letra do acórdão, a legislação consumerista “não tem sua razão de ser na proteção ilimitada do consumidor [...], mas sim na promoção da harmonia e equilíbrio das relações de consumo”.

A chave está num princípio que este trabalho já pôs no centro da teoria contratual, a boa-fé objetiva, e ela não serve a um lado só. Se na função de controle a boa-fé fulmina o abuso de quem ocupa a posição mais forte, aqui ela age no sentido contrário, ao impedir que o consumidor se aproveite de um erro evidente para extrair a vantagem que ninguém, agindo com lealdade, esperaria. Exigir o cumprimento de um preço claramente equivocado é exercer um direito além do que a boa-fé admite, e o abuso, venha de quem vier, não merece proteção. É a lição da Seção 2 vista do outro ângulo: o que o direito tutela é o equilíbrio, não a pessoa do consumidor. E o ponto toca o centro do trabalho. Se a validade do contrato digital depende de um consentimento real, a exigência vale para os dois lados: assim como o “aceito” do consumidor pode não exprimir vontade verdadeira, o preço lançado por falha de sistema não exprime a vontade do fornecedor. Honrar a oferta, nesse caso, seria fabricar um consenso que nunca existiu, agora do lado de quem vende.

Há, ainda assim, uma gradação que o caso concreto impõe. O erro grosseiro afasta a vinculação quando seria perceptível por pessoa de diligência normal, e essa diligência, em se tratando de consumidor, lê-se à luz da vulnerabilidade que lhe é própria. Um preço escandaloso, a geladeira anunciada por oitenta reais em uma grande varejista, a televisão por trinta reais, denuncia-se sozinho, e quem insiste nele já não age de boa-fé. Um preço apenas vantajoso, que se confunde com uma promoção real, é outra coisa: o consumidor que nele acredita não falta com lealdade alguma, e o risco do sistema corre por conta de quem o opera. Saber se o caso é erro do fornecedor ou abuso do consumidor resolve-se por aí, pela obviedade do equívoco. Quanto mais gritante o erro, menos a oferta obriga.

6.2 O arrependimento e o custo da devolução

Se o primeiro caso mostra onde a proteção recua, o segundo mostra onde ela avança sem hesitar. O direito de arrependimento, examinado na Seção 5 como o instrumento mais ajustado ao comércio eletrônico, tem na jurisprudência aplicação firme. No Recurso Especial

1.340.604 (2013), o Superior Tribunal de Justiça enfrentou a prática de um fornecedor que, embora aceitasse a desistência no prazo de reflexão, repassava ao consumidor o custo postal da devolução. Considerou a cobrança abusiva. Exercido o arrependimento, o art. 49 manda restituir tudo o que se pagou, e nesse tudo entram as despesas de devolução, que não podem pesar sobre quem desistiu. O prejuízo, observou o tribunal, é inerente à venda agressiva fora do estabelecimento, e transferi-lo ao consumidor criaria um obstáculo que a lei não previu.

O julgado é de 2013, anterior à enxurrada das compras por aplicativo, e nem por isso perdeu atualidade, pois a razão que o sustenta não depende da tecnologia: quem vende a distância assume o risco dessa forma de vender. Aqui o Código alcança o digital sem precisar de adaptação, e a jurisprudência apenas confirma o que o art. 49 já trazia. No fundo, o instituto diz algo sobre o próprio consentimento. O prazo de reflexão existe porque a lei reconhece que o aceite dado a distância, num clique, nasce precipitado, e merece uma segunda chance de ser pensado. O arrependimento é a admissão legislativa de que o consentimento digital, no instante em que se forma, não merece confiança plena.

6.3 A oferta não honrada e a enganosidade

Nem toda frustração do consumidor digital é arrependimento, e a diferença tem consequências. Desistir é direito que não pede motivo; reclamar de uma oferta enganosa supõe que o fornecedor prometeu o que não cumpriu. O Tribunal de Justiça de São Paulo (2023) traçou essa linha ao julgar o caso de uma consumidora que contratou, por um site, um curso anunciado com vídeos de treinamento e recebeu apenas apostilas em PDF. Não era, disse o acórdão, simples desistência imotivada, e sim enganosidade, oferta não honrada, a atrair o art. 37 do Código. O fornecedor respondeu pelo descompasso objetivo entre o que anunciou e o que entregou, sem que o tribunal precisasse investigar a intenção de enganar.

É a confirmação prática do que a Seção 5 sustentou. Onde o direito civil exigiria provar o dolo, o ardil deliberado armado para induzir, o regime consumerista se contenta com a aptidão da mensagem para enganar. A proteção opera por um dado objetivo, e ao consumidor basta o efeito enganoso, sem ter de devassar a má-fé de quem anunciou. O elo com o consentimento é direto. Quem decide a partir de uma oferta enganosa consente sobre uma realidade que não existe, e o aceite assentado em informação falsa já nasce viciado. Ao punir a enganosidade, o Código protege menos o bolso do consumidor do que a integridade da vontade com que ele contratou.

6.4 O consentimento que a tela não prova

Resta o caso que toca o nervo do trabalho. De pouco valeria discutir oferta, arrependimento ou enganosidade se a pergunta de fundo seguisse sem resposta, a de saber se o que o fornecedor registra como aceite vale, por si, como consentimento. O Tribunal de Justiça da Bahia (2022) respondeu que não. Uma operadora de telefonia alterou unilateralmente o plano do consumidor e, para provar que ele havia concordado, exibiu a tela do seu próprio sistema in-

terno. O tribunal recusou a prova. A tela não demonstrava a ciência inequívoca do consumidor, e sem ela a alteração era abusiva, com o ônus de provar o conhecimento real recaindo sobre o fornecedor, e não sobre quem alegava nunca ter sido informado.

O caso não versa sobre um clique em termos de uso, mas a lição se transporta inteira. A tela do sistema é parente próxima do “aceito”: um registro que o fornecedor fabrica e exhibe como se fosse vontade. Ao exigir mais do que esse registro, ao cobrar a prova de um conhecimento efetivo, o tribunal aplicou na substância o que o art. 46 determina, e inverteu o jogo do ônus: não cabe ao consumidor provar que não soube, cabe ao fornecedor provar que ele soube de fato. O consentimento não se presume do rastro que a empresa guardou de si mesma. Tem de ser real, e a quem o invoca cabe demonstrá-lo.

Reunidos, os quatro julgados respondem à dúvida com que a Seção 5 se encerrou. O antídoto existe, e os tribunais o manejam. A oferta obriga, mas só dentro da boa-fé; o arrependimento se exerce sem custo para quem desiste; à enganosidade o Código responde pelo efeito; e o registro que a empresa guarda de si mesma não compra o consentimento de ninguém. Há, contudo, um traço comum que não se pode ignorar. Em todos os casos, a proteção só chegou porque o consumidor foi a juízo, e teve de litigar para que o direito que já era seu se realizasse. A tutela, por mais firme que seja no papel e na decisão, é reativa: alcança quem reclama e passa ao largo dos milhões que aderem com um clique e seguem em silêncio. A ficção do consentimento, no instante em que se forma, ninguém a impede; quando muito, ela se desfaz depois, para quem teve fôlego de questioná-la. É essa distância entre a proteção possível e a proteção efetiva que a conclusão precisa enfrentar.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No princípio, um gesto de segundos: o toque em “li e concordo” que firma o contrato sem que uma linha seja lida. A pergunta que abriu o trabalho era se esse toque constitui consentimento válido ou se apenas se parece com um. Percorridos os princípios do contrato, o regime do consumidor, os vícios da vontade, o terreno digital e os tribunais, é possível agora respondê-la sem rodeio.

Há um fio que atravessa todo o trajeto. O direito contratual, há muito, deixou de tomar a existência de um acordo como prova de que houve um acordo justo. A teoria geral já condiciona a força obrigatória a limites que a transcendem, como a função social e a boa-fé objetiva, sinal de que o pacto vale pelo que tem dentro, não pela forma que ostenta. O Código de Defesa do Consumidor levou isso adiante ao presumir a vulnerabilidade de um dos contratantes, reconhecendo que a igualdade entre fornecedor e consumidor é, no consumo de massa, uma ficção. E o estudo dos vícios apontou o essencial: uma manifestação sem defeito de forma pouco diz se não corresponde ao que a pessoa realmente quis. A vontade declarada e a vontade real podem divergir, e é a segunda que o direito protege.

É nesse fio que o contrato digital se encaixa, e mal. O clique é a forma do consentimento reduzida ao mínimo: uma manifestação perfeita por fora, vazia por dentro. O aderente não

discute as cláusulas e quase nunca as lê; muitas vezes, nem percebe que celebra um negócio jurídico. A forma do acordo está completa; a escolha que ela deveria exprimir, não. E se o acordo não representa escolha, não é o consensualismo que responde por ele. Quem, compreendendo de fato o que aceita, ainda clicaria? E não se trata de um problema do leigo apenas. A falha é estrutural, está no próprio modo como a vontade é colhida, e por isso alcança todo consumidor. O “aceito”, como regra, é forma sem consentimento real.

Disso não se segue que o consumidor esteja desamparado. O Código é, no essencial, um diploma robusto, e o trabalho o reconheceu onde ele acerta. O direito de arrependimento do art. 49, talhado para a contratação a distância, devolve ao consumidor o tempo que a pressa lhe tirou; a ineficácia do art. 46 recusa força ao contrato que não se deu a conhecer; a repressão à publicidade enganosa do art. 37 alcança o fornecedor pelo efeito, sem investigar a intenção. Os tribunais, como mostraram os julgados examinados, manejam esse instrumental com firmeza. O problema está noutro lugar, e é mais fundo. Toda essa proteção age depois. Socorre quem reclama e vai a juízo; passa ao largo de quem não teve como questionar o vínculo. A ficção do consentimento, no instante em que se forma, ninguém a impede; quando muito, ela se desfaz mais tarde, e só para uma minoria.

Aí está o limite que o regime precisa superar. Uma proteção que só chega pela via do litígio deixa de fora a imensa maioria, que adere com um toque e segue em silêncio. O passo a dar é deslocar a tutela do momento do conflito para o momento da contratação. Não basta que a lei conserte o consentimento depois de violado; é preciso que ela exija que ele nasça íntegro. Isso quer dizer impor ao fornecedor o ônus de garantir, antes do clique, que o consumidor conhece e compreende com clareza aquilo que de fato importa na relação, o núcleo do que está contratando. A cognoscibilidade que o art. 46 hoje cobra como defesa, oposta depois do dano, teria de operar na entrada, como condição da própria formação do vínculo. A rede reativa segue necessária para quando, ainda assim, o consentimento for violado. O que falta é o que deveria vir antes dela.

Resta o gesto do início. No começo, ele admitia duas leituras: ou o consumidor, ao tocar em “li e concordo”, exerce uma vontade livre, ou apenas cumpre um roteiro escrito por outro. O percurso decidiu entre elas. Na enorme maioria das vezes, ele cumpre o roteiro. O Código lhe deu meios de desfazer o que aceitou sem querer, e não é pouco. Falta-lhe o essencial, que é poder clicar sabendo, de verdade, no que consente. Enquanto a lei não assegurar esse mínimo, o “li e concordo” seguirá sendo a frase mais repetida e menos verdadeira dos contratos digitais.

AN ANALYSIS OF THE EFFECTIVENESS OF THE VALIDITY OF CONSUMER CONSENT IN CONTRACTS CONCLUDED IN DIGITAL ENVIRONMENTS

ABSTRACT

This article analyzes the validity and effectiveness of consumer consent in contracts concluded in digital environments, focusing on the acceptance expressed by clicking “I have read and agree”. The problem is whether this gesture, performed in seconds and almost always without prior reading of the terms, constitutes legally valid consent. The research, of a bibliographic and dogmatic nature, draws on contract and consumer-law doctrine, legislation and case law. The study examines the principles of the general theory of contracts, the protective regime of the Consumer Protection Code, with emphasis on informational vulnerability, and the defects of consent, and then applies them to the electronic adhesion contract. It finds that the click reduces consent to its minimal form, severing the declared manifestation from the consumer’s real will. It identifies that the Code reaches the digital environment through instruments such as the binding force of the offer, the right of withdrawal and the ineffectiveness of a contract whose content was not made knowable, instruments that the courts already apply. It concludes that, although robust, the protection is predominantly reactive, and that the regime must move toward the preventive safeguarding of consent, requiring the supplier to ensure, before contracting, what actually matters to the consumer.

Keywords: Consumer consent. Digital contracts. Consumer Protection Code. Vulnerability. Adhesion contract.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. Decreto nº 7.962, de 15 de março de 2013. Regulamenta a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, para dispor sobre a contratação no comércio eletrônico. Brasília, DF: Presidência da República, 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/decreto/d7962.htm. Acesso em: 22 jun. 2026.
- BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 22 jun. 2026.
- BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 22 jun. 2026.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.340.604/RJ**. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. Segunda Turma. Julgado em 15 ago. 2013.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.794.991/SE**. Relatora: Ministra Nancy Andrichi. Terceira Turma. Julgado em 5 maio 2020. DJe 11 maio 2020.
- BRASIL. Tribunal de Justiça da Bahia. **Apelação Cível nº 8001665-07.2020.8.05.0063**. Relator: Desembargador Geder Luiz Rocha Gomes. Quinta Câmara Cível. Publicado em 7 fev. 2022.
- BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação Cível nº 1000633-75.2020.8.26.0007**. Relator: Desembargador Alexandre David Malfatti. 12ª Câmara de Direito Privado. Julgado em 17 jan. 2023.
- CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Direito do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2019.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: parte geral**. v. 1. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- GOMES, Orlando. **Contratos**. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: contratos e atos unilaterais**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.
- TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: teoria geral dos contratos e contratos em espécie**. v. 3. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019a.
- TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: lei de introdução e parte geral**. v. 1. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019b.