

A RESPONSABILIDADE DOS APLICATIVOS DE CELULARES NAS RELAÇÕES CONTRATUAIS DE COMPRA E DE VENDA ORIUNDAS DO COMÉRCIO ELETRÔNICO

Daniel Rodrigues Chaves

Acadêmico do 9º período do curso de Direito da UFC

RESUMO

Trata-se de um artigo científico que pretende fornecer breves apontamentos acerca da responsabilidade dos aplicativos de celulares nas relações contratuais de compra e de venda oriundas do comércio eletrônico. Neste texto, faz-se, primeiro, uma breve explanação acerca do dinamismo do comércio eletrônico e da responsabilidade do *Whatsapp* e do *Instagram*. Após isso, são reservadas algumas páginas para demonstrarmos como a responsabilização dos anúncios realizados no *instagram* pode ser uma exceção à regra geral utilizada pelo Código de Defesa do Consumidor. Posteriormente, serão feitos apontamentos a respeito da intermediação do comércio eletrônico e a sua exploração econômica. Por fim, a última parte deste artigo é reservada para considerações finais sobre este artigo, resumindo os principais pontos deste texto.

Palavras-chave: Responsabilidade; Aplicativos de Celulares; Contratos eletrônicos

1 INTRODUÇÃO

Vivemos uma era em ebulição. Mudanças vertiginosas provocadas pelo avanço da ciência da computação modificam constantemente as relações

sociais. Novas tecnologias são criadas a cada momento, revolucionando, pois, a economia global. Nesta seara, talvez, a principal fonte dessa intensa transformação seja a popularização da *internet*. Esta possibilitou, não somente a criação de uma nova forma de comércio¹², notadamente com o comércio eletrônico, como também, claramente modificou os hábitos de consumo da população brasileira. Segundo pesquisa feita em 2014 (E-BIT, 2014, p. 16), existem, atualmente, no Brasil, cerca de 61 milhões de e-consumidores. Tal número cresce vertiginosamente, pois, somente naquele ano, aproximadamente 10 milhões de brasileiros adentraram no mercado consumidor eletrônico. Este aumento no consumo proporcionou um faturamento de quase setenta bilhões de reais em 2014. Isso, devemos ressaltar, em uma época de crise econômica, quando estamos à beira de uma recessão.

Segundo pesquisa científica (PWC e International Survey Unit, 2015, p.18), 69% dos consumidores eletrônicos brasileiros utilizam dispositivos móveis para pesquisar produtos e 63% destes utilizam-nos para comparar preços.

Da mesma forma que os hábitos dos consumidores se modificaram, surgiram, também, novas formas de se realizar o comércio eletrônico. Ousáramos, até, denominar aquelas como novíssimas maneiras de realizar tais transações. O comércio eletrônico contemporâneo não se resume à compra e à venda realizada por meio de sítios eletrônicos. Diversas empresas estão fazendo usos de aplicativos de celulares como forma, não somente de aumentar o seu público-consumidor, como também, de poder estreitar as relações existentes com os seus clientes. Nesta seara, surge um questionamento principal: qual seria a responsabilização desses aplicativos sobre as relações contratuais que

¹A origem do comércio eletrônico está intimamente ligada com a expansão da *internet* no fim do século passado.

²O primeiro caso compra e venda realizada por meios eletrônicos ocorreu no início dos anos setenta, no âmbito de duas das mais prestigiadas universidades americanas. Por mais incrível que possa parecer, o primeiro produto a ser vendido eletronicamente foi uma certa quantidade de maconha que alguns estudantes da Universidade de Stanford venderam para alunos do *Massachussets Institute of Technology* (MIT). Os discentes daquela instituição de ensino fizeram uso da *Arpanet*, predecessor da *internet*, para contatar os compradores e poder vender o produto ilícito. Mal sabiam, aqueles estudantes, que estariam, ali, efetuando a primeira transação comercial fruto de uma rede de computadores.



se desenvolvessem nesse âmbito?

Ora, trata-se, aqui, de um assunto que não é tratado diretamente por nenhuma norma³ no ordenamento jurídico brasileiro, nem por nenhum tribunal estadual de segunda instância ou por nenhum tribunal superior de nosso país.⁴ Além disso, a doutrina acerca desse assunto é extremamente escassa, haja visto estas novas formas de se realizar o comércio eletrônico serem bastante recentes. Estes fatos, por si, já justificam a elaboração desse artigo.

2 O DINAMISMO DO COMÉRCIO ELETRÔNICO E A (IR)RESPONSABILIDADE DO WHATSAPP E DO INSTAGRAM

Talvez a principal característica do comércio eletrônico seja o seu dinamismo: a todo momento, surgem novas formas de realização do comércio eletrônico e algumas dessas situações fáticas nem aos tribunais ainda chegaram. Um exemplo claro disso são as vendas realizadas por meio de aplicativos de celulares, como *Instagram* e *Whatsapp* (EMPRESA..., 2015) (DESNVOLVEDORES..., 2015). Às vezes, o vendedor nem possui loja física ou número no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas (C.N.P.J.). Neste jaez, faz-se uma indagação: qual seria a responsabilidade dos aplicativos de celulares nas relações contratuais de compra e de venda realizadas em seu âmbito? Poderiam eles ser considerados como facilitadores ou, até mesmo, como intermediadores dessas relações de consumo?

Tais perguntas, e, principalmente, a dificuldade em respondê-las de forma concreta, somente demonstram o quão volúvel é o comércio eletrônico. Perfazendo um breve estudo de futurologia, é de todo possível percebemos que, dado esse imenso dinamismo, quando as primeiras jurisprudências acerca desse assunto forem criadas, já existirão novas técnicas de vendas *online*. Cabe, então, à doutrina realizar os primeiros estudos da aplicação da norma jurídica nessas situações fáticas e quais seriam os efeitos destas para a ciência jurídica.

Existem, no Brasil, algumas normas que são utilizadas para

³ O Decreto 7.962, que trata especificamente do comércio eletrônico, não fez nenhuma menção direta aos aplicativos de celulares, criando-se, pois, uma imensa lacuna.

⁴ Para fins de comprovação, realizamos pesquisa jurisprudencial com os termos *Instagram*, *Whatsapp* e *aplicativos de celular* em todos os buscadores jurisprudenciais dos tribunais de justiça e dos tribunais superiores (STF e STJ)



regulamentar o comércio eletrônico. A única, entretanto, que possui exclusivamente esse fim é o Decreto Presidencial 7.962⁵ de 2013. As outras normas, como o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor, são utilizados pela jurisprudência⁶ de forma a mitigar a falta de farta legislação à respeito. Tanto isso é verdade, que os mesmos não fazem nenhuma referência expressa ao comércio eletrônico. Os magistrados, então, admitem a aplicação desses códigos para que tais relações sociais não fiquem sem o devido resguardo legal.

Para uma melhor análise da responsabilidade do *Instagram* e do *Whatsapp* nas vendas realizadas por meio destes aplicativos, temos que entender qual é o papel desses *softwares* nas relações as quais fazem parte. No caso do *Instagram*, ao permitir que ofertas de produtos e de serviços sejam feitas em seu âmbito, o mesmo age como um meio de publicização das ofertas, da mesma forma que ocorre com os principais meios de comunicação, como revistas e jornais. Perceberemos que isso é verdadeiro simplesmente ao analisarmos uma hipótese fictícia de relação de compra e venda realizada por meio desse aplicativo.

Em nosso exemplo, uma microempresa “A” possui o desejo de expandir a sua clientela. Decide, então, passar a publicizar os seus produtos e serviços por meio de uma conta de *Instagram*. Atingido o objetivo inicial, um cliente “B”, entra em contato com a microempresa, às vezes, até mesmo, utilizando-se do próprio *instagram* para isso. A partir daí, a relação de compra e venda irá se desenvolver até que o dinheiro seja pago para a empresa e o produto ou o serviço seja fornecido ao consumidor. Percebemos, portanto, que, apesar de não participar diretamente da relação entre a microempresa “A” e o cliente “B”, o aplicativo *Instagram* serviu como forma de publicizar o anúncio, da mesma forma como ocorrem com as propagandas em outros meios de comunicação, como televisão, rádio, jornais e sítios virtuais. Neste jaez, poderíamos, então, analisar a responsabilidade do *instagram* sob uma ótica

⁵ Mesmo esta, por motivo desconhecido, não trata da responsabilidade dos aplicativos perante o consumidor.

⁶ Quando fazemos referência à jurisprudência, estamos fazendo alusão aos casos de vendas por website e demais casos clássicos do comércio eletrônico. Vendas realizadas pelos aplicativos *Whatsapp* e *Instagram* ainda não possuem jurisprudência a respeito, conforme explicamos anteriormente.



parecida a qual é analisada a daquelas. Tal exame, entretanto, não pode levar à mesma conclusão que nos casos dos meios de comunicação convencionais. Na maioria destes, ocorre uma exploração econômica da relação contratual por meio da cobrança pelo espaço publicitário. Cria-se, assim, à luz da teoria de Leonardo Bessa, uma caracterização de fornecedor equiparado para esses meios de comunicação, possibilitando, pois, a responsabilização dos mesmos. Tal exploração econômica, geralmente, inexistente nos aplicativos de celulares, ou, ao menos, é ínfima. Esta conclusão credencia, na maioria dos casos⁷, a não responsabilização desse *software* nos casos de compra e venda realizadas por meio daquele.

No que discerne à responsabilidade dos meios de comunicação nas relações contratuais advindas da publicidade oportunizadas por eles, a doutrina e a jurisprudência nacionais já se manifestaram de forma a defender a responsabilidade dos meios de comunicação somente em algumas situações específicas. Como bem aduzem Benjamin, Marques e Bessa (2013, p.41):

[...] em situações de patente publicidade enganosa ou quando está a par da incapacidade do anunciante de cumprir o prometido, impossível deixar de reconhecer a responsabilidade civil do veículo, já não mais em bases contratuais, mas por violação ao dever de vigilância sobre os anúncios que veicula. Outra hipótese, cada vez mais comum, é aquela em que o veículo é diretamente interessado no anúncio, seja porque o serviço ou produto anunciado é por ele controlado, seja porque recebe comissão proporcional à adesão dos consumidores, seja ainda por se tratar de anúncio de empresa que integra seu grupo empresarial. *Em todos esses casos, o veículo já não é responsabilizado como simples transmissor da informação de outrem, mas como genuíno anunciante, que de fato passou a ser.* [grifo nosso]

Do excerto grifado, retiramos o raciocínio que acreditamos que seja o mais sensato no que discerne à aferição da responsabilidade do *Instagram* sobre os anúncios de produtos ou de serviços acostados nesta rede social. Ora, trata-se esse aplicativo, claramente, conforme exemplo ulterior, de um mero transmissor da informação de outrem, podendo ser responsabilizado nos casos

⁷ Veremos mais a frente que existem casos em que o *Instagram* poderia ser responsabilizado pelas compras e pelas vendas realizadas em seu âmbito.



em que o *Instagram* possuía conhecimento da patente publicidade enganosa, o que, dado o imenso número de publicações feitas neste diariamente⁸, é improvável de ocorrer.

Quanto à responsabilidade do aplicativo *Whatsapp*, temos que a situação fática, geralmente, difere um pouco do caso do *Instagram*. Apesar disso, temos que a conclusão acerca da inexistência de responsabilidade pelos contratos de compra e venda por meio deste *software* também é válida para este caso.

Diferentemente do *Instagram*, o comércio eletrônico que envolve o *Whatsapp* não consiste no anúncio de produtos e de serviços para que clientes possam entrar em contato. Ao revés, geralmente, o cliente utiliza o *Whatsapp* somente como uma forma de entrar em contato com o fornecedor do produto ou do serviço. Nesta situação, o cliente, normalmente, já possui conhecimento da oferta por meio de anúncio.

Em uma situação hipotética, semelhante ao caso que analisamos quando tratamos do *Instagram*, um cliente “A”, ao ter visto oferta de um produto em algum meio de comunicação, entra em contato com uma empresa “B” por meio do número de celular que a mesma inseriu em seu anúncio. Todavia, o cliente não entra em contato com a empresa por meio de ligação comum, mas, sim, por meio do aplicativo *Whatsapp*. Utilizando ele como meio de comunicação, ambos realizam e concluem os termos de um contrato de compra e venda.

O papel do *Whatsapp* nesses casos, se assemelha ao de grandes empresas de telefonia, nos casos de vendas realizadas por meio de ligações telefônicas. Ora, em uma venda realizada por telefone há o mesmo tipo de relação contratual entre a empresa e o cliente, ou seja, uma relação de compra e venda, que a empresa de telefonia responsável pela linha está, simplesmente, agindo como uma facilitadora. A mesma não participa da relação contratual e, geralmente, não goza de nenhum benefício direto da venda, taxando, somente, a quantidade de minutos utilizada. No caso do aplicativo *Whatsapp*, nem essa precificação ocorre.

⁸ Segundo dados do sítio virtual do *Instagram*, já foram publicadas cerca de 40 bilhões de fotos nesse aplicativo. Além disso, esse aplicativo tem uma publicação diária de quase 80 milhões de fotos por dia. Para mais dados, veja: <https://instagram.com/press/>



3 CASO DE RESPONSABILIZAÇÃO DO *INSTAGRAM*: UMA EXCEÇÃO À REGRA

Na segunda parte deste artigo, defendemos a inexistência de responsabilização do *Whatsapp* e do *Instagram* nos problemas oriundos das relações contratuais do comércio eletrônico realizadas em seu âmbito. Para isso, utilizamos dois argumentos principais: falta de exploração econômica do contrato de compra e venda, como ocorre com o *Mercado Livre*⁹, e a própria finalidade principal desses aplicativos. Entretanto, um desses argumentos também pode ser utilizado para garantir a responsabilidade de um desses aplicativos, em uma situação específica. Esta, relacionada com o *Instagram*, é o que analisaremos agora.

Recentemente, esse aplicativo passou a fornecer um serviço de anúncios patrocinados. Pelo pagamento de certa quantia em dinheiro, qualquer usuário do *Instagram*, inclusive empresas, podem ter as suas publicações ou seus anúncios apresentados para um número muito maior de pessoas, expandindo, assim, o público alcançado pela publicação. Quando este serviço é utilizado, o público da empresa no aplicativo passa a não ser somente os seus seguidores, mas, sim, um público bem maior. Teria a cobrança desses anúncios o condão de responsabilizar o *Instagram* pelas relações contratuais advindas daqueles? Acreditamos que sim. Para sustentar essa afirmativa, precisaremos analisar os Termos e Condições a qual esse serviço é prestado. Neste jaez, temos o seguinte item dos Termos e Condições de uso do *Instagram* (2013, p. 1):

Parte do Serviço é apoiada por meio de recursos advindos de publicidade. Assim, parte de nosso Serviço poderá ostentar publicidades e promoções, e você por meio deste concorda que o Instagram possa colocar essa publicidade e/ou promoção no Serviço ou, dentro, sobre, ou em conjunto, com o conteúdo do aplicativo. A maneira, o modo e a extensão de tal publicidade e promoções estão sujeitos à mudança sem aviso específico a você.

Como podemos perceber, o aplicativo dá-se o direito de exibir propagandas e promoções nos perfis dos usuários. Tais anúncios são pagos

⁹ Mais a frente, trataremos de como os sítios virtuais intermediadores de comércio eletrônico podem e devem ser responsabilizados pelos produtos vendidos por meio daqueles.



pelas empresas ao *Instagram*. Estaria, aqui, em nossa opinião, caracterizada a exploração econômica, como terceiro, da relação contratual oriunda do comércio eletrônico realizado no âmbito do aplicativo. Com isso, seria plenamente possível a responsabilização do mesmo.

O *Instagram*, como visto acima, explora economicamente alguns anúncios feitos em seu âmbito. Com isso, temos que seria possível caracterizar esse aplicativo como um fornecedor-equiparado, sendo, pois, responsável pela publicidade publicada em seu *software*. Neste sentido, temos o seguinte excerto de Benjamin (2013, p. 240):

Estatui o art. 35 que, se o “fornecedor de produtos ou serviços recusar cumprimento à oferta, apresentação ou publicidade” [...], o consumidor poderá fazer uso dos remédios previstos nos incs. I a III. Quem seria o “fornecedor” mencionado no caput do art. 35? Primeiramente, fornecedor, aqui, é o anunciante direto, aquele que paga e dirige a preparação e veiculação do anúncio. *Mas não só ele, pois o anunciante indireto, aquele que se aproveita do anúncio de terceiro [...], também pode ser responsabilizado, em especial quando o representante do anunciante direto ou na hipótese de utilizar, no seu estabelecimento, o anúncio em questão.*

Como podemos perceber pela parte grifada, o anunciante indireto, ou seja, aquele que se aproveita do anúncio poderá ser responsabilizado, inclusive, na hipótese de utilizar no seu estabelecimento o anúncio em questão. Ora, foi-se a época em que o estabelecimento comercial precisa ser físico para ser considerado como tal. Atualmente, diversas empresas possuem a imensa maioria dos seus negócios realizados virtualmente. Logo, poderíamos, por meio de uma analogia, considerar o *software* do *Instagram* como o seu estabelecimento, para fins de responsabilização dos anúncios. Temos, nos casos das publicações patrocinadas, a satisfação de duas possibilidades de responsabilização estipuladas por Antônio Herman Benjamin. Esta ocorreria quando houvesse uma locupletação econômica advinda do anúncio, o qual, no caso do *Instagram*, devido à necessidade de pagamento para que essas publicações patrocinadas possam ocorrer, e, a segunda possibilidade é o anúncio ocorrer dentro do próprio aplicativo, perfazendo, assim, o segundo requisito para a responsabilização.

É válido ressaltar que, a jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça não tem considerado os meios de comunicação como responsáveis pelos anúncios feitos em seu âmbito. Tal Corte, entretanto, nunca se pronunciou acerca das publicações patrocinadas no âmbito do *Instagram*.



Além disso, diversos doutrinadores discordam veementemente das decisões do STJ, pois elas iriam de encontro a vários princípios consumeristas consagrados no Código de Defesa do Consumidor e na Constituição Federal. Acerca disto, asseveram Tartuce e Amorim (2014, p. 474):

Com o devido respeito ao próprio autor do dispositivo legal e à jurisprudência, essa não parece ser a melhor conclusão, por contrariar todo o sistema de proteção e de responsabilização objetiva do CDC. A atribuição de responsabilidade a apenas uma das pessoas da cadeia publicitária afasta-se da presunção de solidariedade adotada pela Lei Consumerista, representando uma volta ao sistema subjetivo de investigação de culpa. Além disso, há uma total declinação da boa-fé objetiva e da teoria da aparência que também compõem a Lei 8.078/1990. Em reforço, para a responsabilização de todos os envolvidos, serve como luva o conceito de fornecedor equiparado, de Leonardo Bessa [...]. Ademais, a publicidade parece entrar no risco-proveito ou no risco do empreendimento da agência e do veículo, que devem responder solidariamente pela comunicação. Por fim, deveria ser aplicado, por analogia, o entendimento constante da Súmula 221 do STJ, que trata da responsabilidade civil dos órgãos de imprensa, in verbis: “São civilmente responsáveis pelo ressarcimento de dano, decorrente de publicação pela imprensa, tanto o autor do escrito quanto o proprietário do veículo de divulgação”. Por tais argumentos, entendemos que, havendo uma publicidade ou oferta que causou danos aos consumidores, em regra e sem qualquer distinção, respondem solidariamente o veículo de comunicação, a empresa que a patrocinou e todos os responsáveis pelo seu conteúdo (agência de publicidade e seus profissionais).

Concordamos com o autor quanto à responsabilização dos meios de comunicação. Todavia, acreditamos que deve ser feita uma ressalva: é necessária a exploração econômica do anúncio feito por parte do veículo de comunicação. Naqueles que são considerados os mais clássicos, como o rádio e a televisão, a maioria dos anúncios são patrocinados, ou seja, há a sua exploração econômica. Não obstante, em alguns casos, demonstrados neste artigo¹⁰, essa locupletação inexistente. Com isso, afastada estaria a responsabilidade do meio de comunicação.

¹⁰ Nos casos de anúncios não patrocinados no *Instagram* ou nas compras e vendas realizadas pelo *Whatsapp*.



4 INTERMEDIÇÃO NO COMÉRCIO ELETRÔNICO E A SUA EXPLORAÇÃO ECONÔMICA

O dicionário Aurélio (1986, p.958) define intermediário como aquele “que está de permeio; interposto; intermédio”. Tal definição, todavia, encontra-se em seu sentido geral. Para fins de responsabilização dos intermediários no comércio eletrônico, acreditamos que não podemos considerar todos aqueles “que estão de permeio; interpostos; intermédios” em uma relação contratual advinda do comércio eletrônico como legalmente responsáveis pelos problemas daquelas ocorridas em seu âmbito. Propomos, assim, uma classificação entre intermediadores não-econômicos e intermediadores econômicos. A principal diferença estaria no fato de que estes explorariam economicamente a relação contratual a qual eles intermediam. Demonstraremos que, à luz do Código de Defesa do Consumidor e de balizada doutrina, essa diferenciação na responsabilização dos intermediadores de comércio eletrônico se sustenta.

Ora, seguindo a abrangente definição dada pelo Dicionário Aurélio para o conceito de intermediário teríamos que tanto os aplicativos *Whatsapp* e *Instagram*, como os sítios eletrônicos *Mercado Livre* e *Ebay* estariam sujeitos a mesma responsabilidade civil perante os seus usuários. Entretanto, tal afirmativa logra-se de uma clara falha argumentativa. Entramos, aqui, no primeiro requisito de responsabilização dos intermediadores nos contratos de compra e venda oriundos do comércio eletrônico: o intuito de exploração econômica daquela relação contratual.

Ao analisarmos o caso do *Mercado Livre*, por exemplo, perceberemos que o intuito principal do mesmo está nessa exploração econômica. Não possui este outro objetivo, senão lucrar a partir das relações contratuais oriundas de sua intermediação. Chega-se a esse objetivo por duas formas distintas: por meio do sistema denominado *Mercado Pago* e por meio da cobrança dos anúncios que são hospedados em seu sítio eletrônico. Nesse sentido, temos o seguinte excerto do seus termos e condições de uso, *in verbis*:

7.2. Obrigações do Usuário vendedor. (...) Todos os vendedores deverão, obrigatoriamente, disponibilizar a seus compradores a opção de utilizar MercadoPago, que permite o gerenciamento e a efetivação de pagamentos por diversos meios, tais como cartão de crédito, boleto bancário, transferência bancária online ou envio de dinheiro disponível em conta gráfica. Quando uma negociação se concretizar, o Usuário vendedor deverá, sempre que e conforme previsto, pagar ao MercadoLivre,



em contrapartida aos serviços descritos na cláusula 1, o valor correspondente a um percentual do preço anunciado. Tal valor deverá ser pago também nos casos em que a negociação não se concretizar por responsabilidade do Usuário vendedor. [grifo nosso]

No mesmo sentido,

Os serviços objeto dos presentes Termos e Condições Gerais consistem em (i) ofertar e hospedar espaços nos sites www.mercadolivre.com.br e www.arremate.com.br para que os Usuários anunciem à venda seus próprios produtos e/ou serviços e (ii) viabilizar o contato direto entre Usuários anunciantes e Usuários interessados em adquirir os produtos e serviços anunciados, por meio da divulgação dos dados de contato de uma parte à outra. MercadoLivre, portanto, possibilita que os Usuários contatem-se e negociem entre si diretamente, sem intervir no contato, na negociação ou na efetivação dos negócios, não sendo, nesta qualidade, fornecedor de quaisquer produtos ou serviços anunciados por seus Usuários nos sites www.mercadolivre.com.br e www.arremate.com.br

São esses os dois principais serviços desse *Website*, caracterizando, assim, uma tentativa de exploração econômica da relação contratual oriunda do comércio eletrônico.

Geralmente, tal exploração inexistente nos casos do *Whatsapp* e do *Instagram*, pois os mesmos tem como missão principal fornecer serviços que vão muito além da simples intermediação comercial. Assemelha-se a figura desses aplicativos com a situação das empresas de telefonia, com a diferença que, normalmente, os serviços do *Whatsapp* e do *Instagram* não são cobrados ou possuem uma cobrança mínima.

Para melhor entendermos o critério da exploração econômica como necessária à responsabilização, basta analisarmos como surgiu o comércio eletrônico nas situações dos sítios eletrônicos intermediadores de relações de compra e venda e nas situações dos aplicativos de celulares acima citados.

No caso do *Whatsapp* e do *Instagram*, por exemplo, temos que o comércio eletrônico não surgiu desses aplicativos. Nem esses aplicativos tiveram como objetivo primordial incentivar esses. A utilização deles como meio de insuflar o comércio partiu dos próprios consumidores-empresários. Estes que vislumbraram nesses aplicativos a chance de alcançarem um público maior e de formarem relações mais estreitas com seus clientes.



Em relação aos sítios eletrônicos, como o *Mercado Livre*, os mesmos surgiram com o objetivo primordial de facilitar o comércio eletrônico e de explorar comercialmente o mesmo. A utilização do mesmo para tais fins não partiu de seus consumidores, sejam empresas ou consumidores, mas sim do próprio sítio eletrônico.

À luz do §2º do art. 3º do Código de Defesa do Consumidor, temos a seguinte definição de serviço:

Art. 3º. [...]

[...]

§ 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, *mediante remuneração*, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.¹¹ [grifo nosso]

Como bem expõe este dispositivo jurídico, para haver a caracterização de um serviço, seria necessária a existência de uma remuneração, seja ela direta ou indireta. De forma direta, é óbvio que, geralmente, inexistente nos casos do *Instagram* e do *Whatsapp*.

Neste jaez, é válida a menção à Teoria do Fornecedor Equiparado, criada por Leonardo Bessa. Poderiam esses aplicativos serem considerados como fornecedores equiparados para fins de relações contratuais realizadas em seu âmbito? Cremos que não. Comprova-se isso pela análise da seguinte passagem do livro “Manual de Direito do Consumidor” de, entre outros autores, Marques (2013, p. 118):

Por fim, mencione-se a teoria criada por Leonardo Bessa, sobre o fornecedor “equiparado”. Este autor afirma que a situação de vulnerabilidade principal no mercado de consumo [...] levou a uma espécie de ampliação do campo de aplicação do CDC, através de uma nova visão mais alargada do art. 3º. *É o que denomina fornecedor-equiparado, aquele terceiro na relação de consumo, um terceiro apenas intermediário ou ajudante da relação de consumo principal, mas que atua frente a um consumidor [...] ou a um grupo de consumidores [...], como se fornecedor fosse.*

¹¹ BRASIL. Lei 8.078, que instituiu o Código de Defesa do Consumidor. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, 11 set. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm. Acesso em: 21 set. 2015.



Se analisássemos somente a primeira parte do excerto grifado, poderíamos considerar o *Whatsapp* e o *Instagram* como fornecedores equiparados, pois estes agem como ajudantes na relação de consumo principal. Entretanto, devemos notar que, em tal participação, o fornecedor-equiparado deve agir como se fornecedor fosse, obedecendo, assim, a teoria descrita por Leonardo Bessa em sua plenitude. Poderíamos, entretanto, considerar o *Mercado Livre* como fornecedor equiparado, pois o mesmo, em muitos casos, atua como se fornecedor fosse, como nos casos em que o serviço de *mercado pago* é utilizado, pois, por ele, o cliente paga o valor diretamente para o sítio eletrônico e este repassa o dinheiro para a empresa quando o produto chegar para o consumidor. Sob a ótica do cliente, o *Mercado Livre* pode ser considerado como fornecedor-equiparado, pois é para este *website* que o pagamento será feito e será o mesmo que irá liberar a entrega do produto.

Conforme exposto anteriormente, em relação à responsabilização do intermediador, é necessário que o requisito da exploração econômica da relação contratual esteja preenchido. A responsabilidade, nesses casos, ocorrerá sob a forma objetiva. Neste sentido, temos o seguinte excerto de Bolzan (2014, p. 461), citando Bruno Miragem:

Assim, o dano causado aos consumidores usuários desses serviços será passível de ser indenizado, nos termos da responsabilidade objetiva, que é a regra no CDC. Esta também é a visão de Bruno Miragem ao defender que, na *“circunstância da realização de danos por atos ilícitos realizados a partir da atividade destes sites, é de ser reconhecida a responsabilidade daqueles que aproveitem da sua exploração econômica”*.

Acerca da necessidade da obtenção de vantagem econômica para a caracterização da atividade empresarial e, conseqüentemente, para a caracterização da atividade de fornecedor, asseveram Tartuce e Amorim (2014, p. 116):

Ainda, para a visualização da atividade do fornecedor, pode servir como amparo o art. 966 do Código Civil, que aponta os requisitos para a caracterização do empresário, in verbis: *“Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.” [...] Ato contínuo de estudo, a atividade desenvolvida deve ser tipicamente profissional, com intuito de lucro direto ou vantagens indiretas.* A norma descreve algumas dessas atividades, em rol meramente exemplificativo (*numerus apertus*), eis que a Lei Consumerista adotou um modelo aberto como regra dos seus preceitos.



Como podemos perceber, nos casos do *Mercado Livre* e do *Ebay*, os mesmos, geralmente, participam da exploração econômica da relação contratual oriunda do comércio eletrônico, o que não ocorre no caso do *Whatsapp* e do *Instagram*.

5 CONCLUSÃO

No curso deste trabalho, demonstramos qual foi o papel dos aplicativos de celulares, como *Instagram* e *Whatsapp* na presente transformação do comércio eletrônico. Estes aplicativos possuem papel fundamental nesse ponto, pois a utilização dos mesmos por empresas e por consumidores tem crescido muito ultimamente. Tal fato cria, como era de se esperar, questionamentos acerca das situações advindas desse (novo) comércio eletrônico. Uma dessas, nós tentamos responder ao longo desse trabalho: qual seria a responsabilidade do *Instagram* e do *Whatsapp* nas relações contratuais oriundas do comércio realizado por empresas terceiras e por consumidores dentro do âmbito desses aplicativos? Pela análise dos argumentos interpostos nesse artigo, concluímos que tanto o *Instagram*, quanto o *Whatsapp* não poderiam ser responsabilizados pelo comércio eletrônico realizado em seu âmbito. Entretanto, no caso do primeiro, seria possível a responsabilização nos casos das publicações patrocinadas, pois, nestas, haveria a exploração econômica da relação contratual de compra e venda realizada dentro do âmbito desse aplicativo. Nesses casos, o *Instagram* poderia, à luz da doutrina de Leonardo Bessa e de Cláudia Lima Marques, ser considerado como fornecedor-equiparado, passível, assim, de responsabilização.

Tal requisito, qual seja a exploração econômica da relação contratual, também estaria presente nos sítios eletrônicos que agem como intermediadores, dos quais o *Mercado Livre* é o seu principal expoente. Com isso, concluímos que, nestes casos, seria possível a responsabilização desses *websites*. Tal parte serviu como parâmetro para que melhor analisássemos a situação do *Instagram* e do *Whatsapp*.

Por fim, também tratamos a aplicação do decreto 7.962/2013, que trata do comércio eletrônico, apesar de não fazer nenhuma menção expressa ao uso dos aplicativos de celulares.



REFERÊNCIAS

BENJAMIN, Antônio Herman V; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 5. ed. rev., atual. e amp. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

BOLZAN, Fabrício. **Direito do consumidor esquematizado**, 2. ed. – São Paulo: Saraiva, 2014.

DESENVOLVEDORES criam modelo de vendas através de Instagram e Whatsapp. Revista Hypeness, São Paulo, 20 abril 2015. Disponível em: <http://www.hypeness.com.br/2015/04/empreendedores-criam-modelo-de-vendas-atraves-de-instagram-e-whatsapp/>. Acesso em: 17 set. 2015.

E-BIT. **31º WebShoppers**: relatório sobre o comércio eletrônico brasileiro, 1. ed. São Paulo, 2014

EMPRESA cria sistema para vendas via Instagram e Whatsapp. Revista PEGN, São Paulo, 07 abril 2015. Disponível em: <http://revistapegn.globo.com/Banco-de-ideias/E-commerce/noticia/2015/04/empresa-cria-sistema-para-vendas-instagram-e-whatsapp.html> . Acesso em: 16 set. 2015.

HOLANDA, Aurélio Buarque de. **Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa**. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986. Vol. único.

Instagram. **Terms of Use**. Vigente desde 19 de janeiro de 2013. Disponível em: <https://instagram.com/about/legal/terms/>. Acesso em: 23 setembro. 2015. (tradução nossa)

Mercado Livre. **Termos e Condições de Uso**. Disponível em: http://contato.mercadolivre.com.br/ajuda/Termos-e-condicoes-gerais-de-uso_1409. Acesso



em: 20 setembro. 2015.

PWC e International Survey Unit (ISU). **Total Retail Survey:** Brasil – O varejo e a era da disrupção, 1. Ed. São Paulo, 2015

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito do consumidor:** direito material e processual. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

SMARTPHONE APPS' LIABILITY ON BUY & SELL E-CONTRACTS CARRIED OUT BY A THIRD PART

ABSTRACT

This paper's purpose is to explain the liability of smartphone apps buy and sell relationships that take place inside these apps. First, we will comment the dynamics of e-commerce and how that may affect Whatsapp's and Instagram's liability. After that, we will explain how the liability of the latter is an exception to a general rule enshrined on the Brazilian Consumer's Defense Act. Then, we shall discuss the use of a middle agent on e-commerce, it's profiteering and how that may affect e-commerce companies' liability. After that, the author shall conclude this paper, highlighting all the content that this paper stands for.

Keywords: Liability; Smartphone apps; E-contract.

