



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2014.0000254029

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0179673-03.2007.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante MERCADOLIVRE.COM ATIVIDADES DE INTERNET LTDA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 28ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MANOEL JUSTINO BEZERRA FILHO (Presidente), DIMAS RUBENS FONSECA E GILSON DELGADO MIRANDA.

São Paulo, 29 de abril de 2014.

Manoel Justino Bezerra Filho
PRESIDENTE E RELATOR
Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Apelação Processo nº **0179673-03.2007.8.26.0100**

Relator(a): **Manoel Justino Bezerra Filho**

Órgão Julgador: **28ª Câmara de Direito Privado**

COMARCA: SÃO PAULO - 13ª VARA CÍVEL CENTRAL

APELANTE: MERCADOLIVRE.COM ATIVIDADES DE INTERNET
LTDA

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

VOTO Nº 21.105

Ação civil pública – Direito do Consumidor – Prestação de serviços – Portal e-commerce que atua sob a denominação MercadoLivre.Com – Afastada alegação de falta de interesse de agir do Ministério Público, em razão dos termos de ajustamento de conduta firmados. – Interesse presente, eis que o objeto dos termos de ajustamento de conduta não coincidem com o objeto da ação civil pública ora sob exame, nada impedindo a apreciação pelo Judiciário, toda vez que houver violação ou ameaça a direito. - Legitimidade do Ministério Público para propositura da ação civil pública, na defesa dos direitos da coletividade de consumidores – Adequação da via eleita – Possibilidade da postulação de provimentos judiciais declaratórios e condenatórios pela via da ação civil pública – No mérito, verificação de que o portal e-commerce mantido pela requerida apelante presta serviços de veiculação e intermediação de produtos e serviços na Internet, integrando a cadeia de fornecimento que chega até o consumidor final – Relação de consumo caracterizada - Nulidade das cláusulas contratuais que exonerem ou limitem a responsabilidade da fornecedora, reconhecendo-se a responsabilide civil, solidária e objetiva, por eventuais danos causados ao consumidores, nos termos do pedido inicial – Fornecedora que deve se abster de incluir cláusulas que atenuem ou exonerem sua responsabilidade, sob pena de multa, exceto na situação a seguir analisada – Possibilidade porém de excluir contratualmente a responsabilidade da



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

apelante pelas características intrínsecas do bem, tais como estado de conservação, qualidade, funcionamento, defeitos, etc., vez que a apelante não tem qualquer acesso ao bem, que passa diretamente do “vendedor” para o “comprador”, ressalvando-se porém que o dinheiro remetido à apelante ou participante para o pagamento, só pode ser liberado em favor do vendedor após expressa autorização do comprador, ressalva sem efeito em caso de pagamento direto do comprador ao vendedor. – Recurso parcialmente provido -

Trata-se de apelação da requerida MercadoLivre.Com (fls. 1203/1308) interposta ante a r. sentença do MM. Juiz MARCUS ALEXANDRE MANHÃES BASTOS (fls. 1150/1179), que julgou procedente o pedido feito em ação civil pública, para o fim de: a) declarar como de consumo a relação existente entre a requerida e os usuários compradores que se utilizam do portal e-commerce mantido pela requerida; b) declarar a responsabilidade civil da requerida por danos e prejuízos experimentados pelos usuários compradores, por conta de negócios realizados por meio do portal, bem como pela falta de execução integral do quanto contratado na aquisição do produto ou serviço, de modo solidário e objetivo, na forma do CDCConsumidor; c) condenar a requerida à supressão de qualquer cláusula ou termo da adesão que isente ou atenua sua responsabilidade legal, solidária e objetiva, perante os consumidores ditos usuários compradores pela falta de execução integral do contrato celebrado no âmbito do portal, bem como por eventual dano ou prejuízo decorrente de fato ou vício de produto ou serviço contratado no portal, no prazo máximo de 20 dias, devendo, ainda, abster-se de adicionar qualquer cláusula de isenção de responsabilidade, sob pena de multa diária de R\$ 5.000,00.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Insurge-se a apelante contra o decidido, alinhando as razões de inconformismo e aguardando o final provimento do recurso. Alega ocorrência de falta de interesse de agir do Ministério Público de São Paulo, considerando-se que houve celebração de termos de compromisso de ajustamento de conduta com o Ministério Público do Rio de Janeiro e da Bahia, de forma que o que foi ali estabelecido aplica-se a todos os usuários do serviço, independentemente de onde estiverem localizados; alega ilegitimidade ativa do Ministério Público, tendo em vista que o interesse tutelado é individual homogêneo e disponível; argumenta que a via processual eleita é inadequada, eis que a ação civil pública não se destina à obtenção de provimentos declaratórios; no mérito; argumenta que o serviço prestado pela apelante funciona de maneira distinta daquela narrada na inicial pelo Ministério Público, asseverando que presta aos usuários serviço de veiculação de anúncios na Internet, assemelhando-se à plataforma de divulgação aos tradicionais classificados de jornais; afirma que seu negócio não é de intermediação das propostas de compra e venda, asseverando que em momento algum os bens comercializados ficam na posse da apelante, razão pela qual não figura como fornecedora dos produtos e serviços anunciados, argumentando ainda que todas as características do funcionamento do site são informadas aos usuários de antemão; invoca os argumentos pelos quais entende que a r. sentença acarreta mais prejuízos do que benefícios à coletividade de consumidores, de modo que se prevalecer inviabilizará a atividade desenvolvida pela apelante; aduz, por outro lado, que a remuneração não é quantificada com base no valor de compra e venda, afirmando que a operação é realizada direta e exclusivamente entre anunciantes-vendedores e compradores e que o pagamento do item negociado não é feito à apelante, mas ao respectivo anunciante-vendedor; por fim, alega que ante as características do negócio de divulgação empreendido pela apelante, não pode ser responsabilizada por danos causados aos consumidores, nos termos postulados na inicial da ação civil pública.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

O recurso é tempestivo e está preparado (fls. 1382/1387); com contrarrazões (fls. 1397/1433). A douta Procuradoria de Justiça ofertou parecer (fls. 1439/1469), opinando pelo não provimento do recurso. Após a douta revisão, os autos vieram à mesa de julgamento.

É o relatório.

Narra a inicial que a ora apelante MercadoLivre.Com é fornecedora que presta serviços no mercado de consumo, consistentes basicamente na intermediação de contratos de compra e venda de produtos e serviços, entre usuários-compradores e usuários-vendedores. Por meio da via da ação civil pública, o Ministério Público pretende a declaração judicial da relação de consumo estabelecida entre a apelante MercadoLivre.Com e os usuários-compradores, assim como a declaração da responsabilidade civil da apelante pelos danos e prejuízos sofridos pelos usuários-compradores, em virtude dos negócios realizados no portal de e-commerce, bem como a declaração de nulidade das cláusulas que isentem ou atenuem a responsabilidade legal perante os consumidores usuários-compradores, condenando-se a apelante na obrigação de não fazer, consistente em abster-se de manter ou estipular cláusulas que atenuem sua responsabilidade perante os consumidores usuários-compradores.

Inicialmente, argumenta a apelante faltar interesse de agir do Ministério Público, tendo em vista que as pretensões deduzidas na inicial já teriam sido objeto de termos de ajustamento de conduta, celebrados não só com o Ministério Público Paulista, mas também com os Ministérios Públicos do Rio de Janeiro e da Bahia. No seu entender, as alterações promovidas pela apelante em seu portal e-commerce, em razão desses termos de ajustamento de conduta, aplicam-se a todos os usuários do serviço, independentemente de onde estiverem localizados. Sem



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

embargo de tal argumento, verifica-se pelo exame dos documentos existentes nos autos (fls. 790/791, 792/794, 1314/1317 e 1318/1322) que os mencionados termos de ajustamento de conduta não tratam de objeto idêntico ao discutido nesta ação civil pública, o que é suficiente para afastar a preliminar arguida. Ainda assim, de fato, os termos de ajustamento de conduta não constituem documentos nos quais as partes transacionam realizando concessões mútuas e fechando o escopo da relação jurídica ali discutida; ao contrário, o interessado compromete-se a ajustar sua conduta às exigências legais relativamente aos pontos ali delineados, nada impedindo que outras pretensões sejam levadas ao Poder Judiciário para apreciação, garantia expressa do artigo 5º, inciso XXXV, da CF/88. Ressalte-se neste ponto que as normas que regulam as relações de consumo são de ordem pública, não podendo a apelante esquivar-se de obrigações que lhe são impostas por lei.

Também fica afastada a alegação de ilegitimidade ativa do Ministério Público, tendo em vista que não se trata aqui de defesa de direitos individuais disponíveis, não versando a demanda sobre casos concretos que envolvam os usuários-compradores que se utilizam do portal e-commerce da apelante. Aqui parte-se da concepção --- mais do que isso aliás, da constatação empírica --- de que o negócio da apelante atinge a massa de consumidores que se utiliza da Internet como veículo de intermediação, de modo que os interesses aqui examinados extrapolam o âmbito da disponibilidade do direito em questão. O que se pretende é compelir a apelante à obrigação de excluir qualquer cláusula genérica que a isente de responsabilidade por danos sofridos pelos usuários-compradores, a partir do reconhecimento de que a relação jurídica que se estabelece entre a apelante e os usuários-compradores é de consumo, pretensão para a qual o Ministério Público possui legitimidade, nos termos da função que lhe é atribuída pela Constituição Federal, no artigo 129, inciso III, assim como pela Lei Orgânica do Ministério Público, no artigo 25, inciso IV, pela Lei 7.345/85, artigo 5º, inciso I, e



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

pelo CDCConsumidor, artigos 81 e 82.

Quanto à arguição de inadequação da via processual eleita, argumenta a apelante que a ação civil pública não se destina à obtenção de provimentos declaratórios. Entretanto, ao contrário do alegado, nada impede seja perseguida tutela judicial declaratória para reconhecimento de nulidade de cláusula contratual – tal como no caso –, devendo ainda ser observado que na hipótese ora examinada, a inicial da ação civil pública também contempla pedido condenatório, consistente em obrigação de não fazer, para que a apelante se abstenha de inserir cláusulas que a isentem de responsabilidade, ou cláusulas de não indenizar, pedidos compatíveis com o manejo da ação civil pública na defesa dos interesses da coletividade de consumidores.

Superados tais aspectos, sem embargo dos argumentos aduzidos no apelo, inegável o fato da apelante prestar serviços no mercado de consumo, consistentes na veiculação de anúncios e intermediação de contratos de compra e venda de produtos e serviços entre usuários-vendedores e usuários-compradores, por meio de seu portal na Internet. Mantém a apelante atividade empresarial organizada para tal fim, participando da cadeia de fornecimento de produtos e serviços ofertados no mercado, ligando os dois polos da relação jurídica de consumo que se estabelece entre usuários-vendedores e usuários-compradores.

Ao contrário do alegado, os serviços prestados pela apelante não se assemelham aos tradicionais classificados de jornais. O que se constata é que há efetiva participação da apelante nas operações travadas no âmbito do portal e-commerce, que vai além da mera veiculação de anúncios. O contato inicial entre as partes é intermediado pela apelante, utilizando os usuários do portal. Ainda que as partes possam interagir entre si independentemente da intermediação da apelante,



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

tal fato não afasta o entendimento de que a apelante participa ativamente na cadeia de fornecimento de produtos e serviços que veicula no portal. Além da remuneração pelo anúncio do produto, recebe após a concretização da venda, percentual calculado sobre o preço anunciado pelo usuário- vendedor, lucrando em cada operação consumada.

O douto e percuciente Magistrado, em sua brilhante e cuidadosa sentença, anotou que a apelante *“age como se tratasse de um lojista, que colhe produtos de diversas marcas e natureza, coloca-os em exposição e obtém percentual do preço da venda”* (fls. 1166); mais adiante pondera também que *“não é mera indicação de venda a que se verifica através deste portal, mas o efetivo exercício de atos voltados à promoção da venda dos produtos anunciados, com o confessado propósito lucrativo, na medida em que, consumada a venda, faz jus a percentual sobre o preço da operação final”* (fls. 1167), entendimento que se mostra correto e não merece reparo, a não ser em pequeno ponto que, porém, trará consequências ponderáveis no resultado do julgamento, como se verá abaixo.

É verdade também que grande parte dos produtos e serviços anunciados no portal são lançados em escala mercantil, por pessoas que fazem da mercancia a atividade habitual e profissional, o que reforça a ideia de que a apelante insere-se na cadeia de fornecimento dos produtos e serviços ao consumidor final, ao lucrar com o produto das negociações.

Embora seja incontroverso que o serviço prestado pela apelante atinge milhões de pessoas que têm acesso à rede mundial de computadores, o risco da atividade exercida pela apelante não pode ser carreado aos usuários-compradores. Cumpre lembrar que em nosso sistema de direito, estabeleceu-se já de forma sólida, a teoria do risco, de tal forma que aquele que persegue o lucro, suporta o risco. A apelante,



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

que explora atividade empresarial organizada, colocando-se como fornecedora de produtos e serviços a consumidores finais, responde de forma objetiva pelos prejuízos que porventura venha a causar a tais consumidores, não podendo esquivar-se de suas responsabilidades. À apelante também é vedado fazer inserir cláusulas que a exonerem de eventuais danos causados aos usuários-compradores, ou que limitem sua responsabilidade enquanto fornecedora, de modo que exatamente para impedir que danos ocorram, deve a apelante tomar as providências e cautelas necessárias para aperfeiçoar seus sistemas de contratação, informação e controle, zelando para o correto atendimento à coletividade de consumidores.

Considerando-se que a relação jurídica que se estabelece com os usuários compradores é de consumo, a apelante responde solidária e objetivamente por eventuais prejuízos causados, sendo esta a decorrência lógica de tal reconhecimento, nos termos dos artigos 12, 13, 14, 17, 18, 19, 20, 30 e 35, todos do Código de Defesa do Consumidor, independentemente de caracterização de culpa. Evidentemente, tal entendimento não impede que a apelante, querendo, maneje ação de regresso contra aquele que entende ser o efetivo causador do dano, tampouco impede a descaracterização da responsabilidade se acaso provada a culpa exclusiva do consumidor, situação a ser examinada no caso concreto, eventualmente.

A respeito do tema tratado, esta E. 28ª Câmara de Direito Privado já decidiu na mesma linha do entendimento aqui exarado. Confira-se:-

PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. COMÉRCIO ELETRÔNICO. Indenização. Responsabilidade objetiva. Danos morais e materiais. Site de intermediação por meio eletrônico. Consumidor vítima de estelionato. Aquisição de máquina



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

fotográfica. Falso cadastro hospedado no domínio da requerida. Aplicação do disposto nos arts. 12, 14, 30, 31, 36, 37 da Lei nº 8.078/90. Relação jurídica que não exonera a recorrente de responder pelos defeitos verificados na segurança das informações disponibilizadas que incentivaram o consumidor a adquirir o produto a possibilitar o usuário ao prejuízo experimentado. Responsabilidade que encontra sustentação na violação da teoria da confiança. Matéria prejudicial rejeitada. Indenização por danos morais reduzida em função das finalidades da condenação e das circunstâncias do caso. Recurso parcialmente provido. (TJSP – Apelação nº 0002300-73.2008.8.26.0318 – 28ª Câmara de Direito Privado – Rel. Des. Júlio Vidal – J. 11.12.2012)

Sem embargo de todo o acima --- e conforme já referido anteriormente ---, a r. sentença merece porém uma pequena alteração que, apesar de pequena, trará consequências ponderáveis no resultado do julgamento. É que, conforme demonstrado nos autos, o apelante em nenhum momento tem acesso ou mesmo simples vista do bem que está sendo transacionado. Fica claro que no sistema estabelecido, o comprador toma conhecimento da existência do bem por consulta ao site da apelante e, na sequência, entra em contato com o vendedor e verifica --- ou pode verificar --- a situação física do bem. Neste contato o comprador examina o bem, vê se lhe interessa ou não adquirir o bem no estado em que o encontra, repita-se, sem qualquer interferência, neste momento, da apelante. Portanto, não parece razoável que a apelante responda pela qualidade do bem e possa ser responsabilizada por defeitos ou fato da coisa, coisa à qual nunca teve acesso.

Compete ao comprador, interessado no bem,



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

verificar suas condições e concluir se aquele bem, naquele estado, por aquele preço, interessa a ele ou não. Apenas como exemplo, lembre-se que ao comprador, muitas vezes pode interessar a aquisição do bem mesmo com defeito, pois pode ser mais interessante economicamente --- e muitas vezes é ---, adquirir um bem com defeito, por um preço bastante inferior para, na sequência, o comprador, por si ou por terceira pessoa, efetuar o conserto necessário. Enfim, o que se está a verificar é que não há possibilidade de responsabilizar a apelante por eventual defeito de um bem ao qual não teve acesso em qualquer momento, bem muitas vezes com o desgaste natural decorrente do uso.

Não se poderia, por outro lado, aplicar aqui a nova e correta teoria intitulada “teoria do contrato trilateral”, pelo qual a financeira responde também por defeitos que tornem o bem (v.g., veículo) imprestável para o fim ao qual se destina, em contrato de “leasing” ou de alienação fiduciária. É que segundo esta teoria, como a financeira atua em certa parceria ou colaboração com o vendedor, entregando diretamente a ele o veículo, o numerário para pagamento do veículo, por isto mesmo deve zelar para que o consumidor não seja enganado. Além disto, há casos nos quais a financeira é do mesmo grupo econômico do vendedor (v.g., Revendedora Fiat e Banco Fiat), o que permite a aplicação da teoria do contrato trilateral.

No caso sob exame, isto não ocorre. Quem entrega o dinheiro para o pagamento é o próprio comprador, que não o entrega ao vendedor e sim, à apelante ou a quem aproximado da apelante atua também neste campo virtual. Este dinheiro --- e este ponto fica aqui especificamente determinado ---, só pode ser liberado ao vendedor, com expressa autorização do comprador, evidentemente transmitida por meios eletrônicos. Quando desta liberação, também evidentemente o comprador já terá examinado o bem que pretende adquirir e já terá concluído que a aquisição interessa-lhe, na exata



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

situação na qual o bem está. Observe-se porém que se o comprador, por sua livre vontade, efetua o pagamento diretamente em mãos do vendedor, não há de se aplicar a determinação acima

Portanto --- e mais vez com a devida vênia do E. Magistrado ---, a apelante não responde pelo estado e qualidade do bem. Pode a apelante excluir contratualmente sua responsabilidade pelas características intrínsecas do bem, tais como estado de conservação, qualidade, funcionamento, defeitos, etc., vez que a apelante não tem qualquer acesso ao bem, que passa diretamente do “vendedor” para o “comprador”, ressaltado porém que o dinheiro para o pagamento só pode ser liberado em favor do vendedor após expressa autorização do comprador, a menos que ocorra pagamento direto.

O excelente sistema introduzido em nosso direito com a promulgação do Código de Defesa do Consumidor deve ser preservado e constantemente aperfeiçoado, pois representou um degrau ponderável de progresso na institucionalização da defesa do consumidor, ante sua vulnerabilidade e posição de dependência em relação ao fornecedor. No entanto, não deve o CDC ser aplicado de tal forma que venha a inviabilizar tipos de negociação que melhor atendem ao consumidor, nesta era desenfreada de progresso cibernético. Ou seja, com todos os incomensuráveis benefícios que o CDC trouxe, não se pode, em nome da defesa do consumidor, permitir que ele, consumidor, possa ser favorecido pelo simples fato de ser o mais fraco na relação. Esta fraqueza relativa deve ser sempre considerada, porém não pode ser alçada a alvará para a irresponsabilidade. Em casos como o presente, no qual apenas o consumidor --- e não a empresa de comércio virtual --- vê e examina o bem, a ele consumidor é que compete decidir se quer ou não adquirir aquele bem naquele estado.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Embora falando sobre contratos interempresariais, aos quais em princípio não se aplicam as regras do CDC, Paula A. Forgioni, com seu reluzente conhecimento e sua precisa forma de expressão traz (*A evolução do Direito Comercial Brasileiro; da mercancia ao mercado*, Ed. Revista dos Tribunais, edição de 2009, pg.185) recomendação que se aplica ao presente caso, *mutatis mutandis*, vez que aqui aplica-se o CDC. Diz a brilhante doutrinadora: “*A defesa dos agentes econômicos vítimas de situações manifestamente abusivas atua a favor do interesse geral do comércio, pois inibe comportamentos disfuncionais dos agentes, que comprometem o bom fluxo de relações econômicas. Tudo se dá, entretanto, dentro da lógica própria do sistema de direito comercial e, especialmente, dos contratos interempresariais, sem que se parta de tutela apriorística da parte 'mais fraca'*”. E termina o pensamento com observação que se aplica perfeitamente a casos como o presente: “*O poderio econômico da contraparte não pode outorgar ao empresário a prerrogativa de deixar de agir como 'um homem ativo e probo', considerados os padrões de mercado*”.

Ou seja, embora o consumidor, em sua fraqueza quase sempre presente ante o fornecedor, deva mesmo ser defendido pelas rígidas regras protetivas do CDC, ainda assim não pode abrir mão das cautelas que normalmente devem ser tomadas pelo homem ativo e probo.

Em consequência, a brilhante sentença do **MM. JUIZ MARCUS ALEXANDRE MANHÃES BASTOS**, a quem se prestam aqui as devidas homenagens, fica mantida quase integralmente, reformando-a apenas para que fique estabelecido que a apelante não responde pelo estado e qualidade do bem e que pode a apelante, em cláusula contratual com bastante destaque e em letras maiores, excluir sua responsabilidade pelas características intrínsecas



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

do bem, tais como estado de conservação, qualidade, funcionamento, defeitos, etc., vez que a apelante não tem qualquer acesso ao bem, que passa diretamente do “vendedor” para o “comprador”, ressaltado porém que o dinheiro para o pagamento só pode ser liberado pela apelante em favor do vendedor após expressa autorização do comprador, ressalva evidentemente sem efeito em caso de pagamento direto do comprador ao vendedor.

Dá-se parcial provimento ao recurso.

MANOEL JUSTINO BEZERRA FILHO

Relator