

A ATUAÇÃO DOS GATEKEEPERS: RESPONSABILIDADE PROPORCIONAL AO ÂMBITO DA INTERMEDIÇÃO

Gabriela Soares Cavalcanti

Pós-graduada pela EMERJ. Advogada.

Paulo Maximilian W. Schonblum

Mestre em direito. Professor da EMERJ e da pós-graduação da PUC/RJ. Membro da Comissão de Professores de Direito do Consumidor do BRASILCON. Conselheiro do PROCON Municipal/RJ. Autor de livros e artigos. Advogado.

Aprovado em: 08/07/2019 e 16/07/2019

RESUMO: O presente artigo tem por objeto estudar a responsabilidade civil nas relações de consumo, partindo de um recém-criado conceito de fornecedor (gatekeepers) que – em decorrência dos avanços tecnológicos - participa de uma forma diferente nas novas interações comerciais e terá sua responsabilidade associada e restrita ao âmbito de sua atuação.

ABSTRACT: *The purpose of this article is to explore civil liability in technologically driven consumer relations. Starting from the newly created supplier's concept (gatekeepers) that uniquely engages in new commercial interactions, this article also sets out to study the associated responsibilities and restrictions within this area.*

PALAVRAS CHAVE: Direito do Consumidor. Gatekeepers. Marco Civil da Internet. Responsabilidade Civil.

KEYWORDS: *Consumer law. Gatekeepers. Internet new brazilian law. Civil liability.*

SUMÁRIO: Introdução e questão problematizada. 1. Evolução tecnológica e novas relações “comerciais”. 2. Conceito (tradicional) de Consumidores/Fornecedores e sua inadequação para essas novas modalidades contratuais. 3. O novo conceito de fornecedor-intermediário (os gatekeepers). 4. Diferenciação quanto à questão da responsabilidade civil. Conclusão.

INTRODUÇÃO E QUESTÃO PROBLEMATIZADA

A internet assumiu uma grande relevância na vida dos cidadãos, de modo que se tornou parte imprescindível da sociedade contemporânea, pois, a cada minuto, milhões de pessoas acessam a rede para inúmeros fins, dentre eles criar, negociar, interagir, obter e disseminar informações, por meio de diversas aplicações¹.

Esse dinamismo existe justamente em razão de características e conceitos peculiares à estrutura da “grande rede”, como a sua ampla diversidade, facilidade de se empreender, baixo custo, e, principalmente, o baixo nível de censura, que permite o livre curso das interações - consequência direta da impossibilidade de um filtro nas mãos dos intermediários.

Assim, com o surgimento desses novos “personagens” - intermediários nas relações de consumo - que colaboram para a aproximação entre fornecedor e consumidor de forma decisiva, como ficam os conceitos tradicionais de consumidor, fornecedor, relação de consumo e, ainda, a análise no nexo de causalidade relacionada com uma nova forma de se apurar responsabilidades?

¹ A grande expansão da internet foi concludente para o crescimento do comércio eletrônico no Brasil e no mundo. De acordo com a pesquisa apresentada pelo Google no final de 2016, o comércio eletrônico deve dobrar sua participação no faturamento do varejo até 2021, crescendo em média 12,4% ao ano e chegando a R\$ 85 bilhões em vendas.

1 EVOLUÇÃO TECNOLÓGICA E NOVAS RELAÇÕES “COMERCIAIS”.

Os inúmeros aplicativos² colocados à disposição todos os dias vêm revolucionando a vida dos consumidores, seja para facilitar o cotidiano, seja para colaborar com a economia doméstica ou mesmo viabilizar uma negociação com praticidade e eficiência.

Dessa transformação nas relações comerciais surgiu o denominado consumo colaborativo, ou economia do compartilhamento (*sharing economy*)³, sendo que, no Brasil, tal prática se alastrou principalmente nas áreas de hospedagem, transporte e alimentação, havendo, pois, dificuldade de encontrar quem ainda não tenha desfrutado das comodidades proporcionadas que esses aplicativos/sites oferecem.

Algumas dessas recém-criadas relações comerciais, todavia, são exercidas por pessoas - não necessariamente de forma profissional-, que se utilizam das plataformas virtuais para oferta de bens ou serviços, as quais não só aproximam os interessados, como também facilitam a cadeia de fornecimento. Com esse modelo negocial inovador, qualquer um pode empreender ou apenas compartilhar produtos e serviços com outras pessoas.

Nesse contexto, surgiram as relações P2P (*peer to peer*) - *person to person*-, que consistem em negócios realizados diretamente entre pessoas e, por não haver uma empresa numa das extremidades da relação, também podem ser chamadas de C2C - *consumer to consumer*. Ressalta-se, porém, que embora o conceito P2P trate de uma conexão direta entre usuários, isso somente é possível em razão da existência de um intermediário, que é o detentor da “*tecnologia de aproximação e interação*”.

2 <https://techinbrazil.com/in-app-purchases-in-brazil>.

3 A economia do compartilhamento - SharingEconomy - traz à tona a ideia de consumo sustentável, consistindo em consumo e comércio colaborativo por meio do qual as pessoas compartilham (dividem ou emprestam) produtos e serviços, o que permite uma grande economia a quem se utiliza desse mecanismo.

Essa tecnologia serve como meio de ligação entre as extremidades interessadas na viabilização de determinados negócios, propiciando, até mesmo, confiabilidade na negociação, feita entre “desconhecidos”⁴.

2 CONCEITO (TRADICIONAL) DE CONSUMIDORES/ FORNECEDORES E SUA INADEQUAÇÃO PARA ESSAS NOVAS MODALIDADES CONTRATUAIS

No que pese estar o conceito de consumidor expressamente disposto no CDC⁵, desde o início de sua vigência, o E. Superior Tribunal de Justiça vem discutindo e enfrentando dúvidas sobre a questão⁶, principalmente quando a negociação se dava entre pessoas jurídicas⁷, ou quando a atuação do fornecedor era implementada ao negócio do (suposto) consumidor⁸,

4 Os aplicativos Cabify/Uber, sem serem proprietários dos veículos, disponibilizam o serviço do tradicional taxi (com motoristas autônomos, vinculados ao aplicativo mediante o preenchimento de determinados requisitos). Outrossim, o AirBnB, sem possuir qualquer imóvel, anuncia diversas modalidades de hospedagem, e o Ifood, sem ser proprietário de nenhum restaurante, oferece inúmeras opções de cardápio. Para isso, disponibilizam um “espaço virtual” implementado pela sua engenharia técnica, que é capaz de aproximar aquele que pretende oferecer produtos ou serviços e aquele que os procura. Trata-se de atividades empresariais “meio”.

5 O Código de Proteção e Defesa do Consumidor (“CPDC”) rompeu com a tradição pátria - importada do direito Francês - de não trazer conceitos em seu texto (*omnia definitio periculosa est*), entendendo caber tal função à doutrina e à jurisprudência. Dessa forma, como explica José Geraldo Brito Filomeno (*Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*, Forense Universitária, 8ª ed., p. 17), as definições acabaram inseridas na legislação porque essenciais à própria compreensão e aplicação do CPDC.

6 Existem duas teorias quanto ao conceito de consumidor (maximalista e finalista), a primeira teoria entende que a noção de destinatário final deve ser interpretada de forma ampla, bastando que a pessoa (natural ou jurídica) retire o produto da cadeia de fornecimento - seriam os destinatários fáticos, desde que não haja intenção de revenda. Já a segunda teoria, considera destinatário final apenas o vulnerável que encerra o processo econômico. Existe ainda a figura do consumidor por equiparação (aquela previsto no §ú do artigo 2º, bem como nos artigos 17 e 29, todos do CPDC). Desde o julgamento do REsp. 541.876-BA, pela 2ª seção, em 10.11.2004, prepondera a adoção da corrente finalista, que, contudo, pode ser mitigada em caso de evidente vulnerabilidade. - há quem diga que essa seria, inclusive, uma terceira teoria acerca do conceito de consumidor: teoria finalista aprofundada ou mitigada.

7 “DIREITO DO CONSUMIDOR. CONFIGURAÇÃO DE RELAÇÃO DE CONSUMO ENTRE PESSOAS JURÍDICAS. Há relação de consumo entre a sociedade empresária vendedora de aviões e a sociedade empresária administradora de imóveis que tenha adquirido avião com o objetivo de facilitar o deslocamento de sócios e funcionários.” (STJ - 3ª Turma, AgRg. no REsp. 1.321.083-PR, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 09.09.2014 - INFO 548).

8 “Contrato de transporte internacional de carga. Insumos. Relação de consumo. Inocorrência. Vinculação entre o contrato principal e o acessório de transporte. Não se aplica o Código de Defesa do Consumidor - CDC ao

como, por exemplo, no caso de concessão de crédito ou utilização de máquinas de pagamento (empresas de adquirência).

No que se refere ao conceito de fornecedor, ao revés, nunca houve discussão relevante, tendo esse sido compreendido e adotado de forma pacífica pela doutrina e jurisprudência. Entretanto, com a implementação de novos serviços digitais e o surgimento dos intermediários nas relações de consumo, tem se verificado na doutrina vanguardista uma nova acepção conferida ao vetusto conceito, pois se percebeu, logo de saída, que esse intermediário não se enquadrava em nenhuma das hipóteses previstas no CDC, por não atuar segundo as formas tradicionais (produz, monta, cria, constrói, transforma, importa, exporta, distribui ou sequer comercializa bens e serviços) ali previstas.

Leonardo Roscoe Bessa, já em 2007, levantava a figura do fornecedor por equiparação para os intermediadores que atuam em auxílio ao tradicional fornecedor de produtos e serviços, que, em função da preponderância da atividade (e não do preenchimento de todos os requisitos legais) faziam parte da cadeia de fornecimento:

O fornecedor é visto como quem exerce a atividade especificamente regulada e não mais de modo genérico, como aquele que atua profissionalmente (mediante remuneração) no mercado de consumo. Daí fica fácil perceber que a ideia da relação de consumo, baseando-se nos conceitos dos arts. 2º e 3º do CDC, não é o melhor método para identificar todas as situações de aplicação do Código de Defesa do Consumidor.⁹

Para essas novas modalidades contratuais¹⁰, tanto o conceito de fornecedor deve ser reavaliado quanto a responsabilidade aplicada a esses novos atores, que possuem um desempenho diverso da tradicional, por participar

contrato de transporte de mercadorias vinculado a contrato de compra e venda de insumos.” (STJ – 3ª Turma, REsp 1.442.674-PR, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 07.03.2017 – INFO 600).

9 BESSA, Leonardo Roscoe. *Revista de Direito do Consumidor*: RDC, v. 16, n. 61, p. 126-141, jan./mar. 2007.

10 “Os contratos concluídos por meio eletrônico seriam contratos ‘em silêncio’ ou ‘sem diálogo’ (expressão de Irti), conduzidos mais pela imagem, pela conduta de apertar um botão, do que pela linguagem” (MARQUES, Cláudia Lima. *Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor*. São Paulo: RT, 2004, p. 66).

de forma intercessora e categórica na relação comercial, que se estabelece entre as partes no contrato virtual.

3 O NOVO CONCEITO DE FORNECEDOR-INTERMEDIÁRIO (OS GATEKEEPERS).

A intermediação de negócios pela internet progrediu, implementada por sites/aplicativos que aproximam usuários, disponibilizando em suas plataformas diversos produtos e serviços anunciados e/ou realizados por terceiros, de modo que quem realiza uma pesquisa de determinado bem ou serviço terminará sendo direcionado à oferta procurada.

Tratando-se do ambiente virtual, o fornecedor intermediário foi denominado por Cláudia Lima Marques¹¹ de *gatekeeper*, termo resgatado do Professor Hans W. Micklitz¹², que significa, literalmente, “*o guarda da porta ou portão*”. Esses personagens não intervêm na finalização dos negócios, os quais são realizados entre os “aproximados”, não podendo, justamente por isso, ser caracterizados como vendedores ou garantidores de quaisquer produtos e/ou serviços, já que não são proprietários, importadores ou transportadores. São apenas os responsáveis por permitir o acesso, ou seja, possibilitam o estabelecimento da relação “comercial” entre as extremidades interessadas, na qualidade de intermediários decisivos.

Os intermediários assumiram um papel relevante e imprescindível no comércio eletrônico, pois suas marcas conferem credibilidade aos contratos virtuais realizados (entre desconhecidos) a partir de suas plataformas, vez que, quanto mais esclarecem e informam os usuários acerca das peculiaridades e riscos da contratação, mais confiáveis serão os serviços/produtos anunciados. Nesse sentido, leciona o professor Tarcísio Teixeira¹³:

11 MARQUES, Cláudia Lima. *A nova noção de fornecedor no consumo compartilhado: um estudo sobre as correlações do pluralismo contratual e ao acesso ao consumo*. Revista de Direito do Consumidor, v. 111/2017, pp. 247–268.

12 Professor e Reitor na European University Institute, em Florença (Itália).

13 TEIXEIRA, Tarcísio. *Comércio eletrônico: conforme o Marco Civil da Internet e a regulamentação do e-commerce no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2015, p.35.

É sob o prisma do aviamento subjetivo que estes sites de intermediação estão buscando fortalecer a relação com seus clientes, pois essas empresas não gozam de grandes estruturas físicas patrimoniais, sendo que o seu aviamento (aptidão para produzir lucro) está pautado fundamentalmente na confiança da clientela. Para tanto, eles têm implantado práticas de melhor utilização da plataforma, bem como estão atuando junto aos seus fornecedores, a fim de aumentar o nível de segurança e a qualidade das relações contratuais.

Assim, como a utilização das plataformas e aplicativos, a atualização dos novos conceitos parece já ter ultrapassado o “*point of no return*”, desafiando, para além de sua renovação, o estudo de uma alteração nas formas de responsabilização da cadeia de fornecimento.

4 DIFERENCIAÇÃO QUANTO À QUESTÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL.

O legislador foi bastante cuidadoso com as questões atinentes à solidariedade e à formação da cadeia de fornecimento, dispondo sobre o ponto em vários artigos (Art. 7, § único, 18, 19 e 25 do CPDC).

Por isso, mas, amarrados em conceitos tradicionais, alguns Tribunais ainda hoje enquadram os provedores de aplicação - *nesse artigo considerados como gatekeepers* -, como fornecedores convencionais, atribuindo-lhes a responsabilidade objetiva, sem observar os limites de suas atuações intermediárias. Nesse sentido, recentemente (25.07.2018), o E. TJSP, por ocasião do julgamento da apelação nº 1009888-93.2017.8.26.0320¹⁴, condenou o AIRBNB¹⁵ em danos materiais e morais, decorrentes de picadas de insetos

14 TJSP – 30ª Câm. DiPri., Apel. 1009888-93.2017.8.26.0320, Rel. Des. Lino Machado, j. 25/07/2018.

15 “2 milhões de pessoas se hospedam em acomodações no Airbnb em 65.000 cidades do mundo inteiro. Você pode escolher dentre mais de 4 milhões de anúncios em 191 países - isso é mais do que as cinco principais redes de hotéis juntas” (Trecho mencionado no v. Acórdão e disponível em <https://www.airbnb.com.br/trust>. Acesso em: 12.06.2018, 15h16min).

sofridas pelo consumidor/contratante/usuário no imóvel alugado (na Suíça), constando do v. Acórdão:

“(...) A ré é, sim, responsável por eventuais danos causados aos consumidores. A ré disponibiliza em seu conhecido sítio na internet (Airbnb) um serviço por meio do qual pessoas podem oferecer, em sua plataforma, locais para hospedagem de diversos tipos, tais como casas, apartamentos, sítios, entre outros. A ré, por seu turno, divulga esse conteúdo e outros consumidores, como a autora, que buscam uma hospedagem em determinada localidade, utilizam o serviço do Airbnb para buscar o local mais adequado para suas necessidades.

Não há dúvida de que o nome Airbnb é conhecido mundialmente e que, em geral, os usuários relatam que o serviço prestado é de qualidade. Sua marca não seria tão buscada pelos consumidores se, de fato, o serviço não fosse de grande confiança. (...)”

Ainda que o Airbnb não seja o efetivo anfitrião ou locador dos imóveis oferecidos, é dessa empresa que o consumidor busca a prestação do serviço que lhe garanta uma hospedagem tranquila, no local ali divulgado, pelo preço previamente ajustado, e com a garantia da empresa de que o consumidor não está sendo vítima de uma fraude ao aceitar se hospedar em um imóvel indicado na plataforma. Logo, a Airbnb responde, sim, por eventuais danos causados aos consumidores, incumbindo a ela, querendo, e se for o caso, buscar eventual reparação de danos causados por atos praticados por terceiros. O serviço é cobrado, uma vez que a ré fica com parte do valor pago. É ela quem intermedia todo o pagamento e faz o repasse ao anfitrião. (...)”

Segundo J. G. Vasi Werner¹⁶, no caso da responsabilidade (em regra) objetiva por fornecimento defeituoso, o nexo de causalidade que se deve in-

¹⁶ VASI WERNER, José Guilherme e outros. *Direito do consumidor* – Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 113.

investigar, de modo a reconhecer o dever de indenizar, é entre o fornecimento (*lato sensu*) e o dano alegado¹⁷, valendo lembrar dos ensinamentos de Sergio Cavalieri Filho “*o nexa de causalidade é elemento indispensável em qualquer espécie de responsabilidade civil. Pode haver responsabilidade sem culpa (...), mas não pode haver responsabilidade sem nexa causal*”¹⁸.

Desse modo, voltando ao exemplo da condenação do AIRBNB, ao que parece, s.m.j., não se considerou adequadamente a sistemática do negócio realizado (anúncio, aproximação, cobrança e repasse), emprestando ao intermediário uma obrigação totalmente dissociada de sua atuação.

Haveria nexa causal entre a conduta do aplicativo/site – que disponibilizou sua plataforma para aproximação dos usuários – e o dano alegado? Poderia o intermediário (neste caso) ter evitado o suposto dano? Para ambas as perguntas a resposta é negativa, entendendo-se que a correção da situação se dará por meio de uma nova perspectiva de análise da responsabilidade, na qual o intermediário somente responderá por vícios oriundos de sua atuação (nexa causal direto), não cabendo a este (por não fazer parte de sua atividade empresarial) inspecionar constante e permanentemente os imóveis antes de cada contrato, sob pena de inviabilização da plataforma/negócio proposto pelo *gatekeeper*.

Verifica-se, pois, que passados quase 30 anos, aos novos modelos de negócio implementados pela atuação e turbinados pela confiança proporcionada pelos *gatekeepers* não pode mais ser aplicada a legislação voltada ao comércio convencional, vez que incompatível no que tange ao conceito de

17 “(...) embora muitos sejam os fatores que contribuem para a produção do dano, nem por isso se deve chamar de causas todos eles, mas tão só os que se ligam ao dano em uma relação de necessidade, a romper o equilíbrio existente entre as outras condições. A Teoria do Dano Direto e Imediato distingue, então, entre o conjunto de antecedentes causais, a causa das demais condições. Se várias condições concorrem para o evento danoso, nem todas vão ensejar o dever de indenizar, mas apenas aquela elevada à categoria de causa necessária ao dano. (...) A Teoria do Dano Direto e Imediato mostra-se, como se vê, mais apta a enfrentar o problema da causalidade múltipla do que a maioria das teorias expostas anteriormente que quase sempre conduzem o julgador a soluções injustas. (...)” (CRUZ, Gisela Sampaio da. O Problema do Nexa Causal na Responsabilidade Civil. São Paulo: Renovar, 2005).

18 CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de responsabilidade Civil. São Paulo: Atlas, 7ª ed., 2007, p. 46.

fornecedor (e a formação da cadeia “solidária” de fornecimento¹⁹), e também, no que atine à própria distribuição da responsabilidade.

E essa adoção não será nenhum pandemônio ou reviravolta na matéria, pois, como se sabe, em algumas situações específicas já se afastava a responsabilidade de determinados fornecedores com base nessa análise de “âmbito de atuação”.

Ainda em 2003, aproveitando os argumentos expendidos por ocasião do patrocínio da defesa de alguns hospitais, foi abordada uma ideia assemelhada (registrada num singelo artigo²⁰) tratando da exclusão da responsabilidade nos casos de erro de profissional não integrante do corpo médico da instituição. Concluía-se que não havendo relação contratual do hospital com o profissional escolhido pelo próprio paciente, a responsabilidade do nosocômio estaria restrita à sua participação no evento, ou seja, às obrigações inerentes ao funcionamento dos aparelhos, limpeza das salas, alimentação e hospedaria em geral. No que pese o claudicar da jurisprudência da época, anos depois tal posição veio a ser adotada expressamente pelo E. Superior Tribunal de Justiça²¹:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. NEGLIGÊNCIA. INDENIZAÇÃO. RECURSO ESPE-

19 Juizado Especial. Direito do consumidor. Preliminar de ilegitimidade do Réu/Recorrente rejeitada. Danos materiais. Trajeto errôneo realizado por motorista do aplicativo UBER. Perda de voo. Remarcação de passagem aérea. Falha na prestação do serviço. Danos morais configurados. (...) Embora a Ré/recorrente alegue que atua somente conectando pessoas, a sua atividade possui fim lucrativo, pois recebe parcela dos valores relativos aos serviços prestados. Logo, é evidente que a recorrente integra a cadeia de fornecedores e, portanto, no âmbito do direito consumidor, é solidariamente responsável por eventuais danos causados aos consumidores. (...) (TJDFT – 1ª Turma Recursal dos Juizados Especiais do DF, RI 0739507-14.2017.8.07.0016, Rel. Juíza Soníria R. C. D’Assunção, j. 21.06.2018).

20 SCHONBLUM, Paulo Maximilian. A Responsabilidade do estabelecimento hospitalar pelo ato do profissional médico não integrante do corpo médico. Revista da Associação Médica Fluminense, ano 3, n.º 11, jan/fev de 2003, p. 26.

21 ESSE ENTENDIMENTO TEM SIDO CONSOLIDADO PELAS 3ª E 4ª TURMA DO STJ: AgRg no REsp 1474047/SP, 3ª Turma, DJe 17/12/2014; AgRg no AREsp 628634/RJ, 3ª Turma, DJe 15/09/2015; AgRg no REsp 1385734/RS, 4ª Turma, DJe 01/09/2014; AgRg no AREsp 457611/SP, 4ª Turma, DJe 06/02/2015; AgRg no AREsp 809925/RS, 4ª Turma, DJe 15/02/2016.

CIAL. 1. (...) Contudo, a responsabilidade do hospital somente tem espaço quando o dano decorrer de falha de serviços cuja atribuição é afeta única e exclusivamente ao hospital. Nas hipóteses de dano decorrente de falha técnica restrita ao profissional médico, mormente quando este não tem nenhum vínculo com o hospital – seja de emprego ou de mera preposição –, não cabe atribuir ao nosocômio a obrigação de indenizar. (...) 4. Recurso especial (...)provido. **(STJ – 2ª Seção, REsp 908.359-SC, Rel. para Acórdão Min. João Otávio de Noronha, j. 27/8/2008)**²²

Outra analogia pode ser verificada quando se afasta a responsabilidade de estabelecimento comercial em ocasiões de assaltos no seu interior, confrontando (e excepcionando) o dever de proporcionar segurança aos seus consumidores, com a adoção do fortuito externo (rompedor do nexo causal), justamente por entender que evitar roubos armados estaria fora do âmbito de atuação, ou legítimas previsibilidades e possibilidades de agir:

(...) AÇÃO INDENIZATÓRIA. ROUBO EM FARMÁCIA. COMÉRCIO TRADICIONAL. FORTUITO EXTERNO. AUSÊNCIA DE RELAÇÃO COM AS ATIVIDADES. EXCLUDENTE DE RESPONSABILIDADE. PRECEDENTES. SÚMULA 83/STJ. REVER A CONCLUSÃO DO ACÓRDÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO CONHECIDO PARA NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL. (...) Consoante se

22 NO MESMO SENTIDO: “Civil. Ação de compensação por dano moral. Erro praticado por médico não contratado pelo hospital. Responsabilidade civil. Atribuição afeta exclusivamente ao hospital. Ausência de nexo causal entre o dano moral e a conduta inerente ao tratamento hospitalar. 1. (...) 2. Cinge-se a controvérsia a definir se o recorrente possui responsabilidade civil por erro médico cometido por profissional que não possui vínculo com o hospital, mas utiliza as dependências do estabelecimento para a realização de internação e exames. 3. Por ocasião do julgamento do REsp 908.359/SC, a Segunda Seção do STJ afastou a responsabilidade objetiva dos hospitais pela prestação de serviços defeituosos realizados por profissionais que nele atuam sem vínculo de emprego ou subordinação. Precedentes. 4. A responsabilidade do hospital somente tem espaço quando o dano decorrer de falha de serviços cuja atribuição é afeta única e exclusivamente à instituição de saúde. 5. Quando a falha técnica é restrita ao profissional médico sem vínculo com o hospital, não cabe atribuir ao nosocômio a obrigação de indenizar. 6. Recurso especial conhecido e provido.” (STJ – 3ª Turma, REsp. 1.635.560-SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 10/11/2016).

depreende, o acórdão adotou entendimento em consonância com a jurisprudência desta Corte, segundo a qual o fornecedor somente poderá ser responsabilizado por roubo ocorrido no interior de estabelecimento nas hipóteses em que a atividade econômica desenvolvida lhe transfere o dever de segurança do consumidor, a exemplo das agências bancárias (AgRg nos EDcl no AREsp 355.050/GO, Relator o Ministro Sidnei Beneti, DJe de 3.12.2013). Incidência no ponto da Súmula 83/STJ. (...) Na hipótese dos autos, a recorrida é uma farmácia, de forma que a atividade econômica que desenvolve não lhe impõe o dever de segurança de todos seus consumidores, não havendo como equipará-la a uma instituição bancária. (...) **(STJ – 3ª Turma, AREsp 1.124.146-CE, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 1º/08/2017)**

O Marco Civil da internet (Lei 12.695), em vigor desde junho de 2014, por sua vez, houve por bem prestigiar o princípio (autoexplicativo) de que os agentes respondem de acordo com as suas atividades. Logo, se o provedor tem a obrigação de viabilizar o acesso à grande rede, só responderá pela falha nesse serviço, do mesmo modo que o provedor de conteúdo só poderá responder por eventual vício de disponibilização e fornecimento de conteúdo.

Entender no sentido contrário, responsabilizando o provedor de aplicação pelo defeito no produto ou na prestação de serviço, falta de entrega, ou mesmo entrega fora do prazo pactuado, seria o mesmo que responsabilizar revistas ou jornais impressos, por vício nos produtos anunciados, possibilidade essa que já restou várias vezes afastada pelas cortes superiores:

CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE REPARAÇÃO POR DANOS MATERIAIS. PUBLICAÇÃO DE ANÚNCIO EM CLASSIFICADOS DE JORNAL. OCORRÊNCIA DE CRIME DE ESTELIONATO PELO ANUNCIANTE. INCIDÊNCIA DO CDC. RESPONSABILIDADE DO JORNAL. (...) 2. Nos contratos

de compra e venda firmados entre consumidores e anunciantes em jornal, as empresas jornalísticas não se enquadram no conceito de fornecedor, nos termos do art. 3º do CDC. 3. A responsabilidade pelo dano decorrente do crime de estelionato não pode ser imputada à empresa jornalística, visto que essa não participou da elaboração do anúncio, tampouco do contrato de compra e venda do veículo. 4. O dano sofrido pelo consumidor deu-se em razão do pagamento por um veículo que não foi entregue pelo anunciante, e não pela compra de um exemplar do jornal. Ou seja: o produto oferecido no anúncio (veículo) não tem relação com o produto oferecido pela recorrente (publicação de anúncios). 5. Assim, a empresa jornalística não pode ser responsabilizada pelos produtos ou serviços oferecidos pelos seus anunciantes, sobretudo quando dos anúncios publicados não se infere qualquer ilicitude. 6. Destarte, inexiste nexos causal entre a conduta da empresa e o dano sofrido pela vítima do estelionato. 7. Recurso especial conhecido e provido. (STJ – 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, REsp. 1.046.241-SC, j. 12.8.2010).

“(…) O acórdão recorrido decidiu de forma harmônica com a jurisprudência desta egrégia Corte Superior, que já se manifestou acerca da ilegitimidade do veículo de comunicação em relação a dano resultante de fraude perpetrada por terceiro, haja vista ter se limitado a aproximar as partes envolvidas, sem qualquer interferência na elaboração da oferta ou na conclusão da compra e venda. Consoante pacífico entendimento desta Corte, a responsabilidade pelo dano decorrente de fraude não pode ser imputada ao veículo de comunicação, visto que esse não participou da elaboração do anúncio, tampouco do contrato de compra e venda do veículo (...)”. (STJ – 3ª Turma, AREsp 1256977, Rel. Ministro Moura Ribeiro, DJe 19/03/2018)

CONCLUSÃO

O fornecedor “meio” transmite a confiança que faltava para unir os usuários desconhecidos e, com isso, liga as extremidades interessadas no negócio, conforme as palavras de Cláudia Lima Marques²³:

O dever deste guardião (*gatekeeper*, guardião do acesso) será o de garantir a segurança do meio comercial oferecido, em uma espécie de responsabilidade em rede (*network liability*), cuja exata extensão, contudo, será definida caso a caso, conforme o nível de intervenção que tenha sobre o negócio. A economia do compartilhamento é economia, business, custa algo, há presença de um consumidor. Há situações em que poderá haver responsabilidade do intermediador pela satisfação do dever principal de prestação do negócio objeto de intermediação com o consumidor. Mas na maior parte das vezes, aquele que apenas aproxima e intermedia o negócio deverá garantir a segurança e confiança no meio oferecido para realizá-lo, não respondendo, necessariamente, pelas prestações ajustadas entre partes.

Os conceitos originários (tradicionais) de fornecedores e consumidores precisam ser revisitados para que esses novos personagens (*gatekeepers*) possam ser corretamente enquadrados na cadeia de fornecimento, e responsabilizados, basicamente, quando falharem em sua atuação direta, com os deveres de lealdade, informação e oportunização, bem como na disponibilização dos dados dos anúncios, nas dicas de segurança para as operações ou, ainda, no bloqueio injustificado de usuário, sempre casuisticamente, a depender do nível de intermediação sobre o negócio realizado²⁴.

23 MARQUES, Cláudia Lima. A nova noção de fornecedor no consumo compartilhado: um estudo sobre as correlações do pluralismo contratual e ao acesso ao consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 111/2017, pp. 247–268.

24 “O dever deste guardião (*gatekeeper*, guardião do acesso) será o de garantir a segurança do meio comercial oferecido, em uma espécie de responsabilidade em rede (*network liability*), cuja exata extensão, contudo, será definida caso a caso, conforme o nível de intervenção que tenha sobre o negócio. A economia do compartilha-

Não seria isso nenhuma grande novidade, pelo fato de já existirem outras exceções à regra da responsabilidade objetiva no CDC, apurando-se, nesses casos (artigos 14, §4º e 28, §4º) a (qualificadora) culpa na conduta do fornecedor como elemento necessário à sua responsabilização.

Em assim sendo, a responsabilidade dos *gatekeepers* diretamente proporcional à sua atuação e confiança gerada nos consumidores não agrediria o sistema de responsabilização previsto no CDC, permitindo, desse modo, o crescimento dos negócios digitais.

Por fim, de acordo com a lição de Bruno Miragem e Claudia Lima Marques, não há que se inibir o progresso com excesso de regulamentações, devendo “...o Código de Defesa do Consumidor, incidir, então, em diálogo com o Marco Civil da Internet e outras fontes, para assegurar a adequada proteção da confiança despertada pelas novas tecnologias (...) desenvolvidas por intermédio da internet²⁵” sempre, obedecendo-se aos seus princípios básicos e, acima de tudo, respeitando-se a boa-fé.

BIBLIOGRAFIA

BESSA, Leonardo Roscoe. *Revista de Direito do Consumidor: RDC*, v. 16, n. 61, p. 126-141, jan./mar. 2007.

CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de responsabilidade Civil. São Paulo: Atlas, 7ª ed., 2007, p. 46.

CRUZ, Gisela Sampaio da. O Problema do Nexo Causal na Responsabilidade Civil. São Paulo: Renovar, 2005.

mento é economia, business, custa algo, há presença de um consumidor. Há situações em que poderá haver responsabilidade do intermediador pela satisfação do dever principal de prestação do negócio objeto de intermediação com o consumidor. Mas na maior parte das vezes, aquele que apenas aproxima e intermedeia o negócio deverá garantir a segurança e confiança no meio oferecido para realizá-lo, não respondendo, necessariamente, pelas prestações ajustadas entre partes.” (MIRAGEM, Bruno e MARQUES, Claudia Lima. Economia do compartilhamento deve respeitar os direitos do consumidor, colhido de www.conjur.com.br, publicado em 23/12/2015).

25 MIRAGEM, Bruno e MARQUES, Claudia Lima. Economia do compartilhamento deve respeitar os direitos do consumidor, colhido de www.conjur.com.br, publicado em 23/12/2015.

FILOMENO José Geraldo Brito e outros. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*, Forense Universitária, 8ª ed.

MARQUES, Cláudia Lima. *Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor*. São Paulo: RT, 2004, p. 66.

MARQUES, Cláudia Lima. *A nova noção de fornecedor no consumo compartilhado: um estudo sobre as correlações do pluralismo contratual e ao acesso ao consumo*. Revista de Direito do Consumidor, v. 111/2017, pp. 247–268.

MIRAGEM, Bruno e MARQUES, Claudia Lima. Economia do compartilhamento deve respeitar os direitos do consumidor, colhido de www.conjur.com.br, publicado em 23/12/2015.

SCHONBLUM, Paulo Maximilian. A Responsabilidade do estabelecimento hospitalar pelo ato do profissional médico não integrante do corpo médico. Revista da Associação Médica Fluminense, ano 3, n.º 11, jan/fev de 2003, p. 26.

TEIXEIRA, Tarcísio. Comércio eletrônico: conforme o Marco Civil da Internet e a regulamentação do e-commerce no Brasil. São Paulo: Saraiva, 2015, p.35.

VASI WERNER, José Guilherme e outros. *Direito do consumidor* – Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 113.