

UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS
CURSO DE DIREITO

PEDRO VINÍCIUS OLIVEIRA SOUSA

RELAÇÕES DE CONSUMO: análise da aferição da responsabilidade face à lesão ao consumidor ocasionada pela abusividade nos contratos de adesão, pelo fato e pelo vício do produto ou serviço

São Luís
2014

PEDRO VINÍCIUS OLIVEIRA SOUSA

RELAÇÕES DE CONSUMO: análise da aferição da responsabilidade face à lesão ao consumidor ocasionada pela abusividade nos contratos de adesão, pelo fato e pelo vício do produto ou serviço

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Federal do Maranhão para a obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. José Humberto Gomes de Oliveira

São Luís

2014

Sousa, Pedro Vinícius Oliveira

Relações de consumo: análise da aferição da responsabilidade face à lesão ao consumidor ocasionada pela abusividade nos contratos de adesão, pelo fato e pelo vício do produto ou serviço/ Pedro Vinícius Oliveira Sousa. – São Luís, 2014.

82 f.

Orientador: Prof. José Humberto Gomes de Oliveira.

Monografia (Graduação) – Universidade Federal do Maranhão, Curso de Direito, 2014.

1. Direito do consumidor 2. Fato e vício do produto ou serviço 3. Responsabilidade 4. Contrato de adesão 5. Cláusulas abusivas

CDU 34:339.452

PEDRO VINÍCIUS OLIVEIRA SOUSA

RELAÇÕES DE CONSUMO: análise da aferição da responsabilidade face à lesão ao consumidor ocasionada pela abusividade nos contratos de adesão, pelo fato e pelo vício do produto ou serviço

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Federal do Maranhão para a obtenção do grau de bacharel em Direito.

Aprovada em: / /

BANCA EXAMINADORA

Prof. José Humberto Gomes de Oliveira (Orientador)
Universidade Federal do Maranhão

(Examinador)
Universidade Federal do Maranhão

(Examinador)
Universidade Federal do Maranhão

Aos meus pais, Pedro e Nélia, à minha irmã,
Luciana, e ao meu pequeno herói, Clark, pelo
amor incondicional.

AGRADECIMENTOS

Quero agradecer, em primeiro lugar, a Deus, pela força, coragem e por me iluminar durante mais essa etapa que se encerra na minha longa caminhada.

A Ele, toda a minha fé.

A minha mãe, Nélia, minha inspiração, cujo incentivo diário me leva a lugares cada vez mais altos.

A ela, o meu amor.

Ao meu pai, Pedro, meu grande campeão, pelo amor e ensinamentos que me fazem querer ser um homem igual a ele.

A ele, a minha admiração.

À minha irmã, “Lu”, presente de Deus na minha vida, por ser metade de mim e, mesmo que distante, sempre ao meu lado.

A ela, minha saudade.

Agradeço a todos os professores do curso de Direito da Universidade Federal do Maranhão e a tantos outros responsáveis pela minha graduação, em especial ao Prof. Humberto pelos ensinamentos e orientações durante a realização deste trabalho e por não hesitar em aceitar este último convite.

A eles, o meu respeito.

Aproveito para agradecer aos familiares e a todos aqueles que contribuíram para a minha formação pessoal e profissional, sobretudo àqueles que permanecem ao meu lado ao longo dessa vida.

A eles, o meu carinho.

Agradeço aos amigos, visíveis e invisíveis, por me darem força nas horas mais difíceis, e por me fazerem sorrir do primeiro encontro – e, certamente, até o último.

A eles, o meu grande abraço.

Aos colegas de faculdade, de Imperatriz a São Luís, por terem me mostrado um mundo novo cheio de pessoas maravilhosas e extremamente dedicadas.

A eles, todo o meu orgulho.

À minha banda, Pedeginja, meu primeiro filho, por embalar meus dias com “parará’s” e por me deixar “inteiramente mastigado em canção”.

A ela, meu “muito obrigado”!

Enfim, agradeço a todos os sorrisos, choros, risadas, músicas, shows, aulas, encontros, viagens perdidas, lanches, escadas, correrias, projetos, bibliotecas, poeira,

mensagens de celular, sono, olhares, gritos, amores, filas, discussões, estudos, e a tantas outras coisas que não cabem em um pequeno agradecimento, mas que sempre farão parte do meu projeto de vida.

“...duma mentira mal contada, ou dum conto com pontos de menos, se fez uma grande trupeada. Um pé-de-ginja furou os azulejos e lombrou o azul colonial ludovicense com a pujança de seus ramos multiformeados. Sob seus galhos, as flores, as cores, amores e os rocks! Fundidos numa mistura sólida, no desconjuro da miscelânea amorfa. Parêntese na vida de seus membros, quimera na de seus genitores, seus frutos percebidos não hão de ter donos, espalharão sementes onde quer que haja ouvidos atentos.”

RESUMO

A sociedade contemporânea que pode ser denominada de sociedade do risco e sociedade do espetáculo, por apresentar característica essencialmente comercial. O consumidor é posto em perigo pelo simples fato de consumir produtos ou serviços, que em muitos casos apresentam defeitos capazes de causar acidentes em decorrência do seu uso. O que agrava esta situação é a ligação com o consumismo. O surgimento dos contratos de adesão também configura um crescimento do consumismo e da sociedade de risco. A globalização proporcionou a esses defeitos de mercado, dimensões globais. Diante desse contexto, surge a necessidade de regulação especializada para as relações de consumo. No Brasil, com a promulgação da Constituição Federal em 1988, a proteção dos direitos do consumidor é assegurada no rol dos direitos e garantias fundamentais, conforme artigo 5º, XXXII. A legislação infraconstitucional que regula a matéria é a Lei 8.078/90. Toda a relação de consumo tornou-se protegida pela égide de um direito especial. Neste micro sistema, sempre que ocorre dano ao consumidor diante de um fato ou vício do produto ou serviço gera responsabilidade objetiva ao causador do dano ao consumidor, bem como quando presentes as cláusulas eivadas de abusividade nos contratos de adesão. O objetivo geral do presente trabalho é contribuir para a garantia dos preceitos constitucionais de proteção ao consumidor. Investigar os elementos que ligam-se às questões consumeristas, no que tange os danos ocasionados pelo fato e pelo vício do produto ou serviço e a proteção contra as cláusulas abusivas nos contratos de adesão. Tem-se como objetivos específicos: Estudar os fatores históricos e sociológicos no Brasil e no mundo, quanto à responsabilização pelas lesões ocasionadas aos consumidores; Discriminar a responsabilização do fornecedor, com a vigência da Constituição Federal de 1988 e do Código de Defesa do Consumidor; Estudar como é realizada a reparação do dano causado ao consumidor; Demonstrar a existência de abusividade nas cláusulas contratuais, nos casos de efetiva lesão ao consumidor. A pesquisa caracteriza-se como bibliográfica, devido à análise de legislação, doutrinas, artigos jurídicos, jurisprudências, etc., e utiliza-se o método dedutivo baseando-se no estudo de teoria e refinações de conceitos. Conclui-se que há a necessidade da ampliação e aprimoramento da atuação preventiva, com ênfase no momento a priori da administração pública, no intuito de evitar as lesões ao consumidor.

Palavras-chave: Direito do Consumidor. Fato e vício do produto ou serviço. Responsabilidade. Contrato de adesão. Cláusulas abusivas.

ABSTRACT

The Contemporary society that can be called risk society and the society of spectacle, to present essentially commercial feature. The consumer is endangered by the mere fact of consuming products or services, which in many cases have defects can cause accidents as a result of its use. What aggravates the situation is the connection with consumerism. The emergence of standard contracts also sets up a growth of consumerism and the risk society. Globalization provided to these market defects, global dimensions. In this context, there is the need for regulation to specialized consumer relations. In Brazil, with the enactment of the Federal Constitution in 1988, consumer rights protection is ensured in the list of fundamental rights and guarantees, as article 5, XXXII. The constitutional legislation governing the matter is Law 8.078/90. All consumer relationship became protected by the umbrella of a special law. In this micro system, whenever there is harm to the consumer before a fact or product defect or service generates strict liability to the consumer the tortfeasor, and when present beset the terms of unconscionability in adhesion contracts. The general objective of this study is to contribute to the guarantee of constitutional provisions protecting consumers. To investigate the factors which bind to consumer matters, regarding the damage caused by the fact and the product of addiction or service and protection against unfair terms in standard contracts. One has the following objectives: To study the historical and sociological factors in Brazil and the world, as the accountability for injuries caused to consumers; Discriminate accountability provider, with the term of the Federal Constitution of 1988 and the Consumer Protection Code; Study how to repair the damage caused to the consumer is carried out; Demonstrate the existence of unconscionability in the contractual clauses in cases of actual injury to the consumer. The research is characterized as literature, due to the analysis of legislation, doctrines, legal articles, case law, etc., and used the deductive method based on the study of theory and refinements of concepts. We conclude that there is the need for expansion and improvement of preventive action, emphasizing the time in advance of the public administration, in order to avoid injury to the consumer.

Keywords: Consumer Law. Apparel and addiction product or service. Responsibility. Adhesion contract. Unfair terms.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLA

AIDS	Síndrome da Imunodeficiência Adquirida
ANATEL	Agência Nacional de Telecomunicações
ANEEL	Agência Nacional de Energia Elétrica
ANS	Agência Nacional de Saúde Suplementar
CC	Código Civil
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CF	Constituição Federal
CPC	Código de Processo Civil
CNDC	Conselho Nacional de Defesa do Consumidor
DPDC	Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor
PROCON	Procuradoria de Proteção e Defesa do Consumidor
SDE	Secretaria de Desenvolvimento Econômico
STJ	Superior Tribunal de Justiça
SUSEP	Superintendência de Seguros Privados
UTI	Unidade de Tratamento Intensivo

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	11
2	SOCIEDADE DE CONSUMO	13
2.1	A sociedade do risco e o consumismo	13
2.2	A relação de consumo	21
2.2.1	Elementos da relação de consumo	22
2.2.2	Consumidor e Fornecedor	23
2.2.3	Produto e Serviço	26
2.3	Princípios que norteiam o CDC	29
2.4	Considerações gerais acerca dos direitos básicos do consumidor	34
2.4.1	A constituinte e o aumento da proteção	34
3	O REGIME DE RESPONSABILIDADES	36
3.1	Responsabilidade Civil no Código de Defesa do Consumidor	36
3.1.1	Responsabilidades Objetiva e Subjetiva	38
3.1.2	Responsabilidades Solidária e Subsidiária	42
3.2	Fato do produto e do serviço	47
3.3	Vício e defeito na relação de consumo	50
3.4	Vício de qualidade e vício de quantidade	52
4	CONTRATO DE ADESÃO	58
4.1	Origem, conceito e características	58
4.1.1	Formação dos contratos de adesão	61
4.2	Cláusulas abusivas nos contratos de adesão à luz do CDC	62
4.2.1	Definição de cláusulas abusivas e modalidades	63
4.2.2	Nulidade	70
4.2.3	Controle	72
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	75

1 INTRODUÇÃO

O direito do consumidor, consubstanciado pelo Lei n.º 8.078/90, representa um dos direitos mais voltados para as necessidades diárias de todas as sociedades regidas pela égide do consumo. Isto é indiscutível.

Assim sendo, o amparo legal tornou-se mais que uma proteção jurídica, mas sim, uma exigência social, já que as relações entre consumidor e fornecedor, a serem devidamente evidenciadas no presente trabalho, na maioria das vezes, não são exercidas em horizontalmente, haja vista o consumidor ser considerado o ente vulnerável da relação consumerista.

Quanto a este aspecto, o próprio Estado garante o status constitucional do direito consumerista, já que este está previsto no rol dos direitos e garantias fundamentais, estipulando a proteção do consumidor, assim como o ordenamento jurídico brasileiro considera como princípio geral da atividade econômica a defesa do consumidor.

O tema a ser abordado especificamente é a aferição da responsabilidade civil pelo fato do produto ou serviço e as cláusulas abusivas presentes nos contratos de adesão. O problema da pesquisa será a identificação dos responsáveis pelos danos provenientes do produto ou serviço, bem como o procedimento a ser adotado nos contratos de adesão quando eivados de abusividades.

Diante de danos ocasionados pelo fato do produto ou serviços, será analisado como mensurar e responsabilizar o efetivo causador do dano ao consumidor. Serão averiguadas as formas de ressarcir o consumidor lesado. O estudo dos mecanismos que colaboram com a eficiência da demanda judicial, nos casos de lesão ao consumidor. Entre tais mecanismos, pode-se verificar: a inversão do ônus da prova; a hipossuficiência do consumidor; a desconsideração da personalidade jurídica; a responsabilidade solidária e objetiva pelo fato do produto ou serviço; e os direitos individuais e coletivos.

No tocante à abusividade nos contratos de adesão, trata-se de um contrato que não permite a discussão do teor do negócio entre os contratantes, pois as cláusulas são preestabelecidas pelos estipulantes, a exemplo dos contratos de plano de saúde e consórcio, em que o aderente somente tem a alternativa de aceitar ou repelir o mesmo.

Desta forma, o Código de Defesa do Consumidor se apresenta como um garantidor da tutela do consumidor, posto que, em seu bojo, traz uma série de disposições dirigidas aos contratos de adesão, bem como traz a proteção contra as cláusulas tidas como abusivas.

Calha acentuar que as cláusulas abusivas não se restringem aos contratos de adesão, mas são neles que elas se apresentam com maior frequência. Nesse contexto, cumpre salientar que o ponto principal gira em torno das cláusulas abusivas a que o consumidor está sujeito quando adere contratos de adesão.

A metodologia aplicada é o processo investigativo, e o embasamento desta pesquisa, consiste no método bibliográfico. Iniciará com uma abordagem histórica sobre as primeiras leis que disciplinam a proteção do consumidor, em especial as anteriores à Constituição Federal, buscando elucidar os dispositivos aclamados pela Constituinte de 1988 e as questões circundantes ao nascimento do Código de Defesa do Consumidor.

Num segundo momento, busca-se como premissa a elucidação da responsabilização civil devido ao fato e o vício do produto ou serviço, em especial aos tipos de responsabilidades presentes no direito do consumidor, expondo, conceitualmente, todos os termos oriundos da relação consumerista.

Na fase derradeira da pesquisa, toma-se o estudo sobre a origem, conceito, formação, características, terminologia, redação, entre outras peculiaridades dos contratos de adesão, bem como suas cláusulas abusivas, e o posicionamento do CDC e da jurisprudência brasileira quanto às modalidades, nulidades e formas de controle. Nesse sentido, partir-se-á de linhas gerais para a especificidade, razão pela qual o método de abordagem será o dedutivo.

A pesquisa está dividida em três capítulos, sendo que no primeiro capítulo abordam-se as bases do direito do consumidor, que são os fatores históricos e sociológicos da sociedade de consumo. Estuda-se a origem legislativa e nos novos paradigmas a partir da nova tutela consumerista. No segundo capítulo o enfoque é voltado à conceituação e classificação da responsabilidade civil nos casos de fato e vício do produto ou serviço. Por fim, o terceiro capítulo abordará as cláusulas abusivas presente nos contratos de adesão, bem como suas modalidades e formas de controle.

2 SOCIEDADE DE CONSUMO

O contexto atual das sociedades pautadas nos valores econômicos demonstra diretamente a importância do consumismo para o desenvolvimento nos mais diversos setores. Isto é indiscutível.

E, partindo desta premissa, como forma de melhor evidenciar e contextualizar a evolução marcada por estas sociedades de consumo, neste capítulo serão abordados fatores históricos, sociológicos e filosóficos que inauguraram a proteção ao sujeito-alvo desta relação: o consumidor.

O presente capítulo inaugural remonta a uma análise da sociedade de risco e o consumismo, da relação de consumo e seus elementos. O estudo apresenta observância aos princípios que norteiam a legislação consumerista, presentes tanto no Código de Defesa do Consumidor (CDC), quanto na própria Constituição Federal de 1988, haja vista a necessidade de descrever os direitos básicos do consumidor e o sistema de proteção.

A classificação do direito do consumidor, objeto de análise, descreve-se, de modo explicativo, como direitos de ordem pública de terceira geração.

2.1 A sociedade do risco e o consumismo

A origem da defesa ao consumidor não foi uma preocupação das sociedades modernas e seus aparatos mercantis atuais. A história remonta aos mais longínquos tempos, mesmo que de forma indireta, no próprio Código de Hamurabi, conforme previa a Lei nº 233¹.

Conforme bem preceitua a doutrina de José Geraldo Brito Filomeno (2000, p. 28), a matéria consumerista, por assim se relacionar, era resguardada no Código de Massu, pelo qual se aplicava pena de multa e condenação em perdas e danos à parte que não cumprisse sua parte integral na relação de consumo.

Adentrando à Europa, em meados do século XV, a França e a Espanha foram pioneiras em fixar penas mais rigorosas aos fornecedores de alimentos violados ou adulterados, a exemplo do pão, da manteiga, do vinho, do leite entre outros. Tal pioneirismo

¹ O arquiteto responsável por obra de estrutura frágil era obrigado a refazer a construção; o empreiteiro da obra que deixasse desabar a construção, matando chefe de família, era condenado à morte e, se, porventura, ocasionasse a morte do filho do empreitador, pagaria com a morte de seu próprio filho. Da mesma forma, o cirurgião que operasse alguém e provocasse a morte por imperícia seria condenado à morte além de lhe pagar indenização completa.

se deu pelo fato de que alguns comerciantes acabavam colocando água no leite, pedras dentro das margarinas, como forma de obter lucro sobre a venda.

Em 1481, em virtude de tais acontecimentos, o rei Luís XI decretou penas severas, a exemplo da famosa punição com banho escaldante. Logo, percebe-se que sempre houve uma preocupação com o cumprimento correto das relações comerciais, dando, assim, nascimento ao direito do consumidor, mesmo que de forma bem incipiente.

Passando para a evolução nas Américas, foi preponderantemente nos Estados Unidos que a preocupação com a defesa do consumidor começou a criar a amplitude de um movimento. Havia necessidade por uma mobilização de um movimento mais concreto.

Desta forma, partindo deste ponto, no século XIX, alimentado pelo espírito monopolista liberal, surgiu a necessidade de modificação nos âmbitos político, social e, conseqüentemente, jurídico, mais voltados para os anseios das sociedades em constante evolução. O grande marco americano foi, incontestavelmente, com o movimento dos “frigoríficos de Chicago”, considerado um dos primeiros movimentos de proteção ao consumidor notificado.

Corroborando com tal momento histórico, a doutrina de Ecio Perin Júnior (2003, p. 8) trata este como o primeiro movimento que tinha como preocupação primordial a organização e definição de metas de forma mais organizada.

Um outro fator de grande importância foi o surgimento da National Consumer's League, originada em 1891, como um grupo de defesa privada, sem fins lucrativos, voltado para a busca de melhores condições ao consumidor. Poucos anos depois, em 1914, foi fundada a Federal Trade Commission, a qual tinha o objetivo de proteger o consumidor principalmente contra as publicidades enganosas.

Nota-se, portanto, que os Estados Unidos acabaram por alastrar o leque de atuação do direito consumerista, não se limitando a restringir somente a quantidade ou a boa-fé como foi visto anteriormente.

Seguindo a linha cronológica, os anos 60 marcaram com destaque a análise evolutiva de preocupação com os direitos do consumidor, pois, além dos diversos episódios de abuso contra o consumidor, da má-fé, comumente presente nas relações da época, ocorreu um episódio fundamental que mudou o rumo da proteção aos consumidores: em 1962, o então presidente dos Estados Unidos, John Kennedy, realizou o célebre pronunciamento com o intuito de afirmar que os consumidores representavam um importante grupo econômico, sendo, ao mesmo tempo, o mais importante e o menos ouvido (DONATO, 1994, p. 40).

Tal discurso ficou conhecido como “Declaração dos Direitos do Consumidor” de 15 de março de 1962, a qual deu origem à Resolução nº 39/248 da Organização das Nações Unidas². Em síntese, surgia um novo modelo social pautado no consumidor como representante principal da sociedade de consumo³.

A continuar em análise histórica, importante ressaltar que, em virtude das duas grandes guerras mundiais em 1914/1918 e 1939/1945, o consumismo alcançou níveis impressionantes no mundo todo. A própria Revolução Industrial ocasionou no crescimento da produção em massa em diversas áreas mercantis, disponibilizando um extenso rol de produtos e serviços.

Logo, este novo cenário estabeleceu-se como a nova sociedade industrial. No entanto, tal crescimento, apesar de trazer diversos benefícios e o tão esperado reconhecimento da classe consumerista, trouxe consigo alguns problemas factuais, como o distanciamento entre o consumidor e o fornecedor.

As relações entre estes sujeitos deixaram o caráter interpessoal, já que antigamente o contrato de compra era feito sem rigorosidades, e passou a ser mais impessoal. Necessário expor que neste momento os contratos de adesão tiveram sua gênese, diminuindo

² [...] a Assembleia Geral da ONU editou a resolução n. 39/248 de 10/04/1985 sobre a proteção ao consumidor, positivando o princípio da vulnerabilidade no plano internacional. As diretrizes constituíam um modelo abrangente descrevendo oito áreas de atuação para os Estados a fim de prover proteção ao consumidor. Dentre elas: a) proteção dos consumidores diante dos riscos para sua saúde e segurança, b) promoção e proteção dos interesses econômicos dos consumidores, c) acesso dos consumidores a uma informação adequada, d) educação do consumidor, e) possibilidade de compensação em caso de danos, f) liberdade de formar grupos e outras organizações de consumidores e a oportunidade destas apresentarem suas visões nos processos decisórios que as afetem. Estas diretrizes forneceram um importante conjunto de objetivos básicos internacionalmente reconhecidos, desenhados especialmente para os países em desenvolvimento a fim de ajudá-los a estruturar e fortalecer suas políticas de proteção ao consumidor. Em seguida, foram aprovadas as resoluções do Conselho Econômico e Social (julho/88 e julho/90). Em nível regional, a International Organization of Consumers Unions (IOCU), uma organização não governamental mundial de defesa do consumidor, celebrou em Montevidéu, em outubro de 1986, sua primeira conferência regional para América Latina e Caribe. Pouco depois em março de 1987, a ONU, também em Montevidéu, impulsionou a realização de um encontro com um pouco mais de 20 países e algumas organizações de consumidores para discutir a aplicação das diretrizes no continente. A partir daí, vários países passaram a abordar a questão da proteção do consumidor dentro da jurisdição interna seja adaptando ou elaborando sua legislação. O Brasil, Argentina, Peru, Honduras, Equador, Chile, Costa Rica, México, Paraguai e Uruguai promulgaram leis específicas sobre o tema, sendo que os três primeiros, além de El Salvador, incluíram a tutela do consumidor em suas constituições. Outros países como Bolívia, Guatemala, Trinidad e Tobago, Nicarágua e Colômbia estavam em processo de elaboração de suas legislações. O sucesso desta investida se deu graças à monitoração e assistência da ONU aos países das Américas e Ásia. Finalmente, em dezembro de 2002, a proteção do consumidor foi declarada direito fundamental pelos presidentes dos quatro Estados-membros do Mercosul.

³ Importante a observação feita por Maria Antonieta Donato (1994, p. 17) no sentido de que, a essa altura, todos os movimentos consumeristas americanos visavam à valorização e libertação do indivíduo perante o Estado, contribuindo sobremaneira para o desenvolvimento generalizado do capitalismo mundial: [...] dessa ulterior transformação do panorama econômico, o capitalismo exacerbado que, através do elevado desenvolvimento produtivo, condicionou-nos um novo modelo social: a sociedade de consumo (mass consumption society) (MARQUES, 2004, p.323).

drasticamente a possibilidade de escolha do consumidor, já que muitas vezes realizava o negócio jurídico sem qualquer negociação.

Evidentemente, fez-se o desequilíbrio da relação entre o fornecedor do produto ou do serviço e o consumidor. Assim sendo, houve a necessidade emergente de se disciplinar tal imbróglio, já que ambos os sujeitos eram necessários para o binômio fundamental.

Em meio a essa conjuntura, restou claro a fragilidade do consumidor perante a evolução do sistema capitalista e do poderio dos fornecedores. O consumidor era uma pequena ferramenta vulnerável, passível a todos os riscos da relação de consumo. E tais riscos não se limitavam somente aos riscos inerentes ao produto, mas também aos riscos causados pela falta de técnica ou até pela falha na elaboração dos produtos (já que o procedimento industrial é passível de diversas falhas de percurso).

Claramente o fornecedor não conseguia oferecer ao consumidor uma condição de igualdade na relação de consumo, já que sempre buscava o lucro, sem se preocupar, na maioria das vezes, com a qualidade do produto ou do serviço que oferecia. O Estado, por sua vez, defendia, equivocadamente, que a proteção do consumidor deveria ser unicamente de obrigação particular, de caráter privado.

A mudança deste paradigma só ocorreu com a evolução do consumismo, quando se percebeu que a atenção deveria ser de todos os âmbitos, não só do privado, mas também (e, principalmente) do público.

Cabe ressaltar que o crescimento dos direitos do consumidor foi diretamente influenciado pelo movimento consumerista e pela crescente proteção dos direitos humanos fundamentais e a sua classificação em gerações (dimensões). Desta forma, a doutrina constitucional majoritária costuma classificar os direitos fundamentais em três gerações.

Os direitos fundamentais de primeira dimensão foram os primeiros direitos solenemente reconhecidos, o que se deu através das Declarações do século XVIII e das primeiras constituições escritas que despontaram no constitucionalismo ocidental, como resultado do pensamento liberal-burguês da época, como já foi apresentado.

São direitos individualistas, afirmando-se como direitos do indivíduo frente ao Estado, mais propriamente como direitos de defesa. Os direitos de primeira dimensão correspondem às chamadas liberdades públicas dos franceses, compreendendo os direitos civis, entre os quais se destacam, sobretudo pela acentuada e profunda inspiração jusnaturalista, os direitos à vida, à liberdade, à propriedade, à segurança e à igualdade de todos perante a lei, posteriormente complementados pelos direitos de expressão coletiva (tais

como os direitos de reunião e associação) e os direitos políticos (como os direitos de voto, mas de modalidade ativa e passiva).

Antes de conceituar os direitos de segunda geração, é necessário compreender que o Estado liberal caracterizava-se por uma ação exclusivamente política. Alheio e indiferente à vida econômica e social, o Estado, na sua versão mínima, preocupava-se apenas com a vida política, dispensando ao seu elemento humano, tão-só, um tratamento de proteção das liberdades individuais.

No campo social e econômico, todavia, o Estado era passivo, contemplativo, não se envolvendo, destarte, nas relações travadas por seus integrantes. No entanto, no século XX o Estado liberal perdeu o seu primado. Inúmeras transformações foram inseridas nas estruturas política e econômica da sociedade, transformações estas que se aceleraram a partir da Primeira Guerra Mundial.

O homem, livre por natureza, mas sufocado e oprimido pelos graves problemas sociais, foi buscar proteção do Estado, de quem passou a depender, para desenvolver suas virtualidades. Estado instalado, portanto, o clima político-social propiciador da intervenção do Estado nas relações socioeconômicas travadas pelo indivíduo. Nasce, nesse contexto, o Estado do Bem-Estar Social.

Assim, esse Estado do Bem-Estar e da Justiça Social fez-se intervencionista na sociedade e na economia nela praticada, exatamente para que os direitos sociais e econômicos fossem indistinta e genericamente assegurados. Sua atitude, longe de ser passiva e indiferente em face do desenvolvimento das relações econômico-sociais, era ativa, pois não se contentava em prevenir e solucionar os conflitos de interesses interindividuais.

Toda essa transformação, portanto, ocorreu em virtude do fracasso do Estado liberal, que não logrou concretizar materialmente as conquistas formais e abstratas da liberdade e, sobretudo, da igualdade. Com a ascensão do Estado social, surgem os direitos de segunda dimensão, caracterizados por outorgarem ao indivíduo direitos a prestações sociais estatais, como saúde, educação, trabalho, assistência social, entre outras.

Surgem os direitos de segunda dimensão, que compreendem os direitos sociais, econômicos e culturais. São denominados de direitos de igualdade, porque animados pelo propósito de reduzir material e concretamente as desigualdades sociais e econômicas até então existentes, que debilitavam a dignidade da pessoa humana.

Esses direitos, por sua vez, exigem atuações positivas do Estado, sob a forma de fornecimento de prestações.

Em conclusão, os direitos fundamentais de terceira geração são mais recentes. Como resultado de novas reivindicações do gênero humano, sobretudo, ante o impacto tecnológico exposto anteriormente e o estado contínuo de beligerância, esses direitos caracterizam-se por destinarem-se à proteção, não do homem em sua individualidade, mas do homem em coletividade social, sendo, portanto, de titularidade coletiva ou difusa.

Compreendem o direito ao meio-ambiente ecologicamente equilibrado, o direito à segurança, o direito à paz, o direito à solidariedade universal, ao reconhecimento mútuo de direitos entre vários países, à comunicação, à autodeterminação dos povos e ao desenvolvimento. São denominados usualmente de direitos de solidariedade ou fraternidade, em razão do interesse comum que liga e une as pessoas.

Desta forma, é possível observar a preocupação do legislador em efetivar os direitos fundamentais como ferramentas de controle e desenvolvimento social, especialmente quanto aos direitos econômicos e sociais, incluindo, notadamente, tais direitos junto às normas do Código de Defesa do Consumidor, como bem leciona Cláudia Lima Marques (2002, p. 513)⁴ e Sergio Cavalieri Filho (2008, p. 6)⁵.

A origem do movimento consumerista no Brasil se deu no início dos anos 70 e 80, quando já se sentia forte necessidade de uma legislação que albergasse as relações advindas do consumismo, eis que, após a primeira e a segunda guerra mundiais, o consumo aumentara significativamente em virtude da Revolução Industrial e da oferta de produtos e serviços.

Frente a tais transformações de ordem social e econômica e suas consequências, muitas vezes alarmantes em virtude do desequilíbrio vivenciado, deu-se maior observância à ordem jurídica através da implantação de medidas preventivas que visavam a adoção de comandos coercitivos e punitivos, cujo objetivo era assegurar ao consumidor proteção à vida, à saúde, à segurança, à liberdade de escolha e à igualdade de condições nos contratos (DONATO, 1994, p. 19).

⁴ Tendo em vista a evolução do direito como um instrumento de mudança social, os direitos previstos no texto constitucional, tanto os direitos políticos (os chamados direitos fundamentais de 1ª geração) quanto os direitos econômicos e sociais (direitos fundamentais de 2ª e 3ª gerações), passam a ter também uma eficácia “positiva”(..) no sentido de obrigar o Estado a tomar certas atitudes, inclusive a intervenção na atividade privada para proteger determinado grupo difuso de indivíduos, como os consumidores.

⁵ Em abril de 1985, a Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, após dois anos de negociações com o Conselho Social e Econômico, adotou por consenso, através da Resolução 39/248, uma série de normas internacionais para proteção do consumidor. Essas normas tinham por finalidade oferecer diretrizes para países, especialmente aqueles em desenvolvimento, a fim de que as utilizassem na elaboração ou aperfeiçoamento das normas e legislações de proteção ao consumidor, bem assim encorajar a cooperação internacional na matéria, ressaltando a importância da participação dos governos na implantação de políticas de defesa dos consumidores.

O Estado passou a ter maior interesse em tutelar o bem comum, preocupando-se com o interesse público⁶. Desta forma, o Estado buscou implantar urgentemente medidas protetivas que visassem a proteção ao consumidor, já que era o sujeito fragilizado pela relação de consumo.

Desta forma, diversas outras entidades, juntamente com o Estado buscaram minimizar tais malefícios, como o próprio PROCON (Procuradoria de Proteção e Defesa do Consumidor), associações e até donas de casas.

O grande ápice deste movimento brasileiro se deu com o desenvolvimento de uma legislação de proteção ao consumidor, em meados da década de 70, com base em toda a evolução ocidental exposta. Nascia então, no Brasil, a indústria do consumerismo, cujo objetivo principal era a criação de uma verdadeira legislação de proteção ao consumidor.

As primeiras edições normativas concretas em atenção à proteção do consumidor surgiram por volta de 1993, através de leis e decretos que, futuramente, tornariam reais o até então sonho de Código de Defesa do Consumidor. As doutrinas de Josimar Santos Rosa (1995, p. 32)⁷ e Sergio Cavalieri Filho (2008, p. 7)⁸ organizam de forma cronológica tal evolução.

Com base nas mais diversas edições normativas baseadas no direito consumerista, considera-se como a primeira manifestação no direito brasileiro o Decreto nº 7.890, editado no estado de São Paulo em 1976. Esta intervenção teve aplicabilidade tão somente no âmbito estatal, contudo, em 1978, o sistema foi ainda mais reforçado com a Lei nº 1903 (também do Estado de São Paulo), responsável pela criação do Grupo Executivo de Proteção ao Consumidor (PROCON), citado anteriormente.

⁶ Nesse contexto a lição de José Geraldo Brito Filomeno (2000, p. 22) Com efeito, a própria estruturação do Estado, como sociedade política por excelência, revela não apenas a organização do poder e tecido social por intermédio de seu ordenamento jurídico, como também a disciplina dos meios de produção com vistas ao consumo, uma das facetas do próprio bem-comum.

⁷ a) em 1933 a limitação de juros em atos obrigacionais, buscando conter a usura, foi alvo do Decreto nº 22.626/33; b) um ano após, com o Decreto nº 24.038/34 foi estabelecida a nulidade de cláusulas que expressam o pagamento de obrigações em moeda estrangeira; c) o ano de 1951 foi relevante para a consolidação da Lei de Economia Popular, com a edição da Lei nº 1.521/51; d) em 63 foi regulamentada a lei de repressão ao abuso do poder econômico (nº4.137) por meio do Decreto nº 52.025/63, instituindo-se o CADE (Conselho administrativo de Defesa do Consumidor); e) o ano de 1969 foi marcado pela apresentação do Decreto-lei nº 422, de 20-1-69, que alterou parcialmente a Lei Delegada nº 4, de 26-9-62, que estabeleceu originalmente um processo intervencionista no setor econômico, objetivando disciplinar a distribuição de produtos para o processo consumista.

⁸ a) no início dos anos 70 destaca a criação das primeiras associações civis e entidades governamentais voltadas para a defesa do consumidor. Em 1974 a implantação do Conselho de Defesa do Consumidor (CODECON); b) em 1976 em Curitiba a Associação de Defesa e Orientação do Consumidor (ADOC); no mesmo ano a Associação de Proteção ao Consumidor (APC) em Porto Alegre e; em maio a criação do Sistema Estadual de Proteção ao Consumidor através do Decreto nº 7.890 do Governo do Estado de São Paulo; c) nos anos 80, após a implantação dos Planos Cruzado e os problemas econômicos por ele gerados, a previsão de proteção estatal ao consumidor através da Constituição Federal de 1988.

No âmbito federal, a primeira intervenção se deu somente em 1985 como a criação do Conselho Nacional de Defesa ao Consumidor (CNDC), que tinha a finalidade de elaborar a política nacional de defesa do consumidor. O órgão era formado pela Ordem dos Advogados do Brasil, pela Confederação da Indústria e Comércio e pelo Ministério Público e alguns demais participantes, desempenhando uma forte pressão em busca da inclusão da defesa do consumidor no texto da Constituição Federal, bem como a ideia de implantar uma comissão de juristas para a criação do Anteprojeto do Código de Defesa do Consumidor.

Calha mencionar que o PROCON teve grande participação na criação do IDEC (Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor), entidade civil apartidária, sem fins lucrativos, fundada basicamente para atuar nas áreas jurídica (representação de associados perante a justiça) e técnica (avaliação de produtos).

Assim sendo, a proteção ao consumidor teve um grande salto de importância e visibilidade, todavia, não suficiente de forma macrossocial.

O contexto evidenciava a necessidade de um sistema próprio do consumidor. A utilização de outros ramos do direito, como até então acontecia, era insuficiente aos anseios de uma crescente sociedade de consumo.

A proteção ao consumidor era abarcada pelas normas de reparação de danos do direito civil, pelas normas de repressão do direito penal (a exemplo dos artigos 274 a 280)⁹ e pelas normas de controle direto e fiscalização do direito administrativo, como bem leciona Fábio Ulhoa Coelho (1994, p. 26)¹⁰.

O mecanismo jurídico era inadequado e insuficiente.

Tal lacuna foi suprida com a Constituição Federal de 1988. Em seu artigo 5º, inciso XXXII, dos direitos e deveres individuais e coletivos, a Carta Magna instituiu o dever do Estado em promover, na forma da lei, a defesa do consumidor. Na mesma seara, o artigo 170, em seu inciso V, trouxe a regência da defesa do consumidor como um princípio da ordem econômica. E, estabelecendo um enlace, o artigo 150, em seu §5º, estabelece que “a lei determinará medidas para que os consumidores sejam esclarecidos acerca dos impostos que incidam sobre mercadorias e serviços”.

⁹ referentes às práticas dos empresários nocivas à saúde e quanto aos crimes da economia popular (Lei nº 1.521/51)

¹⁰ Como bem lembra Fábio Ulhoa Coelho (1994, p. 26), no âmbito administrativo havia um conjunto lacunoso de normas referentes à proteção do consumidor. Exemplo disso era o controle da qualidade de produtos alimentícios ou farmacêuticos através dos serviços de vigilância sanitária, realizado por instâncias governamentais. Pondera o citado autor que as normas de direito penal e administrativo mostravam-se eficazes à medida que efetivamente eram aplicadas.

Portanto, nas mais diversas áreas do direito, a Constituição Federal de 1988 evidenciou o necessário cuidado com o consumidor. A exemplo de seu artigo 175, que versa sobre a concessão ou permissão dos serviços públicos, estabelecendo que a lei deve dispor expressamente sobre os direitos dos usuários; ou até no artigo 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias ao mencionar que o “Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará o código de defesa do consumidor”.

Desta forma, feito todo esse arcabouço teórico, em consonância com a Constituição Federal, a Lei nº 8.078, sancionada em 11 de setembro de 1990, entrou em vigor em 23 de março de 1991, ocasionando um verdadeiro alvoroço nos meios de comunicação, elevando as expectativas de uma população que não via a hora de ter seus direitos antes tolhidos, finalmente, reconhecidos e materializados.

O consumidor era finalmente reconhecido como um sujeito de direitos.

2.2 A relação de consumo

Feitas tais considerações quanto à sociedade de consumo e sua evolução desde a mais primordial relação consumerista existente, percebe-se que o consumo é um fenômeno inerente ao ser humano. Como bem preceitua João Batista Almeida em sua obra “a proteção jurídica do consumidor” (2009), o consumo é uma parte indissociável do cotidiano do ser humano. Ou seja, o mundo gira em torno do consumismo, já que este não se restringe a variáveis como classe social, renda ou sequer faixa etária.

O ser humano, como o principal objeto das sociedades atuais, é impulsionado pelo espírito da compra. E, desta forma, as sociedades cresceram sempre voltadas a massificar e bombardear os indivíduos, alimentando o consumo pela sobrevivência e o consumo pelo consumo.

Ao longo da história da humanidade, as relações de consumo evoluíram de forma grandiosa, indo desde as operações primitivas de troca de mercadorias, passando pelas incipientes operações mercantis, até chegarem às mais sofisticadas operações de compra e venda.

Sob este giro, a legislação fundamental para o amparo aos consumidores e a relação de consumo, qual seja, o Código de Defesa do Consumidor, está indiscutivelmente presente nas relações diárias de consumo. Esta relação, por sua vez, é caracterizada pela existência do polo fornecedor, a ofertar produtos e serviços, e do polo consumidor, adquirindo produtos e serviços.

Bem definida, nota-se que a relação de consumo, configura-se como a relação jurídica composta por dois polos de interesses e um objeto ou coisa (LUCCA, 2008).

A relação de consumo é bilateral. Enquanto o fornecedor figura como fabricante, importador, exportador, comerciante e prestador de serviço, o consumidor é aquele que deseja suprir suas necessidades de consumo.

A evolução da relação de consumo foi tomando um grande espaço nos últimos tempos, acompanhando a existência humana em busca da superação e do sentimento desenvolvimentista que rege as sociedades modernas. É, portanto, de grande importância salientar que, com o surgimento dos grandes centros comerciais e industriais, como *shopping centers*, a agricultura mecanizada, entre outros, o movimento de êxodo rural ganhou força, criando superpopulações.

Do ponto de vista consumerista, esse grande movimento populacional teve um grande impacto. Pois, associado a todo esse contexto, houve a inflamação dos serviços públicos essenciais, passando-se a fabricar bens de consumo para suprir as necessidades da grande massa (cada vez mais crescente) em uma proporção bem maior.

Tantas modificações preocuparam a polo consumerista, já que não existia uma proteção legal bem definida e evidente. O consumidor se sentia desprotegido ante ao poderio do polo mercantil capitalista.

Esse quadro promoveu o desenvolvimento extraordinário do comércio, delineando um novo contorno às relações de consumo, o que culminou com um despertar da sociedade para a urgente necessidade de medidas jurídicas protetivas efetivas.

2.2.1 Elementos da relação de consumo

Com base no Código de Defesa do Consumidor (CDC), principal legislação do presente tema, existem quatro elementos presentes nas relações de consumo, saber: consumidor, fornecedor, produto e serviço. Neste trabalho monográfico far-se-á a divisão em dois grupos para facilitar a exemplificação e torna-lo mais didático.

O primeiro grupo formado pelos elementos subjetivos da relação de consumo (consumidor e fornecedor). E o segundo grupo, formado pelos elementos objetivos da relação de consumo (produto e serviço).

Passemos à análise.

2.2.2 Consumidor e Fornecedor

Primeiramente, os elementos subjetivos são aqueles voltados para os sujeitos da relação de consumo: o consumidor e o fornecedor.

No tocante à figura do consumidor, o CDC, em seu artigo 2º declara que “consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”. Portanto, a lei inicia o tema trazendo o conceito do consumidor padrão, *strictu sensu*, como aquele sujeito que utiliza o produto ou serviço para fins pessoais.

O parágrafo único deste mesmo dispositivo legal denota a existência dos *consumidores equiparados* ou *por equiparação*. O CDC não exaure a definição do consumidor equiparado no caput do artigo 2º, mas também evidencia sua existência nos artigos 17 e 29, quando trata, respectivamente, que “as vítimas do evento” se equiparam aos consumidores nos casos previstos; e, as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas previstas, também se equiparam aos consumidores.

Em especial ao consumidor do artigo 29, percebe-se que o artigo abarca todas as pessoas por se encontrarem em uma situação de fragilidade diante das práticas comerciais. A coletividade de pessoas presente neste artigo mostra exposição às práticas comerciais, aquele que utiliza produtos ou serviços estabelecendo de maneira objetiva, respeitando o consumidor potencial.

Como forma de melhor embasar os conceitos apresentados, o consumidor *strictu sensu* seria aquele que comprou uma passagem de avião para passar férias em São Luís. O mesmo comprou e adquiriu os serviços de empresa de aviação, como destinatário final. Por sua vez, o consumidor equiparado seria aquele que estava em sua casa, quando inesperadamente um avião cai e causa diversos danos materiais. O consumidor equiparado não comprou passagem ou sequer teve qualquer vínculo com a empresa de aviação, no entanto, como bem declara o CDC, foi vítima de um acidente de consumo.

Mas daí levanta-se o seguinte questionamento: como saber quem é o destinatário final?

O diploma consumerista não tem essa resposta, razão pela qual temos que nos socorrer na doutrina e na jurisprudência para assentarmos qual o conceito preciso de consumidor. Advirta-se, desde já, que tal conceito é controvertido e, com isso, três correntes disputam espaço acerca do tema conceito de consumidor.

A primeira corrente é a teoria objetiva (maximalista) pela qual o destinatário final seria apenas o destinatário fático. Para esta teoria, não importa a destinação econômica do produto ou serviço¹¹. É classificada como conceito jurídico de consumidor.

A segunda corrente defende a teoria subjetiva (finalista), adotada pela doutrina majoritária brasileira, pela qual será consumidor toda pessoa física ou jurídica que seja destinatária final de bens e serviços e que também seja vulnerável no bojo da relação de consumo¹².

Um ponto de grande importância para o presente trabalho é diferenciar vulnerabilidade de hipossuficiência. A prática consumerista por vezes costuma confundir e se equivocar com tais conceitos. De forma didática a doutrina, tradicionalmente, aponta a existência de três modalidades de vulnerabilidade: a técnica (ausência de conhecimento específico acerca do produto ou serviço objeto de consumo), a jurídica (falta de conhecimento jurídico, contábil ou econômico e de seus reflexos na relação de consumo) e a fática (situações em que a insuficiência econômica, física ou até mesmo psicológica do consumidor, o coloca em pé de desigualdade frente ao fornecedor).

Calha apontar que existe entendimento jurisprudencial que inclui a vulnerabilidade à informação (informacional) como um quarto vértice de vulnerabilidade. Logo, vulnerabilidade nada mais é do que a condição de inferioridade, vinculada ao direito material, enquanto que a hipossuficiência é a vulnerabilidade amplificada, ligada ao direito processual.

Por fim, a terceira corrente defende a teoria finalista mitigada, aprofundada, moderada ou temperada. Esta teoria abranda a teoria subjetiva e engloba no conceito de consumidor pessoas que, a princípio, não mereceriam a proteção do Código. Pois bem, há casos em que a vulnerabilidade é tão grande que é capaz de provocar desequilíbrio na relação contratual¹³.

¹¹ REsp 329.587/SP, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, Dju 24/06/2002. Considerou existir relação de consumo entre a pessoa jurídica contratante do serviço do transporte aéreo e a transportadora, tendo por objeto transporte de lote de peças de reposição de propriedade daquela.

¹² REsp 218.505/MG, Rel. Min. Barros Monteiro, Dju 14/02/2000. Tratando-se de financiamento obtido por empresário, destinado precipuamente a incrementar a sua atividade negocial, não se podendo qualificá-lo, portanto, como destinatário final, inexistente é a pretendida relação de consumo. Inaplicação do CDC.

¹³ REsp 476.428/SC, Rel. Min. Nancy Andrighi, Dju 09/05/2005. Direito do Consumidor. Recurso especial. Conceito de consumidor. Critério subjetivo ou finalista. Mitigação. Pessoa Jurídica. Excepcionalidade. Vulnerabilidade. Constatação na hipótese dos autos. Prática abusiva. Oferta inadequada. Característica, quantidade e composição do produto. Equiparação (art. 29). Decadência. Inexistência. Relação jurídica sob a premissa de atos sucessivos. Renovação do compromisso. Vício oculto. - A relação jurídica qualificada por ser "de consumo" não se caracteriza pela presença de pessoa física ou jurídica em seus pólos, mas pela presença de uma parte vulnerável de um lado (consumidor), e de um fornecedor, de outro. - Mesmo nas relações entre pessoas jurídicas, se da análise da hipótese concreta decorrer inegável vulnerabilidade entre a pessoa-jurídica

Portanto, sob o prisma do conceito jurídico, entende-se que consumidor é aquele em condição de usar o produto ou serviço, estabelecendo com o fornecedor uma relação em potencial, sem olvidar preceitos essenciais, como a destinação final e a vulnerabilidade (elemento teleológico).

Passando ao segundo elemento subjetivo, o fornecedor, por sua vez, de acordo com o artigo 3º do CDC, é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados (a exemplo de pessoas que não tem registro ou empresa, mas que atuam no mercado de trabalho com habitualidade), que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

Oscar Ivan Prusx (2013) traz conceito bastante interessante da figura do fornecedor, em seu livro “o conceito de fornecedor nas relações de consumo”, pois abarca os principais elementos e requisitos destacados do CDC, em especial ao conceito etimológico da expressão fornecer (prover, abastecer, guarnecer, dar, misturar, facilitar ou proporcionar)¹⁴.

Logo, o significado de fornecedor está intimamente associado à atividade de desenvolvimento, seja de produção, seja de distribuição, desde que vinculado com certa habitualidade¹⁵.

Filomeno (2012, p. 42) conceitua o fornecedor como aquele que abastece ou fornece, com habitualidade, todo comerciante ou estabelecimento, dos gêneros e mercadorias necessários ao seu consumo.

Desta forma, resta cristalino que o leque sobre o conceito de fornecedor é bastante amplo, já que o CDC dispõe extensamente as pessoas previstas como fornecedoras.

A referência à pessoa jurídica é relatada na conceituação tanto do consumidor quanto do fornecedor, independente de sua situação ou personalidade jurídica, pois toda pessoa jurídica poderá ser consumidora, como também fornecedora. A pessoa física preceituada na definição de fornecedor é identificada como aquela que presta serviços com

consumidora e a fornecedora, deve-se aplicar o CDC na busca do equilíbrio entre as partes. Ao consagrar o critério finalista para interpretação do conceito de consumidor, a jurisprudência deste STJ também reconhece a necessidade de, em situações específicas, abrandar o rigor do critério subjetivo do conceito de consumidor, para admitir a aplicabilidade do CDC nas relações entre fornecedores e consumidores-empresários em que fique evidenciada a relação de consumo.

¹⁴ PRUSX, Oscar Ivan: “sob o ponto de vista econômico, o fornecedor é aquele agente que exerce sua atividade, sendo mentor e executor do fornecimento que chega ao consumidor. Marca a atuação deste agente econômico, a sua característica da profissionalidade, ou seja, sua maior capacitação para o fornecimento e a habitualidade de procurar fornecer ao máximo (maior número possível de fornecimento) dentro de suas possibilidades. É ele que, sob o aspecto prático, normalmente realiza contratos com outros profissionais no sentido de implementar seus processos de produção, tendo por desiderato final, prover o mercado em relações de consumo”.

¹⁵ Para que haja relação de consumo, é imprescindível a existência de habitualidade.

um profissional, com remuneração e sem vinculação empregatícia, chamado profissional liberal. Há também os que vendem produtos de forma irregular¹⁶.

Quanto ao instituto da profissionalidade, a mesma é configurada pela existência de desenvolvimento profissional da atividade (de fornecimento) com habitualidade e de forma remunerada, mesmo que não esteja expresso em lei. Portanto, o caráter profissional da atividade se reporta à atividade econômica, pois resultará em vantagem econômica.

É importante observar, contudo, que o caráter profissional não será essencial à devida finalidade lucrativa como a contraprestação ou remuneração. O mais importante será a prestação de serviço mediante a remuneração sem ligação com a finalidade.

Para melhor esclarecer a questão, incluindo, portanto, ao conceito de fornecedor, as pessoas jurídicas sem destinação econômica, preceitua MIRAGEM (2012, p. 137)¹⁷.

Conclui-se, portanto, que o fornecedor propicia a oferta de bens e serviços no mercado de consumo, entendendo-se como oferta do produto ou serviço, a atividade tipicamente profissional.

2.2.3 Produto e Serviço

Em contrapartida, os elementos objetivos da relação de consumo, produto e serviço, estão previstos, respectivamente, no artigo 3º, parágrafos 1º e 2º.

Primeiramente quanto aos produtos, um dos objetos da relação de consumo tratada anteriormente, pode-se inferir que o CDC em seu artigo 3º, parágrafo 1º, apresenta produto como “todo o bem móvel ou imóvel, material ou imaterial”.

De forma bem ampliativa, procurou o legislador conceituar produto como sendo um dos objetos da relação de consumo, ou seja, o resultado da produção no mercado de consumo; assim, conforme o legislador, é qualquer bem móvel (ex.: automóveis) ou imóvel (ex.: apartamentos), material (ex.: joias) ou imaterial (ex.: aplicação de renda fixa, software).

Importante para a exata compreensão do termo produto e da classificação em bem móvel e imóvel, estampada no dispositivo legal, se faz o diálogo com o Código Civil, em especial aos seus artigos 79 e 82, por meio dos quais complementamos o sentido de bens imóveis como sendo o solo e tudo quanto se lhe incorporar natural ou artificialmente, e os

¹⁶ A exemplo dos vendedores ambulantes.

¹⁷ Neste sentido podem ser relacionadas ao conceito de fornecedor as pessoas jurídicas sem fins lucrativos, mesmo as que ostentem a certificação de filantrópicas, desde que esteja presente o critério objetivo da contraprestação de remuneração em razão dos produtos e serviços prestados no mercado de consumo.

bens móveis como os bens suscetíveis de movimento próprio, ou de remoção por força alheia, sem alteração da substância ou da destinação econômico-social.

Quanto à classificação entre produtos materiais e imateriais, restou nítida a preocupação do legislador em não deixar escapar qualquer tipo de comercialização de produtos no mercado de consumo, já que o Código de Defesa do Consumidor não diferencia qualquer direito entre os bens materiais ou imateriais. Apesar de o Código Civil diferenciar o que seja produto como objeto de uma relação jurídica, optou o legislador – amparado da doutrina dos juristas que criaram o anteprojeto do CDC – que o termo produto tem um sentido econômico e social mais adequado a ponto de diferenciar a relação de consumo da civilista, dando a abrangência de sinônimo com o termo bem revelado no CC/2002.

A definição do que seja produto ainda encontra reflexo direto no artigo 26 do Código de Defesa do Consumidor, que, ao tratar da garantia legal, estabeleceu importante conceituação e classificação do termo produto como sendo durável e não durável, o que traz uma consequência direta na diferenciação posta, qual seja: o prazo da garantia legal.

O bem de consumo durável é aquele que não se extingue com o uso, podendo ser utilizado inúmeras vezes antes de perder a sua funcionalidade, não se podendo dizer, entretanto, que durará para sempre, uma vez que há um desgaste natural que faz com que o bem durável perca suas características iniciais ao longo do tempo. Para elucidar essa questão, pode-se levantar a hipótese de compra de um instrumento musical; questiona-se: quanto tempo deve durar esse produto? Certamente, de forma exata, é impossível responder a esse questionamento, mas, apesar de sabermos do desgaste natural de suas peças (braço, madeira, plugs, etc.), os instrumentos são bens de consumo durável.

Aliás, importante destacar que o desgaste natural de peças de produtos duráveis não implica qualquer responsabilidade ao fornecedor, ou seja, não se trata de vício do produto o fato de termos que trocar componentes de tempos em tempos de acordo com o seu desgaste natural, nada obstante, se a peça apresentar algum vício ou tiver o fornecedor garantido o seu funcionamento por um período maior de tempo, haverá a responsabilidade do fornecedor.

Já o produto não durável é aquele que se extingue com o uso, não ofertando durabilidade através de sua utilização, a exemplo dos alimentos, das bebidas, dos remédios, ou seja, o produto se extingue enquanto é utilizado.

De qualquer modo, evidencia-se que houve uma grande preocupação quando da formulação do conceito de produto de forma a garantir a sua longevidade com base na interpretação contemporânea, tornando-se um conceito atemporal, vital para a plena aplicabilidade do CDC apesar do tempo de sua vigência.

Quanto aos serviços, a legislação consumerista define, conforme o parágrafo 2º do mesmo artigo, como qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

Calha acentuar que após a rápida leitura do preceito legal, os serviços se configuram como uma prestação onerosa sem vínculo trabalhista, efetuada no mercado de consumo, com a teleologia consumista.

O exímio doutrinador Bruno Miragem (2012, p. 145) captou com maestria, ao afirmar que a remuneração tratada na definição pode ser direta e indireta, a depender do caso, contudo, de imprescindível finalidade de consumo¹⁸.

Um ponto de destaque é que o CDC prevê que o serviço é a atividade fornecida mediante pagamento, logo, os serviços executados sem remuneração não terão normas regidas pela legislação consumerista.

Nesse sentido, por exemplo, é muito comum encontrar a cobrança indireta sendo cobrada nos estacionamento de mercados, quando na verdade a cobrança já está sendo realizada embutida no preço dos produtos vendidos.

Logo, a “gratuidade” do estacionamento se faz como um mecanismo de atração de consumidores, contribuindo, entretanto, para o desnivelamento da relação de consumo, já que os consumidores são taxados indiretamente. Nestes casos, por óbvio, há o amparo do Código de Defesa do Consumidor.

No tocante à durabilidade dos serviços, o autor Rizzato Nunes (2008, p. 101) traz entendimento de que os serviços não duráveis serão aqueles que, de fato, exercem-se uma vez prestados. Os duráveis são aqueles que tiverem continuidade em decorrência de um contrato entre as partes, ou aqueles que, embora não tenham continuidade, deixarem como resultado um produto ao final de todo o lapso contratual¹⁹.

¹⁸ [...] esta remuneração poderá ser considerada, para efeito da caracterização da relação de consumo, como remuneração direta (contraprestação de um contrato de consumo), ou indireta (quando resultar de vantagens econômicas do fornecedor a serem percebidas independentes de contrato de consumo presente).

¹⁹ Os serviços não duráveis serão aqueles que, de fato, exercem-se uma vez prestados, tais como, por exemplo, os serviços de transporte, de diversões públicas, de hospedagem, etc. [...] Serviços duráveis serão aqueles que: a) tiverem continuidade no tempo em decorrência de uma estipulação contratual. São exemplos a prestação dos serviços escolares, os chamados planos de saúde etc., bem como todo e qualquer serviço que no contrato seja estabelecido como contínuo; b) embora típicos de não durabilidade e sem estabelecimento contratual de continuidade, deixarem como resultado um produto. Por exemplo, a pintura de uma casa, a instalação de um carpete, o serviço de Buffet, a colocação de um boxe, os serviços de assistência técnica e de consertos (o conserto de um veículo) etc. Nesses casos, embora se possa destacar o serviço do produto deixado (o que gerará diferenças no aspecto de responsabilidade, como se verá), o produto faz parte do serviço [...]

2.3. Princípios que norteiam o CDC

Com base em todo o contexto apresentado, é de fácil percepção que o CDC, além da função protetiva, possui a função de harmonizar as relações entre fornecedores e consumidores. A doutrina e a jurisprudência adotam entendimento de que o CDC é um micro sistema normativo contemplando regras e princípios próprios.

Com base nessa premissa, os princípios norteadores do direito do consumidor surgem como a principal ferramenta de resolução de litígios, ao ponto de se encontrarem na chamada Política Nacional de Relações de Consumo, evitando ou diminuindo a quantidade de demandas judiciais (ALMEIDA, 2009)²⁰.

A política nacional de relações de consumo e seus objetivos e princípios estão previstos na Constituição Federal e de maneira expressa no CDC, no artigo 4º²¹. Passando para a análise dos princípios. Têm-se, com base na política nacional de relações de consumo, os seguintes:

Vulnerabilidade do Consumidor: É o princípio norteador de todo o ordenamento jurídico relativo ao consumidor. Diante do poder econômico dos fornecedores, é indubitável a fragilidade de quem consome. No Brasil o princípio da vulnerabilidade provém da própria Constituição Federal, estabelece que o Estado promoverá a defesa do consumidor (art. 5º, inciso XXXII). É uma norma constitucional de eficácia limitada, que desde 1990 é regulada pelo CDC. A legislação infraconstitucional, com a promulgação do CDC, previu de maneira expressa o princípio da vulnerabilidade no ser art. 4º, inciso I, garantindo ao consumidor

²⁰ O objetivo do Estado, ao legislar sobre o tema, não será outro que não o de eliminar ou reduzir tais conflitos. Sinalizar para a seriedade do assunto e anunciar sua presença como mediador, mormente para garantir proteção à parte mais fraca e desprotegida.

²¹ Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia as relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: (Redação dada pela Lei nº 9.008, de 21.3.1995) I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo; II - ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor: [...] III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores; IV - educação e informação de fornecedores e consumidores, quanto aos seus direitos e deveres, com vistas à melhoria do mercado de consumo; V - incentivo à criação pelos fornecedores de meios eficientes de controle de qualidade e segurança de produtos e serviços, assim como de mecanismos alternativos de solução de conflitos de consumo; VI - coibição e repressão eficientes de todos os abusos praticados no mercado de consumo, inclusive a concorrência desleal e utilização indevida de inventos e criações industriais das marcas e nomes comerciais e signos distintivos, que possam causar prejuízos aos consumidores; VII - racionalização e melhoria dos serviços públicos; VIII - estudo constante das modificações do mercado de consumo.

igualdade material na relação com o fornecedor. Este princípio (da vulnerabilidade) é um garantido da isonomia, que também é prevista na Constituição Federal.

Para Nunes (2005, p. 125) a vulnerabilidade do consumidor significa que é a parte mais fraca na relação jurídica de consumo por dois motivos, que são; de ordem técnica e outro no aspecto econômico. A fragilidade técnica subdivide-se na “escolha”, que o consumidor pode adquirir apenas aquilo que lhe é disposto pelo fornecedor, e nos meios de produção, cujo conhecimento é monopólio do fornecedor.

É essencial o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor para garantir o preceito fundamental da igualdade material protegida pela Constituição Federal, que consiste em tratar os iguais igualmente e os desiguais diferentemente na medida de suas desigualdades. É evidente que não se trata de relação de igualdade entre o consumidor e o fornecedor, como já mencionado acima.

Presença do Estado: Percebe-se a aplicação desse princípio na Constituição Federal no artigo 5º, inciso XXXII, que estabelece proteção especial ao consumidor, na edição do CDC e na criação de órgãos administrativos como o DPDC (Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor), os Procons estaduais e municipais. É um princípio que complementa e fornece eficiência para o princípio da vulnerabilidade do consumidor. Eles se completam, pois onde existe uma parte mais frágil, deve existir o Estado para garantir equidade na relação.

Como bem trata Lenza (2011, p. 435), o Poder do Estado é uno e indivisível, mas os atos adquirem diversas formas. Assim, dividem-se as funções de cada órgão, que são o Poder Legislativo (legislar e fiscalização financeira do executivo), o Poder Executivo (prática de atos de chefia de Estado, chefia de governo e atos de administração) e o Poder Judiciário (função jurisdicional, dizendo o direito no caso concreto e dirimindo os conflitos que lhe são levados, quando da aplicação da lei).

No que tange os direitos consumeristas, o Poder Legislativo atuou com a promulgação da Lei 8.078/ 90 (Código de Defesa do Consumidor), já o Poder Judiciário no exercício do poder jurisdicional, quando acionado, defende os direitos no caso concreto. Diante da inércia do Judiciário necessita-se do Poder Executivo para atuar de maneira preventiva na defesa dos direitos do consumo (na esfera administrativa)²².

²² Percebe-se que o princípio da presença do Estado subdivide-se em diversos ramos de proteção, como o Ministério Público, as associações representativas, nesta matéria esclarece Marques (2010, p. 200) relata: “Aqui a fragmentação da fiscalização é uma característica do SNDC, pois a incerteza sobre qual órgão, se federal, estadual ou municipal, se agência ou PROCON, atuará constitui uma das ameaças mais eficazes a desestimular

São fatores positivos para a proteção dos consumidores a comunicação e a cooperação entre as diversas agências supramencionadas.

O DPDC (Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor) atua em âmbito administrativo, é parte integrante da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça. Há a possibilidade jurídica de um ministério específico para a proteção dos direitos do consumidor, o que para Marques, seria atitude elogiável.

Na esfera administrativa, existem as agências. Todavia, estas tem demonstrado a eficiência esperada, pois deveriam aplicar todas as leis vigentes no Brasil na proteção do consumidor e não atuando de forma parcial em benefício de fornecedores. A eficiente prestação do serviço pelas agências, resultariam em retirar a sobrecarga do poder judiciário com pequenas causas. O SUSEP e o Banco Central de maneira semelhante, também exercem funções na perspectiva de proteção ao consumidor (MARQUES, 2010, p. 199).

O Ministério Público²³ é outro órgão legitimado com poder de fazer valer a legislação consumerista. O Conselho Nacional de Defesa do Consumidor/MJ apresentou no projeto de lei do Código de Defesa do Consumidor em 1989, a proposta de atuação do MP no controle administrativo geral e cogente, especialmente no controle prévio de contratos de massa. Mas, o dispositivo foi vetado pelo Presidente.

Mesmo diante da restrição da atuação do Ministério Público, com o veto presidencial, a atuação continua ampla e eficiente na proteção dos consumidores.

As associações representativas e as entidades e órgãos da administração pública destinados a defesa dos consumidores também exercem a função protetiva dos direitos do consumidor. De acordo com o artigo 82 do CDC²⁴, são legitimados para propor ação coletiva de defesa de interesses individuais homogêneos: o Ministério Público, a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios, as entidades e órgãos da Administração Pública (direta ou indireta) ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos do consumidor e as associações legalmente constituídas há pelo menos

atos abusivos por parte dos fornecedores. Não pode valer a pena causar dano ao consumidor, daí que a atuação de mais de um órgão também é possível”.

²³ Nas palavras de Marques (2010, p. 200): “O papel do Ministério Público continua, porém, decisivo na proteção do consumidor, seja como órgão de conciliação, seja como legitimado para a ação civil pública, seja como órgão legitimado para propor a ação de controle em abstrato das cláusulas abusivas, segundo o § 4 o. do art. 51”.

²⁴ Art. 82. Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente: I - o Ministério Público; II - a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal; III - as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este código; IV - as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este código, dispensada a autorização assemblear.[...]

um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos do consumidor.

O Juizado Especial é outro meio de se fazer justiça frente às relações de consumo, é uma forma rápida, barata e precisa de resolução de litígios. Assegura o princípio constitucional do acesso à justiça. Percebe-se a variedade de instrumentos e meios de proteção ao consumidor, para o bom desempenho da política protetiva dos direitos consumeristas.

Harmonização de Interesses: Está expresso no CDC, art. 4º, inciso III²⁵. Outro princípio aplicado a esta garantia de qualidade e segurança, é o princípio do “estudo constante das modificações do mercado de consumo” (art. 4º, VIII, CDC).

A proteção do consumidor é um dos objetivos do CDC, porém há um objetivo que o antecede, que está no plano de prevenção do litígio. Nesta ordem se encontra a harmonização de interesses, objetivo da Política Nacional de Relações de Consumo, e princípio do CDC, que visa à garantia de boas práticas comerciais, tanto na propaganda, como na segurança e qualidade dos produtos. Numa relação de consumo justa, que satisfaça ambas as partes, evita-se demandas judiciais.

Sendo assim, as duas partes, tanto o consumidor, como o fornecedor, ficam satisfeitos com a relação de consumo, sem criar animosidade e futuras demandas judiciais. O entendimento deste princípio (harmonização de interesses) encontra amparo inclusive na Constituição Federal, no artigo 170 que estabelece princípios da ordem econômica.

Coibição de Abusos: O princípio da coibição de abusos, apresenta duas formas de atuação, a primeira é a repressiva, que atua na prevenção de atos abusivos. A segunda forma de atuação é a sanção, que visa punir os autores dos atos abusivos. O princípio representa o desestímulo dos fraudadores, pois a aplicação eficiente da repressão e a punição, diminui a incidência de ações abusiva dos fornecedores. O princípio está expresso no art. 4º, do CDC²⁶.

Incentivo ao Autocontrole²⁷: O Estado é o principal responsável por atuar na proteção do consumidor, pondo em prática toda a legislação consumerista em vigor. Porém,

²⁵ Art. 4º o [...] III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores; [...]

²⁶ Art. 4º o [...] VI - coibição e repressão eficientes de todos os abusos praticados no mercado de consumo, inclusive a concorrência desleal e utilização indevida de inventos e criações industriais das marcas e nomes comerciais e signos distintivos, que possam causar prejuízos aos consumidores;

²⁷ A doutrina consumerista descreve três maneiras de autocontrole: De três maneiras pode-se dar o autocontrole. Em primeiro lugar, pelo eficiente controle da qualidade e segurança de produtos defeituosos no mercado, o que refletirá na diminuição ou eliminação de atritos com o consumidor. Em segundo lugar, pela prática do recall, ou seja, a convenção dos consumidores de bens produzidos em séries e que contenham defeitos de fabricação que possam atentar contra a vida e a segurança dos usuários, arcando o fornecedor com as despesas de substituição

antes do Estado atuar com seu poder jurisdicional, quando houver a lesão ao consumidor, existe a forma espontânea de ajustar a relação de consumo, ou seja, o próprio fornecedor disponibiliza para concertar ou indenizar o consumidor. Isto é chamado de autocontrole, é a solução moderna e ideal para a solução dos conflitos (ALMEIDA, 2009, p. 18).

Nestas palavras se evidencia uma forma consciente e eficiente de resolver eventuais problemas do produto ou da prestação do serviço. Assim, o consumidor fica satisfeito, e não necessita de demanda judicial para solucionar o problema. É bom para o Estado, pois deste modo evita a sobrecarga do judiciário. Há satisfação por parte do consumidor, que não necessita contratar advogado e aguardar longos períodos para a decisão judicial. E o fornecedor demonstra seriedade, ganhando credibilidade e evita maiores transtornos, como pagamentos de indenizações por danos morais, entre outras.

Conscientização do Consumidor e do Fornecedor: Um dos principais elementos que refletirá no equilíbrio das relações de consumo, é a consciência de ambas as partes, tanto do consumidor, quanto do fornecedor. Este princípio compreende a informação, bem como a educação, das partes na relação de consumo. Quanto mais presentes estiverem estes elementos, menos existirão conflitos (MARQUES, 2010, p. 230).

Nestas palavras supramencionadas, percebe-se que na relação de consumo, quando o consumidor conhece seus direitos e obrigações e o fornecedor souber os seus, a relação será equilibrada e a ilegalidade, abusividade ou outra forma de infração, será evitada no próprio negócio jurídico.

Melhoria dos Serviços Públicos: Estes serviços possuem relevância para a vida do brasileiro, como a saúde, educação, transporte, entre outros. A qualidade dos serviços abrange inclusive a área pública, ou seja, os serviços públicos devem ser prestados atendendo os preceitos de qualidade, segurança, que não atentem contra a vida e a saúde dos consumidores. O Estado tem poder de exigir dos fornecedores e/ ou prestadores particulares serviços de qualidade, e automaticamente, quando no lugar de prestador, assume esse dever com a população, o dever do serviço bem prestado, de acordo com os ditames da lei e da justiça. (ALMEIDA, 2009, p. 50).

Percebe-se que no Brasil a legislação e os mecanismos de defesa do consumidor são modernos e efetivos. E podem ser otimizados com algumas reestruturações administrativas. No próximo capítulo será abordado estudo sobre a responsabilidade civil nas

das peças defeituosas. Há o reconhecimento de defeito, mas ao mesmo tempo ele é sanado pelo próprio fabricante, sem prejuízo ou custo para o consumidor 8. (...) E, em terceiro lugar, pela criação, pelas empresas, de centros ou serviços de atendimento ao consumidor, resolvendo diretamente o fornecedor a reclamação ou queixa apresentada contra seu produto ou serviço. (ALMEIDA, 2009, p. 19).

relações de consumo. Especialmente no que se refere a responsabilidade na relação de consumo, no caso do fato do produto ou serviço.

2.4 Considerações gerais acerca dos direitos básicos do consumidor

O crescente progresso vivido e evidenciado ao longo dos séculos modificou diretamente o cenário comercial e econômico. Isto já foi bastante frisado no presente trabalho.

O CDC buscou, então, criar mecanismos efetivos na resolução de problemas surgidos das relações de consumo, dando bastante ênfase na ação contratual. De acordo com Garcia (2008, p. 86)²⁸, o CDC, em seu artigo 6º, trouxe diversos direitos do consumidor, como forma de alcançar a proteção e efetivá-la nas mais diversas relações de consumo.

2.4.1 A constituinte e o aumento da proteção

Em apertada síntese, serão abordados neste tópico os fatores que contribuíram para a elaboração do Código de Defesa do Consumidor, com inferências sociais e econômicas que tiveram importância para dimensionar a forma de proteção ao consumidor para suprir a hipossuficiência vivida neste contexto de relação. Também será abordada a sequência constitutiva e legislativa da criação do CDC no Brasil.

No Brasil, a origem normativa do direito do consumidor, é a própria Constituição Federal. Na promulgação foi previsto no artigo 48 do Ato das Disposições Transitórias²⁹, o mandamento que impõe ao legislador ordinário, no prazo de 6 (seis) meses, a edição de um Código de Defesa do Consumidor, o que aconteceu apenas em 1990, pela Lei 8.078/ 90. O status constitucional do direito consumerista, que está previsto no rol dos direitos e garantias fundamentais, no art. 5, XXXII³⁰, estipula a proteção do consumidor, pelo próprio Estado. A

²⁸ [1] a saúde e a segurança, a informação sobre as características do produto e/ou serviço; [2] a defesa contra a publicidade enganosa; [3] a requisição de quantidade e/ou qualidade concordada; [4] a ciência acerca do conteúdo de contratos e dos dispositivos legais disponíveis, além da possibilidade de alteração nas cláusulas do contrato; [5] o livre-arbítrio na escolha e equidade na contratação; [6] a reivindicação judicial pela execução parcial, defeituosa ou descumprimento de contratos; [7] a não sujeição a cláusulas abusivas; [8] o ressarcimento por danos e prejuízos sofridos; [9] a agregação com outrem para a defesa de seus interesses; [10] a representação em todas as organizações cujas deliberações afetem abertamente seus interesses.

²⁹ Art. 48. O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor.

³⁰ Art. 5º, CF: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XXXII, o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor; [...]

Constituição Federal mencionou expressamente, como princípio geral da atividade econômica, a defesa do consumidor (art. 170, V, CF)³¹.

A classificação legislativa formal do CDC é Lei Ordinária, porém, sua função é social, tendo em vista que tutela direitos constitucionalmente previstos na Constituição Federal. Desta forma, a edição de lei posterior, que revogue ou delimite direitos previstos no CDC deve ser considerada inconstitucional. É uma lei exclusiva que versa da analogia de consumo, causa pela qual, nas analogias de consumo, aproveita-se o Novo Código Civil apenas de maneira acessória³².

O Estado tem a obrigação de promover a garantia dos direitos do consumidor. Trata-se de direito subjetivo de ordem geral e pública, que exige do Estado a garantia de liberdade aos cidadãos, direitos civis de 1 a geração, ou seja, o rol dos direitos fundamentais, que é uma prestação negativa do Estado, de não fazer, garantir a liberdade de escolha. Porém a forma principal de atuação é a positiva, que exige uma atuação cogente de proteção por parte do Estado, para garantir a justiça na relação de consumo entre particulares. Neste caso é direito de nova geração, ou dimensão, classificado por alguns autores, como Bobbio, direitos da terceira Geração (BOBBIO, 1992).

Percebe-se que as normas constitucionais atuam tanto no plano infraconstitucional, de maneira indireta, pelo CDC, como pela regulamentação constitucional direta, na seara da dignidade humana. Estas garantias, defendidas no rol dos direitos fundamentais da Carta Magna, que refletem no CDC, possuem teor imutável, tendo em vista estar elencado no artigo 60, § 4º o, CF, como cláusula pétreia. Existe a possibilidade de alteração deste dispositivo constitucional, apenas em casos de ampliação da proteção e/ou direitos do consumidor, nunca na perspectiva de suprimi-los ou diminuí-los.

Lembrando-se que as normas consumeristas, são de ordem pública e interesse social, refletindo na característica imperativa, constituindo, assim, como direitos irrenunciáveis.

³¹ Art. 170, CF: A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] V - defesa do consumidor; [...]

³² De acordo com Netto (p. 37, 2010): Desta forma, por ser uma “lei de função social”, uma lei que concretiza, no plano da legislação comum, a vontade da Constituição da República, o CDC não pode ser alterado para reduzir a proteção conferida ao consumidor, em desalinhamento com o que deseja a Constituição. Alerta-se que o Código Civil de 2002 (Lei nº 10.406, de 10/01/02) não revogou o CDC, devendo ocorrer um “diálogo das fontes”, sempre buscando ampliar a proteção ao consumidor.

3 O REGIME DE RESPONSABILIDADES

A relação consumerista tem por base a troca de interesses entre o consumidor e o fornecedor. Desta forma, este último, por ser aquele que coloca no mercado produto ou serviço, é obrigado a arcar com as consequências que estes produtos ou serviços possam ocasionar lesivamente aos consumidores. Isto é indiscutível.

A oferta realizada pelos fornecedores é prevista e regida pelas normas do CDC, de tal forma que gera consequências contratuais, como bem prevê o artigo 30 da legislação consumerista³³.

Cabe acentuar ainda que essa responsabilidade é ampliada quanto aos atos dos empregados, cabendo ao fornecedor responder solidariamente por eles, como preceitua o CDC em seu artigo 34³⁴.

Seguindo adiante, o artigo 35 da seguinte forma: “se o fornecedor de produtos ou serviços recusar”, apontando alternativas para o consumidor. Desta forma, nota-se que o intuito do legislador foi de que não pode haver recusa. Isto é, o que a lei pretende de forma imediata é proibir que o fornecedor se recuse a cumprir a oferta, apresentada. E sua proibição é decorrência lógica do estabelecido no art. 30 já analisado.

Resta claro, portanto, que a expressa proibição da recusa trará consequências processuais relevantes, em especial a da concessão de medida liminar (a hipótese é a do § 3º do art. 84 do CDC).

Partindo desse ponto, a norma apresenta ao consumidor alternativas para o exercício de seu direito, e que ele escolhe livremente. Basta a manifestação da vontade, sem a real necessidade que o consumidor justifique ou motive sua escolha; é apenas sua exteriorização objetiva.

3.1 Responsabilidade civil no Código de Defesa do Consumidor

Passando para uma análise mais voltada para as responsabilidades no direito do consumidor, é de se constatar, que “entende-se por responsabilidade civil a circunstância de alguém ser compelido a ressarcir algum prejuízo causado a outrem pela prática de um ato ilícito, quer por dolo, quer por culpa” (FILOMENO, 2012).

³³ Art. 30. Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado.

³⁴ Art. 34. O fornecedor do produto ou serviço é solidariamente responsável pelos atos de seus prepostos ou representantes autônomos.

De acordo com o autor, o Código Civil de 1916 adotara a chamada teoria da culpa para dar ensejo à indenização reclamada por alguém prejudicado pela ação, seja dolosa ou culposa, de outrem. Desta forma, após análise de seu artigo 159, percebe-se que todo aquele que, por ação ou omissão voluntária, ou seja, ou dolo; ou então por negligência, imperícia ou imprudência, causar um prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar os danos causados.

Nota-se a clara proteção ao consumidor ante a vulnerabilidade anunciada no capítulo inaugural. Assim sendo, o CDC reconheceu a fragilidade/vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo, prevista no artigo 4º, estabelecendo que a responsabilidade do fornecedor pode ser classificada de forma objetiva, subjetiva, solidária e subsidiária.

As evoluções das relações de consumo impulsionaram uma grande evolução da atividade no mercado de consumo. E, partindo dessa premissa, o autor João Batista De Almeida (2011, p. 43) traz em sua doutrina a problemática da igualdade entre as partes que, com o tempo, seriam insuficientes para regular as relações de consumo, havendo a confirmação da hipossuficiência do consumidor³⁵.

O autor deixa claro que o consumidor estava sendo (mais uma vez) prejudicado nas relações de consumo, daí a necessidade de se empregar outras medidas alternativas como forma de proteger o elo mais fraco. Todavia, tal mudança só ocorreu com a edição do CDC, regravando a responsabilidade civil do fornecedor.

Passemos à análise de cada uma das responsabilidades.

³⁵ 1º A exigência da demonstração da culpa do fornecedor (CC de 1916, art. 159) tornava inviável o ressarcimento de dano causado ao consumidor em virtude de colocação no mercado de produto ou serviço potencialmente danoso.

2º A estrutura do direito comum ligava o dano ao agente causador, aquém incumbiria a responsabilidade de reparação. Nas relações de consumo, no entanto, o dano não é causado pela pessoa do fornecedor, seu empregado ou agente, e sim pelo próprio produto ou serviço. Por isso, havia a necessidade de estender-se a cadeia de responsabilidade até o fornecedor originário (fabricante, produtor, construtor e importador), ligando-o ao defeito apresentado e estabelecendo o fundamento da reparação.

3º Em decorrência, o consumidor não tinha ação direta contra os fornecedores em geral, podendo acionar tao somente o comerciante vendedor (CC 1916, art. 1.101, e CCom, art. 210).

4º Os prazos curtíssimos de prescrição e decadência, contados a partir da tradição da coisa, também dificultavam a ação do consumidor nas reclamações por vícios redibitórios, que, a seu turno, não abrangiam os serviços e só alcançaram os vícios ocultos, deixando desprotegidos os aparentes e de fácil constatação.

5º Na responsabilidade por vícios redibitórios, só existiam as tradicionais alternativas de redibição (ex empto) e abatimento de preço (quantiminoris), evidentemente insuficientes para o interessado.

6º A persecução executória sobre o patrimônio do devedor era dificultada pela não-adoção, na via legislativa, da teoria da desconsideração da personalidade jurídica.

7º Por fim, a regra do ônus da prova (CPC, art. 331, I) tolhia a atuação judicial do consumidor, reduzindo-lhe as possibilidades de êxito.

3.1.1 Responsabilidades Objetiva e Subjetiva

A nova era da sociedade de consumo, com a evolução social, a internacionalização do comércio, os contratos eletrônicos entre outros motivos fez o Poder Judiciário perceber, frente o descontentamento social, a impossibilidade de proferir decisões justas, utilizando-se apenas a responsabilidade subjetiva (comprovando a culpa).

Almeida (2008, p. 87) relata haver uma dificuldade intransponível para demonstração da culpa do fornecedor, pelo fato deste possuir o controle dos meios de produção e do acesso aos elementos da prova. Outra dificuldade era a inviabilidade da propositura da ação judicial em face do vendedor ou prestador de serviço, quando não se obtinha êxito para chegar ao fornecedor originário.

Nos casos que envolviam danos a consumidores brasileiros, provenientes de serviços ou produtos de grandes empresas ou a até mesmo de empresas internacionais, era quase impossível preencher os requisitos da responsabilidade subjetiva para culminar na reparação dos prejuízos.

Após a promulgação do Código de Defesa do Consumidor, os mecanismos de responsabilização dos fornecedores passaram a serem aplicados de modo distinto. Quando um produto ou serviço gera um dano para o consumidor, por apresentar qualquer tipo de vício, surge a responsabilidade pelo fato do produto ou serviço, que é regulada pela legislação consumerista. Existe crítica doutrinária quanto à nomenclatura tradicional no direito da “responsabilidade pelo fato do produto ou serviço”.

Para Benjamin (2010, p. 137), tal expressão não retrata com nitidez, o enfoque moderno com que o direito do consumidor trata o tema. A melhor forma é nomear como “responsabilidade pelos acidentes de consumo”. Esta terminologia destaca o elemento humano como consequência, enquanto aquela outra apenas destaca o elemento material.

Já para Nunes (2009, p. 272) a expressão acidente de consumo não se enquadra em alguns casos em que ocorre o dano, porém não é gerado propriamente por um acidente, como é o caso do lançamento equivocado no cadastro de devedores do Serviço de Proteção ao Crédito, que configura um defeito de serviço passível de gerar danos materiais, morais e à imagem. A palavra “fato” tem significado de acontecimento, que permite assim dizer, qualquer acontecimento.

Desse modo, o conceito de “fato do produto ou serviço” é qualquer acontecimento que enseja a ocorrência de um dano causado por defeito no produto ou serviço.

Quanto à aplicação da legislação pertinente, explica Benjamin (2010, p. 138), que o regime jurídico da matéria é tratado de maneira absoluta pelo CDC como responsabilidade na relação de consumo, afastando-se o regime de responsabilidade do Código Civil. Excepcionalmente pode-se aplicar o Código Civil, desde que não contrarie o sistema e a principiologia do CDC.

Assim, o Código de Defesa do Consumidor disciplina em sua Seção II (arts. 12 a 17) a responsabilidade por vício de segurança (sob o título “Responsabilidade pelo Fato do Produto e do Serviço”), em que a utilização do produto ou serviço é capaz de gerar riscos à segurança do consumidor ou de terceiros, podendo ocasionar um evento danoso, denominado de “acidente de consumo”.

Verifica-se que o “acidente de consumo”, possui dois elementos básicos, que são: o vício de segurança do produto ou do serviço e o evento danoso em decorrência do vício. É de suma importância informar que a doutrina diferencia o termo “vício” e o termo “defeito”. Como relata Garcia (2010, p. 115), vício pertence ao produto ou serviço, tornando-o inadequado, sem gerar problemas extras ao consumidor ou a terceiros. Já o defeito é a soma do vício no produto ou serviço e a ocorrência de um problema extra (o dano) em virtude daquele. Deste modo, há vício sem defeito, mas o contrário é incabível.

Defeito está conceituado no próprio Código de Defesa do Consumidor, no art. 12, §1º. Mas doutrinariamente o conceito é ampliado, como explica Nunes (2009, p. 274) o conceito de defeito descrito no Código, é meramente exemplificativo, sendo que qualquer outra hipótese ligada ao produto, seja proveniente antes durante ou após o processo de fabricação e até mesmo a publicidade relativa ao produto ou serviço podem caracterizar a qualificação do defeito, que por sua vez sempre gera dano.

O tipo de responsabilidade que rege o fato do produto ou serviço é a objetiva. É uma evolução no tratamento aos direitos do consumidor, tendo em vista a dificuldade na comprovação da culpa do fornecedor e em demasiadas vezes estes ficarem isentos de qualquer responsabilização por danos ocasionados por seus próprios produtos ou serviços. Almeida (2008, p. 88), faz um apanhado histórico e descreve a responsabilidade civil no CDC.

Atento a essas circunstâncias, a tendência da legislação e da jurisprudência de países como Estados Unidos, França, Itália e Alemanha, bem como a orientação dos doutrinadores e dos tribunais do País, é que o legislador optou pela adoção da responsabilização objetiva, independente de culpa, para a reparação dos danos pelo fato do produto ou serviço. Consagrou o novo Código, de forma incisiva e clara, que o fornecedor responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados por

defeitos ou insuficiência e inadequação de informações, em relação aos produtos e serviços que colocou no mercado (CDC, arts. 12 e 14).

O CDC trata do tema da responsabilidade pelo fato do produto ou serviço nos 24 caput dos artigos 12 e 14. A responsabilidade nestes casos é objetiva, ou seja, sem a obrigação da comprovação da culpa do fornecedor, como se evidencia nos próprios dispositivos legais, ora citados, quando descrevem independentemente da existência de culpa.

Afastando-se, por conseguinte, do direito tradicional, o Código dá um fundamento objetivo ao dever de indenizar. Não mais importa se o responsável legal agiu com culpa (imprudência, negligência ou imperícia) ao colocar no mercado produto ou serviço defeituoso. Não é sequer relevante ele tenha sido o mais cuidadoso possível. Não se trata, em absoluto, de mera presunção de culpa que o obrigado pode ilidir provando que atuou com diligência. Ressalta-se que tampouco ocorre mera inversão do ônus da prova. A partir do Código – não custa repetir – réu será responsável mesmo que esteja apto a provar que agiu com a melhor diligência e perícia.

Esta modalidade de responsabilidade resguarda ao consumidor o direito a indenizações em caso de danos ocasionados por produto ou serviço. O foco principal é a ausência da necessidade de comprovação da culpa. Basta o fornecedor colocar o produto no mercado de consumo, para ser responsável pelo mesmo e o consumidor comprovar o dano e o nexo de causalidade (o dano proveniente do produto) para fazer jus ao ressarcimento e/ ou indenização.

Almeida (2008, p. 90) esclarece que a responsabilidade pelo fato do produto ou serviço fica condicionada a três pressupostos, que são:

I- A colocação do produto no mercado: é a ação humana de lançar ou colocar em circulação comercial produto ou serviço danoso, que possa acarretar lesões aos consumidores. Observa-se que a simples fabricação não acarreta ato ilícito, mas sim, a comercialização deste.

II- A relação de causalidade: trata-se da relação de causa e efeito entre a colocação do produto ou serviço no mercado de consumo, e o dano verificado.

III- O dano ressarcível: são os eventuais prejuízos, que subdividem-se em danos emergentes (os prejuízos efetivos, diretos e imediatos, descritos no Código Civil nos arts. 402 e 40325), e em lucros cessantes, que compreendem os prejuízos previsíveis (despesas médico-hospitalares, lucros não auferidos por afastamento das atividades normais, redução da capacidade laborativa, etc).

Deste modo, basta a comprovação que o fornecedor colocou o produto ou serviço no mercado de consumo, a ocorrência do dano, e a demonstração que o dano teve origem no produto ou serviço, para que o Estado por meio de seu poder jurisdicional imponha ao responsável (fornecedor) o dever de indenizar.

Benjamin (2010, p. 148) ressalva que a alteração sistemática da responsabilização, retirando-se o requisito de prova da culpa, não implica dizer que a vítima nada tenha de provar. Ao contrário, cabe-lhe comprovar o dano e o nexo de causalidade entre este e o produto ou serviço.

Assim, não há o que se falar em benefícios demasiados para o consumidor, porquanto este, em caso de dano, estará comprovando sua origem e comprovando o próprio dano.

Nesta ordem, Sanseverino (2002, p. 113) complementa a responsabilidade no acidente de consumo, com a explicação da limitação do dever de indenização, apenas quando constatado um defeito no produto ou serviço. Sendo prescindível a comprovação de culpa, porquanto se trata de responsabilidade objetiva do fornecedor. O produto ou serviço é considerado defeituoso quando não apresentam a segurança necessária para o lançamento no mercado de consumo.

Fica elucidada a abrangência da responsabilização do fornecedor, que se o produto ou serviço não demonstram qualquer defeito, não se obriga o ressarcimento de eventuais danos. Pode-se utilizar como exemplo um acidente de trânsito provocado unicamente por negligência dos condutores, neste caso não há possibilidade de responsabilizar o fornecedor se os automóveis não possuíam qualquer defeito originário de fábrica.

Denota-se grande evolução aplicada pelo Código de Defesa do Consumidor, pois anteriormente a sua vigência, a comprovação da culpa tornava inviável a procedência da ação judicial, pelo fato do consumidor geralmente ser hipossuficiente, sem acesso aos meios probatórios. Todos os mecanismos da responsabilidade pelo fato do produto ou serviço, visam garantir a incolumidade físico-psíquica do consumidor, resguardando a saúde e a segurança desta classe.

Quanto à responsabilidade objetiva no CDC, podemos fixar a seguinte regra.

A regra na legislação consumerista é a aplicação da responsabilidade objetiva frente aos danos aos consumidores decorrentes de produtos ou serviço. A única exceção é a responsabilidade na prestação de serviço do profissional liberal, que se dá de maneira subjetiva, o que demanda a comprovação da culpa, como descreve o 26 art. 14, §4o, do CDC.

Nesse sentido, a doutrina de Carvalho (2008, pg. 75) evidencia apontamentos de grande valia³⁶.

Caso o serviço prestado pelo profissional liberal não atender ao esperado, apresentando defeito é essencial a comprovação da culpa, além do dano e do nexo causal. O benefício da inversão do ônus da prova o consumidor continua tendo acesso.

Questão relevante sobre o entendimento do art. 14, §4º do Código, é trazida por Marques (2010, p.422), no que se refere à responsabilidade de pessoas jurídicas formadas por médicos ou outros profissionais liberais, perdem o privilégio da responsabilidade subjetiva, e devem ser considerados fornecedores normais. O motivo é que o tratamento diferenciado é quando à pessoa do profissional liberal e não o serviço prestado.

A culpa subjetiva na legislação consumerista é extremamente restrita àquelas pessoas denominadas profissionais liberais, tais como médicos, advogados, dentistas, entre outros, e excluem-se deste rol, as empresas que prestam esses serviços, não sendo consideradas profissionais liberais para efeito da responsabilização.

3.1.2 Responsabilidades Solidária e Subsidiária

O CDC em seu parágrafo único do artigo 7º traz o entendimento de que “tendo mais a ofensa, a todos responderão solidariamente pela reparação de danos previstos nas normas de consumo”.

Partindo deste ponto, a proteção máxima é o que se espera com esse artigo, e, por este motivo, o legislador optou pela responsabilidade solidária como regra geral para a obrigação. A extensão da responsabilidade tem o propósito de dar uma segurança e assegurar o caráter protetivo aos interesses do consumidor.

O Código de Defesa do Consumidor defende a responsabilidade solidária com intuito dos fornecedores responderem mesmo livres de culpa pelos danos causados e com isso reparando o consumidor.

A contribuição dos fornecedores feita por meio da chegada do produto e do serviço ao consumidor, por esse motivo são solidário referente à qualidade, quantidade e a

³⁶ Respondem os profissionais liberais, pois, subjetivamente, pela reparação dos danos causados por defeitos da prestação de serviços ou por insuficiência ou inadequação sobre a fruição e os riscos dos serviços. [...] Ao consumidor além da prova do dano e da relação de causalidade, caberá demonstrar a culpa do profissional liberal. Comprovada a hipossuficiência técnica ou a verossimilhança da alegação (art.6, VIII), contudo, pode o juiz promover a inversão do ônus da prova em favor do consumidor, de acordo com a proposta apresentada no capítulo anterior.

informação oferecida por estes, desse modo, respondem pelos danos e também pelas lesões que consumidores figurarem como vítimas.

Referente aos fornecedores e sua obrigação, Gama (2008, p. 44) declara que cabe tudo ao fornecedor, que for demandado, satisfazer as obrigações de reparar os produtos ou refazer os serviços, ou indenizar o consumidor pelos seus prejuízos.

O autor, portanto, discorre sobre a responsabilidade do fornecedor para com o consumidor, para corrigir um erro cometido que levou este a causar um dano ou uma lesão, na tentativa de correção de produtos defeituosos e restaurar um serviço mal prestado, não podendo realizar estes dois procedimentos a opção plausível será a indenização com o possível ressarcimento pelo ato lesivo.

A escolha livre do consumidor é um ponto bem importante no tema abordado, pois aqui ele irá acionar um ou todos, já que a solidariedade dispõe todos os seus responsáveis para que faça a responsabilização total dos danos acometidos.

Segundo o artigo 46 do Código de Processo Civil (CPC), “duas ou mais pessoas podem litigar, no mesmo processo, em conjunto, ativa ou passivamente”.

Em meio ao âmbito processual, o artigo coloca à escolha do consumidor a propositura da ação contra um único fornecedor ou contra todos, configurando a solidariedade garantida pelo litisconsórcio passivo facultativo.

O parágrafo único do disposto reza a solidariedade de forma expressa, de tal forma que fica visível que a responsabilidade, seja por defeito ou por vício, no CDC, será solidária.

Assim, a responsabilidade solidária defendida pelo Código de Defesa do Consumidor está relacionada ao fato que fornecedores (fabricante, produtor, construtor ou importador) respondem, independentemente de culpa pela reparação de danos causados aos consumidores.

Quanto à responsabilidade subsidiária no CDC, o artigo 13 evidencia um verdadeiro controle de qualidade.

Explico.

O comerciante do art. 13 está submetido ao mesmo sistema de responsabilização que o importador do art. 12. É que o comerciante, ao adquirir produtos para revendê-los, age – deve agir – com o mesmo critério que o importador ao adquirir produtos do exterior. É verdade que a hipótese do art. 13 traz menos responsabilidade ao comerciante do que a do art. 12 ao importador. Este é responsável, sempre, por todos os produtos adquiridos, com ou sem identificação do fabricante, conserve ou não adequadamente os produtos perecíveis. Aquele –

o comerciante – só se responsabiliza por defeito nas hipóteses I, II e III do art. 13, que serão a seguir tratadas. Mas vale a alusão e a comparação ao importador, porque os princípios que inspiram o legislador são os mesmos.

No que respeita ao caput do art. 13, é necessário ressaltar que o vocábulo “igualmente” tem de ser interpretado no duplo sentido de que o comerciante tem as mesmas responsabilidades firmadas no artigo anterior (o 12) e que o comerciante é solidariamente responsável com os agentes do art. 12. E, assim, todos são solidários. Nem poderia ser de outra forma, porquanto a responsabilidade do comerciante, pelo menos nas hipóteses dos incisos I e II, somente existe porque o produto original não foi ou não está identificado. Bastava a identificação para excluir a responsabilidade do comerciante.

Comentemos, então, os incisos I e II, conjuntamente, uma vez que guardam certa relação entre si. Aliás, a redação é muito similar, e, se não se tomar cuidado, podem-se confundir os dois incisos. O primeiro diz que o comerciante se responsabiliza quando o fabricante, o construtor, o produtor ou o importador não puderem ser identificados e o segundo quando o produto for fornecido sem identificação clara de seu fabricante, construtor, produtor ou importador.

Em especial à hipótese do fabricante, construtor, produtor ou importador “não puderem” ser identificados, o uso do verbo poder como possibilidade antecedido do advérbio não remete o sentido para a impossibilidade de o comerciante fornecer a identificação do fabricante, produtor etc. É o caso das vendas de produtos a granel, nas feiras ou nos supermercados. O feirante adquire no atacadista – que já é outro comerciante, distribuidor, vulgarmente chamado de atravessador – quilos de batatas, de diversas origens, e as coloca à venda. Elas podem inclusive ser vendidas misturadas.

O mesmo acontece com praticamente todos os produtos hortifrutigranjeiros. A norma atribui responsabilidade ao comerciante não porque ele ocultou o produtor, mas porque dirige a ele a responsabilidade por garantir a qualidade do produto. O mesmo ocorre, num outro exemplo, com um restaurante – que no sistema fiscal é considerado prestador de serviço. O prato servido é uma mistura de produtos de diversas origens, que, obviamente, não têm seus produtores identificados.

Na outra hipótese, de não existir identificação do fabricante, produtor, construtor ou importador, existe um caso diverso, como bem traz o inciso II. A responsabilidade do comerciante aqui não decorre da impossibilidade de fornecer a identificação do fabricante, produtor etc., mas sim do fato de que, apesar de o comerciante ter condições de dar a identificação, ele não o faz.

Na primeira hipótese, a norma permite a venda sem identificação do produtor, fabricante etc. É uma exceção à regra geral do dever de informar no ato da oferta, conforme estatuído no art. 31 do CDC. Na segunda hipótese, não. O comerciante é responsável por ter infringido a regra do art. 31.

Quanto às consequências, é importante a distinção, não por causa das consequências jurídicas quanto à responsabilidade do comerciante diante do consumidor lesado, que são as mesmas, mas porque as sanções administrativas e judiciais são diferentes. Na hipótese do inciso I, a autoridade fiscal não pode apreender o produto por falta de identificação, nem a judicial. No caso do inciso II, tanto administrativa quanto judicialmente, os produtos sem identificação podem, ou melhor, devem ser apreendidos, uma vez que o elemento essencial da informação foi omitido.

No terceiro caso, do inciso III, a responsabilidade do comerciante decorre de outro motivo, e as implicações da abrangência dessa regra, como se verá, que aparentemente são simples do ponto de vista do direito material, complicam-se no aspecto processual, em especial quanto à prova.

Novamente teremos de adiantar o exame de uma questão processual, não só porque o CDC a faz surgir no transcurso do regramento do direito material, mas especialmente para elucidar pontos que possam efetivamente fazer valer as garantias do consumidor como quer a lei.

A norma é evidente: o comerciante é o responsável pela guarda adequada dos produtos perecíveis. Os exemplos são até singelos, aparentemente. É o caso do supermercado que não refrigera corretamente o queijo fresco, da padaria que deixa o iogurte fora do refrigerador, do açougue que deixa a carne ao ar livre.

De fato, não resta dúvida de que o comerciante responde. Mas como é que se pode saber que o produto se deteriorou, de fato, nas mãos do comerciante?

A pergunta ganha relevo quando se pensa nas garantias indenizatórias que estão em jogo, ou seja, é preciso assegurar que o consumidor possa ressarcir-se dos danos que eventualmente sofra. E aí é importante sobremaneira a questão levantada.

Tomemos um exemplo para que o raciocínio possa prosseguir.

Suponhamos que um consumidor adquira no pequeno empório perto de sua casa um iogurte produzido por grande empresa multinacional. Verifica o prazo de validade e vê que está de acordo. No empório, retirou o pote de um aparelho refrigerador que estava em funcionamento. Chega em casa e coloca o iogurte na geladeira. No dia seguinte, o filho do consumidor, com dez anos de idade, pega o pote de iogurte, abre-o e ingere o conteúdo (note-

se que o produto está dentro do prazo). A criança, alguns momentos depois, passa mal, intoxicada pelo iogurte, e tem de ser hospitalizada. A intoxicação é grave, os danos enormes. Os prejuízos materiais do consumidor são altíssimos, já que a criança permaneceu vários dias numa UTI.

Pergunta-se: em que momento e em que local o iogurte estragou-se ou foi infectado? Estaria a tampa aberta? Estaria o pote guardado em local inapropriado? O iogurte terá saído da fábrica multinacional já deteriorado? Se saiu, como é que o comerciante poderia saber? E se foi no distribuidor? Não poderia o distribuidor ter armazenado de maneira inadequada o iogurte? E se foi o distribuidor, como o comerciante poderia saber? E se foi durante o transporte que o iogurte sofreu deterioração, quer do fabricante para o distribuidor, quer do distribuidor para o comerciante, como este poderia saber? Afinal, o responsável pela deterioração, quem é? Mas, e pior, e se o produto se deteriorou no transporte feito pelo próprio consumidor: por exemplo, ele colocou o pote no seu automóvel, foi em seguida a um shopping e deixou o carro no sol o dia inteiro? Como saber?

O exemplo podia até complicar-se mais, porém o problema levantado até onde o foi já é suficiente para demonstrar a dificuldade da questão. Não é tão simples determinar quando e onde ocorreu a deterioração do produto perecível.

Ora, e como fica o consumidor, que teve o filho intoxicado, com graves problemas de saúde, e sofreu enorme prejuízo financeiro? Não é natural que, se o consumidor queria ressarcir-se dos prejuízos de ordem material sofridos e se pretende, também, reivindicar indenização por danos morais – como é o caso –, queira acionar a multinacional fabricante do produto?

Não resta qualquer dúvida de que um pequeno empório tem muito menos condições de garantir o resultado de uma demanda indenizatória do que uma grande empresa. E isso é tanto mais relevante quanto maiores forem os prejuízos. E se a criança falecer em função da intoxicação?

Veja-se que a questão, aparentemente singela do ponto de vista da hipótese do direito material, é problemática na referência ao aspecto da prova efetiva da deterioração do produto.

Por conta disso e tendo em vista a teleologia do CDC, que envolve a proteção do consumidor e a garantia da ampla reparação dos danos por ele sofrido (inciso VI do art. 6º), tem-se de entender que, na dúvida do consumidor sobre o momento e o local da deterioração do produto perecível, ele pode optar por acionar o comerciante ou o fabricante, produtor ou importador.

Com isso, já entramos na hipótese do parágrafo único do art. 13 – mal colocado onde está, como se verá.

Escolhido pelo consumidor o responsável e no processo judicial apurado o verdadeiro responsável, o consumidor será ressarcido de qualquer forma, ainda que não tenha escolhido para colocar no polo passivo da ação o verdadeiro responsável. Depois que o consumidor receber sua indenização, o que pagou poderá ressarcir-se pelo outro responsável ou repartir com ele o quantum pago, uma vez que são, no mínimo, solidários.

É por isso que, no comentário feito acima, relativamente ao inciso III do § 3º do art. 12, não concordamos com a posição doutrinária apresentada.

E, independentemente da argumentação já expendida, o reforço legal vem com a redação do parágrafo único do art. 13, que dispõe que “aquele que efetivar o pagamento ao prejudicado poderá exercer o direito de regresso contra os demais responsáveis, segundo sua participação na causação do evento danoso”.

3.2 Fato do produto e do serviço

Como supramencionado o fato abrange qualquer acidente de consumo, bem como qualquer acontecimento decorrente da relação de consumo, que tem origem de um defeito no produto, que como consequência gera algum dano ao consumidor. No campo do fato do produto, faz-se necessário a conceituação de produto. Na citação de Sanseverino (2002, p. 122), produto abrange todos os bens móveis, imóveis, materiais e imateriais, ou seja, é o objeto das relações jurídicas de consumo.

Com base no texto de Almeida (2008, p. 90), fato do produto pode ser resumidamente representado como: produto, nexo de causalidade e dano = fato do produto.

Percebe-se que diante do lançamento do produto no mercado, na ocorrência de dano ao consumidor em razão de defeito neste produto, configura-se o fato do produto, e consequentemente a responsabilização do fornecedor.

Um caso que configura o fato do produto é a informação causadora de dano, que Nunes (2009, p. 276) traz como exemplo uma indústria que produz uma geléia e no rótulo descreve de maneira grande e aparente a expressão diet, e logo abaixo a frase “feito com morangos verdadeiros”, porém nada menciona sobre a composição do produto. Um consumidor com diabetes vê a geléia na prateleira do mercado e interpreta com base no rótulo, que é adequado para seu consumo. O que o consumidor não sabia era que o produto era considerado diet pela indústria porque tinha baixa caloria e o açúcar não é ausente e sim

apenas possui baixa concentração. Após consumi-lo no café da manhã, passa mal, é levado ao pronto socorro e quase vai a óbito em decorrência do consumo do açúcar existente na geléia. Neste caso em decorrência de informação insuficiente e inadequada do produto, o consumidor foi atingido pelo defeito, tendo assim, direito à indenização pelos danos materiais (gasto com hospital e medicamentos, bem como o que deixou de ganhar por não poder trabalhar) e morais (a dor e os danos morais sofridos).

É um exemplo peculiar pois o produto não apresenta defeito quando a sua formulação, que para uma pessoa sem restrições para o consumo de açúcares, não traria o dano, porém o defeito encontra-se na informação do produto (seu rótulo), que trazia informações inadequada e insuficientes que gerou o dano ora relatado.

Outro caso hipotético clássico, escrito por Nunes (2009, p. 277), que abrange o fato do produto, e responsabilidade solidária, acontece quando um automóvel apresenta defeito de fabricação. O defeito é proveniente de um amortecedor que se rompe no momento que o consumidor faz uma curva com veículo, capotando e sofrendo danos. Neste caso configura-se o acidente de consumo e estão como responsáveis a empresa montadora e a empresa fornecedora do amortecedor, sendo facultado ao consumidor lesado, a escolha de quem demandar judicialmente (montado ou fornecedora do amortecedor).

O campo da responsabilização é amplo, e abrange todos os fornecedores e quanto aos sujeitos de direito à reparação dos danos, além do consumidor que adquiriu o veículo equiparam-se todas as vítimas envolvidas no acidente de consumo.

Na mesma linha de raciocínio quanto ao fato já conceituado, segue agora, o fato do serviço. Assim, quando em decorrência da prestação de determinado serviço, houver a presença de defeito, que por sua vez, gera qualquer tipo de dano ao consumidor, caracteriza-se o fato do serviço.

Sanseverino³⁷ (2002, p. 124) descreve o conceito de serviço aplicado na legislação consumerista brasileira.

Utilizando-se o texto de Almeida (2008, p. 90), fato do serviço pode ser resumidamente representado como: prestação do serviço, nexos de causalidade e dano = fato do serviço.

³⁷ O conceito de serviço foi fixado de forma ampla no Código de Defesa do Consumidor, como sendo toda e qualquer atividade prestada no mercado de consumo, mediante remuneração. Abrange os serviços prestados por instituições financeiras, empresas de transporte (rodoviário, ferroviário. Aéreo) hotéis, restaurantes, hospitais instituições de ensino. São também abrangidos serviços prestados por profissionais liberais, como médicos dentistas, advogados, engenheiros, arquitetos.

Percebe-se que diante da prestação do serviço, na ocorrência de dano ao consumidor em razão de defeito neste serviço, configura-se o fato do serviço, e conseqüentemente a responsabilização do fornecedor do serviço (fornecedor).

Um exemplo claro de fato do serviço, como relata Nunes (2009, p. 300), é o caso de um usuário, de cartão de crédito, aqui denominado de José que efetua o pagamento de seu saldo perante o banco, operação que deveria resultar em quitação de seu saldo (zera sua dívida). Porém por falha no sistema operacional da administradora do cartão, os valores pagos pelo consumidor não são lançados em sua conta e o cartão é bloqueado, impedindo de ser utilizado. O consumidor não conhece o problema e está ciente que seu saldo está quitado e a situação de serviço de seu cartão está ativa e normal.

Acontece que após alguns dias, o consumidor participa de um almoço de negócios, pois este é diretor financeiro de determinada empresa. No almoço estavam o patrão de José e um futuro cliente da empresa. O almoço segue animado com as tratativas de futuras negociações. José pede a conta ao garçom e solicita que pegue seu cartão de crédito para quitar as despesas com os almoços. O garçom retorna constrangido e relata que “a maquininha não aceitou o cartão”. José envergonhado pede ao garçom que insista e ligue para a administradora. O garçom repassa a tarefa para o maître, que algum tempo depois vai à mesa dos empresários e fala que conversou com a administradora do cartão e que esta não aprovara a transação porque ele está em atraso no pagamento de sua fatura. José tenta se explicar, mas o presidente da empresa, temendo maiores constrangimentos, entrega ao maître seu próprio cartão, dizendo para José resolver a situação outra hora.

Neste caso ocorreu um defeito na prestação de serviço da administradora de cartões e José o consumidor, sofreu dano moral indenizável, frente à situação constrangedora por qual passou. É um exemplo hipotético que configurou o fato do serviço.

Outro tema atual, fortemente inserido na vida dos cidadãos, figura-se por meio da responsabilidade dos fornecedores de serviço de redes sociais³⁸.

Fica evidenciado a possibilidade da configuração de fato do serviço, diante de dano ocasionado pelas prestadoras de serviços de redes sociais, tais como Orkut, Facebook ou My Space, aos usuários que por ventura tenham suas imagens denegridas nestes ambiente

³⁸ Figurada a relação de consumo por meio da rede social, que trava relações de hospedagem de conteúdo dos dados fornecidos pelo consumidor, seja em forma de palavras, imagens e assim por diante, incidente, em sua totalidade, o regime de responsabilidade civil pelo fato do produto e do serviço presente no Código de Defesa do Consumidor.[...] Conclui-se, dessa forma, ser objetiva, com fundamento no art. 14 do CDC, a responsabilidade pelo fato do serviço do detentor do site em que se encontram links que contêm dados sensíveis dos usuários, por se utilizarem dessa maciça aglutinação de informações para obterem sua remuneração em gigantescos contratos de publicidade e, acima de tudo, por deterem os meios técnicos de se individualizar os reais causadores dos danos.

virtuais. O enquadramento quanto à responsabilidade dos prestadores de serviço de redes sociais, incidem como a de provedores de hospedagem, seja de imagens, seja de dados. É configurado a relação de consumo, pois, mesmo que o pagamento não seja feito diretamente do consumidor para o fornecedor, este último recebe valores exorbitantes com as publicidades. No que se refere a espécie de responsabilidade do fornecedor, a empregada é a responsabilidade objetiva, frente à dificuldade técnica que o consumidor tem para comprovar os reais causadores de danos.

3.3 Vício e defeito na relação de consumo

Conforme a Lei Federal n.º 8.078/90, aplicada ao Código de Defesa do Consumidor, considera a responsabilidade civil do fornecedor, em vício e o defeito do produto e do serviço, assim preceituando essas modalidades, cabendo destacar nesta tópico o vício e defeito. O vício tem incidência, referente aos produtos, o chamado vício por inadequação, já os serviços é configurado como o vício por ausência de qualidade. O defeito, por sua vez, resume no do dever de indenizar verificada a modalidade de responsabilidade, havendo a confirmação da existência do defeito, e provando o dano, resultando o dever de indenizar para o fornecedor de produtos e serviços para o ressarcimento do consumidor lesado.

Para Nunes (2008, p. 180), a legislação estabeleceu uma confusão ao pretender, como fez utilizar dois termos distintos: “defeito” e “vício”, e cuidou deles dividido. Os artigos 12 e 14 regulam os defeitos, já nos artigos 18 a 20, os vícios. É necessário aprofundar os estudos sobre o conceito e o objetivo de vício, para melhor entender o que é defeito.

Os vícios têm por particularidade que deixam evidenciados, a qualidade ou quantidade que os produtos que tornem os produtos ou serviços impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam e também que lhes diminuam o valor. Origina os vícios também com disparidade havida em relação às indicações constantes do recipiente, embalagem, rotulagem, oferta ou mensagem publicitária³⁹.

Os problemas que apresentam tanto na quantidade, quanto na qualidade dos produtos ou serviços são os que caracterizam os vícios, que podem ser aparentes, que são

³⁹ Para entender melhor, vícios são os problemas: como por exemplo, os que fazem com que o produto não funcione adequadamente, os que fazem com que o produto funcione mal, que diminuam o valor do produto, que não estejam de acordo com as informações [...] (NUNES, 2008, p.180).

aqueles que com simples uso se constata. Já o vício oculto aparece com tempo maior e de difícil percepção.

O defeito é uma discussão mais calorosa, pois pode haver vício sem defeito, mas, no caso do defeito, não há essa possibilidade, pois o vício está ligado, pois não separa do produto ou serviço. O vício é pertinente ao produto ou serviço, e este não alcança seus bens e nem a pessoa do consumidor. O defeito consegue alcançar ademais do produto ou serviço, atingindo o patrimônio jurídico do consumidor, colocando-se como acidente de consumo.

Se o vício já era um problema, imagina ele acrescido, causando um dano elevado, o produto ou serviço que já apresenta falta de eficiência não é mais capaz de cumprir o determinado fim, motivando danos ao patrimônio material, moral, estético ou à imagem, sem esquecer o dano ao vício.

A doutrina de Filomeno (2012, p. 207) conceitua os defeitos como “anomalias constatadas em produtos e serviços, que não apenas os tornem inadequados aos fins que se destinam, como também causados aos seus consumidores, ou então representam risco à vida, saúde ou segurança dos efetivos ou potenciais consumidores”.

O que o autor quis elucidar é que o defeito traz consigo um risco maior que um produto ou serviço deficiente, causando danos até irreversíveis ao consumidor.

O artigo 12, parágrafo 1º, incisos I, II e III, discorre sobre a questão da segurança dos produtos defeituosos.

O inciso primeiro trata da responsabilidade do fornecedor em colocar no mercado um produto de forma segura e definida. O inciso seguinte faz menção ao risco presente nas relações. Por fim, o inciso III se preocupa com o tempo de vida do produto ou serviço colocado no mercado, inexistindo comparação com serviços prestados anteriormente.

Nota-se que o inciso terceiro, no que se refere à época do serviço oferecido ou prestado no mercado, está relacionado à comparação com outros serviços prestados anteriormente, e à introdução de novas técnicas, utilização de novas tecnologias que aumentam a qualidade dos serviços, acarretando disparidade entre o serviço prestado anterior e o posterior, no entanto, isso não significa defeito.

Um outro ponto de grande importância quanto aos vícios na relação de consumo, é sua relação com os vícios redibitórios. O regime das responsabilidades por vícios tem sua originalidade no direito civil, ao invés do CDC.

O termo vício lembra vício redibitório, possuindo, inclusive, diversas semelhanças, principalmente quanto ao vício oculto, todavia, com ele não se confunde, pois a regra é a prevista no CDC.

Para a configuração, só o vício da coisa não bastava para o fim do contrato ou abatimento do preço. Antigamente, se estabelecia que o comprador, no caso o consumidor, conferia a responsabilidade certificar-se a ausências de vícios da coisa comprada, se não fosse apto para reconhecer antes da tradição, passando assim, a assumir os prejuízos deles decorrentes.

No momento em que a qualidade e a quantidade do produto implicar ou se tornar impróprio seu uso ou até mesmo inadequado ao fim que se destina, reduzindo o seu valor, o fornecedor será obrigado a desfazer ou reparar o vício auferido. Conforme determina o *caput* do artigo 18 do CDC⁴⁰.

Conforme Gonçalves (2008, p.51), os vícios redibitórios são defeitos ocultos em coisa recebida no aspecto de contrato cumulativo que se torne imprópria ao uso a que se destina, ou diminua o seu valor, regulados no Código Civil nos artigos 441 a 446, sendo que estes não se confundem.

No âmbito do código de defesa do consumidor há uma consideração tanto no aspecto de defeitos ocultos como da mesma forma, os aparentes ou de fácil constatação. Referente aos vícios na relação de consumo não precisa da circunstância de que seja celebrado qualquer tipo de contrato, contudo os vícios existentes não precisam ser ocultos e graves, havendo a possibilidade de alargamento dos prazos de prescrição de cinco anos, que começa a se contar a partir do conhecimento.

3.4 Vício de qualidade e vício de quantidade

Feitas tais considerações, uma distinção de grande importância para a aferição da responsabilidade é a dissociação entre vício de qualidade e vício de quantidade.

A lei n.º 8.078/90, nos seus artigos 24⁴¹ e 26, ressalta e explica a tipificação dos vícios a respeito do produto, tanto o vício aparente quanto o vício oculto, como serão comentados durante o presente tópico.

⁴⁰ Art. 18 – Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com a indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas.

⁴¹ Art. 24. A garantia legal de adequação do produto ou serviço independe de termo expresso, vedada a exoneração contratual do fornecedor.

Art. 26. O direito de reclamar pelos vícios aparentes ou de fácil constatação caduca em: I - trinta dias, tratando-se de fornecimento de serviço e de produtos não duráveis; II - noventa dias, tratando-se de fornecimento de serviço e de produtos duráveis.

O artigo 24 relata que se aplica a lei de um regime de garantia legal, o que se vê neste artigo é a expressa indicação de não depender, como norma de ordem pública, para que possa impedir a exoneração contratual do fornecedor. Ressaltando, a garantia contratual não é devida, a não ser que seja ao contrário da garantia legal, havendo a confirmação da promessa do fabricante ou comerciante, já que não afeta a garantia legal trazida pelo CDC, e não altera seus prazos.

No artigo 26, cabeça, pode-se inferir que os vícios aparentes ou de fácil constatação, os quais o autor Rizzatto Nunes faz uma crítica no qual esclarece que o termo “aparente” tem o sentido de “aparência”, portanto não é real; fazendo uma comparação que o vício é algo bem real. O autor prefere optar por abandonar o seu uso e permanecer tão somente com a outra expressão, “de fácil constatação”, na qual destina ao sentido desejado pela norma.

Os prazos referentes aos incisos do artigo 26 alusivos aos vícios de qualidade são contados a partir da data que se recebeu o produto ou que o serviço terminou, e se na questão do defeito for difícil de notar, os prazos começam a ser contados da data em que o vício foi detectado ou se tornou aparente.

O CDC estipula o prazo decadencial para que o consumidor efetue a reclamação de vícios do produto ou serviço. Ainda referente a prazo de acordo com o artigo 26, incisos I e II, tem que haver a diversidade e depender da classificação do produto, se esse não for durável o prazo decai em trinta dias, mas ocorrendo a variedade o produto será considerado durável a decadência, que acontecerá em noventa dias.

Conforme o artigo 26 e seus parágrafos 1º, 2º e 3º, do CDC, a extinção do direito de reclamar contra os vícios aparentes ou de fácil constatação, como também os vícios ocultos, dos bens adquiridos ou os serviços prestados de forma inadequados ou impróprios para o consumo. Estão identificadas duas situações que impedem a operação da decadência, a primeira é a reclamação comprovada pelo consumidor e passada de forma inequívoca; e a segunda hipótese é a instauração de inquérito civil.

O vício aparente é aquele que aparece no simples uso, de fácil comprovação do produto ou serviço. Já no vício oculto é um pouco diferente porque aqui requer tempo maior, é de difícil percepção para a comprovação do vício.

§ 1º Inicia-se a contagem do prazo decadencial a partir da entrega efetiva do produto ou do término da execução dos serviços. § 2º Obstat a decadência: I - a reclamação comprovadamente formulada pelo consumidor perante o fornecedor de produtos e serviços até a resposta negativa correspondente, que deve ser transmitida de forma inequívoca; III - a instauração de inquérito civil, até seu encerramento. § 3º Tratando-se de vício oculto, o prazo decadencial inicia-se no momento em que ficar evidenciado o defeito.

Para entender melhor os vícios do produto, é interessante discorrer sobre a identificação dos vícios de qualidade no direito do consumidor e as possibilidades de escolha do consumidor referente ao vício causado, conforme o artigo 18 da norma consumerista⁴².

Conclui-se que o vício de qualidade é igual à anormalidade, irregularidade, que torne a coisa ou serviço impróprio ao fim a que se destina, assim, falta perfeição, conformidade com o padrão normal, acarretando a diminuição do valor do produto ou do serviço prestado.

Nesse mesmo sentido caminha a jurisprudência pátria⁴³.

A substituição do produto por outro da mesma espécie ocorre quando o consumidor está mais interessado na utilização do produto do que no fim do contrato ou até mesmo o abatimento do preço. O momento mais propício para isto será indicado quando não sanado o vício pelo fornecedor dentro do prazo estabelecido pela lei. Isso pode ser visto a partir do que o artigo 18, parágrafo 1º⁴⁴, determina.

O direito do consumidor estabeleceu algumas possibilidades de escolhas conferidas ao consumidor diante de uma situação de vício do produto. O parágrafo primeiro trata do vício do produto e sua falta de cumprimento, apresentando que o vício não foi resolvido e destinando ao consumidor hipóteses para resolvê-lo.

O inciso primeiro se refere a querer um produto que atenda às necessidades do consumidor com excelência e eficácia. Em seguida, o inciso segundo se tem uma vontade do consumidor em dar fim a um contrato, com resistência do fornecedor para sanar o vício e devolver o que é de direito do consumidor, causando-lhe danos. O inciso terceiro traz hipótese de exigência direta ao fornecedor da importância equivalente, já que este não atingiu sua meta e o esperado.

⁴² Art. 18. Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com a indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas.

⁴³ Consumidor. Compra e venda de veículo usado em revenda. Vício oculto. Necessidade de retífica do motor. Responsabilidade do comerciante pela venda de automóvel com vício de qualidade conforme artigo 18 do CDC. Afastada hipótese de carência de ação ou decadência. Automóvel dentro do prazo de garantia contratual concedida. Valor da indenização referente aos reparos necessários que deve ficar adstrita ao postulado na inicial, correspondente ao menor orçamento apresentado. Sentença reformada, em parte. Recurso parcialmente provido. (TJ-RS – Recurso Cível: 71002987543 RS, Relator: Carlos Eduardo Richinitti, Data de Julgamento: 25/08/2011, Terceira Turma Recursal Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 30/08/2011).

⁴⁴ Art. 18 – § 1º Não sendo o vício sanado no prazo máximo de trinta dias, pode o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha: I - a substituição do produto por outro da mesma espécie, em perfeitas condições de uso; II - a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos; III - o abatimento proporcional do preço.

O prazo definido pelo artigo 18 do CDC determina que o consumidor pode exigir se os vícios não forem sanados em 30 dias. Ocorre que, durante este prazo, o consumidor fica nas mãos do fornecedor, sem contar que os dias serão computados como corridos, podendo o produto ficar depositado a um determinado tempo, e se assim não for resolvido o vício, o consumidor terá uma diminuição bem relevante no prazo estabelecido.

No parágrafo 2º do artigo 18⁴⁵, fica clara a questão da redução ou ampliação do prazo. A fixação do prazo para o consumidor é uma forma injusta, pois o fornecedor usa esse tempo e, às vezes, o problema volta e não sana o vício e o consumidor não terá a prerrogativa de recontagem de prazo. Passados os 30 dias, o consumidor terá que se munir de outras opções já listadas acima.

Quanto aos produtos impróprios, Filomeno (2012, p.208) destaca a relevância do parágrafo 6º do artigo 18⁴⁶, esclarecendo quais são as formas e condições para que os produtos sejam considerados impróprios e a possibilidade da esfera criminal para este tipo de vício encontrado neste parágrafo com seus incisos.

Concluindo, os vícios de qualidade dos serviços são aqueles que se tornam impróprio para o consumo e que diminuem o seu valor. Os serviços são considerados inadequados ou os que não podem ser seguros para os fins de necessidades que esperam ser supridas pelo consumidor e a prestabilidade que dele se espera.

Em segundo vértice, ao tratar sobre os vícios de quantidade, o conceito de quantidade para o direito do consumidor ocorre quando há uma diferença, na porção da indicação do produto no qual o consumidor realizou o pagamento e, na maioria das vezes ou quase sempre, está diferença sempre é menor que a indicada no produto.

Assim, o consumidor será amparado pelo artigo 19 do CDC, com intuito de sanar o vício acometido ao produto. Desta forma, o artigo relata prejudicial dano em relação ao consumidor, pois ele sofre com a desigualdade da quantidade entregue ao consumidor. Outro ponto importante neste artigo é quanto à indicação expressa da solidariedade do fornecedor pelos vícios de quantidade.

⁴⁵ Art. 18 – § 2º Poderão as partes convencionar a redução ou ampliação do prazo previsto no parágrafo anterior, não podendo ser inferior a sete nem superior a cento e oitenta dias. Nos contratos de adesão, a cláusula de prazo deverá ser convencionada em separado, por meio de manifestação expressa do consumidor.

⁴⁶ § 6º São impróprios ao uso e consumo: I - os produtos cujos prazos de validade estejam vencidos; II - os produtos deteriorados, alterados, adulterados, avariados, falsificados, corrompidos, fraudados, nocivos à vida ou à saúde, perigosos ou, ainda, aqueles em desacordo com as normas regulamentares de fabricação, distribuição ou apresentação; III - os produtos que, por qualquer motivo, se revelem inadequados ao fim a que se destinam.

Os incisos do artigo 19⁴⁷ descrevem as opções do consumidor para exigir do fornecedor que o vício seja sanado. De forma exemplificativa, o inciso I discorre sobre a questão da devolução da parte do valor pago, referente ao vício do produto existente.

O inciso seguinte, II, o consumidor se atenta à complementação do que falta da quantidade que se esperava, tem o mesmo intuito do inciso I, contudo, não se fala em valor, mas sim em complementar o que está restando. A substituição do produto deve ser realizada pela mesma marca e modelo, todavia, não havendo essa possibilidade, o fornecedor terá que substituir o bem por outro compatível.

A restituição é hipótese mais agressiva, onde o consumidor exige a restituição pelo valor pago com sua atual atualização monetária, devolvendo o produto viciado e ficando com o valor pago.

A responsabilidade é destacada no *caput* do artigo 19, pois os fornecedores respondem pelos vícios de quantidade. O CDC faz referência ao fornecedor como indivíduo que está na rede que desenvolvem atividades no mercado de consumo sem qualquer diferença de qualquer tipificação.

Os vícios de quantidade abrangem tanto os produtos quanto os serviços. No primeiro, referem-se às alterações da natureza do produto, como em seu conteúdo, quando este não estiver em conformidade com as suas indicações previstas no rótulo ou embalagem e até mensagem publicitária do produto. Havendo desigualdade na medida ou no peso do conteúdo indicado pelo fornecedor, e se estas medidas forem inferiores, configura-se o vício, causando prejuízos ao consumidor.

Já no segundo, referente ao vício de quantidade dos serviços que não sejam cumpridos de acordo com as mensagens publicitárias ou ofertadas, por exemplo.

O vício de quantidade não alcança o vício quando no produto há uma desproporção entre o conteúdo, o peso e a medida citada pelo fornecedor causando ao consumidor uma diminuição financeira referente ao produto adquirido, já que o produto terá uma diminuição na quantidade indicada.

⁴⁷ Art. 19. Os fornecedores respondem solidariamente pelos vícios de quantidade do produto sempre que, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, seu conteúdo líquido for inferior às indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou de mensagem publicitária, podendo o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha: I - o abatimento proporcional do preço; II - complementação do peso ou medida; III - a substituição do produto por outro da mesma espécie, marca ou modelo, sem os aludidos vícios; IV - a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos. § 1º Aplica-se a este artigo o disposto no § 4º do artigo anterior. § 2º O fornecedor imediato será responsável quando fizer a pesagem ou a medição e o instrumento utilizado não estiver aferido segundo os padrões oficiais.

Havendo vício tanto na quantidade do produto ou do serviço, as normas do CDC devem ser interpretadas em favor do consumidor, a fim de proteger e prevalecer a condição mais vantajosa para o polo comprador da relação de consumo.

A exigência do consumidor para o fornecedor substituir as partes viciadas, conforme o prazo legal de trinta dias, pode ser esticado devido cláusula contratual podendo ser não inferior a sete dias e não superior a cento e oitenta dias.

Se o prazo previsto acabar, o consumidor terá direito a escolha, podendo este fazer a troca do produto por outro com as mesmas características, caso o vício não seja sanado. Contudo, se não houver produto com espécie, marca e modelo, o consumidor pode escolher outro produto diferente, devendo apenas pagar ou receber o valor da diferença.

Conforme seu artigo 26⁴⁸, o CDC prevê prazo decadencial para postular reclamação, sendo este de 30 dias para vícios aparentes e de fácil constatação, ou de 90 dias para fornecimento de serviços duráveis. No parágrafo 2º, nota-se a previsão dos casos em que não sofrem decadência. Em seguida, o parágrafo 3º prevê a possibilidade de vício oculto, com início do prazo decadencial apenas a partir do momento em que se evidenciar o defeito.

⁴⁸ Art. 26. O direito de reclamar pelos vícios aparentes ou de fácil constatação caduca em: I - trinta dias, tratando-se de fornecimento de serviço e de produtos não duráveis; II - noventa dias, tratando-se de fornecimento de serviço e de produtos duráveis. § 1º Inicia-se a contagem do prazo decadencial a partir da entrega efetiva do produto ou do término da execução dos serviços. § 2º Obstat a decadência: I - a reclamação comprovadamente formulada pelo consumidor perante o fornecedor de produtos e serviços até a resposta negativa correspondente, que deve ser transmitida de forma inequívoca; II - (Vetado). III - a instauração de inquérito civil, até seu encerramento. § 3º Tratando-se de vício oculto, o prazo decadencial inicia-se no momento em que ficar evidenciado o defeito.

4 CONTRATO DE ADESÃO

No atual universo contratual existem várias espécies. No entanto, é o contrato de adesão que tem predominado nas relações negociais, sendo largamente utilizado para aquisição de bens e serviços.

Este contrato surgiu para dar maior agilidade às relações contratuais, pois, por meio dele é possível contratar ao mesmo tempo com inúmeras pessoas o mesmo objeto, mediante cláusulas predispostas. A doutrina de Padilha⁴⁹ (2008, p. 95) bem captou o conceito dessa modalidade contrato, em especial a essa característica imutável das cláusulas.

O Código de Defesa do Consumidor foi a primeira legislação brasileira a disciplinar o assunto. No seu artigo 54, *caput*⁵⁰, define-se o contrato de adesão, e nos parágrafos 3º⁵¹ e 4º⁵² estabeleceu regras quanto a sua forma, ao dispor que o citado contrato deve ser redigido em termos claros, com caracteres ostensivos e legíveis, de modo a facilitar a compreensão do consumidor.

Outrossim, estabeleceu que as cláusulas que impliquem limitação de direito para o aderente devem ser destacadas. A seguir, discorre-se sobre a origem, conceito, características e formação desses contratos.

4.1 Origem, conceito e características

Feitas as considerações introdutórias ao presente capítulo, é de se convir que a origem dos contratos de adesão se deu em função das sociedades de massa oriundas do período pós-revolução industrial, quando os fabricantes de produtos e serviços começaram a pensar em mecanismos de aumento da produção e redução dos custos. Tal movimento foi nomeado como a *standartização da produção* por diversos doutrinadores, dentre eles Cláudio Belmonte em sua obra *Proteção contratual do consumidor: conservação e redução do negócio jurídico no Brasil e em Portugal*.

⁴⁹ É um instrumento fundamental da nova economia de mercado, necessário para a maioria das relações de consumo, uma vez que fornecedores e consumidores não dispõem de tempo suficiente para discutir as cláusulas contratuais que envolvem suas inúmeras atividades no dia-a-dia, possuindo o fornecedor um contrato padrão, que é utilizado para todos os consumidores.

⁵⁰ Art. 54. Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo.

⁵¹ § 3º Os contratos de adesão escritos serão redigidos em termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis, cujo tamanho da fonte não será inferior ao corpo doze, de modo a facilitar sua compreensão pelo consumidor.

⁵² § 4º As cláusulas que implicarem limitação de direito do consumidor deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão.

Esse modelo de produção marcou a passagem do século XIX para o século XX e cresceu mais ainda na Primeira Guerra Mundial, consolidando-se na Segunda Guerra Mundial. Essa evolução econômica, com grande aumento tanto na produção em massa quanto na oferta de produtos e serviços, acabou atingindo as relações contratuais, que até então não tinham meios para acompanhar as novas exigências mercantis. Assim, surgiu a necessidade de uma nova técnica que uniformizasse a contratação desses serviços e comercialização desses produtos.

Isso fez com que fossem abandonadas as técnicas baseadas em oferta e contraoferta existente nos contratos paritários para dar lugar a um meio mais ágil de se fazer negócio. Nasceu, então, o contrato de adesão, em que a contratação é realizada em conteúdos pré-dispostos.

Quanto ao conceito, calha lembrar que a característica básica da sociedade do século XX é a característica de massa e de consumo, largamente evidenciada no capítulo inaugural deste trabalho acadêmico, assim como a produção planejada e executada de forma estandarizada e em série: o resultado desse modelo é a oferta de produtos e serviços “de massa”, típicos de consumo.

O direito acompanhou tal movimento e criou o seu próprio modelo de contratação, adequado ao processo industrial que surgia. Passou-se a criar fórmulas padronizadas, autênticas cláusulas contratuais em série, verdadeiros contratos de consumo. Dentre as características desses contratos a mais marcante é sua estipulação unilateral pelos fornecedores, que, adotando modelo prévio, estudado e decidido por conta própria, os impõem a todos os consumidores que quiserem – ou precisarem – adquirir seus produtos e serviços.

O produto e/ou serviço são oferecidos acompanhados do contrato. Com isso, o consumidor, para estabelecer a relação jurídica com o fornecedor, tem de assiná-lo, aderindo a seu conteúdo. Daí se falar em “contrato de adesão”.

Portanto, evidente que o uso do termo “adesão” não significa “manifestação de vontade” ou “decisão que implique concordância com o conteúdo das cláusulas contratuais”. No contrato de adesão não se discutem cláusulas e não há que falar em *pacta sunt servanda*. É uma contradição falar em *pacta sunt servanda* de adesão. Não há acerto prévio entre as partes, discussão de cláusulas e redação de comum acordo. O que se dá é o fenômeno puro e simples da adesão ao contrato pensado e decidido unilateralmente pelo fornecedor, o que implica maneira própria de interpretar e que, como também vimos, foi totalmente encampado pela lei consumerista.

Foi esse o sentido dado pelo legislador após a criação do *caput* do artigo 54, ao dizer que o “contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo”.

Tal nomeação confirma que o fornecedor decide, sem a participação do consumidor, criando ou escolhendo os produtos que quer fabricar ou o serviço que pretende oferecer, fazendo a distribuição e comercialização, e, por fim, elabora o contrato que será firmado pelo consumidor que vier a adquirir o produto ou serviço.

Portanto, é de risco e responsabilidade do fornecedor. Ao consumidor cabe apenas adquirir o produto ou serviço e aderir ao contrato. Na verdade, para comprar qualquer produto ou serviço, o consumidor é obrigado a aderir à oferta, pagando o preço anunciado e nas condições de pagamento exigidas. O contrato de adesão é um dos componentes da oferta e existe na forma escrita quando desse modo exige a natureza da operação.

Como forma de melhor elucidar, exemplificando, os contratos de adesão são aqueles planos de saúde, quando há a exigência de contrato escrito, ou então quando se faz um empréstimo no banco, quando se contrata um seguro ou uma simples assinatura de TV a cabo. Nestes casos, o consumidor não discute as cláusulas contratuais nem pode exigir alterações substanciais no termo escrito. Ele apenas adere ao que já estava previamente preparado. Aliás, não é um consumidor que adere, mas sim todos. O contrato é elaborado pelo fornecedor para ter validade de igual forma para todos os seus clientes.

Por fim, cabe mencionar, também, as regras do Código Civil quanto aos contratos de adesão. Nesse sentido, os artigos 421 a 424, em específico, mencionam justamente toda a conjuntura apresentada, pois afirmam que a liberdade de contratar deve ser exercida em razão e nos limites da função social do contrato, de tal forma que sejam obedecidos os princípios da boa-fé e da probidade, largamente expostos durante este trabalho.

Portanto, em razão da vulnerabilidade dos aderentes nos contratos de adesão, o Código Civil, em seu artigo 423, expõe que quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, deverá ser adotada a interpretação mais favorável ao aderente, denotando a preocupação do legislador consumerista em equilibrar a relação de consumo.

O artigo 424 do Código Civil ainda trata da nulidade das cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio, tema que será exposto a seguir com o devido aprofundamento.

4.1.1 Formação dos contratos de adesão

Além de atender aos preceitos sociais e econômicos apontados, o contrato possui determinadas condições para ser efetivamente válido.

Nesse contexto, as condições gerais dos contratos aparecem em função de vários fatores que são aparentemente distintos, mas que são interligados, com destaque para o crescimento populacional, a urbanização acelerada da sociedade e a dinamização das relações econômicas, fazendo surgir a demanda por uma infinidade de produtos e serviços. Tudo isso acarretou uma concentração de capital sem precedentes na história. Por consequência do aumento do consumo e diante da impossibilidade de paridade na relação entre o fornecedor e o consumidor final, formalizou o legislador determinadas condições no sentido de tutelar o consumidor na relação contratual.

A doutrina aponta que as condições gerais do contrato possuem vantagens e desvantagens. Entre as vantagens, a simplificação e a facilidade da efetivação do negócio, bem como a garantia do equilíbrio entre as partes contratantes, tudo isso proporcionando celeridade e redução nos custos; no tocante às desvantagens, cita-se a impossibilidade de negociação prévia, na qual é aplicado, sem distinções, o princípio da *pacta sunt servanda*, que não pode ser alterado pela vontade de uma das partes.

As condições gerais dos contratos possuem origem no final do século XIX, quando o mercado saiu da fase industrial, onde havia ainda a livre concorrência, para a fase monopolista, quando grupos econômicos dominaram inteiramente a produção de bens em larga escala.

De acordo com Padilha (2008), a eficácia jurídica das condições gerais aparece, na prática, quando estas são integradas ao contrato individual, já que antes havia apenas uma eficácia geral muito parecida com a eficácia de uma norma jurídica. Tal eficácia se consumava através da adesão do contratante, isto é, quando o contrato for completamente concluído. Durante esse processo poderia ocorrer a inserção de outras cláusulas, desde que as mesmas fossem negociadas entre as partes contratantes.

Tal relação se modificou bastante, já que nos contratos celebrados hodiernamente existe a preocupação com a defesa de quem se encontra em situação de desvantagem econômica na relação contratual. Essa modificação decorre mediante a criação de normas legais que vedaram regras injustas.

Era preciso somente a palavra dos contratantes para que as obrigações dos contratos fossem exigidas. No com a modificação das relações sociais e consumeristas, foi

necessário o aprimoramento de determinados mecanismos de controle, tornando mais formal a relação contratual.

Assim, infere-se que as condições de validade do contrato, na atualidade, são de ordem geral e especial. Com efeito, pela lógica, as condições gerais são aquelas comuns a todos os atos jurídicos já descritos, quais sejam: “capacidade do agente, objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei”, conforme o artigo 82 do CDC.

Já os de ordem especial são aqueles específicos dos contratos, como, por exemplo, o consentimento mútuo ou o acordo de vontades. Aponta-se, portanto, como elementos fundamentais para a efetivação do contrato, a sua interpretação, sua natureza e os efeitos da obrigação. Além desses elementos, são necessárias ainda as leis que regem as obrigações, bem como os direitos dos contratantes.

Destacam-se também os motivos que determinam o negócio jurídico, os efeitos legais que devem ser observados, as condições e a validade do contrato, as responsabilidades e consequências impostas pela convenção quando do seu rompimento.

Destarte, considera-se que o contrato representa um elemento de suma importância social, pois ao regulamentar a coexistência entre os indivíduos, normalizando as relações sociais, econômicas e de direitos, fez com que a sociedade avançasse para um patamar superior de civilização.

Superada esta etapa, a seguir, faz-se o exame das cláusulas abusivas presentes nos contratos de adesão à luz do Código de Defesa do Consumidor.

4.2 Cláusulas abusivas nos contratos de adesão à luz do CDC

Como exposto alhures, os contratos de adesão surgiram da necessidade de se proporcionar maior uniformidade dinamismo nas relações contratuais, em especial, as de consumo.

Todavia, em contrapartida aos benefícios que esta forma de contratação trouxe para o mundo dos negócios, ela apresenta uma grande desvantagem, qual seja, a inserção de cláusulas abusivas.

Embora estas não sejam próprias dos contratos de adesão, são neles que aparecem com maior frequência. Tal fato ocorre, porque nos referidos contratos, fornecedores e consumidores, não discutem previamente o seu conteúdo, ao contrário dos paritários, que permitem que os envolvidos, em igualdade de condições, elaborem as disposições da transação a ser firmada. Já nos contratos de adesão, são os estipulantes que estabelecem

unilateralmente e previamente as cláusulas do negócio e, na maioria das vezes, esses fornecedores acabam utilizando as mesmas para obter vantagens.

Nesse sentido, a finalidade desses tipos de contrato. Aliás, essas cláusulas quase sempre são feitas em desacordo com o princípio da boa-fé objetiva e o equilíbrio contratual. Conseqüentemente, os consumidores, parte mais vulnerável da relação de consumo, acabam sendo prejudicados com as disposições das mesmas (SILVA, 2007).

Por isso, o CDC, através do artigo 6º, inciso IV⁵³, consagrou o direito à proteção contra cláusulas abusivas, esclarecendo tratar-se de direito básico da categoria. Na esteira da proibição listada no artigo em comento, a Lei n.º 8.078 veda a elaboração de cláusulas contratuais abusivas, em referência aos artigos 51 a 53.

4.2.1 Definição de cláusulas abusivas e modalidades

O Código de Defesa do Consumidor não definiu o instituto das cláusulas abusivas, se limitando a apenas enumerar em rol exemplificativo, previsto no artigo 51⁵⁴. Com base nisso, significa dizer que podem existir outras cláusulas abusivas além das dispostas no referido diploma legal.

A doutrina, em contrapartida, entende que cláusulas abusivas são aquelas inseridas no contrato que acabam por colocar o consumidor em uma situação de desigualdade,

⁵³ Art. 6º São direitos básicos do consumidor: IV - a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços;

⁵⁴ Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

I - impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos. Nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis; II - subtraíam ao consumidor a opção de reembolso da quantia já paga, nos casos previstos neste código; III - transfiram responsabilidades a terceiros; IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade; VI - estabeleçam inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor; VII - determinem a utilização compulsória de arbitragem; VIII - imponham representante para concluir ou realizar outro negócio jurídico pelo consumidor; IX - deixem ao fornecedor a opção de concluir ou não o contrato, embora obrigando o consumidor; X - permitam ao fornecedor, direta ou indiretamente, variação do preço de maneira unilateral; XI - autorizem o fornecedor a cancelar o contrato unilateralmente, sem que igual direito seja conferido ao consumidor; XII - obriguem o consumidor a ressarcir os custos de cobrança de sua obrigação, sem que igual direito lhe seja conferido contra o fornecedor; XIII - autorizem o fornecedor a modificar unilateralmente o conteúdo ou a qualidade do contrato, após sua celebração; XIV - infrinjam ou possibilitem a violação de normas ambientais; XV - estejam em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor; XVI - possibilitem a renúncia do direito de indenização por benfeitorias necessárias.

pois são realizadas em desacordo com os princípios da boa-fé e da equidade. Calha acentuar que Noronha (2007, p. 248)⁵⁵ também faz referência ao tema de forma bem contundente.

Já no conceito de Nery Júnior (2011, p. 501), cláusulas abusivas “são aquelas notoriamente desfavoráveis à parte mais fraca na relação contratual de consumo. São sinônimas de cláusulas abusivas as expressões opressivas, onerosas, vexatórias ou ainda, excessivas”.

Essas cláusulas revelam conduta abusiva por serem estritamente ilícitas ou por revelarem abuso de direito, sendo possuidoras de vício grave (FIÚZA, 2008).

Assim, passou a ser veemente combatida, a partir da edição do CDC.

A legislação do consumidor veda a inserção de certas cláusulas que considera abusivas, declarando-as não escritas. As hipóteses previstas no artigo retro mencionado são apenas exemplificativas, como foi visto, dada à impossibilidade de se prever com exaustão as cláusulas abusivas nas relações de consumo. A prova disso é que outros artigos da Lei nº 8.078/90 tem como abusivas outros tipos de cláusulas, a exemplo do artigo 52, parágrafo 1º⁵⁶, que se refere à proibição das multas moratórias superiores a 2% (dois por cento).

Do mesmo modo, o artigo 53 da mesma lei proíbe a inserção de cláusulas que estabelecem a perda total das prestações pagas nos inadimplementos ocorridos nas compras e vendas em prestações, como nas alienações fiduciárias e nos consórcios.

Ademais, a Secretaria de Direito Econômico, vinculada ao Ministério da Justiça, baixou algumas portarias, aditando o elenco das cláusulas abusivas do CDC, apresentado a seguir.

Cláusula de não indenizar: o uso da referida cláusula é bastante corriqueiro nos contratos de adesão. Por esse motivo, não poderia ter sido esquecida, como de fato não foi pelo CDC, merecendo tratamento especial como cláusula abusiva, sendo disciplinada no inciso I do artigo 51, já mencionado, que afirma reputarem-se como nulas de pleno direito as cláusulas que “impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vício de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos”.

⁵⁵ Podem ser conceituadas como sendo aquelas em que uma parte se aproveita de sua posição de superioridade para impor em seu benefício vantagens excessivas, que destroem a relação de equivalência objetiva pressuposta pelo princípio da justiça contratual (cláusulas abusivas em sentido estrito ou propriamente ditas), escondendo-se muitas vezes atrás de estipulações que defraudam os deveres de lealdade e colaboração pressuposto pela boa-fé (cláusula-surpresa). O resultado final será sempre uma situação de desequilíbrio entre os direitos e obrigações de uma e outra parte.

⁵⁶ § 1º As multas de mora decorrentes do inadimplemento de obrigações no seu termo não poderão ser superiores a dois por cento do valor da prestação.

Como exemplo, pode-se citar o estacionamento de veículo quando no bilhete diz que não se responsabiliza por furtos ocorridos no interior do veículo ou limita os danos por eventuais sinistros. Nesses casos, o fornecedor visa se eximir dos riscos e passam o encargo todo para o consumidor.

Do exame do dispositivo legal em comento, observa-se que a proibição abrange duas situações: a primeira delas é a proibição de cláusula que impossibilite, exonerem, ou mesmo, atenuem a responsabilidade do fornecedor por vício. Nota-se que a lei trata em vício, e não em defeito. Desse modo, a natureza desta cláusula é de vício de qualidade ou quantidade, previsto nos artigos 18 a 20 da legislação consumerista.

No que tange ao defeito do produto, o fornecedor não pode estipular cláusulas nesse sentido, como se extrai da redação do artigo 25 do CDC⁵⁷. Por outro lado, o código consumerista atenua o rigor da proibição desta cláusula quando o contrato de consumo se der entre fornecedor e consumidor pessoa jurídica. Cabe ressaltar que nessas hipóteses, a limitação somente poderá ocorrer em situações justificáveis, como bem trata Nery Júnior (2011, p. 511)⁵⁸.

A outra situação de cláusula de não-indenizar refere-se às cláusulas que impliquem em renúncia ou disposição de direitos. Como as normas do CDC são de ordem pública e interesse social, não tem validade a cláusula de renúncia ou disposição de direitos pelo consumidor, pois isso enseja quebra do equilíbrio contratual. São exemplos deste tipo de cláusula as que desoneram o fornecedor de responder por sua inadimplência contratual.

Cláusulas que subtraem a opção de reembolso da quantia já paga pelo consumidor (nos diversos casos previstos no CDC): a Lei n.º 8.078/90 estabelece vários casos onde o consumidor tem direito ao reembolso total ou parcial, entre os quais pode-se citar: a hipótese do inciso II⁵⁹, do parágrafo 1º, do artigo 18 e do parágrafo 3º⁶⁰; no caso do inciso IV do artigo 19⁶¹, como também no inciso II do artigo 20⁶².

⁵⁷ Art. 25. É vedada a estipulação contratual de cláusula que impossibilite, exonere ou atenua a obrigação de indenizar prevista nesta e nas seções anteriores.

⁵⁸ É preciso que o elemento valorativo da norma esteja presente, pois, somente em situação justificável é que se admite. Fica ao juiz a tarefa de dizer quando é que a situação é justificável, para que se dê eficácia à cláusula limitadora. O caso concreto é que vai ensejar ao magistrado a integração desse conceito jurídico indeterminado. Quando, por exemplo, determinada indústria vende um computador de médio para grande porte a consumidor-pessoa jurídica, pode ser que seja razoável estabelecer-se limitação da responsabilidade civil do fornecedor, desde que seja observado o critério da proporcionalidade entre custo-benefício. Havendo desproporção entre as prestações a cargo do fornecedor e do consumidor pessoa jurídica, não é de ter-se como válida a cláusula limitativa da responsabilidade civil.

⁵⁹ II - a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos;

Desse modo, em qualquer dessas hipóteses, é nula de pleno direito a cláusula que subtraia o direito de reembolso ou restituição da quantia paga. Assim, a título de exemplo, é considerada abusiva a cláusula presente no contrato de adesão que proíbe a restituição imediata do valor pago pela aquisição de um produto que apresentou vício, caso o problema não seja sanado no prazo máximo de 30 (trinta) dias.

Cláusulas que transferem a responsabilidade a terceiros: o inciso III do artigo 51 do CDC proíbe a existência de cláusulas que transfiram a responsabilidade no todo ou em parte para terceiros, considerando nulas de pleno direito em quaisquer circunstâncias. A inserção deste tipo de cláusula é uma das formas mais comuns utilizadas pelo fornecedor para se isentar da responsabilidade contratual.

Por outro lado, não é vedado ao fornecedor fazer contrato de seguro com terceiro para se garantir de possível prejuízo causado relativamente àquele contrato de consumo.

Obrigações iníquas e desvantagens exageradas: a primeira parte do inciso IV, do artigo em comento, considera abusiva a cláusula contratual que tenha por objeto obrigações iníquas, colocando o consumidor em desvantagem exagerada.

Por obrigações iníquas pode-se entender como aquelas que vão de encontro ao princípio da equidade, acarretando ao consumidor uma desvantagem exagerada. Quanto ao conceito de vantagem exagerada, a própria norma do artigo 51 traz definição, dispondo no parágrafo 1º do CDC⁶³.

Para Almeida (2009, p. 156), por desvantagem exagerada, deve ser entendida a inferioridade ou o prejuízo desmedido. Ressalte-se que as hipóteses tratadas neste dispositivo legal são meramente exemplificativas, pois o próprio parágrafo 1º assim estabelece por meio da expressão “entre outros casos”.

A segunda parte da regra do inciso IV do artigo 51 entende que a cláusula é abusiva quando for incompatível “com a boa-fé ou a equidade”. O princípio da boa-fé, apesar

⁶⁰ § 3º O consumidor poderá fazer uso imediato das alternativas do § 1º deste artigo sempre que, em razão da extensão do vício, a substituição das partes viciadas puder comprometer a qualidade ou características do produto, diminuir-lhe o valor ou se tratar de produto essencial.

⁶¹ IV - a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos.

⁶² II - a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos;

⁶³ § 1º Presume-se exagerada, entre outros casos, a vantagem que:

I - ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence; II - restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou equilíbrio contratual; III - se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso.

de estar inserido no rol das cláusulas abusivas, é verdadeira cláusula geral a ser observada em todos os contratos de consumo, como bem leciona Azevedo (2008, p. 25)⁶⁴.

Cumpra ao magistrado, no caso concreto, verificar se as partes agiram para conclusão do negócio jurídico de consumo com boa-fé. Por exemplo, ofende a boa-fé, a cláusula inserida nos contratos de plano de saúde estabelecendo a não cobertura de algumas moléstias, como a AIDS (*acquired immune deficiency syndrome*) e o câncer, tendo em vista que ao excluir antecipadamente determinadas moléstias do contrato, age, o fornecedor, de má-fé.

Outrossim, o conceito de equidade a ser examinado pelo intérprete foi erigido à condição de cláusula geral. Nesses casos, o juiz não utilizará a equidade como técnica de julgamento, mas, dirá o que está de acordo com equidade no contrato sob seu exame.

Cláusulas de inversão do ônus da prova em desfavor do consumidor: determina a regra tradicional do artigo 333⁶⁵ do Código de Processo Civil sobre o ônus da prova. Por esse dispositivo, o CPC estabelece a responsabilidade pelo estado probatório às partes que compõem o processo.

O CDC, buscando equilibrar as forças entre fornecedor e consumidor, estabeleceu em seu artigo 38⁶⁶ entendimento do CPC, ao determinar que o ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem o patrocina. No entanto, o juiz deve se valer da inversão do ônus da prova, previsto no artigo 6º, inciso VIII⁶⁷, do Código de Defesa do Consumidor para equilibrar as desigualdades existentes entre consumidor e fornecedor nas relações de consumo.

A finalidade da norma é facilitar a defesa do consumidor frente a uma posição de visível desigualdade em relação ao fornecedor de produto ou serviço, em demonstrar a causa do dano cuja responsabilidade é imputada ao fornecedor. Assim, de acordo com o artigo 51, inciso VI, do CDC, considera-se “nula de pleno direito, a cláusula contratual relativa ao fornecimento de produtos e serviços que [...] estabeleça inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor”.

⁶⁴ A boa-fé é norma de comportamento positivada nos artigos 4º, inciso III, e 51, inciso IV, do Código de Defesa do Consumidor, que cria três deveres principais: um de lealdade e dois de colaboração, que são, basicamente, o de bem informar (*caveat venditor*) o candidato a contratante sobre o conteúdo do contrato e o de não abusar ou, até mesmo, de se preocupar com a outra parte (dever de proteção).

⁶⁵ Art. 333. O ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito; II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

⁶⁶ Art. 38. O ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina.

⁶⁷ VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;

Nesse entendimento, baseado nos ensinamentos de Grinover (2011, p. 129-130)⁶⁸, verifica-se que o consumidor pode levar ao magistrado um mínimo de demonstração no sentido de que sua alegação seja verossímil.

Arbitragem compulsória: a norma disposta no inciso VII é clara ao vedar a utilização compulsória da arbitragem. A arbitragem afronta ainda o direito individual previsto no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988.

A lei nº 9.307/96, que regulamenta o instituto da arbitragem, preceitua no seu artigo 4º, parágrafo 2º⁶⁹, regra específica para os contratos de adesão. Portanto, a opção pela arbitragem deve ser decidida de forma equitativa entre as partes, conforme ensina Padilha (2008, p. 113)⁷⁰.

No entanto, alguns doutrinadores não parecem concordar com o estabelecimento desse tipo de cláusula nos contratos de consumo para minimizar os conflitos, como é o caso de Nunes (2009).

Cláusulas que impõem a presença de representante para concluir ou realizar outro negócio pelo consumidor: a norma do inciso VIII dispõe que é nula a cláusula que imponha representante para concluir ou realizar outro negócio pelo consumidor. Esta cláusula era bastante utilizada nos contratos de adesão, especialmente, nos bancários, através da inserção de uma cláusula denominada “cláusula-mandado”, mediante a qual o consumidor nomeava um procurador, em caráter irrevogável e irrevogável para que em seu nome emitisse nota promissória, avaliassem cambiais, aceitasse letra de câmbio, entre outras.

Durante muito tempo considerou-se tal cláusula como não abusiva. Contudo, hodiernamente, a maioria da jurisprudência veda a utilização dessas, como se extrai do seguinte julgado: “A Súmula 60 do Superior Tribunal de Justiça (STJ) dispõe que “é nula a obrigação cambial assumida por procurador do mutuário vinculado ao mutuante, no exclusivo interesse deste””.

⁶⁸ A verossimilhança verifica-se da análise dos fatos e circunstâncias que envolvem cada caso, tendendo a ser verdadeiro, mesmo que ainda não se tenham provas diretas e a hipossuficiência é a característica integrante da vulnerabilidade, demonstra um diminuição de capacidade do consumidor, não apenas no aspecto econômico, mas a social, de informações, de educação, de participação, de associação, entre outros, e acrescenta mais adiante no mesmo trabalho: a inversão do ônus da prova é direito de facilitação da defesa e não pode ser determinada senão após o oferecimento e valoração da prova, se e quando o julgador estiver em dúvida. É dispensável caso forme sua convicção, nada impedindo que o juiz alerte, na decisão saneadora que, uma vez em dúvida, se utilizará das regras da experiência em favor do consumidor.

⁶⁹ Art. 4º - parágrafo 2º - Nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula.

⁷⁰ Logo, poderá ser submetida ao juízo arbitral toda questão que envolva direitos patrimoniais disponíveis, ou seja, quaisquer direitos que as partes possam transacionar; o que não é admitido é a cláusula que obrigue a arbitragem, ou deixa a critério exclusivo do fornecedor sua determinação, ou ainda, a cláusula prévia da arbitragem a qual dispõe que qualquer litígio decorrente do contrato seja resolvido por juízo arbitral.

Cláusulas contratuais que dão ao fornecedor a opção de concluir ou não o contrato: de acordo com este dispositivo legal é nula de pleno direito este tipo de cláusula, pois sujeita o consumidor ao puro arbítrio do fornecedor, ou seja, fica a critério do fornecedor a conclusão ou não do negócio.

Cláusula que autorize o fornecedor variar o preço de maneira unilateral: conforme a norma prevista, no inciso X, do artigo 51, do CDC, são vedados os acréscimos ao preço já fixado de maneira unilateral, em prejuízo do consumidor. O Código Civil já dispõe de maneira semelhante no artigo 1.125, no que se refere aos contratos de compra e venda. Cabe ressaltar que esta regra dirige-se aos negócios já celebrados.

Cláusulas que permitem o fornecedor a cancelar o contrato unilateralmente: trata-se de mais uma cláusula que dá poderes exclusivamente ao fornecedor para cancelar o contrato. Portanto, somente será válida a cláusula que permite o cancelamento do contrato por ambas as partes.

Cláusulas que obriguem o consumidor a ressarcir os custos de cobrança de sua obrigação: por meio deste dispositivo, o legislador mais uma vez quis resguardar o equilíbrio contratual ao vedar a utilização de cláusulas que beneficiem apenas uma das partes contratantes. Portanto, é abusiva a cláusula contratual que obrigue o consumidor a ressarcir custos de cobrança de obrigação do fornecedor. Por exemplo, a exigência de honorários advocatícios em cobrança extrajudicial para o consumidor arcar, uma vez que tais custos são de responsabilidade do fornecedor.

A norma do inciso XII protege o consumidor, ainda, contra a cobrança abusiva e contra a negativação ilegal.

Cláusulas que autorizam o fornecedor a modificar unilateralmente o conteúdo ou a qualidade do contrato após sua celebração: dispõe o inciso XIII que é nula a cláusula que autoriza o fornecedor a modificar unilateralmente o conteúdo ou a qualidade do contrato, após sua celebração.

Sobre tal disposição, a doutrina de Grinover (2011, p. 531)⁷¹ evidencia tal impossibilidade de alteração unilateral, pois, ainda que o inciso em comento não existisse, a citada cláusula não seria válida por violar diretamente o princípio da boa-fé e do equilíbrio contratual (art. 4º, III).

⁷¹ Não é lícita a cláusula que conceda ao fornecedor o direito de alterar unilateralmente o conteúdo ou a qualidade do contrato, mediante estipulações como modificação de preço, prazo de entrega do produto ou serviço, prazo ou bases da garantia contratual, taxas de juros e outros encargos financeiros, números de prestações, etc.

Cláusulas que não estejam em acordo com o sistema de proteção do consumidor: a redação deste inciso enfatiza ser o artigo 51 do CDC e seus incisos de caráter meramente enunciativos, pois será nula de pleno direito qualquer cláusula que esteja em desacordo com o sistema de proteção do consumidor.

Entende-se por sistema de proteção do consumidor não apenas a Lei n.º 8.078/90, mas também aqueles diplomas que direta ou indiretamente visem a proteção do consumidor, entre os quais se pode citar a Lei do Plano de Saúde, Lei de Economia Popular, entre outras.

Cláusula de foro de eleição: nos contratos de adesão, uma das cláusulas mais comuns é a de eleição de foro do contratante em detrimento do foro do domicílio do consumidor, uma vez que nesse tipo de contrato, em geral, apenas uma das partes, isto é, o fornecedor, sai beneficiado em relação ao aderente que terá sérias dificuldades de acesso à justiça, isto quando não o impossibilita.

De acordo com o previsto no artigo 112 do Código de Processo Civil, “a nulidade da cláusula de eleição de foro, em contrato de adesão, pode ser declarada de ofício pelo juiz, que declinará de competência para o juízo de domicílio do réu”, conforme alguns julgados⁷² do Superior Tribunal de Justiça.

O artigo 6º, inciso VIII, do CDC, estabelece ser de direito básico do consumidor “a facilitação da defesa de seus direitos” em juízo. Se tal cláusula fixar o foro de eleição onde se encontra a matriz do estabelecimento, em caso de eventual litígio, vindo a prejudicar o consumidor, este poderá pedir sua anulação, como demonstram diversos julgados⁷³ da Corte mencionada anteriormente.

Portanto, entende-se que deve o juiz reconhecer de ofício a nulidade da cláusula abusiva, declinando da competência para o juízo do domicílio do réu, assegurando o direito do consumidor.

4.2.2 Nulidade

⁷² Conflito de Competência. Competência Territorial. Foro de Eleição. Cláusula Abusiva. O juiz do foro escolhido em contrato de adesão pode declarar de ofício a nulidade da cláusula e declinar da sua competência para o juízo do foro do domicílio do réu. Prevalência da norma de ordem pública que define o consumidor como hipossuficiente e garante sua defesa em juízo. (STJ, Processo nº 71540, Órgão: Segunda Seção, Relator: Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ-24/08/2008).

⁷³ Competência. Código de Defesa do Consumidor. Cláusula de eleição de foro. Contrato de adesão. Cláusula de eleição de foro, em contrato de adesão, de que resulta dificuldade para a defesa do réu. Tratando-se de ação derivada de relação de consumo, em que deve ser facilitada a defesa do direito do consumidor (art. 6º, VIII, Código de Defesa do Consumidor), impende considerar como absoluta a competência do foro do domicílio do réu, não se exigindo, pois, exceção de incompetência. Conflito conhecido. (S.T.J. – 2ª Seção – j. em 13.05.2008, DJU de 16.11.2008).

O CDC entabulou às cláusulas abusivas o grau mais rigoroso de invalidade, a saber, a nulidade de pleno direito, como bem se lê através do inciso IV do artigo 51, da Lei n.º 8.078/90⁷⁴.

Nulidade nada mais é que a consequência atribuída a uma violação de normas tuteladas de caráter público, sendo a anulabilidade a sanção aplicável à violação de norma em que se tutela interesse particular.

O Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 1º, deixa claro e evidente quanto à natureza de suas normas, sendo elas de ordem pública e de interesse social. Independentemente do ramo do Direito, a violação de regras voltadas à proteção da ordem pública e o interesse social, acarreta sanções de nulidades absolutas. Tem seu próprio sistema para reconhecimento de nulidades – diferente do Código Civil que estabelece graus de nulidades, as quais são absolutas, de pleno direito e relativas.

A sentença que reconhece a nulidade de uma cláusula abusiva não tem efeito somente declaratório, também tem efeito constitutivo negativo, ou seja, a sentença reconhece a nulidade de pleno direito e destitui todos os atos praticados em decorrência dessa cláusula abusiva.

Trata-se de nulidade absoluta, segundo entendimento majoritário da doutrina, tendo em vista que o interesse protegido é de caráter público. Isto porque o bem lesado não pertence exclusivamente ao aderente de um contrato de consumo, mas à sociedade como um todo, que está potencialmente sujeita às cláusulas abusivas elaboradas pelos predisponentes.

A ação para declaração de nulidade das cláusulas abusivas é imprescritível, produzindo à sentença efeitos *ex tunc*, anulando o negócio jurídico desde a sua celebração (PADILHA, 2008).

Ela pode ser suscitada judicialmente por qualquer das partes envolvidas na relação contratual, ou por ato de ofício do juiz, não apenas por meio de ação individual, como também pelo Ministério Público, associações civis constituídas há mais de um ano ou pela autoridade pública (SILVA, 2008).

Verifica-se que o CDC se afastou da sistemática do Código Civil, o qual estabelece que a nulidade de pleno direito não depende de declaração judicial.

A sanção das cláusulas abusivas é regida pelo princípio da boa-fé e do justo equilíbrio de direito e obrigações, decorrentes do contrato. Assim, sempre que houver

⁷⁴ Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;

desequilíbrio entre as partes nos contratos de consumo, o juiz poderá reconhecer e declarar abusivas as cláusulas que não estão de acordo com o princípio da boa-fé e que sejam incompatíveis com o sistema de proteção ao consumidor (PADILHA, 2008).

A exceção ao sistema de nulidade de pleno direito, adotada pelo Código de Defesa do Consumidor, é a permissão dada ao juiz para revisar ou modificar, a pedido do consumidor, cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou que sejam excessivamente onerosas, em razão de fatos supervenientes, conforme o artigo 6º, inciso V, do CDC⁷⁵.

Assim, pode o consumidor, durante a execução do contrato, no lugar de subtrair-se aos efeitos de uma cláusula abusiva, invocar meramente a nulidade de pleno direito, propondo ação para modificação ou revisão daquela.

Da mesma forma, cabe salientar que o contrato somente não será mantido se a cláusula for essencial e houver alteração substancial do mesmo, de modo que acarrete ônus excessivo para qualquer das partes, como se extrai da redação do parágrafo 2º, do artigo 51⁷⁶, da norma consumerista.

O intuito do parágrafo é manter o negócio jurídico já firmado, ou seja, a aplicação do princípio da conservação do contrato, como leciona Azevedo (2008, p. 64-65)⁷⁷.

Desse modo, a invalidade de uma cláusula tida como abusiva não implica necessariamente a nulidade de todo o contrato que continua produzindo seus efeitos em relação aos demais direitos e deveres dos contratantes.

4.2.1 Controle

O Código de Defesa do Consumidor, visando o controle efetivo por parte da sociedade e do Estado, estabeleceu alguns instrumentos dos quais podem se valer o cidadão e o agente público para evitar os efeitos negativos das cláusulas abusivas. Este controle pode ser

⁷⁵ Art. 6º São direitos básicos do consumidor: V - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas;

⁷⁶ § 2º A nulidade de uma cláusula contratual abusiva não invalida o contrato, exceto quando de sua ausência, apesar dos esforços de integração, decorrer ônus excessivo a qualquer das partes.

⁷⁷ O princípio da conservação consiste, pois, em se procurar salvar tudo que é possível num negócio jurídico concreto, tanto no plano da existência, quanto da validade, quanto da eficácia. Seu fundamento prende-se à própria razão de ser do negócio jurídico, sendo espécie de fato jurídico, de tipo peculiar, isto é, uma declaração de vontade (manifestação de vontade a que o ordenamento jurídico imputa os efeitos manifestados como queridos), é evidente que, para o sistema jurídico, a autonomia da vontade produzindo auto-regramento de vontade, isto é, a declaração produzindo efeitos, representa algo juridicamente útil.

realizado de forma preventiva, repressiva, geral, particular, social administrativa, legislativa e judicial.

Passemos à análise.

Controle preventivo: entende-se ser aquele realizado anteriormente à produção dos efeitos de determinada cláusula abusiva, seja por meio da ação individual ou mediante a propositura de Ação Civil Pública. Outrossim, se durante a execução do contrato a parte interessada, ou o Ministério Público, vier a discutir a abusividade de determinada cláusula que ainda não tiver produzido efeitos concretos, poder-se-á falar em controle preventivo (SILVA, 2008).

Controle repressivo: é aquele realizado durante ou posteriormente à produção dos efeitos da cláusula que se visa atingir.

Controle geral: entende-se ser aquele realizado pelo Ministério Público por meio de inquérito civil seguido de Ação Civil Pública visando a proteção dos direitos difusos e coletivos (KHOURI, 2009).

Controle individual: é o tipo de controle realizado pelo consumidor individualmente ou pelo Ministério Público para a proteção de direitos individuais.

Controle social: é exercitado pela sociedade civil, podendo ser feito pelos cidadãos, individualmente considerados ou por suas associações de classe, como as entidades de defesa do consumidor e os sindicatos (SILVA, 2008).

As associações de classe, conforme prescreve o artigo 82, inciso IV, do CDC, podem propor ações coletivas para obterem provimento jurisdicional que produzam efeitos *erga omnes* ou *ultra partes*, alegando a nulidade da cláusula de certo negócio jurídico.

Podem, essas associações civis, ainda, controlar as cláusulas abusivas, ao negociar os termos e cláusulas de uma convenção coletiva de consumo, assinada com associações de fornecedores ou com sindicatos de uma categoria econômica.

Controle administrativo: este controle é feito pelos órgãos da administração pública, destacando-se entre eles o Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (DPDC) e a Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça (SDE). Nesse sentido dispõe o artigo 3º, inciso X, do Decreto Federal n.º 2.181, de 20 de março de 1997, que compete ao Departamento Financeiro fiscalizar e aplicar as sanções previstas na Lei n.º 8.078/90 e as cominadas em outras normas de defesa do consumidor.

Assim, poderá o DPDC, mediante processo administrativo, aplicar multa ao fornecedor de produtos ou serviços que, direta ou indiretamente, inserir, fizer circular ou utilizar-se de cláusulas abusivas, qualquer que seja a modalidade do contrato de consumo,

inclusive operações securitárias, bancárias, de crédito direto ao consumidor, depósito, poupança ou financiamento.

Igualmente, o PROCON exerce controle administrativo das cláusulas abusivas por meio de processo administrativo, apurando sua inserção nos contratos geralmente de adesão, concedendo prazo para defesa e aplicando penalidades cabíveis (PADILHA, 2008)

De igual sorte, o Ministério Público exerce, por meio do inquérito civil, o controle das cláusulas abusivas quando reúne elementos para propositura de ações coletivas perante o Poder Judiciário (SILVA, 2008).

O controle administrativo de cláusulas abusivas deve ser confiado, principalmente, aos órgãos técnicos governamentais especializados nas atividades sobre as quais costumam deter poder de polícia, a exemplo da Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), em relação ao serviço de telefonia; da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), quanto ao sistema de saúde complementar; da Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), no que tange à rede de energia elétrica; e do Banco Central, no tocante ao sistema financeiro nacional.

Controle judicial: ao Poder Judiciário compete decidir, em caráter definitivo, sobre a nulidade de cláusulas abusivas. Conforme se extrai da combinação dos artigos 82 e 83 do CDC, qualquer legitimado pode mover todo e qualquer tipo de ação judicial para a efetiva tutela dos direitos e interesses do consumidor, podendo o controle ser abstrato ou concreto.

Dispõe o artigo 83, do CDC, que “para defesa dos direitos e interesses protegidos por este Código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela”. Nesse sentido, ressalta-se que a ação judicial não serve apenas para obtenção da declaração de nulidade da cláusula no caso concreto, mas também tem outras finalidades, como se dispõem o Código de Defesa do Consumidor.

O artigo 6º, inciso V, do CDC, por exemplo, permite ao juiz a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que tornem excessivamente oneroso o cumprimento das obrigações estabelecidas nos contratos.

O artigo 35, inciso I, da mesma lei, por sua vez, autoriza o consumidor a ingressar em juízo para exigir o cumprimento das obrigações, nos termos da oferta e publicidade estabelecidas pelo fornecedor. Assim, o controle judicial pode ser preventivo ou repressivo, assim como geral ou particular.

É de grande valia salientar que o Poder Legislativo transferiu ao Poder Judiciário a capacidade de se pronunciar sobre a abusividade de quaisquer cláusulas, com base no rol

exemplificativo do *caput* do artigo 51 do CDC, que incluiu conceitos jurídicos indeterminados.

Assim, cabe ao juiz a tarefa não só de julgar, mas também de interpretar os conceitos vagos do artigo 51 do CDC, em especial seu inciso IV.

Ademais, no que tange ao controle das cláusulas mencionadas, podem os consumidores ou entidades que os representem requererem que o Ministério Público ingresse com a competente ação para protegê-los das cláusulas abusivas nas relações de consumo – no sentido literal do parágrafo 4º do artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor.

Ressalte-se que, apesar deste parágrafo só mencionar o Ministério Público como parte legítima para ajuizar a citada ação, além dele, possuem legitimidade todos aqueles estabelecidos no artigo 82 do CDC, quais sejam, a União, os Estados, os Municípios, o Distrito Federal, as entidades e órgãos da administração pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, entre outros.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A sociedade contemporânea que pode ser denominada de sociedade do risco, por apresentar característica essencialmente comercial, está suscetível a aquisição de produtos ou contratação de serviços com defeitos de qualidade ou de segurança. Que pode como consequência, causar um acidente de consumo. O que agrava essa situação é a ligação com o consumismo. Este consumismo gerado pela sociedade do espetáculo, instiga o cidadão à consumir bem além do necessário para a subsistência. O consumo é decorrente da ânsia de demonstrar uma imagem que possa ser aceita pelos demais membros da sociedade.

Com a globalização, os defeitos de mercado, atingiram dimensões mundiais. Este cenário dificultou ainda mais a fiscalização da qualidade dos produtos e serviços postos no mercado de consumo.

No Brasil, com a promulgação da Constituição Federal em 1988, e posteriormente com o Código de Defesa do Consumidor em 1990, toda a relação de consumo tornou-se protegida pela égide de um direito especial. O direito do consumidor é considerado um micro sistema legislativo, que é integrado às demais áreas legislativas, tais como, direito civil, direito penal e como ápice a Constituição da República Federativa do Brasil.

Para relações consumerista, a legislação é própria e possui características que permitem tornar efetiva a defesa dos direitos do consumidor, que é a parte mais frágil da relação. Uma das tutelas inseridas no campo de atuação da legislação consumerista, é a responsabilidade pelo fato do produto ou serviço. Essa modalidade de responsabilidade é objetiva, ou seja, prescinde de comprovação de dolo ou culpa. Os requisitos são: comprovação do lançamento do produto ou serviço no mercado de consumo, ou qualquer participação na produção; defeito no produto ou serviço; dano e nexos causal entre o produto ou serviço defeituoso e o dano gerado.

Quando um serviço ou produto com defeito gera lesão ao consumidor, tem-se a responsabilidade objetiva por parte do fornecedor para reparar o dano e indenizar o consumidor. O quantum indenizatório varia de acordo com o tipo e a intensidade da lesão sofrida, o juízo de reprovabilidade da conduta ensejadora do dano, bem como as condições econômicas do fornecedor. Denota-se que ao reparar o dano material, é utilizado um critério objetivo, que determina o pagamento das despesas obtidas somadas aos os lucros cessantes (o que o consumidor deixou de auferir). Quanto à indenização de danos morais, danos à imagem e danos estéticos, além dos juízos de punição e educação, são necessárias a reparação e a indenização, esta última demonstra-se subjetiva e variável a cada caso específico. A reparação

nem sempre é possível, assim é utilizado um valor pecuniário como mera compensação, porquanto na esfera mental do indivíduo permanecem os abalos decorrentes do fato.

Sendo assim, a atuação preventiva de competência dos órgãos do poder administrativo, como o DPDC (Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor), os Procons estaduais e municipais e Ministério Público, devem ser exercidas de forma intensa e eficiente, de modo a impedir abusos de fornecedores, como a comercialização de produtos e serviços defeituosos, a veiculação propagandas abusivas ou enganosas. Evitando desta forma a ocorrência de danos aos consumidores. Visto que, nem todo o dano é suscetível de reparação. As indenizações são aferidas de acordo com a extensão do dano, porém, dependendo do dano, principalmente os de esfera moral, qualquer que seja o valor arbitrado para reparação, demonstra-se suficiente para oferecer o status quo ante ao consumidor lesado. Também há de se levar em consideração, que no caso de danos a diversos consumidores (direitos coletivos, difusos ou homogêneos) nem todos usufruem do conhecimento necessário para obter acesso pleno a Justiça. Muitas vezes o consumidor fica sem qualquer indenização, em decorrência da impossibilidade do Judiciário ter conhecimento de todas as vítimas afetadas pelo fato do produto ou serviço, ou até pelas cláusulas abusivas presentes nos contratos de adesão.

No tocante às cláusulas abusivas, estas constituem um reflexo de um mercado contaminado pelo desejo de lucro acima de qualquer outro quesito. E tal contexto associado com a ascensão de conglomerados, multinacionais e outros tipos de organizações, só fez com que o consumidor fosse cada vez mais oprimido, favorecendo à proliferação desenfreada de ocorrências de casos de cláusulas contratuais abusivas que, inobstante, lesam os consumidores desatentos e/ou desinformados.

Desse modo, a declaração contida no artigo 51 do CDC, sobre a revisão das cláusulas contratuais abusivas, abre precedentes para que haja, por parte do consumidor, entendimento de que sempre que se sentir lesado em seus direitos será aceita a possibilidade de proceder à modificação nos contratos pactuados.

Verifica-se que o julgamento das cláusulas de tal natureza vem exigindo uma nova postura dos aplicadores do Direito já que, segundo o CDC, estas são consideradas nulas e sob o amparo deste instrumento legal, sua simples inserção nos contratos firmados nas relações de consumo pode ensejar que o fornecedor indenize o consumidor por eventuais danos.

Resta clara e comprovada a eficácia do CDC no que tange à vedação das cláusulas abusivas na relação consumerista, posto que oferece mecanismos de defesa caso o consumidor

venha a ser lesado pelo uso de alguma dessas cláusulas, visando, dessa forma, garantir o equilíbrio entre as partes que a compõe.

A aplicação do princípio da Presença do Estado, com atuação preventiva realizada pelo Poder Executivo e pelo Ministério Público gera benefícios mútuos. Tanto para o consumidor que terá seus direitos protegidos não sofrendo danos decorrentes das relações de consumo, quanto para o Estado, pois diminuirão demandas no Poder Judiciário, serão reduzidos os custos previdenciários com cidadãos incapazes para o trabalho por terem sofrido dano em virtude de acidentes de consumo, o ganho de credibilidade e confiança perante a população entre outros.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, João Batista. *A proteção jurídica do consumidor*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Manual de direito do consumidor*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BELMONTE, Cláudio. Proteção contratual do consumidor: conservação e redução do negócio jurídico no Brasil e em Portugal. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 2008.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição [da] República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 9 dez 2014.

_____. Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 9 dez 2014.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

_____. *Programa de Direito do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

COELHO, Fábio Ulhôa. *Curso de Direito Comercial*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

DONATO, Maria Antonieta Zanardo. Proteção ao consumidor: conceito e extensão. 2. ed. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 1994.

FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de direitos do consumidor*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

FIUZA, César. *Direito civil: curso completo*. 9 ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

_____; ROBERTO, Giordano Bruno Soares. *Contratos de adesão: de acordo com o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

GAMA, Hélio Zaghetto. *Curso de direito do Consumidor*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito das obrigações parte II*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Código brasileiro de defesa do consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011.

KHOURI, Paulo R. Roque A. *Direito do consumidor*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LUCCA, Newton de. *Direito do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de defesa do consumidor*. 6. ed. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2011.

MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 3. ed. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2012.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 8. ed. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2011.

NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 2007.

NUNES, Rizzato Luiz Antônio. *Curso de direito do consumidor*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

PADILHA, Sandra Maria Galdino. *Cláusulas abusivas nas relações de consumo*. *Prin Facie*, João Pessoa, n.º 3, jul/dez, 2008. Disponível em: <<http://www.c.j.ufp.br/prinfacie>> Acesso em: 9 dez 2014.

PERIN JÚNIOR, Ecio. *Preservação da empresa na Lei de Falências*. São Paulo: Saraiva, 2009.

PRUSX, Oscar Ivan. *O conceito de fornecedor nas relações de consumo*. 2013. Disponível em: <<http://www.parana-online.com.br/colunistas/234/44791/>>. Acesso em: 9 dez 2014.

ROSA, Josimar Santos. *Relações de consumo*: a defesa dos interesses de consumidores e fornecedores. São Paulo: Atlas, 1995.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Responsabilidade civil no código do consumidor e a defesa do fornecedor*. São Paulo: Saraiva, 2002.

SILVA, Jorge Alberto Quadros de Carvalho. *Cláusulas abusivas no Código de defesa do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2008.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. *Curso de direito constitucional positivo*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.